

# IUS ECCLESIAE

RIVISTA INTERNAZIONALE DI DIRITTO CANONICO

Vol. XVI - Num. 1 - Gennaio-Aprile 2004

PONTIFICIA UNIVERSITÀ DELLA SANTA CROCE  
GIUFFRÈ EDITORE

Pagina bianca

## SOMMARIO

### DOTTRINA

G. COMOTTI, <i>Considerazioni circa il valore giuridico delle allocuzioni del Pontefice alla Rota romana</i> .....	3
O. CONDORELLI, « <i>Ecclesia</i> », « <i>civitas</i> » e giurisdizione episcopale: interpretazioni e applicazioni del c. 9 del Concilio Lateranense IV nei secoli XIII-XV	21
C. FANTAPPIÈ, <i>Per la storia della codificazione canonica (a cento anni dal suo avvio)</i> .....	41
C. GARCIMARTÍN, <i>Relaciones Iglesia-Estado en Irlanda: una aproximación desde la Constitución</i> .....	67
P. GEFAELL, <i>Tribunali delle Chiese sui iuris non patriarcali</i> .....	111

### GIURISPRUDENZA

TRIBUNALE DELLA ROTA ROMANA. <i>Reg. Venetiarum</i> . Nullità del matrimonio. Simulazione totale del consenso. Esclusione dell'indissolubilità. Sentenza definitiva. 25 luglio 2002. Defilippi, Ponente (con <i>nota</i> di M. Gas i Aixendri, <i>L'assenza di volontà matrimoniale tra simulazione totale ed incapacità</i> ) .....	135
TRIBUNALE DELLA ROTA ROMANA. <i>Pragen</i> . Nullità del matrimonio. <i>Error qualitatis</i> . Sentenza definitiva. 25 ottobre 2002. Caberletti, Ponente (con <i>nota</i> di M. A. Ortiz, <i>Errore su una qualità intesa directe et principaliter (can. 1097 § 2) ed error redundans (can. 1083 § 2 CIC 17)</i> ) .....	182

### NOTE E COMMENTI

N. ÁLVAREZ DE LAS ASTURIAS, <i>L'università di Bologna alle origini della cultura europea. In merito alla giornata di studio presso l'ISTUB. A Bologna 18 ottobre 2003</i> .....	227
--	-----

M. RIVELLA, <i>Problematiche attuali circa il riconoscimento delle associazioni di fedeli in Italia</i> .....	239
J.-L. TAURAN, <i>La Santa Sede e l'etica internazionale</i> .....	251

#### RASSEGNA DI BIBLIOGRAFIA

##### *Recensioni.*

S. BERLINGÒ, G. CASUSCELLI (eds.), <i>Codice del diritto ecclesiastico</i> (A. Filipazzi)	261
J. CANOSA, <i>Il rescritto come atto amministrativo nel Diritto canonico</i> (F. Chica Arellano) .....	262
G. EISENRING, <i>Die römische Ehe als Rechtsverhältnis</i> (J. Huber) .....	265
C.J. ERRÁZURIZ, L. NAVARRO (eds.), <i>Il concetto di diritto canonico. Storia e prospettive</i> (M. del Pozzo) .....	269
G.R. EVANS, <i>Law and Theology in the Middle Ages</i> (N. Álvarez de las Asturias)	274
C. FANTAPPÌÈ, <i>Introduzione storica al diritto canonico</i> (N. Álvarez de las Asturias) .....	276
J. HERVADA, <i>Coloquios propédeuticos sobre el derecho canónico. 2ª edición corregida y aumentada</i> (B. Esposito, O. P.) .....	277
H. HESS, <i>The Early Development of Canon Law and the Council of Serdica</i> (N. Álvarez de las Asturias) .....	285
A. LIZARRAGA ARTOLA, <i>Persona, sexualidad, amor, matrimonio. Una selección de textos de Juan Pablo II</i> (R. Díaz Dorronsoro) .....	287
E. LORA (ed.), <i>Enchiridion dei Concordati. Due secoli di storia dei rapporti Chiesa-Stato</i> (F. Chica Arellano) .....	289
J. MIÑAMBRES (ed.), <i>Volontariato sociale e missione della Chiesa</i> (H. Pree) .....	291
J. MULLOR GARCÍA, <i>Pontificia accademia ecclesiastica. Terzo centenario (1701-2001)</i> (F. Chica Arellano) .....	294
R. PIZZORNI, <i>La Filosofia del Diritto secondo S. Tommaso d'Aquino</i> (B. Esposito, O.P.) .....	297
V. PRIETO, <i>Diritto dei rapporti tra Chiesa e società civile</i> (F. Chica Arellano) .	301
A. VIANA, <i>Derecho canónico territorial. Historia y doctrina del territorio diocesano</i> (M. Gas i Aixendri) .....	305

#### DOCUMENTI

##### *Atti di Giovanni Paolo II.*

«Normae substantiales et processuales» promulgate col m.p. « <i>Sacramentorum sanctitatis tutela</i> » (30 aprile 2001) e successive modifiche (7 novembre 2002-14 febbraio 2003) .....	313
---	-----

Discorso alla Rota Romana, 29 gennaio 2004 (con <i>nota</i> di A.S. Sánchez-Gil, <i>Il favor matrimonii e la presunzione di validità del matrimonio: appunti per la loro chiarificazione concettuale</i> ) .....	321
<i>Giurisprudenza civile.</i>	
SVIZZERA. TRIBUNALE FEDERALE. Seconda sezione di Diritto pubblico. Sul ricorso di A. — contro la decisione della Chiesa cantonale di Lucerna di obbligarlo a dimettersi dalla Chiesa cattolica affinché sia valida la sua dimissione dalla Chiesa cantonale. Sentenza, Losanna, 18 dicembre 2002 (con <i>nota</i> di A. Cattaneo).....	345

## COLLABORATORI DI QUESTO FASCICOLO

NICOLÁS ÁLVAREZ DE LAS ASTURIAS, Assistente di Storia del Diritto canonico - Pontificia Università della Santa Croce.

GIUSEPPE COMOTTI, Associato di Diritto ecclesiastico - Università degli studi di Padova.

ORAZIO CONDORELLI, Straordinario di Storia del Diritto canonico - Università di Catania.

CARLO FANTAPPIÈ, Straordinario di Diritto canonico - Università degli studi di Urbino.

CARMEN GARCIMARTÍN, Docente di Diritto canonico - Università di Santiago de Compostela (Spagna).

PABLO GEFAELL, Docente di Diritto canonico orientale - Pontificia Università della Santa Croce.

MAURO RIVELLA, Direttore dell'Ufficio Nazionale per i problemi giuridici della Conferenza Episcopale Italiana.

JEAN-LOUIS TAURAN, Cardinale Archivista e Bibliotecario di Santa Romana Chiesa.

Hanno collaborato anche: A. CATTANEO, F. CHICA ARELLANO, M. DEL POZZO, R. DIAZ DORRONSORO, B. ESPOSITO, A. FILIPAZZI, M. GAS I AIXENDRI, J. HUBER, M.A. ORTIZ, H. PREE, A. S. SÁNCHEZ-GIL.

*Dottrina*

Pagina bianca

GIUSEPPE COMOTTI

## CONSIDERAZIONI CIRCA IL VALORE GIURIDICO DELLE ALLOCUZIONI DEL PONTEFICE ALLA ROTA ROMANA

1. Considerazioni introduttive. — 2. La manifestazione di volontà normativa da parte del Romano Pontefice mediante strumenti non tipicamente legislativi. — 3. L'interpretazione del diritto divino da parte del Romano Pontefice: *a)* nell'esercizio della funzione magisteriale. — 4. *Segue: b)* nell'esercizio della funzione legislativa. — 5. *Segue: c)* il caso delle Allocuzioni alla Rota. — 6. Il riferimento al Magistero nell'indagine diretta del diritto divino da parte del giudice ecclesiastico. — 7. La partecipazione della Rota al «munus petrinum».

### 1. *Considerazioni introduttive.*

La ricchezza degli «spunti di riflessione»<sup>(1)</sup> offerti da Giovanni Paolo II mediante le Allocuzioni annualmente rivolte, come già dai suoi Predecessori, alla Rota Romana in occasione dell'apertura dell'anno giudiziario va sicuramente al di là della loro specifica rilevanza in ordine all'argomento di volta in volta trattato, dal momento che esse possono considerarsi, nel loro complesso, un'esposizione unitaria e coerente<sup>(2)</sup> del pensiero del Pontefice circa temi e problematiche fondamentali per l'amministrazione della giustizia nella Chiesa, in particolare per ciò che riguarda il diritto matrimoniale.

---

(1) Con questi termini si è espresso lo stesso Giovanni Paolo II nell'ultimo discorso alla Rota (29 gennaio 2004). Il testo di tutte le Allocuzioni alla Rota pronunciate da Giovanni Paolo II, dal 1979 al 2004, si trova in internet all'indirizzo [www.vatican.va/holy\\_father/john\\_paul\\_ii/speeches/index\\_spe-roman-rotait.htm](http://www.vatican.va/holy_father/john_paul_ii/speeches/index_spe-roman-rotait.htm), dal quale sono tratte la presente e tutte le citazioni successive delle singole Allocuzioni.

(2) Così P. BIANCHI, *Cause psichiche e nullità del matrimonio. I. Le allocuzioni alla Rota di Giovanni Paolo II: il tema della capacità del matrimonio*, in *Quaderni di diritto ecclesiale*, 16 (2003), 429.

In questo senso, si tratta di un servizio prezioso reso dal Successore di Pietro non solo a quanti operano nell'ambito di quel Tribunale apostolico o nei Tribunali ecclesiastici in genere, ma all'intero Popolo di Dio, costantemente richiamato dal proprio Supremo Pastore a far fronte alla profonda crisi che caratterizza la società contemporanea circa il senso di Dio ed il senso del bene e del male morale; una crisi strettamente congiunta alla secolarizzazione, la quale è arrivata ad oscurare «la conoscenza dei capisaldi dello stesso matrimonio e della famiglia che in esso si fonda»<sup>(3)</sup>. Conseguentemente, ogni fedele è chiamato dal Papa ad operare, mediante gli strumenti che a ciascuno competono in ragione del ruolo svolto nella comunità ecclesiale ed in quella civile, per il «riconoscimento personale e sociale di un bene fondamentale quale è quello rappresentato da ogni unione coniugale e da ogni famiglia»<sup>(4)</sup>, attraverso «l'umile coraggio della fede, di una fede che sostiene e corrobora la stessa ragione, per metterla in grado di dialogare con tutti alla ricerca del vero bene della persona e della società»<sup>(5)</sup>.

Se non vi può essere dubbio che questi ricorrenti richiami alla riscoperta della «verità piena sul matrimonio e sulla famiglia»<sup>(6)</sup> ed alla fedeltà, anche nei procedimenti di nullità matrimoniale, al progetto di Dio sull'uomo rientrano a pieno titolo nell'esercizio delle funzioni magisteriali del Romano Pontefice, appare problematico, considerando il tenore delle singole Allocuzioni, attribuire alle stesse uno specifico valore giuridico<sup>(7)</sup>; e questo nonostante l'importanza del ruolo svolto nell'ordinamento della Chiesa dai soggetti cui il Pontefice rivolge le proprie parole o dalla circostanza solenne in cui esse sono pronunciate: elementi, peraltro, di indubbio rilievo nel contesto generale dei criteri ordinariamente utilizzati, nell'ermeneutica degli atti magisteriali, per stabilire il livello di autorevolezza di ciascuno ed il corrispondente tipo di risposta ad essi dovuto.

<sup>(3)</sup> *Allocuzione alla R. Rota* del 30 gennaio 2003.

<sup>(4)</sup> *Allocuzione alla R. Rota* del 29 gennaio 2004.

<sup>(5)</sup> *Allocuzione alla R. Rota* del 28 gennaio 2002.

<sup>(6)</sup> *Allocuzione alla R. Rota* del 30 gennaio 2003.

<sup>(7)</sup> Sull'argomento v. anche P. BIANCHI, *Cause psichiche e nullità del matrimonio*, cit., spec. 405-408.

Muovendo allora dall'articolata problematica del valore normativo degli atti magisteriali pontifici, intendo qui dare seguito ad alcune riflessioni solamente abbozzate ormai diversi anni orsono<sup>(8)</sup>, per tentare di formulare qualche più puntuale osservazione intorno alla rilevanza giuridica delle Allocuzioni alla Rota, nel contesto sia dell'esercizio del *munus docendi*, sia, più in generale, della dinamica del sistema di produzione normativa dell'ordinamento canonico.

## 2. *La manifestazione di volontà normativa da parte del Romano Pontefice mediante strumenti non tipicamente legislativi.*

È noto che il magistero del Romano Pontefice si estrinseca in una variegata tipologia di atti, la cui differente natura verrebbe nella sostanza negata qualora se ne facessero sempre discendere identici effetti giuridici; non va anzi trascurato, ancor più a monte, il fatto che l'estraneità al diritto della Chiesa al principio della divisione dei poteri addirittura impedisce di qualificare in modo aprioristico un determinato atto pontificio come espressione esclusiva di una sola delle funzioni attinenti al *supremum ecclesiasticum regimen* che compete al Vescovo di Roma, la cui *plenitudo potestatis*, che ne caratterizza la posizione costituzionale, sottrae le funzioni medesime a vincoli o limiti formali che non siano posti dal diritto divino<sup>(9)</sup>.

Proprio ragionando in margine alle Allocuzioni alla Rota, ad esempio, dottrina e giurisprudenza hanno ritenuto di dover talora riconoscere le caratteristiche dell'interpretazione autentica della legge canonica, proveniente «dal Fonte primario, ordinario e perenne del diritto canonico nella forma dell'*oraculum vivae vocis*»<sup>(10)</sup>: è il caso, questo, della famosa Allocuzione di Pio XII del 1° ottobre 1942<sup>(11)</sup>, nella quale Ermanno Graziani, con vasta e co-

(8) G. COMOTTI, *Le Allocuzioni del Papa alla Rota Romana e i rapporti tra magistero e giurisprudenza canonica*, in AA.VV., *Studi sulle fonti del diritto matrimoniale canonico*, a cura di S. Gherro, Padova 1988, 173-185.

(9) Sull'argomento, con particolare riguardo alla qualificazione giuridica degli atti del Pontefice, v. S. GHERRO, *Diritto canonico (nozioni e riflessioni)*. I. *Diritto costituzionale*, Padova 2002, 112-118.

(10) Cfr. E. GRAZIANI, *La certezza morale oggettivamente fondata*, in *Il diritto ecclesiastico*, LIII (1942), 340.

(11) V. A.A.S., XXXIV (1942), 338-343.

stante eco nella giurisprudenza successiva, ravvisò subito «la suprema autentica interpretazione del can. 1869 e dei canoni correlativi» del *Codex* allora vigente circa il concetto di certezza morale<sup>(12)</sup> (tesi che ha poi trovato autorevole conferma nelle parole di Giovanni Paolo II, per il quale Pio XII ha dichiarato «in modo autentico il concetto canonico di certezza morale»<sup>(13)</sup>); ma è anche il caso, più recente, delle precisazioni intorno all'incapacità psichica di contrarre matrimonio contenute nelle Allocuzioni di Giovanni Paolo II del 5 febbraio 1987 e del 25 gennaio 1988, considerate da molti una sorta di interpretazione autentica del relativo disposto del can. 1095<sup>(14)</sup>.

Sebbene oggi la dottrina sia più attenta che in passato alla necessità di operare una netta distinzione, in ordine alla qualificazione degli atti pontifici, tra quelli caratterizzati da generalità ed astrattezza e quelli che di tali caratteri sono privi<sup>(15)</sup>, la tradizione canonica ha sempre ammesso che il Pontefice, in ragione dell'unitarietà della propria *plenitudo potestatis*, possa esercitare la potestà legislativa anche mediante atti non finalizzati, almeno *ex professo*, all'esercizio di tale funzione.

Si pensi, ad esempio, alla *lex data per iudicalem sententiam*: una fattispecie tuttora ammissibile in linea di principio, ancorché del tutto eccezionale nella realtà dei fatti<sup>(16)</sup>, ampiamente considerata dalla canonistica classica<sup>(17)</sup>, che in ciò riprendeva considerazioni romanistiche circa la sentenza pronunciata dall'imperatore<sup>(18)</sup>, sviluppate in margine alla costituzione *Si imperialis* (C.

(12) E. GRAZIANI, *La certezza morale*, cit., 340.

(13) Cfr. *Allocuzione alla R. Rota* del 4 febbraio 1980.

(14) Per riferimenti v. P. BIANCHI, *Cause psichiche e nullità del matrimonio*, cit., 407, nt. 15 e 16.

(15) Cfr. J.I. ARRIETA, *Il valore giuridico della prassi nella Curia Romana*, in AA.VV., *Il diritto della Chiesa. Interpretazione e prassi*, Città del Vaticano 1996, 101.

(16) V. però, con riferimento all'art. 18 della cost. ap. *Pastor Bonus*, J. OTADUY, *sub can. 19*, in *Comentario exegetico al Código de derecho canónico*, vol. I, Pamplona 1997, 396.

(17) Al riguardo mi permetto di rinviare a G. COMOTTI, *Il valore del precedente giudiziale nella tradizione canonica*, in AA.VV., *Il valore dei precedenti giudiziali nella tradizione europea*, a cura di U. VINCENTI, Padova, 1998, 81-104, da cui traggio le considerazioni ed i riferimenti dottrinali che seguono.

(18) Cfr. C. LEFEBVRE, *Les pouvoirs du juge en droit canonique*, Paris 1938, 217.

1,17,12)<sup>(19)</sup>. Sulla scorta di una decretale di Innocenzo III, accolta nel *Liber Extra*, la quale espressamente stabiliva che, *in similibus causis*, tutti gli altri giudici fossero tenuti a giudicare *similiter*<sup>(20)</sup>, anche una sola decisione del Papa era ritenuta dai canonisti sufficiente a *facere ius quoad omnes*<sup>(21)</sup>. Tale conseguenza, tuttavia, non veniva fatta discendere dal semplice fatto della pronuncia di una sentenza da parte del Papa, la quale, nei limiti in cui fosse stata « decisiva litis secundum leges », era di per sé priva di valore vincolante, salvo che per le parti in causa, in quanto finalizzata a perseguire il bene di specifici soggetti e non (almeno direttamente) il bene comune, al quale dev'essere invece direttamente ordinata ogni attività rientrando nell'esercizio della funzione legislativa<sup>(22)</sup>. Solo la sentenza del Pontefice che fosse stata « declaratoria legis » produceva effetti vincolanti, trattandosi, in sostanza, di un caso di interpretazione autentica da parte del legislatore-giudice<sup>(23)</sup>. In definitiva, gli effetti normativi della sentenza papale dovevano poter essere ricondotti alla volontà del Pontefice di operare un'interpretazione autentica della legge<sup>(24)</sup>, manifestata in modo adeguato e

(19) « Si imperialis maiestas causam cognitionaliter examinaverit et partibus comminus constitutis sententiam dixerit, omnes omnino iudices, qui sub nostro imperio sunt, sciant hoc esse legem non solum illi causae, pro qua introducta est, sed omnibus similibus ».

(20) « In causis, quae summi Pontificis iudicio deciduntur, et ordo iuris et vigor aequitatis est subtiliter observandus, quum in similibus casibus ceteri teneantur similiter iudicare, nisi forte, quum aliquid causa necessitatis et utilitatis inspecta dispensative duxerit statuendum » (19, X, 2, 27). Per i riferimenti ai commenti dei decretalisti, v. A. BARBOSA, *Collectanea Doctorum tam veterum, quam recentiorum in ius pontificium universum*, Tomus primus, Lugduni MDCLVI, 664.

(21) « Interpretatio, quam facit Papa, vel generalem auctoritatem habens ab ipso, habet vim generalis Constitutionis, et facit jus quoad omnes, etiamsi non generaliter, et per modum legis, sed in aliquo speciali casu, et ad consultationem alicujus edita fuerit »: P. FAGNANUS, *Commentaria in Secundum Librum Decretalium*, Venetiis MDCCIX, 21, n. 16.

(22) F. SCHMALZGRUEBER, *Jus ecclesiasticum universum*, tomus primus, pars prima, Romae 1843, 193.

(23) Ivi, 192; v. inoltre ANTONIUS A BUTRIO, *Super Secunda Secundi Decretalium Commentarij*, tomus quartus, Venetiis, Apud Iuntas, MDLXXVIII, 127v, n. 2; IOANNES ANDREAE, *In secundum Decretalium librum Novella Commentaria*, Venetijs MDLXXXI. Apud Franciscum Franciscum, Senensem, 239v, n. 4; HOSTIENSIS, *In Secundum Decretalium librum Commentaria*, Venetiis, Apud Iuntas, MDLXXXI, 166v., nn. 4-6.

(24) Cfr. E. PIRHING, *Jus canonicum*, tomus secundus, Dilingæ MDCLXXV, 537, n. XX. Nella dottrina precedente è peraltro rinvenibile una serie complessa di

ricavabile anche da altri elementi esterni alla pronuncia giudiziale (quali, ad esempio, la decisione di far inserire quest'ultima nel *corpus iuris* o di farla pubblicare in forma solenne<sup>(25)</sup>); se, invece il contenuto della sentenza fosse stato *contra vel praeter ius commune*, o si fosse trattato di decisione presa *per dispensationem* o *ex plenitudine potestatis*, si riteneva che gli effetti non si estendessero al di fuori del caso sottoposto a giudizio<sup>(26)</sup>, non potendosi, in tali casi, presumere la volontà del Pontefice di modificare o abrogare la legge, ma solo di derogare «in speciali causa juri alterius partis litigantis»<sup>(27)</sup>.

Applicando tali considerazioni al tema che qui interessa, è di immediata evidenza quanto le Allocuzioni si distinguano dalle sentenze pronunciate dal Romano Pontefice, in ragione del fatto che l'eventuale interpretazione del diritto contenuta nelle prime non ha la finalità di risolvere — come le seconde — casi concreti, ma è rivolta alla serie indefinita di casi sottoposti alla valutazione dei giudici rotali o, addirittura, dei Tribunali ecclesiastici dell'intero orbe cattolico. Ciò nondimeno, resta quanto mai pertinente la necessità di fare riferimento, anche per le Allocuzioni, all'effettiva volontà manifestata dal Pontefice, il quale può far uso della propria *plenitudo potestatis* in qualsivoglia espressione di volontà autoritativa, «ma può indubbiamente volere che questa sua volontà abbia diversa forza e cioè, può anche dirsi, può dare diversa intensità al suo volere»<sup>(28)</sup>.

---

ulteriori distinzioni e sottodistinzioni: v. in proposito C. LEFEBVRE, *Les pouvoirs du juge*, cit., 217-220.

<sup>(25)</sup> E. PIRHING, *Jus canonicum*, cit., 537, n. XX. Osserva il SUAREZ (*Tractatus de legibus ad Deo Legislatore*, Conimbricæ 1612, lib. IV, cap. XIV, n. 6, 430-431) come ordinariamente le risposte del Pontefice siano «potius declarativa quam constitutiva iuris quia non solet consuli Pontifex an aliquid facere iubeat necne, sed an aliquid faciendum sit secundum ius naturale vel ab Ecclesia iam statutum. Et tunc respondendo Pontifex interpretatur ius et in hoc habet eius responsio auctoritatem legis obligantis ad illam interpretationem tenendam, vel ad servandum antiquum ius, secundum illam interpretationem (...). Non tamen solent per talia responsa condere Pontifices novas leges, non quia non possint, sed quia non hoc tunc agunt nec de hoc consuli solent, ut dixi. Si tamen occasione sumpta ex consultatione, ipsi velint novam legem introducere, sine dubio possunt illo modo id facere, dummodo suis verbis hoc sufficienter declarent».

<sup>(26)</sup> E. PIRHING, *Jus canonicum*, cit., 537, n. XX.

<sup>(27)</sup> *Ibidem*.

<sup>(28)</sup> S. GHERRO, *Diritto canonico*, cit., 117.

Orbene, in linea di principio, in assenza di una diversa manifestazione di volontà da parte del Pontefice, non mi sembra possibile attribuire alle Allocuzioni l'effetto normativo tipico dell'interpretazione autentica della legge canonica, cioè, ai sensi del can. 16, §2, la stessa *vis* che è propria della legge interpretata. Il vigente Codice di diritto canonico, infatti, sostanzialmente impedisce di avvalersi di presunzioni circa l'esistenza di una volontà pontificia di operare un'interpretazione autentica della legge canonica nel momento in cui espressamente prevede, secondo quanto dispone lo stesso can. 16, §2, che la fattispecie dell'interpretazione autentica, diversamente da quanto accadeva con il Codice piano-benedettino, risulti necessariamente integrata dalla promulgazione, che è l'atto mediante il quale si esprime tipicamente la volontà di produzione normativa.

3. *L'interpretazione del diritto divino da parte del Romano Pontefice: a) nell'esercizio della funzione magisteriale.*

Considerata l'insistenza con cui il Pontefice ritorna su temi attinenti al diritto naturale, appare più rilevante, per quanto complessa, la questione del valore delle Allocuzioni valutata con riferimento alla problematica dell'interpretazione del diritto divino, naturale o positivo, posta in essere dalla Suprema Autorità della Chiesa, che esige da parte dei fedeli un'adesione diversificata, a seconda che essa abbia inteso impegnarsi definitivamente o meno.

Il Codice vigente, soprattutto dopo la novella introdotta da Giovanni Paolo II nel 1998 con il m.p. «*Ad tuendam fidem*»<sup>(29)</sup>, recepisce integralmente quella gradualità nell'adesione richiesta ai fedeli per i diversi atti di magistero che era delineata nella formula di professione di fede imposta a quanti assumono gli uffici ecclesiastici di cui al can. 833<sup>(30)</sup> e che è un'eco fedele di importantissimi ed altrettanto noti passi dei due ultimi Concili Ecumenici<sup>(31)</sup>.

---

<sup>(29)</sup> V. A.A.S., XC (1998), 459-460.

<sup>(30)</sup> V. A.A.S., LXXXI (1989), 104-106.

<sup>(31)</sup> Sull'argomento v. D. SALVATORI, *L'oggetto del magistero definitivo della Chiesa alla luce del m.p. «Ad tuendam fidem»: il can. 750 visto attraverso i concili va-*

Qui basti ricordare come l'adesione richiesta ai fedeli sia massima per le dottrine solennemente definite o per quelle definitivamente proposte dal Magistero ordinario e universale come facenti parte della Rivelazione, cioè nella Parola di Dio contenuta nella Sacra Scrittura o nella Tradizione: in questo caso, infatti, si tratta di verità da credere *fide divina et catholica* e vi è l'obbligo di evitare ogni dottrina ad esse contraria (can. 750, § 1).

Vi è poi l'obbligo (can. 750, § 2) di attenersi fermamente («*amplectenda ac retinenda sunt*», in luogo del «*credenda sunt*» di cui al § 1) a quanto viene definitivamente proposto dal Magistero in materia *de fide vel de moribus* e che, sebbene non contenuto nel *depositum fidei* della Rivelazione, è comunque necessario per custodirlo ed esporlo fedelmente. Si tratta, in questo caso, di materie generalmente indicate con l'espressione «oggetto secondario dell'infallibilità», nel quale rientrano le norme morali naturali conoscibili mediante ragione, ma non contenute nel deposito della Rivelazione, alle quali si estende la competenza del Magistero, «a motivo del legame che esiste fra l'ordine della creazione e l'ordine della redenzione, e a motivo della necessità di conoscere e osservare tutta la legge morale in vista della salvezza»<sup>(32)</sup>; che poi il carisma dell'infalibilità si estenda all'insegnamento definitivo della Chiesa circa questo «oggetto secondario» è dottrina cattolica ufficiale<sup>(33)</sup>, ma non è un dogma di fede<sup>(34)</sup>.

---

*tiani*, Roma 2001; v. inoltre il puntuale studio di M. MOSCONI, *La santa custodia e la fedele esposizione del deposito della fede* (can. 750, § 2), in *Quaderni di diritto ecclesiale*, 15 (2002), 177-196.

<sup>(32)</sup> CONGREGATIO DE DOCTRINA FIDEI, *instr. «Donum veritatis» de ecclesiali theologi vocatione*, 24.5.1990, in *A.A.S.*, LXXXII (1990), 1550-1570, n. 16. La presente e le successive citazioni dell'istruzione sono tratte dalla versione in lingua italiana che si trova in *Enchiridion Vaticanum*, vol. 12, Bologna 1992, 188-233.

<sup>(33)</sup> Cfr. S. CONGREGATIO PRO DOCTRINA FIDEI, *decl. «Mysterium Ecclesiae» circa catholicam doctrinam de Ecclesia contra nonnullos errores hodiernos tuendam*, 24 giugno 1973, n. 3, in *A.A.S.*, LXV (1973), 401.

<sup>(34)</sup> Cfr. F.A. SULLIVAN, *Capire e interpretare il Magistero. Una fedeltà creativa*, Bologna 1996, 24 ss. La Congregazione per la dottrina della fede ha peraltro sottolineato come la stessa Rivelazione contenga anche insegnamenti morali che di per sé potrebbero essere conosciuti dalla ragione naturale e che possono essere oggetto di magistero infallibile (cfr. istr. *Donum veritatis*, cit., n. 16). Per il fatto di essere contenuti nella Rivelazione, essi non costituiscono però oggetto secondario, ma primario dell'infalibilità.

Si noti come qui non sia richiesto l'assenso della fede divina e cattolica, per cui il rifiuto non giungerebbe a concretizzare il delitto di eresia (can. 751)<sup>(35)</sup>, ma si imponga comunque, in sostanza, un obbligo di adesione incondizionata, dal momento che, come si esprime il Catechismo della Chiesa cattolica, il Magistero si avvale qui in pienezza dell'autorità che proviene da Cristo. Si deve comunque trattare di dottrine proposte in modo definitivo, per cui ha non poco rilievo quanto dispone il can. 749, § 3, il quale impedisce di considerare infallibilmente definita alcuna dottrina, a meno che ciò non risulti esplicitamente.

È richiesto, infine, un atteggiamento intellettuale e volitivo di *religiosum obsequium* nei confronti degli insegnamenti proposti dal Papa o dal Collegio episcopale, ma in modo non definitivo e che sono, pertanto, riformabili. L'ossequio dei fedeli è però dovuto al Magistero che possa qualificarsi autentico anche dal punto di vista oggettivo, vale a dire quando esso tratti di questioni *de fide vel de moribus*. In particolare, la pretesa della Chiesa di parlare con autorità nell'ambito morale si estende anche alla legge morale naturale, essendo suo compito non solo annunciare e insegnare la verità che è Cristo, ma anche dichiarare e confermare con autorità i principi dell'ordine morale scaturenti dalla stessa natura umana<sup>(36)</sup>.

#### 4. Segue: b) *nell'esercizio della funzione legislativa.*

Ai fini di una traduzione in più puntuali termini giuridici di questo *religiosum obsequium*<sup>(37)</sup>, sarà opportuno distinguere ulteriormente, in ragione dei diversi effetti per i fedeli, tra l'indagine del diritto divino condotta in sede propriamente magisteriale e quella che, quantomeno implicitamente, il Pontefice svolge in sede legislativa.

---

<sup>(35)</sup> Circa la secolare prassi del Magistero di catalogare le dottrine teologiche inaccettabili, seppur non concretanti l'eresia, mediante una serie di proposizioni associate a specifiche note di censura, quali, ad esempio, quella della prossimità all'eresia, v. riassuntivamente M. MOSCONI, *La santa custodia*, cit., 178.

<sup>(36)</sup> Cfr. CONCILIIUM OECUMENICUM VATICANUM II, *decl. «Dignitatis humanae»*, n. 14.

<sup>(37)</sup> Sull'argomento v. M. MOSCONI, *Magistero autentico non infallibile e protezione penale*, Roma 1996, 238-244.

La stessa funzione legislativa del Pontefice, invero, non può evitare di porsi nei confronti del diritto divino, oltre che come essenziale strumento di positivazione storica, anche come «manifestazione di conoscenza e d'interpretazione»<sup>(38)</sup>, vale a dire come attività di annuncio ed esposizione autorevole della verità rivelata (cfr. can. 747, § 1). A tale attività di interpretazione va riconosciuto carattere dichiarativo, quando essa si concretizza nell'esplicitazione più precisa e puntuale di ciò che è già implicito nel diritto divino già formalmente canonizzato, con effetti sicuramente retroattivi<sup>(39)</sup>. Si potrà invece parlare di un'interpretazione «costitutiva» del diritto divino o, addirittura, «integrativa o produttiva» quando il legislatore contribuisce a produrre nuovo diritto divino<sup>(40)</sup>: produzione da intendersi, ovviamente, nel senso di oggettivazione, cioè, in altri termini, di «traduzione in esperienza storica concretamente apprensibile e verificabile»<sup>(41)</sup> di una realtà, qual è il diritto divino appunto, perennemente vigente nella Chiesa *ab origine*, ma pur sempre «eccedente» rispetto alle sue storiche determinazioni<sup>(42)</sup>, le quali potrebbero necessitare, con il mutare delle circostanze di tempo e di luogo, di opportuni adeguamenti<sup>(43)</sup>.

Nel caso dunque di richiamo espresso al diritto divino contenuto nella legge formulata dal legislatore ecclesiastico, non mi sembra che le conseguenze per i fedeli siano diverse a seconda che l'interpretazione insita in tale riferimento abbia o meno carattere definitivo, dal momento che gli effetti saranno comunque quelli tipici della legge canonica, mentre il generale obbligo di ubbidienza gravante sui destinatari della stessa non risulterebbe per nulla attenuato qualora risultasse che il legislatore, nella propria determinazione normativa, non ha inteso impegnare in modo definitivo la propria autorità magisteriale. Rispetto alle leggi meramente eccle-

---

<sup>(38)</sup> G. LO CASTRO, *Conoscenza e interpretazione del diritto*, in *Il diritto della Chiesa*, cit., 23.

<sup>(39)</sup> S. BERLINGÒ, *Diritto divino e diritto umano nella Chiesa*, in *Diritto «per valori» e ordinamento costituzionale della Chiesa*, Giornate canonistiche di studio - Venezia, 6-7 giugno 1994, a cura di R. BERTOLINO-S. GHERRO-G. LO CASTRO, Torino, 1996, 112.

<sup>(40)</sup> *Ibidem*

<sup>(41)</sup> *Ivi*, 108.

<sup>(42)</sup> *Ivi*, 104.

<sup>(43)</sup> *Ivi*, 112.

siastiche, si avrà, anzi, l'effetto specifico dell'impossibilità sia di dispensa sia di formazione di consuetudini contrarie, le quali, non potendo qualificarsi *rationabiles*, sarebbero per ciò stesso impedito di acquistare forza di legge. Si dovrà allora leggere l'espressa riconduzione al diritto divino di siffatti disposti come « semplice avvertenza » da parte del legislatore circa la « maggiore rigidità del precetto » e quindi circa una minore disponibilità, da parte sua, alla modifica della legge, almeno nelle forme ordinarie di innovazione <sup>(44)</sup>.

Nel caso invece di interpretazione del diritto divino prodotta in sede propriamente magisteriale, ma senza la pretesa di definitività, è pacifico che l'autorità magisteriale possa essere esercitata a diversi livelli <sup>(45)</sup>, da valutarsi adeguatamente mediante criteri che possono variamente ricavarsi dalla natura dei documenti, dall'insistenza nel riproporre una dottrina e dal modo stesso di esprimersi <sup>(46)</sup>. Gli interventi del Magistero non qualificati dall'intenzione di impegnare definitivamente la propria autorità possono infatti, secondo la Congregazione della dottrina della fede, avere ad oggetto innanzitutto l'insegnamento di una dottrina finalizzato ad « un'intelligenza più profonda della rivelazione e di ciò che ne esplicita il contenuto », ovvero possono proporsi di richiamare la conformità di una dottrina con le verità di fede, o infine, di mettere in guardia contro concezioni incompatibili con queste stesse verità. Il Magistero può anche occuparsi di « questioni dibattute nelle quali sono implicati, insieme ai principi fermi, elementi congetturali e contingenti »: è proprio quest'ultimo tipo di interventi, di carattere prudenziale, che lascia maggior spazio ad un discernimento tra ciò che è necessario e ciò che è contingente e, conseguentemente, alla rilevazione di eventuali carenze nei documenti magisteriali <sup>(47)</sup>.

##### 5. Segue: c) *il caso delle Allocuzioni alla Rota.*

Per quanto si è finora venuti a considerare, e sebbene sia di per sé emblematico il fatto che le Allocuzioni alla Rota vengano di

---

<sup>(44)</sup> Ivi, 111.

<sup>(45)</sup> Cfr. F.A. SULLIVAN, *Capire e interpretare il Magistero*, cit., 29.

<sup>(46)</sup> Istr. *Donum veritatis*, cit., n. 24.

<sup>(47)</sup> Istr. *Donum veritatis*, cit., nn. 23-24.

solito pubblicate — caso raro tra i molti discorsi papali — negli *Acta Apostolicae Sedis*, appare arduo, in linea di massima e salvo casi determinati in cui risulti espressamente una diversa volontà del Pontefice manifestata in forme adeguate, riconoscere alle Allocuzioni alla Rota una specifica valenza normativa riconducibile all'esercizio di attività legislativa. Più verosimilmente potrebbe ravvisarsi, nei ripetuti riferimenti che ad esse fa la giurisprudenza e nell'ampiezza della loro ricezione in genere, la concretizzazione di una vera e propria consuetudine canonica: in questo caso, tuttavia, alle Allocuzioni non andrebbe riconosciuta valenza normativa *ex se*, ma, per l'appunto, *ex consuetudine* e quindi solo in presenza di tutti i requisiti che il legislatore richiede (cann. 23-28) affinché la consuetudine possa avere forza di legge.

Le Allocuzioni potranno anche utilizzarsi, secondo quanto dispone il can. 17, come strumento di indagine della *mens legislatoris*, per la soluzione dei dubbi discendenti dall'oscurità delle leggi; con l'avvertenza che la *mens legislatoris* non è l'interpretazione in se stessa, ma costituisce più semplicemente uno dei criteri dell'ermeneutica normativa<sup>(48)</sup>, il quale implica il riferimento ai contenuti intellettuali della determinazione normativa, previsti per ciò stesso alla formulazione della norma ed in diverso modo influenti in tale formulazione, ma che non va inteso nel senso di un rimando alla persona fisica del legislatore, bensì alla sua figura istituzionale e quindi, in altri termini, al sistema complessivo delle leggi e delle ragioni di diritto in cui si inserisce il disposto da interpretare<sup>(49)</sup>.

Considerando il loro contenuto, le Allocuzioni sembrano invece più agevolmente riconducibili, in assenza di espresse indicazioni in senso diverso, all'esercizio ordinario dell'attività magisteriale riformabile. Esse esigono quindi quel *religiosum obsequium* di cui al can. 752 e che la Congregazione per la dottrina della fede descrive con l'espressione «volontà di ossequio leale» («voluntas sinceri obsequii») <sup>(50)</sup>.

Alla luce delle distinzioni sopra considerate in margine ai cann. 750 e 752, appare indubitabile che l'*obsequium* non debba né possa essere identificato con l'assenso in quanto tale, il quale

(48) Cfr. P. BIANCHI, *Cause psichiche e nullità del matrimonio*, cit., 406.

(49) Cfr. J. OTADUY, *Fuentes, interpretacion, personas*, Pamplona 2002, 306-307.

(50) Istr. *Donum veritatis*, cit., n. 24.

esige un'adesione incondizionata, ma si sostanzia (uso ancora una volta l'espressione dell'istruzione «*Donum veritatis*») in un «atteggiamento di fondo di disponibilità ad accogliere lealmente l'insegnamento del Magistero» («*fundamentalis animi dispositio ad sincere amplectendam doctrinam magisterii*») <sup>(51)</sup>: atteggiamento che implica la necessità di utilizzare sempre il Magistero come chiave di lettura dei dati contenuti nel diritto divino <sup>(52)</sup>, anche se tale utilizzazione potrà, di volta in volta, condurre a risultati diversi, non escluso il discernimento critico o, al limite, il motivato dissenso; atteggiamento che, in ogni caso, esige un'effettiva serietà di sforzi a «superare ogni possibile tendenza personale a preferire *sic et simpliciter* la propria opinione» <sup>(53)</sup>, in ragione del ruolo insostituibile che va sempre riconosciuto al Magistero nella Chiesa <sup>(54)</sup>.

#### 6. Il riferimento al Magistero nell'indagine diretta del diritto divino da parte del giudice ecclesiastico.

Tutto ciò premesso, è addirittura impensabile che l'utilizzazione da parte del giudice ecclesiastico dei vari criteri tecnico-giuridici dell'ermeneutica legislativa possa prescindere dall'apporto del Magistero e dal riconoscimento del suo ruolo specifico, insito nella natura stessa della Chiesa <sup>(55)</sup>.

Ciò vale particolarmente quando il giudice dovrà, nell'applicazione della norma canonica, interpretare il diritto divino, attingendovi direttamente secondo le modalità che la tradizione canonica considera essenzialmente nell'ambito delle diverse dinamiche mediante le quali opera l'*aequitas canonica*, alle quali fanno riferimento il can. 19 del vigente *Codex iuris canonici* ed il can. 1501 del *Codex canonum Ecclesiarum Orientalium*. Il ruolo del giudice nella Chiesa, infatti, implica, specie nelle cause di nullità matrimoniale, uno sforzo continuo di approfondimento del dato rivelato, con il quale vanno costantemente confrontati i dati forniti dal pro-

<sup>(51)</sup> Istr. *Donum veritatis*, cit., n. 29.

<sup>(52)</sup> Cfr., in questo senso, S. GHERRO, *Diritto canonico*, cit., 53.

<sup>(53)</sup> F.A. SULLIVAN, *Capire e interpretare il Magistero*, cit., 33.

<sup>(54)</sup> C.J. ERRÁZURIZ, *Il «munus docendi Ecclesiae»: diritti e doveri dei fedeli*, Milano, 1991, 176.

<sup>(55)</sup> L. GEROSA, *L'interpretazione della legge nella Chiesa. Principi, paradigmi, prospettive*, Pregassona (Svizzera) 2001, 112.

gresso delle scienze umane, cercando di cogliere la continuità tra l'ordine naturale e quello soprannaturale, tra scienza e fede.

L'utilizzazione di strumenti concettuali provenienti dalle scienze umane, tuttavia, esige sempre da parte sua un discernimento che ha il suo principio normativo ultimo nella dottrina rivelata, la quale deve fornire i criteri per il discernimento di questi elementi e strumenti concettuali, e non viceversa<sup>(56)</sup>. Anche l'attività speculativa del giudice ecclesiastico intorno al diritto divino si esercita, invero, «intra ambitum fidei Ecclesiae»<sup>(57)</sup> e pertanto il giudice stesso, in quanto membro del Popolo di Dio, è tenuto all'obbligo generale di conservare la comunione con la Chiesa (can. 209, § 1) e di obbedire ai sacri pastori (can. 212, § 1), pur potendo usufruire di quella libertà di ricerca che il can. 218, riecheggiando il n. 62 della costituzione conciliare «*Gaudium et spes*», riconosce a coloro che si occupano di scienze sacre, la quale si estende fino ai limiti che ne consentono la qualificazione in termini di *iustitia*: «*iusta libertas*».

Uno di questi limiti è esplicitato dallo stesso can. 218, che richiama l'obbligo di conservare il *debitum obsequium* nei confronti del Magistero della Chiesa, il quale si impone non come inaccettabile limite estrinseco alla speculazione intorno ai dati del diritto divino, ma come ineludibile criterio scientifico della ricerca canonistica. La libertà di ricerca, infatti, che coincide, per molti aspetti, con la stessa *libertas filiorum Dei*, trova specifico fondamento nel carattere scientifico della ricerca stessa, in ragione del principio di autonomia delle scienze affermato dal Concilio Vaticano II<sup>(58)</sup>.

Sarebbe completamente fuorviante richiamarsi al carattere scientifico della ricerca, sia biblica che teologica o canonistica, per invocare una completa autonomia rispetto ad indicazioni magisteriali, seppur non confortate dal carisma dell'infallibilità. Le regole della ragione, imprescindibili per ogni discorso scientifico, implicano infatti per i cultori di scienze sacre il riferimento costante ai dati della rivelazione precipitati nel diritto divino, naturale e positivo, il cui approfondimento, condotto tramite il rispetto delle esigenze epistemologi-

---

<sup>(56)</sup> Cfr., ma con riferimento all'attività dei teologi, istr. *Donum veritatis*, cit., n. 10.

<sup>(57)</sup> Istr. *Donum veritatis*, cit., n. 11.

<sup>(58)</sup> V. cost. *Gaudium et spes*, n. 59.

che proprie della scienza giuridica o teologica, non può porsi in contrasto con la tradizione vivente della Chiesa<sup>(59)</sup>, nel cui ambito il ruolo del Magistero non è un *quid* estrinseco alla verità cristiana, ma « emerge direttamente dall'economia della fede stessa, in quanto il Magistero è, nel suo servizio reso alla Parola di Dio, un'istituzione voluta positivamente da Cristo come elemento costitutivo della Chiesa »<sup>(60)</sup>.

A ciò si aggiunga che, mentre gli esiti della ricerca nell'ambito delle scienze sacre non producono effetti giuridici per i fedeli, l'interpretazione della legge canonica data *per modum sententiae*, pur non avendo forza di legge, produce effetti vincolanti nei confronti delle parti sottoposte a giudizio (can. 16, § 3). Se quindi il Magistero non definitivo lascia ai fedeli in genere uno spazio, per quanto ristretto, di dissenso, elementari ma imprescindibili esigenze di coerenza dell'ordinamento non dovrebbero consentire che i fedeli siano tenuti ad aderire al Magistero e, al tempo stesso, a soggiacere ad interpretazioni giudiziali del diritto divino con esso contrastanti.

### 7. *La partecipazione della Rota al « munus petrinum ».*

Qualche specifica considerazione va fatta, infine, circa il ruolo svolto nella Chiesa dai destinatari principali delle Allocuzioni, che sono i prelati uditori della Rota Romana.

La tradizione canonica, in considerazione della competenza universale della Rota e della sua collocazione gerarchicamente sovraordinata rispetto agli altri tribunali ecclesiastici ha sempre riconosciuto alla giurisprudenza rotale un « magnum pondus autoritatis »<sup>(61)</sup>, un « valore esemplare »<sup>(62)</sup> comprovato, nei fatti, dalle numerose raccolte e dalla frequenza con cui essa viene citata dai tribunali inferiori<sup>(63)</sup>, oltre che dal comune riconoscimento per il suo

<sup>(59)</sup> Cfr. G. COMOTTI, *Il can. 218 e la ricerca teologica: « iusta libertas » e « debitum obsequium »*, in *Diritto per valori*, cit., 236-239.

<sup>(60)</sup> Istr. *Donum veritatis*, cit., n. 14.

<sup>(61)</sup> F. REIFFENSTUEL, *Jus canonicum universum*, tomus primus, Maceratae MDCCXLVI, 19, n. 142.

<sup>(62)</sup> M.F. POMPEDDA, *La giurisprudenza come fonte di diritto nell'ordinamento canonico matrimoniale*, in *Studio Rotale*, I (1987), 68.

<sup>(63)</sup> G. FRANSEN, *Le valeur de la jurisprudence en droit canonique*, in AA.VV., *La norma en el derecho canónico*, vol. I, Pamplona 1979, 207-208.

rilievo scientifico o per l'autorevolezza dei giudici rotali<sup>(64)</sup>. Non diversamente, tuttavia, da quanto accade per le sentenze degli altri tribunali della Chiesa, le decisioni della Rota non producono diritto («non faciunt Jus universale»<sup>(65)</sup>), non costituiscono cioè precedente formalmente vincolante («nec alii Judices praecise secundum eas tenentur judicare»<sup>(66)</sup>), ma obbligano solo le parti in giudizio<sup>(67)</sup>.

D'altro canto, la giurisprudenza rotale è prodotta nell'esercizio di funzioni che sono espletate «nomine et auctoritate Romani Pontificis» (can. 360) ed è uno strumento al quale il can. 19 obbliga a fare riferimento per supplire alla mancanza di disposti legislativi o di norme consuetudinarie; la costituzione apostolica «*Pastor bonus*»<sup>(68)</sup>, inoltre, nell'art. 126, affida alla Rota il compito di *consulere* «unitati iurisprudentiae» e di essere d'aiuto *per proprias sententias* ai tribunali inferiori<sup>(69)</sup>.

Mentre la previsione della funzione suppletiva della giurisprudenza è stata solo esplicitata dal *Codex* del 1983, perché il riferimento alla giurisprudenza si riteneva comunemente ricompreso nell'espressione *stylus*<sup>(70)</sup>, di cui si serviva il vecchio *Codex* nel corrispondente can. 20<sup>(71)</sup> e che invece non ricompare più nel nuovo, nel secondo caso si tratta di una vera e propria novità, dal momento che nella precedente costituzione sulla Curia romana non si trovava un disposto corrispondente a quello dell'attuale art. 126<sup>(72)</sup>. La mancanza articolazione, attraverso disposti più specifici, delle modalità attraverso le quali la Rota può assolvere ai com-

(64) «Nam quia Decisiones Rotae Romanae non nisi summa cum maturitate prodeunt, simulque ab uno ex supremis totius Orbis Christiani Tribunali, et Capellam, seu Aulam Pontificiam repraesentante, promanant»: F. REIFFENSTUEL, *Jus canonicum universum*, cit., 19, n. 142; v. inoltre P. FAGNANUS, *Commentaria*, cit., 22-23, nn. 31-33; C. LEFEBVRE, *Les pouvoirs du juge*, cit., 243-246.

(65) F. REIFFENSTUEL, *Jus canonicum universum*, cit., 19, n. 140.

(66) Ivi, n. 145.

(67) V. *Allocuzione alla R. Rota* del 26 febbraio 1983 e del 23 gennaio 1992.

(68) V. A.A.S., LXXX (1988), 841-934.

(69) Ivi, 892. In proposito v. R. RODRIGUEZ-OCAÑA, *El Tribunal de la Rota y la unidad de la jurisprudencia*, in *Ius canonicum*, XXX (1990), 423-448.

(70) Cfr. G. COMOTTI, *Il valore del precedente*, cit., 92-94.

(71) Ivi, 94-96.

(72) V. sul punto G.P. MONTINI, *La giurisprudenza dei Tribunali Apostolici e dei Tribunali delle Chiese particolari*, in *Il diritto della Chiesa*, cit., 112-117.

piti assegnatile nella «*Pastor bonus*», rischia però di rendere «innocua» la portata innovativa del citato art. 126<sup>(73)</sup>, il quale può considerarsi una ricognizione di ripetuti interventi pontifici (praticamente delle Allocuzioni alla Rota) circa il ruolo di guida che le decisioni rotali dovrebbero assumere nei confronti dei tribunali inferiori, al fine di una «più convergente unità» e di una «sostanziale uniformità nella tutela dei contenuti essenziali del matrimonio canonico»<sup>(74)</sup>.

Anche se l'apprezzamento ripetutamente espresso dai Pontefici per la giurisprudenza rotale non si è mai tradotto nell'attribuzione alla stessa di un valore normativo, ma va inteso come indicazione di un presupposto prudenziale per un giudizio giusto<sup>(75)</sup>, non c'è dubbio che i giudici della Rota partecipino direttamente, in modo vicario, al ministero di Pietro<sup>(76)</sup>, nel cui nome essi esercitano le proprie funzioni; e, secondo l'insegnamento di Giovanni Paolo II, «non si tratta di una semplice delega, ma di una partecipazione più profonda» alla missione del Romano Pontefice<sup>(77)</sup>.

In questa prospettiva, è senz'altro condivisibile l'auspicio che, *de iure condendo*, il ricorso da parte dei giudici ecclesiastici inferiori alla giurisprudenza rotale, che rappresenta una concreta manifestazione di fedeltà alla norma giuridica<sup>(78)</sup>, non resti solo un mezzo, tra gli altri, per colmare le lacune legislative, ma trovi più adeguata collocazione nella dinamica «ordinaria» del sistema normativo canonico<sup>(79)</sup>, in considerazione del fatto che l'approfondimento da parte della giurisprudenza rotale degli aspetti fondamentali del matrimonio iscritti nel diritto divino costituisce una «testimonianza di verità», alla stessa stregua del Magistero ordinario della Chiesa, nella dinamica del quale, anzi, essa risulta, nei termini appena considerati, inserita a pieno titolo<sup>(80)</sup>.

(73) Cfr. R. RODRIGUEZ-OCAÑA, *El Tribunal de la Rota*, cit., 432.

(74) *Allocuzione alla R. Rota* del 26 febbraio 1983.

(75) Così G.P. MONTINI, *La giurisprudenza dei Tribunali Apostolici*, cit., 130.

(76) Cfr. *Allocuzioni alla R. Rota* del 30 gennaio 1986 e del 30 gennaio 2003.

(77) *Allocuzione alla R. Rota* del 30 gennaio 1986.

(78) Cfr. J. LLOBELL, *Sentenza: decisione e motivazione*, in AA.VV., *Il processo matrimoniale canonico*, Città del Vaticano 1988, 315.

(79) Così R. RODRIGUEZ-OCAÑA, *El Tribunal de la Rota*, cit., 432-433. Cfr. *Allocuzione alla R. Rota* del 30 gennaio 1986.

(80) Cfr. S. GHERRO, *Diritto canonico*, cit., 82.

Come tuttavia accade per gli stessi atti o documenti della Curia Romana in genere, in margine ai quali può talora parlarsi di partecipazione al magistero ordinario del Romano Pontefice, specie quando intervenga la loro approvazione specifica da parte del Pontefice stesso<sup>(81)</sup>, ciò non significa che alle sentenze della Rota possa riconoscersi il medesimo valore degli atti posti in essere dal Papa personalmente<sup>(82)</sup>, i cui effetti invece si estendono a tutti i fedeli, compresi i giudici rotali. Ciò nondimeno, la partecipazione della Rota alla missione del Papa, che costituisce il fondamento più rilevante del *pondus auctoritatis* delle sue decisioni, può, per altro verso, consentire alla stessa una considerazione critica degli insegnamenti magisteriali, in ragione dei limiti eventualmente in essi riscontrati. La pratica realizzazione di questa eventualità, per quanto prudentemente circoscritta, può diventare addirittura preziosa cooperazione ad un vero progresso del Magistero stesso, che non può certo trarre detrimento dall'esercizio di una libertà di ricerca intesa come discernimento più adeguato del valore delle dichiarazioni magisteriali e di quelli che ne possono rappresentare solo elementi od espressioni contingenti rispetto all'irrinunciabile sostanza<sup>(83)</sup>.

È anche questa una significativa espressione del rapporto biunivoco che deve intercorrere tra legislatore canonico e giudice ecclesiastico, al quale faceva riferimento Paolo VI proprio in un'Allocuzione alla Rota, quando prospettava l'utilizzazione da parte del primo del contributo fornito dalla giurisprudenza, soprattutto rotale, definito « prezioso », « eccezionale », « insostituibile », al fine « illuminare il mistero dell'uomo e del cristiano »<sup>(84)</sup>.

---

<sup>(81)</sup> Cfr. istr. *Donum veritatis*, cit., n. 18.

<sup>(82)</sup> Cfr. F.A. SULLIVAN, *Capire e interpretare il Magistero*, cit., 29.

<sup>(83)</sup> Sull'utilità che può trarre il Magistero stesso dalla riflessione critica che lo riguarda, v. C.J. ERRÁZURIZ, *Il «munus docendi Ecclesiae»*, cit., 175; con specifico riferimento al rapporto tra giurisprudenza rotale e Magistero, v. S. GHERRO, *Diritto canonico*, cit., 82.

<sup>(84)</sup> *Allocuzione alla R. Rota* del 13 febbraio 1968.

ORAZIO CONDORELLI

«ECCLESIA», «CIVITAS» E GIURISDIZIONE EPISCOPALE:  
INTERPRETAZIONI E APPLICAZIONI DEL C. 9  
DEL CONCILIO LATERANENSE IV NEI SECOLI XIII-XV

1. Il canone «Quoniam in plerisque partibus» del Concilio Lateranense IV (1215): diversità di riti e unicità di giurisdizione in ambito diocesano. — 2. «Un solo vescovo per ogni città»: il simbolismo del matrimonio mistico nel diritto antico. — 3. Il canone «Quoniam in plerisque partibus»: l'ecclesiologia del corpo mistico e la metafora del mostro dalle molte teste. — 4. Il canone «Quoniam in plerisque partibus»: il «praesul vicarius» come prelado di rango episcopale nella comune opinione della scienza giuridica. — 5. Il principio dell'unità di giurisdizione alla prova della storia: l'esperienza della Cristianità latina di frontiera. La disciplina del c. «Quoniam» e le deroghe ai principî in essa sanciti. — 6. L'identificazione fra «episcopus» e «civitas» nel modello di Chiesa locale rappresentato dal c. 9 del Concilio Lateranense IV. — 7. Storia ed escatologia nella configurazione dei modelli istituzionali dell'episcopato. — 8. Due vescovi per una diocesi? L'arbitrio e la causa: un criterio risolutivo proposto da Nicolò Tedeschi. — 9. Conclusioni.

1. *Il canone «Quoniam in plerisque partibus» del Concilio Lateranense IV (1215): diversità di riti e unicità di giurisdizione in ambito diocesano.*

I rapporti fra Roma e la Chiesa bizantina vissero una fase di particolare intensità dopo la conquista crociata di Costantinopoli e la fondazione dell'effimero impero latino d'Oriente (1204-1261) (\*). L'espugnazione della Città del Bosforo assunse agli occhi della Cristianità occidentale un valore simbolico, rappresentando la

---

(\*) In queste pagine presento alcuni risultati di una più ampia indagine. Limite perciò all'essenziale il corredo bibliografico e rinvio, per gli opportuni approfondimenti, al volume «*Unum corpus, diversa capita*». *Modelli di organizzazione e cura pastorale per una «varietas ecclesiarum»* (I Libri di Erice 29), Roma 2002.

provvidenziale conclusione dello scisma che teneva separato il *membrum* dal *caput*, la *filia* dalla *mater omnium Ecclesiarum*, la Chiesa greca dalla Sede romana<sup>(1)</sup>.

Gli anni che seguirono la conquista latina dell'Oriente bizantino dimostrarono quanto ottimistiche fossero tali previsioni, e quanto fuorviante fosse la riduzione della questione dell'unione ad un problema essenzialmente di giurisdizione. Nei territori conquistati l'installazione di gerarchie ecclesiastiche latine ebbe luogo su ampio raggio, là dove i prelati di rito bizantino avevano rifiutato di prestare obbedienza alla sede apostolica.

A seguito dell'installazione di gerarchie episcopali latine nelle terre d'Oriente, lì dove preesistevano gerarchie di rito bizantino, si pose in modo straordinariamente urgente un problema, di natura tanto ecclesiologica quanto canonica e pastorale, che in diversa misura era divenuto attuale sin dalle prime fasi dell'imponente fenomeno storico delle crociate: è ammissibile la coesistenza di una pluralità di giurisdizioni episcopali nel medesimo territorio? Le vicende che riportarono — con un destino più o meno effimero — una parte della Cristianità orientale all'interno dell'orbita romana provocarono una riflessione intesa a chiarire se, e in quale misura, il modello di Chiesa locale ereditato dalla tradizione fosse confacente alle nuove situazioni emergenti dalle recenti conquiste militari.

La legislazione del quarto Concilio Lateranense intese dare risposta anche ai problemi disciplinari e pastorali nati dall'istituzione di vescovi latini in diocesi già rette da prelati greci di obbedienza costantinopolitana. In particolare, le disposizioni contenute nel nono canone conciliare (*Quoniam in plerisque partibus*) mirano a risolvere i problemi sorti in diocesi popolate da fedeli che appartengono a riti diversi ovvero parlano lingue diverse<sup>(2)</sup>.

---

(1) Tale lettura degli avvenimenti è testimoniata dall'epistolario di papa Innocenzo III: «*Unum corpus, diversa capita*», cit., p. 17 s.

(2) Concilio Lateranense IV, c. 9: «*Quoniam in plerisque partibus intra eandem civitatem atque diocesim permixti sunt populi diversarum linguarum, habentes sub una fide varios ritus et mores, districte precipimus ut pontifices huiusmodi civitatum sive diocesum provideant viros idoneos qui, secundum diversitates rituum et linguarum, divina officia illis celebrent et ecclesiastica sacramenta ministrent, instruendo eos verbo pariter et exemplo. Prohibemus autem omnino ne una eademque civitas sive diocesis diversos pontifices habeat, tanquam unum corpus diversa capita, quasi*

Il modello disegnato dal nono canone conciliare non si discosta, sul problema fondamentale, da un principio che già aveva trovato sanzione — seppure in circostanze storiche differenti — nel primo concilio ecumenico di Nicea: « un solo vescovo per ogni città »<sup>(3)</sup>. Innocenzo III stabilisce che, coesistendo nella medesima città o diocesi comunità di rito, lingua e costumi diversi all'interno della medesima fede professata, l'ordinario diocesano è tenuto ad affidare la loro cura a idonei collaboratori (*virii idonei*), che secondo tale varietà celebreranno gli uffici divini e amministreranno i sacramenti. L'istituzione di idonei collaboratori è una soluzione che si pone in linea con una tradizione ecclesiastica che considerava un'aberrante mostruosità — un corpo con due o più teste — la coesistenza di due o più vescovi in una medesima diocesi. Per le funzioni indicate — prosegue il canone — cause di urgente necessità potrebbero tuttavia rendere opportuna la nomina di presuli — appartenenti alle diverse *nationes* alla cui cura di volta in volta si vuole provvedere — con stabili funzioni vicariali e del tutto soggetti alla giurisdizione dell'ordinario diocesano.

2. « *Un solo vescovo per ogni città* »: il simbolismo del matrimonio mistico nel diritto antico.

Nella Chiesa antica l'affermazione e la diffusione della forma storica dell'episcopato monarchico si erano accompagnate a un costante impegno di definizione dei quadri territoriali della Chiesa. I grandi concili orientali del secolo IV ne avevano fissato la struttura fondamentale<sup>(4)</sup>.

---

monstrum. Set si propter prescriptas causas urgens necessitas postulaverit, pontifex loci catholicum presulem nationibus illis conformem, provida deliberatione constituat sibi vicarium in predictis, qui ei per omnia sit obediens et subiectus. Unde si quis aliter se ingesserit, excommunicationis se noverit mucrone percussus; et si nec respuerit, ab omni ecclesiastico ministerio deponendum, adhibito, si necesse fuerit, brachio seculari ad tantam insolentiam compescendam» [*Constitutiones Concilii quarti Lateranensis una cum Commentariis glossatorum*, ed. A. GARCÍA Y GARCÍA (MIC, Series A: Corpus Glossatorum 2), Città del Vaticano, 1981, p. 57 s.].

<sup>(3)</sup> Concilio di Nicea, c. 8: *Conciliorum oecumenicorum decreta*, edd. G. ALBERIGO-G. DOSSETTI-P.-P. JOANNOU-C. LEONARDI-P. PRODI, H. JEDIN, *consultante*, Bologna, 1973<sup>3</sup>, p. 10 s.

<sup>(4)</sup> Mi permetto di rinviare a O. CONDORELLI, *Ordinare - Iudicare. Ricerche sulle potestà dei vescovi nella Chiesa antica e altomedievale* (I Libri di Erice 18),

Sin da tempi risalenti, per rappresentare il legame fra il vescovo e la propria Chiesa particolare, individuata da un territorio, si era fatto ricorso al simbolismo del matrimonio mistico e ai testi scritturistici che sancivano l'indissolubilità del vincolo matrimoniale. Tale configurazione del legame diocesano comportava non solo una severa e restrittiva disciplina dei trasferimenti episcopali e delle rinunce all'episcopato, ma costituiva una potente difesa teorica contro ogni tentativo di usurpazione giurisdizionale<sup>(5)</sup>.

Nel simbolismo dell'unità matrimoniale la forma storica dell'episcopato monarchico trova dunque la ragione del principio che a capo di ciascuna diocesi deve esservi uno e un solo vescovo. Quando, nel 325, il concilio di Nicea volle dettare le regole affinché i seguaci di Novaziano potessero rientrare nella comunione della Chiesa cattolica, i Padri previdero che nelle diocesi dove risiedeva un vescovo cattolico un vescovo scismatico potesse essere accolto nella dignità del suo rango solo se l'ordinario diocesano lo avesse consentito. In caso contrario, il vescovo scismatico sarebbe stato riammesso con la dignità e per l'ufficio di corepiscopo o di presbitero. La causa di tale soluzione — per la quale un vescovo, illegittimamente ma validamente consacrato tale, viene posto in stato di subordinazione rispetto al vescovo diocesano — è enunciata a chiare lettere alla fine del canone: «ne in una civitate duo episcopi probentur exsistere»<sup>(6)</sup>.

Erano queste, nelle grandi linee, le coordinate in cui si muovevano i canonisti medievali. Essi, tuttavia, non traevano l'immagine dell'episcopato monarchico dal c. 8 di Nicea, presente nella colle-

---

Roma, 1997, cap. I, con la letteratura ivi citata; si veda ora anche il contributo di A. VIANA, *Derecho canónico territorial. Historia y doctrina del territorio diocesano* (Instituto Martín de Azpilcueta, Facultad de Derecho Canónico, Universidad de Navarra, Colección Canónica), Pamplona, 2002, pp. 21-47.

<sup>(5)</sup> In questo contesto simbolico, verosimilmente, S. Cipriano aveva qualificato come adultero quel Novaziano che, fattosi consacrare vescovo, aveva attentato alla cattedra romana di cui papa Cornelio era il legittimo titolare. Si veda per esempio l'epistola 55, c. 24, poi ripresa da Graziano, C. 7 q. 1 c. 6. È bene precisare che tale qualifica potrebbe però riferirsi alle dottrine eretiche professate da Novaziano, piuttosto che alla sua usurpazione della cattedra di Cornelio: J. GAUDEMET, *L'Eglise dans l'Empire Romain* (Histoire du Droit et des Institutions de l'Eglise en Occident 3), Paris, 1958, p. 357. L'immagine del coniugio mistico è comunque chiaramente affermata nel secolo IV, a significare il vincolo che lega l'*episcopus* con la sua *ecclesia*.

<sup>(6)</sup> Cfr. *supra*, nota 3.

zione grazianea solo in una forma mutila, che lo privava fra l'altro della regola enunciata nella sua parte finale (C. 1 q. 7 c. 8). Nel *Decretum*, invece, gli interpreti ascoltavano le severe ed eloquenti parole di San Cipriano<sup>(7)</sup>, e acquisivano familiarità col tema del *coniugium spirituale* secondo la matura elaborazione prodotta nell'officina dei falsarî pseudoisidoriani<sup>(8)</sup>. In un *dictum* graziano, poi, potevano apprezzare lo sforzo di concordare il principio generale, secondo cui in ciascuna diocesi non può esserci che un vescovo, con le fonti che invece davano testimonianza di casi in cui all'ordinario diocesano, per varie ragioni, un altro vescovo si era affiancato nella veste di ausiliare o coadiutore<sup>(9)</sup>. I decretisti metteranno in evidenza come il principio dell'unità dell'episcopato, anche in questo caso, è fatto salvo dalla circostanza che il vescovo ausiliare o coadiutore esercita le proprie funzioni quale vicario del vescovo diocesano, e dunque in posizione subordinata rispetto all'unico *caput* della comunità diocesana<sup>(10)</sup>.

### 3. Il canone « *Quoniam in plerisque partibus* »: l'ecclesiologia del corpo mistico e la metafora del mostro dalle molte teste.

Il simbolismo del matrimonio mistico ricorre frequentemente, nel pensiero innocenziano, a significare il vincolo tendenzialmente uno e indissolubile del vescovo con la propria diocesi<sup>(11)</sup>. E le fonti che ho poco sopra ricordato mostrano altresì come Innocenzo III — allorché riafferma, nel canone *Quoniam*, il divieto di una doppia gerarchia all'interno della medesima diocesi — si ponga nel solco di una tradizione canonica millenaria: « *Prohibemus autem*

(7) C. 7 q. 1 c. 5 e 6. Cfr. *supra*, nota 5.

(8) C. 7 q. 1 c. 11: « *Sicut vir non debet adulterare uxorem suam, ita nec episcopus ecclesiam suam; id est ut illam dimittat, ad quam consecratus est...* »; lettera che lo Pseudoisidoro attribuisce a papa Evaristo (JK † 21). Ma si veda anche l'altro passo pseudoisidoriano (attribuito a Callisto I, JK † 86) ripreso nella C. 7 q. 1 c. 39. Cfr. *Decretales Pseudo-Isidorianae et Capitula Angilramni*, ed. P. HINSCHIUS, Leipzig 1863, rist. anast. Aalen, 1963, rispettivamente p. 90 e p. 139.

(9) *Dictum post* C. 7 q. 1 c. 11.

(10) A titolo esemplificativo si può vedere la glossa ordinaria a C. 7 q. 1 c. 12, v. *accederet*. Qui come altrove, le citazioni dagli apparati ordinari ai testi del *Corpus iuris canonici* sono tratte dall'edizione romana del 1582.

(11) Cfr. W. IMKAMP, *Das Kirchenbild Innocenz III. (1198-1216)* (Päpste und Papsttum 22), Stuttgart, 1983, pp. 300-309, con la letteratura citata.

omnino ne una eademque civitas sive diocesis diversos pontifices habeat, tanquam unum corpus diversa capita, quasi monstrum». L'immagine del mostro dalle molte teste costituisce ovviamente la degenerazione di un modello che trae origine nella teologia paolina del corpo mistico, e che la dottrina canonistica era solita utilizzare per la sua idoneità a raffigurare la Chiesa nella sua dimensione monarchica, unitaria e ad un tempo complessa<sup>(12)</sup>. Modello che, nel pensiero teologico-politico medievale, trovava ulteriore qualificazione nella ritenuta eccellenza del regime monarchico, idoneo a garantire l'ordine nel mondo animale come in quello umano, nell'ambito ecclesiastico come in quello civile<sup>(13)</sup>.

In riferimento al canone *Quoniam*, possiamo osservare che la metafora del mostro dalle molte teste, legata al modello corporativo della Chiesa, nell'interpretazione dei giuristi medievali cammina di pari passo con la metafora della Chiesa raffigurata come un ovile governato da un solo pastore<sup>(14)</sup>. Inoltre, all'interprete medievale non sfugge come la teologia del corpo mistico offra un modello ecclesiologico riproducibile su vari livelli. Esso è quindi idoneo a rappresentare anche la Chiesa particolare, che in dimensioni ridotte riproduce la struttura complessa della Chiesa universale<sup>(15)</sup>.

---

(12) Il trasferimento dell'espressione *corpus mysticum* dal dominio della teologia sacramentale a quello ecclesiologico (circa dalla metà del sec. XII) è illustrato nel fondamentale lavoro di H. DE LUBAC, *Corpus mysticum. L'Eucaristia e la Chiesa nel medioevo. Studio storico*, trad. it. dall'originale in lingua francese (Teologia in Cammino 3), Torino, 1968. Quanto le dottrine, di origine teologica, sulla struttura organica e corporativa della società abbiano poi pervaso le teorie politiche occidentali è documentato nel classico studio di E. KANTOROWICZ, *I due corpi del re. L'idea di regalità nella teologia politica medievale*, trad. it. (Biblioteca di Cultura Storica 180), Torino, 1989, in particolare pp. 167 ss.

(13) D'obbligo il riferimento al canone *In apibus* (C. 7 q. 1 c. 41) e alle interpretazioni che si consolidano al suo margine.

(14) «*Ovile*: id est una ecclesia universalis in multa membra diffusa, ut supra de summa trinitate Firmiter § una... (X.1.1.1)»: GOFFREDO DA TRANI, *Apparatus* in X.3.42.6 (c. *Licet Grecos*, Conc. Lat. IV c. 4), v. *ovile* (Wien, Österreichische Nationalbibliothek, lat. 2197, fol. 112va).

(15) Concetto espresso con efficacia dall'OSTIENSE: «... Sic ergo unus episcopatus dicitur unum corpus, respectu scilicet ecclesiarum et fidelium civitatis et diocesis, que sunt membra illius, sed hoc corpus singulare est sive speciale, et est membrum universalis ecclesie simul iuncte...» [ENRICO DA SUSA, *Lectura* in X.1.31.14, v. *corpus*:

4. *Il canone « Quoniam in plerisque partibus »: il « praesul vicarius » come prelato di rango episcopale nella comune opinione della scienza giuridica.*

Come abbiamo già notato, nel canone *Quoniam* era previsto che per la cura pastorale delle diocesi dove vivevano popolazioni di lingua e rito diversi l'ordinario diocesano provvedesse attraverso l'istituzione di idonei collaboratori (*viri idonei*), che espletassero il ministero ecclesiastico « secundum diversitates rituum et linguarum ».

Dopo avere confermato il divieto di una duplice gerarchia episcopale all'interno della medesima diocesi, Innocenzo III aveva inoltre prescritto che, quando l'urgente necessità lo richiedesse, il vescovo diocesano avesse la facoltà di nominare un vicario nella persona di un presule cattolico appartenente alla medesima *natio* alla cui cura pastorale si voleva provvedere. Dato di rilievo della disposizione innocenziana è che tale vicario fosse al vescovo diocesano « per omnia... obediens et subiectus ».

Una glossa di Giovanni Teutonico fissa in alcuni punti un'interpretazione che incontrerà il quasi unanime consenso dei canonisti. Il vicario episcopale previsto dal canone *Quoniam* è un vicario di rango episcopale, titolare di potestà di governo ordinaria. Si tratta, tuttavia, di un vescovo gerarchicamente subordinato all'ordinario diocesano — che rimane l'unico *caput* della diocesi —, dal quale deve ricevere la consacrazione episcopale<sup>(16)</sup>.

Divenne opinione comune che il ministero pastorale potesse essere meglio e più compiutamente espletato da un vicario insignito del carattere episcopale. Enrico da Susa, fra tutti, mise in

---

HENRICI DE SEGUSIO CARDINALIS HOSTIENSIS... *in Primum* (etc.) *Decretalium librum Commentaria*, I-II, Venetiis, apud Iuntas 1581; rist. anast. Torino, 1965, I fol. 165va].

(16) GIOVANNI TEUTONICO, *Apparatus in Constitutiones Concilii quarti Lateranensis*, c. 9, v. *constituaat sibi vicarium in predictis* (ed. GARCÍA Y GARCÍA, cit., p. 201 s.): « Et tamen habet ordinariam potestatem, licet dicatur vicarius episcopi, ut extra I de offic. archid. c. II (Comp.I.1.15.2, X.1.23.1). Similiter ergo aliquis qui non est archiepiscopus potest habere suffraganeum. Similiter quandoque archiepiscopus est subditus episcopi, ut extra III de renunc. Ad supplicationem (Comp.III.1.8.2, X.1.9.9). Set a quo consecrabitur iste episcopus? A suo episcopo et non a metropolitano, cum non subsit ei. Jo. ». L'interpretazione di Giovanni Teutonico sarà accolta nella glossa ordinaria alle decretali gregoriane: BERNARDO DA PARMA, *Apparatus in X.1.31.14*, v. *vicarium*.

luce l'opportunità che nella pratica si adottasse tale soluzione, per soddisfare l'esigenza che il sacramento dell'ordine — atto riservato al vescovo — venisse conferito secondo il rito proprio di quella porzione del popolo diocesano cui il vicario era preposto<sup>(17)</sup>.

5. *Il principio dell'unità di giurisdizione alla prova della storia: l'esperienza della Cristianità latina di frontiera. La disciplina del c. « Quoniam » e le deroghe ai principî in essa sanciti.*

La realtà visibile in contropunto attraverso le fonti indagate si disvela ai nostri occhi anche come una storia di uomini in carne e ossa quando ci si accosti alla preziosa documentazione disponibile, relativa ai luoghi in cui Chiesa latina e Chiesa greco-bizantina convivevano, o erano costrette a convivere.

Non è possibile ripercorrere in questa sede l'itinerario di una indagine storica mirante a ricostruire le concrete modalità di applicazione del regime fissato nel canone *Quoniam*. Verosimilmente ispirato ad assetti organizzativi già sperimentati in Terra Santa e nell'Italia meridionale, il diritto comune sancito nel canone lateranense costituì a sua volta un autentico principio informatore della prassi ecclesiastica e della stessa legislazione particolare, primariamente nelle terre dell'impero latino d'Oriente, più in generale là dove comunità di rito e lingua diversi convivevano nella medesima diocesi: dal Meridione d'Italia alle isole di Cipro e Rodi, dalla Romania veneziana alla Terra Santa e alle zone di missione<sup>(18)</sup>. Ai fattori centrifughi, di confusione e di disgregazione, che rischiavano di mettere in pericolo l'unità della Chiesa, Innocenzo III e i suoi successori vollero opporre una regola ispirata al principio di unità, a una *reductio ad unum* che assimila le varietà e diversità del corpo sociale nella superiore sintesi di un corpo ecclesiastico con un unico *caput*.

---

<sup>(17)</sup> ENRICO DA SUSA, *Lectura in X.1.31.14*, v. *presulem* (ed. cit., I fol. 165vb): « id est prelatum, sive rectorem, non tamen pontificem. Nomen enim presulis generale est, sicut et presidis... Goffredus. [qui l'Ostiense riferisce l'opinione di GOFFREDO DA TRANI, *Apparatus in X.1.31.14*, v. *presulem* (Wien, Österreichische Nationalbibliothek, lat. 2197, fol. 26vb-27ra)]. Ego intelligam etiam pontificem, id est episcopum, alioquin non posset ordines celebrare. Non tamen erit episcopus illius loci, sed episcopi vicarius... ».

<sup>(18)</sup> Cfr. « *Unum corpus, diversa capita* », cit., capitoli III-IX.

Occorre soffermarsi sulla circostanza che il principio dell'unicità di giurisdizione subì, in realtà, alcune deroghe. Mi riferisco anzitutto alla vicenda di Cipro, dove, accanto agli sforzi di inserire la resistente gerarchia episcopale greca negli schemi forniti dal canone *Quoniam* (i prelati greci come vicari dei vescovi latini), si registra, intorno alla metà del secolo XIII, l'esistenza di una vera e propria gerarchia episcopale greca, facente capo ad un metropolita dello stesso rito, parallela alla gerarchia latina<sup>(19)</sup>. Non è un caso che questo sia avvenuto durante il pontificato di Innocenzo IV, con il suo consenso e sotto il suo patrocinio. Non si tratta, infatti, di un evento isolato nella politica ecclesiastica di papa Sinibaldo Fieschi, figura tra le più sinceramente attive nel negozio dell'unione con la Chiesa bizantina. Principî analoghi, intorno al 1247, ispirarono l'azione di Innocenzo IV nelle trattative miranti a ricondurre nel seno della cattolicità romana il patriarca ortodosso di Antiochia<sup>(20)</sup>. E fra il 1250 e il 1254 fu il medesimo Pontefice a contemplare concretamente la possibilità della costituzione, a Costantinopoli, di una gerarchia patriarcale di rito greco coesistente con la gerarchia patriarcale latina<sup>(21)</sup>. La scomparsa dei fautori di questo progetto e la riconquista bizantina della capitale dell'impero fecero perdere attualità ad un programma decisamente innovatore sotto il profilo dei modelli organizzativi: la giurisdizione episcopale sarebbe stata definita non in funzione di un determinato territorio, in modo da comprendere tutti i fedeli esistenti in esso, ma in ragione di un certo rito. Tale soluzione avrebbe comportato la coesistenza di gerarchie delimitate sia su base territoriale — entrambe insistono su un medesimo territorio — che con criterio personale — ciascuna incorpora e governa i fedeli di un particolare rito —.

Di fronte a un progetto senza esito, un altro fu portato ad esecuzione. Mi riferisco alla duplice gerarchia episcopale costituita nella diocesi di Caffa (1439-1475) in seguito alla riunione degli Armeni con Roma conclusa nel Concilio di Firenze. In questo caso l'assetto voluto da Eugenio IV rappresentava, sotto il profilo organizzativo, la sanzione dell'avvenuta unione<sup>(22)</sup>.

---

(19) Cfr. « *Unum corpus, diversa capita* », cit., capitolo V.

(20) Cfr. « *Unum corpus, diversa capita* », cit., pp. 55-59.

(21) Cfr. « *Unum corpus, diversa capita* », cit., pp. 69-72.

(22) Cfr. « *Unum corpus, diversa capita* », cit., capitolo VIII.

Nel medesimo ordine di considerazioni è un dato significativo che già Innocenzo III, una decina di anni prima del Concilio Lateranense (1204), per favorire l'azione di riforma dei monasteri di rito greco in terra d'Ungheria aveva valutato l'ipotesi di costituire una diocesi che li ricomprendesse tutti<sup>(23)</sup>. Si tratta, invero, di un problema organizzativo scaturito da circostanze storiche diverse da quelle che avevano ispirato il canone *Quoniam*. È comunque degno di nota che Innocenzo non avesse previsto di fare ricorso al privilegio di esenzione — istituito a quel tempo ampiamente radicato nella pratica ecclesiastica —, ma avesse considerato la possibilità di costituire una diocesi fondata non già su un criterio territoriale, bensì personale, in funzione del rito, così sottraendo detti monasteri alla giurisdizione degli ordinari diocesani.

6. *L'identificazione fra «episcopus» e «civitas» nel modello di Chiesa locale rappresentato dal c. 9 del Concilio Lateranense IV.*

I casi appena considerati rappresentano, comunque, deroghe ad una regola che il canone *Quoniam* afferma con decisione e chiarezza. Il principio, come si è visto, ricollega il presente al passato, il legislatore del secolo XIII al pensiero degli antichi Padri. Qui, come nella tradizione a cui il canone si ispira, l'identificazione fra il vescovo e la *civitas* è assoluta. Una *civitas* che della comunità ecclesiastica evoca l'elemento personale; ma una *civitas* che il nesso «sive» — esplicativo più che disgiuntivo — connette stabilmente al territorio della *dioecesis*: al luogo dove la *civitas* è stanziata, e alla più ampia circoscrizione territoriale che ne comprende i sobborghi e il contado. Bernardo da Parma coglie il senso della distinzione: «...civitas et diocesis diversa sunt, licet sub una iurisdictione sive uno episcopo... et est simile, quia licet episcopus sit in ecclesia et ecclesia in episcopo, ut VII q. I Scire, tamen quandoque nomine episcopi non designatur ecclesia, licet ipse sit caput ecclesie...»<sup>(24)</sup>. Il pensiero del glossatore corre, in modo felicemente evocativo, alle radici del pensiero patristico, a quel Cipriano che a ragione può essere definito il teorico dell'*unitas Ecclesiae*. Il canone allegato, che i canonisti leggevano nel *Decretum* di Graziano (C. 7

(23) Cfr. «*Unum corpus, diversa capita*», cit., pp. 130-133.

(24) BERNARDO DA PARMA, *App.* in X.1.3.35, v. *Sagiensis diocesis*.

q. 1 c. 7), propone infatti l'idea della «mutua inclusione» fra il vescovo diocesano e la comunità dei fedeli nel seno dell'*una ecclesia*: «Scire debes episcopum in ecclesia esse, et ecclesiam in episcopo, et si quis cum episcopo non sit, in ecclesia non esse»<sup>(25)</sup>. Nel pensiero cipriano, dunque, la cattolicità della Chiesa si manifesta pienamente nella Chiesa locale, la quale trova nel suo *caput*, il vescovo, il *signum unitatis*, la manifestazione visibile della sua unità. Credo che questo sia il senso dell'allegazione del glossatore, e che la medesima idea fosse presente nelle intenzioni di chi redasse il canone *Quoniam*. Il vescovo è l'elemento unificatore e rappresentativo della *civitas*. Il senso con cui quest'ultimo termine era percepito nell'immaginario dell'uomo medievale oscillava fra il piano personale e quello territoriale: «Civitas est hominum multitudo societatis vinculo adunata, dicta a civibus, id est ab ipsis incolis urbis... Nam urbs ipsa moenia sunt, civitas autem non saxa, sed habitatores vocantur», aveva scritto Isidoro da Siviglia nelle *Etymologiae*, enciclopedia delle conoscenze la cui fortuna percorse i secoli del Medioevo<sup>(26)</sup>. Se è dunque il vincolo sociale che costituisce la cittadinanza, nella stessa necessità di una distinzione fra *urbs* e *civitas*, nel sottile gioco fra i due termini è possibile leggere, a mio avviso, una sotterranea e ricorrente tendenza a collegare, se non a identificare i due piani: non è in un luogo, nello spazio di terra circondato dalla mura dell'*urbs*, che i *cives-incolae* convivono? Non è in questo luogo che una comunità di persone condivide un complesso di credenze, valori, principi e norme, cioè tutto quanto rende tale comunità una *civitas*? E quando la *civitas* è vista sotto l'aspetto della comunità di fedeli, cioè nell'accezione di *ecclesia*, ecco che il vescovo, un successore degli Apostoli, emerge come figura che ne rappresenta l'unità nella fede in Cristo. Si tratta di convinzioni che percorrono i secoli dell'età di mezzo e danno forma duratura al comune modo di pensare. Nel suo duplice ruolo di sacerdote e pastore, nella liturgia e nel governo del gregge dominico, il vescovo è legato alla *civitas-ecclesia* in un rapporto tendenzialmente indivisibile. Abbiamo visto come tale vincolo fosse

(25) CIPRIANO, *ep.* 66 c. 8. Questa la rubrica che accompagna il passo nel *Decretum*: «Non est in ecclesia qui cum episcopo pacem non habet».

(26) ISIDORO DA SIVIGLIA, *Etymologiae* XV.2.1 [ISIDORI HISPALENSIS EPISCOPI, *Etymologiarum sive Originum Libri XX*, ed. W.M. LINDSAY, I (Oxonii, 1911)].

rappresentato col simbolo del matrimonio mistico, formato a immagine dell'unione di Cristo con la sua Sposa, la Chiesa. Un vincolo reso sacro nella celebrazione della consacrazione episcopale, ma sorto da una scelta (*electio*) che la tradizione canonica voleva fosse compiuta dal clero e dal popolo<sup>(27)</sup>.

Se l'*episcopus*, la *civitas* e il luogo in cui la comunità *ecclesia* risiede sono legati da vincoli tanto stretti, tanto intimamente compresi da essere rappresentati sotto la metafora del corpo mistico<sup>(28)</sup>, ecco allora che il valore del venerando principio già sancito nel Concilio di Nicea (325), e riconfermato nel canone lateranense, può essere più agevolmente colto nella pienezza del suo significato. Ammettere la presenza di due vescovi sul medesimo territorio varrebbe quanto ammettere la possibilità che due *civitates* coesistano nello stesso spazio. Ma, a ben guardare, non è questa la prospettiva da cui partono Innocenzo III e il canone *Quoniam*. Qui si dà per presupposto che una sia la *civitas*, una la comunità dei fedeli intesa come corpo ordinato sottoposto alla giurisdizione di un vescovo; e questo corpo sarebbe evidentemente mostruoso se fosse dotato di due o più teste.

A tenere presenti siffatte coordinate concettuali e spirituali proprie della cultura medievale, l'alternativa fra principio di territorialità e principio di personalità perde, a mio avviso, la sua drammatica antinomicità. Il territorio, come base della giurisdizione episcopale e limite della sua competenza, in tanto è preso in considerazione in quanto su di esso convive una comunità di fedeli. In questo senso il principio territoriale — come criterio di determinazione delle circoscrizioni ecclesiastiche — appare inquadrato nei suoi presupposti essenzialmente personali, nel senso che la persona umana è considerata dal diritto come il principale punto di riferimento e di funzionalizzazione del ministero pastorale<sup>(29)</sup>.

---

(27) Rinvio, su questi temi, al mio studio su *Principio elettivo, consenso, rappresentanza. Itinerari canonistici su elezioni episcopali, provvisioni papali e dottrine sulla potestà sacra da Graziano al tempo della crisi conciliare (secoli XII-XV)* (I Libri di Erice 32), Roma, 2003, in particolare al capitolo I.

(28) A *unum corpus* — lo ricordiamo — è assimilata la *civitas sive dioecesis* nel canone *Quoniam*.

(29) Credo che si tratti di una dato consapevolmente presente nella storia della Chiesa: cfr., in questo senso, le testimonianze risalenti a papa Gelasio I su cui mi sono soffermato in «*Unum corpus, diversa capita*», cit., pp. 166-168. Si tratta dei

7. *Storia ed escatologia nella configurazione dei modelli istituzionali dell'episcopato.*

Anche sul terreno teologico ed escatologico è possibile recuperare gli elementi che hanno storicamente conferito al principio dell'unicità del rapporto fra *episcopus* e *civitas* la durevole stabilità di un canone fondamentale della costituzione ecclesiastica.

Babele-Babilonia da un lato, Gerusalemme dall'altro, rappresentano due modelli antitipici. La prima, città della confusione, nata dall'orgogliosa idolatria degli uomini, rompe l'unità del genere umano che fino allora parlava un medesimo linguaggio. Nella seconda, in particolare nella Gerusalemme celeste che ne diventa la versione escatologica, si ricompongono ad unità le divisioni storiche del Popolo di Dio<sup>(30)</sup>. Si tratta di temi non ignoti alla tradizione documentaria attinente alla interpretazione e all'applicazione del canone *Quoniam*<sup>(31)</sup>. In questo contesto storico e culturale il principio «un solo vescovo per ogni città» esprime la vocazione universale e cattolica della Chiesa locale, e al contempo ne costituisce una garanzia: nella comune fede in Cristo e nella figura dell'unico vescovo diocesano si ricompongono ad unità le diversità — linguistiche, rituali e disciplinari — e le divisioni storiche del Popolo di Dio. Ancora una volta il pensiero corre agli scritti degli antichi Padri, che con il loro insegnamento hanno impresso una forma indelebile nei modelli delle istituzioni ecclesiastiche, contribuendo a costruire una «ideologia» dell'episcopato in cui le mutevoli configurazioni storiche del suo esercizio sono ricondotte alla pura essenzialità escatologica. È sufficiente ricordare le parole che Ignazio di Antiochia, primo teorico dell'episcopato monarchico, scrive ai Cristiani di Filadelfia: «Abbiate dunque cura di partecipare a una sola eucaristia: una infatti è la carne del Signore nostro

---

frammenti 17 (JK 713) e 19 (JK 682) editi da A. THIEL, *Epistolae Romanorum Pontificum genuinae et quae ad eos scriptae sunt a S. Hilario usque ad Pelagium* II. I. A S. Hilario usque ad S. Hormisdam. Ann. 461-523, Brunsbergae, 1868, pp. 492-494 (si possono leggere anche nella *Patrologia Latina*, vol. 59, rispettivamente alle coll. 143 e 139).

<sup>(30)</sup> Alla letteratura citata in «*Unum corpus, diversa capita*», cit., pp. 168-174, si può aggiungere G. RAVASI, *Immagini bibliche della città*, in *Communio* 183-184, 2002, pp. 25-31.

<sup>(31)</sup> Cfr. «*Unum corpus, diversa capita*», cit., pp. 89-91.

Gesù Cristo, e uno il calice per unirci al suo sangue, uno l'altare, come uno è il vescovo insieme al presbiterio e ai diaconi, miei compagni nel servizio...»<sup>(32)</sup>.

Il persistere di questi temi nella tradizione teologica del medioevo occidentale rappresenta, a mio modo di vedere, un motivo che ha decisamente favorito la tendenza a concepire la Chiesa particolare essenzialmente come Chiesa locale. È un dato storico incontrovertibile che l'istituzionalizzazione dell'episcopato monarchico si è progressivamente attuata in una dimensione territoriale: il vescovo è il capo di una determinata comunità di fedeli stanziata in un dato luogo, la *civitas*. Finché il modello perfetto di ogni comunità umana sarà ravvisato nella *civitas* — comunità priva di divisioni, figura concreta della città celeste, contenente in sé il principio e l'essenza della cattolicità stessa — è comprensibile che possa difficilmente trovare spazio un modello organizzativo che contraddica al principio: «un solo vescovo per ogni città».

8. *Due vescovi per una diocesi? L'arbitrio e la causa: un criterio risolutivo proposto da Nicolò Tedeschi.*

È bene prestare attenzione a una circostanza storica degna di nota. La regola «un solo vescovo per ogni città» nacque e si affermò in tempi in cui si andava costruendo il patrimonio dottrinale e disciplinare di una Chiesa lacerata dalle controversie teologiche e dagli scismi da queste generati. È facile comprendere come in siffatto contesto storico la regola, oltre ad essere espressione di una particolare concezione dell'episcopato, valesse in concreto a custodire l'unità — nella fede, nella disciplina e nell'obbedienza — della Chiesa particolare quando essa fosse minacciata da ogni sorta di divisione.

Nel nuovo contesto storico in cui visse e operò Innocenzo III, il principio dell'unità della giurisdizione episcopale era destinato a guidare l'azione ecclesiastica nel processo di fondazione di gerarchie ecclesiastiche latine negli stati crociati d'Oriente. Nelle intenzioni del Pontefice Romano l'unicità della giurisdizione episcopale,

---

<sup>(32)</sup> IGNAZIO DI ANTIOCHIA, *Ad Philad.* IV.1 [IGNACE D'ANTIOCHE, POLYCARPE DE SMYRNE, *Lettres, Martyre de Polycarpe*, ed. P.Th. CAMELOT (Sources Chrétiennes 10), Paris, 1969<sup>4</sup>, p. 122 s.].

là dove coesistevano comunità di diverso rito, era il segno visibile della ritrovata unità nella fede e nella disciplina all'interno della Chiesa universale. Eppure sappiamo che la regola affermata da Innocenzo III nel Concilio Lateranense IV avrebbe incontrato varie deroghe nei decenni e nei secoli a seguire, dal pontificato di Innocenzo IV a quello di Eugenio IV. Nelle coscienze si era dunque fatta strada l'idea — e nella prassi di governo essa veniva talora attuata — che varie ragioni consentissero di allontanarsi dal modello organizzativo previsto dal canone *Quoniam* allorché si trattasse di trovare un adeguato modo di convivenza per comunità di fedeli di diverso rito. L'istituzione di una doppia gerarchia episcopale in una medesima diocesi, perciò, non doveva apparire più come l'atto generativo di un mostro bicipite, bensì l'organizzazione più consona a una realtà di fatto in cui l'insieme dei fedeli della diocesi fosse sin dall'origine ripartito in corpi diversi, ciascuno dotato di un proprio capo e di una propria individualità, ma nella fratellanza derivante dalla comune filiazione da Dio.

La scienza giuridica e la dottrina teologica avevano offerto al papa legislatore i materiali e i modelli per l'elaborazione di una regola che il canone *Quoniam* sancisce con tanta decisione e in una forma che evoca immagini mostruose. Tale consonanza di motivi ispiratori avrebbe condotto l'esegesi medievale del canone lateranense lungo percorsi interpretativi che ritrovavano nella plurisecolare tradizione canonica le intime ragioni della disciplina innocenziana.

In questo panorama sostanzialmente omogeneo spicca la figura di Nicolò Tedeschi, un canonista per tanti versi originale. Qui vogliamo ricordarlo per una sua opinione espressa commentando il canone *Quoniam*<sup>(33)</sup>. Il canonista siciliano si pone il quesito se sia

---

(33) NICOLÒ TEDESCHI, *Comm. in X.1.31.14 n. 3-4* [NICOLÒ TEDESCHI (ABBAS PANORMITANUS), *Commentaria in Decretales*, Venetiis, apud Iuntas, 1582; versione elettronica su CD-ROM curata da B. BELLOMO, con introduzione di K. PENNINGTON, ed. Il Cigno Galileo Galilei, Roma 2000, fol. 143va]: «In gl. in versic. *urgens necessitas*, ibi: *dispensative*. Dictum hoc potest intelligi multipliciter. Primo, quod ista fuit iuris dispensatio, ut episcopus sit sub alio episcopo. Item ut unus episcopus creet sibi alium episcopum. Nunquid autem papa possit providere dispensative, ut duo episcopi sint in eodem episcopatu omnino pares? Textus singularis videtur innuere quod sic, in c. Non autem, VII q. I (C. 7 q. 1 c. 12); nam hoc accidit in persona Augustini, ut ibi habetur. Refert tamen ibi Archidiaconus Augustinum dixisse, quod si scivisset prohibitionem ecclesie, non acceptasset. Credo tamen quod ex causa posset papa hoc

possibile che il papa disponga, sia pure in via di dispensa, che due vescovi siano del tutto pari (*omnino pares*) quanto a potestà di giurisdizione nella medesima diocesi: se sia, dunque, possibile una deroga a un principio che riposava su una tradizione tanto antica e veneranda. La risposta è positiva, secondo Tedeschi, se l'azione del Romano Pontefice è guidata da una *causa*: peraltro la storia testimonia — aggiunge il Panormitano — che nella Chiesa primitiva il governo delle comunità era esercitato in modo collegiale. A prescindere dalla questione della correttezza della sua interpretazione circa una fase storica che tutt'oggi presenta molti lati oscuri, la soluzione è degna di nota per quella semplicissima formuletta in cui risiede la chiave del problema: «ex causa». La scienza giuridica, infatti, aveva individuato nella (*iusta*) *causa* l'elemento che consente al papa di agire *contra ius* esercitando la sua *plenitudo potestatis* (34). La *iusta causa* rappresenta il fattore oggettivo, fondato sulla *ratio*, che fa da controforza ad una *voluntas* teoricamente (e praticamente) esercitabile *sine causa* e dunque suscettibile di tradursi in arbitrio: un arbitrio che non avrebbe un giudice su questa terra, ma impegnerebbe l'anima del *princeps* di fronte a Dio. *Urgens necessitas* e *publica utilitas* sono comunemente ritenute dai giuristi ragioni capaci di convalidare un'azione *contra ius*. Per tornare allora al caso che più ci interessa, notiamo che la soluzione del Panormitano si iscrive in una consolidata tradizione interpretativa che richiedeva la presenza di una *iusta causa* in atti, come la deposizione di un vescovo o il suo trasferimento ad un'altra sede, che comportano la rottura di un vincolo qualificato come *coniugium spirituale*. Nicolò Tedeschi ritiene dunque che una giusta causa consenta al

---

statuere. Nam olim in primitiva ecclesia omnes episcopi regebant ecclesias in comuni, ut not. in c. Cum sit Romana, infra de appellationibus (X.2.28.5)...». Il riferimento è al commento sul c. *Cum sit Romana* (X.2.28.5; ed. cit., fol. 105ra n. 8), il quale a sua volta richiama quello sul c. *Cum causam* (X.2.19.13; ed. cit., fol. 25rb n. 3). Nel primo caso il Panormitano, riferendosi all'epoca apostolica, afferma che «dioceses non erant olim divise, sicut hodie»; nel secondo, citando Innocenzo IV, ribadisce che «licet apostoli ordinaverunt in quibus locis essent episcopi, non tamen distinxerunt episcopatum fines».

(34) E. CORTESE, *La norma giuridica. Spunti teorici nel diritto comune classico I-II* (Ius Nostrum 6.1, 2), Milano, 1962-1964, I pp. 163-168, 268-274; K. PENNINGTON, *The Prince and the Law, 1200-1600. Sovereignty and Rights in the Western Legal Tradition*, Berkeley - Los Angeles - Oxford, 1993, in particolare le pp. 220-237 sul pensiero del Panormitano.

papa di derogare alla norma che proibisce l'istituzione di due vescovi di pari giurisdizione nella medesima diocesi.

Il pensiero del Panormitano si disvela con maggiore chiarezza se si prendono in esame alcune più analitiche considerazioni contenute nella *quaestio* «*Episcopus et quidam rector*», che l'autore disputò a Siena nel 1426<sup>(35)</sup>. Anche qui leggiamo che il papa può porre due vescovi nella medesima diocesi<sup>(36)</sup>. L'affermazione, espressa in termini generali e senza limitazioni, si collega da un lato con una esaltazione delle prerogative della *plenitudo potestatis* pontificia — è infatti collocata nell'ambito di una sezione della *quaestio* dedicata alla descrizione e caratterizzazione della *plenitudo* —, e con l'idea del papa come fonte di ogni potere giurisdizionale nella Chiesa. Per altro verso l'affermazione appare coerente con un tentativo di comprensione storica della nascita dell'episcopato che il Panormitano compie nello stesso contesto<sup>(37)</sup>. La possibilità che

(35) Ho consultato la *quaestio* nella seguente edizione: NICOLAI TUDESCHII CATINENSIS SICULI, ABBATIS PANORMITANI... *Consilia, iurisque responsa, ac quaestiones*, Venetiis, apud Bernardinum Maiorinum Parmensem, 1569, fol. 195ra-202vb, dove compare come *quaestio prima*.

(36) NICOLÒ TEDESCHI, *quaestio* «*Episcopus et quidam rector*», nn. 5-6 (ed. cit., fol. 195vb): «... videmus papam posse in uno episcopatu ponere duos episcopos, ut in c. Non autem, VII q. I (C. 7 q. 1 c. 12), ubi hoc fuit gestum in persona Augustini, qui non successit, sed accessit Valerio adhuc vivente, nec fuit deputatus simplex coadiutor, sed verus episcopus, ut ibi legitur et notatur. Idem, si duos episcopatus concedit uni episcopo ita, ut sit episcopus utriusque... Quandoque unit duos episcopatus, et quandoque dividit unum in plures... et sic potest facere contra statutum et ordinationem concilii et beati Petri apostoli, qui precipit ut singulis civitatibus singuli, non plures episcopi ponerentur, ut narrat beatus Clemens in c. In illis LXXX dist. ...».

(37) NICOLÒ TEDESCHI, *quaestio* «*Episcopus et quidam rector*», nn. 8 (ed. cit., fol. 196rb-va): «... Sicut una est Ecclesia, ita unus est episcopatus (episcopus *ed.*) episcoporum multorum concordia universitate diffusus, ut dicit textus in dicto c. Novatianus (C. 7 q. 1 c. 6) et c. Loquitur (C. 24 q. 1 c. 18). Et dicit, unus episcopatus, quasi unum caput seu una cura, seu intentio. Episcopus enim est nomen grecum, et latine interpretatur superintendens... Et advertas quod licet fuit etiam in veteri testamento hoc vocabulum episcopatus... attamen, cum non habebant episcopatus ita distinctos, sicut hodie, nec distinguebatur hoc nomen 'episcopus' ab hoc nomine 'presbiter', et promiscue omnes sacerdotes in pristina Ecclesia immediate post resurrectionem Christi appellabantur quandoque presbyteri, quandoque episcopi, et omnes in communi regnabant in Ecclesia Dei, sed postmodum cum oriente schismate ita ut unus vellet alteri preferri, dicendo ego sum melior (meliori *ed.*) te: quia baptizatus fuit a Paulo; alii dicebant, quod baptizatus fui a Petro, etc., fuit ordinatum per apostolos et alios seniores quod unus de presbiteris preponeretur, qui vocaretur episcopus, cui alii obe-

due vescovi condividano una medesima *civitas* o *diocesis* è spiegata ancora una volta alla luce dell'esperienza di governo collegiale della Chiesa primitiva, in cui non vi era distinzione di giurisdizioni né di circoscrizioni territoriali. Ma vi è di più: rispetto al commento sul c. *Quoniam*, nella *quaestio* il canonista siciliano afferma espressamente l'origine umana dell'attuale configurazione storica dell'episcopato: «Et sic episcopatus, prout hodie est, fuit inventus ordinatione apostolorum et aliorum seniorum, non autem iure divino». Alla luce di questa ricostruzione l'episcopato monarchico e territoriale appare dunque frutto di una determinazione umana, non già prodotto dell'istituzione divina<sup>(38)</sup>: i vescovi, insomma, sono compartecipi dell'*unus episcopatus episcoporum multorum concordie universitate diffusus* al quale, secondo S. Cipriano, è affidata la cura dell'*una Ecclesia* (C. 7 q. 1 c. 6). E il ragionamento può così concludersi. Vero è che la regola dell'unicità della giurisdizione episcopale è sancita dal diritto; ma, poiché non vi è alcun vincolo di origine divina, il papa può fare uso, quando sia utile o necessario, della sua *plenitudo potestatis* per porre due vescovi nella medesima diocesi.

## 9. Conclusioni.

Per quanto originali all'interno di un panorama dottrinale altrimenti omogeneo, le opinioni del Panormitano si inquadrono

---

dirent. Et sic episcopatus, prout hodie est, fuit inventus ordinatione apostolorum et aliorum seniorum, non autem iure divino: ita aperte dicit Hieronimus et multipliciter probatur in c. Olim XCV dist. (D. 95 c. 5), et c. Legimus XCIII dist. (D. 93 c. 24). Unde beatus Petrus in prima epistola vocabat se presbyterum sic scribens, "Presbyteros, qui nobis sunt, precor ego compresbyter et testis passionis Christi etc.". Et cum in singulis civitatibus ponerentur per apostolos episcopi, et in singulis provinciis archiepiscopi... tamen adhuc in effectu episcopatus erat unus, quia subditi non erant distincti, unde quos unus excommunicabat alius absolvebat, ut notatur in c. Constitutis de appellationibus et in c. Cum causam de probationibus. Sed postea fuerunt distincte dioceses, provincie et parochie... et sic hodie episcopus sine episcopatu specialiter est quasi inutilis in Ecclesia Dei respectu administrationis, licet sit episcopus Ecclesie universalis quoad Ecclesiam et dignitatem, ut notat Hostiensis in c. II de translatione prela. ».

<sup>(38)</sup> È bene precisare che, se interpreto bene il pensiero dell'autore (cfr. il testo riportato alla nota precedente), egli non nega affatto l'istituzione divina dell'episcopato, afferma bensì l'origine umana dell'assetto territoriale che l'episcopato ha assunto nell'esperienza storica.

convenientemente nell'ambito degli sviluppi ecclesiologici che, a far data almeno dal secolo XIII, avevano fatto emergere la figura del Romano Pontefice come *Vicarius Christi* titolare della *plenitudo potestatis* e fonte di ogni giurisdizione nella Chiesa. Esercitando tale pienezza di poteri i papi avevano dato un contributo al processo di allentamento dei vincoli esistenti tra i vescovi e le loro Chiese particolari: penso anzitutto agli effetti che ebbero la generalizzazione del sistema delle nomine papali dei vescovi e il parallelo declino del sistema elettivo, e alla conseguente formazione di un nuovo modello sociale di episcopato condizionato dalla prassi dei trasferimenti, riservati dal diritto comune alla Sede Apostolica<sup>(39)</sup>. Tali fenomeni si iscrivono in un più ampio processo che provoca, negli ultimi secoli del Medioevo, una «departicolarizzazione o delocalizzazione del sentimento ecclesiale»<sup>(40)</sup>, fra le cui cause bisogna ricordare il ruolo assunto dalle forze emergenti degli ordini mendicanti, con le loro nuove forme di azione pastorale che modificavano, per non dire sconvolgevano, il tradizionale assetto fondato sulle strutture diocesane e parrocchiali<sup>(41)</sup>. In questo panorama spicca protagonista la figura del Sommo Pontefice. Vertice della piramide della gerarchia ecclesiastica, fonte da cui deriva ogni giurisdizione ecclesiastica e al contempo garante dell'ordinato ed efficace esercizio di quest'ultima, nella pienezza del suo potere il papa può, per una giusta causa, derogare al modello dell'episcopato territoriale ereditato dalla tradizione. Il che è quanto accadde, durante i pontificati di Innocenzo IV e di Eugenio IV, allorché questi papi si proposero, talora riuscendovi, di costituire sul medesimo territorio due parallele gerarchie episcopali su base rituale, in deroga al principio unitario sancito dal canone *Quoniam*. Che si tratti di eccezioni a un principio che ancora per molti secoli continuerà ad essere considerato la regola non vi sono dubbi. Bisognerà attendere il Con-

<sup>(39)</sup> Su questi temi cfr. il mio *Principio elettivo, consenso, rappresentanza*, cit., in particolare i capitoli II e III.

<sup>(40)</sup> Secondo l'efficace espressione di Y. CONGAR, *Aspects ecclésiologiques de la querelle entre mendiants et séculiers dans la seconde moitié du XIII<sup>e</sup> siècle et le début du XIV<sup>e</sup>*, in *Archives d'Histoire Doctrinale et Littéraire de Moyen Age* 28, 1961, pp. 35-151 (39).

<sup>(41)</sup> Oltre che al saggio di CONGAR citato alla nota precedente, è opportuno ora rinviare alle pagine di VIANA, *Derecho canónico territorial*, cit., 49-85.

cilio Vaticano II perché il rapporto fra territorialità e personalità delle circoscrizioni ecclesiastiche, fra *ecclesia* e *civitas*, sia compreso alla luce di nuove consapevolezze<sup>(42)</sup>.

---

(42) Per un quadro di sintesi, dal Vaticano II ai Codici del 1983 e del 1990, v. «*Unum corpus, diversa capita*», cit., pp. 141-149; cfr. ora i contributi riuniti nel volume *Territorialità e personalità nel diritto canonico e ecclesiastico. Il diritto canonico di fronte al terzo Millennio*. Atti dell'XI Congresso Internazionale di Diritto Canonico e del XV Congresso della Società per il Diritto delle Chiese Orientali, Budapest 2-7 settembre 2001, curr. P. ERDŐ-P. SZABÓ, Budapest, 2002.

CARLO FANTAPPIÈ

PER LA STORIA DELLA CODIFICAZIONE CANONICA  
(A CENTO ANNI DAL SUO AVVIO) (\*)

1. Le premesse del *Codex iuris canonici*. — 2. I principali apporti culturali e dottrinali. — 3. I problemi metodologici della codificazione canonica.

Un secolo fa — precisamente il 19 marzo 1904 col m.p. *Arduum sane munus* — Pio X dava inizio al processo ufficiale di codificazione del diritto canonico. È una felice opportunità quella che mi è concessa in questa coincidenza: di ricordare quell'evento, che costituisce un tornante nella storia del diritto canonico latino, nella sede più appropriata per illustrare la genesi culturale del *Codex iuris canonici*. Come avremo modo di vedere, esiste uno stretto legame tra l'ideazione, la redazione, lo studio del Codice e la Facoltà giuridica del Pontificio Seminario Romano dell'Apollinare che allora aveva in questo edificio la sua sede, prima di essere trasferita in San Giovanni in Laterano e di divenire parte integrante della Pontificia Università Lateranense.

Vorrei spendere qualche parola preliminare sia per chiarire le ragioni che, a mio avviso, rendono necessaria al canonista di oggi una rivisitazione storico-critica del Codice pio-benedettino, sia per collocare la mia indagine nel quadro dei molteplici contributi che da tempo si susseguono a ritmi più o meno regolari.

Coloro che si sono formati alla scuola del Codice del 1917 e che ne hanno assimilato lo spirito potrebbero obiettare che le ri-

---

(\*) Testo del Seminario per professori organizzato il 29 gennaio 2004 dalla Facoltà di Diritto Canonico della Pontificia Università della Santa Croce. Ringrazio il decano e i professori di quella Facoltà per avermi fornito una stimolante occasione di confronto.

cerche sulle sue origini interessano la categoria degli storici e non quella dei giuristi, sottintendendo, in maniera più o meno velata, una separatezza e una gerarchia tra le due discipline. Da questo punto di vista tali indagini dovrebbero essere considerate come l'espressione di vana *curiositas*, coltivata da un gruppo ristretto di eruditi, ma del tutto o sostanzialmente ininfluenti sulla metodologia e sui problemi su cui si arrovellano il canonista «puro» e il legislatore.

Ovviamente ritengo non solo sbagliata ma soprattutto dannosa una tale prospettiva, perché frutto caduco dell'orizzonte ecclesiologico definito dal Sillabo e dalle costituzioni del Vaticano I, e del — per certi versi parallelo — orizzonte giuridico dominato dalla concezione dogmatica e normativistica, cui faceva riscontro un'interpretazione rigorosamente esegetica e atemporale della norma codificata.

I sensibili mutamenti del clima ecclesiologico, canonistico, ermeneutico e giuridico che si sono prodotti negli ultimi quarant'anni in seguito al nuovo sistema delle fonti (atti del concilio Vaticano II, promulgazione del *Novum Corpus iuris canonici*, sviluppo della legislazione delle chiese particolari) e ai nuovi criteri d'interpretazione delle norme canoniche fissati dal magistero di Giovanni Paolo II (l'interrelazione tra il codice latino e quello orientale e, ad un livello superiore, tra i due codici, gli atti dell'ultimo concilio ecumenico e il «Libro eterno della Parola di Dio, di cui centro e cuore è il Vangelo»), non possono non ripercuotersi sulla prospettiva dottrinale attuale e spingere ad una presa di distanza storica (che, in ultimo, è anche emancipazione) dai presupposti culturali del codice pio-benedettino e di quelle larghe parti che sono confluite nel codice giovanneo-polino.

Allo stesso modo, le risultanze dell'indagine storico-giuridica sulle origini delle codificazioni civili se da un lato hanno fatto emergere il Codice «non solo come tecnica di redazione e come soluzione al problema dell'organizzazione del sistema delle fonti del diritto, ma come progetto, come modello, come pilastro della modernità giuridica, almeno di quella continentale»<sup>(1)</sup>, dall'altro hanno contribuito ad evidenziare, sul terreno della teoria generale

---

(1) P. CAPPELLINI-B. SORDI, *Prefazione*, in *Codici. Una riflessione di fine millennio*. Atti dell'incontro di studio Firenze, 26-28 ottobre 2000, Milano 2002, p. VI.

del diritto, i «rischi» e i «costi» che sono sottesi ad ogni opera di codificazione, a causa dell'influenza che su di essa hanno esercitato i postulati del giusnaturalismo razionalistico e del positivismo giuridico<sup>(2)</sup>.

Un'altra obiezione, più specifica, concerne l'opportunità di una ricerca monografica sulle origini del Codice del 1917 in presenza di un progetto di studio complessivo sul processo di codificazione qual è quello intrapreso, ormai da molti anni, da un gruppo di studiosi coordinato dal prof. Giorgio Feliciani dell'Università Cattolica del Sacro Cuore. Questo gruppo — che ha avuto una sua diramazione anche presso la vostra Facoltà di Diritto Canonico<sup>(3)</sup> ha recato e continua a recare<sup>(4)</sup> un grosso contributo per ricostruire, con metodo filologico-esegetico, l'iter codificatorio di libri o parti o sezioni del Codice, ma — va precisato — non ha affrontato *ex professo* il problema della preistoria e della storia della codificazione canonica<sup>(5)</sup>.

Proprio su questo terreno Paolo Grossi, nell'ormai lontano 1985, aveva richiamato la necessità di non fare «soltanto luce su quello che è l'indubbiamente interessante genesi d'un sistema legislativo, sull'incastro di influssi immediati che partoriscono la *norma iuris*, ma anche su tutto il dibattito retrostante», allargando l'orizzonte della ricerca, in primo luogo, al rilevante «groviglio di problemi» su cui dibatte la canonistica ottocentesca — cattolica e protestante — «per individuare apporti e canali di derivazione, per collocare questa scienza canonistica nel gioco vivo delle grandi

---

(2) Sulle significative trasformazioni che stanno interessando la teoria generale del diritto mi limito a ricordare alcune posizioni: G. ZAGREBELSKI, *Il diritto mite. Legge diritti giustizia*, Torino 1992; F. VIOLA-G. ZACCARIA, *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, Roma-Bari, 1999; G. ALPA, *Trattato di diritto civile. Storia, fonti, interpretazione*, I, Milano, 2000; P. GROSSI, *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano, 2001; ID., *Prima lezione di diritto*, Roma-Bari, 2003.

(3) Ricordo il volume curato da J. LLOBELL-E. DE LÉON-J. NAVARRETE, *Il Libro «de processibus» nella codificazione del 1917. Studi e documenti*, I, Milano, 1999.

(4) È in attesa di stampa un volume di Giancarlo Mori sulla parte II del II Libro del Codice del 1917 dedicato al *de religiosis*.

(5) Le linee programmatiche della ricerca sono contenute in G. FELICIANI, *Presentazione*, a M. VISMARA MISSIROLI-L. MUSSELLI, *Il processo di codificazione del diritto penale canonico*, Padova, 1983, pp. 3-23. Cfr. anche, di recente, G. FELICIANI, *Il Cardinal Gasparri e la codificazione del diritto canonico*, in *Studi in onore di Gaetano Catalano*, I, Soveria Mannelli, 1998, pp. 563-587.

correnti culturali, cui è e non è sorda» e, in secondo luogo, più latamente, anche alle trasformazioni della scienza canonica post-tridentina che, mediante la duplice riduzione del diritto canonico a *scientia iuris* e a *systemata*, preludono al codice pio-benedettino<sup>(6)</sup>.

### 1. *Le premesse del «Codex iuris canonici».*

Come nasce il *Codex iuris canonici*? Quali premesse e fattori ne hanno costituito, sul piano storico, legislativo e dottrinale, la preparazione remota? Quali sono state le ragioni di fondo che hanno indotto Pio X a codificare il diritto canonico? Quale progetto e quale visione della Chiesa hanno presieduto alla sua realizzazione? A quale modello di codice e di ideologia giuridica si è ispirato? Quale piano di organizzazione dei lavori è stato seguito? Secondo quali criteri è stata compiuta la selezione dei redattori? Qual è stata la composizione e l'orientamento della Commissione cardinalizia, di quella dei consultori e del gruppo dei collaboratori? Quali Scuole e studiosi hanno maggiormente determinato i caratteri fondamentali del Codice? Risulta confermato che Gasparri sia stato l'ispiratore, il pianificatore, il coordinatore — insomma il *factotum* — del processo di codificazione canonica? Tra lui e Pio X c'era una medesima idea di Codice, un'identica concezione del diritto canonico e del rapporto tra Chiesa, Stati e società? E infine: quale grado di consapevolezza hanno avuto i redattori del Codice delle implicazioni ecclesiologiche e canonistiche dell'operazione culturale che intraprendevano?

Sono domande particolarmente complesse alle quali non si è ancora in grado di rispondere né forse lo saremo mai pienamente, data la scarsità e la lacunosità delle fonti documentarie che sono giunte sino a noi. In quest'occasione mi limito a porre il problema preliminare delle condizioni di fattibilità del Codice canonico, a dare alcune notizie statistiche sui suoi redattori e a formulare alcune risultanze provvisorie delle mie ricerche e riflessioni.

Partirei da un paradosso poco evidenziato dai canonisti. Com'è stato possibile che la Chiesa abbia adottato — anche se a un

---

(6) P. GROSSI, *Storia della canonistica moderna e storia della codificazione canonica*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 14 (1985), pp. 587-599 (citazioni alle pp. 591 e 597).

secolo di distanza — la forma Codice che aveva trovato il suo indiscutibile modello in quel *Code civil* uscito dalla Rivoluzione francese e dallo statalismo di Napoleone. Non c'è in questo una contraddizione patente? In una recente sintesi storica sui *Codici*, Paolo Cappellini ha osservato come «il concetto di codice modernamente dispiegato» presupponga «il radicale esaurimento per estenuazione dei “diritti di Dio”, il radicale accantonamento del binomio “Dio e il Diritto”» e, a sua volta, implichi «il tentativo di offrire un vero e proprio “libro sacro” secolarizzato e contemporaneamente un «breviario della nuova “religione civile” del *citoyen* (in parte, ma solo in parte, anche definibile quale “religione dei diritti dell'uomo” o della libertà [...]» (7).

Dunque: per quali vie e modi, con quali intendimenti e distanze critiche la Chiesa del Sillabo di Pio IX e del «nuovo Sillabo» (il decreto della S. Congregazione del Sant'Uffizio *Lamentabili sane exitu*, 3 luglio 1907) di Pio X ha potuto adottare e imitare uno strumento che era considerato il simbolo per eccellenza tanto della secolarizzazione del diritto, della società e dello Stato, quanto della negazione quasi assoluta della sfera di vigenza del diritto canonico negli Stati dell'Europa e dell'America Latina?

A mio avviso ci sono due possibili interpretazioni. La prima è il processo di *neutralizzazione* della forma Codice mediante la sua assunzione e diffusione anche da parte di Stati europei in cui predominava una cultura politica diversa da quella che l'aveva visto nascere, cioè la Francia rivoluzionaria. Ritengo che con alcune precisazioni sul codice austriaco, che in realtà ha le sue origini nella filosofia illuminista, si possa accogliere la tesi dello studioso cileno Guzman Brito secondo il quale, dopo il 1811, quando entra in vigore il codice austriaco «la codificación tiende a dejar de ser un

---

(7) P. CAPPELLINI, *Codici*, in *Lo Stato moderno in Europa. Istituzioni e diritto*, a cura di M. FIORAVANTI, Roma-Bari, 2002, p. 113. A questo saggio associa i seguenti altri contributi: G. TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna. Assolutismo e codificazione del diritto*, Bologna, 1976; P. CARONI, *Saggi sulla storia della codificazione*, Milano, 1998; *Codici. Una riflessione di fine millennio*, cit.; P. CARONI, *La storia della codificazione e quella del codice*, in *Index*, 29 (2001), pp. 55-81 (che riformula le sue tesi in rapporto alle interpretazioni «continuiste» di romanisti come E. Nardi o S. Schipani o di altri storici del diritto come M. Ascheri, U. Petronio, G.S. Pene Vidari sulla *vexata quaestio* del rapporto tra il sistema delle fonti del diritto comune e quello introdotto dal Codice nelle legislazioni civili).

problema de ideología para transformarse en una solución técnica, definitivamente recibida y adquirida, independiente de los supuestos espirituales que la habían originado: pasa a ser una manera de presentar lo jurídico considerada técnicamente superior, al punto que se expande fuera de Europa, a mundos culturales muy alejados de aquélla»<sup>(8)</sup>.

La seconda è un lento processo di *assimilazione* della forma Codice da parte dello Stato pontificio e della curia romana nel corso dell'Ottocento. C'era un progetto Consalvi di codice civile subito arenatosi ma sotto altre forme parziali ripreso dal cardinal Mertel, cui Gasparri sarà legatissimo in gioventù; sono poi venuti i regolamenti penali di Gregorio XVI per lo Stato pontificio nel 1832. Ma anche i documenti legislativi pontifici mutano progressivamente il loro stile: basta guardare alla formulazione delle censure *latae sententiae* contenute nella cost. *Apostolicae Sedis* di Pio IX dell'12 ottobre 1869 o ai *Decreta generalia de prohibitione et censura librorum* in appendice alla cost. *Officiorum ac munerum* di Leone XIII del 25 gennaio 1897, o, infine, alle costituzioni di Pio X, per riscontrare disposizioni legislative che, per l'enunciazione in forma breve e chiara e per la divisione in titoli e articoli numerati progressivamente, si avvicinavano alla tecnica dei codici statuali.

D'altro canto, il fatto che non fosse stato dato séguito alla richiesta di una *reformatio iuris* avanzata da alcuni circoli episcopali per esigenze di natura *principalmente pratica* prima e durante il concilio Vaticano I, aveva spinto nei decenni successivi un certo numero di canonisti, per lo più docenti nei seminari diocesani, a pubblicare in Italia, in Francia, in Spagna e in Germania progetti privati di codice canonico — relativi a parti o all'insieme del *ius publicum* e/o del *ius privatum ecclesiasticum* — secondo un metodo intermedio tra le antiche compilazioni e le codificazioni moderne (G. De Luise e E. Colomiatti) oppure secondo il metodo dei codici statuali (A. Pillet, G. Péries, E.M. Pezzani, F. Deshayes, J. Cadena y Eleta, J. Hollweck)<sup>(9)</sup>.

(8) A. GUZMAN BRITO, *La fijación del derecho. Contribución al estudio de su concepto y de sus clases y condiciones*, Valparaíso, 1977, pp. 54 e 90.

(9) Cfr. S. RAPONI, *Il movimento per la codificazione canonica: il dibattito nelle riviste e le compilazioni private in Francia alla fine del XIX secolo*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, X (2002), n. 1, pp. 311-334.

Di pari passo altri due fattori avevano preparato la strada verso la codificazione: la *consolidazione della giurisprudenza post-tridentina* delle congregazioni di curia, mediante la raccolta e la pubblicazione delle decisioni o sentenze da parte per lo più di privati (Bizzarri per la Congregazione dei vescovi e regolari, Pallottini per la Congregazione del Concilio, per Propaganda Fide curata dalla stessa Congregazione in due edizioni, per la Congregazione dei riti, l'unica autentica) e la sperimentazione, nell'insegnamento canonistico, di *nuovi criteri di ordinamento* della materia diversi da quelli tradizionalmente in uso nella Scuola di Testo (dove si seguiva l'ordine delle decretali). Tuttavia, questa ricerca d'un impianto razionale non era pervenuta a risultati concordi e aveva lasciato una pluralità di modelli imperfetti: il metodo delle Istituzioni, d'origine romana, trasposto nel diritto canonico dal Lancellotti nel 1563 e continuamente adattato alla divisione bipartita in *ius publicum* e *ius privatum*; il metodo logico-scolastico, che aveva dato origine a vari «tractatus» divisi per materia, tra cui eccellevano quelli di Gasparri e di Wernz; il metodo sistematico, sviluppatosi quasi esclusivamente in Germania sotto l'influsso della concezione filosofica del diritto come prodotto di un'organismo.

Questi avanzamenti sul piano formale riflettevano e acceleravano un processo di omogeneizzazione normativa e di accentramento istituzionale della Chiesa che si protraeva da secoli nonostante le forti resistenze da parte degli Stati e delle chiese nazionali. Con la fine dei vari giurisdizionalismi del Settecento, l'esperienza della chiesa imperiale in Francia ed in concomitanza con la restaurazione ideologica in Europa, prende avvio nella cattolicità un movimento di «ritorno a Roma e al papa» (*ultramontanesimo*) che favorisce nei vari paesi, da un lato, la saldatura diretta tra la Santa Sede e gli episcopati, organizzati in *conventus episcoporum* e, dall'altro, l'uniformità liturgica e disciplinare delle chiese nazionali al modello romano. Si spiega anche in questa direzione e con questi scopi la grande rinascita dei concili provinciali in Francia e in Italia, dei tre concili plenari di Baltimora negli Stati Uniti del 1852, 1866 e 1884, di quello non meno importante latino-americano celebratosi a Roma nel 1899 per uniformare la legislazione delle nazioni che avevano raggiunto l'indipendenza dalla potenza spagnola. Alla fine del secolo XIX il papato era riuscito a rinsaldare definitivamente i legami con le vecchie chiese europee e con le nuove chiese missionarie oltre Oceano.

Strettamente congiunta a tale programma era la duplice necessità — più che altro sostenuta dalle correnti ultramontane — di semplificare l'enorme apparato di disposizioni papali e curiali introdotte dopo il concilio di Trento, in modo da riunire in un unico libro le norme ancora valide, e quella di riformare tutte quelle disposizioni che, in seguito ai profondi mutamenti intervenuti nella società civile, erano divenute caduche o inapplicabili.

## 2. *I principali apporti culturali e dottrinali.*

Ai primi del Novecento c'erano dunque nella Chiesa le condizioni storiche per procedere al varo di una legislazione universale e i presupposti culturali per rispondere positivamente alle richieste di una *reformatio iuris* da parte dell'episcopato e dei dotti. D'altro canto, nella stessa scienza giuridica laica si respirava un'atmosfera quasi unanimistica a favore delle codificazioni che — eccezion fatta per il «movimento del libero diritto», per molti aspetti costituente un analogo del «movimento modernista» nella chiesa cattolica — era considerata un passo obbligato delle nazioni civili. Anche la Germania aveva da poco abbandonato il diritto comune e imboccato la strada del codice civile (il BGB entra in vigore il 1° gennaio 1900), mentre la Svizzera lo adotterà pochi anni dopo (il 10 dicembre 1907).

Tuttavia, i canonisti più illustri del tempo non erano affatto d'accordo sulla configurazione scientifica che la riforma del diritto doveva assumere. La divisione maggiore passava tra i sostenitori del *metodo compilatorio* e quelli del *metodo codificatorio*. Senza entrare nei particolari, si può dire che a favore del primo militavano le ragioni della tradizione e della continuità con la storia del diritto canonico, a favore degli altri la spinta innovativa e modernizzatrice<sup>(10)</sup>.

Su questa scelta perduravano grosse incertezze anche ai vertici della curia romana. Spettano a Pio X tre importanti decisioni: 1) attuare quella riforma del diritto canonico che i suoi due predecessori non si erano sentiti di intraprendere; 2) adottare la forma Codice 3) predisporre il piano e il metodo di lavoro del Codice allar-

<sup>(10)</sup> Per un'analisi di tale dibattito rinvio alla mia *Introduzione storica al diritto canonico*, Bologna, 2003<sup>2</sup>, pp. 202-232, in part. pp. 217-221.

gando la consultazione all'episcopato latino. Non mi soffermo sulle motivazioni che portarono papa Sarto ad avviare il processo di codificazione canonica avendo esaminato la questione di recente<sup>(11)</sup>. Mi preme, però, richiamare l'idea che ogni codificazione è sempre la risultante di due fattori tra loro diseguali: l'elemento della volontà politica del legislatore e l'elemento culturale ossia le capacità di un ceto di giuristi (studiosi e pratici) per realizzarla<sup>(12)</sup>.

Sotto il primo profilo la codificazione canonica s'inserisce appieno nel programma di riforma e restaurazione della Chiesa da parte di Pio X, consistente nel potenziamento dei controlli degli «organi centrali» della Chiesa sulle chiese locali, nell'accentramento dei seminari e delle Università, nella capillare regolamentazione di nuovi ambiti fino allora relativamente autonomi dal diritto canonico: catechismo, liturgia, musica, sacramenti, vita dei fedeli, del clero e dei religiosi.

Il secondo profilo — l'esistenza di un ceto di giuristi — è quello più complesso, anche perché meno indagato. Tutti conosciamo il giudizio un po' sprezzante col quale un grande studioso come Ruffini nel 1904 salutò la Commissione dei consultori chiamati a redigere il Codice canonico<sup>(13)</sup>. Sono passati cento anni e ancora non abbiamo l'elenco completo dei consultori e dei collaboratori, la loro provenienza geografica, il loro stato di vita, l'ufficio da essi ricoperto nella Chiesa, il loro livello culturale, le scuole canonistiche o teologiche in cui si erano formati o a cui appartenevano. Tutti elementi che, posti in relazione tra loro, possono fare luce sul sostrato dottrinale dei codificatori e contribuire alla comprensione delle scelte ecclesiologiche e giuridiche rifluite nell'opera di codificazione.

Non potendo ovviamente esporre tutti i risultati della mia indagine, mi limito ad appuntare l'attenzione sulla composizioni dei

---

(11) C. FANTAPPIÈ, *Gli inizi della codificazione pio-benedettina alla luce di nuovi documenti*, in *Il diritto ecclesiastico*, CXIII (2002), pp. 16-83. Su papa Sarto si vedano anche i contributi in *Pio X e il suo tempo*, a cura di G. LA BELLA, Bologna, 2003, in part. G. DALLA TORRE, *Il codice di diritto canonico*, pp. 311-332.

(12) A. GAMBARO, *Codice civile*, in *Digesto delle discipline privatistiche, Sez. civile*, Torino 1988, II; pp. 445-448.

(13) Cfr. F. RUFFINI, *La codificazione del diritto ecclesiastico* (1904), ora in *Id., Scritti giuridici minori* scelti ed ordinati da M. Falco, A.C. Jemolo, E. Ruffini, I, Milano, 1936, I, pp. 87 e 93.

due ceti che, oltre ai cardinali e ad alcuni revisori, più si impegnano nella stesura dei *vota* e degli *schemata* del Codice. Il gruppo dei «consultori urbani» è costituito — secondo quanto precisa Gasparri — da quei «*canonistes [e teologi] résidents à Rome et nommés membres de la Commission des Consultants par les Cardinaux avec l'approbation du St. Père*» e dagli altri «*canonistes étrangers, que l'Épiscopat de chaque nation collectivement voudrait envoyer à Rome*»; il gruppo dei «collaboratori esterni» è formato dagli altri canonisti o teologi o storici della Chiesa sia romani sia esteri, «*aux quels on a confié l'étude de quelque partie spéciale dans la rédaction du nouveau Codex iuris canonici*». In sostanza, i «collaboratori» quasi mai interagiscono nelle consulte ma contribuiscono comunque a determinare l'orientamento del Codice con i loro suggerimenti metodologici e più generalmente con i loro *vota* <sup>(14)</sup>.

Secondo le mie stime attuali, dal 1904 al 1917 lavorano al Codice settantotto consultori urbani e quaranta collaboratori esterni. La loro nomina risponde a criteri differenti per ciascun ceto fissati dalla Commissione cardinalizia. Un numero considerevole di consultori viene cooptato in forza dell'ufficio ricoperto nei vari uffici di Curia o negli atenei romani. Ma i restanti consultori sono stati, per la maggior parte, indicati da alcune personalità di Curia vicine a Pio X. Ciò pone il problema delle opzioni teologiche e ideologiche del Codice negli anni della incipiente *repressione del modernismo*. Non a caso si hanno nomine papali dirette, esclusioni clamorose, interferenze e rinunce. Un discorso in parte analogo vale per i collaboratori, per lo più reclutati tra i docenti di materie canonistiche, teologiche e storiche nelle Università (statali e cattoliche) e nei seminari vescovili.

Dei settantotto consultori, quarantatré appartengono al clero secolare, trentuno ad ordini religiosi e quattro sono laici. Dei quaranta collaboratori, trentuno sono sacerdoti secolari, quattro laici e cinque religiosi. Come si vede, nella Commissione dei consultori si provvede ad un saggio bilanciamento tra i due cleri, mentre nella scelta dei collaboratori si cerca di valorizzare più che altro la loro preparazione scientifica. Assai ridotta, ma comunque significativa

---

(14) Cfr. J. LLOBELL-E. DE LÉON-J. NAVARRETE, *Il Libro «de processibus»*, cit., pp. 68-69, minuta di lettera di Gasparri a Deshayes del 1904.

in rapporto ai tempi, è poi la presenza dei laici reclutati di preferenza tra gli avvocati concistoriali (figura tipica: l'avv. Filippo Paccelli, padre di Eugenio) ma anche tra i professionisti politicamente e culturalmente impegnati nella capitale (penso al conte Saccucci e all'avvocato Rolli tra i consultori, ai giuristi Guidi e Milani tra i collaboratori).

Quanto alla provenienza geografica si deve rilevare una chiara differenza nella composizione dei due ceti. La grande maggioranza dei consultori urbani sono italiani (49 pari al 63%), altri ventisei appartengono, in misura molto ridotta, ad altri Stati dell'Europa (sette francesi, sei spagnoli, quattro tedeschi, tre dei Paesi Bassi, due austro-ungarici, due belgi, uno svizzero, un lussemburghese); infine tre provengono, significativamente, dalle nuove chiese dell'America Latina (Brasile, Cile, Equatore). Nel gruppo dei collaboratori esterni, invece, si nota una più equa distribuzione delle provenienze tra gli Stati europei: dieci canonisti italiani, dodici francesi, undici tedeschi; a lunga distanza troviamo anche tre belgi, uno spagnolo, un austro-ungarico e uno svizzero. L'unico collaboratore extraeuropeo appartiene al Nord America.

Questi dati mi sembrano comprovare il carattere virtualmente universale che Pio X e i cardinali hanno voluto dare all'opera di codificazione canonica latina, volendo che fossero rappresentate tutte le chiese europee e le nuove chiese missionarie. Semmai è da lamentare che, nonostante qualche proposta in senso contrario, non sia stata data alcuna rappresentanza ai missionari dell'Africa o dell'Asia.

Tuttavia nella chiesa cattolica universalità e romanità sono da sempre legati e costituiscono una dialettica inscindibile. E anche nella formazione del Codice si ripropongono secondo una particolare modalità. Il suo carattere fortemente « romano » risalta dagli impieghi dei consultori. Considerando a parte i tre entrati nella Commissione esclusivamente a titolo di rappresentanti dell'episcopato (il brasiliano Rêgo Maia, l'equatoriano Pólit y Laso e lo svizzero Peri Morosini), gli altri settantacinque sembrerebbero ripartiti in tre categorie: sedici docenti di diritto canonico o di teologia; venticinque ufficiali dei tribunali, delle congregazioni e degli uffici della curia romana; trentaquattro consultori delle congregazioni di Curia.

Nell'intendimento di Pio X e dei cardinali incaricati di formare la commissione dei consultori questa simbiosi non è certo ca-

suale. Si dovrà cercare di capire a quale prototipo essa rinviava, potendo fare riferimento ad una pluralità o ad una concorrenza di modelli organizzativi. Da quello classico — adombrato da Gasparri nella *Praefatio* al *Codex* — del *Corpus iuris* giustiniano e del *Liber extra* di Gregorio IX, a quello conciliare sperimentato in occasione del Vaticano I; da quello civilistico adottato, con differenze non trascurabili, da Napoleone, dall'Austria, dall'Italia e dalla Germania, a quello teologico fondato sulle tre virtù della Giustizia, della Carità e della Prudenza (questa la tesi del consultore Noval). In ogni caso si deve osservare che il processo di codificazione è stato concepito da Pio X come il risultato dell'intreccio tra la dimensione primaziale e la dimensione collegiale della Chiesa, secondo una linea che tende a equiparare il Codice ad un concilio ecumenico.

Ma anche un'altra serie di dati, forse più rilevanti dei precedenti, perché relativi alla formazione teologico-canonistica del ceto dei consultori, comprova lo *spirito romano del Codice*. Almeno sessanta (cioè il 77%) dei consultori provengono dagli studi universitari compiuti presso le università, seminari e collegi pontifici di Roma, il restante numero quasi del tutto dai collegi degli ordini religiosi (dodici, pari al 15%) e dalle Facoltà teologiche e dai seminari posti fuori Roma. Un'analisi dettagliata dei percorsi formativi dei consultori passati nelle Università Romane mostra che la grande maggioranza (trenta) è composta da ex-allievi e docenti del Seminario Romano dell'Apollinare. Ad essi seguono i consultori laureatisi all'Università Gregoriana (quindici) e all'ateneo della Sapienza sotto la dominazione pontificia (sei).

Considerando che il numero dei consultori italiani è inferiore a quello dei laureati a Roma e che non tutti quelli italiani si sono qui formati, bisogna dedurre che il conio culturale del Codice piobenedettino riflette la concezione, la metodologia, le posizioni dei maestri romani di diritto canonico e *in primis* delle due principali istituzioni sopra ricordate: l'Apollinare e la Gregoriana.

Questa conclusione, se aiuta a comprendere come sia stato possibile garantire uniformità e compattezza d'insieme al Codice, sembra anche utile per ricondurre alle Scuole le differenze e i contrasti dottrinali emersi sul progetto o su punti determinati e qualificanti. Su questa linea si potrebbero finalmente individuare le impostazioni canonistiche, teologiche, giuridiche e, in ultima analisi,

storicizzare un'opera come il Codice che, di per sé, tende a presentarsi come un'entità quasi avulsa dal tempo e dallo spazio.

Tutto questo comporta la necessità di studiare a fondo i *maestri della Scuola Romana* di diritto canonico sulla quale poco o nulla sappiamo. Nomi come Filippo De Angelis e Francesco Santi, Pietro Gasparri, Guglielmo Sebastianelli, Giuseppe Latini, Michele Lega, Augusto Silj, da un lato; Camillo Tarquini, Giovan Battista Lugari, Sebastiano Sanguinetti, Franz Xavier Wernz, Benedetto Ojetti, dall'altro, ricorrono abbastanza di frequente negli studi recenti sul processo di codificazione ma quasi mai hanno sollecitato a compiere indagini retrospettive sulle loro dottrine e sui loro legami di Scuola.

Accanto a queste, possiamo porci altre domande. Per esempio: attraverso quali canali culturali è penetrata nei canonisti dell'Apollinare — che costituiscono la maggioranza — l'idea e la convinzione di codificare il diritto canonico «ad imitazione» dei codici delle nazioni civili?

C'è un'istituzione, l'Accademia di conferenze storico-giuridiche di Roma, sorta nel 1878 sulle ceneri dell'ateneo papale della Sapienza, attiva fino al 1904 e, dopo un periodo di stasi, confluita nel *Pontificium Institutum Utriusque Iuris* dell'Università Lateranense, che, a mio avviso, ha significativamente contribuito a far conoscere ai seminaristi romani i metodi e le dottrine della scienza civilistica tedesca, cominciata a diffondersi nella penisola negli anni Ottanta grazie alle traduzioni delle grandi opere della pandettistica nel frattempo compiute dai romanisti italiani<sup>(15)</sup>.

A differenza di altri circoli intellettuali, l'Accademia di conferenze storico-giuridiche non si era soggogata ad alcuna metodologia d'importazione; anzi aveva criticato i presupposti filosofici della scienza giuridica tedesca<sup>(16)</sup> e adottato una metodologia rigorosa-

---

<sup>(15)</sup> Cfr. M. TALAMANCA, *Un secolo di «Bullettino»*, in *Bullettino dell'Istituto di diritto romano «Vittorio Scialoja»*, XXX (1988), pp. IX ss. A. MANTELLO, «*Il più perfetto codice civile moderno*». A proposito di BGB, *Diritto romano e questione sociale in Italia*, in *Studia et documenta historiae et iuris*, LXII (1996), pp. 357-399; P. GROSSI, *La cultura del civilista italiano. Un profilo storico*, Milano, 2002, pp. 22-23.

<sup>(16)</sup> Cfr. L. CANTARELLI, rec. a E. CARUSI, *Diritto romano nella scienza e nella scuola moderna*, Roma, 1894 (si tratta della *Prolusione* per l'insegnamento di Pandette nell'Università di Roma) in *Studi e documenti di storia e di diritto*, XV, 1894, pp. 187-188.

mente storica nello studio del diritto romano. Quest'impostazione era, per certi aspetti, assai simile a quella avanzata in quegli stessi anni nell'ateneo della Sapienza dal giovane Vittorio Scialoja col suo « Bullettino » ma, per altri aspetti, si scostava sia da essa sia da quanto venivano facendo altri rappresentanti della romanistica laica (penso a Filippo Serafini). Per l'Accademia si trattava di ricostruire concretamente e non astrattamente i numerosi collegamenti della tradizione giuridica romana con il diritto civile in vigore negli Stati valorizzando il patrimonio ideale dell'esperienza romano-canonica medievale<sup>(17)</sup>. Da qui l'interesse dell'Accademia ad introdurre insegnamenti e a coltivare interessi non solo storico-giuridici ma anche comparatistici ed economico-sociali (dal suo seno nasceranno, non a caso, i due importanti periodici *Studi e documenti di storia e di diritto* diretti dall'Alibrandi e dal Natalucci e la *Rivista internazionale di scienze sociali* diretta dal Toniolo e dal Talamo)<sup>(18)</sup>.

Se si considerano gli stretti rapporti intrattenuti per un venticinquennio dall'Accademia di conferenze storico-giuridiche sia con gli allievi e i docenti dei Seminari Romano e Pio, sia con gli ufficiali dei dicasteri della Curia, è difficile negare l'influenza della sua attività culturale ai fini della preparazione del codice canonico. Innanzi tutto l'Accademia ha svolto un'importante funzione mediatrice, consistente nell'aggiornamento della cultura romanistica e civilistica dei canonisti romani impegnati nell'insegnamento o nell'attività di consulenza per la Curia (mi vengono in mente alcuni nomi oltre a quelli sopra ricordati: Oreste Giorgi, Benedetto Melata, Filippo Giustini, Massimo Massimi, Luigi Sincero, quest'ultimo laureatosi anche in giurisprudenza presso l'Università di Torino). In secondo luogo, l'Accademia ha contribuito anche a formare direttamente alcuni consultori (ricordo il Pezzani, autore anche di un progetto privato di Codice) o a esprimere dal proprio corpo di docenti collaboratori esterni del Codice (Guidi e Milani, ambedue laici).

---

<sup>(17)</sup> Cfr. LA DIREZIONE, *Prefazione*, in *Studi e documenti di storia e diritto*, I, 1880, p. 5).

<sup>(18)</sup> Cfr. O. BUGGI, *L'Accademia giuridica (1878-1903) e la rivista Studi e documenti di storia e di diritto (1880-1904)*, in *Studia et documenta historiae et iuris*, LXII (1996), pp. 425-471 (che però non utilizza il cospicuo fondo archivistico prodotto dall'Accademia).

Un'altra indagine da compiere riguarda la cultura teologica e giuridica dei consultori che si sono formati in gran parte nei collegi o case degli *ordini religiosi*. Vi campeggiano personalità di primo piano come i canonisti gesuiti Wernz, Ogetti, De Luca, Vidal, i domenicani Esser e Noval, i francescani Klumper e Sleutjes, il cappuccino Pie de Langogne, il carmelitano scalzo Stock, gli agostiniani Esteban e Valenzuela, i benedettini Bastien e Molitor. Tra i teologi abbiamo i gesuiti Palmieri, Bucceroni e Billot, il servita Lépicier, il redentorista Van Rossum, il benedettino Janssens. Il contributo da loro dato alla causa della codificazione è senz'altro elevato sia per la levatura intellettuale raggiunta nel campo delle scienze sacre, sia per il superiore impegno di lavoro che venne loro richiesto da Gasparri per la redazione dei *vota*, per la partecipazione alle consulte, per le consulenze aggiuntive e straordinarie durante le diverse fasi dell'opera codificatoria. Sulle ultime fasi, in particolare, non sono rimaste per lo più tracce documentarie, per cui occorre risalire ai necrologi nelle riviste del rispettivo Ordine per scoprire, ad esempio, che padre Stock «principalissimam partem habuit in ultima iuris ecclesiastici revisione».

Se volgiamo ora lo sguardo ai dati relativi alla formazione canonistica del gruppo dei collaboratori esterni del Codice, il panorama risulta assai variegato rispetto al ceto dei consultori. Solo diciotto dei quaranta collaboratori (pari al 45%) provengono dalle facoltà pontificie romane (otto dall'Apollinare, cinque dalla Gregoriana, cinque dalla «Sapienza»), mentre altri ventidue hanno studiato presso Facoltà di teologia statali o presso seminari diocesani. Si tratterà allora di ricostruire una sorta di mappa geografico-culturale della *scienza canonistica delle Università europee* che ha contribuito alla preparazione del Codice canonico. Al primo posto della classifica, per numero di presenze, vanno poste le Università tedesche e quelle francesi, seguite da quelle dell'impero austro-ungarico, da Lovanio per il Belgio, da Friburgo per la Svizzera e da Washington per gli Stati Uniti.

Tra i collaboratori scelti nel mondo accademico tedesco — dopo alcune rinunce rilevanti come quella di Scherer — troviamo Sägmüller dell'Università di Tubinga, figura rilevante di storico e di sistematico del diritto canonico attestato su posizioni conservatrici; Gillmann e Goepfer, l'uno grande storico del diritto canonico medievale, l'altro rinomato moralista e pastoralista, ambedue docenti dell'Università di Würzburg — tradizionale roccaforte della

cultura giuridica cattolica —; Schrörs, prestigioso docente di storia ecclesiastica all'Università di Bonn, maestro di Hubert Jedin, moderatamente innovativo; infine Franz Heiner dell'Università di Friburgo, collaboratore al Codice, autore su invito di Pio X di due scritti contro il modernismo nonché codificatore privato del processo criminale ecclesiastico.

Gli altri collaboratori tedeschi provengono dai seminari vescovili di Treviri (Müller), di Magonza (Bendix) e di Ratisbona (Schneider), tutti istituti ecclesiastici che, nonostante le dure limitazioni imposte prima e durante il *Kulturkampf*, presentavano un livello intellettuale elevato. Una citazione particolare va riservata a Eichstätt che col suo Collegio Willibaldinum, dotato di scuole speciali di filosofia, teologia, pedagogia e diritto canonico somigliava ad una piccola università. Da Eichstätt viene Hollweck, certamente uno dei collaboratori più influenti per la codificazione del diritto penale canonico, su cui qualche anno prima aveva pubblicato un eccellente progetto.

Altri collaboratori sono venuti dalle Facoltà di teologia incorporate negli atenei statali dell'impero austroungarico (Vienna, Innsbruck, Praga, Bratislava): Laurin, uno dei migliori studiosi del *Corpus iuris canonici*; Hilgenreiner, esperto di storia ecclesiastica e di dottrina sociale e, infine, Fischer, un laico professore a Bratislava di diritto romano, processuale civile e diritto civile.

In Francia spicca il contributo qualitativo dell'Institut Catholique di Parigi — dove aveva insegnato per un decennio Gasparri — con l'opera di due canonisti: Many (consultore) e Boudinhon (avrebbe dovuto essere anche lui consultore ma le accuse di modernismo consigliarono Gasparri a relegarlo nel ruolo di collaboratore esterno). Oltre Parigi un altro concorso significativo verrà dall'Università cattolica di Tolosa con due collaboratori: Besson, poliedrico studioso di teologia e di diritto canonico — e Crouzil, un grande esperto di diritto ecclesiastico civile molto attivo nella Francia della legge di separazione. Infine compare anche un rappresentante dell'Università cattolica di Lione, Parayre, studioso della giurisprudenza di Curia.

Come in Germania alcuni seminari vescovili francesi si rivelano una fucina di ottimi canonisti. Mi limito a ricordare due codificatori privati del diritto canonico chiamati a collaborare: Pillet e Deshayes (resta da domandarsi perché sia stato escluso Périas, uno dei più ferventi sostenitori del codice canonico). Il fatto che ambe-

due siano molto legati a Gasparri, almeno a giudicare dal tono e dalle dimensioni del loro carteggio, induce a sospettare che le loro opere abbiano avuta una sicura influenza nella messa a punto del piano e di alcune parti del Codice.

Un ultimo polo canonistico europeo di notevole respiro culturale aveva sede nell'Università cattolica di Lovanio. Essa fornisce altri tre collaboratori esterni nelle persone del De Becker, esperto nelle materie matrimoniali, del giovane suo allievo Van Hove e dell'eminente canonista e teologo moralista Vermeersch.

Infine è da segnalare la collaborazione del giurista laico Lampert dell'Università di Eriburgo, attivo nella fase di redazione e di revisione.

Questa sintetica ricognizione mostra come una cospicua e qualificata integrazione dottrinale al Codice canonico sia venuta dagli esponenti della canonistica universitaria europea mediante una collaborazione meno appariscente ma non meno decisiva di quella fornita dai consultori ufficiali, specialmente per quanto attiene ad ambiti di studio specialistici. Sarebbe interessante riuscire a capire se il contributo di questi canonisti sia andato al di là dei singoli contenuti e abbia veicolato anche un'impostazione metodologica, categorie e istituti giuridici propri della scienza giuridica del paese di provenienza.

### 3. *I problemi metodologici della codificazione canonica.*

Dopo aver ripercorso a grandi linee le premesse della codificazione e individuato i principali apporti di cui si è giovata, vorrei accennare, conclusivamente, anche alla concezione che di essa hanno avuto consultori e collaboratori. Per esigenze di chiarezza e di brevità enucleo i diversi aspetti del problema in punti progressivi:

a) La realizzazione del Codice viene considerata la risposta necessaria e improcrastinabile della chiesa cattolica al pluriscolare problema dei *contenuti* e della *forma* da dare all'evoluzione farraginoso e dispersiva delle norme canoniche nel periodo compreso tra il concilio di Trento e il Vaticano I.

b) Rispetto alle *codificazioni civili* la scelta del Codice ad opera di Pio X si discosta ovviamente dal sottostante modello ideologico statutale da cui era scaturita e si era espressa, ma ne imita la forma per la duplice finalità di creare un ordinamento giu-

ridico che fosse al tempo stesso alternativo ma anche relazionabile e componibile con quello del liberalismo statale. Questo intendimento poggia sul duplice presupposto dell'analogicità tra *societates perfectae* e della superiorità spirituale della forma giuridico-politica della Chiesa (cioè della sua sua capacità di rappresentare, ordinare e finalizzare la realtà sociale) rispetto a quella dello Stato. Nelle primitive intenzioni di Pio X la codificazione doveva contenere sia l'*ius privatum* sia l'*ius publicum ecclesiasticum*, ma durante la definizione del piano di lavoro tale prospettiva viene abbandonata e si preferisce inserire nel Codice, talvolta esplicitamente talaltra implicitamente, elementi di diritto pubblico solamente nei canoni in cui apparivano strettamente necessari.

Il Codice doveva rispondere, nel disegno papale, sia ad esigenze interne della vita della Chiesa (una maggiore compattezza, un maggiore accentramento, un più penetrante controllo della vita e degli orientamenti dei sacerdoti e dei fedeli: non dimentichiamo la diffusione del modernismo religioso e sociale) sia ad esigenze esterne della Chiesa (la riorganizzazione dei rapporti con gli Stati).

In quest'ultima prospettiva la codificazione del diritto canonico avrebbe posto fine alle incertezze o agli equivoci sulla validità e vigenza delle norme nella Chiesa nonché ai ricorrenti pericoli di interpretazioni impreviste date da parte statale alle espressioni che menzionavano il diritto canonico negli articoli dei concordati. Non a caso la Santa Sede fin dall'età della Restaurazione aveva ripetutamente cercato di cautelarsi da tali rischi con l'uso di varie formule (come quella «*juxta vigentem et approbatam a Sede Apostolica Ecclesiae disciplinae*») senza però poter offrire all'altra Parte una fonte precisa, autorevole e stabile cui richiamarsi nelle trattative diplomatiche e nelle disposizioni pattizie<sup>(19)</sup>. Da questo punto di vista si può vedere nel Codice di diritto canonico una *premessa necessaria* della grande stagione dei concordati promossi da Gasparri durante il pontificato di Pio XI e sviluppati ancor più ampiamente da Pio XII (anch'egli molto addentro ai lavori della codificazione per essere stato assistente della Commissione dei consultori).

---

(19) Per una ricognizione storica di questi problemi, cfr. P. CIPROTTI, *Il diritto canonico nella diplomazia ecclesiastica*, in *Ius populi Dei. Miscellanea in honorem Raymond Bidagor*, I, Roma, 1972, pp. 167-195.

c) Sul piano dei *contenuti* la codificazione canonica mira a raggiungere, al pari di molte codificazioni antiche e moderne, quattro obiettivi pratici:

1) l'unificazione delle norme fino allora frazionate e disperse in una moltitudine di fonti e di raccolte ed ora riordinate e disposte secondo un piano accuratamente preordinato in un unico testo, tendenzialmente completo dal punto di vista materiale e prevalente sotto il profilo del sistema delle fonti;

2) la consolidazione della giurisprudenza delle congregazioni romane mediante l'eliminazione delle incertezze e contraddizioni in forza della funzione dichiarativa e stabilizzatrice del Codice;

3) la semplificazione e la brevità del dettato normativo mediante la ri-formulazione della norma risalente ad un passato più o meno lontano in termini chiari e succinti al fine di favorire la conoscibilità e la praticabilità del diritto vigente da parte dei destinatari;

4) l'aggiornamento strettamente necessario delle norme ormai cadute in desuetudine e l'introduzione di nuove maggiormente rispondenti sia alla tutela dell'organismo che le emana sia alle mutate circostanze della vita dei destinatari. Tuttavia l'indole del Codice resta prevalentemente «conservativa», a differenza dei codici moderni.

d) La codificazione canonica ha avuto bisogno, per realizzarsi, di alcuni *presupposti materiali e culturali*. I primi si possono identificare nell'esistenza di condizioni storiche favorevoli in Europa, nell'organizzazione centralizzata della Chiesa — che col Codice s'intende ulteriormente rafforzare —, nella volontà di portare a compimento un'unificazione legislativa in gran parte già realizzata. I secondi sono costituiti dalla formazione di un ceto di giuristi e di funzionari di Curia sufficientemente coeso e preparato. Alla preparazione di questo ceto hanno dato un contributo essenziale Leone XII, Pio IX e soprattutto Leone XIII con la riorganizzazione degli studi giuridici nelle università e nei seminari di Roma.

e) Quanto al *metodo di composizione*, il codice canonico introduce senza dubbio un elemento di discontinuità rispetto al metodo impiegato nelle collezioni canoniche medievali. Mentre il metodo compilatorio consisteva nel riunire i testi già esistenti, prodotti da privati o dal legislatore locale o universale, senza modificarne il tenore, e nel disporli uno di seguito all'altro o nell'ordine cronologico della loro comparsa o in una varietà di schemi logico-sistema-

tici, all'interno di una raccolta o collezione che poteva ricevere dall'autorità suprema della Chiesa la qualifica di esclusiva ma che, comunque, non aveva la pretesa di essere onnicomprensiva dal punto di vista normativo, il metodo codificatorio ora adottato si fonda sull'opera logico-razionale svolta da un ceto di esperti posti sotto il controllo e l'approvazione dell'autorità suprema della Chiesa ed è diretta sia ad estrarre dalle leggi anteriori enunciati generali del diritto in vigore, sia a formularli in articoli brevi, chiari e astratti, sia nel riunirli in una sola raccolta legislativa comprendente tutto il diritto vigente seguendo un predeterminato ordine sistematico che li collega gli uni agli altri. Da queste considerevoli differenze che intercorrono tra i due metodi, emerge che la novità assoluta della scelta di Pio X è duplice in quanto si è proposta di «codificare» il diritto canonico e di codificarlo «tutto intero»<sup>(20)</sup>.

In rapporto all'evoluzione della scienza canonica post-tridentina, il Codice costituisce, però, una novità solo relativa perché può essere considerato l'esito finale di quel plurisecolare processo di razionalizzazione del diritto canonico nella scienza canonica e della progressiva riduzione di quest'ultima a sistema che aveva trovato il suo incunabulo nelle già ricordate *Institutiones iuris canonici* del Lancellotti, dove la materia canonica era stata assimilata e disposta logicamente entro lo schema gaiano-giustiniano<sup>(21)</sup>.

Su questo punto occorrerà integrare la prospettiva immediata dei codificatori del 1917 ricostruendo i passaggi salienti del lungo e complesso itinerario razionalizzante che ci è offerto nei manuali istituzionali del Settecento e dell'Ottocento. Mi limito a richiamare, brevemente, alcuni elementi che hanno contribuito ad avvicinare la scienza canonica alle soglie del Codice. L'introduzione di «parti generali» sempre più ampie e organizzate che fungono da premessa ad alcune *Institutiones* (penso a quelle del De Camillis); l'assunzione del metodo sillogistico e delle proposizioni brevi nel-

<sup>(20)</sup> Cfr. A. BOUDINHON, *La codification et la réforme du droit canonique*, in *Revue du clergé français*, XXXVIII [1905], in part. p. 18.

<sup>(21)</sup> Cfr. M. CARIA, *Le «Institutiones iuris canonici» di G.P. Lancellotti (1522-1590): status quaestionis e nuove ricerche in corso*, in *Studi urbinati*, LXIX, 2001, n. 2, pp. 7-38; più in generale: L. PROSDOCIMI, *Il diritto canonico di fronte al diritto secolare nell'Europa dei secoli XVI-XVIII*, in *La formazione storica del diritto moderno in Europa*. Atti del terzo Congresso internazionale della Società italiana di storia del diritto, I, Firenze, 1977, pp. 431-446, in part. 439 ss.

l'opera classica del Tarquini sul diritto pubblico ecclesiastico (chiara derivazione dal metodo leibniziano-wolfiano); la comparazione e in alcuni casi la trasposizione degli schemi civilistici francesi nell'altrettanto classica *Summula* di teologia morale e di diritto canonico del D'Annibale; infine, la ricomparsa di un genere letterario che la scienza canonica aveva da due secoli dimenticato o perlomeno trascurato: i *tractatus canonicus* (da Bouix a Gasparri) intesi come il tentativo di sistemare in forma logico-deduttiva tutti gli aspetti di una materia.

f) Sotto il profilo della *tecnica giuridica* il Codice canonico è stato concepito e presentato dalla maggioranza dei consultori come l'adeguamento della *forma* del diritto canonico ai progressi della scienza giuridica lasciando inalterata la sua *sostanza* <sup>(22)</sup>.

Valga per tutte la posizione del canonista milanese Nasoni, uno dei collaboratori del Codice. Egli parte dal principio generale che la Chiesa non ha mai respinto aprioristicamente i progressi legittimi del pensiero umano, applica tale principio all'evoluzione dei metodi nell'ambito legislativo, poi passa ad esaminare il caso in oggetto, esprime le ragioni che militano a favore del metodo codificatorio, adducendo i motivi che da lungo tempo rendevano necessario un adeguamento del diritto canonico e le cause che hanno necessariamente ritardato la decisione della Chiesa <sup>(23)</sup>.

Si potrebbe quindi supporre che i codificatori del 1917 abbiano agito sul presupposto che l'assunzione della forma Codice potesse essere considerata meramente estrinseca e strumentale, necessaria per risolvere nel miglior modo il *problema pratico* di rendere conoscibile e applicabile la disciplina ecclesiastica, ma ininfluente rispetto alla materia e allo spirito del diritto canonico <sup>(24)</sup>.

<sup>(22)</sup> Cfr. A. ORTSCHIED, *Essai concernant la nature de la codification et son influence sur la science juridique d'après le concept du Code de droit canonique* (27 mai 1917), Paris 1922, p. 45.

<sup>(23)</sup> Cfr. A. NASONI, *Il Codice di diritto canonico*, in *La scuola cattolica*, XLV (1917), pp. 94-96.

<sup>(24)</sup> Le preoccupazioni istituzionali, giuridiche e pastorali che muovono Pio X a preferire il Codice ad una nuova Compilazione canonica sono espresse al Gasparri l'11 marzo 1904 in questi termini: «[...] nella collezione finalmente non si provvederebbe all'assoluto bisogno del presente, che reclama delle norme precise nella disciplina ecclesiastica, nell'insegnamento del Diritto, nella amministrazione delle Diocesi e nell'esercizio della giustizia nelle cause matrimoniali» (cfr. FANTAPPIÈ, *Gli inizi della codificazione canonica*, cit., p. 81).

D'altra parte, l'assenza di una riflessione metodologica nei lavori ufficiali preparatori del Codice canonico, non stupisce più di tanto ove si pensi all'*unanimismo codificatorio* presente in Europa in quegli anni. Anche quella parte della cultura giuridica laica che guardava con freddo distacco e con molte riserve alle codificazioni civili — penso a un Géný e a un Saleilles, ambedue vicini al movimento del diritto libero — riconosceva come un dato di fatto non solo la loro incontrastata fortuna<sup>(25)</sup> ma anche i vantaggi che esse recavano alla soluzione del problema della « certezza del diritto » e dei « progressi » della scienza giuridica<sup>(26)</sup>.

Ciò non aveva impedito a Géný nel 1899 di denunciare le conseguenze di portata generale derivanti da ogni processo di codificazione: « ce phénomène de la codification, qui, en soi, [...] n'apparaît pas comme autre chose qu'une opération de pure forme, de simplification et de classement, me semble avoir eu une influence décisive sur notre méthode d'interprétation juridique »<sup>(27)</sup>.

g) Tuttavia il *problema della congruità* dell'applicazione del metodo codificatorio al diritto canonico aveva suscitato un dibattito esterno alle Commissioni di cardinali e dei consultori e — cosa non meno significativa — incontrato maggiori perplessità e resistenze di carattere teorico nei canonisti laici o protestanti (Scherer, Ruffini, Friedberg, Calisse) piuttosto che nei canonisti ecclesiastici (Laemmer e Sägmüller)<sup>(28)</sup>.

A fronte di questa diversità di atteggiamenti viene da domandarsi attraverso quale itinerario intellettuale Gasparri abbia potuto aderire in modo entusiastico alla codificazione (e a una certa concezione di codice canonico), al punto da presentarla, retrospettivamente, come il compimento di una missione provvidenziale.

<sup>(25)</sup> F. GÉNY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif. Essai critique*, I, Paris, 1932<sup>2</sup>, p. 61.

<sup>(26)</sup> R. SALEILLES, *Méthode historique et codification*, in *Atti del Congresso internazionale di scienze storiche [Roma, 1-9 aprile 1903]*, IX, *Atti della Sez. V: Storia del diritto, Storia delle scienze economiche e sociali*, Roma, 1904, p. 4.

<sup>(27)</sup> GÉNY, *Méthode d'interprétation*, cit., I, p. 23.

<sup>(28)</sup> L'aveva già notato PIO FEDELE, uno dei più vivaci canonisti del XX secolo recentemente scomparso, nel saggio *La certezza del diritto e l'ordinamento canonico*, in F. LOPEZ DE OÑATE, *La certezza del diritto*, n. ed. a cura di G. ASTUTI, Milano, 1968, pp. 209-237, in part. 213-214.

La posizione metodologicamente più avvertita, tra i collaboratori di Gasparri, sembra quella espressa da Auguste Boudinhon, un suo vecchio collega all'Institut Catholique di Parigi che solo alla penultima ora si era persuaso della necessità del Codice<sup>(29)</sup>. Anche per questo vale la pena di richiamarla distesamente.

Sul presupposto di un modello di Codice completo, autoreferenziale e duraturo — secondo la tipica concezione dei codici civili — Boudinhon sostiene che il metodo codificatorio è «le seul moyen de remédier efficacement aux graves inconvénients qui résultent de l'état actuel des collections canoniques», poiché esse, da un lato, non potrebbero contenere tutti gli atti sinodali, pontifici e episcopali vigenti (mancanza di completezza) e, dall'altro, non potrebbero venire chiuse alle leggi via via promulgate (mancanza di definitività). In tal modo il problema della certezza della norma sarebbe solo spostato e non risolto<sup>(30)</sup>.

Boudinhon ammette che le collezioni canoniche anteriori, essendo raccolte di decisioni di specie o di norme emanate secondo la necessità delle circostanze, avevano il pregio di permettere uno scambio costante tra la giurisprudenza e la legge ecclesiastica, mentre nel nuovo diritto codificato si dovrà separare rigidamente la legge dalla giurisprudenza e relegarla ad una funzione meramente interpretativa della legge in mano ai pratici del diritto.

Egli conviene anche sul fatto che lo *ius vetus* valorizzava il ruolo dei canonisti attribuendo loro una funzione creativa nella elaborazione del diritto, mentre con il Codice «ils seront asservis de plus près à la lettre de la loi, et ils ne retrouveront plus le noble rôle qui fut le leur à l'époque du Décret et des Décretales [...]».

Infine è consapevole delle grandi difficoltà che i codificatori incontreranno «surtout à combiner l'unification de la législation avec la variété des conditions où se trouve l'Eglise dans les diverses contrées»: un problema che egli proponeva di risolvere con l'aggiunta di «une série de législations locales» al Codice generale.

---

(29) A. BOUDINHON, *De la codification du droit canonique*, in *Le canoniste contemporain*, XXVII (1904), pp. 641-650; XXVIII (1905), pp. 18-23; 76-83 139-143; 563-568.

(30) Boudinhon si lascia andare ad una valutazione encomiastica del *Code civil*: «L'idée d'un code ecclésiastique rédigé à la moderne ne devait prendre consistance qu'après les merveilleux succès du code Napoléon» (*ibidem*, XXVIII [1905], p. 23).

Nonostante tutte queste ammissioni, Boudinhon ritiene che le perdite prodotte dal metodo codificatorio saranno compensate dal guadagno derivante dalla semplificazione del diritto e dalla garanzia della legge «plus claire, plus facile à comprendre et, par suite, à observer et à faire appliquer»<sup>(31)</sup>.

b) Tenendo conto delle precedenti osservazioni, il *Codex* piobenedettino potrebbe essere visto come l'approdo di un processo, per certi versi, di *spiritualizzazione* della sostanza o de-mondanizzazione della Chiesa medievale e tridentina — secondo l'interpretazione già avanzata da Stutz<sup>(32)</sup> —, e, per certi altri, di *modernizzazione* della forma o formalizzazione del diritto canonico. In rapporto alla prima dimensione il diritto canonico si sarebbe autocircoscritto nella visione della Chiesa «coetus» o «societas supernaturalis» proposta nel concilio Vaticano I da teologi come Franzelin e Palmieri. In rapporto alla seconda dimensione il diritto canonico avrebbe raggiunto nella forma Codice il punto di arrivo di una tendenza all'autorazionalizzazione iniziatosi nell'età di Graziano, secondo i metodi della teologia del XII secolo, e proseguito nell'età post-tridentina secondo metodi presi a prestito dalla scienza del diritto civile. L'apparentamento con le metodologie giuridiche statuali e secolari avrebbe rafforzato la tendenza a «formalizzare» il diritto canonico, a trasformare i suoi istituti in concetti, a depurare questi concetti del loro sostrato etico e religioso, finendo con l'elaborare una costruzione giuridica che si legittima non più in risposta alle esigenze storiche concrete della Chiesa, ma nella coerenza «logica» dell'ordine giuridico stesso. Con ciò si sarebbe consumato l'allontanamento progressivo dall'esperienza canonica medievale e il ridimensionamento di ogni elemento «residuo» degli istituti e della *ratio* propriamente teologica del diritto canonico classico: l'irrilevanza della *ratio peccati* e della *ratio scandali*, la scomparsa della *dissimulatio* e del *tolerari potest*, la riconduzione dell'*ae-*

<sup>(31)</sup> *Ibidem*, p. 77.

<sup>(32)</sup> Sulla categoria della «Spiritualisierung des Kirchenrechts» cfr. U. STUTZ, *Kirchenrecht*, in HOLTZENDORFF-KOHLERS, *Encyklopädie der Rechtswissenschaft*, V, Leipzig-Berlin, 1914<sup>2</sup>, pp. 358 ss. Nel suo classico lavoro *Der Geist des Codex iuris canonici* (Stuttgart 1918) Stutz parlerà del passaggio da un *geistliches Weltrecht* com'era nel *Corpus* a un diritto canonico inteso a regolare la vita interna della Chiesa nel *Codex iuris canonici* (p. 177).

*quitas canonica a epicheia*, la riduzione dell'*observantia* alla prassi curiale e allo *stylus Curiae*, ecc.

Anche queste ipotesi interpretative dovrebbero spingere, nella fase storica attuale della Chiesa, a ritornare con una nuova consapevolezza sul problema delle origini della codificazione canonica: non solo per evidenziarne gli indiscutibili vantaggi pratici ma anche per rilevarne gli indesiderati inconvenienti teorico-interpretativi. Anziché essere valutata una scelta neutrale e priva di conseguenze, la trasformazione del diritto canonico in un codice ha avuto un'incidenza diretta sulla natura e sull'interpretazione della norma, sulla tipologia e gerarchia delle fonti e perfino sulla concezione complessiva del *ius Ecclesiae*. Il che impone di gettare uno sguardo attento e inquietante sulla fucina dei codificatori, stretti tra l'incudine dell'eredità del passato, che veicolava un'esperienza giuridico-canonica elastica e pluralistica ma tutt'altro che priva di problemi, e il martello dei progressi della scienza giuridica moderna, che per garantire la sicurezza e l'oggettività delle norme imponeva un adeguamento a categorie inevitabilmente astratte e uniformanti: *Arduum sane munus!* <sup>(33)</sup>

---

<sup>(33)</sup> Sempre utile il confronto con le pagine reattive che il grande storico del diritto canonico Stephan Kuttner ha dedicato all'impostazione generale metodologica del Codice del 1917: ST. KUTTNER, *Il diritto canonico nella storia*, in *Jus*, XVIII (1967), pp. 239-254.

**Pagina bianca**

CARMEN GARCIMARTÍN

## RELACIONES IGLESIA-ESTADO EN IRLANDA: UNA APROXIMACIÓN DESDE LA CONSTITUCIÓN

I. INTRODUCCIÓN. A. Precedentes. B. La Constitución de 1937. 1. *Elaboración del texto constitucional*. 2. *Notas distintivas*. — II. CARACTERÍSTICAS DE LAS RELACIONES IGLESIA-ESTADO. A. Separación Iglesia-Estado. B. Relación sin fuentes jurídicas bilaterales. C. Relación no conflictual. — III. EL ARTÍCULO 44 DE LA CONSTITUCIÓN. A. Génesis del artículo. B. El reconocimiento de la divinidad en el artículo 44-1. C. La prohibición de financiación estatal de las confesiones. — IV. ¿ES IRLANDA UN ESTADO LAICO?. A. Las notas de la laicidad. B. Proyección constitucional.

### I. INTRODUCCIÓN.

#### A. *Precedentes*.

Las relaciones de la Iglesia católica con la República de Irlanda en la actualidad no pueden entenderse sin tener presente la historia de los últimos siglos. No nos referimos únicamente al desarrollo histórico de las relaciones entre la Iglesia y el Estado, sino también a otros acontecimientos de carácter general, determinantes — con más fuerza, si cabe, que en otros ámbitos territoriales — de una situación que, si no quiere calificarse *a priori*, puede al menos considerarse distinta a la de los restantes países europeos. Los siglos de dominio británico y la lucha por la independencia, entre otros hechos, han dejado una impronta fácilmente perceptible incluso en una aproximación general a esta materia.

Un estudio más amplio que el que ahora se pretende debería hacer alusión a factores como las coordenadas geográficas de este país — principalmente el hecho insular — y partir de un pasado más remoto: es conocida la importancia de Irlanda en el Derecho Canónico medieval, y de su peculiar sistema de organización mo-

nástica de la Iglesia, que subsistió hasta mediados del siglo XII<sup>(1)</sup>. No obstante, nos ocuparemos exclusivamente de los hitos más relevantes de la historia reciente.

Los largos siglos de catolicismo en Irlanda se vieron gravemente perturbados por la reforma de Enrique VIII y por la implantación de dicha reforma por Isabel I. La isla, bajo influencia inglesa en mayor o menor medida, según las zonas, sufrió las consecuencias de la expansión del anglicanismo, y comenzaron tres siglos de problemas para los católicos irlandeses. Durante este período, los intentos de introducción de la reforma religiosa fueron apoyados por la conquista militar y por el dominio económico<sup>(2)</sup>. Se implantó progresivamente un régimen que sometió a los católicos a una serie de incapacidades jurídicas y sanciones penales, e hizo peligroso mantener un mínimo de práctica religiosa católica en el país. Mediado el siglo XVIII, los católicos no podían ocupar cargos públicos, ser miembros del Parlamento o votar, y estaba limitada su capacidad para adquirir tierras<sup>(3)</sup>.

El siglo XIX comenzó con el *Act of Union* de 1800, que supuso el fin de la relativa independencia que había tenido Irlanda desde la Edad Media<sup>(4)</sup>. De acuerdo con el artículo primero, a

---

(1) Cfr. J. BLANCHARD, *The Church in contemporary Ireland*, Dublín, 1963, p. 15. La isla, que nunca llegó a formar parte del Imperio Romano, estuvo durante mucho tiempo dividida en pequeñas unidades políticas, que favorecieron el desarrollo de una sólida institución monástica y el debilitamiento del episcopado y el clero diocesano. Consecuencia de ello, entre otras cosas, fue el alto nivel de sabiduría de la iglesia monástica en este territorio, en comparación con el nivel de Europa occidental. En 1111 se celebró el Sínodo de Rathbreasail, uno de cuyos principales actos fue la sustitución del sistema monástico por una real organización diocesana; en 1152 el Sínodo de Kells confirmó definitivamente esta nueva organización de la Iglesia. Vid. sobre este período de la Iglesia en Irlanda M.P. SCHEEHY, *Pontificia Hibernica 640-1261*, vol. I y II, Dublín, 1962-65; K. HUGHES, *The Church in early Irish Society*, Londres, 1966; M. y L. DE PAOR, *Early Christian Ireland*, Londres, 1958.

(2) Esta época de dominio y persecución se menciona veladamente en el Preámbulo de la Constitución vigente, cuyo segundo párrafo alude a «Nuestro Señor Jesucristo, quien sostuvo a nuestros padres durante siglos de tribulaciones» («We, the people of Éire, Humbly acknowledging all our obligations to our Divine Lord, Jesus Christ, Who sustained our fathers through centuries of trial»).

(3) Cfr. J. CASEY, *Constitutional Law in Ireland*, Dublín, 2000, p. 2; E.M. JOHNSTON, *Ireland in the Eighteenth Century*, Dublín, 1976, capítulo 6; R.B. McDO. WELL, *Ireland in the Age of Imperialism and Revolution 1760-1801*, Oxford, 1979, capítulo 6; A. WARD, *The Irish Constitutional tradition*, Dublín, 1994, capítulo 1.

(4) Cfr. J. CASEY, *Constitutional Law in Ireland*, cit., p. 1.

partir del primero de enero de 1801 el Reino de Irlanda y el Reino Unido estarían unidos en uno. De esta manera, ambos países fueron regidos conjuntamente por Westminster durante ciento veinte años<sup>(5)</sup>. La unión alcanzó también a las Iglesias anglicanas, al disponer el artículo 5 del *Act of Union* que las Iglesias de Inglaterra e Irlanda se unían desde entonces en una sólo Iglesia, que se establecía, además, como Iglesia del Reino<sup>(6)</sup>.

No fue el XIX un siglo fácil en Irlanda. Entre 1845 y 1850 hubo una gran hambruna en el país, que elevó la tasa de mortalidad y emigración hasta cifras altísimas. Tiempo después se desarrolló la conocida como «Land War» (1879-82), que culminó con las reformas agrarias de los años ochenta. Sin embargo, desde la perspectiva que ahora nos interesa, habría que destacar la «catholic emancipation»<sup>(7)</sup>. Ya a fines del siglo XVIII había comenzado una moderada relajación de algunas interdicciones que afectaban a los católicos, hasta el punto de que había sido posible la creación,

---

(5) Cfr. M. FORDE, *Constitutional Law in Ireland*, Cork-Dublin, 1987, p. 2. Sin embargo, señala Ward, aunque los dos países tenían un mismo Parlamento, y estaban bajo una misma corona, la realidad es que la unión nunca llegó a ser realmente efectiva, porque se realizó por una vía extraña, artificial, que no contribuyó a erradicar la idea de que Irlanda era una comunidad política separada (cfr. A. WARD, *The Irish Constitutional tradition*, cit., p. 30).

(6) El artículo 5 del Tratado disponía que las Iglesias de Inglaterra e Irlanda se unirían en una única Iglesia protestante episcopaliana, denominada «Iglesia Unida de Inglaterra e Irlanda»; la doctrina, culto, disciplina y gobierno de esa Iglesia Unida serían, y permanecerían para siempre, tal y como habían sido establecidos hasta entonces para la Iglesia de Inglaterra. La continuidad y preservación de dicha Iglesia se consideraría un elemento esencial de la unión. («That if be the fifth article of union that the churches of England and Ireland, as now by law established, be united into one protestant episcopal church, to be called "The United Church of England and Ireland"; and that the doctrine, worship, discipline and government of the said united church shall be, and shall remain in full force for ever, as the same are now by law established for the Church of England; and that the continuance and preservation of the said united Church, as the Church of England and Ireland, shall be deemed and taken to be an essential and fundamental part of the union; and that in like manner the doctrine, worship, discipline and government of the Church of Scotland shall remain, and be preserved as the same are now established by law, and by the acts for the union of the two kingdoms of England and Scotland»).

(7) Entre otros, puede verse sobre esta cuestión D. GWYNN, *The struggle for catholic emancipation*, Londres, 1929; P. CORISH, *The Irish Catholic experience: a historical survey*, Dublín, 1985.

en 1795, del más importante seminario irlandés, St. Patrick's College of Maynooth. Éste ha sido, desde entonces uno de los principales referentes de la Iglesia católica en Irlanda<sup>(8)</sup>. Años más tarde, con la aparición de Daniel O'Connell en la escena política, hubo una demanda de mayor libertad, materializada en 1829 en el *Roman Catholic Relief Act*, con el que desaparecieron la mayoría de las limitaciones que pesaban sobre los ciudadanos católicos por razón de su credo<sup>(9)</sup>.

Otro acontecimiento de importancia, que contribuirá decisivamente a configurar una de las señas de identidad de las relaciones Iglesia-Estado en Irlanda, fue la separación del Estado y la Iglesia de Irlanda, que se llevó a cabo por medio del *Irish Church Act* de 1869. Al año siguiente, el *Matrimonial Causes and Marriage Law Amendment Act* atribuyó la competencia sobre las causas matrimoniales a los tribunales civiles ordinarios, con lo que la separación se hizo efectiva también en el ámbito jurisdiccional.

Las primeras décadas del siglo XX estuvieron marcadas por la lucha por la independencia. El fracaso del levantamiento de Dublín en 1916 alentó aún más el sentimiento nacionalista, y, tras duras negociaciones, tuvo lugar la firma del Tratado con Gran Bretaña el 6 de diciembre de 1921, por el que Irlanda, excepto los seis condados del Noreste, devenía en un Estado sustancialmente independiente<sup>(10)</sup>. Desde el principio estaba claro que la

---

(8) Aunque la fundación de Maynooth tuvo lugar en una época de mayor libertad para los católicos, no hay que olvidar que, por entonces, se difundían por Europa los ideales de la Revolución Francesa. Las autoridades británicas, más preocupadas por el progreso de las ideas revolucionarias que de las católicas, temían que al educarse los futuros clérigos en el continente — por no tener una institución adecuada en Irlanda — pudieran introducirse en el país los nuevos aires de libertad. De ahí que el gobierno inglés no sólo permitió, sino que incluso contribuyó económicamente a la creación del seminario. (Cfr. J. BLANCHARD, *The Church...*, cit., p. 20).

(9) Pese a ello, recuerda Casey, los miembros de determinadas órdenes religiosas, como la Compañía de Jesús, continuaron afectados por algunas incapacidades (por ejemplo, no poder ser válidamente ordenados en Irlanda, o no poder aceptar válidamente legados o donaciones), definitivamente suprimidas por el artículo 5-2 del *Government of Ireland Act* de 1920 (Cfr. J. CASEY, *Estado e Iglesia en Irlanda*, en G. ROBBERS (ed.), *Estado e Iglesia en la Unión Europea*, Baden-Baden-Madrid, 1996, p. 150.)

(10) La bibliografía sobre el tema es abundante. Vid., por todos, F. GALLAGHER, *The Anglo-Irish Treaty*, Londres, 1965; J.M. CURRAN, *The birth of the Irish Free State 1921-1923*, Alabama, 1986.

cuestión religiosa iba a ser un tema conflictivo en las relaciones entre ambos países; en consecuencia, el propio Tratado prohibía tanto al nuevo Estado Libre de Irlanda como al Parlamento de Irlanda del Norte aprobar disposiciones legales dirigidas, directa o indirectamente, a financiar una confesión religiosa, o introducir restricciones a la práctica de cualquier religión, o discriminaciones por motivos religiosos, refiriéndose explícitamente el Tratado al derecho de todo niño de asistir a una escuela pública sin obligación de estar presente en las clases de instrucción religiosa<sup>(11)</sup>. Un año más tarde, se aprobó la Constitución del Estado Libre de Irlanda, que recogió todo lo relativo al factor religioso en términos casi idénticos a las disposiciones del artículo 16 del Tratado de 1921, añadiendo sólo un nuevo párrafo que garantizaba a todos los ciudadanos la libertad de conciencia, la libertad de creencias, y la libre práctica de la religión, sujetos al orden público y a la moralidad<sup>(12)</sup>.

---

(11) Cfr. artículo 16 de *Articles of agreement for a Treaty between Great Britain and Ireland*: «Neither the Parliament of the Irish Free State nor the Parliament of Northern Ireland shall make any law so as either directly or indirectly to endow any religion or prohibit or restrict the free exercise thereof or give any preference or impose any disability on account of religious belief or religious status or affect prejudicially the right of any child to attend a school receiving public money without attending the religious instruction at the school or make any discriminations as respects state aid between schools under the management of different religious denomination or divert from any religious denomination or any educational institution any of its property except for public utility purposes and on payment of compensation.» Este artículo recoge las previsiones ya contenidas en disposiciones anteriores, concretamente en los *Government of Ireland Bills* de 1886 y 1893, y en el *Government of Ireland Act* de 1920. Con más detalle, puede verse sobre este extremo M. FORDE, *Constitution Law...*, cit., pp. 526 y ss.; L. KOHN, *The Constitution of the Irish Free State*, Londres, 1932.

(12) Artículo 8 de la *Free State Constitution*: «Freedom of conscience and the free profession and practice of religion are, subject to public order and morality, guaranteed to every citizen, and no law may be made either directly or indirectly to endow any religion, or prohibit or restrict the free exercise thereof or give any preference, or impose any disability on account of religious belief or religious status, or affect prejudicially the right of any child to attend a school receiving public money without attending the religious instruction at the school, or make any discrimination as respects State aid between schools under the management of different religious denomination, or divert from any religious denomination or any educational institution any of its property except for the purpose of roads, railways, lighting, water or drainage works or other works of public utility, and on payment of compensation».

La aprobación de la Constitución, sin embargo, no trajo la tan esperada calma política. La rivalidad entre quienes habían apoyado la firma del Tratado con Inglaterra, agrupados en el partido Cumann na nGael (después Fine Gael), y quienes se habían opuesto a él, miembros de Sinn Fein (más tarde Fianna Fáil), derivó en una guerra civil que se prolongó durante los años 1922 y 1923, y cuyas consecuencias se dejarían sentir aún mucho tiempo después<sup>(13)</sup>.

## B. *La Constitución de 1937.*

### 1. *Elaboración del texto constitucional.*

Las particulares circunstancias políticas de los años que siguieron a la aprobación de la Constitución de 1922, en los que la independencia iba afianzándose en medio de no pequeñas dificultades<sup>(14)</sup>, hicieron necesarias múltiples modificaciones del texto constitucional, que llegaron a sumar un total de 27, algunas de ellas de gran alcance<sup>(15)</sup>.

En 1932, Eamon de Valera, líder de Fianna Fáil, alcanzó la mayoría en el Parlamento; poco tiempo después expuso la necesidad de preparar un nuevo texto constitucional. La razón que avalaba el cambio no era únicamente elaborar una constitución armónica y coherente, sino que había motivos más profundos. En realidad, el origen último del deseo de cambio se encontraba en el proceso mismo de independencia de Irlanda. Británicos e irlandeses ofrecían interpretaciones distintas sobre este hecho; según la perspectiva británica, la independencia irlandesa había sido otorgada

<sup>(13)</sup> Sobre las relaciones Iglesia-Estado en este período puede verse K.B. NOLAN, *The influence of Catholic Nationalism on the Legislature of the Irish Free State*, en «The Irish Jurist» (n.s.), 10 (1975), pp. 128 y ss.

<sup>(14)</sup> Entre las múltiples obras que podrían citarse sobre este período, vid. G. FITZGERALD, *The Irish Constitution in its historical context*, en Murphy & Twoney (editors), «Ireland's evolving Constitution 1937-1997», pp. 29 y ss.; J.A. MURPHY, *Ireland in the Twentieth Century*, Dublín, 1975, capítulo 1; L. KOHN, *The Constitution*, cit.

<sup>(15)</sup> Hay que advertir que el artículo 50 de la Constitución preveía que sus eventuales modificaciones pudieran llevarse a cabo por medio de legislación ordinaria durante un período de ocho años (hasta el 31-XII-1930), plazo que fue ampliado después otros ocho años más. Puede verse una relación de las modificaciones realizadas en L. KOHN, *The Constitution...*, cit., pp. 256-257.

por el Parlamento del Reino Unido, mientras que Irlanda consideraba la independencia una decisión derivada de la voluntad autónoma del pueblo irlandés<sup>(16)</sup>. Aunque, evidentemente, esta distinción es consecuencia de una diferencia de posturas políticas, fue un factor relevante en la sustitución de la Constitución de 1922 por la de 1937, que buscaba, entre otras cosas, el pleno reconocimiento de la soberanía del pueblo irlandés<sup>(17)</sup>.

Por otra parte, Fianna Fáil había surgido con la intención expresa de trabajar hacia la consecución de una Irlanda unida, y lograr la remoción de las cláusulas de la Constitución de 1922 que de alguna forma impidieran alcanzar este objetivo. Se hacía necesario, por tanto, un texto constitucional que realmente expresara los sentimientos republicanos y los principios entonces vigentes<sup>(18)</sup>.

De Valera personalmente controló todo el proceso de elaboración de la Constitución de 1937, aunque cuanto se refería a las relaciones Iglesia-Estado fue objeto de una especial solicitud<sup>(19)</sup>. La defensa de su postura en este asunto le exigió notables esfuerzos. Consideraba que la nueva Constitución debía tener un sustrato católico, pero deseaba también evitar controversias innecesarias con los protestantes. El punto neurálgico de la cuestión estaba en el artículo 44; la primera redacción de este artículo reconocía la especial posición de la Iglesia católica, y a continuación contenía un reconocimiento general de las demás confesiones mayoritarias; pretendía de este modo lograr un mejor entendimiento entre las confesiones y, al mismo tiempo, aumentar el deseo de unión política del país. La plasmación constitucional de esta idea requería una fórmula respetuosa con el equilibrio buscado, que no era fácil de encontrar.

---

(16) Cfr. R. BYRNE and J.P. McCUTCHEON, *The Irish Legal System*, Dublín, 2002, p. 44.

(17) Esta pretensión se puso de manifiesto en la regulación constitucional de determinadas instituciones; por ejemplo, en la Constitución de 1937 desaparece la figura del Gobernador General, que representaba en Irlanda al gobierno de Gran Bretaña, aunque en una posición primordialmente ceremonial; sus funciones, junto con otras, como la promulgación de las leyes, se trasladaron al Presidente de Irlanda (vid. artículos 12 y 13 de la Constitución de 1937).

(18) Cfr. G.W. HOGAN, *Law and Religion: Church-State Relations in Ireland from Independence to the present day*, en «American Journal of Comparative Law», 35, 1987, pp. 51-53.

(19) Vid. sobre esta cuestión R. FANNING, *Mr de Valera drafts a Constitution*, en B. Farrel (editor), «De Valera's Constitution and ours», Dublín, 1988, pp. 39 y ss.

No obstante, De Valera, consciente de que no lograría un apoyo popular a la Constitución si la jerarquía eclesiástica se pronunciaba en contra de ella, quería obtener la previa aprobación del Vaticano, por lo que envió a Roma al titular del Ministerio de Asuntos Exteriores, Joseph Walshe, para presentar al Papa el borrador de la Constitución. La Santa Sede puso una objeción fundamental al texto del artículo 44: si se reconocían todas las iglesias, además de la católica, sin más precisiones, la posición especial de esta última derivaría sólo de un dato numérico, pero no habría un auténtico reconocimiento de la Iglesia católica como la única verdadera. Ahora bien, en Roma no querían en modo alguno interferir en asuntos internos de la política irlandesa, por lo que el Papa, finalmente, manifestó que ni aprobaba ni desaprobaba la Constitución; simplemente *tacebat*, guardaba silencio<sup>(20)</sup>. En todo caso, quedó claro que la Santa Sede apreciaba sinceramente los esfuerzos de De Valera por elaborar una Constitución acorde con los principios católicos<sup>(21)</sup>.

La Constitución fue aprobada por un escaso margen en el referéndum popular (cincuenta y uno por cien de los votantes), pero fue debido fundamentalmente a las disposiciones que contenía el texto constitucional sobre la Commonwealth y el Tratado con Gran Bretaña. En todo cuanto se refería a la Iglesia, había un virtual consenso, no sólo porque se hubiera sometido la Constitución

---

(20) Vid. por extenso todo este proceso en D. KEOGH, *The Constitutional Revolution: An analysis of the making of Constitution*, en F. Litton, (editor), «The Constitution of Ireland, 1937-1987», Dublín, 1988, pp. 43 y ss. En otro lugar, afirma este autor que existe el peligro de subestimar la gravedad de la crisis que hubo entre la Iglesia y el Estado a propósito de la Constitución, por el hecho de que no hubiera una confrontación pública. Fácilmente podría haberse llegado a ella; si no la hubo, fue, entre otros motivos, por la habilidad política de De Valera, y su sentido de la tolerancia religiosa (cfr. *ibidem*, p. 118).

(21) En términos generales, la Constitución de 1937 agradó al Vaticano, aunque en su momento se había acogido con recelo la llegada al poder de De Valera, ante el temor de que supusiera el inicio de una corriente de secularización del país. El motivo de esta prevención residía en que Fianna Fáil propugnaba, como hemos dicho, la supresión de las cláusulas de la Constitución de 1922 que dificultaran la unidad de Irlanda. Podría esperarse, por tanto, que alentara un cierto secularismo con el fin de minimizar las diferencias religiosas entre el Norte y el Sur. Por el contrario, Fianna Fáil no puso obstáculos a la adopción de disposiciones legislativas que reflejaran los principios de la moral católica, y no tuvo inconveniente en mostrar su adhesión a la doctrina social de la Iglesia (cfr. G.W. HOGAN, *Law and religion...*, cit., p. 52).

a la consideración de la Santa Sede, sino también porque era un texto muy matizado en este aspecto. En efecto, De Valera había realizado consultas previas a su redacción a religiosos y miembros de la jerarquía, que habían tenido la oportunidad de expresar al Presidente su opinión acerca del borrador de la Constitución<sup>(22)</sup>.

## 2. *Notas distintivas.*

Considerando en conjunto el texto constitucional, es conveniente mencionar algunas características de especial interés en materia de relaciones Iglesia-Estado. A pesar de las innovaciones introducidas, se observa una continuidad entre la Constitución de 1922 y la de 1937<sup>(23)</sup>. Este dato adquiere todo su sentido si se atiende al contexto político europeo de aquellos años. Como muy certeramente se ha señalado<sup>(24)</sup>, Irlanda, en unas manos equivocadas, podría fácilmente haber seguido el camino de otros Estados europeos en la peligrosa situación de mediados de los años treinta — en pleno avance del nazismo y el fascismo —, cuyos resultados en algunos países son de sobra conocidos. No puede olvidarse que la Constitución de 1922 reflejaba en cierto modo la timidez de la revolución irlandesa y el conservadurismo de sus líderes, sin una verdadera experimentación creativa. Esto podía haber llevado al país, una vez consolidada la independencia, a extremos más drásticos, dadas las condiciones políticas existentes en 1937: De Valera había disuelto el Senado<sup>(25)</sup>, tenía mayoría en la Cámara de Representantes y estaba vi-

---

(22) Cfr. B. CHUBB, *The Church and the Constitution & The Church and Constitutional change*, en «The politics of the Irish Constitution», Dublín, 1991, p. 33. Las consultas fueron realizadas principalmente al jesuita Edward Cahill, miembro fundador de la acción católica, y a John Charles McQuaid, quien desde 1940 ocupó la sede episcopal de Dublín. De Valera también mantuvo entrevistas con el Nuncio en Irlanda, Paschal Robinson, y con otros dignatarios de la Iglesia católica, de la Iglesia anglicana de Irlanda, de la Religious Society of Friends in Ireland (cuáqueros), presbiterianos, metodistas, y judíos. Vid., entre otros, D. KEOGH, *Church, State and Society*, en Farrel, B. (editor), «De Valera's Constitution and ours», Dublín, 1988, pp. 103 y ss.

(23) Tanto es así que algún autor ha señalado que la nueva Constitución era, en realidad, «a re-bottling of wine most of which was by then quite old and of familiar vintages» (J.M. KELLY, *The Irish Constitution*, Dublín, 1994, p. xxvi).

(24) Cfr. B. FARREL, *From First Dail through Irish Free State*, en «De Valera's Constitution and ours», Dublín, 1988, p. 23.

(25) Cfr. Amendment n. 24, 1936.

gente una Constitución absolutamente flexible, cuya revisión no tenía ningún límite ni exigía referendun popular. Habría podido introducir cualquier cambio constitucional con una simple decisión del Parlamento. Era una oportunidad típica para establecer una dictadura, y por el contrario, aprovechó la ocasión para elaborar una nueva Constitución acorde con los tiempos modernos.

La personal implicación del líder de Fianna Fáil en la redacción de la Constitución determinó que muchas de las disposiciones aprobadas reflejaran las inquietudes más importantes de su principal artífice. El texto constitucional presenta caracteres tanto de ley como de manifiesto, en el sentido de que contiene no sólo los principios legales básicos, sino también aspiraciones generales. Es importante, no obstante, tener en cuenta que el Derecho constitucional irlandés propiamente tal se ha ido construyendo a lo largo del siglo XX, sobre todo de la segunda mitad, lo cual tiene especial relevancia porque estamos ante un sistema jurídico basado en el precedente judicial<sup>(26)</sup>. Cabe observar a este respecto que a mediados de siglo apenas había aún publicaciones sobre Derecho público, y sólo unas pocas decisiones judiciales en asuntos constitucionales<sup>(27)</sup>.

La impronta católica es otra de las señas de identidad de la Constitución de 1937. Aunque el catolicismo era un elemento característico del nacionalismo irlandés, la Constitución de 1922 no se había hecho eco de este aspecto. Se refleja ampliamente, en cambio, en el contenido de la Constitución de 1937, añadiendo una nueva dimensión a la tradición constitucional irlandesa que atrajo gran atención<sup>(28)</sup>. En particular, puede apreciarse fácilmente en la regu-

---

(26) Parece conveniente recordar que una de las peculiaridades del sistema jurídico irlandés es que, aunque pertenece a la tradición del *Common Law*, tiene una Constitución escrita, que contempla la posibilidad de que la legislación sea revisada judicialmente. En esto se aproxima más al sistema continental, aunque, a diferencia de algunos países de este ámbito, no tiene un Tribunal Constitucional. Las funciones de revisión judicial corresponden a la High Court y a la Supreme Court, por lo que se ha producido una relación simbiótica, en expresión de Casey, entre los preceptos de la Constitución y del *Common Law* tal como es aplicado en Irlanda (Cfr. J. CASEY, *Estado e Iglesia en Irlanda*, cit., p. 149).

(27) R. BYRNE and J.P. McCUTCHEON, *The Irish legal system*, cit.

(28) A. WARD, *The Irish Constitutional tradition*, cit., p. 253. Señala Barret que debe tenerse en cuenta, al enjuiciar este tema, que la independencia de Irlanda fue ganada no a pesar de la Iglesia católica sino junto con ella, y los destinos de ambas estuvieron con frecuencia — si no siempre — inextricablemente entrelazados (R. BA-

lación de los derechos fundamentales relativos a la familia, educación y propiedad, aunque su operatividad es limitada, porque no son justiciables <sup>(29)</sup>.

Este dato no puede sorprender si se atiende a que por entonces, aproximadamente un noventa y tres por cien de la población era católica, con un alto índice de práctica religiosa, y la gran mayoría de la población seguía fielmente las indicaciones de la jerarquía en materia de fe y moral. Además, a pesar de la voluntad conciliatoria de De Valera, los constituyentes deseaban reafirmar la identidad irlandesa frente a la británica, acentuando las notas distintivas de aquélla, esto es, las raíces gaélicas y católicas. De ahí que, dada la amplia y arraigada tradición católica del momento, lo destacable es que la Constitución de 1937 no estableciera formalmente la religión católica como religión del Estado, sobre todo teniendo en cuenta que la mayoría católica, perseguida durante años, podía encontrar en ese momento la ocasión propicia para ocupar una posición política dominante <sup>(30)</sup>.

Es obvio que, en los más de sesenta años de vigencia de la Constitución, Irlanda ha experimentado un cambio profundo, vertiginoso en los últimos tiempos, tanto en el desarrollo económico y nivel de vida, como en los hábitos sociales. Desde esta perspectiva, habría que analizar en qué medida la Carta Magna constituye actualmente el marco legal adecuado en las relaciones entre la Iglesia y el Estado.

## II. CARACTERÍSTICAS DE LAS RELACIONES IGLESIA-ESTADO.

### A. Separación Iglesia-Estado.

Si hay algún Estado en Europa al que se atribuya el calificativo de «católico», este Estado es, desde luego, Irlanda. La Repú-

---

RRET, *Church and State in light of the report of the Irish Constitution Review Group*, en (1998) 20 *Dublin University Law Journal* (n.s.), p. 57)

<sup>(29)</sup> Cfr. G. FITZGERALD, *The Irish Constitution...*, cit., pp. 29 y ss.

<sup>(30)</sup> Cfr. G.W. HOGAN, *Law and religion...*, cit., p. 55. Es interesante también la observación que hace Larkin, aunque precisaría algunas matizaciones: el verdadero logro de De Valera, en cuanto se refiere a las relaciones Iglesia-Estado, no puede ser plenamente apreciado si no se entiende que, aunque hizo mucho para que Irlanda fuera un Estado más confesional, evitó también que llegara a ser más clerical. (E. LARKIN, *Church, State and Nation in Modern Ireland*, Dublín, 1997, p. 122).

blica irlandesa<sup>(31)</sup> se ha considerado el prototipo de país fuertemente influenciado por el catolicismo, como puede comprobarse en las más diversas esferas<sup>(32)</sup>. Y, sin embargo, Irlanda no ha sido nunca un país confesionalmente católico; por eso, al hablar del «carácter católico», en realidad se está aludiendo a datos sociológicos, o a la importancia que en determinados momentos tuvo la Iglesia católica en el conjunto de la sociedad irlandesa, e incluso al hecho de que la legislación del país fuera coherente con las creencias de una amplia mayoría de la población. Aunque pueda resultar extraño, es un país con una larga tradición de separación Iglesia-Estado, que continúa hasta nuestros días — exceptuando el campo de la enseñanza —<sup>(33)</sup>.

Limitando la mirada retrospectiva a la historia más reciente, pueden encontrarse hechos que ponen de manifiesto la voluntad recíproca de la Iglesia y el Estado de mantener la separación de sus ámbitos de soberanía. En particular, ha sido una constante la

(31) Con la Constitución de 1937 desaparece el Estado Libre de Irlanda. El artículo 4 de la Constitución de 1937 declara que el nombre del Estado es Éire en irlandés o Ireland en inglés. Fue constituido como República en el *Republic of Ireland Act* de 1948. La denominación «República de Irlanda» no es el nombre oficial del Estado, pero con frecuencia se le designa como «la República» o, simplemente, «el Sur» (cfr. G.W. HOGAN, *Law and religion...*, cit., p. 47, nota 4)

(32) Se ha dicho, a este respecto, que la primera impresión que produce Irlanda es que, pese a los cambios sociales, continúa siendo un país muy religioso. Cualquier indicador acerca del credo, práctica y actitudes muestra que los irlandeses son un pueblo más inclinado a la religión que cualquier otro país europeo (cfr. M. FOGARTY, L. RYAN, J. LEE, *Irish Values and Attitudes*, Dublín, 1984, p. 8). Esta afirmación hay que acogerla con ciertas reservas, al menos en nuestra época. Irlanda, tanto a nivel sociológico como jurídico, ha perdido parte de su identidad católica, de manera que cada vez se aprecian menos diferencias entre esta isla y el resto de Europa, aunque el *background* católico es aquí más identificable que en otros países. Son significativas, en este sentido, las cifras del censo del 2002, publicadas en *Irish Independent* el 20 de junio del 2003, en las que se pone de manifiesto un notable aumento, por ejemplo, de las parejas que cohabitan sin estar casadas, el descenso de número de hijos, etc. respecto de las cifras de seis años antes. Además, la revitalización del catolicismo en Estados del antiguo bloque comunista ha modificado profundamente el panorama de la extensión de la práctica religiosa en Europa, por lo que el caso de Irlanda quedaría diluído en un contexto mucho más heterogéneo que el de hace unos años.

(33) Whyte prefirió hablar de distancia (*aloofness*) en la mutua relación, debido a las particulares connotaciones que el concepto de «separación» tiene en algunos países. Cfr. J.H. WHYTE, *Church and State in Modern Ireland*, Dublín, 1980, p. 15.

reticencia de la Iglesia a verse involucrada en cuestiones que fueran más allá de su misión, a pesar de las hipotéticas ventajas que le podría reportar<sup>(34)</sup>. A comienzos del siglo XIX, los obispos católicos se negaron a que fuera concedida al Estado la facultad de veto en el nombramiento de los obispos como reconocimiento o gratitud por la «catholic emancipation». Mediado ese mismo siglo, cuando empezaron a suavizarse las prohibiciones que pesaban sobre la Iglesia católica, ésta declinó recibir fondos del Estado, como sucedía entonces con la iglesia oficial, la Iglesia de Irlanda — anglicana —, y también con la Iglesia presbiteriana. En el momento en que la Iglesia de Irlanda dejó de ser la Iglesia del Estado, en 1869, la Iglesia católica no hizo nada para ocupar su lugar. Tampoco quiso la Iglesia ser formalmente establecida como Iglesia de Estado en 1937, pese al amplio soporte que los católicos habían prestado al movimiento nacionalista<sup>(35)</sup>.

Un dato que no puede olvidarse, si se quiere valorar en su justa medida el alcance de esta característica, es que la separación Iglesia-Estado no era totalmente acorde con las enseñanzas pontificias del momento. El principio de separación Iglesia-Estado había sido repetidamente condenado por diversos Papas del siglo XIX<sup>(36)</sup>. En muchos países europeos, la Iglesia católica era la Iglesia del Estado o estaba financiada por éste, y cuando a principios del siglo XX se produjo la separación entre la Iglesia y el Estado en Francia y Portugal, fue considerada como una violación de los derechos de la Iglesia. Irlanda siguió el modelo de los países anglo-americanos, en los que la Iglesia católica no tenía una especial posición ni recibía ayuda por parte del Estado, si bien es cierto que en estos países los católicos eran minoría. Podría pensarse, por ello, que la separación entre la Iglesia católica y el Estado en Irlanda había sido una imposición derivada de la época de dominio británico, pero los hechos vinieron a demostrar que no era así; una

---

(34) Es muy expresivo el término inglés que utiliza Whyte para referirse a esta situación: la Iglesia, dice, hizo lo posible para evitar «becom[ing] entangled with the State» — literalmente, «enredarse» con el Estado — (J.H. WHYTE, *Church and State...*, cit., p. 13)

(35) Cfr. G.W. HOGAN, *Law and religion...*, cit., p. 55.

(36) Gregorio XVI, en la *Mirari vos*, 1832; Pío XI en el *Syllabus*, 1864; León XIII, en varias encíclicas. Vid. sobre este aspecto particular E.R. NORMAN, *The Catholic Church and Ireland in the age of Rebellion*, Nueva York, 1965, pp. 282 y ss.

vez alcanzada la independencia, la tradición de separación entre el poder religioso y el poder civil era tan fuerte que no había ningún deseo de cambiarla, incluso entonces, con una población mayoritariamente católica que apoyaba a la autoridad establecida; de hecho, la Constitución de 1922 ni siquiera mencionaba la Iglesia católica.

Desde 1937, se ha mantenido la separación entre Iglesia y Estado. El especial reconocimiento de la Iglesia en el inicial artículo 44 de la Constitución — hoy modificado en este punto — fue más un empeño personal de De Valera que una exigencia popular o de la propia Iglesia, aparte de que tal reconocimiento en nada alteró la posición que la Iglesia católica tenía hasta entonces. En cambio, pueden encontrarse numerosas manifestaciones de tal separación a lo largo de estos años, en los que la Iglesia y el Estado han permanecido independientes, sin buscar o exigirse recíprocamente ventajas u obligaciones. Por ejemplo, la financiación de la amplia expansión que el seminario de Maynooth experimentó en los años cuarenta, se hizo con fondos privados de los católicos, sin solicitar la ayuda económica del Estado; no hay un reconocimiento del Derecho canónico, que es considerado, en general, como cualquier otro Derecho extranjero<sup>(37)</sup>, es decir, sus preceptos deben ser probados por el testimonio de expertos en la materia<sup>(38)</sup>; el Estado no interviene, como se ha apuntado, en la designación de los obispos, y la Iglesia, por su parte, prohíbe a los clérigos tomar parte activa en la política; y así podría mencionarse un largo etcétera.

Las afirmaciones anteriores no son óbice para reconocer la gran influencia que la Iglesia ha tenido en la sociedad irlandesa. En general, puede decirse que este país se halla tan lejos del mo-

---

(37) Vid., a propósito de esta cuestión, J. CASEY, *Estado e Iglesia en Irlanda*, cit., pp.154-155.

(38) Así lo afirmó la Sentencia de la Supreme Court, *O'Callaghan v. O'Sullivan*, [1925] I.R. (*Irish Reports*) 90, at 109, que precisa, además: «En mi opinión [el ponente era el Presidente de la Supreme Court, J. Kennedy], todo Derecho es extranjero para estos Tribunales fuera de las leyes para cuya administración y cumplimiento han sido establecidos bajo la Constitución del Estado Libre de Irlanda, o lo que es lo mismo, exceptuadas tanto las leyes que reciben su vigencia y validez del artículo 73, como las disposiciones del Parlamento Nacional Irlandés dictadas a partir de la entrada en vigor de la Constitución. Ninguna otra ley es reconocida ante nuestros Tribunales, a menos que resulte probada ante nosotros, y en este sentido son *extranjeras* para estos Tribunales». (Cit. por J. CASEY, *Estado e Iglesia en Irlanda*, cit., pp. 154 y ss.)

delo de Estado teocrático como de considerar a la Iglesia católica como un simple grupo de interés<sup>(39)</sup>, pero la adecuada caracterización de tal influencia no es fácil de definir, menos aún si empleamos términos que podrían resultar equívocos fuera de un contexto cultural determinado.

### B. *Relación sin fuentes jurídicas bilaterales.*

En una primera aproximación a las relaciones entre el Estado y la Iglesia, puede sorprender la ausencia de cualquier tipo de Concordato o Acuerdo formal entre ambos. Las fuentes del Derecho irlandés relativas a las relaciones Iglesia-Estado, se reducen a una norma de Derecho interno, el artículo 44 de la Constitución de 1937. La carencia de un instrumento bilateral para regular las materias de interés común no se debe a razones coyunturales puesto que en ningún momento se ha planteado la negociación de un Concordato<sup>(40)</sup>. No faltan, incluso, declaraciones de principios que ponen de relieve un profundo convencimiento de los artífices de la Constitución de 1937 sobre este asunto<sup>(41)</sup>.

---

(39) Cfr. J.H. WHYTE, *Recent developments in Church-State relations*, en «Scirbhís Phoibli», 1985, 6-7, p. 4. Señala este autor, por ejemplo, que en las primeras décadas de vigencia de la Constitución el Gobierno realizaba consultas a la jerarquía antes de realizar un cambio significativo en materias de interés de la Iglesia (educación, familia), que implicaban una deferencia hacia las autoridades de la Iglesia católica, pero que contaban con todo el apoyo popular. A finales de los setenta, sin embargo, el propio Arzobispo de Armagh, Tomás O'Fiaich — después Cardenal Primado —, abogaba por una separación Iglesia-Estado, que llevaba consigo, entre otras cosas, que los eclesiásticos no deberían en modo alguno intentar presionar a los legisladores. (Cfr. J.H. WHYTE, *Church and State...*, cit., p. 387). Actualmente, las consultas del Gobierno a la jerarquía son prácticamente inexistentes, y las políticas gubernamentales no se someten en absoluto a la consideración de la Iglesia, en un proceso inverso a la creciente asunción de competencias por la Unión Europea.

(40) Cfr. J.H. WHYTE, *Church and State...*, cit., p. 15. Pese a la rotunda afirmación de este autor, puede encontrarse una alusión a la conveniencia de negociar un Concordato en el primer borrador del artículo 42 de la Constitución de 1937, relativo a la Religión, Iglesia y Estado, cuyo apartado 5-1 preveía que en los casos en que la jurisdicción de la Iglesia y el Estado exigiese una coordinación armónica, el Estado podría llegar a un acuerdo con la Iglesia u otras entidades religiosas, sobre determinadas materias civiles, políticas y religiosas. (citado por D. KEOGH, *The Constitutional Revolution...* cit., p. 22).

(41) Durante su misión de conseguir el placet del Vaticano para la Constitución en ciernes, Joseph Walshe señalaba que el gobierno irlandés consideraba que el lugar

Más recientemente, en 1985, el Ministro de Asuntos Exteriores manifestaba que las relaciones entre la Iglesia y el Estado han estado gobernadas por dos principios, aceptados por ambas partes. Primero, la Iglesia católica, al igual que todas las iglesias y confesiones, tiene el derecho, protegido por la Constitución, de hablar de lo que quiera; en particular, se reconoce la obligación de los líderes de las iglesias de alertar las conciencias de sus fieles sobre las consecuencias morales de cualquier legislación, o sobre sus efectos en la calidad moral de la vida social. Segundo, los miembros del Parlamento tienen derecho, de acuerdo con los principios democráticos, a decidir de acuerdo con su conciencia, según lo que consideren mejor para el pueblo irlandés<sup>(42)</sup>.

En consecuencia, las relaciones entre la Iglesia y el Estado en Irlanda son fundamentalmente pragmáticas. Los conflictos que pudieran plantearse se solucionan por vía diplomática. Así se ha hecho y así se sigue haciendo, considerándolo ambas partes una forma aceptable y legítima de relación. En este sentido, un Acuerdo o Concordato nada añadiría a esta mutua relación. Ni la Iglesia ni el Estado lo consideran necesario, y la praxis política ha venido a darles la razón. Por otra parte, la posibilidad de celebrar un Concordato con la Iglesia católica presenta cierta complejidad en el marco del actual artículo 44. El hecho de que se reconocieran determinadas prerrogativas o ventajas a una confesión y no a las demás podría vulnerar la prohibición de discriminación contenida en este precepto.

Esta característica guarda una estrecha relación con el no reconocimiento expreso de personalidad jurídica a la Iglesia católica. Ésta, como las restantes confesiones y grupos religiosos, tiene el estatuto jurídico de una asociación voluntaria, y, aunque teóricamente podría adquirir un estatuto jurídico corporativo, de conformidad con las leyes de sociedades vigentes, de hecho no se ha utilizado este mecanismo hasta ahora.

Los problemas que podría ocasionar la falta de personalidad jurídica, fundamentalmente en materia patrimonial, se han solucionado

---

fundamental que ocupaba la Iglesia en el corazón de los irlandeses constituía una garantía de la doctrina católica infinitamente mayor que la que podría conferir cualquier documento formal, ya fuera éste una constitución o un concordato. (cit. por D. KEOGH, *The Constitutional Revolution...*, cit., p. 71).

(42) Cfr. D. KEOGH, *The Constitutional Revolution...*, cit., p. 75.

sin gran dificultad: las propiedades de la Iglesia son atribuidas en fideicomiso a las parroquias o a las diócesis; la disposición o adquisición de propiedades eclesiásticas se realiza de acuerdo con las reglas y procedimientos canónicos; existen diversas prevenciones en el Derecho administrativo, principalmente urbanístico, relativas a las licencias para la construcción o modificación de los edificios calificados como «monumento histórico», que afecta a numerosas edificaciones de carácter religioso; y la propia Constitución, en el artículo 44-2-6<sup>o</sup> dispone que no podrán expropiarse los bienes de ninguna confesión religiosa o institución educativa, salvo por obras necesarias de utilidad pública y previo pago de indemnización (garantía esta última, por cierto, que no se recoge para la expropiación de bienes no eclesiásticos<sup>(43)</sup>). Por otra parte, al no disponer el Estado de fondos públicos para las iglesias o grupos religiosos, no tiene interés en cuestiones de administración eclesiástica, como el número de diócesis o de clérigos. Se concluye, por tanto, que la falta de personalidad no es una cuestión problemática para las iglesias y confesiones<sup>(44)</sup>.

### C. *Relación no conflictual.*

Uno de los rasgos que cabría destacar en las relaciones entre la Iglesia y el Estado es la poca frecuencia con que esas relaciones han sido conflictivas, al menos desde la perspectiva jurídica; las controversias que se han producido, o que se pueden seguir produciendo, rara vez llegan a los tribunales, a diferencia de otros países, en los que han dado lugar a largos litigios<sup>(45)</sup>.

Las razones que podrían aducirse para explicar la escasa conflictividad son múltiples. La doctrina ha señalado motivos de la más diversa índole: la inclinación a la religión del pueblo irlandés<sup>(46)</sup>; la tradición de separación entre la Iglesia y el Estado, que

---

(43) Art. 44-2-6<sup>o</sup>: «The property of every religious denomination or any educational institution shall not be diverted save for necessary works of public utility and on payment of compensation». Art. 43-2-2<sup>o</sup>: «The State, accordingly, may as occasion requires delimit by law the exercise of the said rights with a view to reconciling their exercise with the exigencies of the common good».

(44) Cfr. J. CASEY, *Estado e Iglesia en Irlanda*, cit., pp. 155 y ss..

(45) Cfr. W.N. OSBOROUGH, *Education in the Irish Law Constitution*, en «The Irish Jurist», 13, 1978, p. 150.

(46) Cfr. J. CASEY, *Constitutional Law...*, cit., p. 685.

puede contribuir a explicar la relativa armonía en sus relaciones, en la medida en que la ausencia de materias mixtas disminuye el ámbito de potenciales conflictos<sup>(47)</sup>; la amplitud con que el artículo 44 recoge las libertades en materia religiosa, que permite en muchos casos evitar litigios mediante una interpretación integradora de la Constitución<sup>(48)</sup>. Tampoco resulta ajeno a esta cuestión el hecho de que en Irlanda no ha habido históricamente un movimiento anticlerical serio. Y esto es así, en gran medida, porque la Iglesia católica y sus principios han estado perfectamente integrados en la sociedad y en la vida de los irlandeses, de manera que el elemento religioso formaba parte de su identidad nacional sin disonancias<sup>(49)</sup>. Junto con todas estas razones, habría que contar también con la voluntad positiva de la Iglesia y el Estado de reducir al mínimo las controversias<sup>(50)</sup>.

Parece, sin embargo, una excesiva simplificación aludir a un único o principal motivo, o hablar de no conflictividad en general sin hacer distinciones temporales. Obviamente, las relaciones entre la Iglesia y el Estado — considerando únicamente el período postconstitucional — no han sido siempre iguales. A grandes rasgos, pueden distinguirse tres etapas diferentes en la mutua relación, marcadas por uno u otro signo. En la primera, que abarcaría hasta comienzos de la década de 1950, la principal preocupación del episcopado era mantener un alto nivel de moralidad en la población, pero las medidas que adoptó el gobierno en materia de familia, censura, etc., se tomaron sin que hubiera ninguna presión por parte de los obispos, puesto que existía consenso social

(47) Cfr. J.H. WHYTE, *Church and State in Ireland*, cit., pp. 15-16.

(48) Cfr. G.W. HOGAN, *Law and religion...*, cit., p. 70. Sin embargo, tal amplitud podría ser también motivo de conflicto, al no estar claramente señalados los límites de las libertades que allí se regulan; parece que ha de haber otros factores que determinen la baja proporción de litigios judiciales relativos a esta materia.

(49) Cfr. E. LARKIN, *Church, State and Nation...*, cit., p. 123. En análogo sentido se pronuncia J.H. WHYTE, *Church and State...*, cit., p. 12.

(50) Esta voluntad positiva puede ser constatada en distintos campos. Por ejemplo, a propósito de la soberanía de la Iglesia en la regulación del matrimonio canónico, la reticencia del Estado a interferir con este ámbito de soberanía ha sido tal que cuando se plantearon conflictos entre la ley civil y la eclesiástica, el Estado no hizo ningún intento de afirmar la autoridad del Derecho secular en la materia. (W.R. DUNCAN, *Supporting the institution of marriage in Ireland*, (1978) 13 «Irish Jurist», p. 215).

sobre estas cuestiones. Por otra parte, el acuerdo informal entre autoridades civiles y religiosas era muy fácil de alcanzar en esta época; los todavía cercanos días de la lucha por la independencia habían creado fuertes nexos entre políticos y eclesiásticos, que facilitaron el contacto entre ellos de un modo que ya no se conoció después.

La segunda etapa, la década de los cincuenta, fue, posiblemente, la época de mayores dificultades<sup>(51)</sup>, aunque las fricciones entre el Gobierno y los obispos no tuvieron graves consecuencias. Incluso puede decirse que tales controversias dieron paso a actitudes más abiertas, que hicieron posible, en una tercera etapa — años sesenta y setenta — un mayor entendimiento y una gran armonía entre la Iglesia y el Estado.

En cualquier caso, los tribunales no han tenido ocasión de pronunciarse todavía sobre muchas cuestiones<sup>(52)</sup>. No hay, por tanto, una idea clara sobre cuál ha de ser la solución a algunos problemas que se plantean en el Derecho vigente.

En conclusión, puede afirmarse que las relaciones entre la Iglesia y el Estado son un asunto más político que jurídico, en el que deberán tenerse en cuenta, además de las escasas normas que rigen tales relaciones, la influencia de la Iglesia católica, en algunos asuntos de la vida pública en que decide intervenir: censura de publicaciones, educación, familia, etc.<sup>(53)</sup>.

---

(51) Los principales temas que enfrentaron a la Iglesia y al Estado fueron la adopción, y, sobre todo, el proyecto de *Mother and Child Health Services*. La Iglesia consideraba que dicho proyecto vulneraba el principio de subsidiariedad, al atribuirse el Estado determinadas competencias en materia de salud de las madres y de los niños que eran asuntos privados y afectaban a áreas sensibles en relación con la moral católica. Se produjeron diversos intercambios epistolares y contactos personales entre el Ministro de Sanidad, Noel Browne, y el Arzobispo de Dublín, John Charles McQuaid, que concluyeron con un memorandum redactado por el Ministro en el que defendía su proyecto ante el Gobierno, amparado en que los obispos consideraban el borrador contrario a la doctrina social de la Iglesia, pero no a la doctrina moral. El Gobierno rechazó en todo caso apoyar el proyecto contra el dictamen de la jerarquía, y el Ministro de Sanidad dimitió en abril de 1951. Vid. con más amplitud este tema en J.H. WHYTE, *Church and State in Ireland*, cit., pp. 215 y ss.; G.W. HOGAN, *Law and religion...*, cit., pp. 61 y ss.

(52) Cfr. J. CASEY, *Constitutional Law...*, cit., p. 693.

(53) Vid., con más detalle sobre esta cuestión, J.H. WHYTE, *Church and State in Ireland*, cit., pp. 196 y ss.; J. CASEY, *Constitutional Law...*, cit., p. 687.

### III. *EL ARTÍCULO 44 DE LA CONSTITUCIÓN.*

#### A. *Génesis del artículo.*

La Constitución de 1937 encabeza el artículo 44 con la expresión «Religion». En su redacción actual, el artículo dispone lo siguiente:

«1) El Estado reconoce que se debe homenaje de culto público a Dios Todopoderoso. El Estado reverenciará su Nombre, y respetará y honrará la religión. 2) 1º. Se garantiza a todos los ciudadanos la libertad de conciencia y la libre profesión y práctica de la religión, con sujeción al orden público y a la moral. 2º. El Estado se compromete a no financiar ninguna religión. 3º. El Estado no puede imponer ninguna limitación ni hacer discriminación alguna por razón de profesión, creencia o condición religiosa. 4º. La legislación estatal de ayuda a los centros docentes no discriminará las escuelas dirigidas por confesiones religiosas, ni obstaculizará el derecho de todos los niños a asistir a una escuela sostenida con fondos públicos sin tener que recibir instrucción religiosa en dicha escuela. 5º. Las confesiones religiosas tendrán derecho a gestionar sus propios asuntos, poseer, adquirir y administrar bienes muebles e inmuebles y mantener instituciones con fines religiosos o benéficos. 6º. No podrán expropiarse los bienes de ninguna confesión religiosa o institución educativa, excepto en caso de obras necesarias de utilidad pública y mediante pago de indemnización»<sup>(54)</sup>.

---

<sup>(54)</sup> Transcribimos el texto en inglés, como haremos con los demás artículos de la Constitución, por razones prácticas, pero hay que advertir que la Constitución está publicada en irlandés, primera lengua oficial, y en inglés, segunda lengua oficial (cfr. artículo 8), y, en caso de conflicto entre ambos textos, prevalece el texto irlandés (cfr. artículo 25). La versión oficial del artículo 44 dice: «1) The State acknowledges that the homage of public worship is due to Almighty God. It shall hold His Name in reverence, and shall respect and honour religion. 2) 1º. Freedom of conscience and the free profession and practice of religion are, subject to public order and morality, guaranteed to every citizen. 2º The State guarantees not to endow any religion. 3º The State shall not impose any disabilities or make any discrimination on the ground of religious profession, belief or status. 4º Legislation providing State aid for schools shall not discriminate between schools under the management of different religious denominations, nor be such as to affect prejudicially the right of any child to attend a school receiving public money without attending religious instruction at that school. 5º Every religious denomination shall have the right to manage its own affairs, own,

Como puede fácilmente apreciarse, son pocas las novedades introducidas, aparentemente, por la Constitución de 1937. Excepcionalmente los párrafos 1º y 2º-5, las disposiciones que contiene se recogían en el artículo 8 de la Constitución de 1922, que tampoco se incorporaba *ex novo* al ordenamiento irlandés, sino que estaba tomado del Tratado con el Reino Unido<sup>(55)</sup>.

En opinión de algunos autores, el principal objeto del artículo 44 es garantizar la libre práctica de la religión<sup>(56)</sup>. No obstante, un examen atento de las circunstancias históricas en que se aprueba la Constitución de 1937 permiten sostener otra interpretación. En efecto, en 1922, fecha en que por primera vez se reconoce la libertad religiosa en un texto constitucional, este concepto ya tenía una larga tradición en la isla<sup>(57)</sup>, y de algún modo era lógico que se incorporara al texto constitucional. En cambio, las restantes disposiciones del artículo 8 eran, ante todo, una exigencia impuesta en el Tratado de 1921, y tenían como finalidad evitar una posible confesionalidad estatal, o que el Estado Libre de Irlanda otorgara un trato favorable a una determinada confesión — obviamente, la católica —, con la indeseable consecuencia de que aumentaran las diferencias entre el Norte y el Sur. En 1937 seguía siendo necesario, incluso de manera más perentoria que en 1922, definir la posición del Estado ante el factor religioso y los principios que habrían de inspirar las relaciones Iglesia-Estado, y a este fin se dirige, principalmente, el artículo 44 de la Constitución.

La redacción inicial del artículo 44-1 contenía otros dos párrafos, sin precedente en la historia constitucional irlandesa, que fue-

acquire and administer property, movable and immovable, and maintain institutions for religious and charitable purposes. 6º The property of any religious denomination or any educational institution shall not be diverted save for necessary works of public utility and on payment of compensation».

(55) Además de la bibliografía ya señalada a propósito de la Constitución de 1922, puede verse, sobre los antecedentes del artículo 44, R. KEANE, *Fundamental rights in Irish Law. A note on the historical background*, en J. O'Reilly, (editor), «Human rights and Constitutional Law», Dublín, 1992, pp. 25 y ss.

(56) Entre otros, J. CASEY, *Constitutional Law in Ireland*, cit., p. 692. Desde esta perspectiva, estaría justificada la ubicación sistemática del artículo, aunque si consideramos que su objeto fundamental son las relaciones Iglesia-Estado no es éste el lugar que propiamente le correspondería, sino que habría de incluirse entre los principios configuradores del Estado.

(57) Cfr. F.W. RYAN, *Constitutional Law*, Dublín, 2001, p. 211.

ron objeto de vivas polémicas tanto antes de su aprobación como posteriormente, hasta el momento en que fueron suprimidos en 1972, en virtud de la Quinta Enmienda. En estos párrafos se decía:

«2°. El Estado reconoce la posición especial de la Santa Iglesia Católica, Apostólica y Romana como guardiana de la fe profesada por la gran mayoría de los ciudadanos. 3°. El Estado reconoce también la Iglesia de Irlanda, la Iglesia Presbiteriana en Irlanda, la Iglesia Metodista en Irlanda, la Sociedad Religiosa de Amigos en Irlanda, así como las Congregaciones Judías y las demás confesiones religiosas que existan en Irlanda a la fecha de entrada en vigor de esta Constitución»<sup>(58)</sup>.

La distinción entre diversas confesiones religiosas que recogen estos párrafos tenía carácter novedoso. La posición de la Iglesia católica, como expresamente señala el artículo, era *especial* respecto de las demás confesiones, pero no se especificaba en qué consistían las obligaciones que tenía como «guardiana de la fe»; y al no tratarse de conceptos propiamente jurídicos, no era fácil determinar qué efectos prácticos se derivaban de tal disposición, si realmente era posible que hubiera alguno<sup>(59)</sup>.

El reconocimiento de la «posición especial» de la Iglesia católica suscitó reacciones desde sectores muy diversos, lo que no es de extrañar porque, al tener un enunciado tan impreciso, no contentó a nadie. Por una parte, en algunos ámbitos eclesiásticos se consideraba una cláusula sin efectos jurídicos, y que, por tanto, no atribuía *de facto* ningún estatuto especial a la Iglesia<sup>(60)</sup>, haciendo que la Constitución fuera «menos católica» de lo que hubieran de-

<sup>(58)</sup> El texto literal era como sigue: «2°. The State recognises the special position of the Holy Catholic Apostolic and Roman Church as the guardian of the Faith professed by the great majority of the citizens. 3°. The State also recognises the Church of Ireland, the Presbyterian Church in Ireland, the Methodist Church in Ireland, the Religious Society of Friends in Ireland, as well as the Jewish Congregations and the other religious denominations existing in Ireland at the date of the coming into operation this Constitution».

<sup>(59)</sup> Cfr. J.h. WHYTE, *Church and State...*, cit., p. 55.

<sup>(60)</sup> Vid. sobre este tema E. McDONAGH, *Church and State in the Constitution of Ireland*, en «Irish Theological Quarterly», XXVIII, 2, 1961, pp. 131 y ss.; J.M. KELLY, *Fundamental rights...*, cit., p. 247. Este último se inclina por considerar que si el asunto hubiera llegado a los tribunales, probablemente los jueces habrían considerado esta cláusula carente de efectos jurídicos.

seado. Las restantes confesiones, en general, recibieron de manera positiva este nuevo precepto, no tanto porque la Constitución les atribuyera alguna ventaja, cosa que no hacía<sup>(61)</sup>, como por el hecho de que, en las circunstancias de 1937, el reconocimiento expreso de tales confesiones, y la tímida mención de la posición de la Iglesia católica era más de lo que, en líneas generales, podían esperar del gobierno entonces en el poder<sup>(62)</sup>. De Valera, por su parte, expuso también los motivos que le habían llevado a introducir estos nuevos apartados en el texto constitucional: se trataba simplemente de reconocer un hecho sociológico, como era el que la gran mayoría de la población del Estado irlandés pertenecía a la Iglesia católica, y entendía, en aras de los principios democráticos, que este hecho tenía que tener una expresión constitucional<sup>(63)</sup>.

Otra de las razones alegadas en contra de los párrafos 2º y 3º del artículo 44-1 era que parecía dar entrada en el texto constitucional a una de las más profundas diferencias entre el Norte y el Sur de Irlanda. Como es bien sabido, la población de Irlanda del Norte es mayoritariamente protestante, mientras en el Sur es católica; la oposición de los Unionistas a que hubiera una Irlanda unida, gobernada por un único Parlamento, obedecía, en gran medida, al temor a que la legislación estuviera inspirada en la doctrina y moral católicas, y eso pudiera implicar una discriminación hacia los protestantes y sus códigos de conducta<sup>(64)</sup>. Por eso, el

---

(61) Al analizar el artículo 44-1-2º hay que recordar que la Iglesia de Irlanda había sido hasta 1869 la Iglesia del Estado, y el protestantismo la religión oficial del Estado. Teniendo en cuenta este pasado reciente, es comprensible que en las conversaciones mantenidas durante la elaboración de la Constitución con las diferentes confesiones, se pusiera de manifiesto que, aunque en principio los protestantes difícilmente aceptarían un lugar secundario y subordinado, no eran ajenos a la posibilidad de que la Constitución fuera confesionalmente católica. La solución finalmente adoptada fue considerada como una vía intermedia (de compromiso, en palabras del Presidente) y no hubo oposición de los protestantes a este artículo, y ni siquiera en el debate del proyecto de Constitución fue el artículo 44 objeto de gran discusión. (Cfr. D. KEOGH, *The Constitutional Revolution...*, cit., pp. 43 y ss.)

(62) Cfr., entre otros, D. KEOGH, *The Constitutional Revolution...*, cit.

(63) Vid. las palabras que pronunció en el Parlamento sobre esta cuestión en J.H. WHYTE, *Church and State...*, cit., pp. 55 y ss.

(64) En otras palabras, se temía que «Home Rule would mean Rome Rule». Uno de los problemas que se planteaban, aunque no el único, era la inadmisibilidad del divorcio en el ordenamiento de la República de Irlanda —situación que se ha mantenido hasta 1996—, que, en cambio, estaba admitido en el Norte. En el debate

movimiento protestante — estrechamente identificado con los intereses británicos — se opuso en todo momento a la unificación de la isla<sup>(65)</sup>.

Este último motivo fue el que alegó en 1967 el Comité Constitucional para recomendar la supresión de estos párrafos. Parece evidente — señalaba — que estas disposiciones ofenden a los no católicos, y son un arma muy útil en manos de quienes están ansiosos por resaltar las diferencias entre el Norte y el Sur. Podrían, por ello, eliminarse, considerando que, en la situación actual, no es necesaria ninguna mención especial de una religión determinada en la Constitución. Ni se quiere otorgar ningún privilegio a la Iglesia católica, ni la Iglesia ha buscado nunca tener una posición privilegiada. Su eliminación, además, contribuiría a despejar cualquier recelo o suspicacia de los no católicos a uno y otro lado de la frontera<sup>(66)</sup>.

La Iglesia, tal como señalaba el Comité, no se opuso en ningún momento a la supresión de estos párrafos<sup>(67)</sup>. Si inicialmente su redacción no había satisfecho al Vaticano, no es menos cierto que la Iglesia no necesitaba ningún reconocimiento del Estado para llevar a cabo su misión con total libertad y autonomía. Es más, la Iglesia católica tenía un especial interés en evitar situaciones conflictivas o comprometidas con el Estado, por lo que el artículo 44-1-2º y 3º iba más allá de lo que realmente buscaba y pretendía la jerarquía. Por eso, ya en 1969 había acuerdo entre los líderes de la Iglesia y de la República acerca de la necesidad de modificar el artículo 44<sup>(68)</sup>. No hubo, por tanto, un gran debate so-

de la Constitución, De Valera aseguró que la prohibición de divorcio no se basaba en razones teológicas, sino en los males evidentes que el divorcio causaría en la sociedad (Cfr. *Dáil Debates*, 68, c. 1886, 4-junio-1937). Vid. sobre el tema G.W. HOGAN, *Law and Religion...*, cit., pp. 50, 66-67

<sup>(65)</sup> Puede verse, sobre la influencia de la cuestión religiosa en las relaciones entre la República de Irlanda e Irlanda del Norte G.W. HOGAN, *Law and Religion...*, cit., pp. 92 y ss.

<sup>(66)</sup> Cfr. *Report of the Committee on the Constitution*, publicado en diciembre de 1967.

<sup>(67)</sup> Cfr. J.H. WHYTE, *Church and State...*, cit., p. 350.

<sup>(68)</sup> Cfr. J.H. WHYTE, *Church and State...*, cit., p. 388. Pocos días después de que el Primer Ministro, Jack Lynch, sugiriera que el artículo 44 debía ser modificado en el sentido que venimos exponiendo, el Cardenal Conway aseguró su conformidad con el cambio constitucional: «I personally — señalaba — would not shed a tear if

bre la Quinta Enmienda, que fue sometida a referendum popular el 7 de diciembre de 1972<sup>(69)</sup>. La participación en el referendum no fue elevada: sólo el cincuenta y uno por cien de la población con derecho a voto; pero el ochenta y cuatro por cien de los votos válidos emitidos fueron favorables a la aprobación de la Enmienda, que entró en vigor el 5 de enero de 1973, y fueron suprimidos los párrafos 2º y 3º del artículo 44-1.

#### B. *El reconocimiento de la divinidad en el artículo 44-1.*

El primer párrafo del artículo 44 constituye una de las principales novedades introducidas en materia de religión, en sentido amplio, en la Constitución de 1937. Se trata de una declaración inusual en las Constituciones europeas, que en el caso de Irlanda se explicaría por razones históricas y sociológicas. Ahora bien, su alcance y significado legal no están en absoluto definidos con precisión<sup>(70)</sup>.

Dos disposiciones pueden distinguirse en este párrafo: primero, el reconocimiento de la adoración o culto que se debe a Dios y segundo, la obligación del Estado de reverenciarlo y respetar y honrar la religión.

Respecto de la primera de las disposiciones citadas, es difícil determinar la naturaleza y extensión de la obligación que establece. El culto, dispone, debe darse a «Almighty God» — Dios Todopoderoso —, expresión que limitaría tal referencia a las religiones mo-

---

the relevant subsections of Article 44 were to disappear». No faltaron, sin embargo, algunas opiniones contrarias a esta modificación; la intervención más llamativa fue la del Obispo de Cork, D. Lucey, que en el Boletín diocesano daba una pauta clara a los ciudadanos sobre la orientación de su voto en el referendum sobre la supresión de estos párrafos: «Don't vote yes» (publicado en *Irish Times*, 4 de diciembre de 1972). Esta indicación influyó en los resultados del referendum en las demarcaciones coincidentes con el territorio de esta diócesis, donde el porcentaje de votos a favor de la supresión fue aproximadamente un diez por ciento menor a la media de los resultados de todo el país.

(69) Los motivos por los que transcurrieron varios años desde que se vió la conveniencia de la modificación hasta que se hizo efectiva son ajenos a la dinámica de las relaciones Iglesia-Estado: se debatía entonces la Tercera Enmienda, necesaria para que Irlanda pudiera formar parte de la Comunidad Europea, y se querían evitar interferencias innecesarias entre uno y otro asunto. Cfr. J.H. WHYTE, *Church and State...*, cit., p. 388.

(70) Cfr. J. CASEY, *Constitutional Law...*, cit., p. 688.

noteístas<sup>(71)</sup>, aunque, ciertamente, la Constitución no vincula el culto divino con ninguna religión en concreto, ni siquiera con las religiones de tradición judeo-cristiana. Esta interpretación es también la que ha dado al artículo la Supreme Court; aun sin entrar en profundidad en su análisis, precisó que debe darse culto público a Dios, pero estableciéndose esta obligación en unos términos tales que no vinculan sólo a los miembros de confesiones cristianas<sup>(72)</sup>.

Sin embargo, más recientemente, el *Report of the Constitutional Review Group*<sup>(73)</sup> se manifestó en sentido contrario. Este documento señala que, pese a la interpretación realizada por la doctrina y la jurisprudencia, los términos del artículo 44-1 parecen dejar claro que la referencia a Dios está limitada al concepto de divinidad propio de las religiones monoteístas. Además, si se sostiene que dicho párrafo permite, e incluso obliga al Estado, a través de sus representantes, a rendir culto público a Dios<sup>(74)</sup> — aun si lo hace sin establecer discriminación entre confesiones —, podría dar lugar a muchas objeciones, entre otras, el ser contrario al propio artículo 44-2-2º<sup>(75)</sup>; si, por el contrario, lo que se quiere decir es

(71) Cfr. F.W. RYAN, *Constitutional Law*, cit., p. 211.

(72) *Quinn's Supermarket Ltd vs Attorney General* [1972] I.R. 1.

(73) Este Informe es el resultado final del trabajo de un Comité de expertos constituido bajo los auspicios del Gobierno de Irlanda, e integrado por miembros de todos los partidos políticos con representación parlamentaria, cuyo origen se remonta al año 1994. Se presentó en aquel momento el programa denominado «Un Gobierno de renovación», que contenía un mandato para constituir un Comité multipartidista cuyo objeto sería revisar la Constitución, y, a la luz de esta revisión, determinar las áreas en que era necesario o deseable un cambio constitucional. El Comité presentó su Informe en 1996, y fue publicado ese mismo año. Atrajo ampliamente la atención de la opinión pública, pero no todas las críticas de los expertos fueron favorables. Por ejemplo, en relación con la materia que ahora nos ocupa, señala Barret que las deliberaciones del Comité acerca de las relaciones Iglesia-Estado fueron, desafortunadamente, muy breves, superficiales, y puede adivinarse en ellas un cierto tono defensivo ante posibles acusaciones de separatismo respecto de Irlanda del Norte. (R. BARRET, *Church and State...*, cit., p. 65) Vid. también A. BUTLER, and R. O'CONNELL, *A critical analysis of Ireland's Constitutional Review Group Report*, en «The Irish Jurist», 33, 1998, pp. 237 y ss.

(74) Esta interpretación estaría avalada por la versión en irlandés del artículo 44 (prevalente, como ya se ha dicho, en caso de duda), que habla de «... é a adhradh le hómós go poiblí».

(75) Dice, a este respecto, J. Casey (citado por el propio Informe): La abrumadora lealtad a la religión en Irlanda es principalmente — aunque no exclusivamente — un asunto privado; no obstante, hay ciertas manifestaciones públicas — como al-

que el Estado está obligado a permitir que los individuos den culto a Dios, podría utilizarse una expresión más directa y menos comprometida<sup>(76)</sup>.

En cuanto a la segunda cláusula del artículo 44-1, esto es, la obligación del Estado de respetar y honrar la religión, resulta menos oscura en su enunciado, pero igualmente imprecisa. En términos generales, esta sección prohíbe al Estado realizar lo que podría llamarse «propaganda ateística», así como adoptar cualquier política hostil a la religión<sup>(77)</sup>. Igualmente puede entenderse, aunque no se diga expresamente, que de acuerdo con este artículo serían difíciles de sostener las restricciones legales o administrativas a las actividades de proselitismo que no estén claramente basadas en motivos de moralidad u orden público<sup>(78)</sup>.

Por las razones expuestas, principalmente por la oscuridad e imprecisión legal de los términos del artículo 44-1, y también para evitar malentendidos por parte de grupos religiosos minoritarios y ateos, el Informe que venimos citando recomienda la eliminación de este párrafo; o, si parece más conveniente mantener una cláusula de este tipo, podría decir, simplemente que «El Estado respetará la religión»<sup>(79)</sup>.

Estamos, obviamente, ante propuestas *de lege ferenda*, que hasta hoy no se han traducido en ningún proyecto de modificación de la Constitución, por lo que el artículo 44-1 se mantiene íntegramente en vigor.

### C. *La prohibición de financiación estatal de las confesiones.*

El artículo 44-2-2º de la Constitución garantiza que el Estado no financiará ninguna confesión religiosa. Esta cláusula está to-

---

gunas ceremonias en recintos militares, o el rezo del Angelus en los medios de comunicación públicos — que podrían dar lugar a objeciones. Probablemente, una acción judicial dirigida a cambiar tales prácticas sería desestimada por los tribunales, invocando el artículo 44-1 para mantenerlas. Muy diferente sería el caso de que esas mismas manifestaciones llevaran consigo una financiación por parte del Estado, que sería contraria al artículo 44-2-2º (Cfr. *Report of the Constitutional Review Group*, Government of Ireland, Dublín, 1996, p. 370).

(76) Cfr. *Report...*, cit., pp. 370-371, 377-378.

(77) Cfr. *Report...*, cit., p. 371.

(78) Cfr. J. CASEY, *Constitutional Law...*, cit., p. 690.

(79) Cfr. *Report...*, p. 378.

mada del artículo 8 de la Constitución de 1922 y del artículo 16 del Tratado de 1921. Sin embargo, en la Constitución de 1937, el enunciado del artículo denota una postura diferente del Estado ante el problema de la financiación de las confesiones; tanto en el Tratado como en la Constitución del *Irish Free State*, la no financiación se contempla como una autolimitación del Estado a sus propios poderes, mientras que en la Constitución vigente la implicación del Estado es mayor: no se limita a asumir el compromiso de no financiar las confesiones, sino que garantiza que esto no ocurra, constituyéndose en guardián de la neutralidad de sus propias instituciones.

Ahora bien, si el artículo 44-1 permitía dudar si se imponían obligaciones al Estado, la dificultad en este otro caso se centra en la interpretación de un término, «endowment»; su delimitación permitirá comprender el alcance de la prohibición impuesta en este apartado a los poderes públicos.

Parece evidente que el artículo 44-2-2º no permite que el Estado financie las confesiones con fondos públicos, entendiendo por *financiar* la creación una fuente permanente de recursos<sup>(80)</sup>. Sin embargo, existen otras formas de atribuir bienes a las confesiones, de modo directo o indirecto, aunque no está claro si esas atribuciones deben considerarse prohibidas por el artículo citado. Por ejemplo, cabe plantearse si la interdicción de esta norma alcanza también a las donaciones que ocasionalmente pueda realizar el Estado a entidades de carácter religioso. En principio, parece que la respuesta habría de ser positiva, es decir, el Estado tampoco podría aportar fondos, ni siquiera esporádicamente, a ninguna confesión o entidad dependiente de una confesión cuando se haga en atención al carácter religioso de la entidad; el importe o la periodi-

---

(80) Cfr. G. WHYTE, *Education and the Constitution*, en D. LANE (ed.), *Religion, Education and the Constitution*, Dublín, 1992, pp. 98-99. Este mismo autor cita la interpretación de este precepto realizada por el entonces *Attorney General for Northern Ireland*, J. C. McDermott, en 1984. En su opinión, en el artículo 5 del *Government of Ireland Act* de 1920, de donde en última instancia procede esta prohibición, el término *financiación* — «endow» — equivaldría a «to enrich with property; to provide a permanent income for a person, society or institution». De manera más precisa, el Informe del año 1996 entiende en este contexto por financiar «enrich a religion by, for example, transferring property to or by providing it with an income» (cfr. *Report...*, cit., p. 381).

cidad son sólo cuestión de «grado» respecto de la prohibición constitucional<sup>(81)</sup>.

Mayores dificultades se derivan de la posibilidad o no de que el Estado financie instituciones religiosas que tengan fines principalmente sociales, por ejemplo, un hospital o un centro educativo propiedad de una orden religiosa, caso muy frecuente en Irlanda<sup>(82)</sup>. Una interpretación estricta del artículo 44-2-2º permitiría sostener que dicho precepto únicamente prohíbe la financiación de actividades religiosas, de donde resulta que la finalidad a que se destinen los fondos públicos se convierte en la cuestión central, de manera que el Estado tendría que demostrar que la financiación tiene por objeto una actividad secular, como la enseñanza o la sanidad. No obstante, cabría igualmente entender que estamos ante un supuesto de financiación indirecta de una confesión por el Estado, que podría ser contraria a los principios constitucionales. Es cierto que la Constitución de 1937 no recoge la diferenciación que establecían los textos anteriores, prohibiendo la financiación *directa o indirecta* de las confesiones. No por ello, sin embargo, puede concluirse que se ha querido excluir la financiación indirecta, sino, más bien, parece que se trata de una simplificación de la expresión utilizada<sup>(83)</sup>.

La jurisprudencia tampoco ha realizado un análisis en profundidad de la financiación estatal de las confesiones, pero puede citarse algún pronunciamiento que, de modo incidental, hace alusión a este asunto. En el caso *McGrath and Ó Ruaric vs Trustees of Maynooth College*<sup>(84)</sup>, la Supreme Court llegó a la conclusión de

---

(81) Kelly, sin embargo, entiende que el artículo 44-4-2º no prohíbe que el Estado haga contribuciones financieras ocasionales a algún ente religioso, en dinero o de otra forma, por ejemplo, mediante la provisión de una guardia de honor militar con ocasión de ceremonias religiosas (cfr. J.M. KELLY, *The Irish Constitution*, cit., p. 1103).

(82) Pensamos, lógicamente, en que la supuesta ayuda estatal fuera concedida no en atención a la identidad religiosa de la entidad, sino a los fines sociales que cumple.

(83) De hecho, las disposiciones del artículo 44-2 son las únicas en la Constitución de 1937 que tienen su razón de ser en dar cumplimiento a determinadas exigencias impuestas en el Tratado de 1921. Desarrolla ampliamente estos argumentos G. WHYTE, en *Education and the Constitution*, cit., pp. 102 y ss. Forde considera que no está claro si la Constitución permite o no la financiación indirecta (cfr. M. FORDE, *Constitutional Law...*, cit., p. 535).

(84) [1979] I.L.R.M. (*Irish Law Reports Monthly*) 166.

que la financiación pública de Maynooth no contraviene el artículo 44-2-2º, porque este College no es exclusivamente un seminario<sup>(85)</sup>. En otra resolución, precisó que este artículo prohíbe la financiación de forma perpetua o cuasi-perpetua de una confesión *como tal*, de donde cabría deducir que no hay inconveniente en que se financien las actividades seculares desarrolladas por entidades religiosas<sup>(86)</sup>. Parece claro, no obstante, que estamos ante un tema abierto, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia.

El Informe del Comité de Revisión de la Constitución de 1996 menciona, como no podía ser menos, esta delicada cuestión, sobre la base de una interpretación conjunta de la prohibición de financiación de las confesiones y la prohibición de discriminación establecida en el párrafo 2-3º del mismo artículo 44. Entiende este Comité que existe una cierta discordancia entre la prohibición de financiación estatal de las confesiones y de discriminación, por un lado, y por otro la posibilidad de que una institución con fines sociales, sostenida con fondos públicos, tenga carácter confesional. Y ello porque, si no está absolutamente claro que el artículo 44 prohíba la financiación pública de actividades no religiosas llevada a cabo por estas instituciones, lo que sí es evidente es que se prohíbe la discriminación por motivos religiosos, y ahí es donde se produciría la quiebra<sup>(87)</sup>.

---

(85) Cfr. G. WHYTE, en *Education and the Constitution*, cit., p. 98. Casey, sin embargo, considera que la financiación de Maynooth sí es contraria al artículo 44 (cfr. CASEY, J., *Constitutional Law...*, cit., pp. 704-705). Como se recordará, Maynooth es el principal seminario católico de Irlanda, cuyas circunstancias de creación contribuyen a entender los motivos de la financiación estatal de esta institución. Es, en todo caso, un tema complicado, porque a su condición de seminario se añade el ser, a la vez, Universidad Pontificia y un College constituyente de la National University of Ireland.

(86) *Campaign to Separate Church and State versus Minister for Education* [1988] 2 I.L.R.M. 81, at 88. Otro supuesto que podría citarse, recogido en (1986) 21 *Irish Jurist* n.s., pp. 146 y ss., es *Moloney vs Southern Health Board*, en el que el recurrente alegó que vulneraba este precepto la colocación de una estatua religiosa (una imagen del Padre Pío), financiada con fondos públicos, en dicho centro; en este caso, se consideró que la colocación de la estatua efectivamente era contraria al artículo 44-2-2º, aunque podría cuestionarse si erigir una estatua realmente implica financiar una confesión.

(87) Cfr. *In re Article 26 and the Employment Equality Bill 1996* [1997] 2 I.R. 321, en la que se vinculan financiación y discriminación. En *Quinn's Supermarket*

Por consiguiente, no sería en principio contrario a la Constitución que el Estado financiara, por ejemplo, un hospital llevado por una determinada confesión, entendiendo que se financia la actividad sanitaria y no la confesión religiosa propiamente dicha; pero podría suceder que en tal hospital se produjera una efectiva discriminación entre los empleados por razón de sus creencias religiosas, como ocurriría si dicha institución, en su política de empleo, diera prioridad a los fieles de la confesión a que pertenece la institución gestora o propietaria del hospital, o que fuera difícil a los fieles de otra religión llevar a la práctica sus convicciones o las exigencias de su fe. Por otra parte, en un hospital católico, no se realizarán determinadas intervenciones contrarias a las enseñanzas morales de la Iglesia, y los ciudadanos no podrán exigir esa prestación aunque el hospital esté sostenido con fondos públicos y aunque la práctica médica en cuestión no sea contraria a las leyes del Estado.

Se trata, en definitiva, de un difícil problema de equilibrio entre distintos principios y derechos constitucionales que colisionan entre sí: la prohibición de financiación de las confesiones y la protección de las creencias religiosas individuales y colectivas. Una interpretación aquilatada del artículo 44 permite, en opinión del Comité de Revisión Constitucional, encontrar ese equilibrio entre los derechos en juego, por lo que considera que los entes confesionales que tengan fines sociales no deben ser excluidos *a priori* de la financiación pública, contando siempre con que no se produzca discriminación alguna por motivos de creencias o práctica religiosa, salvo en los casos en que se pruebe que tal discriminación es necesaria para mantener su identidad religiosa<sup>(88)</sup>.

---

*Ltd. Vs. Attorney General* [1972] I.R. 1, se precisa que está prohibida tanto la discriminación con efectos favorables como desfavorables.

<sup>(88)</sup> Cfr. *Report...*, cit. p. 383. En el mismo sentido, vid. J. CASEY, *Constitutional Law...*, cit., p. 696, quien apunta que el artículo 44-2-2º prohíbe la financiación discriminatoria de las confesiones, pero esta prohibición afecta únicamente a los supuestos en que la ayuda se dirige a fines exclusivamente religiosos. Algunos de los hospitales más importantes de Irlanda — como St. Vincent's and the Mater in Dublin — están gestionados por órdenes religiosas católicas; la aportación de fondos públicos para el equipamiento y salarios en estos hospitales — que está abiertos a todos — no implica una actuación del Estado contraria a esta previsión constitucional, incluso aunque desarrollaran estos trabajos sólo las organizaciones pertenecientes a una determinada Iglesia.

Otra interpretación de la cláusula que venimos analizando posibilitaría lo que se denominó «concurrent endowment», es decir, de acuerdo con este artículo sería posible que el Estado financiara todas las confesiones, con la única condición de no hacer discriminaciones de ningún tipo. Esta opción tiene un precedente en Irlanda: antes de la separación del Estado y la Iglesia de Irlanda por el *Irish Church Act* de 1869, el Gobierno Británico había financiado parcialmente otras dos confesiones, además de la oficial: había previsto determinadas ayudas para la creación del seminario católico de Maynooth, y se había hecho cargo de una parte de los salarios de los pastores de la Iglesia presbiteriana. En el momento de producirse la separación Iglesia-Estado, se contempló la posibilidad de establecer un sistema de financiación concurrente de todas las confesiones, pero fue finalmente rechazado. Tampoco actualmente parece deseable establecer este sistema<sup>(89)</sup>, que probablemente, sería cuestionado por los no creyentes. El principal inconveniente, sin embargo, es que resultaría prácticamente inviable, dadas las previsibles dificultades que ocasionaría su implantación: sería preciso buscar un método no discriminatorio y a la vez equitativo de reparto de los fondos públicos; determinar si recibirían fondos públicos también las confesiones con un número muy reducido de fieles; mantener la autonomía de las iglesias aunque recibían fondos estatales, etc.<sup>(90)</sup>.

Desde otra perspectiva, cabría preguntarse acerca de la relación entre «endowment» y «establishment» de las confesiones, — entendiéndose por «establishment» la designación de un credo particular como una institución nacional<sup>(91)</sup> —, dado que, estrictamente, el Estado prohíbe la primera, pero no la segunda. O, en palabras del Informe del Comité de Revisión, el artículo 44-2-3º garantiza que el Estado no financiará ninguna confesión, pero no prohíbe expresamente establecer una iglesia de Estado<sup>(92)</sup>. Esta mera posibilidad puede resultar desconcertante en los sistemas latinos, en los que se hace particularmente difícil pensar en la posibilidad de que pueda realmente constituirse una Iglesia de

---

(89) Vid., entre otros, J. CASEY, *Constitutional Law...*, cit., p. 696.

(90) Vid. a este respecto *Report...*, cit., p. 383.

(91) Cfr. J. CASEY, *Constitutional Law...*, cit., p. 696.

(92) *Report...*, cit., p. 383.

Estado estando vigente una prohibición constitucional de financiación de las confesiones. Sin embargo, en los países anglosajones esta idea aparece como más plausible<sup>(93)</sup>, sobre todo pensando en el prototipo de Iglesia de Estado no financiada con fondos públicos, la Iglesia de Inglaterra<sup>(94)</sup>. No resulta extraño, por consiguiente, que la doctrina irlandesa se haya preguntado si realmente sería posible establecer una Iglesia de Estado. A ello se añade el dato de que en Irlanda existen antecedentes de una Iglesia de Estado, y precisamente por ello, en diversas *Home Rule Bills* de los siglos XIX y XX se recogía la prohibición de aprobar cualquier ley que tuviera como finalidad «establecer o financiar iglesias»<sup>(95)</sup>. No obstante, la prevención relativa al establecimiento de una Iglesia de Estado no se contiene ni en el Tratado de 1921, ni en la Constitución de 1922, ni tampoco, como hemos visto, en la de 1937.

A pesar de que la Constitución no se pronuncia expresamente sobre ello, la adopción de una Iglesia de Estado sería contraria al principio constitucional que prohíbe la discriminación por motivos religiosos<sup>(96)</sup>, y en este sentido se ha pronunciado la Supreme Court, si bien incidentalmente en un *obiter dicta*<sup>(97)</sup>.

El Comité de Revisión Constitucional considera igualmente que los términos literales de la Constitución bastan para impedir cualquier intento de establecimiento de una Iglesia de Estado, que resultaría inconstitucional. No considera necesario, por ello, introducir ninguna cláusula especial dirigida a impedir tal «establishment», entre otras cosas, porque una cláusula en ese sentido podría llevar a resultados extremos, como podrían ser la prohibición

(93) Casey sostiene que no habría inconveniente legal para establecer una iglesia de Estado que no fuera financiada con fondos públicos (*Constitutional Law...*, cit., p. 695).

(94) También a la inversa se encuentran países en los que existe financiación pública sin que haya propiamente una Iglesia de Estado, como sucede en Alemania.

(95) Cfr. cláusula 4 del *Government of Ireland Act* de 1886; sección 5 del *Government of Ireland Act* de 1920.

(96) Entre otros, vid. F.W. RYAN, *Constitutional Law*, cit., p. 213.

(97) Cfr. *Campaign to Separate Church and State versus Minister for Education* [1988] 2 I.L.R.M. at 81: «While there is no express provision in the Constitution prohibiting the establishment of a church by law, it is obvious that any such law would be impossible to reconcile with the prohibition of religious discrimination in Article 44.2.3º».

de poner un Belén navideño en los establecimientos públicos, o prohibir comenzar las sesiones del Parlamento con una plegaria<sup>(98)</sup>.

Por último, una cuestión de menor entidad en la exégesis del artículo 44-2-2º es delimitar el alcance del término «religión». El concepto que parece más conforme con la *mens legislatoris* — no olvidemos que estamos en 1937 — es el de las religiones tradicionales. Ahora bien, una interpretación amplia permite considerar comprendidas en este término todas las confesiones, de cualquier signo, y también los nuevos movimientos religiosos<sup>(99)</sup>. Así lo entiende también la Supreme Court, al considerar que el término «religious denomination» es lo suficientemente amplio como para incluir las diversas iglesias, sociedades o congregaciones religiosas, cualquiera que sea el nombre con que sean conocidas<sup>(100)</sup>.

Pero no se resuelven con esto todos los problemas a que podría dar lugar la interpretación del término. Habría que preguntarse también si una institución o ente religioso precisa un reconocimiento formal por parte de la confesión de la que depende para ser considerado como ente confesional<sup>(101)</sup>. Parece que así debe ser, pero tampoco hay base legal para sostenerlo de una manera terminante.

En conclusión, podemos afirmar que el artículo 44-2-2º recoge una garantía de larga tradición en los países del Common Law; cualquier tentativa de sustituir la expresión que utiliza por otra más adecuada posiblemente encontraría serias dificultades, por lo que, estando claro el principio de separación Iglesia-Estado, la concreta aplicación del principio de no financiación de las confesiones o de sus actividades religiosas corresponderá a los tribunales en cada caso particular<sup>(102)</sup>.

<sup>(98)</sup> Cfr. *Report...*, cit., p. 384.

<sup>(99)</sup> Esta rápida afirmación no soluciona absolutamente el problema de qué se entiende por religión, ni cuales son los límites del concepto, porque seguirían planteándose interrogantes, como, por ejemplo, si este término abarca filosofías no teístas como el budismo (Cfr. G. WHYTE, *Education and the Constitution...*, cit., p. 57).

<sup>(100)</sup> *In re Article 26 and the Employment Equality Bill 1996* [1997] 2 I.R. 321 at 354. Cfr. también J. CASEY, *Constitutional Law*, cit., p. 702.

<sup>(101)</sup> La cuestión la plantea M. FORDE, *Constitutional Law...*, cit., p. 537.

<sup>(102)</sup> Cfr. *Report...*, cit., p. 382.

## V. *Es IRLANDA UN ESTADO LAICO?*

### A. *Las notas de la laicidad.*

La pregunta que hay que formularse necesariamente, a la vista de todo lo anterior, es si el principio de laicidad informa la Constitución irlandesa<sup>(103)</sup>.

Antes de adelantar ninguna respuesta, hay que precisar que en Irlanda no hay una tradición relativa a los principios informadores del ordenamiento jurídico tan arraigada como en los ordenamientos de origen romano-germánico, de manera que puede resultar en cierto modo extraño hablar del «principio de laicidad» fuera de este contexto. Por otra parte, para hacer un estudio más o menos exhaustivo sobre la laicidad en el sistema irlandés, habría que examinar, además del texto constitucional y su legislación de desarrollo, elementos de otra índole, que pondrían de manifiesto si realmente la laicidad es una nota característica de dicho sistema. Obviamente, esta pretensión excede de nuestro propósito. En este último capítulo, únicamente tratamos de ver si, atendiendo a los preceptos de la Constitución, podría incluirse a Irlanda entre aquellos Estados en los que impera la laicidad desde un punto de vista estrictamente de Derecho positivo.

Si consideramos el concepto de laicidad integrado por diversas notas constitutivas, es preciso analizar si estas notas pueden deducirse de la Constitución. En concreto, hay que examinar de qué manera están reflejadas en el texto constitucional la no confesionalidad del Estado, la separación Iglesia-Estado, la neutralidad y la cooperación con las confesiones. A nuestro modo de ver, estas características aparecen recogidas en el artículo 44 de la Constitución, no con la nitidez que hoy podría pretenderse, pero sí con un

---

(103) Es importante entender correctamente el término «laicidad» y distinguirlo del laicismo. La laicidad implica que la Iglesia y al Estado actúan cada uno en su propio ámbito, sin interferencias, pero sin excluir la cooperación en asuntos de interés común. Esta idea hunde sus raíces más profundas en el dualismo cristiano, que reconocía dos esferas distintas de poder: el temporal y el divino, que debían ser ejercidos sin intromisiones de uno en otro. El laicismo, por el contrario, supone una indiferencia, o incluso hostilidad del Estado hacia el elemento religioso, considerándolo un factor social negativo, y negándose, por ello, a cualquier tipo de relación o cooperación con las confesiones religiosas.

contenido que adquiere mayor claridad analizándolo a la luz de las circunstancias históricas.

La confesionalidad del Estado no se establece en ningún precepto de la Constitución de modo expreso. Este silencio sería suficiente para sostener que el Estado no es confesional, puesto que desde 1869, tras la separación del Estado y la Iglesia de Irlanda, no ha habido una iglesia de Estado — ni intentos de que la hubiera —, por lo que no se da solución de continuidad en este aspecto. A falta de una declaración explícita, no hay fundamento constitucional para considerar al Estado confesional<sup>(104)</sup>. Es más, la declaración de confesionalidad que podría resultar de los primitivos párrafos 2º y 3º del artículo 44-2 ha sido eliminada del texto vigente, por lo que cabría invocar una voluntad positiva de los poderes públicos de suprimir cualquier vestigio de confesionalidad del ordenamiento.

En cuanto a la separación Iglesia-Estado, hemos visto también cómo es ésta una idea fuertemente enraizada en la conciencia colectiva, que, si admite excepciones tendentes a lograr una mayor eficacia del sistema — como ocurre con la enseñanza —, no es menos cierto que en ámbitos más sensibles aparece reforzada. Así, por ejemplo, se refiere expresamente la Constitución a la autonomía financiera de las confesiones, disponiendo el artículo 44-5 que corresponde a las confesiones gobernar y administrar sus propios asuntos, sin que en ellos pueda interferir el Estado<sup>(105)</sup>.

La neutralidad puede entenderse en dos sentidos: uno, que el Estado no dé prevalencia al factor religioso sobre otros factores constitutivos del bien común, y otro que no haga ninguna discriminación entre confesiones. Este último es, tal vez, el elemento de la laicidad que con más claridad aparece recogido en el artículo 44, al decir que el Estado no hará distinción alguna por razón del credo que se profese. En opinión de Clarke, el único principio que está claro en la Constitución irlandesa en materia de relaciones Iglesia-Estado es que éste ha de permanecer estrictamente neutral respecto de las creencias religiosas. Esto significa que no puede fa-

---

(104) Parece supérfluo aclarar que nos estamos refiriendo a la confesionalidad de signo católico, la única factible en la República de Irlanda.

(105) «Every religious denomination shall have the right to manage its own affairs, own, acquire and administer property, movable and immovable, and maintain institutions for religious or charitable purposes».

vorecer ni perseguir ninguna creencia; no puede hacer discriminación entre los ciudadanos por razón de sus creencias o de la falta de ellas. Supone también que las autoridades civiles no deben financiar ningún tipo de proselitismo, por el contrario, deben defender la libertad de los jóvenes frente a quienes, de buena o mala fe, traten de imponerles sus convicciones por la fuerza <sup>(106)</sup>.

Paradójicamente, aunque de manera consecuente con el peculiar entramado social irlandés, la cooperación del Estado con las confesiones no está prevista en ninguna disposición; como puede fácilmente comprobarse, hay cooperación *de facto*, con más intensidad en unos campos que en otros, abarcando una amplia gama de situaciones que incluyen desde la no cooperación en materia económica hasta una estrecha relación en cuestiones de enseñanza.

#### B. *Proyección constitucional.*

Las conclusiones que pueden extraerse del artículo 44 deben complementarse con el análisis de otros preceptos de la Constitución, que pueden arrojar alguna luz sobre la proyección constitucional de la laicidad. Estos preceptos pueden ser reunidos en diversos grupos.

En primer lugar, estarían aquellos artículos que imponen la obligación de prestar juramento para acceder a un cargo público <sup>(107)</sup>: el artículo 12-8, sobre la declaración que debe realizar el Presidente de la República <sup>(108)</sup>; el artículo 31-4, sobre la declaración de los miembros del Consejo de Estado <sup>(109)</sup>, y el 34-5-1º,

<sup>(106)</sup> Cfr. D. CLARKE, *Church and State: Essays in Political Philosophy*, Cork, 1985, p. 226.

<sup>(107)</sup> Estrictamente hablando, en ninguno de estos casos se jura, sino que se promete, aunque en un sentido amplio puede hablarse también de juramento porque se pone a Dios por testigo de la promesa que se realiza.

<sup>(108)</sup> «The President shall enter upon his office by taking and subscribing publicly, in the presence of the members of both Houses of Oireachtas, of Judges of the Supreme Court and of the High Court, and other public personages, the following declaration: "In the presence of Almighty God I ... do solemnly and sincerely promise and declare that I will maintain the Constitution of Ireland and uphold its laws, that I will fulfil my duties faithfully and conscientiously in accordance with the Constitution and the law, and I will dedicate my abilities to the service and welfare of the people of Ireland"».

<sup>(109)</sup> «Every member of the Council of State shall at the first meeting thereof

de la declaración de los jueces<sup>(110)</sup>. Todos ellos recogen una fórmula única, conforme a la cual se comprometen ante Dios a cumplir los deberes de su cargo, sin contemplar la posibilidad de una declaración alternativa para quienes no profesen ninguna religión.

Estas disposiciones han sido cuestionadas en diversas instancias. En 1993, un documento adoptado por el Comité de Derechos Humanos de la ONU<sup>(111)</sup> advertía que la exigencia de que el Presidente y los jueces de Irlanda prestaran juramento al tomar posesión de sus cargos excluía a algunas personas de la posibilidad de ostentarlos. A ello replicaba Casey<sup>(112)</sup> que semejante afirmación era excesivamente dogmática, puesto que no había evidencia de que tal exigencia hubiera llevado a la inhibición de alguna persona de optar a la Presidencia o de aceptar el nombramiento como juez, aunque desde una perspectiva puramente teórica existiera dicha posibilidad.

Años más tarde, el *Review Group* consideró que debería sustituirse la fórmula actualmente prevista por otra, permitiendo a las personas que no desean comprometerse ante Dios realizar una promesa sin referencias religiosas. Incluso, en el caso de los jueces, este Comité considera poco adecuado que se exija al juez optar abiertamente por una u otra de las fórmulas establecidas, haciendo manifestación de sus creencias religiosas, pues parece más conforme con la neutralidad exigible a un juez que no haga pública declaración de sus creencias personales<sup>(113)</sup>. Sin embargo, no ha habido ninguna iniciativa parlamentaria tendente a la modificación de estos artículos de la Constitución.

which he attends as a member take and subscribe a declaration in the following form: "In the presence of Almighty God I ... do solemnly and sincerely promise and declare that I will faithfully and conscientiously fulfil my duties as a member of the Council of State"».

<sup>(110)</sup> «Every person appointed a judge under this Constitution shall make and subscribe the following declaration: "In the presence of Almighty God I ... do solemnly and sincerely promise and declare that I will duly and faithfully and to the best of my knowledge and power execute the office of Chief Justice (*or as the case may be*) without fear or favour, affection or ill-will towards any man, and that I will uphold the Constitution and the laws. May God direct and sustain me"».

<sup>(111)</sup> Cfr. Documentos de la 1.259 Sesión del Comité, de 28 de julio de 1993.

<sup>(112)</sup> Cfr. J. CASEY, *Church and State in Ireland*, en «European Journal for Church and State Research», vol. 1, 1994, p. 59.

<sup>(113)</sup> Cfr. *Report...*, cit., p. 34.

Ciertamente, nos encontramos en estos casos con una exigencia que no encajaría dentro de los parámetros de la laicidad del Estado. Pero, aún así, estos artículos hay que contemplarlos a la luz de la historia. En 1937, los redactores de la Constitución posiblemente ni se plantearon la conveniencia de prever la alternativa de la promesa junto al juramento, ya que las circunstancias sociales de aquella época eran ajenas a estas pretensiones. Y, seguramente, si el texto constitucional hubiera sido redactado en nuestros días, habría incluido sin ninguna dificultad una fórmula alternativa, que en última instancia es una concreción más del principio de libertad religiosa que tan claramente reconoce el artículo 44<sup>(114)</sup>.

En todo caso, estas alusiones no parecen suficientes para la negación de la laicidad. Estamos, más bien, ante una formulación fruto del momento histórico de redacción de la Constitución, sin necesidad de buscar otras intenciones en estos requerimientos; y si hasta el momento no se ha previsto otra posibilidad, parece responder sobre todo al hecho de que no se ha planteado su conveniencia, no porque se considere necesario su mantenimiento a ultranza.

Otro grupo de preceptos estaría integrado por aquéllos que mencionan a un Ser trascendente, pero sin que la mención, en principio, tenga consecuencias jurídicas. Probablemente el texto más significativo sea el Preámbulo de la Constitución, cuyas primeras afirmaciones son suficientemente expresivas por sí mismas al disponer antes de la fórmula de promulgación de la Constitución: «En el nombre de la Santísima Trinidad, de quien procede toda autoridad y a quien, como fin último, los ciudadanos y el Estado debemos dirigir todas nuestras acciones, Nosotros, el pueblo de Irlanda, reconociendo humildemente todas nuestras obligaciones hacia Nuestro Señor Jesucristo, quien sostuvo a nuestros padres durante siglos de tribulaciones (...)»<sup>(115)</sup>.

---

<sup>(114)</sup> Conviene hacer notar que la objeción de conciencia es desconocida en la Constitución irlandesa, probablemente — entre otros motivos — porque nunca ha existido un servicio militar obligatorio ni se reconoce el derecho al aborto, los dos campos en los que la cláusula de conciencia es invocada con más frecuencia.

<sup>(115)</sup> El texto original inglés dice así: «In the Name of the Most Holy Trinity, from Whom is all authority and to Whom, as our final end, all actions both of men and States must be referred, We, the people of Éire, Humbly acknowledging all our obligations to our Divine Lord, Jesus Christ, Who sustained our fathers through cen-

En un sentido similar, el artículo 6, establece los principios de soberanía nacional y separación de poderes y reconoce que todos los poderes provienen de Dios a través del pueblo<sup>(116)</sup>. Finalmente, la Constitución se cierra con una dedicatoria a la gloria de Dios y al honor de Irlanda<sup>(117)</sup>. Ahora bien, si el artículo 6 y la dedicatoria final no han causado problemas en la práctica, no puede decirse lo mismo del Preámbulo.

Es opinión común que el Preámbulo de una Constitución contiene una declaración de principios sin valor normativo. No obstante, una polémica Sentencia de la Supreme Court, de 1984, invocaba las declaraciones del Preámbulo para mantener la prohibición de las prácticas homosexuales entre adultos, por ser contrarias a las enseñanzas cristianas<sup>(118)</sup>. Otra Sentencia anterior mencionaba

---

turies of trial, Gratefully remembering their heroic and unremitting struggle to regain the rightful independence of our Nation, And seeking to promote the common good, with due observance of Prudence, Justice and Charity, so that the dignity and freedom of the individual may be assured, true social order attained, the unity of our country restored, and concord established with other nations, Do hereby adopt, enact and give to ourselves this Constitution». Contrastan estas expresiones con el comienzo de la Constitución de 1922; aunque ésta carecía de Preámbulo, el articulado iba precedido por unas palabras que, si bien mencionaban a Dios, ponían más énfasis en la soberanía del pueblo. Decía este texto: «Dail Éireann sitting as a Constituent Assembly in this Provisional Parliament, acknowledging that all lawful authority comes from God to the people and in the confidence that the National life and unity of Ireland shall thus be restored, hereby proclaims the establishment of the Irish Free State (otherwise called Saorstát Éireann) and in the exercise of undoubted right, decrees and enacts as follows».

<sup>(116)</sup> «1. All powers of government, legislative, executive and judicial, derive, under God, from the people, whose right it is to designate the rulers of the State and, in final appeal, to decide all questions of national policy, according to the requirements of the common good.»

<sup>(117)</sup> El texto figura en irlandés en las dos versiones — inglesa e irlandesa — de la Constitución: «Dochum Glóire Dé agus Onóra na hÉireann».

<sup>(118)</sup> *Norris vs Attorney General* [1984] I.R. 36, at 64: «The Preamble to the Constitution proudly asserts the existence of God in the Most Holy Trinity and recites the People of Ireland as humbly acknowledging their obligation to “Our Divine Lord Jesus Christ”. It cannot be doubted that a people, so asserting and acknowledging their obligations to Our Divine Lord Jesus Christ, were proclaiming a deep religious conviction and faith and an intention to adopt a Constitution consistent with that conviction and faith and with Christian beliefs. Yet it is suggested that in the very act of so doing, the People rendered inoperative laws which had existed for hundreds of years prohibiting unnatural sexual conduct which Christian teaching held to be gravely sinful. It would require very clear and express provisions in the Constitu-

el Preámbulo — aunque de manera incidental — en apoyo de la proposición de que los irlandeses son un pueblo cristiano<sup>(119)</sup>.

Ante estas Resoluciones, hay que preguntarse qué valor tiene el Preámbulo de la Constitución — en el contexto de las restantes referencias constitucionales a la divinidad — en relación con la confesionalidad o aconfesionalidad del Estado. Algunos autores tomando en consideración los pronunciamientos judiciales citados, no dudan en afirmar que Irlanda es un Estado cristiano, a pesar de las disposiciones del artículo 44<sup>(120)</sup>. Sin embargo, ni el Preámbulo ni los pronunciamientos judiciales pueden interpretarse aisladamente del resto de la Constitución; y desde un punto de vista estrictamente jurídico la Constitución contiene las notas propias de un sistema informado por la laicidad.

El Comité Constitucional de 1996, al referirse al Preámbulo, entiende que éste se hace eco de la realidad política y sociológica de los años treinta, incluyendo un tono nacionalista y católico que hoy no es expresión del sentir popular; por eso, la mayoría de los miembros de Comité consideraron como opción más deseable eliminar el Preámbulo — aunque no sólo por esta razón — y reemplazarlo por una simple fórmula de promulgación de la Constitución<sup>(121)</sup>. Pese a esta recomendación, tampoco ha habido iniciativas parlamentarias dirigidas a la supresión o modificación del Preámbulo.

Por último, otro obstáculo para hablar de una Constitución informada por la laicidad se ha querido ver en el sustrato católico que informaría la Constitución. Manifestación de este sustrato serían los artículos 41, sobre la familia, que pretendidamente recoge la doctrina de la Iglesia sobre estos temas, y el artículo 42, sobre la enseñanza. En cuanto al artículo 41, un análisis detenido de sus disposiciones permite concluir que no es la adecuación a la doc-

---

tion itself to convince me that such took place. When one considers that the conduct had been condemned consistently in the name of Christ for almost two thousand years... the suggestion becomes more incomprehensible and difficult of acceptance».

<sup>(119)</sup> *Quinn's Supermarket Ltd. Vs. Attorney General* [1972] I.R. 1.

<sup>(120)</sup> Vid., por ejemplo, F.W. RYAN, *Constitutional Law*, cit., pp. 211-212.

<sup>(121)</sup> Cfr. *Report...*, cit., pp. 6 y 13. Algunos miembros del Comité consideraban también que en el artículo 6 habría que suprimir la expresión «under God», pero no había acuerdo a este respecto: las opiniones estaban divididas, y así se hace constar en el Informe.

trina católica lo que principalmente parece haberse tenido en cuenta en su redacción. En realidad, el artículo 41 no recoge el concepto exacto de matrimonio canónico, sino que existen ciertas divergencias entre lo dispuesto en ese artículo y el Derecho matrimonial canónico entonces vigente<sup>(122)</sup>. Respecto de la enseñanza, la complejidad del tema impide hacer una valoración general en este lugar; únicamente cabe señalar que la jurisprudencia, mediante una interpretación integradora de los artículos 42 y 44, ha concluido que no existe en esta materia un trato privilegiado hacia la Iglesia católica, siempre que se respete el principio de no discriminación de las confesiones<sup>(123)</sup>.

Llegados a este punto, resulta ineludible pronunciarse acerca de la laicidad o confesionalidad del Estado atendiendo al texto constitucional. Algunos autores<sup>(124)</sup>, y el Review Group han expresado su opinión al respecto. Este último, en relación con el artículo 44 afirma que es, por supuesto, consciente de que se ha sugerido con frecuencia que el Estado tiene un substrato confesional que conlleva una tendencia a favorecer a la religión mayoritaria a expensas de las confesiones minoritarias. Si esto fuera así, su fundamento estaría en otro sitio, pero no en las disposiciones de este artículo<sup>(125)</sup>. Y los demás artículos no constituyen una base suficientemente firme para sostener la confesionalidad del Estado.

La conclusión que podría extraerse es que, atendiendo a lo dispuesto en la Constitución, el ordenamiento jurídico de Irlanda estaría inspirado por la laicidad, aunque puede percibirse la impronta de las circunstancias históricas o sociológicas en que se elaboró la Constitución. Sería deseable que en el texto constitucional

---

<sup>(122)</sup> Vid. este tema en J.H. WHYTE, *Church and State...*, cit., pp. 54-55. Fitzgerald considera que el sustrato católico de la Constitución se aprecia, sobre todo, en el Preámbulo y en la formulación de los derechos fundamentales relativos la familia, la educación y la propiedad, pese a que su operatividad es limitada porque no son plenamente justiciables (Cfr. G. FITZGERALD, *The Irish Constitution...*, cit., pp. 29 y ss.)

<sup>(123)</sup> Cfr. *Campaign to Separate Church and State vs Minister for Education* [1998] 2 I.L.R.M. 81.

<sup>(124)</sup> Además de los que ya hemos ido citando, Casey considera «difícil sostener que el artículo 44 consagre un Estado laico» (cfr. J. CASEY, *Estado e Iglesia...*, cit., p. 143); Hogan señala que la evidencia apunta a la conclusión de que Irlanda ha sido, y de algún modo todavía es un Estado confesional (cfr. G.W. HOGAN, *Law and Religion...*, cit., p.95).

<sup>(125)</sup> *Report...*, cit., p. 369.

quedaran expresados con mayor claridad aquellos principios que han de presidir las relaciones Iglesia-Estado, pero no puede tampoco infravalorarse el marco establecido por la Constitución de 1937, en el que, por encima de visiones partidistas o de conveniencia política, se quiso dar cabida a la tradición secular irlandesa, y de algún modo también se posibilitó la pervivencia de sus disposiciones a pesar de los importantes cambios de estas últimas décadas.

Pagina bianca

PABLO GEFAELL

TRIBUNALI DELLE CHIESE *SUI IURIS*  
NON PATRIARCALI (\*)

Introduzione. — 1. Tribunali di Prima Istanza. 1.1. Tribunale eparchiale. 1.2. Tribunali Intereparchiali. — 1.3. Il Tribunale Comune per varie eparchie di differenti Chiese sui iuris. — 2. Tribunali di Seconda Istanza. — 3. Tribunali di Terza Istanza.

*Introduzione.*

Tutti sappiamo che i punti più interessanti e polemici del sistema giudiziario previsto nel CCEO riguardano soprattutto i tribunali superiori delle Chiese patriarcali e arcivescovili maggiori<sup>(1)</sup>. Tuttavia, cercherò di esporre in pochi fogli le caratteristiche e le singolarità del sistema di tribunali previsto per le Chiese non patriarcali<sup>(2)</sup>. Molte volte questo compito richiederà l'esposizione

---

(\*) Dalla relazione pronunciata al Convegno «*Ius Ecclesiarum-Vehiculum Caritatis*», Simposio internazionale per il decennale dell'entrata in vigore del *Codex Canonum Ecclesiarum Orientalium*, promosso dalla Congregazione per le Chiese Orientali, Roma 19-23 novembre 2001.

(1) Nell'ambito del diritto processuale, le Chiese arcivescovili maggiori sono in tutto equiparate alle Chiese patriarcali in forza del CCEO 152. Per questa ragione e per motivi di semplicità redazionale, ogni volta che sarà nominata la Chiesa patriarcale si sottintenderà anche la Chiesa arcivescovile maggiore, se non è stata menzionata espressamente.

(2) Devo ringraziare esplicitamente il Rev. Dr. Mathew Madappallikunnel, del cui ottimo lavoro mi sono avvalso per queste mie riflessioni, anche se il suo studio non riguardava specificamente il nostro tema. Cfr. M. MADAPPALLIKUNNEL, *The Tribunals of a Major Archiepiscopal Church (A Study about the Composition and the Competence of Major Archiepiscopal Tribunals According to CCEO with Particular Reference to the Statutes of these Tribunals of the Syro-Malabar Church)*, Tesi di dottorato presso la Pont. Univ. Della Santa Croce, Roma, 1998, diretta da me. («Pro manuscripto»).

delle norme comuni ai tribunali di tutti i tipi di Chiese *sui iuris*, patriarcali e non patriarcali. L'esposizione della normativa, però, deve essere limitata alle Chiese non patriarcali, e questo talvolta richiede fare un lavoro di dissezione del canone eliminandone i riferimenti alle Chiese patriarcali per restare solo con la normativa specifica che ci interessa. In ogni modo, bisognerà evitare la tentazione di divagare su temi molto interessanti, ma che sono fuori dei limiti sistematici del nostro studio. Tuttavia non mancheranno alcune riflessioni generali concernenti tutti i tipi di tribunale.

Personalmente in questo contributo vorrei mettere in evidenza i vari aspetti della collaborazione tra i tribunali di diverse Chiese *sui iuris*, e in modo speciale, esplorare le possibilità di coordinamento con la struttura giudiziaria della Chiesa latina. Mi sembra utile, infatti, conoscere le possibilità ed i limiti di questo rapporto, tanto interessante sia nella teoria che nella pratica. Tuttavia mi devo limitare alle questioni di organizzazione giudiziaria, senza entrare in argomenti più puntuali come quello sulla competenza concorrente dei tribunali latini e orientali nelle cause interecclesiali<sup>(3)</sup>.

A quali Chiese *sui iuris* appartengono i tribunali che dobbiamo studiare? Le Chiese orientali non patriarcali (né arcivescovili maggiori) sono divise in due gruppi fondamentali: *a*) le quattro Chiese metropolitane *sui iuris* finora esistenti (Etiopica, Malankarrese, Romana, Rutena); *b*) le «altre Chiese *sui iuris*» che non sono né patriarcali, né arcivescovili maggiori, né metropolitane *sui iuris* (Russa, Bielorusa, Bulgara, Ungherese, Slovacca, Greca, Bizantina di Križevci, Macedone, Serbo-Montenegrina, Albanese, Italo-albanese).

L'ordine espositivo sarà molto semplice: *a*) la normativa sui tribunali del primo grado di giudizio, con le loro diverse possibilità; *b*) l'organizzazione dei tribunali di seconda istanza; *c*) la legislazione sui tribunali per il terzo ed ulteriore grado di giudizio.

---

<sup>(3)</sup> Si veda, per esempio, F. MARINI, *The Adjudication of Interritual Marriage Cases in the Tribunal*, in «Canon Law Proceedings» 61(1999) 211-249; J.H. PROVOST, *Competency of Tribunals of Latin and Eastern Churches*, in *Roman Replies and CLSA Advisory Opinions 1997*, Washington, 1997, 91-97. Per una breve e buona rassegna dell'organizzazione giudiziaria orientale cfr. D. CECCARELLI-MOROLLI, *Diritto processuale canonico*, in *Dizionario enciclopedico dell'Oriente cristiano*, a cura di E.G. Farrugia, P.I.O., Roma, 2000, 241-245.

## 1. *Tribunali di Prima Istanza.*

Il CCEO prevede quattro possibili tipi di tribunale di prima istanza: quello eparchiale, quello inter-eparchiale, il tribunale comune a diverse Chiese *sui iuris* e il tribunale per i religiosi.

### 1.1. *Tribunale eparchiale.*

Il tribunale eparchiale è quello che può essere costituito in modo stabile in ogni eparchia. Sappiamo che il vescovo eparchiale governa l'eparchia a nome proprio, non come vicario di altre autorità ecclesiastiche ma quale rappresentante di Cristo stesso per la sua comunità<sup>(4)</sup>. Uno dei suoi mezzi di governo è il servizio offerto tramite la potestà giudiziaria<sup>(5)</sup>. Il CCEO 191 § 2 determina il modo di esercizio di questa potestà giudiziaria. Il vescovo la può esercitare personalmente o tramite il vicario giudiziale ed i giudici<sup>(6)</sup>. Il CCEO 1066 afferma, ancora una volta, che il vescovo eparchiale è il giudice di prima istanza in ogni eparchia e per tutti i casi non eccettuati espressamente dalla legge.

Si può vedere, quindi, che qualsiasi vescovo eparchiale delle chiese orientali *sui iuris* potrebbe giudicare da se stesso, oppure tramite i vicari giudiziali e i giudici. Il vescovo eparchiale è infatti tenuto dal diritto comune a nominare un vicario giudiziale con potere ordinario per la sua eparchia, che costituirebbe un unico tribunale col vescovo eparchiale<sup>(7)</sup>. Soltanto se l'eparchia fosse troppo piccola o le cause fossero troppo scarse si potrebbe prescindere dal nominare il vicario giudiziale (CCEO 1086 § 1). Il vescovo può anche nominare altri vicari giudiziali aggiunti e giudici, per erigere il tribunale collegiale<sup>(8)</sup>.

a) *Limitazioni del diritto nativo del Vescovo eparchiale ad erigere un proprio tribunale.* — Detto questo, se leggiamo il CCEO 1067 § 3 sembrerebbe che, malgrado il vescovo eparchiale abbia la competenza per erigere questo tribunale di prima istanza, egli non potrebbe erigere validamente un tribunale collegiale se la sua epar-

---

(4) CCEO 178.

(5) Cfr. CCEO 191; CIC 391.

(6) CCEO 191.

(7) CCEO 1086 § 2.

(8) Cfr. CCEO 1084.

chia appartenesse all'ambito di competenza di un tribunale intereparchiale. Questo limita seriamente la potestà giudiziale nativa del vescovo eparchiale. Un precedente identico di tale norma si trovava ormai nel m.p. *Sollicitudinem Nostram* (SN)<sup>(9)</sup> 38 § 1, 2°. Perciò, forse una certa inerzia legislativa spiega questa paradossale normativa odierna, che non sembra del tutto coerente con la dottrina del Vaticano II sulla potestà del vescovo eparchiale. Il CIC 1423, invece, non stabilisce tale limitazione<sup>(10)</sup>. Questa limitazione del diritto nativo del vescovo eparchiale esistente nel CCEO si potrebbe capire più o meno se si tratta di eparchie dentro il territorio della Chiesa patriarcale. Infatti, in questo caso il Sinodo come autorità superiore di quei vescovi, se necessario potrebbe addirittura imporre questo tribunale (cfr. CCEO 1067 § 2), limitando l'autonomia dei singoli vescovi. Invece, nel caso delle altre Chiese *sui iuris* (o di eparchie al di fuori del territorio della Chiesa patriarcale), l'autorità che erige questi tribunali intereparchiali di prima istanza sono i propri vescovi interessati, con l'approvazione della Sede Apostolica (CCEO 1067 § 1, seconda parte). Quindi, risulta strano che uno dei vescovi partecipanti all'erezione di un tribunale intereparchiale, volendosene staccare (forse perché ora vi sono le risorse organiche sufficienti per costituire il proprio tribunale), non possa farlo. È vero, comunque, che dato che la Sede Apostolica ha dovuto intervenire approvando l'erezione di questi tribunali intereparchiali (cfr. CCEO 1067 § 1 in fine), logica richiede che essa intervenga anche nel caso di voler cambiare l'assetto giudiziario stabilito, ma soltanto per prenderne atto.

L'argomento è ancora più complicato se si ha in mente il caso del Tribunale Comune (interecclesiale) di prima istanza. Potrebbe il vescovo eparchiale erigere un tribunale collegiale eparchiale indipendente dal Tribunale Comune di cui fa parte? Secondo il CCEO 1068 sembrerebbe di sì... Più avanti torneremo su questo punto.

<sup>(9)</sup> AAS 42 (1950) 5-120.

<sup>(10)</sup> Nel diritto latino precedente, infatti, esisteva una normativa somigliante a quella orientale odierna nel caso dei tribunali regionali d'Italia (cfr. Pio XI, m.p. *Qua cura*, 8 dicembre 1938, AAS 30 [1938] pp. 410-413). Tuttavia questa normativa è stata modificata nel CIC 1423, che non preclude ai vescovi diocesani la facoltà di erigere i propri tribunali. Cfr. J. LLOBELL, *Quaestiones disputatae sulla scelta della procedura giudiziaria nelle cause di nullità del matrimonio, sui titoli di competenza, sul libello introduttore e sulla contestazione della lite*, in «Apollinaris» 70 (3-4/1997) 591-594.

b) *L'autorità competente per permettere al vescovo eparchiale di affidare a un giudice singolo le cause che devono essere trattate da un tribunale collegiale.* — Come si sa, il tribunale collegiale è necessario per alcuni casi previsti dal codice (CCEO 1084). Se però questo non fosse possibile in un'eparchia il vescovo potrebbe, col permesso dell'autorità competente, affidare i casi ad un giudice singolo finché l'impossibilità duri. L'autorità competente per concedere questo permesso al vescovo eparchiale è stabilita in modo differente in ogni Chiesa *sui iuris*. Nel territorio proprio della Chiesa Metropolitana *sui iuris* la competenza appartiene al metropolita, che deve consultare i due vescovi più anziani in ordinazione episcopale<sup>(11)</sup>. Nelle eparchie fuori il territorio della Chiesa Metropolitana *sui iuris* e nelle altre Chiese *sui iuris*<sup>(12)</sup>, l'autorità competente per concedere al vescovo eparchiale la possibilità di affidare queste cause ad un giudice unico è la Sede Apostolica (CCEO 1084 § 3). Nella Chiesa latina, invece, è la Conferenza episcopale a concedere questa possibilità al vescovo diocesano (CIC 1425 § 4)<sup>(13)</sup>.

Mi pongo un problema: per le Chiese patriarcali esiste la norma secondo cui ogni eparchia fuori il territorio, senza metropoli propria, debba designare una sede Metropolitana da cui dipendere (cfr. CCEO 139); ma questa norma non esiste per il caso analogo delle eparchie delle Chiese metropolitane *sui iuris* fuori il territorio. Infatti, il CCEO 1064 § 2 prevede semplicemente il modo di indicare il tribunale di appello in caso di eparchie fuori dal proprio territorio (vedi infra), ma non stabilisce tra di loro l'ordinario rapporto giuridico fra l'eparchia suffraganea e l'eparchia metropolitana in tutte le altre questioni previste dal diritto per le provincie ecclesiastiche. Eppure, è chiaro che potrebbe darsi il caso di una eparchia di una Chiesa metropolitana *sui iuris* eretta fuori del proprio territorio (p. es. l'eparchia romena degli Stati Uniti<sup>(14)</sup>). A mio av-

<sup>(11)</sup> Stesso criterio vale per il metropolita di una Chiesa patriarcale costituito fuori il territorio proprio.

<sup>(12)</sup> Ovviamente anche nelle eparchie isolate (senza metropoli propria) delle Chiese patriarcali fuori il proprio territorio.

<sup>(13)</sup> Cfr. J. ABBASS, *Two Codes in Comparison*, (Kanonika 7), Roma, 1997, 239-241.

<sup>(14)</sup> Oppure il caso più peculiare dei ruteni: la Chiesa metropolitana *sui iuris* degli USA sarebbe «fuori» il territorio originale dell'Ucraina. Addirittura qualsiasi delle «altre» Chiese *sui iuris* potrebbe avere una eparchia fuori il proprio territorio.

viso, si dovrebbe poter applicare a questi casi la norma prevista nel CCEO 139. Comunque, se una eparchia fuori il territorio dipende da una metropoli latina, qual è l'autorità competente per concedere al vescovo eparchiale la possibilità di affidare ad un giudice unico le cause che richiedono un tribunale collegiale? Secondo il CCEO 1084 § 3 sembra che sia la Sede Apostolica, e non la Conferenza episcopale a cui appartiene la sede metropolitana latina da cui dipende l'eparchia. Invece il CIC 1425 § 4 potrebbe forse essere erroneamente invocato dalla Conferenza Episcopale per avere questa competenza.

c) *Alcuni casi di collaborazione interecclesiale nei tribunali eparchiali.* — Il CCEO 1102 § 1 stabilisce una norma inesistente nel CIC, sulla possibilità di assumere giudici ed altri addetti del tribunale da qualsiasi eparchia della sua propria Chiesa *sui iuris* o anche da altre Chiese *sui iuris*, sempre previo consenso scritto dell'autorità da cui dipenda il candidato<sup>(15)</sup>. Sembrerebbe che anche il Vicario giudiziale ed i Vicari giudiziali aggiunti possono essere di altra Chiesa *sui iuris* perché malgrado non siano nominati espressamente, essi sono «giudici» e comunque «addetti al tribunale» (cfr. rubrica del capitolo II del titolo XXIV). Il canone non nomina espressamente la Chiesa latina: sarebbe, quindi, da escludersi? Penso di no: nel codice orientale è data per scontata la possibilità della collaborazione dei fedeli latini nella pastorale di una eparchia orientale (cfr. CCEO can. 41). Inoltre, neanche il CIC prevede esplicitamente tale collaborazione giudiziale ma non esiste il divieto, come dimostra la prassi<sup>(16)</sup>.

Il CCEO 1071 prevede la possibilità di chiamare in aiuto «altro tribunale di qualsiasi Chiesa» — dunque, anche quelli appartenenti ad un'altra Chiesa *sui iuris* —, per compiere atti processuali del tribunale in bisogno, in particolari di natura istruttoria. Il CIC 1418 non dice espressamente che possa trattarsi del tribunale di un'altra Chiesa *sui iuris*. Anche in questa norma del CCEO si sente

<sup>(15)</sup> Questo canone esisteva già nel m.p. *Sollicitudinem Nostram*, can. 71, ed ha soltanto subito alcuni cambiamenti terminologici. Per l'*iter* del CCEO 1102 § 1 cfr. *Nuntia* 5, 26-27; 14, 29; 21, 46; 24-25, 200. Comunque, questa possibilità esiste ed è spesso attuata in ambito latino.

<sup>(16)</sup> Nel CIC 1420 § 4, 1421, 1435, 1437, per questi uffici non è richiesto l'appartenenza alla Chiesa latina.

forse la mancanza di aver indicato espressamente la Chiesa latina e, viceversa, nel CIC di aver in conto le Chiese orientali.

Come si sa, i vescovi di una Chiesa *sui iuris* non possono affidare validamente le cause di loro esclusiva competenza (cioè, quando le due parti appartengono alla stessa Chiesa *sui iuris* in questione) al tribunale di un'altra Chiesa *sui iuris* esistente nello stesso territorio senza il consenso della Segnatura Apostolica. Secondo la prassi della Segnatura Apostolica ciò sarebbe un caso di incompetenza relativa<sup>(17)</sup>, anche se vi sono autori che ritengono trattarsi di incompetenza assoluta o piuttosto di mancanza di giurisdizione del tribunale<sup>(18)</sup>. Il problema si pone soprattutto nei casi giudiziari provenienti da un'eparchia orientale che si vogliano affidare al vicino tribunale latino; comunque, l'incompetenza esisterebbe anche nel caso di due diverse Chiese orientali. Quindi, a richiesta di molti vescovi orientali interessati, la Segnatura Apostolica ha concesso spesso che le loro cause siano giudicate da qualsiasi dei tribunali latini esistenti nello stesso territorio di quelle circoscrizioni orientali<sup>(19)</sup>. Infatti, nel caso delle Chiese non pa-

(17) «Nonnulli auctores censent incompetentiam tribunalis Ecclesiae latinae huiusmodi in casu esse absolutam, sed deest ad rem explicita provisio iuris; iuxta praxim constantem huius Supremi Tribunalis — stante saltem dubio iuris (cfr. can. 1496 CCEO et 14 CIC) — dicta incompetentia tantum relativa habenda est (cfr. can. 1073 § 1-2 CCEO et can. 1407 § 1-2 CIC)» Supremo Tribunale della Segnatura Apostolica, «Decreto del 28 settembre 1998», (prot. n. 29360/98 VT). Ringrazio P. Frans Dancels, O. Praem., Promotore di Giustizia della Segnatura Apostolica, per l'indicazione e per avermi fornito il testo di questo decreto. Come caso significativo si può anche vedere che lo stesso Supremo Tribunale, in un'altro decreto, diceva: «... non intelligitur — quo iure Tribunal Vicariati Apostolici YY Latinorum causam pertractaverit inter partes, quae ab ipso iurisdictioni latinae non subesse asseruntur» SUPREMO TRIBUNALE DELLA SEGNAURA APOSTOLICA, *Decreto del 7 luglio 1989* (prot. n. 20.689/89 VT), in «Ius Ecclesiae» 2 (1990) 732-734 [qui, p. 733].

(18) «L'incompetenza a motivo del rito (sarebbe meglio parlare piuttosto della mancanza di giurisdizione), implica l'impossibilità di possedere uno dei qualsiasi voglia titoli di competenza previsti dal codice [cfr. CIC 1673]» J. LLOBELL, *Commissione e proroga della Competenza dei tribunali ecclesiastici nelle cause di nullità matrimoniali. Sulla natura dell'incompetenza in questi processi*, in «Ius Ecclesiae» 2 (1990) 721-740 [qui, 739, nota 41].

(19) Tuttavia, ho comprovato in una discussione canonica che — malinterpretando un'affermazione di V.J. POSPISHIL (*Eastern Catholic Church Law. Second Revised and Augmented Edition*, Staten Island (NY) 1996, p. 712), che cita W.A. SCHUMACHER, *Regional Tribunals in the U.S.A.: History, Structure and Functioning, 1968-1989*, CLSA Proceedings 51 (1989) 137-172 — alcuni ritengono che negli Stati Uniti per le

triarcali, la Segnatura ha concesso la proroga di competenza ai tribunali latini per le circoscrizioni degli slovacchi di Canada<sup>(20)</sup>; dei bizantini della Repubblica Ceca<sup>(21)</sup>; e dei romeni negli Stati Uniti<sup>(22)</sup>. (Inoltre, anche se non riguardano strettamente il nostro argomento, lo stesso è stato fatto per gli armeni di tutta America<sup>(23)</sup>; per i maroniti di Australia<sup>(24)</sup>; per i caldei negli Stati Uniti<sup>(25)</sup>; per i melkiti di Australia<sup>(26)</sup>; e per le circoscrizioni ucraine di Canada<sup>(27)</sup>, Stati Uniti<sup>(28)</sup>, Australia<sup>(29)</sup>, Francia<sup>(30)</sup> e

cause matrimoniali *qualsiasi* orientale può ricorrere al tribunale latino più vicino. Cosa che non è vera. Negli U.S.A. la proroga di competenza non si applica in generale a tutti gli orientali, bensì soltanto alle Chiese specificamente indicate nelle diverse concessioni di proroga emanate dalla Segnatura Apostolica.

<sup>(20)</sup> Saints Cyril and Methodius of Toronto degli Slovacchi (decreto del 13 novembre 1996, prot. n. 552/1/96 SAT).

<sup>(21)</sup> Repubblica Ceca per i Bizantini (decreto del 5 agosto 1996, prot. n. 4037/1/96 SAT).

<sup>(22)</sup> Saint Georges in Canton dei Romeni (decreto del 22 luglio 1991, prot. n. 1153/1/91 SAT).

<sup>(23)</sup> America Latina e Messico degli Armeni (decreto del 1 marzo 1993, prot. n. 2014/2/93 SAT); San Gregorio de Narek en Buenos Aires degli Armeni (decreto del 1 marzo 1993, prot. n. 2039/1/93 SAT); Stati Uniti d'America e Canada degli Armeni (decreto del 22 novembre 1985, prot. n. 1054/1/85 SAT).

<sup>(24)</sup> Saint Maron of Sydney dei Maroniti (decreto del 22 aprile 1996, prot. n. 5025/96 SAT).

<sup>(25)</sup> Saint Thomas the Apostle of Detroit dei Caldei (decreto del 26 aprile 1984, prot. n. 16124/84 VT).

<sup>(26)</sup> Saint Michael's of Sydney dei Melkiti (decreto del 3 dicembre 1996, prot. n. 5025/1/96 SAT).

<sup>(27)</sup> Per le circoscrizioni di Edmonton degli Ucraini, Saaskaton degli Ucraini, Toronto degli Ucraini e Winnipeg degli Ucraini cfr. decreto della Segnatura Apostolica del 4 marzo 1971 (prot. n. 1292/71 VT). Per la circoscrizione di Westminster degli Ucraini cfr. decreto del 14 gennaio 1997 (prot. n. 534/97 SAT). I decreti di «proroga» di competenza usano due formule diverse: *a*) in quelle del 1971 la formula usata era «possunt fideles Orientalium Rituum, de consensu proprii Ordinarii, adire Tribunal Ritus Latini in eadem circumscriptione territoriali existens»; *b*) la formula più moderna, invece, non esige il previo consenso del proprio Gerarca, perché concede la competenza ai tribunali latini «quae competentia gaudent si partes essent ritus latini».

<sup>(28)</sup> Saint Nicolas of Chicago deli Ucraini (decreto del 1 ottobre 1975, prot. n. 129/75 SAT); Stamford degli Ucraini (decreto del 22 maggio 1996, prot. n. 1184/96 SAT).

<sup>(29)</sup> Saint Peter and Paul of Melbourne degli Ucraini (decreto del 21 marzo 1996, prot. n. 5024/1/96 SAT).

<sup>(30)</sup> Francia degli Ucraini (decreto del 3 dicembre 1990, prot. n. 4081/1/90 SAT).

Gran Bretagna<sup>(31)</sup>). Come si può vedere, mancano diverse Chiese della diaspora (penso, per esempio, ai ruteni negli Stati Uniti, ecc.): forse hanno un tribunale proprio ma, in caso contrario, da quale tribunale saranno giudicate le loro cause?

A questo riguardo, bisogna far notare che è possibile venire incontro a casi simili senza ricorrere alla Segnatura Apostolica, tramite cioè l'applicazione del CCEO 1102 § 1: in questa ipotesi la sentenza sarebbe pronunciata a nome del vescovo orientale, ma egli avrebbe preventivamente nominato come suo tribunale delegato il tribunale di una diocesi latina (o di un'altra Chiesa *sui iuris*)<sup>(32)</sup>. Infatti, una cosa è «prorogare la competenza di un tribunale» — cosa che *non* può fare validamente il vescovo eparchiale —, un'altra invece è «costituire un tribunale delegato»<sup>(33)</sup>. Un tribunale od un vicario giudiziale *non* possono delegare la potestà giudiziale «nisi ad actus praeparatorios» (CCEO 985 § 3; CIC 135 § 3), ma un vescovo eparchiale può farlo (nell'ambito della sua giurisdizione), col consenso dell'Ordinario dei ministri del tribunale al quale vuol delegare<sup>(34)</sup>. In questo caso il tribunale non agisce a nome del vescovo proprio, ma a nome del vescovo dele-

(31) Gran Bretagna degli Ucraini (decreto del 13 novembre 1991, prot. n. 4184/91 SAT). Tutti questi dati sono stati messi alla nostra disposizione dalla Segnatura Apostolica, per cortesia di mons. Salvatore Cordeleone.

(32) Cfr. V.J. POSPISHIL, *Eastern Catholic Church Law. Second Revised and Augmented Edition*, Staten Island (NY) 1996, p. 712. Pospishil afferma che il vescovo deputerebbe soltanto il vicario giudiziale il quale poi nominerebbe gli altri giudici. Tuttavia, il vicario giudiziale non può delegare la potestà giudiziale (CCEO 985 § 3; CIC 135 § 3); quindi la delega agli altri giudici dovrebbe farla sempre personalmente il vescovo eparchiale. Ciononostante, il giudice delegato può servirsi dell'aiuto degli altri addetti al tribunale (cfr. CCEO 1102 § 2).

(33) Una risposta privata della Segnatura Apostolica (prot. n. 20558/88), alla domanda se un tribunale latino possa estendere la competenza («extend competency») a un tribunale orientale, e viceversa, rispondeva «the response to all must be in the NEGATIVE» Canon Law Society of America, «Roman Replies and CLSA Advisory Opinions 1989», Washington 1989, p. 39. Tale risposta causò molte perplessità negli U.S.A., ma è ovvio che le cose stavano, e stanno, proprio così: un tribunale non può concedere una *proroga di competenza* ad un altro tribunale (ciò nemmeno lo può fare il vescovo eparchiale). Tuttavia, è molto probabile che la domanda era stata mal formulata, perché sembra che in realtà ciò che si voleva domandare era se il vescovo diocesano/eparchiale potesse *delegare* un tribunale appartenente ad un'altra Chiesa *sui iuris*; e questo è chiaro che lo può fare.

(34) Cfr. J. LOBELL, *La delega della potestà giudiziaria nell'ordinamento canonico*, in *Escritos en honor de Javier Hervada*, Pamplona 1999, 459-472.

gante (circostanza che dovrebbe essere indicata chiaramente nella sentenza).

### 1.2. *Tribunali Intereparchiali.*

Il Codice orientale stabilisce norme per l'erezione del tribunale intereparchiale di prima istanza per diverse eparchie della stessa Chiesa *sui iuris* (CCEO 1067)<sup>(35)</sup>. Il canone analogo nel CIC è il can. 1423<sup>(36)</sup>. Il Codice latino non parla di altro tribunale comune a varie diocesi che non sia quello del CIC 1423. Infatti, il CIC non prevede l'esistenza del tribunale per eparchie di diverse Chiese *sui iuris* (CCEO 1068), giacché si limita alla legislazione per la Chiesa latina, ma dovrebbe averlo fatto, perché in realtà esistono tribunali interecclesiali a cui appartengono insieme circoscrizioni orientali e latine (vedi infra). Da parte sua, il CCEO distingue chiaramente tra il Tribunale intereparchiale (CCEO 1067) e il Tribunale Comune interrituale o, meglio, interecclesiale (CCEO 1068).

Leggendo il CCEO 1067 § 1-2 si potrebbe pensare erroneamente che il canone preveda l'erezione del tribunale intereparchiale esclusivamente nel caso delle Chiese patriarcali. Questo è vero nell'eventualità considerata nel § 2<sup>(37)</sup>. Tuttavia, la clausola della frase finale del § 1, che parla in genere degli «altri casi», lascia aperta la possibilità di questo tipo di tribunali non soltanto per le eparchie fuori il territorio della Chiesa patriarcale, ma anche per le eparchie delle Chiese *sui iuris* non patriarcali. Altrimenti sarebbe impensabile che queste piccole Chiese non patriarcali dovessero avere tribunali di prima istanza in ogni singola eparchia.

Infatti, secondo il § 1 del CCEO 1067, nel caso delle Chiese metropolitane *sui iuris* e nelle altre Chiese *sui iuris* con più di una

---

<sup>(35)</sup> Nel can. 38 del motu proprio *Sollicitudinem Nostram*, che è la fonte immediata del CCEO 1067, questo tribunale per diverse eparchie della stessa Chiesa *sui iuris* era chiamato «tribunale regionale». Secondo SN 38 § 1, l'erezione di tale tribunale regionale poteva essere fatta dai vescovi eparchiali interessati riuniti in sinodo con l'approvazione della Sede Apostolica o direttamente dalla Sede Apostolica (Cfr. F. GALTIER, *Code oriental de procédure ecclésiastique*, Beyrouth 1951, 57-59).

<sup>(36)</sup> Cfr. C.G. FÜRST, *Canones Synopse zum Codex Iuris Canonici und Codex Canonum Ecclesiarum orientalium*, Freiburg-Basel-Wien 1992, p. 182. Fürst, inoltre, indica il CIC 1439 § 1 come analogo al CCEO 1067 § 5.

<sup>(37)</sup> Cfr. L'iter di questo paragrafo in *Nuntia* 5, 15-17, can. 12 ; 14, 22, can. 12 ; 21, 43 can. 12; 24-25, 194 can. 1082.

eparchia (Italo-Albanese, ecc.), potrebbe essere eretto un tribunale per varie eparchie della stessa Chiesa *sui iuris* da parte dei vescovi interessati con l'approvazione della Sede Apostolica. L'erezione di tale tribunale è giustificata dal fatto che ogni vescovo eparchiale da solo non sarebbe in grado di stabilire un tribunale di prima istanza, cosa che è la situazione più frequente. È risaputo che nelle Chiese patriarcali in questi casi — vale a dire, se i singoli vescovi eparchiali non riescono a erigere un tribunale proprio — non sono i vescovi interessati a decidere, bensì tutto il sinodo dei vescovi, che ha il dovere di stabilire tale tribunale intereparchiale, e potrebbe farlo anche contro la volontà dei vescovi interessati (CCEO 1067 § 2). Nel caso delle Chiese *sui iuris* non patriarcali (e per l'eparchie fuori dei limiti territoriali della Chiesa patriarcale), se i vescovi interessati non reagissero davanti a questa situazione di necessità, l'iniziativa dell'erezione (non soltanto l'approvazione) di questi tribunali intereparchiali potrebbe partire dalla Segnatura Apostolica<sup>(38)</sup>, come parte del suo ruolo di vigilanza sull'amministrazione della giustizia in tutta la Chiesa cattolica.

Prima della *Pastor Bonus* e del CCEO, il 28 dicembre 1970 la Segnatura Apostolica aveva dato delle norme<sup>(39)</sup> specificando il modo di erezione dei tribunali interdiocesani. Tale facoltà era stata ad essa esclusivamente affidata dalla cost. ap. *Regimini Ecclesiae Universae*<sup>(40)</sup>. Nell'articolo 1 di quelle norme della Segnatura si fa

<sup>(38)</sup> Cost. Ap. *Pastor Bonus* art. 124 § 4. Questo articolo della *Pastor Bonus*, e tutti gli altri riguardanti la Segnatura, non fa riferimento esplicito alle Chiese orientali. Quindi, il Supremo Tribunale della Segnatura Apostolica ha chiesto ed ottenuto dal Romano Pontefice le facoltà necessarie per poter essere in grado di esercitare per le Chiese orientali la propria funzione di cui all'art. 124 della PB (Segreteria di Stato, «Rescritto di concessione alla Segnatura Apostolica della facoltà di dispensare dalle norme processuali del CCEO, 22 novembre 1995, Prot. n. 381.775»). Cfr. J. LLOBELL, *Le norme della Rota Romana in rapporto alla vigente legislazione canonica: la matrimonializzazione del processo. La tutela dell'ecosistema processuale; il principio di legalità nell'esercizio della potestà legislativa*, in *Le «Normae» del tribunale della Rota Romana*, Città del Vaticano 1997, 47-92 (qui, 52). Tuttavia, nel caso delle Chiese non patriarcali non esiste questo problema, perché il CCEO 1067 § 1 rimanda esplicitamente alla Sede Apostolica.

<sup>(39)</sup> Cfr. Supremo Tribunale della Segnatura Apostolica, «*Ut causarum iudicium*, Normae pro Tribunalibus interdiocesanis vel regionalibus aut interregionalibus, 28.12.1970», *AAS* 63 (1971) 486-492.

<sup>(40)</sup> REU art. 105: «Per sectionem primam Tribunal..., tribunalium regionalium vel interregionalium erectionem curat» (*AAS* 59 [1967] 921).

ceva menzione esplicitamente ai vescovi orientali tra i possibili autori della richiesta alla Segnatura per l'erezione di un tribunale intereparchiale, il quale comunque poteva essere eretto anche a sola iniziativa della Segnatura<sup>(41)</sup>.

Il tribunale di seconda istanza per i tribunali intereparchiali, nel caso delle Chiese non patriarcali (e patriarcali fuori il territorio), può essere quello designato stabilmente dai vescovi eparchiali che hanno eretto il tribunale intereparchiale, con l'approvazione della Sede Apostolica (Segnatura Apostolica), o quello direttamente designato da essa<sup>(42)</sup>.

### 1.3. *Il Tribunale Comune*<sup>(43)</sup> *per varie eparchie di differenti Chiese sui iuris.*

In «Oriente» (e ogni volta di più in molte altre parti del mondo) è una situazione frequente che esistano varie eparchie di differenti Chiese *sui iuris* sullo stesso territorio. Per questa ragione, oltre a prevedere l'esistenza di tribunali di prima istanza per varie eparchie della stessa Chiesa *sui iuris*, il CCEO 1068<sup>(44)</sup> prevede la possibilità dell'erezione di un tribunale di prima istanza per eparchie di varie Chiese *sui iuris* esistenti nello stesso territorio. Questo canone prevede la possibilità che coloro che erigano questo tribunale comune di prima istanza siano i propri Vescovi eparchiali delle diverse Chiese *sui iuris* che esercitano la loro potestà nello stesso territorio.

Può questo tribunale essere formato da eparchie delle Chiese orientali e diocesi della Chiesa latina insieme? Jobe Abbass sostiene che: «poiché la Chiesa latina è anche una Chiesa *sui iuris* (CIC c.

<sup>(41)</sup> *Ut causarum iudicialium*, art. 1: «§ 1. Ut causarum iudicialium, praesertim matrimonialium, accuratior et celerior pertractatio evadat, in Ecclesia habeantur Tribunalia interdioecesana, regionalia vel interregionali curatur, sive ad Episcoporum, etiam Ecclesiarum Orientalium, quorum interest, petitionem, sive etiam, si casus ferat, ad eiusdem Supremi Tribunalis Signaturae Apostolicae decisionem.

§ 2. Erectio, constitutio et ratio procedendi horum tribunalium reguntur normis quae sequuntur, salvo iure Ecclesiarum Orientalium» (AAS 63 [1971] 486-487).

<sup>(42)</sup> CCEO 1067, § 4. Nel caso del tribunale intereparchiale di una Chiesa patriarcale (o arcivescovile maggiore) situato dentro il territorio proprio, il tribunale di appello è il Tribunale Ordinario della stessa Chiesa.

<sup>(43)</sup> Nella proposta di canone avanzata dal *Coetus De Processibus*, questo tribunale si chiamava «*tribunal inter ritualis*». Cfr. *Nuntia* 5, 17.

<sup>(44)</sup> Per l'iter redazionale del CCEO 1068 cfr. *Nuntia* 5, 17; 14, 22-23; 21, 43; 24-25, 194-195.

111 § 2), questo tribunale può essere formato da qualsiasi numero di vescovi eparchiali orientali e da un vescovo latino, che esercitino la loro potestà nello stesso territorio»<sup>(45)</sup>. Abbiamo visto sopra altri casi in cui affermiamo la possibilità della collaborazione dei giudici latini nei tribunali orientali, tuttavia, in questo caso non si tratta della collaborazione personale dei fedeli, ma di rapporto tra strutture dell'organizzazione ecclesiastica. Quindi, dal momento che il CCEO 1068 non nomina espressamente la Chiesa latina, non pare possibile fare un'applicazione immediata ad essa, senza l'intervento della Santa Sede perché, secondo il CCEO 1, il canone 1068 dovrebbe riguardare soltanto le Chiese orientali<sup>(46)</sup>. Inoltre, abbiamo visto che nel CIC non esiste un canone del genere. Parlando della precedente normativa (SN), Galtier affermava che gli Ordinari della Chiesa latina non potevano formar parte del tribunale interrituale senza l'autorizzazione della Sede Apostolica<sup>(47)</sup>. Comunque, nella prassi, esistono parecchi tribunali interecclesiali di cui formano parte circoscrizioni orientali e latine insieme<sup>(48)</sup>. Quindi, la Segnatura

(45) «Since the Latin Church is also a Church *sui iuris* (CIC c. 111 § 2), this common tribunal might be formed by any number of Eastern eparchial bishops and a Latin diocesan bishop exercising their power within the same territory» (J. ABBASS, *Two Codes in Comparison*, 223).

(46) Cfr. P. GEFAELL, *Relaciones entre los dos códigos del único «Corpus iuris canonici»*, in «*Ius Canonicum*» 39 (1999) 605-626.

(47) Cfr. F. GALTIER, *Code oriental de procédure ecclésiastique*, 59. La ragione che appuntava questo autore per giustificare la non inclusione della Chiesa latina in questi tribunali inter-rituali era la allora esistente diversità tra la disciplina processuale latina e quella orientale, e anche nel diritto sostanziale.

(48) In seguito indicherò i tribunali «inter-rituali» (interecclesiali) di prima istanza che esistono attualmente. Non farò ora distinzione tra Chiesa patriarcale e Chiesa non patriarcale, perché tanto una come l'altra possono formar parte dello stesso tribunale. In primo luogo si indica la sede del tribunale e poi le circoscrizioni componenti. *a)* Teheran: Ahwaz dei Caldei, Ispaham degli Armeni, Ispahan *dei Latini*, Salmas dei Caldei, Teheran dei Caldei, Urmya dei Caldei; *b)* Bagdag (Babilonia): Bagdag degli Armeni, Bagdag dei Caldei (eparchia del patriarcato), Bagdag dei Siri, Bagdag *dei Latini*, Basra dei Caldei, Basra dei Siri, Kerkuk dei Caldei; *c)* Mossul: Al-quoch dei Caldei, Amadiyah dei Caldei, Aqra dei Caldei, Arbil dei Caldei, Mossul dei Caldei, Mossul dei Siri, Sulaimaniya dei Caldei, Zaku dei Caldei; *d)* Aleppo: Aleppo degli Armeni, Aleppo dei Caldei, Aleppo *dei Latini*, Aleppo dei Maroniti, Aleppo dei Melkiti, Aleppo dei Siri; *e)* Atene: Athenai, Candia, Chios, Corfù Zante e Cefalonia, Naxos, Andros, Tinos, Mykonos, Rhodos, Santorini, Syros et Mylos, Thessaloniki (fin qui tutti *latini*), Esarchato Apostolico per i cattolici di rito bizantino in Grecia, Ordinariato pro Armeni; *f)* Istanbul (Costantinopoli): per tutti i fedeli catto-

Apostolica ha dovuto provvedere a queste eccezioni... A mio avviso, viene da domandarsi se non sarebbe più consono farne una regola generale: soprattutto avendo in conto che, intenzionalmente<sup>(49)</sup>, la nuova normativa processuale orientale non è molto diversa da quella latina. Ovviamente, gli eventuali giudici latini di quei tribunali dovrebbero conoscere bene anche il diritto orientale sostanziale.

Galtier faceva notare che per l'erezione di un tribunale «inter-rituale» la normativa orientale del motu proprio *Sollicitudinem Nostram* can. 39<sup>(50)</sup> non richiedeva l'intervento di nessuna autorità superiore al di fuori degli stessi vescovi interessati<sup>(51)</sup>. Come allora, anche adesso il CCEO 1068 non fa nessun riferimento esplicito alla necessità dell'approvazione da parte della Sede Apostolica per lo stabilimento di tale Tribunale Comune come, invece, si richiede per il tribunale intereparchiale nel caso di Chiese non patriarcali o di eparchie di una Chiesa patriarcale fuori il proprio territorio (CCEO 1067 § 1). L'allora Segretario del Supremo Tribunale della Segnatura Apostolica considerava questa situazione come «molto strana»<sup>(52)</sup>. Come abbiamo detto sopra, secondo Galtier,

---

lici in Turchia eccetto i fedeli di rito latino della diocesi di Smyrna e del Vicariato Apostolico di Anatolia. La corsiva è mia. Dati forniti per cortesia di mons. Cordeleone, della Segnatura Apostolica.

<sup>(49)</sup> «Si desidera che tutti i cattolici abbiano le stesse norme processuali». PCCICOR, «Principi direttivi per la revisione del Codice di Diritto Canonico Orientale. Canoni "de processibus", n. 2», *Nuntia* 3, 9. Vedi anche *Nuntia* 30, 65.

<sup>(50)</sup> SN 39 «§ 1. Locorum hierarchae iurisdictionem in eodem territorio intra patriarchatus obtinentes convenire inter se possunt de constituendo tribunali unico quod causas sive contentiosas sive criminales fidelium cuiusvis ritus alicui ex iisdem locorum Hierarchis subiectorum, cognoscat.

§ 2. Nominatio administratorum huius tribunalis et tempus ad quod iidem in officio perdurent ab iisdem locorum Hierarchis fieri seu determinari debet».

<sup>(51)</sup> Quindi, non si esige l'approvazione né della Segnatura Apostolica né dei Patriarchi delle Chiese coinvolte. I Gerarchi interessati potevano erigere questo tribunale, nominare gli ufficiali e regolare il suo funzionamento senza l'intervento di nessun'altra autorità superiore (Cfr. F. GALTIER, *Code oriental de procédure ecclésiastique*, 59-60).

<sup>(52)</sup> «Appare molto strano che ci voglia l'approvazione da parte della Sede Apostolica nel caso che i Vescovi eparchiali della stessa Chiesa "sui iuris" (che non si trovano nel territorio della propria Chiesa patriarcale) erigano un tribunale intereparchiale (CCEO, can. 1067 § 1), invece non viene menzionata la necessità di tale approvazione nel caso che i Vescovi eparchiali di diverse Chiese "sui iuris" erigano un tribunale intereparchiale». Z. GROCHOLEWSKI, *Il Romano Pontefice come giudice supremo nella Chiesa*, in «*Ius Ecclesiae*» 7 (1995) 55.

anche la previa legislazione orientale (SN 39) non richiedeva tale intervento, e quella normativa non fu abrogata nemmeno dalle norme per l'erezioni dei tribunali interdioCESANI e inter-regionali emanate dalla Segnatura Apostolica il 28 dicembre 1970<sup>(53)</sup>.

Occorre sottolineare, inoltre, che se il SN 39 § 1 prevedeva questi tribunali interrituali soltanto *dentro* il territorio delle Chiese patriarcali («*intra patriarchatus*»), il CCEO 1068, invece, permette l'erezione dei Tribunali Comuni *sia fuori che dentro* il proprio territorio di *qualsiasi tipo* di Chiesa *sui iuris*. L'unica esigenza è che i gerarchi interessati esercitino la loro potestà sullo stesso territorio<sup>(54)</sup>.

È comunque vero che il tribunale di appello del Tribunale Comune deve essere quello designato stabilmente dalla Sede Apostolica (CCEO 1068 § 4), e questo fa vedere che, in qualunque caso, si richiede un qualche intervento del Supremo Tribunale della Segnatura.

Mi domando: sarebbe forse possibile richiamarsi al fatto che questi Tribunali «Comuni» sono comunque «intereparchiali» e, di conseguenza, per la loro erezione dovranno essere adempiuti sempre i requisiti del CCEO 1067 § 1? Secondo Galtier, se il Tribunale interecclesiale comprendesse — oltre a eparchie di diverse Chiese *sui iuris* — più eparchie della stessa Chiesa *sui iuris*, allora esso sarebbe da ritenersi anche «intereparchiale» e, quindi, sarebbe richiesta l'approvazione dell'autorità superiore<sup>(55)</sup>. Se, invece, fosse formato da diverse eparchie, una per ogni Chiesa *sui iuris*, allora — anche se a me sembra altrettanto «strano» — non sembra possibile il rinvio al canone sui tribunali intereparchiali. Infatti, il complesso della normativa del CCEO presenta questi due tipi di tribunale come indipendenti tra di loro. Vediamo alcuni punti:

a) Il secondo paragrafo del CCEO 1068 ricorda ai vescovi la loro responsabilità di istituire un tribunale comune se nelle loro

<sup>(53)</sup> Il secondo paragrafo del primo articolo delle summenzionate norme della Segnatura Apostolica del 28 dicembre 1970, chiariva che quella normativa della Segnatura non intendeva abrogare il diritto orientale (vedi il testo sopra, in nota 41).

<sup>(54)</sup> Come si può vedere (vide supra, nota 48), tutti tribunali interecclesiali esistenti sono dentro il territorio di esclusiva competenza della Congregazione per le Chiese orientali (cfr. PB art. 60), ma ritengo che la normativa permetta erigerli anche altrove.

<sup>(55)</sup> Cfr. F. GALTIER, *Code oriental de procédure ecclésiastique*, 60. Questo autore sta analizzando la norma del SN 39, ma il suo ragionamento serve anch'oggi.

single eparchie manca il personale qualificato necessario. Qui, la norma non è tanto cogente come nel caso del tribunale intereparchiale menzionato nel CCEO 1067 § 2. Alcuni consultori volevano che l'erezione del tribunale comune fosse obbligatoria nel caso di scarsità di personale. Il *Coetus de Processibus* confermò che si tratta di un consiglio, non di un obbligo dei vescovi, perché si voleva salvaguardare la natura *sui iuris* delle Chiese orientali<sup>(56)</sup>.

b) Il paragrafo terzo del CCEO 1068 stabilisce una norma analoga a quella del CCEO 1067 § 4, però in modo più stretto: i vescovi interessati *devono* nominare un vescovo responsabile del Tribunale Comune<sup>(57)</sup>. È a lui solo che compete l'esercizio ordinario della potestà su questo tribunale. Non si prevede, quindi, la possibilità di un esercizio *in solidum* di essa da parte del gruppo dei vescovi interessati, come invece permette il CCEO 1067 § 4. Inoltre, non si menzionano le norme stabilite dal Sinodo né dalla Sede Apostolica per il funzionamento del Tribunale, come fa il CCEO 1067, perché il CCEO 1068 non prevede che siano queste autorità ad erigere questo tipo di tribunale, bensì soltanto i vescovi interessati.

c) Anche contrariamente al CCEO 1067 § 3, il CCEO 1068 non proibisce alle singole eparchie che formano parte di un Tribunale Comune di costituire un proprio Tribunale collegiale indipendente.

L'erezione dei Tribunali Comuni da parte dei soli vescovi interessati — i quali, bisogna sottolinearlo, appartengono a diverse Chiese *sui iuris* —, la dotazione da parte loro degli statuti per quei Tribunali, e la loro attività giudicante in essi, costituiscono un buon esempio di attuazione delle tre funzioni di governo a livello interecclesiale. Questo dato giuridico riflette la potestà propria di ogni vescovo eparchiale, come giudice nato della propria eparchia, che non ha bisogno del consenso di nessuna autorità superiore per costituire un tribunale. Tuttavia, è paradossale che questa autonomia sia limitata nel caso dei tribunali intereparchiali appartenenti alla stessa Chiesa *sui iuris* (perché bisognosa dell'intervento del Patriarca, del Sinodo o della Sede Apostolica) e, invece, non sia limi-

---

<sup>(56)</sup> Cfr. *Nuntia* 5, 17. Nel caso del CCEO 1067 § 2 non si poneva il problema dell'autonomia delle Chiese *sui iuris*, perché gli interessati sono tutti appartenenti alla stessa Chiesa.

<sup>(57)</sup> Questa indicazione non esisteva nella proposta iniziale (cfr. *Nuntia* 5, 17). Fu introdotta dopo la «*denua recognitio*» del 1983 (cfr. *Nuntia* 21, 43, can. 13).

tata nel caso dei Tribunali Comuni per diverse eparchie di differenti Chiese *sui iuris*. Secondo il canone, anche nel caso di Tribunali Comuni eretti dentro il territorio proprio delle diverse Chiese interessate non si richiede l'intervento né dei Capi delle Chiese, né dei Sinodi dei vescovi o Consigli dei gerarchi...

Perché questa differenza? Non lo so<sup>(58)</sup>, ma tenterò di trovare una possibile spiegazione. Nel caso dell'erezione dei Tribunali intereparchiali, l'intervento dell'autorità superiore si giustifica perché dopo la sua creazione i vescovi interessati rimangono chiaramente limitati nella loro singola potestà giudiziale (vedi sopra). Nel Tribunale Comune, invece, i vescovi rimangono sempre liberi di stabilire un tribunale proprio e, quindi, l'esistenza del Tribunale Comune dipende totalmente dalla volontà dei singoli vescovi, senza necessità di essere limitata dall'intervento di una autorità superiore nella sua erezione.

Come abbiamo detto, il tribunale di seconda istanza per il Tribunale Comune è quello indicato dalla Sede Apostolica (CCEO 1068 § 4). Durante i lavori di redazione, la proposta iniziale era che il tribunale d'appello fosse designato dall'autorità alla quale sono soggetti i vescovi che erigono il Tribunale Comune<sup>(59)</sup>. Tuttavia, visto che l'unica autorità superiore dei diversi vescovi del sopraddetto Tribunale — di natura interecclesiale — non poteva essere che la Sede Apostolica, nello schema del 1986 si cambiò alla dicitura che conosciamo oggi<sup>(60)</sup>.

Per ragioni di logica sistematica, in questo studio sui tribunali delle Chiese non patriarcali non tratterò dei tribunali dei religiosi (cfr. CCEO can. 1069).

## 2. *Tribunali di Seconda Istanza.*

Come regola generale, il tribunale metropolitano di cui al CCEO 1064 è il tribunale di seconda istanza per i casi giudicati dai tribunali eparchiali<sup>(61)</sup>.

(58) Abbiamo visto che la norma proviene dal SN 39 § 1, di cui non è stato ancora reso pubblico l'iter redazionale.

(59) Cfr. *Nuntia* 5, 17.

(60) Cfr. *Nuntia* 24-25, 194-195.

(61) Cfr. CCEO 1064 § 1. Ormai abbiamo già visto il criterio per indicare il tribunale di appello per il tribunale interecclesiale e per il tribunale Comune.

Dovuto alle differenze nella struttura delle Chiese cattoliche *sui iuris*, questa regola generale non è applicabile a tutti i tribunali eparchiali. Le situazioni in cui la regola non si verifica sono le seguenti:

a) Vi sono Chiese *sui iuris* che non hanno livello metropolitano.

b) Possono esistere eparchie fuori del territorio della Chiesa *sui iuris*.

c) Infine, vi sono casi che sono stati giudicati in prima istanza dal tribunale metropolitano stesso<sup>(62)</sup>.

Per questi casi il § 2 del CCEO 1064 prevede che il tribunale di seconda istanza sia quello indicato stabilmente dal vescovo del tribunale di prima istanza, con l'approvazione della Sede Apostolica, avendo però in conto due accorgimenti: a) che il CCEO 139 già prevede questa indicazione nel caso delle eparchie isolate fuori il territorio delle Chiese patriarcali<sup>(63)</sup>; e b) che il CCEO 175 indica che il gerarca capo di una delle «altre» Chiese *sui iuris* (né patriarcali, né arcivescovile maggiore, né metropolitana *sui iuris*) ha i poteri delegati dalla Sede Apostolica corrispondenti a quelli del metropolita di cui al CCEO 159, 3-8 e, quindi, può designare il tribunale di seconda istanza per la sua Chiesa<sup>(64)</sup>.

Abbiamo già visto (vedi sopra) qual è la regola per gli appelli contro le sentenze del Tribunale intereparchiale e per il Tribunale comune di prima istanza (CCEO 1067 § 5; CCEO 1068 § 4).

<sup>(62)</sup> Oltre ai casi della propria metropoli anche i casi dei territori di cui al CCEO 101.

<sup>(63)</sup> Bisogna notare che questi canoni non nominano espressamente la Chiesa latina. Quindi, potrà essere designata una metropoli latina? Questo sembra il caso più frequente... A me pare che la necessaria approvazione da parte della Sede Apostolica (Segnatura Apostolica), prevista in questi canoni, risolve il problema, giacché detta approvazione comporterebbe la necessaria proroga (o commissione, se si tratterà d'incompetenza assoluta) di competenza al tribunale latino per giudicare le cause orientali.

<sup>(64)</sup> Anche se va oltre il nostro tema, è bene ricordare che dentro il territorio della Chiesa patriarcale (e arcivescovile maggiore) per i casi di prima istanza giudicati dal tribunale metropolitano o dal tribunale dell'eparchia del patriarca oppure dal tribunale delle aree dove non sono state erette province, l'appello si fa al Tribunale Ordinario della Chiesa patriarcale (o arcivescovile maggiore). «Quando il patriarcato non è diviso in province ecclesiastiche il tribunale patriarcale giudica in seconda e ulteriori istanze» (J. M. ARROBA CONDE, *Diritto processuale canonico*, Romae<sup>3</sup> 1996, 142).

Oltre ai tribunali di appello, è risaputo che ogni fedele può elevare la sua richiesta al Romano Pontefice in qualsiasi grado di giudizio (CCEO 1059), ma questo non costituisce un appello nel senso tecnico del termine, bensì una «provocatio», che non dà diritto ad essere accolta. Invece, il tribunale di una eparchia fuori il proprio territorio che avesse come seconda istanza un tribunale metropolitano latino, potrebbe anche avere in seconda istanza la Rota Romana (CIC 1444 § 1, n. 1)<sup>(65)</sup>.

Non è previsto nel CCEO il tribunale intereparchiale di seconda istanza, come invece prevede il CIC 1439. Secondo il CIC 1439 § 1 le Conferenze episcopali possono erigere un tribunale interdiocesano di seconda istanza, con l'approvazione della Sede Apostolica (cioè della Segnatura: CIC 1445 § 3, 3). La sua competenza è da definirsi nei suoi statuti. L'erezione è obbligatoria se esiste ormai un tribunale interdiocesano di prima istanza per diocesi di diverse province<sup>(66)</sup>. Oltre l'inesistenza nel CCEO, è impossibile che nel caso delle Chiese non patriarcali esistano questi tribunali, perché esigono una struttura soprametropolitana, mancante in queste Chiese. Comunque, un tribunale interdiocesano di seconda istanza latino potrebbe diventare il tribunale di appello per una eparchia fuori il territorio proprio, se quell'eparchia formasse parte di un tribunale interdiocesano latino di prima istanza. Inoltre, nella prassi esistono due tribunali «inter-rituali» (interecclesiali) di seconda istanza<sup>(67)</sup>, che includono anche circoscrizioni della Chiesa latina.

---

<sup>(65)</sup> Per la competenza concorrente del tribunale metropolitano e la Rota Romana per ricevere appelli dai tribunali diocesani-eparchiali di prima istanza, cfr. P. MONETA, *La giustizia nella Chiesa*, Bologna 1993, 44; J.M. ARROBA CONDE, *Diritto processuale canonico*, 151; R. FUNGHINI, *La competenza della Rota Romana, Le «Normae» del Tribunale della Rota Romana*, Città del Vaticano 1997, 155.

<sup>(66)</sup> Cfr. J.M. ARROBA CONDE, *Diritto processuale canonico*, 138-139. Il CIC 1439 § 2 prevede anche la possibilità che le Conferenze episcopali stabiliscano un tribunale regionale o nazionale di seconda istanza per tutti i tribunali diocesani ed interdiocesani della regione o nazione per la quale è stato eretto.

<sup>(67)</sup> a) Istanbul (Costantinopoli): Per tutti gli appelli dei cattolici di Izmir e del tribunale interrituale di prima istanza di Istanbul, eccetto per le cause degli Armeni e dei Maroniti; b) Syros: per gli appelli delle cause giudicate nel tribunale interecclesiale di Athenai. [Dati ottenuti dalla Segnatura Apostolica per cortesia di mons. Cordeleone].

Il tribunale metropolitano di seconda istanza non ha bisogno di avere personale diverso dal tribunale di prima istanza dell'eparchia metropolitana<sup>(68)</sup>. Ovviamente, le sentenze di primo grado emanate da questo tribunale passeranno ad altro tribunale di seconda istanza indicato dal metropolita (vedi sopra).

I casi decisi collegialmente in prima istanza devono essere giudicati in grado di appello da un tribunale collegiale. Se la causa era una di quelle riservate al tribunale collegiale ma nel primo grado fu eccezionalmente decisa da un giudice unico in base al CCEO 1084 § 3, allora in grado di appello dovrà essere giudicata da un tribunale collegiale (CCEO 1085 § 3).

### 3. *Tribunali di Terza Istanza.*

Fortunatamente non dovrò addentrarmi nel ginepraio della discussione sulla competenza o meno dei Tribunali della Sede Apostolica per il terzo grado nelle cause orientali originate nel territorio delle Chiese patriarcali. Su tale argomento si è scritto molto<sup>(69)</sup>. Nel caso delle Chiese non patriarcali non vi sono pro-

(68) CCEO 1064 § 1. Nel canone parallelo del CIC 1438 non si dice questo esplicitamente, ma cfr. R. BURKE, *The distinction of personnel in hierarchically related tribunals*, in «*Studia Canonica*» 28 (1994) 85-98.

(69) Cfr. Z. GROCHOLEWSKI, «I tribunali», *La Curia Romana nella Cost. Apostolica Pastor Bonus*, Città del Vaticano 1990, 416-417; I. ŽUŽEK, «The Patriarcal Structure: According to the Oriental Code», in C. GALLAGHER (ed.), *The Code of Canons of the Oriental Churches. An Introduction*, Roma, 1991, p. 48; J. LLOBELL, *Sul diritto di appello presso la Rota Romana*, in «*Ius Ecclesiae*» 5 (1993) 607-609; IDEM, *Perfettibilità e sicurezza della norma canonica. Cenni sul valore normativo della giurisprudenza della Rota Romana nelle cause matrimoniali*, in PCLTInt, «*Ius in vita et in missione Ecclesiae*». *Acta Symposii Internationalis Iuris Canonici*, Città del Vaticano 1994, 1231-1258; A. THAZATH, *The Superior and Ordinary Tribunals of a «sui iuris» Eastern Catholic Church*, in «*Studia Canonica*» 29 (1995) 357-396; R. FUNGHINI, *La competenza della Rota Romana*, in *Le Normae del Tribunale della Rota Romana*, Roma, 1997, 163-164; C. G. FÜRST, *Lex prior derogat posteriori? Die Ap. Konst. «Pastor Bonus», die Römische Rota als konkurrierendes Gericht II. Instanz bzw. als III. (und GGF. weitere) Instanz zu Gerichten einer Orientalischen Kirche eigenen Rechts und der CCEO*, in *Winfried Schultz in memoriam. Schriften aus Kanonistik und Staatskirchenrecht*, Sonderdruck, 1999, 269-283; J. ABBASS, *The Roman Rota and Appeals from Tribunals of the Eastern Patriarcal Churches*, in «*Periodica*» 89 (2000) 439-490; J. LLOBELL, *Title XXV: Contentious Trials in the Codex Canonum Ecclesiarum Orientalium (Title 25, Canons 1185-1356)*, in *A Guide to the Eastern Code. A Commentary on CCEO*, (*Kanonika* 10), Roma 2002, p. 766-767.

blemi: Rota e Segnatura sono chiaramente competenti (cfr. CCEO 1065).

Durante il processo di revisione del CIC vi furono diverse proposte di istituire tribunali di terza istanza territoriali per le diverse regioni<sup>(70)</sup>, ma la proposta fu rigettata con la giustificazione che ciò impedirebbe il ruolo dei Tribunali Apostolici di assicurare l'unità di giurisprudenza per tutta la Chiesa<sup>(71)</sup>. L'unico tribunale di terza istanza previsto nel CIC è, quindi, la Rota Romana.

Il CCEO 1065<sup>(72)</sup> indica che il tribunale di terza istanza è la Sede Apostolica, ma prevede la possibilità di altri indicati espressamente dal diritto comune. Come sappiamo questi sono i tribunali di terzo grado previsti nelle Chiese patriarcali (CCEO 1063), che differiscono in qualche modo dei tribunali territoriali di terzo grado stabiliti «ad casum» nella Chiesa latina<sup>(73)</sup>. Fuori del territorio delle Chiese patriarcali o arcivescovili maggiori e nelle altre

(70) Secondo il CIC 1443 e 1444, la Rota Romana è il tribunale ordinario stabilito dal Romano Pontefice per ricevere appelli in terza istanza. Tuttavia, vi sono, o vi sono stati, tribunali di terza istanza costituiti in modo stabile in Spagna, Polonia, Ungheria, ecc. con l'autorizzazione speciale della Segnatura Apostolica. Ma questi tribunali non precludono la possibilità di appello alla Rota Romana. Per altri dettagli, cfr. F. ARROBA CONDE, *Diritto processuale Canonico*, 140-142; Z.M. BIEG, *Struttura e Competenza dei Tribunali Territoriali e Personali della Chiesa*, Roma, 1989; P. ERDÖ, *Il potere giudiziario del primate d'Ungheria*, in «Apollinaris» 53 (1980) 272-293 e 54 (1981) 213 segg.; M.A. ORTIZ, *La competenza dei tribunali periferici secondo il grado di giudizio*, in «Ius Ecclesiae» 9 (1997) 477-481; J. LLOBELL, *Le norme del 1999 della Rota della Nunziatura Apostolica in Spagna*, in «Il Diritto Ecclesiastico» 111-1 (2000) 779-808.

(71) Cfr. *Communicationes* 10 (1978) p. 243; *Communicationes* 16 (1984) p. 59.

(72) CCEO 1065: «Tribunal tertii gradus est Sedes Apostolica, nisi aliter iure communi expresse cavetur».

(73) Cfr. M.J. ARROBA, *Diritto processuale canonico*, 141-142. Oggi, gli unici tribunali territoriali di terza istanza stabilmente eretti sono la Rota Spagnola (cfr. GIOVANNI PAOLO II, motu proprio *Nuntiaturae Apostolicae in Hispania*, 2.10.1999; IDEM, *Normas orgánicas y procesales del Tribunal de la Rota de la Nunziatura Apostólica en España*, AAS 92 [2000] 5-17) e quello del Primate d'Ungheria (P. ERDÖ, *Das Primatialgericht von Esztergom-Budapest*, in «De processibus matrimonialibus» 6 (1999), 39-53; J. LLOBELL, *Centralizzazione normativa processuale e modifica dei titoli di competenza nelle cause di nullità matrimoniale*, in «Ius Ecclesiae» 3 (1991) 431-477 (qui, 465-469); IDEM, *De foro competenti (cann. 1404-1416): Introducción*, in A. MARZOA-J. MIRAS-R. RODRÍGUEZ-OCAÑA (a cura di), *Comentario exegético al Código de Derecho Canónico*, Pamplona, 1996, vol. 4, 667-697 (qui, 690-693).

Chiese orientali non patriarcali, il tribunale di terza istanza è quello della Rota Romana<sup>(74)</sup>.

Bisogna indicare che tra i principi direttivi per la codificazione orientale si indicava che non solo le Chiese patriarcali ma «ogni» Chiesa orientale *sui iuris* dovrebbe godere dell'autonomia sufficiente per organizzare i suoi tribunali in modo tale di poter trattare le cause nelle successive istanze fino alla sentenza finale<sup>(75)</sup>. È vero, tuttavia, che bisogna fare i conti con le risorse reali di queste piccole Chiese. Ci auguriamo esse crescano sempre di più, per il bene e la gioia di tutta la Chiesa ornata della varietà nell'unità dei suoi figli.

---

(74) J. ABBASS, *Two Codes in Comparison*, 222. Cfr. PB art. 126-130.

(75) Cfr. PCCICOR, «Principi direttivi per la revisione del Codice di Diritto Canonico Orientale. Canoni "de processibus", n. 3», *Nuntia* 3, 9.

*Giurisprudenza*

Pagina bianca

TRIBUNALE DELLA ROTA ROMANA - *Reg. Venetiarum* - Nullità del matrimonio - Simulazione totale del consenso - Esclusione dell'indissolubilità - Sentenza definitiva - 25 luglio 2002 - Defilippi, *Ponente* (\*).

**Matrimonio - Il consenso come atto di volontà - Oggetto materiale e formale del consenso - Unitarietà nel patto coniugale tra consenso interno e segno manifestativo esterno - La simulazione del consenso - Simulazione totale e simulazione parziale - L'atto positivo di volontà.**

**Matrimonio - Consenso - Sulla trattazione subordinata tra i capi della simulazione totale e parziale - Le diverse forme in cui si presenta la simulazione totale - Distinzione tra « finis operis » e « finis operantis ».**

**Matrimonio - Consenso - Simulazione parziale - Le modalità di esclusione dell'indissolubilità.**

**Matrimonio - Consenso - La prova della simulazione totale e parziale - Valutazione.**

*Il consenso, unica causa efficiente del matrimonio, è un atto di volontà che ha come oggetto materiale la mutua donazione ed accettazione degli sposi e, come oggetto formale, la loro dimensione sponsale o coniugale. Il patto matrimoniale è una realtà unitaria costituita dalla volontà interna dei contraenti, la quale deve necessariamente esprimersi esternamente in forma legittima: questo il senso della presunzione stabilita dal can. 1101 § 1 del CIC 1983. Quando si produce un dissenso tra la volontà interna e la manifestazione esterna si ha un consenso simulato. La simulazione, a norma del can. 1101 § 2 è « totale » quando si esclude in modo positivo lo stesso matrimonio; è invece « parziale » quando il soggetto vuole un legame ma inteso secondo le sue convinzioni, e viene escluso un elemento o una proprietà essenziale del connubio.*

---

(\*) Vedi alla fine della sentenza nota di M. GAS I AIXENDRI, *L'assenza di volontà matrimoniale tra simulazione totale ed incapacità.*

*La distinzione tra la simulazione totale e quella parziale non è per ragione degli effetti (che sono sempre e comunque la nullità del matrimonio) ma in ragione dell'oggetto dell'esclusione e della coscienza dell'atto di esclusione. Mentre nella simulazione totale il simulante è cosciente di voler porre in atto solo un'apparenza del segno nuziale, escludendo in modo assoluto qualsiasi figura di matrimonio, nella simulazione parziale il soggetto vuole una qualche specie di unione, ma configurata secondo le proprie convinzioni. La norma canonica esige che l'esclusione attinga in modo efficace l'oggetto del consenso matrimoniale, e pertanto essa deve avvenire sempre attraverso un «atto positivo di volontà», descritto dalla giurisprudenza come: atto umano libero, ovvero procedente dall'intelletto e dalla volontà, e posto efficacemente dal soggetto in modo attuale o almeno virtuale in diretta connessione con l'oggetto del consenso matrimoniale. L'atto positivo escludente non va confuso con i desideri o con altri stati della mente quale l'errore, che non sono atti di volontà.*

*Quando la nullità del matrimonio — come nella presente sentenza — viene accusata per i capi di simulazione totale e parziale, il secondo capo va preso in considerazione subordinatamente al primo. Ciò significa che, laddove venga provata la simulazione totale del consenso, non ha senso esaminare se sia stato escluso un elemento o proprietà essenziale; d'altra parte, non è ammissibile la dichiarazione di nullità dello stesso matrimonio per entrambi i capi (simulazione totale e parziale). Nella simulazione totale si esclude positivamente il matrimonio stesso nonostante l'apparenza di celebrazione nuziale. Si verifica allora un atto positivo di volontà tramite il quale il contraente, da una parte, in modo cosciente e deliberato, vuole costituire un'apparenza di matrimonio mediante la celebrazione del rito esterno, mentre al contempo esclude che dalla cerimonia scaturiscano gli effetti previsti, cioè i diritti e gli obblighi inerenti al legame coniugale. La simulazione totale può avvenire secondo diverse forme o «sottospecie»: così ad esempio si può affermare che simula in modo totale chi non presta assolutamente il consenso sul matrimonio; chi ha la volontà di non contrarre; chi vuole solo rappresentare una commedia; chi esclude lo stesso matrimonio o la comparte quale coniuge; chi esclude la società permanente tra un uomo e una donna aperta alla procreazione dei figli, oppure la comunione di vita; chi vuole assolutamente escludere il sacramento, in modo che se il suo matrimonio deve essere necessariamente sacramento, preferisca piuttosto non*

sposarsi; chi celebra solo «pro forma»; chi celebra il rito nuziale unicamente ed esclusivamente come mezzo per raggiungere un fine diverso dal matrimonio. In riferimento a questa ultima sottospecie si è prospettata la distinzione tra «finis operis» (il fine naturale dell'istituto matrimoniale) e «finis operantis» (il fine che si propone il nubente tramite la celebrazione nuziale). Solo quando il raggiungimento del fine estrinseco al matrimonio («finis operantis») è l'unico scopo del contraente, e comporta al contempo l'esclusione del suo fine naturale («finis operis»), il matrimonio è nullo per esclusione totale del consenso.

Per quanto riguarda la simulazione parziale per esclusione dell'indissolubilità, essa è proprietà essenziale di qualsiasi vincolo veramente coniugale. Tra i cristiani tale indissolubilità acquista un nuovo significato per ragione dell'elevazione a sacramento. Si ricorda la dottrina tomistica secondo cui l'indissolubilità appartiene al matrimonio «secundum se» e non solo «in suis principibus»; perciò mentre è possibile un matrimonio valido senza figli e senza la fedeltà, non può darsi vero vincolo senza l'indissolubilità. La simulazione parziale per esclusione dell'indissolubilità si verifica quando uno dei contraenti vuole un vincolo dissolubile. Avendo l'indissolubilità tre gradi (stabilità, perpetuità e indissolubilità) tale forma di esclusione può acquistare una triplice forma: il rifiuto della stabilità (quando, ad esempio, si intende l'unione come transitoria o «ad experimentum»); il rigetto della perpetuità (quando s'intende il vincolo come temporale, o si vuole contrarre «ad tempus»); infine, si può escludere direttamente l'indissolubilità in senso proprio quando uno dei contraenti si riserva il diritto di sciogliere il vincolo. Per irritare il matrimonio non è necessario che l'intenzione di rompere il vincolo sia assoluta, ma basta che essa sia condizionata ad una determinata circostanza.

Per la prova della simulazione occorre superare due presunzioni: il favore del diritto di cui gode il matrimonio (can. 1060 CIC), e quella del can. 1101 § 1, secondo la quale la volontà interna si presume conforme alle parole ed ai segni esternamente manifestati. La giurisprudenza rotale richiede per tale prova: trattandosi di un atto interno è particolarmente rilevante la confessione del simulante, sia giudiziale che soprattutto estragiudiziale fatta in tempo non sospetto; in secondo luogo si deve provare l'esistenza di una grave e proporzionata causa («causa simulandi») distinta dalla «causa contrahendi»; infine, completano la prova della simulazione le circostanze antece-

*denti, concomitanti e susseguenti la celebrazione del matrimonio che contribuiscono, insieme alla «causa simulandi», a rendere verosimile l'atto della simulazione. Nel valutare le affermazioni delle parti occorre considerare la coerenza tra ciò che si afferma ed i fatti da esse compiuti. Se non esiste coerenza nell'insieme delle prove, oppure i giudici non giungono attraverso di esse alla certezza morale della simulazione del consenso, non è lecito dichiarare la nullità del matrimonio.*

1. FACTI SPECIES. — Petrus, qui tunc athenaei alumnus veterinariae artis erat et afflictus erat propter interruptam consuetudinem cum alia puella quacum more uxorio convixerat, tempore aestivo anni 1982 primum occursum habuit cum Monica, quae disciplinas artis docebat et quae antea iam vinculum matrimonii civilis contraxerat, ex quo filia nata erat et quo adhuc devinciebatur, quamvis separatio legalis iam a multis annis exstaret.

Post primos occursum, cum mutuo allecti essent, Petrus et Monica consuetudinem intexuerunt, quae mox etiam intima facta est, ita ut Monica gravidaretur.

Ideo Petrus et Monica de matrimonio contrahendo tantum ritu religioso decreverunt, quamvis partes iudicialiter dissentiant de ratione ob quam decreta erat huiusmodi celebratio. Nam, dum Monica contendit id evenisse ex mutuo consilio, Petrus, explanans se tunc fuisse aversum ab Ecclesia, alienum ab ipso instituto matrimoniali et proclivem ad meram cohabitationem more uxorio, declarat sese accomodavisse ad voluntatem mulieris, quae autem contraria erat ab instituendo convictui more uxorio.

Petrus et Monica perstiterunt in proposito de matrimonio contrahendo, quamvis interea graviditas interrupta esset propter causas naturales.

Ideo matrimonium canonicum celebratum est in civitate «N. Lido», in ecclesia paroeciali S.M. Elisabeth dicata die 7 maii 1983: tunc vir aetatis annum tricesimum tertium agebat, dum mulier expletura erat aetatis annum tricesimum quintum.

Cum tandem mulier sententiam divortii obtinisset a priore matrimonio, partes die 15 octobris 1983 matrimonium contraxerunt etiam ritu civili.

Convictus coniugalis, quamvis perductus sit per undecim annos et filio laetatus esset, mox difficilis evasit ob plures rationes, quae difficulter definiri possunt ob diffformes et haud perspicuas

enarrationes partium. Utcumque inter illas causas saltem commemorare possumus infidelitates et denique abusum cocainae, ita ut vir etiam in iudicialibus controversiis coram Civilibus Magistratibus implicatus esset.

Cum cohabitatio intolerabilis facta esset, partes ad separationem devenerunt, et die 3 novembris 1994 Monica instantiam porrexit coram Tribunale Civili Veneto, ut separatio legalis sanciretur.

2. Tandem libello exhibito die 15 maii 1995 coram Tribunale Regionale Triveneto, Petrus nullitatis accusavit matrimonium, contendens a se exclusum esse ipsum matrimonium, vel saltem eius dignitatem sacramentalem.

Tribunal aditum, libello admissio, dubiis concordatis iuxta actoris instantiam, causae instructionem peregit, qua perdurante, constitutus est Patronus ex officio etiam mulieri, quae fortiter obstabat instantiae Petri et quae suos testes indicavit. Actis rite publicatis et congrua causae disceptatione admissa inter ius habentes, Iudices Tribunalis primae instantiae die 8 iulii 1997 sententiam protulerunt votis actoris omnino adversam.

Pars actrix, haud acquiescens, appellationem interposuit ad N.A.T.

Turnus rite constitutus est decreto Exc.mi Decani diei 29 octobris 1997. Deinde parti actrici designatus est tamquam patronus ex officio Adv. M., qui postea suffectus est per Adv. N.

Patronus partis actricis, iuxta voluntatem quam Petrus per litteras expresserat, expectavit ut nullitas matrimonii, praeter quam ex capite simulationis totalis ex parte viri, subordinate pertractaretur, tamquam in prima instantia, etiam ex capite exclusionis indissolubilitatis ex parte eiusdem viri, demisso capite exclusionis dignitatis sacramentalis ex parte actoris. Quam instantiam, servatis praescriptis Normarum N.A.T., Turnus admisit decreto diei 18 ianuarii 2000.

Ideo Ponens decreto diei 26 ianuarii 2000 iuxta hanc formulam definivit terminos controversiae: «An constet de matrimonii nullitate, in casu, ob consensus simulationem totalem ex parte viri actoris tamquam in secunda instantia; et quatenus negative, saltem ob exclusionem indissolubilitatis vinculi ex parte eiusdem viri tamquam in prima instantia».

Suppletiva causae instructio expleta est per novam iudicalem excussionem actoris, conventae et aliquorum testium.

Actis publicatis, deventum est ad causae disceptationem, dialectice intervenientibus Patrono partis actricis et vinculi Defensore deputato; dum conventa iam nihil animadvertit.

Ideo hodie Infrascriptis causa definienda proponitur in altero et primo iurisdictionis gradu et sub dubiis superius relatis.

3. IN IURE. — Iuxta tritam regulam iuris: «tempus regit actum», cum matrimonium, de quo in casu, celebratum sit die 7 maii 1983, per se, applicandae sunt normae Codicis a. 1917, qui tunc adhuc vigeat. Nam facta iuridica, quod attinet ad eorum validitatem, legitimitatem atque effectus iuridicos obiectivos et subiectivos ex iisdem ortos, reguntur ea lege, sub cuius imperio posita sunt. Ceterum: «Leges respiciunt futura, non praeterita, nisi nominatim in eis de praeteritis caveatur» (can. 10 CIC 1917; can. 9 CIC 1983).

Attamen quoad nullitatis capita, de quibus agendum est in praesenti casu, legitimus est recursus ad vigentem Codicem, quia in subiecta materia, nullo modo «re et substantia» a praecedenti lege differt norma nunc vicens.

4. Iuxta principium a traditione canonica receptum, repetitum in can. 1081 CIC 1917 et confirmatum a Concilio Vaticano II in Const. *Gaudium et Spes* (n. 48), etiam can. 1057 § 1 vigentis Codicis extollit fundamentale momentum consensus personalis nubentium ad constituendum matrimonium: «Matrimonium facit partium consensus inter personas iure habiles legitime manifestatus, qui nulla humana potestate suppleri valet». Ideo, supposita partium adaequata habilitate, requisita iure sive naturali sive positivo, earum consensus «est unica, totalis et adaequata causa efficiens matrimonii, seu est absolute necessarius ac per se sufficiens ad matrimonium constituendum» (Z. GROCHOLEWSKI, *De exclusione indissolubilitatis ex consensu matrimoniali eiusque probatione*, Neapoli, 1973, p. 21).

Attamen, ut perspicue dicamus, distinguenda sunt «duo momenta seu duo adspectus in matrimonio: alter, qui est pactio foederis, seu duorum consensus seu voluntatum sponsorum in unum conventio: en matrimonium *in fieri*; alter, qui est vinculum exinde enascens seu consortium coniugale seu status matrimonialis: en matrimonium *in facto esse*» (coram Exc.mo Pompedda, sententia diei 1 februarii 1995, RRDec., vol. LXXXVII, p. 97, n. 2). Ideo «canonis dictione recte [...] attentata patet non consensum facere matri-

monium in fieri, verum consensum ipsummet esse matrimonium in fieri» (coram Turnaturi, sententia diei 14 martii 1996, *ibid.*, vol. LXXXVIII, p. 236, n. 10), ex quo oritur, tamquam effectus, matrimonium «in facto esse».

Consensus matrimonialis autem definitur tamquam «actus voluntatis, quo vir et mulier foedere irrevocabili sese mutuo tradunt et accipiunt ad constituendum matrimonium» (can. 1057, § 2). Consequenter in «matrimonio in fieri» ipsi nubentes sunt «obiectum materiale» mutuae traditionis ac acceptationis; dum obiectum formale est «matrimonium in facto esse». Aliis verbis, sicut scriptum legimus in una coram Turnaturi diei 18 aprilis 1996, «Obiectum consensus [...] «no es otro que el varón y la mujer en su conyugalidad, o sea, en las potencias naturales del sexo en cuanto se relacionan con los fines del matrimonio. Dicho de otro modo, por el pacto conyugal la mujer se entrega como esposa al varón y el varón se entrega a la mujer como esposo; y ambos se eceptan como tales» (*Código de Derecho canónico*, J. HERVADA: *De matrimonio*, p. 629, ad can. 1057, § 2)» (*ibid.*, vol. LXXXVIII, p. 336, n. 8).

5. Consensus personalis nubentium tamen, utpote eorum mutua traditio et acceptatio proprie «ad constituendum matrimonium», discedere nequit ab obiectiva structura coniugii, quae illud specificat a qualibet alia intitutione, neque ab essentialibus obiectivis elementis et proprietatibus, quibus Deus illud adornavit, et quae Ecclesiae Magisterium fideliter interpretatur ac declarat. Matrimonium enim, quoad suam obiectivam constitutionem, «non ex humano arbitrio pendet», quia «ipse Deus est auctor matrimonii, variis bonis et finibus praediti» (Const. *Gaudium et Spes*, n. 48). Quod quidem sollemniter declarabatur iam in Litt. *Encycl. Casti Connubii*: «Primum quidem id maneat immotum et inviolabile fundamentum: matrimonium non humanitus institutum neque instauratum esse, sed divinitus; non ab hominibus, sed ab ipso auctore naturae Deo atque eiusdem naturae restitutore Christo Domino legibus esse communitum, confirmatum, elevatum; quae proinde leges nullis hominum placitis, nulli ne ipsorum quidem coniugum contrario convento obnoxiae esse possint» (AAS 22 [1930], p. 541).

Consequenter, sicut declaratur in una coram Sable diei 24 februarii 1995, «Ex una parte, voluntas Creatoris iam ab initio institutionem matrimonii circumscripsit ac definivit illam relationem

specificam inter virum et mulierem atque illam ab omnibus aliis relationibus distinguit. Altera ex parte... voluntas contrahentium confluere debet in unum idemque matrimonium a Deo Creatore constitutum, alioquin voluntas in aliquid aliud quam matrimonium versatur (cf. I. DE LUGO, *De iustitia et iure*, disput. XXII, n. 361)» (RRDec., vol. LXXXVII, p. 166, n. 2).

Ideo, quamvis unice a libera decisione sponsorum dependeat electio status vitae coniugalis, selectio compartis quacum status coniugalis in actum poni intenditur et manifestatio consensus quo matrimonium constituitur; attamen «libertati hominis matrimonii natura penitus subducitur, ita ut, si quis semel matrimonium contraxerit, divinis eius legibus et essentialibus proprietatibus subiciatur» (Litt. Encycl. *Casti Connubii*, AAS 22 [1930], p. 541).

Attamen ad constituendum matrimonium necesse non est ut a nubente omnia et singula eius obiectiva elementa ac proprietates directe et explicite inspiciantur, sed satis est ut ab eo saltem implicite comprehendantur in voluntate matrimonii contrahendi recta cum intentione, nullo essentiali elemento coniugii nullaque eius essentiali proprietate exclusis.

6. Ad matrimonium contrahendum tamen non sufficit mera interna voluntas uniuscuiusque ex contrahentibus, sed requiritur «pactum nuptiale», seu realitas consensualis unitaria. Scilicet: ut nubentium auto-donatio mutua sit, seu inter hunc virum et hanc mulierem, necesse est ut eorum voluntas coniugalis iuxta legitimam formam manifestetur per verba vel externa signa.

Cum plerumque in humanis relationibus fides praestanda sit verbis et signis quibus homo utitur ad patefacienda ea quae in animo volutat, praesertim quando agitur de rebus maximi momenti, sicut est matrimonium, quod graves effectus per totam vitam perdurantes gignit, peropportune Supremus Ecclesiae Legislator, praeter generalia principia de praesumptione validitatis cuiuslibet actus iuridici rite positi (can. 124, § 2) et de «favore iuris» quo gaudet matrimonium (can. 1060), propius de nostra re agens, hanc praesumptionem iuris declarat: «Internus animi consensus praesumitur conformis verbis vel signis in celebrando matrimonio adhibitis» (can. 1101, § 1).

Attamen, si in aliquo casu consensus nuptialis, qui utpote unica et absolute necessaria «causa efficiens» matrimonii «nulla humana potestate suppleri valet», reapse deficiens sit, idem Supre-

mus Legislator Canonicus, cum congruentia inter iuridicam conditionem et veritatem obiectivam circa statum personarum multum conferat ad salutem animarum, « quae in Ecclesia suprema semper lex esse debet » (can. 1752), consequenter statuit quoque: « At si alterutra vel utraque pars positivo voluntatis actu excludat matrimonium ipsum, vel matrimonii essenziale aliquod elementum, vel essentialem aliquam proprietatem, invalide contrahit » (can. 1101, § 2). Hoc in casu habetur *consensus simulatio*, seu « dissensio adest inter voluntatem internam et eius externam manifestationem, hoc est cum “Aliud agitur et aliud agi simulatur” (Ulp., D. 14,9) » (coram Turnaturi, sententia diei 1 martii 1996, RRDec., vol. LXXXVIII, p. 170, n. 9).

Quae simulatio, sicut hauritur ex relato textu can. 1101, § 2, potest esse vel *totalis* (si positive excluditur ipsum matrimonium), vel *partialis* (si excluditur aliquod elementum essenziale coniugii vel aliqua eius essentialis proprietate, ita ut nubens, quamvis velit aliquam matrimonii speciem, illud intendat tantum iuxta sua placita, quae obiective discrepant a Divina institutione de matrimonio).

7. Iuxta nuper commemoratum textum can. 1101, § 2, simulatio consensus tunc tantum habetur, quando exclusio ipsius matrimonii, vel alicuius eius elementi essentialis, vel proprietatis essentialis ingreditur in efficaciter definiendo obiecto consensus coniugalis, ita ut hic reapse feratur in obiectum substantialiter corruptum. Scilicet, sicut Nobis memoravit Summus Pontifex in Allocutione diei 21 ianuarii 2000, « La tradizione canonistica e la giurisprudenza rotale, per affermare l'esclusione di una proprietà essenziale o la negazione di un'essenziale finalità del matrimonio, hanno sempre richiesto che queste avvengano con un positivo atto di volontà » (AAS 92 [2000], p. 352).

Tunc dicendus est « positivus » ille actus voluntatis, quando est revera positus, et quidem utpote « actus humanus », seu deliberate procedens ab intellectu et voluntate; positus modo « actuali » vel saltem « virtuali » tempore nuptiarum, ita ut efficaciter conexus sit cum consensu, cuius obiectum substantialiter determinat; et « firmus », ita ut matrimonium contrahatur iuxta illam determinationem et non aliter. Aliis verbis, « è imprescindibile l'esistenza di un “actus elicitus”, cioè uscito, per così dire, dalla sfera meramente intellettiva per farsi volizione e concretarsi nel fatto » (E.

GRAZIANI, *Mentalità divorzistica ed esclusione dell'indissolubilità del matrimonio*, in *Ephemerides iuris canonici* 34 [1978], p. 26).

Consequenter simulationi locus non datur in formis psychologicis, quae reapse non perficiunt illum «actum positivum voluntatis», quales sunt, v.gr., voluntas mere interpretativa, intentio tantum habitualis, aliqua generica velleitas, animi propensio, intentio exorta solummodo tempore postnuptiali. Etiam error circa matrimonium eiusque essentialia matrimonii proprietates (can. 1099), quamvis radicans sit, si in mente tantum sistit, seu si solummodo manet «iudicium falsum» vel «falsa rei apprehensio», obiectum consensus non determinat.

8. Nostro in casu nullitas matrimonii pertractanda est ex simulatione consensus ex parte viri, et quidem sive sub aspectu «simulationis totalis», et sive sub aspectu «simulationis partialis», seu «ob exclusam indissolubilitatem».

Ideo aliquid proprie peragendum est de unaquaque forma assertae simulationis consensus, quamvis animadvertendum sit «simulationem totalem» primo loco videndam esse, et subordinate tantum pertractandum esse de «simulatione partiali». Etenim, sicut v. gr. scriptum legimus in una coram Funghini diei 24 maii 1995, simulatio totalis et simulatio partialis, «dum simul accusari et reici possunt, dumtaxat alternativo modo nullitatem matrimonii declarandam sinunt. Nam ubi adest probatio simulationis totalis, i.e. positivae recusationis ipsius matrimonii, iam locus non est videndi num exclusa quoque fuerit aliqualis essentialis proprietas aut naturalis ordinatio ipsius matrimonii et nullo modo admitti potest declaratio nullitatis ob simulationem sive totalem sive partialem: “cum totalis simulatio explodit et inanem reddit (ac ideo iuridice irrelevantem) simulationem partialem” (coram Colagiovanni, decisio diei 15 decembris 1982, RRDec., vol. LXXIV, p. 640, n. 3) et “fieri nequit ut quis eodem quoque tempore in totum reiciat coniugium ac velit aliquam eius speciem” (coram Stankiewicz, decisio diei 29 aprilis 1982, *ibid.*, p. 247, n. 3)» (RRDec., vol. LXXXVII, p. 312, n. 2).

Nam, sicut perspicue scriptum legimus in una coram Stankiewicz diei 23 octobris 1997, «constans iurisprudencia rotalis [...] proponere haud desinit inter simulationem totalem et partialem distinctionem, non quidem ratione effectus, qui semper idem est, et in nullitate consensus et matrimonii consistit, verum ratione obiecti

simulationis et conscientiae simulati actus. Nam in simulatione totali simulator scienter consultoque meram apparentiam signi nuptialis per voluntatem internam in ritu nuptiali exclusive intendit, cum quamlibet matrimonii figuram ex toto excludat, dum in partiali simulatione exoptat aliquam pseudoconiugii speciem, suis placitis tamen accomodatam, id est despoliatam indissolubilitate vel sacramentalitate, non exclusivam, seu apertam ad alias uniones contemporales, orbatam ordinatione ad bonum coniugum et ad prolis procreationem educationemque [...] Quamquam in simulatione matrimoniali, quae partialis vocatur, nupturiens voluntate interna ducitur adversus veritatem et essentiam ipsius matrimonii, merito tamen iurisprudencia sustinet eundem in perficiendo signo nuptiali “non cuiuscumque voluntatis esse absolute expertem” (coram Funghini, decisio diei 24 maii 1995, RRDec., vol. LXXXVII, p. 314, n. 4), sicut, e contra, in totali simulatione de more evenit. Ipse enim in simulatione partiali non intendit recusare “cum comparte inire societatem, et quidem neque mercatoriam neque lutoriam, sed familiarem. Et ideo quaedam elementa veri matrimonii (status matrimonialis) non reicit, sed ponere atque assequi constituit” (coram De Jorio, decisio diei 20 maii 1976, Florentina, A. 63/76, n. 4)» (*ibid.*, vol. LXXXIX, p. 766, n. 6).

9. Quod proprie attinet ad SIMULATIONEM TOTALEM, sicut nuper iam innuebamus et sicut hauritur ex relato textu can. 1101, § 2, animadvertendum est eam significare ipsius matrimonii positivam exclusionem, non obstante coniugii simulacro. Scilicet: qui totalem simulationem perficit, «dum externe manifestat se matrimonium inire velle», «interne non vult matrimonium qua tale, sed speciem aliquam iuridicam uti medium ad aliquem finem consequendum: “appunta la sua volontà a non voler divenire marito [vel: moglie]... nel senso che... si ha vera e propria difformità tra la volontà manifestata e quella reale” (A.C. JEMOLO, *Il matrimonio nel diritto canonico*, 1941, p. 195)». Aliis verbis: «loquendum videtur de voluntatis actu, quo ex una parte contrahens scienter et deliberate meram apparentiam seu speciem matrimonii re constituere intendit et ut hoc verificetur perficit quidem caeremoniam iuxta rubricas; at insimul, ex altera parte, positive excludit quod e celebrata caeremonia, etsi sollempni, suetae ac praevisae iuridicae et morales habeantur consequentiae obligationesque oriantur... Per caeremoniam, praeter aliquem peculiarem finem, vult commoda, saltem quaedam, ne di-

camus potiora, status matrimonialis absque oneribus et obligationibus consequi ac plenam iustificationem sibi vindicare erga partem, utriusque partis familiam et societatem alicuius boni, quod dumtaxat per statum matrimonialem obtinendum tenet» (coram Funghini, sententia diei 24 maii 1995, *ibid.*, vol. LXXXVII, pp. 313 s., nn. 3 s.).

Procul dubio, simulatio totalis consensus plures complectitur factispecies, sicut v. gr. explanatur in una coram eodem Ponente, diei 14 octobris 1992: «Non unam factispeciem complectitur simulatio totalis in iurisprudencia Nostrī Fori, uti scite animadvertit R.P.D. A. Stankiewicz, qui in una diei 29 ianuarii 1981 sequentes enumerat, ex recentioribus decisionibus haustas: “qui nullum in matrimonium consensum praestat”, “qui animum habet non contrahendi”, “qui comoediam agere vult”, “qui excludit ipsum matrimonium aut nupturientem”, “qui excludit societatem permanentem inter virum et mulierem ad filios procreandos seu intimam totius vitae communionem”, “qui absolute vult exclusionem sacramenti ita ut sub hypothese veri sacramenti nolit contrahere”, “qui pro forma celebrat”, “qui ritum nuptialem unice et exclusive celebrat tamquam medium ad finem operantis consequendum qui non est ipsum matrimonium” (RRDec., vol. LXXXIII, p. 47, nn. 6-7)» (*ibid.*, vol. LXXXIV, p. 468, n. 11).

Quando quis, iuxta ultimam commemoratam factispeciem, nuptias celebrat tantum ad finem a se intentum consequendum (qui nuncupatur: finis operantis), omnino diversum a finibus naturalibus instituti matrimonialis (qui vocantur: finis operis), aliqua saltem animadvertenda sunt.

Plerumque «fines operantis», qui diversi sint a «fine operis», obtinentur per matrimonium rite et recta intentione celebratum. Ita v. gr., puella quae ad honorabilitatem sociale servandam vel ad prolem legitimandam matrimonium init, ordinariis in adiunctis, utrumque intendit, scil.: et fines a se praecipue intentos et novum statum maritalem. Quod asserendum est si «fines operantis», extrinseci a «fine operis», causa sint «sine qua non» pro matrimonii celebratione. Nam «eiusmodi voluntas fines istos extraneos consequendi, causam quidem contractui dantes, minime tamen fines operis excluderet. Maneret, enim, semper “finis matrimonii debitus, etiamsi de illo nihil cogitent [nupturientes], quia eo ipso quod matrimonium contrahere intendunt, nisi debitum finem expresse excludant, illum virtute et implicite intendunt” (Th. SANCHEZ, *De*

*sancto matrimonii sacramento*, Lib. II, disp. 29, nn. 15 et 25; cf. P. GASPARRI, *De Matrimonio*, ed 1932, vol. I, n. 9; vol. II, n. 817)» (coram López-Illana, sententia diei 12 decembris 1994, *ibid.*, vol. LXXXVI, p. 623, n. 9).

«Finis operantis», enim, sicut docetur in una coram FUNGHINI, diei 14 octobris 1992, «per se matrimonii ineundi causa et ratio est, minime simulandi» (*ibid.*, vol. LXXXIV, p. 455, n. 9).

Attamen, sicut declaratur in eadem sententia, aliud dicendum est si nubens suos fines «extrinsecos» unice et exclusive sibi proponit, reiecta finalitate intrinseca conubii. Pariter matrimonium irritum reddit «qui nedum diversum, sed et contrarium ac naturali ac essentiali ordinationi matrimonii adversum finem primario ac praevalenti intentione consequendum sibi proponit [...] «Etenim finis operis — legitur in una coram Lefebvre — nequit excludi fine operantis quin corrumpat eo ipso contractus essentia, siquidem contrahentis voluntas non intendit omnino finem operis, sed tantummodo finem operantis, primum implicite excludens» (coram LEFEBVRE, decisio diei 12 martii 1960, RRDec., vol. LII, p. 171, n. 2)» (*ibid.*, vol. LXXXIV, p. 454, n. 7).

10. Quod autem attinet ad *exclusionem indissolubilitatis*, animadvertendum est indissolubilitatem, utpote «essentialem proprietatem matrimonii» (cf. can. 1056), praedicandam esse tamquam inhaerentem ipsi vinculo naturali et praeeistentem sacramento, a quo tamen firmitatem obtinet ita ut sit «quasi signum praevalens [...] mysterii connubii [...]. Ita, inter tria traditionalia ab Augustino relata matrimonii bona, illud indissolubilitatis sub tali praecisa designatione venit, sc. “bonum sacramenti”» (coram Serrano Ruiz, sententia diei 13 decembris 1991, *ibid.*, vol. LXXXIII, p. 777, n. 3).

Itaque Summus Pontifex admonuit: «Genesis Liber nos ad hanc recludit veritatem, dum familiae per conubium enarrans constitutionem affirmat: “Relinquet vir patrem suum et adhaerebit uxori suae; et erunt in carnem unam” (Gen 2, 24). Cum Pharisaeis dein disputans Christus eadem repetit verba atque addit: “Itaque iam non sunt duo sed una caro. Quod ergo Deus coniunxit, homo non separet” (Mt 19,6). Denuo regulam patefacit alicuius facti quod “ab initio” (Mt 19,8) existit in seque semper talem adservat doctrinam» (Litterae familiis datae ipso volvente sacro familiae anno MCMXCIV, AAS 86 [1994], p. 875, n. 7).

Quod autem attinet ad matrimonium inter baptizatos, Ioannes Paulus II, in Allocutione diei 21 ianuarii 2000 nos edocet: «“L’indissolubilità del matrimonio trova la sua verità ultima nel disegno che Dio ha manifestato nella sua Rivelazione. Egli vuole e dona l’indissolubilità matrimoniale come frutto, segno ed esigenza dell’amore assolutamente fedele che Dio ha per l’uomo e che il Signore Gesù vive verso la sua Chiesa” (Famil. Cons., n. 20). Il “lieto annuncio della definitività dell’amore coniugale”... si radica... nella novità cristiana, che fa del matrimonio un sacramento. Gli sposi cristiani, che hanno ricevuto “il dono del sacramento”, sono chiamati con la grazia di Dio a dare testimonianza “alla santa volontà del Signore: ‘Quello che Dio ha congiunto, l’uomo non lo separi’ (Mt 19,6), ossia all’instimabile valore dell’indissolubilità... matrimoniale” (Fam. Cons., n. 20)» (AAS 92 [2000], pp. 351 s., n. 3).

Quae indissolubilitas, interventa matrimonii consummatione, tam radicata est, ut in can. 1141 edicatur: «Matrimonium ratum et consummatum nulla humana potestate nullaque causa, praeterquam morte, dissolvi potest».

Ideo, ut recurramus ad auctoritatem S. Thomae Aquin., indissolubilitas ad matrimonium pertinet non solum «in suis principiis» (sicut bona fidei et prolis), sed etiam «secundum se», quia «ex hoc ipso quod per pactionem coniugalem sui potestatem sibi invicem in perpetuum coniuges tradunt, sequitur quod separari non possint; et inde est quod matrimonium numquam invenitur sine inseparabilitate; invenitur autem sine fide et prole, quia esse rei non dependet ab usu suo» (*Comment. in Lib. IV Sententiarum*, dist. XXXI, q. 1, art. 3, in c).

11. E contra, simulatio consensus ob exclusam indissolubilitatem tunc habetur quando quis, celebrans matrimonium, reapse hoc vult dissolubile. In indissolubilitate autem tres gradus inter se intime coniuncti prospici possunt, scilicet: stabilitas, perpetuitas atque indissolubilitas sensu stricto intenta (cf. P.J. VILADRICH, *Estructura esencial del matrimonio y simulación del consentimiento*, Pamplona, 1997, p. 97).

Consequenter etiam exclusio indissolubilitatis veluti per triplicem formam fieri potest, sicut, v. gr., docetur in una Romana, coram Stankiewicz, diei 26 novembris 1998: «In primis [...] indissolubilitatem is excludit, qui stabilitatem vinculi matrimonialis respuit. Idque obvenit, si quis unionem transitoriam tantum stipulare

cum comparte intendat, seu matrimonium, quod dicitur, *ad experimentum* (cf. Ioannes Paulus II, Adh. Ap. *Familiaris consortio*, n. 80). Deinde indissolubilitatem is quoque excludit, qui perpetuitatem vinculi matrimonialis reicit. Hoc autem tunc accidit, si quis unionem *temporariam* (cf. *ibid.*) tantum ingredi velit, seu matrimonium, quod dicitur, ad tempus. Demum indissolubilitatem directe proprieque is excludit, qui sibi servat ius radicale solvendi vinculum matrimoniale, quod ius divortiandi vocari solet vel *facultas divortii faciendi* (cf. *ibid.*, n. 82)» (RRDec., vol. XC, p. 761, n. 10).

Utique ut irritet matrimonium, necesse non est ut intentio abrumpendi vinculum absoluta sit, sed sufficit etiam voluntas «condicionata» rescindendi vinculum, uti, v. gr., si amor vel concordia deficiat, si coniugalis convictus infelix evadat, etc. Etiam hoc in casu tamen actus voluntatis, quo vitiatur consensus est absolutus; dum «condicionata» seu «hypothetica» est tantum ruptura coniugii, quae dependet ab eventu, quo verificato, nubens solvet vinculum. Ideo: qui sibi servat facultatem vinculi obrumpendi, si obvenerit aliqua reformidata circumstantia, iam in radice destruit consensum traditum. Nam etiam hoc in casu «ob vicens indissolubilitatis principium, quod nullum statum pendentiae eventus resolutorii patitur, consensus matrimonialis iam ab imis radicibus praepeditur atque ab integro destruitur momento eius manifestationis, quin ad effectum nullitatis consensus sit constitutiva eventus praevisi recognitio» (coram Stankiewicz, sententia diei 29 maii 1992, RRDec., vol. LXXXIV, p. 311, n. 10).

12. Probatio cuiuslibet simulationis (sive «totalis» sive «partialis») difficilis est «quia agitur de actu interno et quia simulatio contra se duas habet iuris praesumptiones, favorem nempe quo matrimonium gaudet (can. 1060) et praesuppositum quod internus animi consensus sit conformis verbis vel signis in celebrando matrimonio adhibitis (can. 1101, § 1)» (coram Turnaturi, sententia diei 1 martii 1996, *ibid.*, vol. LXXXVIII, p. 172, n. 13); attamen non est impossibilis si haec concurrant: «a) confessio iudicialis et praesertim extraiudicialis asserti simulantis, testibus fide dignis tempore insuspecto concredita. Quae confessio exigitur ex eo quod simulatio est animi actus internus [...], qui externe cognosci potest tantum ex revelatione ipsius agentis [...]; b) gravis et proportionata simulandi causa, a contrahendi bene distincta. Nemo enim praesumitur in negotio tanti momenti leviter, inconsiderate vel temere agere

voluisse contra institutum matrimonii prout ab Ecclesia proponitur [...]; c) circumstantiae prae et post matrimoniales quae nedum verisimilem, sed probabilem, reddant simulationem» (coram Funghini, sententia diei 29 ianuarii 1997, *ibid.*, vol. LXXXIX, p. 42, n. 4).

Nam asseverationes partium et testium ultra corticem verborum sunt cribrandae, id est accipiendae non sunt unice secundum mentem quam post infelicem exitum coniugalis convictus conficere solent ii quorum interest solutio vinculi conubialis; sed maxime attendenda est cohaerentia (vel incongruentia) inter «dicta» et «facta», uti legitur v. gr. in una coram Pompedda diei 13 iulii 1987: «Memoria ne excidat verba seu asseverationes ab adiunctis seiuncta nihil valere. Circumstantiae enim verba ipsa explicant atque univoca reddunt, sed insimul motivum assertorum praebent iidemque verisimilitudinem addunt» (Romana, A. 125/87, n. 4).

Ceterum in huiusmodi causis veritas eruitur non ex uno alterove elemento, sed ex cunctis causae probationibus, simul consideratis.

Attamen, si allatae probationes, complexive sumptae, haud cohaerentes videntur, vel utcumque in animo iudicis non gignunt moralem certitudinem de simulato consensu (cf. can. 1608), non licet matrimonii nullitatem declarare, etiam propter-*bis* explicite declaratam in Codice praesumptionem pro valore matrimonii (cf. cann. 1060 et 1101 § 1).

Ceterum, quando non attingitur moralis certitudo de nullitate matrimonii ob adducta capita, serio cogitanda sunt quae Summus Pontifex dilucide Nobis declaravit in Allocutione diei 21 ianuarii 2000: «È necessario riaffermare che il matrimonio sacramentale rato e consumato non può mai essere sciolto neppure dalla potestà del Romano Pontefice» (AAS 92 [2000], p. 353, n. 6).

IN FACTO. — Cum nullitas matrimonii pertractanda sit ob asertam duplicem formam simulationis (scil.: ob simulationem totalem ex parte viri, et, quatenus negative, ob exclusionem indissolubilitatis ex parte eiusdem viri), de unoquoque capite distincte pensitandae sunt probationes. Attamen opportune aliqua praemittenda sunt, quae simul respicere possunt utramque consensus simulationem.

13. Pensitantibus probationes quae in actis sunt de utraque forma simulationis consensus, statim obvenit gravis difficultas ex

eo quod partes in theses omnino contrarias procedunt. Nam, dum actor, fortasse haud perspicua quidem dicendi ratione, contendere conatur de nullitate matrimonii sive ob exclusum a se matrimonium ipsum sive saltem ob exclusam a se vinculi indissolubilitatem, conventa, e contra, declarat asserta capita nullitatis matrimonii destituta esse quolibet fundamento. Ceterum plerumque omnino inter se discrepantes sunt etiam enarrationes Petri et Monicae de suis vicibus praenuptialibus et postnuptialibus.

Ideo maximi momenti esset quaestio de definienda partium credibilitate.

Utique testes, qui inducti sunt ab Actore, iudicium promunt de credibilitate viri, dum plerumque asserunt fidem tribuendam non esse mulieri. E contra, testes qui inducti sunt a Conventa, extollunt credibilitatem mulieris et declarant virum mendacem esse.

Unicus testis «ex officio» (Rev. Q.) tamen, fortasse magis obiective animadvertit: «Reputo i coniugi sinceri fino ad un certo punto; è impossibile che l'uno affermi una cosa e l'altra tutto il contrario, e viceversa».

Ideo ex criteriis «ab extrinseco», nullum certum iudicium hauriri potest utrum fides tribuenda sit Actori potius quam Conventae.

Consequenter credibilitas potius pensitanda est iuxta criteria «ab intrinseco», seu iuxta ea quae hauriuntur ex ipsis vadimoniis et praesertim iuxta congruentiam vel inconsequentiam inter ea quae iudicialiter asseruntur et concreta facta ac adiuncta. Ideo: «meritum causae» oppetere debemus.

14. Imprimis praemittenda sunt aliqua elementa «indirecta», quae aliquo modo definire possunt quaenam fuerit veluti existentialis condicio viri tempore nuptiarum et quidem relate ad quaestiones, de quibus agendum est praesenti in casu.

a) Ex actis causae hauritur actorem «remote» humum fertilem praebuisse sive ad excludendum ipsum matrimonium, sive saltem ad excludendam indissolubilitatem vinculi. Ipse enim, inde a prima aetate educatus est a parentibus, qui inter se graviter dissidebant, ita ut tandem pater, ad relationem colendam cum alia muliere, uxori et filio valedixisset, quando Petrus adhuc puerulus erat. Attenta peculiari condicione familiae in qua Actor crevit, ipsa eius mater Nos edocet: «Dal momento che neppure io ero praticante, Pietro non ha ricevuto una adeguata educazione religiosa».

Attamen negligere non possumus saltem aliquam educationem religiosam receptam esse ab Actore per sacerdotes suae parociae et postea ephebeorum, apud quae studia coluit per aliquot annos. Ipse Petrus enim haec commemorat: «Da piccolo ho frequentato la parrocchia e ricordo ancora un certo don Gino al quale, anche se mi “tirava gli orecchi”, ero sempre ugualmente vicino... In seconda media fui bocciato ed allora mi misero in collegio al “Pio X” di Treviso, dove completai le medie. Poi frequentai il Liceo scientifico “Benedetti” a Venezia. Entrato in contrasto con un paio di professori, un altro insegnante mi suggerì di non continuare l’anno e quindi sono andato al “Pio X” di Bocca di Cadore, dove mi sono trovato benissimo» et apud quod explevit studia lycei. Ipse significanter addit: «Ricordo che ebbi una esperienza molto bella al “Pio X” di Treviso quando partecipai ai ritiri spirituali».

Utrumque, perdurante adulescentia, Petrus negligere coepit cultum religionis, quamvis pro certo non pateat ipsum hostilem factum esse Ecclesiae Catholicae. Ipse Actor enim, qui in altero vadimonio radicitus declaravit: «Al tempo del matrimonio non ero né credente né praticante. Non credevo né in Dio né nei sacramenti. Non mi ritenevo cristiano», in primo vadimonio tamen moderatius tantum explanaverat: «Ho abbandonato radicalmente la pratica religiosa... La mia era una posizione agnostica soprattutto verso la forma umana del mondo religioso».

Etiam testes, qui bis iudicialiter excussi sunt, non concorditer dicunt de iis quae Actor sentiebat de religione tempore nuptiarum:

— Mater actoris, quae in primo vadimonio haec perspicue asseruerat: «Pietro, più che contrario o ateo, era indifferente», omnino discrepante, in altero vadimonio, declarat: «Mio figlio non era credente, non credeva in niente, non praticava la Chiesa».

— Amicus Bruno, generico omnino sermone in vadimonio diei 18 octobris 1995, tantum animadvertit: «Pietro non ha ricevuto alcuna educazione religiosa»; dum in vadimonio diei 16 octobris 2000 haec solummodo declarat: «Pietro, per quanto ne so io, non era praticante».

— Ioannes, qui pariter amicus est actoris «fin dall’infanzia», in priore vadimonio graviter asserit: «Ben presto, lui stesso imboccò la strada della non credenza, oltre che del completo disinteresse verso l’istituzione della Chiesa. Fin dai sedici-diciassette anni Pietro cominciò a dichiararsi apertamente non credente». In

altero vadimonio, e contra, tantum declarat: «All'epoca del matrimonio, Pietro non era praticante dal punto di vista religioso».

— Fortasse inter haud constantes asseverationes testium, quas nuper commemoravimus, omnibus perpensis, magis obiectiva videntur, quae declarata sunt ab Andrea et a Mauro, qui pariter amici sunt Actoris inde a prima aetate. Prior enim in vadimonio diei 27 octobris 1995, quamvis admittat: «Dal punto di vista religioso, l'educazione (di Pietro) è stata inesistente», tamen explanat: «Pietro nei confronti della religione è sempre stato indifferente. Credo che non gli sia mai stata fornita l'opportunità di un approfondimento serio dal punto di vista religioso». In vadimonio autem diei 20 octobris 2000 testis tantum animadvertit: «All'epoca del matrimonio, per quello che ne so io, la pratica religiosa di Pietro... era nulla». Alter testis, qui semel tantum iudicialiter excussus est, utique asserit: «Dai sedici ai ventitré anni la posizione di Pietro verso la religione cristiana era zero», explanans tamen: «Più che contrario alla religione era indifferente».

— Conventa, sua ex parte, in primo vadimonio explicite non dicit de iis quae actor sentiebat de religione tempore nuptiarum, animadvertens tantum: «Pietro non era né ateo né agnostico»; dum in altero vadimonio asserere potius videtur de quodam «indifferentismo religioso»: «Pietro ha sempre avuto dal punto di vista religioso degli alti e dei bassi... Non era contrario alla religione, anche se non parlava mai di questioni religiose... Partecipava alle celebrazioni nelle grandi occasioni».

— Testes, qui inducti sunt a Conventa, nova elementa ad acclarandam nostram quaestionem addere non valent; dum Rev. Q. nihil omnino dicit.

b) Utcumque si ex commemoratis vadimoniis partium et testium haurire non possumus virum hostilem fuisse contra religionem catholicam, saltem concludere possumus ipsum «indifferentem» fuisse in re religiosa.

Consequenter admittere possumus Actorem, sive quod attinet ad «suas» veritates extruendas sive quod attinet ad suam agendi rationem, prae oculis non habuisse doctrinam et ethicam Ecclesiae Catholicae.

Ita, praesertim quod attinet ad doctrinam de matrimonio, saltem admittere possumus Petrum fuisse indifferentem quoad naturam sacramentalem coniugii et quoad proprietates quas Ecclesia Catholica praedicat tamquam essentiales matrimonii.

c) Praeterea in vadimoniis innuitur Actorem, fortasse etiam propter perniciosum exemplum parentum, qui post separationem coniugalem, novas consuetudines amatorias instauraverant, concrete perspicuam notionem de gravitate et momento instituti matrimonialis non recepissee.

Nam, antequam incurreret in Conventam, Petrus, decurrente tempore, saltem tres consuetudines amatorias intexuerat cum mulieribus, quibuscum immo convictum more uxorio instauraverat, quin cogitavisset de vinculo saltem civili contrahendo.

Quae consuetudines amatoriae Petri tamen non omnino acclarae sunt in vadimoniis. Ipse Actor enim tantum explanat: «Ho avuto tre legami importanti... Rimasi assieme ad ogni ragazza per anni. Le mie "cose" importanti sono state "convivenze"... Con Marina intrecciai la mia prima relazione seria (ci rimasi assieme per due anni e mezzo, forse tre)... Poi questa si è "persa" per problemi suoi e quindi conobbi Christina. Purtroppo anche Christina era un po' "ballerina". Non trovando una situazione stabile, il mio cuore si è aperto a Rosa, con la quale stavo veramente bene», ita ut ipse in libello scripsisset: «Io all'epoca (scil.: quando conobbi Monica) mi trovavo in uno stato depressivo molto forte conseguente dal fatto che ero stato lasciato dalla donna che amavo e con la quale avevo convissuto».

Conventa tamen saltem aliquid addit maximi momenti: «Prima di me, Pietro fu con Cristina, con Enrica ed ancora con Rosa: sono ragazze con le quali ha convissuto. So che Marina fu la sua prima ragazza; Cristina e Rosa, separate con figli, convissero con Pietro anche assieme ai figli: ho visto le fotografie».

Ideo ex relatis vadimoniis partium hauritur Actorem cum nuper commemoratis mulieribus probabilius non cogitavisse de matrimonio saltem civili contrahendo, non quia alienus erat a vinculo conubiali, sed potius quia illae mulieres adhuc devinciebantur praecedenti vinculo matrimonii et utcumque quia illae consuetudines nondum diuturnae et firmae erant, ut de vinculo coniugali contrahendo agi posset. Consequenter, ad Nostram quaestionem quod attinet, nimis extollendi non sunt convictus more uxorio quos vir, de facto, instauraverat antequam consuetudinem intexeret cum conventa.

d) Quod autem attinet ad definiendam «causam matrimonii contrahendi» ex parte Actoris cum Conventa, iterum discrepantia sunt inter se, quae iudicialiter dicta sunt ab actore et a conventa,

quamvis opportune distinguendae sint rationes ab quas Petrus consuetudinem instauraverat et colebat cum Monica et rationes ob quas concrete decreta est matrimonii celebratio.

Quod attinet ad primam quaestionem, Actor contendit se numquam amore captum fuisse conventae, ita ut cum ipsa instaurasset relationem, quae solummodo erat «sessuale». Conventa, e contra, declarat: «[Pietro] è l'unica persona di cui credo di essermi innamorata», addens: «le cose che Pietro sentiva o mi dimostrava erano come quelle che io sentivo per lui».

Inter testes, solummodo mater Petri et amicus Bruno confirmant quae dicta sunt ab Actore: «Mio figlio mi ha sempre detto che non ha mai amato Monica, era piuttosto attirato dai sensi» (Mater Actoris). «A mio parere, in questa relazione, la spinta emotiva fu data dal sesso» (Bruno).

E contra, aliqui testes, inter quos non desunt etiam aliqui amici Actoris, confirmant quae declarata sunt a Conventa: «Conoscendo il carattere di Pietro, ritengo che, per arrivare a sposare Monica, ne fosse veramente innamorato» (Ioannes). «Penso che i due si amassero veramente» (Andreas). «Monica e Pietro si amavano veramente» (Mater conventae).

Fortasse referre possumus, quae concrete inspexit Andreas ad probandum Actorem, imminentibus nuptiis vehementer captum fuisse conventae: «Più che Pietro stesso, fui io a metterlo all'erta sulla riuscita della futura vita coniugale, ma lui era bruciato dal suo entusiasmo».

Omnibus perpensis, fortasse ex dissonantibus vadimoniis, haec ratio eruitur ob quam Actor et Conventa perducebant consuetudinem sponsaliciam: ipsi mutuo capti erant et valde se delectabant in voluptatibus venereis colendis.

Quod autem proprie attinet ad causam ob quam concrete decreta est matrimonii celebratio, occasio data est quia Monica praegnans facta erat.

Vir contendere videtur se veluti «passive» assensum esse voluntati conventae de matrimonii celebratione, et quidem ritu canonico, quia «i genitori le avrebbero permesso di vivere con me, assieme alla figlia del precedente matrimonio, solo se ci fossimo sposati in Chiesa».

Conventa tamen explicitè asserit decisionem de matrimonio contrahendo ritu canonico «è stata una decisione nata un po' alla volta. Fu una scelta accettata concordemente». «Eravamo tantis-

simo affiatati... Era bello sposarci davanti a Dio e fare di questo legame il fulcro di tutto, nel bene e nel male».

Ceterum nullus testis asserit virum, aliquo modo, restitisse matrimonii celebrationi; immo plerique animadvertunt partes laeto animo suam relationem duxisse etiam imminentibus iam nuptiis.

De facto graviditas Monicae aliquo tempore ante nuptias interrupta est abortu naturali; partes tamen perseveraverunt in iam capta decisione de matrimonio contrahendo, probabilius quia ipsa graviditas occasionem tantum praebuerat pro concreta decisione de matrimonio contrahendo, cuius tamen fundamentalis ratio erant quae iuvenes sentiebant sive tamquam mutuos animorum affectus, sive tamquam venereas delectationes.

Ex actis patet etiam quaenam reapse fuisset ratio ob quam matrimonium celebratum sit ritu tantum religioso: «Io ero già separata da 10 anni, e per il divorzio [de priore matrimonio, quod celebratum erat ritu tantum civili] aspettavo già da tre anni il documento che arrivasse dall'Algeria: quindi anticipammo il rito religioso. D'altra parte poco mi interessava chiedere la documentazione. Mi attivai nel momento in cui avevo l'esigenza di sposarmi» (Conventa). Utcumque post aliquot menses matrimonium celebratum est etiam ritu civili die 15 octobris 1983.

A) *De consensus simulatione totali ex parte viri actoris.* — 15. Quod attinet ad definiendam «causam simulandi totaliter consensus» ex parte viri, memoranda sunt, quae supra scripsimus de defectu eius educationis religiosae et saltem de eius «indifferentismo» in re religiosa atque de eius proclivitate ad instaurandum cum mulieribus tantum convictum de facto more uxorio, sine ulla matrimonii celebratione.

Attamen, sicut pariter antea iam animadvertimus, commemorata elementa extollenda non sunt ultra modum!

16. Utcumque, quamvis concedamus, in casu, adfuisse congruentem «causam simulandi», iuxta infrascriptos Patres Auditores de Turno, plene confirmandum est iudicium prolatum a Tribunali primi gradus, quia nullo modo probatur positiva exclusio ipsius matrimonii ex parte Petri. Nam:

a) Imprimis in verbis quibus ipse Actor iudicialiter explanare conatur hanc simulationem consensus, non inspicitur vera iudicialis declaratio de excluso matrimonio, vel saltem de contracto tantum

aliquo simulacro matrimonii, positive tamen exuti omnibus essentialibus obiectivis elementis coniugii. Ceterum Actoris dicendi ratio haud constans et perspicua est. Aliquando enim ipse asserit, antequam mulier praegnans fieret, «non c'era neanche la più vaga intenzione di dividere la mia vita con questa signora [i.e.: cum Conventa]»; postea, mirandum in modum, animadvertit: «Ho accettato il matrimonio, però mi sono sposato, ignorando ciò che facevo»; et deinde hanc suam aequationem explanat: «Che fosse matrimonio, che fosse convivenza, per me era lo stesso».

Etiam in altero vadimonio nihil addit ad magis perspicuam reddendam suam iudicalem confessionem de reapse a se simulato consensu: «Il vincolo matrimoniale sia civile che religioso era da me ritenuto una pura formalità senza alcun valore, tanto più che avevo convissuto in precedenza con altre persone. Io avrei preferito una semplice convivenza in luogo del matrimonio, dal momento che lo ritenevo privo di significato».

In relatis viri asseverationibus fortasse innuuntur eius obiective erronea notio de matrimonio et eius indifferentia de matrimonii celebratione, sed nihil declaratur de positiva intentione exuendi quolibet essentiali elemento coniugii consuetudinem coniugalem quam utcumque instaurare voluit cum Monica.

b) Conventa negat quamlibet consensus simulationem ex parte viri. Nam quaestioni utrum Petrus aliquando locutus esset contra suum matrimonium vel saltem contra celebrationem ritu religioso, rotundo ore declarat: «No. Di fronte a me mai», explanans: «Pietro conosceva l'essenza del matrimonio cristiano», et tempore praenuptiali fuit «vicinissimo [mihi]», praesertim quando interrupta erat graviditas praenuptialis. Quas declarationes mulier confirmavit in altero vadimonio.

c) Etiam testes, quamvis aliqui asserant matrimonii religiosam celebrationem extraneam visam esse mentalitati viri, qui antea saltem tres meras cohabitationes more uxorio coluerat, nihil omnino receperunt de eius positiva intentione exuendi quolibet essentiali elemento coniugii matrimonium quod contracturus erat cum conventa; ideoque concrete nihil declaraverunt de hac intentione. Immo non desunt testes, quidem ab Actore inducti, qui, suam opinionem promentes, positive declarent de viri intentione contrahendi verum matrimonium: «Il matrimonio... per lui è stata la ricerca di una famiglia che non aveva avuto. I suoi genitori si erano separati quando aveva solo 10 anni. Il suo era un tentativo di fare

una famiglia, di fare casa» (Bruno). «Penso che Pietro avesse una concezione di tipo tradizionale circa il matrimonio cristiano in genere» (Ioannes).

17. Dum non probatur exclusio ipsius matrimonii ex parte viri, plures circumstantiae autem positive militant contra assertam «simulationem totalem» ex parte viri. Nam:

a) tempore praenuptiali, Actor captus erat Conventae; et postquam decreta est matrimonii celebratio, ipse laetus videbatur. Consuetudo praematrimonialis ducebatur sine altercationibus inter partes;

b) de incepta cohabitatione post nuptias celebratas ritu religioso, ipse vir animadvertit: «Mi faceva anche piacere avere qualcuno in casa e farmi sentire come papà dalla figlia di primo letto di Monica»;

c) partes, quando Monica documenta obtinuit de divortio a priore matrimonio quod ritu tantum civili contractum fuerat, sine ulla difficultate vel coercitione, die 15 octobris 1983 suum vinculum confirmaverunt etiam per matrimonii celebrationem ritu civili;

d) Actor, sine difficultate, filium recepit, quem Conventa peperit die 1 iunii 1985, et qui obiective ulterius firmabat vinculum inter partes;

e) ipse Petrus, quamvis ad sexum proclivis esset, iudicialiter declaravit, haud perspicua tamen dicendi ratione, a se per aliquot annos fidem coniugalem servatam esse: «Ad un certo punto, scattò la molla e mi sono innamorato due volte (dopo 5 anni di convivenza coniugale) e a malincuore ho rinunciato a questi amori... perché c'era di mezzo mio figlio»;

f) cohabitatio coniugalis, quamvis per aliquot annos aerumosa esset, perduravit fere per undecim annos, et interrupta est non impulsu viri, sed mulieris.

18. Ideo, omnibus elementis complexive perpensis, nullo modo constat Actorem, quando matrimonium canonicum celebravit, positive intendisse vinculum conubiale non contrahere vel statum matrimoniale non assumere cum conventa.

Consequenter nullitas matrimonii declarari non potest «ob consensus simulationem totalem ex parte viri».

B) *De exclusione indissolubilitatis vinculi ex parte viri actoris.*  
— 19. Etiam quoad hanc speciem simulationis consensus, tam-

quam «causam simulandi remotam», memorare possumus quae antea animadvertimus de viri haud adaequata educatione religiosa, de eius indifferentismo in re religiosa ideoque etiam in doctrina Ecclesiae Catholicae de matrimonio.

Praeterea inter elementa quae firmare poterant «causam simulandi remotam» proprie quoad exclusionem indissolubilitatis vinculi, negligere non possumus Petrum, inde a prima aetate, prae oculis habuisse exemplum suorum parentum, qui nullo modo alebant notionem de matrimonio tamquam de vinculo indissolubili. Hoc argumentum tamen considerari potest etiam sub contrario aspectu. Nam Petrus, cum multa passus esset propter parentum separationem, potius colere debuisset propositum de non iteranda eadem animi aegritudine proli, quae fortasse enata foret ex proprio futuro matrimonio.

Utrumque antequam incurreret in Conventam, Actor saltem tres relationes, more uxorio, coluerat quae ad tempus tantum perduraverant, quamvis rupturae semper locum habuissent impulsu illarum mulierum.

Attamen, quod attinet ad «causam simulandi remotam» proprie quoad hanc speciem simulationis consensus, animadvertendum est nihil omnino constare ex vadimoniis de iis quae actor sentiebat di instituto divortii: quod mirandum est si ipse reapse exclusivisset indissolubilitatem vinculi, cum tempore quo matrimonium celebratum est, divortium in Italia iam a multis annis vigeret!

20. Utrumque, Nostro in casu, animadvertendum est in nullo vadimonio aliquid innui de viri serio dubio de exitu futuri matrimonii. Ideoque deest «causa simulandi proxima», quae «psychologica» maximi momenti fuisset ut erronea notio de matrimonio a viro applicaretur proprio matrimonio concreto, saltem si ageretur de exclusione indissolubilitatis «sub forma condicionata vel hypothetica».

Actor enim ne innuit quidem hanc quaestionem.

Conventa autem et testes, dum asserunt felicem et sine alterationibus fuisse consuetudinem praenuptialem, declarant nullum dubium patefactum esse ab actore tempore praenuptiali.

Conventa enim de tempore praenuptiali asserit: «Eravamo tantissimo affiatati... Quando ci siamo sposati, nemmeno Pietro aveva avanzato dei timori».

Inter testes, Bruno, amicus Actoris, animadvertit: «Durante il periodo di “fidanzamento” sembrava che tutto fosse normale...»

Non sono a conoscenza di momenti di tensione tra i due, durante il fidanzamento... Pietro non mi confidò timori per la riuscita della futura vita coniugale».

Non aliter dicit ipsa mater Actoris: «Non ho notato momenti di tensione tra i due durante il brevissimo periodo prematrimoniale». «Prima del matrimonio sembravano felici». «Non ricordo che [Pietro] mi abbia manifestato timori per la riuscita della futura vita coniugale».

Ioannes, amicus Actoris, confirmat: «Prima del matrimonio i giovani sembravano normalmente legati e affettuosi tra loro». «Presumo che Pietro sia arrivato al matrimonio perché era proprio innamorato di questa ragazza».

Andreas, amicus Actoris «da sempre», firme declarat: «Penso che i due si amassero veramente. Non notai tensioni tra di loro durante il fidanzamento». «Fui io a metterlo all'erta sulla riuscita della futura vita coniugale, ma lui era bruciato dal suo entusiasmo».

Etiam Paula, filia partis conventae, inspexerat: «La mamma e Pietro erano veramente innamorati, lo si vedeva... Durante il fidanzamento non mi sono accorta di nessun momento di tensione tra mamma e Pietro». «Quando cominciarono a parlare di matrimonio, erano ambedue entusiasti».

Denique mater Conventae asserit: «Il periodo del fidanzamento trascorse felice e sereno... A mio parere, Monica e Pietro si amavano veramente... Non ho colto alcun momento di tensione tra i due durante il fidanzamento». «Non mi sono accorta che [Pietro] avanzasse timori per la riuscita della futura vita coniugale».

21. Utcumque praecipua difficultas ad declarandam nullitatem matrimonii etiam quoad hanc formam simulationis consensus consistit in totali defectu probationis positivi actus voluntatis de reapse esclusa indissolubilitate ex parte viri.

Mirandum in modum, enim, Actor, dum in litteris diei 29 octobris 1999, in quibus instantiam proposuerat ut causa, tamquam in prima instantia, pertractaretur etiam ex capite exclusionis indissolubilitatis sua ex parte, explicitè asserens suam positivam exclusionem huius proprietatis essentialis et quidem propter adaequatas rationes, scilicet: «per motivi ideologici e per motivi pratici», in vadimonio diei 9 octobris 2000, generico tantum sermone asserit: «Io ritenevo inconcepibile l'indissolubilità del vincolo... Il motivo

di fondo della esclusione dell'indissolubilità stava nel fatto che io non ero assolutamente credente. A questo si aggiunge che allora avevo una concezione della vita priva di legami perenni o definitivi».

Ex relatis viri asseverationibus enim Petrus dicit de sua erronea notione de matrimonio, potius quam de positiva esclusione indissolubilitatis.

Utrumque Conventa negat quamlibet « confessionem extraiudiciale praenuptiale » sibi factam esse ab Actore: « Pietro, prima del matrimonio, non si è mai espresso circa l'indissolubilità... Non ha mai espresso le sue convinzioni in merito ».

Pariter testes, qui iterum excussi sunt quando causa pertractabatur coram N.A.T., quamvis auxilium praebere velint Actori ad obtinendam declarationem nullitatis matrimonii a Tribunale Ecclesiastico, ideoque aliquam opinionem promant de eius intentione contra vinculi indissolubilitatem, admittunt reapse Petrum numquam intentionem patefecisse de esclusa a se indissolubilitate

Mater Actoris enim, quamvis asserat: « Mio figlio non credeva nell'indissolubilità del matrimonio... Ha preso il matrimonio come un gioco... Non accettava l'indissolubilità del vincolo », tandem omnino delumbat commemoratas declarationes, cum explanet: « Mio figlio non ha mai manifestato apertamente il suo pensiero circa l'esclusione dell'indissolubilità. In mia presenza non ha mai trattato questo argomento ».

Etiam testis Bruno omnino incongruenter dicit de Nostra quaestione. Nam antea asserit: « Avranno accettato l'indissolubilità del vincolo di fronte al parroco, ma non so quanto fossero convinti di questo... Non so se abbiano mai affrontato il discorso dell'indissolubilità, anzi penso che non si siano mai posti il problema »; sed statim, mirandum in modum, addit: « Io porrei come paletto alla base dell'esclusione dell'indissolubilità da parte di Pietro la sua preparazione religiosa di allora. Era portato a fare una cosa, sapendo poi che all'occorrenza in qualche modo si sarebbe aggiustata »!

Ioannes referre videtur tantum proprias opiniones: « Penso che Pietro non avesse alcun tipo di convincimento circa l'indissolubilità. Nel periodo giovanile Pietro, vista anche l'esperienza dei suoi genitori divorziati, aveva sempre espresso la sua idea che il matrimonio indissolubile per lui non era una meta ed una scelta di vita ». « Credo che Pietro escludesse l'indissolubilità per la sua particolare

natura libera ed istintiva. Presumo che vedesse il matrimonio come un legame restrittivo che lo avrebbe limitato nella sua libertà di azione. Non abbiamo mai approfondito questo argomento».

Fortasse congruentius est vadimonium Andreae: «Prima del matrimonio non ho mai sentito alcuna delle parti esprimere la propria concezione circa l'indissolubilità del matrimonio stesso». Consequenter: «Non avendone mai parlato, non so quali fossero i motivi posti alla base di una eventuale esclusione dell'indissolubilità da parte di Pietro».

22. Cum nullo modo probetur exclusio indissolubilitatis per positivum actum voluntatis ex parte Actoris, inutilis fit ulterior pertractatio de nullitate matrimonii sub hoc capite.

Utrumque etiam quoad assertam exclusionem indissolubilitatis ex parte viri circumstantiae exstant, quae potius refellunt thesim Actoris. Nam:

a) amicus Andreas, sicut iam supra rettulimus, efficaciter effingit peculiarem condicionem psychologiam viri, imminentibus nuptiis, ita ut omnino improbabilis esset exclusio indissolubilitatis: «Pietro mi parlava della relazione con Monica con l'entusiasmo di sempre... Più che Pietro stesso, fui io a metterlo all'erta sulla riuscita della futura vita coniugale, ma lui era bruciato dal suo entusiasmo»;

b) fere duobus annis transactis post nuptias celebratas, vir felix fuit propter nativitatem filioli: quod necessario firmiter reddebat vinculum cum Conventa;

c) quamvis post aliquot annos vir aliquas relationes extrconiugales intexisset, concrete non egit de obrumpendo vinculo cum Conventa;

d) quamvis convictus coniugalis iam concorditer non procederet, vir reapse propositum non maturavit valedicendi Conventae. Immo pluries partes ad reconciliationem devenerunt;

e) denique convictus coniugalis intolerabilis factus est praecipue propter agendi rationem viri, qui graviter inciderat in s.d. «droga», ita ut tandem ipsa mulier decrevisset de obruncando convictu coniugali. Uti patet tamen agitur de quaestionibus, quae exortae erant tantum ultimis annis vitae coniugalis, et quae omnino inopinabiles erant tempore quo matrimonium celebratum est.

23. Quibus omnibus tam in iure quam in facto perpensis, Nos infrascripti Patres Auditores de Turno sententiamus ad dubia pro-

posita respondentes: *Negative, seu non constare de matrimonii nullitate, in casu, ex ullo capite adducto.*

Romae, in sede Rotae Romanae Tribunalis, die 25 iulii 2002.

*Ioannes Baptista Defilippi, Ponens*  
*Robertus M. Sable*  
*Aegidius Turnaturi*

---

### **L'assenza di volontà matrimoniale tra simulazione totale ed incapacità.**

#### 1. *Difficoltà relative alla figura della radicale mancanza del consenso matrimoniale.*

Sostenere che il principio consensuale (*matrimonium facit partium consensus*<sup>(1)</sup>) è il fulcro di tutto il sistema matrimoniale canonico, significa tra l'altro, che la definizione di ciò che è il consenso determina sia le condizioni per la nascita del vincolo coniugale, sia, negativamente, quando esso non può sorgere proprio perché non c'è consenso matrimoniale. È ovvio che se manca completamente l'atto consensuale sul matrimonio, il legame coniugale non può nascere e la celebrazione è nulla<sup>(2)</sup>. Eppure stabilire quale sia stata la causa specifica della nullità in tale caso, non è semplice. La sentenza in epigrafe ci riporta per l'appunto una situazione nella quale, almeno apparentemente, non si verifica un atto positivo di volontà contrario la matrimonio. Nel presente commento intendiamo prendere spunto proprio di essa per mostrare come un importante settore dottrinale e soprattutto la giurisprudenza rotale veda possibile ricondurre tale fattispecie alla simulazione totale del consenso, e ciò perché l'atto simulatorio non si limita alla sola *voluntas simulandi*, ma include anche la sottospecie della *simulatio voluntatis*, come si vedrà più avanti.

Una delle possibilità per dare un *nomen iuris* alla mancanza assoluta del consenso sarebbe considerare che in tale circostanza si dia la simulazione totale. Per alcuni autori, la verifica in tali casi del

---

(1) Cf. can. 1057 § 1 CIC 1983.

(2) Se non c'è l'atto di donazione ed accettazione tra gli sposi nella loro dimensione coniugale, come si raccoglie giustamente nel n. 4 della sentenza sopra riportata, non c'è matrimonio.

cosiddetto atto positivo di volontà di esclusione del matrimonio richiesto *ex can.* 1101 § 2 del CIC del 1983, è diventata un'impresa problematica. Come dimostrare che si oppone con un atto positivo di volontà al matrimonio chi non ha alcuna intenzione di sposarsi eppure decide di celebrare il matrimonio davanti alla Chiesa? <sup>(3)</sup> A nostro avviso, la chiave di volta per una comprensione della simulazione — anche di quella totale — del consenso ci viene data appunto dal concetto di *actus positivus voluntatis*, sul quale abbiamo perciò voluto incentrare il nostro commento. In questa sede intendiamo considerare alcuni dei punti in discussione e offrire riflessioni che possano contribuire a trovare delle valide risposte.

Alcuni autori riconoscono l'atto positivo di esclusione nel fatto di cercare *positivamente* una finalità diversa del matrimonio, che è caratteristica della simulazione totale <sup>(4)</sup>. In altri casi, sembra accettarsi la possibilità di un atto positivo « presunto » quando ci sono credenze erranee che incidono non solo sul giudizio speculativo, ma anche sul giudizio pratico (*iudicium ultimum practicum*) <sup>(5)</sup>. Per altri autori, l'esigenza dell'atto positivo di volontà in casi di mancanza del consenso è diventata una difficoltà insolubile. Così sono giunti alla convinzione della mancanza di una norma canonica adatta ad inquadrare le situazioni di completa assenza di volontà

---

<sup>(3)</sup> Un esempio, seppur assai semplificato, ci viene presentato nella seguente ipotesi riportata da R. AHLERS, *Die Totalsimulation*, in AA.VV., *El matrimonio y su expresión canónica ante el III milenio*, Pamplona, 2000, p. 1149: il signore X e la signora Y si conoscono fin da piccoli. Finiti gli studi superiori instaurano una convivenza, con l'interesse di non restare da soli e soddisfare in modo egoistico le loro necessità nella sfera affettiva e sessuale. Passando gli anni il rapporto resta qualcosa di rutinario. Convinti da alcuni loro amici, decidono di contrarre matrimonio in Chiesa per *legalizzare* la loro situazione, ma con l'intenzione di non cambiare nulla nel loro rapporto. Non volevano il matrimonio, ma non c'è stato alcun atto interno di rifiuto di esso. Dopo poche settimane chiedono la separazione e poi la nullità. Altre fattispecie di assenza del consenso sono state esemplificate in E.F. REGATILLO, *Casos canónico-morales*, vol. II, Santander, 1958, pp. 658-659.

<sup>(4)</sup> Cf. H. HEIMERL-H. PREE, *Kirchenrecht. Allgemeine Normen und Eherecht*, Wien-New York, 1983, p. 224, citato da R. AHLERS, *Die Totalsimulation*, cit., p. 28. Come faremo notare più avanti (cf. nota 60), anche *l'in iure* della sentenza che abbiamo preso come spunto del commento sembra far leva soprattutto su questo aspetto: cf. sent. c. Defilippi, 25-VII-2002, n. 9.

<sup>(5)</sup> In questa linea sembra collocarsi l'argomentazione della celebre sentenza sugli « hippies », c. Stankiewicz, 23-VII-1982, in RRD<sub>Dec.</sub>, vol. LXXIV, pp. 421-432. Cf. anche A. STANKIEWICZ, *De simulatione totali*, in « Periodica », 72 (1983), pp. 129-140.

matrimoniale<sup>(6)</sup>. Sarebbe del tutto impossibile parlare di atto positivo di volontà in tale ipotesi, poiché non si esclude in modo esplicito il matrimonio. Si lamenta perciò il fatto che il can. 1101 del CIC abbia accolto acriticamente i termini del can. 1086 del vecchio Codice, mentre la prassi giudiziaria si vede costretta a *chiudere un occhio* davanti al testo normativo per poter misurare la realtà. Non potendosi applicare l'esclusione del matrimonio con atto positivo di volontà (can. 1101 § 2) come fondamento di diritto di una nullità che è palese, si vede la necessità di cercare altre vie di uscita<sup>(7)</sup>.

Una soluzione si troverebbe nel far ricorso al can. 1057 § 2, che definisce proprio l'oggetto del consenso matrimoniale<sup>(8)</sup>. In questa linea sembrano collocarsi diversi autori di ambito tedesco come Lüdicke, Reinhardt, Schwendenwein e Weber<sup>(9)</sup>. Altri cercano addirittura di fondare una tale nullità sul can. 1099 CIC sull'errore determinante, non in riferimento ad una proprietà o elemento essenziale del matrimonio, ma al matrimonio stesso<sup>(10)</sup>.

Ci sarebbero, d'altra parte, certe ipotesi in cui la mancanza assoluta del consenso potrebbe essere attribuibile ad una «incapacità di volere». È stata avanzata così l'ipotesi di riferire le nullità per mancanza assoluta di consenso al can. 1057 § 2, muovendo però dalla problematica che riguarda la mancanza di libertà interna. Per taluni autori una mancanza assoluta di volontà matrimoniale (qualiasi ne fosse la causa) potrebbe essere considerata autonomamente, riferendo il capo di nullità direttamente al c. 1057 del CIC 1983<sup>(11)</sup>.

(6) Cf. R. AHLERS, *Die Totalsimulation*, cit., p. 1153.

(7) Cf. *Ibidem*, p. 1155.

(8) «Consensus matrimonialis est actus voluntatis, quo vir et mulier foedere irrevocabili sese mutuo tradunt et accipiunt ad constituendum matrimonium».

(9) Cf. K. LÜDICKE, *Münsterischer Kommentar zum CIC*, 1101, 4; J.F. REINHARDT, *Entsprechen Konsensanforderung (c. 1057) und Konsensmängel (cc. 1095-1103) einander?*, in «De Processibus Matrimonialibus», 2 (1995), p. 80; H. SCHWENDENWEIN, *Das neue Kirchenrecht*, Graz-Wien-Köln, 1984, p. 385; M. WEBER, *Die Totalsimulation. Eine Untersuchung aufgrund der Rechtsprechung der Römischen Rota*, Münster, p. 32. Citati da R. AHLERS, *Die Totalsimulation*, cit., p. 1148-1149.

(10) Ciò sembra suggerire R. AHLERS, *Die Totalsimulation*, cit., p. 1153.

(11) J.J. GARCÍA FAÏLDE, *La libertà psicologica e il matrimonio*, in AA.VV., *L'incapacità di intendere e di volere nel diritto matrimoniale canonico*, Città del Vaticano 2000, pp. 44-45: «l'ipotesi autonoma di "mancanza di libertà interna", che sarà quella proveniente da disturbi psichici che colpiscono solamente la volontà mantenendo l'intelletto intatto nella sua capacità deliberativa sarà necessario fondarla sul canone 1057, cioè sarà

Così « si potrebbe individuare un *capo autonomo di nullità* costituito soltanto dall'incapacità di volere, cioè dalla mancanza di libertà interna, non proveniente dalla mancanza di deliberazione. E ciò prescindendo dal fatto che il difetto di consenso, come atto di volontà, rientri o non rientri, in tale caso, in una delle tre ipotesi legali del canone 1095 »<sup>(12)</sup>. È risaputo che la giurisprudenza rotale considera la figura della mancanza di libertà interna sotto il capo dell'incapacità per grave difetto di discrezione di giudizio (can. 1095 n. 2)<sup>(13)</sup>. Perciò questa nuova proposta appare, sotto questo aspetto, non solo problematica, ma come vedremo, anche superflua, poiché in sede giurisprudenziale sono già state offerte delle valide risposte.

## 2. *L'atto positivo di volontà nella simulazione totale del consenso.*

Per la prova della fattispecie simulatoria è stato richiesto esplicitamente, già dal CIC 1917, l'*actus positivus voluntatis* con-

---

necessario considerarla come mancanza degli aspetti volitivi di questo atto di volontà che è il consenso matrimoniale, indipendentemente dagli aspetti intellettivi».

<sup>(12)</sup> *Ibidem*, p. 44. Eppure ci sembra che il modo in cui questo autore risolve la questione è anche in rapporto diretto con il concetto di discrezione di giudizio dal quale muove la sua analisi: in effetti, nel separare deliberazione (giudizio pratico) e volizione, come momenti diversi e separabili dell'atto di scelta, colloca le anomalie della sola volontà fuori della funzione discrezionale, contrariamente alla prassi giudiziaria della Rota Romana, fondata su una visione tomista dell'atto umano, come si esprime chiaramente in una sent. c. Stankiewicz, 24-VII-1997: «*Gravitas defectus discretionis ponderari solet tum in ordine obiectivo, habita nempe ratione gravitatis essentialium iurium officiorumque matrimonialium cum quibus functiones intellectivae volitivae et affectivae nupturientis debitam servare debent proportionem, tum in ordine subiectivo et personali, id est habita ratione gravitatis ipsius perturbationis, seu laesionis facultatum psychicarum, quae ad formationem consensus matrimonialis concurrunt. Perspectis igitur elementis constitutivis discretionis iudicii, gravis eius defectus consistere potest solummodo in substantiali laesione facultatis cognoscitivae, criticae, aestimativae, deliberativae et electivae, pro rata parte cum iuribus et officiis matrimonialibus essentialibus mutuo tradendis et acceptandis, scilicet in contextu mutuae contrahentium donationis et acceptationis* (can. 1057, § 2; coram infr. Ponente, decisio diei 28 maii 1991, cit., p. 345, n. 6)». Sent. c. Stankiewicz, 24-VII-1997, n. 8, in RRDec., vol. LXXXIX, p. 640.

Non ci soffermiamo in questa sede su tale problematica, la quale richiederebbe approfondimenti che esulano l'intento del presente commento, incentrato sull'assenza del consenso matrimoniale.

<sup>(13)</sup> La questione è stata, tra altre, oggetto dello studio di E.J. BALAGAPO, *Lack of Internal Freedom and its Relations with Simulation and Force & Fear*, Roma, 2002; si vedano specialmente le pp. 174-205 e 245 ss. Si tratta di una tesi di dottorato in Diritto canonico.

trario alla manifestazione esterna del consenso, la quale godeva del favore della presunzione stabilita nel primo paragrafo dello stesso can. 1086<sup>(14)</sup>. L'attuale canone 1101 del CIC 1983 ha accolto senza modifiche sostanziali la norma precedente<sup>(15)</sup>. Oggi, la necessità della concretizzazione del fatto simulatorio — sia totale che parziale — nell'atto positivo di volontà, è una certezza acquisita in ambito giurisprudenziale<sup>(16)</sup>. Ma la questione importante rimane quella di interpretare tale requisito d'accordo con la realtà del principio consensuale, poiché, come dicevamo all'inizio di queste righe esiste un legame sostanziale tra ciò che è il consenso che costituisce il matrimonio e la verifica del consenso falso<sup>(17)</sup>.

Le origini di tale concetto (cioè l'*actus positivus* contrario al matrimonio o ai suoi elementi essenziali) non si trovano nelle fonti del canone 1086 del Codice Piano Benedettino citate da Gasparri. Sembra ormai fuori dubbio che sia stato proprio lui ad introdurlo

<sup>(14)</sup> Mentre nel primo paragrafo di questo canone si dichiarava che «Internus animi consensus semper praesumitur conformis verbis vel signis in celebrando matrimonio adhibitis», nel secondo si prevedeva che «si alterutra vel utraque pars positivo voluntatis actu excludat matrimonium ipsum, aut omne ius ad coniugalem actum, vel essentialem aliquam matrimonii proprietatem, invalide contrahit».

<sup>(15)</sup> Sono variate alcune poche espressioni, ma si mantiene il tenore del canone precedente. Can. 1101 «§ 1 Internus animi consensus praesumitur conformis verbis vel signis in celebrando matrimonio adhibitis; § 2 At si alterutra vel utraque pars positivo voluntatis actu excludat matrimonium ipsum vel matrimonii essentialia aliqua elementum, vel essentialia aliqua proprietatem, invalide contrahit». Sostanzialmente identico appare il can. 824 del CCEO.

<sup>(16)</sup> Cf. A. STANKIEWICZ, *Concretizzazione del fatto simulatorio nel «positivus voluntatis actus»*, in «Periodica» 87 (1998), p. 286. Inoltre, il Romano Pontefice lo ha ribadito a più riprese in recenti discorsi alla Rota: «sarebbe grave ferita inferta alla stabilità del matrimonio e quindi alla sacralità di esso, se il fatto simulatorio non fosse sempre concretizzato da parte dell'asserito simulante in un "actus positivus voluntatis"». GIOVANNI PAOLO II, *Discorso alla Rota Romana*, 29-I-1993, n. 7, in AAS, vol. 85 (1993), p. 1259. La sentenza, nel n. 7, riporta le parole del discorso dell'anno 2000: «la tradizione canonistica e la giurisprudenza rotale, per affermare l'esclusione di una proprietà essenziale o la negazione di un'essenziale finalità del matrimonio, hanno sempre richiesto che queste avvengano con un positivo atto di volontà». IDEM, *Discorso alla Rota Romana*, 21-I-2000, n. 4, in AAS, vol. 92 (2000), p. 352.

<sup>(17)</sup> Cf. J. HERVADA, *La simulación total*, in *Vetera et Nova. Cuestiones de Derecho Canónico y afines (1958-1991)*, vol. I, Pamplona, 1991, p. 239: esiste infatti un'interdipendenza interna tra il canone che definisce il consenso vero e quello che descrive quello simulato.

nel primo Codice della Chiesa<sup>(18)</sup>, avendolo prima incorporato al suo *Tractatus* sul matrimonio del 1891<sup>(19)</sup>. Fedele attribuisce la paternità dell'espressione al Sánchez<sup>(20)</sup>, e questa sembra essere stata adoperata anche dalla dottrina e dalla giurisprudenza precedenti al Codice del 1917<sup>(21)</sup>.

Nelle fonti del can. 1086 del CIC 1917<sup>(22)</sup> si fa riferimento sia alle condizioni contro la sostanza del matrimonio, sia all'assenza di volontà matrimoniale. La stessa *costruzione* della condizione

(18) Poiché con ogni probabilità è stato lui ad occuparsi della stesura del primo schema *De Matrimonio*, mentre nei *vota* sul consenso incaricati dalla Commissione Codificatrice a Palmieri e De Becker non viene fatto riferimento all'*actus positivus*. Sul processo di codificazione del 1917, cf. lo *Studio Introduttivo* dell'opera di J. LLOBELL-E. DE LEÓN-J. NAVARRETE, *Il Libro «De Processibus» nella codificazione del 1917*, Milano, 1999, pp. 17-86.

(19) Cf. P. GASPARRI, *Tractatus canonicus de matrimonio*, vol. II, Parisiis 1891, n. 794, p. 23.

(20) T. SANCHEZ, *De sancto matrimonii sacramento disputationum*, lib. I, disp. IX, nn. 1-2, citato da P. FEDELE, *L'Essenza del matrimonio*, in AA.VV., *Studi sul matrimonio canonico*, Roma, 1982, pp. 121-122, dove si afferma che «non sarebbe azzardato ravvisare la genesi del *positivus voluntatis actus* del can. 1086 § 2, nell'espressione *actus positivus* usata da Sanchez per significare l'esistenza di un *animus se non obligandi* in contrapposizione alla mancanza di un *animus se obligandi*».

(21) Già nelle prime sentenze della Rota — dopo il suo restauro nel 1908 — compare l'espressione: cf. sent. C. Many, 11-I-1911, in SRRDec., vol. III, pp. 16-17; c. Sebastianelli, 17-II-1914, in SRRDec., vol. VI, p. 58; c. Sebastianelli, 17-VII-1917, in SRRDec., vol. XI, p. 162, citate da A. STANKIEWICZ, *Concretizzazione del fatto simulatorio nel «positivus voluntatis actus»*, cit., p. 267. Occorre in ogni caso chiarire che la seconda delle sentenze cita proprio il *Tractatus* del Gasparri, mentre la terza fa diretto riferimento al can. 1086 § 2 del CIC 1917.

(22) C. 26 X, *De sponsalibus et matrimoniis*, IV, I; c. 7, X, *De conditionibus appositis in desponsatione vel in aliis contractibus*, IV, 5; Pius IX, *Syllabus errorum*, prop. 73.

S.C.S Off, 2-XII-1680 (Bosniae); 23-VII-1698, ad I, 2 (Mission. Capuccin.); 22-VII-1840, ad 2 (Promont. Bonae Spei); Instr. 6-IV-1843 ad Vic. Ap. Oceaniae; 11-XII-1850, ad 25, 26 (Vic. Ap. Sandwic.); 19-VIII-1857, ad I, 5 (Tahiti); Instr. 28-III-1860, n. 6 et Instr. 22-VIII-1860, ad Vic. Ap. Gallas; Instr. 20-VI-1866, pro Vic. Ap. ad Gallas, ad 25; 11-III-1868, ad 2 (Iaponiae); Instr. 18-XII-1872, ad Vic. Ap. Oceaniae Central.; Instr. 9-XII-1874 ad Ep. S. Alberti, nn. 8, 9; Instr. 24-I-1877, ad Ep. Nesquallien., n. 3; 29-XI-1882 (Mongoliae); 4-II-1891, ad Vic. Ap. Iaponiae Merid.; 18-V-1892, Siouxormen. S.C.C., 6-III-1720 et 8-VII-1724, *Ulixbonen*; 19-VIII-1724 et 9-VI-1725, *Mutinen*; 19-VIII-1730 et 10-III-1731, *Compostellana*; 9-VII-1757, 13-XII-1757 et 28-I-1758, *Capuana seu Calven*.; 2-V-1868 et 19-VIII-1868, *Pisana*; 31-I-1891, *Parisien*. S.C. de Prop. Fide, Instr. 1-X-1785, ad Vic. Ap. Contsantinop.

contro la sostanza del matrimonio, venne applicata da Gasparri al fenomeno della simulazione parziale, nel quale si poteva riscontrare *quidem intentio contrahendi*, e al contempo un'intenzione positiva (*non interpretative tantum sed positive in mente sua*) *sese non obligandi aliquo modo* (23). È da notare però, che Gasparri non usa l'espressione *atto positivo di volontà* per spiegare il fenomeno della simulazione totale, ma in riferimento all'esclusione di una proprietà. Quando invece descrive la simulazione totale, parla piuttosto di *non habere intentionem contrahendi* (24).

L'*atto positivo di volontà* della simulazione — sia totale che parziale — è stato spesso interpretato dalla dottrina e dalla giurisprudenza posteriore al CIC del 1917 alla stregua della costruzione fatta da Gasparri per la simulazione parziale, vale a dire, quella proveniente dalla struttura della condizione (25): come atto parallelo e di senso contrario all'atto di volontà matrimoniale; come se esistessero due atti di volontà formalmente diversi, uno diretto alla celebrazione del matrimonio, l'altro di esclusione degli effetti di tale atto, che cancellerebbe il primo (26). Nella stessa linea si pone

(23) Cf. P. GASPARRI, *Tractatus canonicus de matrimonio*, vol. II, Romae 1932, n. 825, p. 44. Già nella prima edizione del suo trattato aveva spiegato il fenomeno della simulazione parziale come il gioco di due volontà. IDEM, *Tractatus canonicus de matrimonio*, vol. II, Parisiis, 1891, n. 802, p. 30: «In casu sunt duo voluntatis actus positivi et contrarii; contrahens enim vult matrimonium, quia vult contrahere, et simul non vult, excludens illud ius eiusdemve essentialem proprietatem. Hic posterior voluntatis actus priorem destruit vel, si mavis, ii duo contrarii positivi voluntatis actus mutuo se elidunt, et ita ipse nil vult, ideoque plane deest matrimonialis consensus».

(24) P. GASPARRI, *Tractatus canonicus de matrimonio*, vol. II, Romae, 1932, n. 814, p. 36: «Fictio seu simulatio consensus matrimonialis tunc verificatur, quando contrahens externe quidam verba consensum exprimentia serio rite proferit, sed interne illum non habet». In questo senso si esprime chiaramente Hervada affermando che per Gasparri «la idea de simulación propriamente dicha o simulación total, que "certe contractum irritat", está tipificada por "non habere intentionem contrahendi". Sólo se habla de una expresa exclusión en el caso de la simulación parcial». J. HERVADA, *La simulación total*, cit., pp. 275-276.

(25) Cf. R. AHLERS, *Die Totalsimulation*, cit., p. 1154.

(26) In questo senso, autori come A. DE SMET, *Tractatus teologico-canonicus de sponsalibus et matrimonio*, Brugis, 1927, n. 533, p. 467; J.M. MANS PUIGARNAU, *El consentimiento matrimonial*, Barcelona 1956, p. 141. Tra gli autori italiani, si possono annoverare M. CONTE A CORONATA, *De sacramentis tractatus canonicus*, vol. III, *De matrimonio et sacramentalibus*, Taurini, 1948, p. 615, e soprattutto O. GIACCHI, *Il consenso nel matrimonio canonico*, Milano, 1950, p. 65. Tutti citati da J. HERVADA, *La simulación total*, cit., pp. 242-243.

la dottrina sulla *intentio praevalens*, ossia la prevalenza della volontà specifica su quella generale di contrarre<sup>(27)</sup>. Più di recente si afferma che «il requisito dell'atto positivo di volontà determina in modo netto l'essenza e i limiti della simulazione totale. Perché si verifichi questa, occorre che il nubente abbia avuto due volontà contemporaneamente: la volontà di dar vita all'apparenza del matrimonio e la volontà di escludere che da quella celebrazione nascano conseguenze. Entrambe tali volontà (...) debbono essere chiare al soggetto, in modo che egli ne sia pienamente cosciente»<sup>(28)</sup>. Secondo questi autori non basta la semplice assenza della *voluntas contrahendi* perché ci sia la simulazione totale, ma occorre un atto interno e attuale di volontà contrario alla manifestazione esterna del consenso diretto ad escluderne gli effetti.

Nei casi in cui manchi assolutamente la volontà matrimoniale, questa spiegazione non solo appare insufficiente per risolvere la questione, ma rappresenta un ostacolo per capire complessivamente il meccanismo della simulazione totale, soprattutto lì dove apparentemente non c'è un atto di espressa opposizione al matrimonio<sup>(29)</sup>. Ci sono situazioni infatti, simili a quella esposta nella sentenza in epigrafe, in cui il nubendo non ha alcuna *intentio contrahendi*, cioè non intende nel modo più assoluto vincolarsi coniugalmente alla persona con la quale, ad esempio, ha convissuto per

(27) La dottrina sulla presunzione di una volontà generale prevalente di contrarre secondo il disegno divino è stata formulata da Prospero Lambertini: cf. BENEDICTO XIV, *De synodo dioecessana libri tredecim*, T. 2, L. 13, c. 22, n. 7. Per rendere nullo il matrimonio si doveva richiedere una volontà contraria e prevalente sulla volontà generale. Su questa dottrina in seguito alla codificazione del 1917, cf. F. BERSINI, *Il nuovo diritto canonico matrimoniale*, Torino, 1983, p. 93, con la bibliografia ivi citata.

(28) M.F. POMPEDDA, *Annotazioni sul diritto matrimoniale nel nuovo Codice canonico*, in *Studi di diritto matrimoniale*, Milano, 1993, p. 240. Cf. sent. c. Pompedda, 9-V-1970, n. 2, in SRRDec., vol. LXII, p. 476.

(29) Come giustamente segnala Hervada, se si capisse la simulazione come gioco di due volontà contrapposte, la presunzione stabilita nell'attuale can. 1101 § 1 diverrebbe *iuris et de iure* poiché basterebbe una volontà rivolta al segno esterno per considerare sposate le persone, indipendentemente che ci fosse un atto di volontà matrimoniale: cf. J. HERVADA, *La simulación total*, cit., p. 286. Nello stesso senso, M.A. ORTIZ, *En torno al acto positivo de voluntad y la simulación total del consentimiento*, in AA.VV., *El matrimonio y su expresión canónica ante el III milenio*, cit., p. 1161, il quale aggiunge che se le cose fossero così, la semplice assenza di volontà coniugale, insieme alla volontà di consentire *ore tantum seu verbis* ma senza un «no» simultaneo non renderebbe il matrimonio nullo per simulazione.

anni, e non la accetta se non come *convivente*, e che acconsente ad una celebrazione matrimoniale (forse ad istanze dell'altra parte o dei familiari) che veramente non cambi nulla nei loro rapporti. Eppure proprio perché non sembra esserci un atto contrario al matrimonio, un atto cioè opposto alla dichiarazione esterna del consenso, pare impossibile riscontrare l'esistenza dell'*atto positivo di volontà*.

È questo il problema che si pongono alcuni autori, a cui abbiamo precedentemente accennato, e che è stato occasione per la ricerca di altre soluzioni al di fuori della simulazione. Tale posizione è comprensibile perché la questione è irresolubile se si resta all'interno dell'impostazione delle «due volontà contrapposte». In ambito giurisprudenziale tre sono i requisiti per provare la verifica della positività dell'atto: a) volontarietà (*voluntas*); b) transito all'azione (*actus*); c) positività di tale atto (*positivus, non negativus*): «*velle non*», *non vero «nolle»* <sup>(30)</sup>. Con simili espressioni si riportano nella sentenza: «dicendus est "positivus" ille actus voluntatis, quando est revera positus, et quidem utpote "actus humanus", seu deliberate procedens ab intellectu et voluntate; positus modo "actuali" vel saltem "virtuali" tempore nuptiarum, ita ut efficaciter conexus sit cum consensu, cuius obiectum substantialiter determinat; et "firmus", ita ut matrimonium contrahatur iuxta illam determinationem et non aliter» <sup>(31)</sup>. Il vero problema non è tanto quello di definire l'intensità dell'atto di volontà in quanto «positivo», ma piuttosto capire il suo rapporto con l'atto del consenso matrimoniale.

---

<sup>(30)</sup> Cf. A. STANKIEWICZ, *De iurisprudencia recentiore circa simulationem totalem et partialem*, (cc. 1101, § 2 CIC; 824, § 2 CCEO), in «Monitor Ecclesiasticus», 122 (1997), pp. 218-219.

<sup>(31)</sup> E prosegue: «Aliis verbis, "è imprescindibile l'esistenza di un 'actus elicitus', cioè uscito, per così dire, dalla sfera meramente intellettuale per farsi volizione e concretarsi nel fatto" (E. GRAZIANI, *Mentalità divorzistica ed esclusione dell'indissolubilità del matrimonio*, Ephem. Iuris Canonici, XXXIV [1978], I-II, p. 26)». Sent. c. Defilippi, 25 luglio 2002, n. 7. Questa dimensione dell'atto di volontà escludente, sulla quale non ci intrattiamo in questa sede, è stata studiata in modo esauriente da Z. Grochowski, in due suoi scritti: la monografia, *De exclusione indissolubilitatis ex consensu matrimoniali eiusque probatione. Considerationes super recentiores sententias rotales*, Napoli, 1973, pp. 55-100 e l'articolo *Positivo l'atto di volontà come causa di nullità del matrimonio secondo il can. 1101 § 2 del nuovo Codice*, in AA.VV., *Questioni canoniche. Miscellanea in onore del Professore P. Esteban Gomez, O.P.*, Milano, 1984, pp. 251-266.

Come abbiamo accennato dall'inizio, va ricordato innanzitutto la stretta correlazione esistente tra i cann. 1057 e 1101 del CIC, e pertanto la necessità di misurare la fattispecie della simulazione d'accordo con la definizione del consenso, come giustamente è stato indicato da diversi autori<sup>(32)</sup>, poiché «mentre il c. 1057 definisce il vero consenso, il can. 1101 scopre il falso. L'esegeta deve muovere da questa intima simmetria tra i due precetti e risolvere i problemi di interpretazione del can. 1101 sempre alla luce del can. 1057»<sup>(33)</sup>. Perciò nel consenso valido, così come viene delineato dal can. 1057 § 2, non vi sono due atti di volontà, uno di sposarsi e un altro di compiere il rito, ma un unico atto di volontà che *si manifesta esternamente* mediante il segno nuziale<sup>(34)</sup>. Nel consenso simulato c'è una divergenza, una vera scissione, tra realtà e apparenza che non si verifica tra due volontà che si trovano allo stesso livello, e si annullano a vicenda, ma tra la realizzazione del segno nuziale esterno e una volontà interna che non è la donazione coniugale. Si rompe quell'unitarietà tra volontà interna e dichiarazione esterna che è propria del patto nuziale<sup>(35)</sup>. Quando la simulazione è totale, manca completamente la *voluntas contrahendi*, mentre il soggetto ha come unica ed esclusiva volontà quella di porre in atto il segno esterno, che rimane proprio pura esteriorità (e pertanto falsità), qualcosa di vuoto poiché non veicola il consenso matrimoniale<sup>(36)</sup>.

(32) J. HERVADA, *La simulación total*, cit., p. 239; P.-J. VILADRICH, *Il consenso matrimoniale. Tecniche di qualificazione e di esegesi delle cause canoniche di nullità (cc. 1095-1107 CIC)*, Milano 2000, p. 298 e ss.

(33) P.-J. VILADRICH, *Il consenso matrimoniale*, cit., p. 298.

(34) Sulla teoria dei segni e la funzione del segno nella costituzione del matrimonio, cf. J. HERVADA, *La simulación total*, cit., pp. 246-248. Nello stesso senso, cf. M.A. ORTIZ, *En torno al acto positivo de voluntad y la simulación total del consentimiento*, cit., pp. 1162-1163.

(35) Unitarietà che viene chiaramente ribadita nella sentenza c. Defilippi, 25-VII-2002, n. 6: «Ad matrimonium contrahendum tamen non sufficit mera interna voluntas uniuscuiusque ex contrahentibus, sed requiritur "pactum nuptiale", seu realitas consensualis unitaria. Scilicet: ut nubentium auto-donatio mutua sit, seu inter hunc virum et hanc mulierem, necesse est ut eorum voluntas coniugalis iuxta legitimam formam manifestetur per verba vel externa signa».

(36) Anche nella sentenza si parla della simulazione totale come quell'atto di volontà che consiste nella semplice adesione alla cerimonia esterna senza alcuna intenzione interna di vincolarsi coniugalmente: cf. sent. c. Defilippi, 25-VII-2002, n. 9.

Nel caso riportato poc'anzi, il soggetto vorrebbe solo ed esclusivamente la celebrazione del rito per compiacere l'altro. Non pone un atto di volontà diverso e contrario al matrimonio, ma piuttosto la sua volontà è di porre solo un rito privo di alcun contenuto matrimoniale e perciò *escludente* dello stesso matrimonio: voglio costituire il segno esterno nuziale per unirmi a Tizia, ma solo come segno esterno, *proprio perché* ho una volontà ben determinata di non vincolarmi come sposo<sup>(37)</sup>. La sola volontà di porre il segno esterno priva di *voluntas contrahendi* non può in alcun modo costituire il vincolo matrimoniale. Il consenso simulato consiste per l'appunto nel sostituire la vera intenzione sponsale per un'altra volontà, che è sempre positiva: nel caso che commentiamo, quella di produrre un semplice atto esterno e vuoto. Nella simulazione del consenso si verifica una falsificazione del segno nuziale: tale falsità proviene dalla mancata corrispondenza tra la volontà manifestata e quella interna, che è inesistente. Nella fattispecie che diede luogo alla celebre Decretale *Tua nos*, di Innocenzo III, si considera nulla una celebrazione matrimoniale in cui «defuit omnino consensus, sine quo cetera nequeunt foedus perficere coniugale»<sup>(38)</sup>.

L'atto positivo di volontà è l'atto di volontà effettivamente manifestato al momento delle nozze: atto che nella simulazione totale è vuoto di ogni contenuto coniugale, vale a dire, è diretto solo ed esclusivamente alla formalità esterna del segno nuziale, senza che esista un contenuto di volontà matrimoniale. È un atto *positivo*, cioè effettivamente posto in essere (non atto dell'intelletto,

---

<sup>(37)</sup> GIOVANNI PAOLO II, *Discorso alla Rota Romana*, 21-I-1999, n. 4, in AAS, vol. 91 (1999), pp. 624-625: «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».

<sup>(38)</sup> Tale Decretale, raccolta nel libro delle *Decretali di Gregorio IX* è riportata dal Gasparri come la prima tra le fonti del canone sull'esclusione: si veda nota 17. Nella fattispecie risolta così dal Pontefice uno dei nubenti non ha *animus contrahendi*, ma *animus fornicarius*. Tale *sostituzione* produce di per sé la falsità del segno nuziale, e pertanto la nullità del matrimonio. Non c'è necessità di un atto diverso, di esclusione del connubio. Cf. J. HERVADA, *La simulación total*, cit., p. 266 ss.

desiderio, mera velleità, ecc.)<sup>(39)</sup> ed è inoltre un atto *escludente* il matrimonio essendo diretto solo ed esclusivamente alla produzione del segno esterno, non contenendo alcun elemento della volontà di coniugarsi (manca assolutamente la *voluntas contrahendi*)<sup>(40)</sup>. L'atto positivo di volontà è perciò un atto *positus* che non differisce formalmente dell'atto del consenso; in altre parole, fa parte dello stesso atto di volontà nel quale si esprime il consenso matrimoniale (autentico o, come in questo caso, difettoso).

Questo ci pare che sia il modo realistico di valutare la simulazione totale alla luce di ciò che è il consenso secondo il can. 1057 § 2. Accettare questo approccio non significa peraltro valutare certi formalismi in cui talvolta si può cadere se non si presta attenzione al fatto veramente importante, cioè che ci sia la *intentio contrahendi*, oppure che ci sia una volontà positiva di produrre l'apparenza di una volontà coniugale che in realtà non esiste. Quando esiste, ad esempio, l'obbligo di celebrare il matrimonio in un doppio rito (civile e canonico), non sembra accettabile valutare come consenso simulato quello di chi, avendo una vera volontà di coniugarsi (*intentio contrahendi*), si considera vincolato dal momento del rito civile, e vede nella celebrazione canonica un semplice atto formale<sup>(41)</sup>.

### 3. Atto positivo di esclusione e capacità.

D'altra parte, il cosiddetto atto positivo di volontà non è semplicemente un ordinario «volere», nel senso che si applica ad un semplice atto umano; non è solo *actus voluntatis*, ma *actus positivus*

<sup>(39)</sup> Secondo le caratteristiche di questo atto ricordate precedentemente in nota 31.

<sup>(40)</sup> Cf. P.-J. VLADRICH, *Il consenso matrimoniale*, cit., p. 331.

<sup>(41)</sup> Una c. Filipiak, 14-VI-1957, in SRRDec., vol. XLIX, pp. 490-494 si pronuncia *pro nullitate*, per simulazione totale, poiché il contraente si considerava vincolato in virtù della cerimonia civile celebrata in precedenza, considerando così vuota di contenuto la cerimonia *in facie Ecclesiae*. Analoga è la decisione c. Rogers, 8-XI-1962, n. 4, SRRDec., vol. LIV, 570-571, nella quale la parte convenuta considerava come unico matrimonio valido quello contratto davanti al ministro anglicano, giudicando vacua la celebrazione canonica. Cf. in questo senso anche una c. Brennan, 26-IV-1965, nn. 6 y 7, SRRDec., vol. LVII, pp. 369-370. Più recentemente, una c. Jarawan, 16-X-1991, si esprimeva in questo senso: «Indubie, totaliter consensum simulat qui tantum externae ceremoniae adhaerit, nullam tamen intentionem habens matrimonium canonicum contrahendi, quia matrimonii valorem tantum recognoscit nuptiis sic dictis civilibus, quae

*voluntatis* a norma del can. 1101 § 2, il quale va interpretato d'accordo con il can. 1057 § 2. Proprio perché l'atto di volontà nel matrimonio deve essere proporzionato al suo oggetto, vale a dire, quel «*foedere irrevocabili*» tramite il quale «*sese mutuo tradunt et accipiunt ad constituendum matrimonium*», così anche l'atto positivo di volontà escludente il consenso deve essere un atto qualificato.

Se l'atto positivo di volontà del simulante non è semplicemente un atto umano, ma piuttosto un atto umano qualificato, cioè proporzionato all'oggetto matrimoniale, è possibile un efficace *atto positivo di volontà* nel soggetto che è incapace al consenso? Occorre considerare che essendo la simulazione per atto positivo di volontà un difetto cosciente e volontario del consenso matrimoniale, questo atto positivo come tale non può essere espresso che da un soggetto di per sé capace di esprimere il consenso, proprio perché la mancanza del consenso (can. 1101 § 2) va riferita a ciò che il consenso è (can. 1057 § 2)<sup>(42)</sup>.

Nella sfera pratica, la questione attinge la possibilità di cumulare i due capi di nullità e trattarli come *aeque principales* all'interno del processo. La giurisprudenza ha tradizionalmente considerato incompatibili questi due capi<sup>(43)</sup>. Alcune sentenze, seguendo questa stessa linea, hanno riconosciuto la possibilità di proporli tutti e due, ma in modo subordinato<sup>(44)</sup>. In qualche sentenza più recente si sostiene invece che solo la mancanza dell'uso di ragione

iam forte contrahere voluerat». Sent. c. Jarawan, 16-X-1991, n. 2, in RRDec., vol. LXXXIII, p. 549.

<sup>(42)</sup> Parallelamente a come la stessa nozione di incapacità, come per altro ogni difetto e vizio del consenso deve essere riferito al concetto di capacità e più a monte, al concetto stesso di matrimonio. Su questo argomento se vedano le considerazioni di C.J. ERRÁZURIZ M., *La capacità matrimoniale vista alla luce dell'essenza del matrimonio*, in «*Ius Ecclesiae*», 14 (2002), pp. 623-638.

<sup>(43)</sup> Cf. sent. Colagiovanni, 20-VII-1984, RRDec., vol. LXXXVI, pp. 485-498; c. Civili, 16-XII-1993, RRDec., vol. LXXXV, pp. 763-772.

<sup>(44)</sup> Si usano spesso i seguenti termini: «*subordinate*», «*necnon subordinate*», «*sin minus*» oppure «*quatenus*». c. Funghini, 16-IV-1986, RRDec., vol. LXXXVIII, pp. 254-281; c. Colagiovanni, 18-X-1986, RRDec., vol. LXXVIII, pp. 538-550; c. Palestro, 28-VI-1989, RRDec., vol. LXXXI, pp. 444-461; c. Jarawan, 15-XI-1989, RRDec., vol. LXXXI, p. 681; c. Stankiewicz, 26-III-1990, RRDec., vol. LXXXII, pp. 223-238; c. Faltin, 24-V-1991, RRDec., vol. LXXXIII, pp. 331-341; c. Stankiewicz, 28-V-1991, RRDec., vol. LXXXIII, pp. 342-362; c. Funghini, 18-XII-1991, RRDec., vol. LXXXIII, pp. 788-805; c. Palestro, 19-V-1993, RRDec., vol. LXXXV, pp. 380-401; c. Bruno, 17-

esclude la possibilità di esprimere un consenso difettoso, mentre le forme di incapacità del can. 1095, nn. 2-3, non escludono tale capacità: si tratta della sentenza c. Stankiewicz, 24-VII-1997<sup>(45)</sup>, e di poche altre<sup>(46)</sup>. Eppure occorre segnalare che tale affermazione è stata fatta *in iure*, mentre nessuna delle sentenze ha dichiarato la nullità del matrimonio per entrambi i capi<sup>(47)</sup>.

In ambito dottrinale si continua a ribadire la necessità di considerare l'atto positivo di volontà non solo come atto umano, ma come atto umano qualificato<sup>(48)</sup>. Se per l'atto di consenso matrimoniale di cui al can. 1057 § 2 non basta l'uso di ragione, né la capacità di porre un atto umano generico, la medesima capacità va richiesta anche per porre efficacemente l'atto di esclusione. È necessario infatti, riferire tutto (atto di consenso e atto escludente) al contenuto matrimoniale di quell'atto<sup>(49)</sup>.

---

V-1996, RRDec., vol. LXXXVIII, pp. 387-395. Cf. E.J. BALAGAPO, *Lack of Internal Freedom and its Relations with Simulation and Force & Fear*, cit., p. 253.

<sup>(45)</sup> Sent. c. Stankiewicz del 24-7-1997, n. 16, in RRDec., vol. LXXXIX, p. 644: «vigente nova lege matrimoniali, quae incapacitatem psychicam pressius determinat (can. 1095, nn. 1-3), sustineri potest non omnem speciem incapacitatis eliciendi consensum matrimonialem secumferre incapacitatem simulandi, nisi agatur de incapacitate ex defectu sufficientis usu rationis proveniente (can. 1095, n. 1), quae tantum personam reddit incapacem ponendi actum manum, videlicet conscium et liberum. (...) Attamen sive gravis defectus discretionis iudicii (can. 1095, n. 2), sive incapacitas assumendi essentialis matrimonii obligationes (can. 1095, n. 3), sufficientem usum rationis in subiecto plerumque praesupponunt, seu capacitatem ponendi actum humanum, ideoque haec capita etiam aequo principaliter cum simulatione pertractari ac definiiri possunt».

<sup>(46)</sup> Citate in I. BRIONES, *La simulación parcial: conexión y diferencias con la incapacidad psíquica consensual*, in AA.VV., *Escritos en honor de Javier Hervada*, «Ius Canonicum», vol. especial, 1999, pp. 817-828.

<sup>(47)</sup> Cf. P. GEFAELL, *Sulla cumulabilità dei capitoli d'incapacità ed esclusione*, cit., p. 132.

<sup>(48)</sup> Cf. *Ibidem*, p. 133.

<sup>(49)</sup> In questo senso va sottolineato il modo di definire tale atto positivo nel n. 7 della sentenza commentata: «dicendus est "positivus" ille actus voluntatis, quando est revera positus, et quidem utpote "actus humanus", seu deliberate procedens ab intellectu et voluntate; positus modo "actuali" vel saltem "virtuali" tempore nuptiarum, ita ut efficaciter conexus sit cum consensu, cuius obiectum substantialiter determinat». A nostro avviso, il Ponente nel mettere giustamente in rapporto l'atto positivo escludente con l'atto del consenso, esprime per l'appunto la necessità di riferire l'atto escludente al contenuto matrimoniale dell'atto: ci sembra infatti che solo può *substantialiter determinare* l'oggetto del consenso l'atto di un soggetto capace di emettere l'atto consensuale.

Non intendiamo approfondire ora una questione così complessa, ma piuttosto mostrare come la nozione di atto escludente del matrimonio a partire della nozione di ciò che è il consenso, sia la chiave per riconoscere e qualificare giuridicamente le diverse fattispecie della mancanza di consenso matrimoniale. Se l'esclusione di un elemento essenziale del matrimonio è portata a termine mediante un atto positivo di volontà libera e conscia, ciò presuppone ed esige la correlativa capacità di emettere il consenso (che volontariamente si esclude)<sup>(50)</sup>. L'incapacità consensuale rende il soggetto *incapace* di prestare un consenso valido, e il consenso simulato presuppone che la persona è capace di modificare volontariamente, tramite l'atto positivo di volontà, l'oggetto proprio del consenso.

Non appare perciò plausibile una sentenza affermativa per entrambi i capi (incapacità e simulazione), perché non sembrerebbe giustificata dal punto di vista antropologico<sup>(51)</sup>. Altrimenti, si confonderebbe il *volitum* (ciò che è desiderato) con il *voluntarium* (ciò che è efficacemente voluto): il volere della persona incapace non trapassa i confini del *volitum*, e non può raggiungere la qualità di *voluntarium*: il consenso matrimoniale non è un atto di desiderio, non è un volere inefficace, ma un atto volontario (*voluntarium*), un volere efficace ed operativo<sup>(52)</sup>.

In altre parole, l'aggettivo «positivo» che descrive l'atto di esclusione invalidante nel can. 1101 § 2 viene tra l'altro a specificare che non si tratta di un qualsiasi atto di volontà. Al contrario, si tratta di un atto interno di volontà specifico, cioè «positivo». E questo ci conduce all'atto di volontà proporzionato all'oggetto del consenso matrimoniale che è richiesto nel consenso matrimoniale valido. L'aggettivo «proporzionato» viene di solito applicato nel qualificare la minima discrezione di giudizio della capacità matrimoniale. Chi è incapace di produrre un atto di volontà proporzionato ai diritti ed obblighi che scaturiscono del patto coniugale è altrettanto incapace di realizzare l'atto positivo di volontà che

---

(50) Cf. P. GEFAELL, *Sulla cumulabilità dei capitoli d'incapacità ed esclusione*, cit., pp. 133-134.

(51) Cf. *Ibidem*, p. 134.

(52) Cf. J. HERVADA, *Studi sull'essenza del matrimonio*, Milano, 2000, p. 300. L'autore lo applica all'adempimento degli obblighi matrimoniali, nel senso che chi è incapace potrebbe eventualmente desiderarli, ma non volerli efficacemente.

escluda lo stesso matrimonio oppure una delle proprietà o uno degli elementi essenziali<sup>(53)</sup>. Potrebbe verificarsi il fatto che una persona psichicamente incapace di porre il consenso possa pretendere di simulare il consenso matrimoniale, escludendo un suo contenuto sostanziale. Ciò nonostante, se è veramente incapace, questo rimarrà una mera apparenza<sup>(54)</sup>.

#### 4. *Le soluzioni offerte dalla giurisprudenza rotale.*

Nella fattispecie in epigrafe, l'attore dopo aver passato l'esperienza di almeno tre convivenze con donne diverse, contrae matrimonio canonico con la convenuta a richiesta di lei. Si cerca di provare la sua mancata intenzione di instaurare un legame matrimoniale, e quindi la verifica della simulazione. Nell'*in iure* della sentenza, vengono specificate le diverse figure in cui si potrebbe ammettere il manifestarsi della simulazione totale del consenso, citando testualmente una conosciuta decisione c. Stankiewicz, del 29 gennaio 1981, e più volte riportata successivamente dalla giurisprudenza rotale<sup>(55)</sup>. Tali forme o figure sono state oggetto di un ampio studio condotto dallo stesso Stankiewicz<sup>(56)</sup>. L'attuale Decano della Rota Romana distingue assai chiaramente fra la figura denominata *simulatio voluntatis* e le altre forme della simulazione totale alle quali applica piuttosto il termine *voluntas simulandi*: mentre nella prima ipotesi si collocano i supposti di totale assenza del con-

<sup>(53)</sup> Cf. E.J. BALAGAPO, *Lack of Internal Freedom and its Relations with Simulation and Force & Fear*, cit., p. 382.

<sup>(54)</sup> Cf. P. GEFAELL, *Sulla cumulabilità dei capitoli d'incapacità ed esclusione*, cit., p. 134.

<sup>(55)</sup> «Qui nullum in matrimonium consensum praestat», «qui animum habet non contrahendi», «qui comoediam agere vult», «qui excludit ipsum matrimonium aut nupturientem», «qui excludit societatem permanentem inter virum et mulierem ad filios procreandos seu intimam totius vitae communionem», «qui absolute vult exclusionem sacramenti ita ut sub hypothesis veri sacramenti nolit contrahere», «qui pro forma celebrat», «qui ritum nuptialem unice et exclusive celebrat tamquam medium ad finem operantis consequendum qui non est ipsum matrimonium» (c. Stankiewicz, RRDec., vol. LXXIII, p. 47, nn. 6-7). Cf. sent. c. Defilippi, 25-VII-2002, n. 9.

<sup>(56)</sup> Cf. A. STANKIEWICZ, *De iurisprudencia recentiore circa simulationem totalem et partialem*, cit., pp. 189-234. Nello stesso senso anche M.F. POMPEDDA, *Annotazioni sul diritto matrimoniale nel nuovo Codice canonico*, in *Studi di diritto matrimoniale*, cit., pp. 243-244.

senso per mancanza della *intentio contrabendi*<sup>(57)</sup>, nelle altre si verifica una sostituzione del consenso matrimoniale per un'altra volontà che non si può considerare matrimoniale<sup>(58)</sup>. Si deve ammettere che vi sono diversi *modelli* di simulazione: può darsi che chi esclude *non voglia positivamente* il vincolo, e pertanto aderisca alla sola celebrazione esterna; oppure può verificarsi che il simulante intenda *positivamente* qualcosa di assolutamente incompatibile con il vincolo matrimoniale. In entrambi i casi si dà una positiva volontà escludente<sup>(59)</sup>.

La cosiddetta *simulatio voluntatis matrimonialis* («*qui nullum in matrimonium consensum praestat*»), si prende in considerazione proprio in riferimento a quei casi in cui il soggetto vuole unicamente ed esclusivamente la celebrazione senza alcun consenso interno (*animus contrabendi*)<sup>(60)</sup>. La forma di simulazione totale che si verifica in questo caso, si spiega a nostro avviso proprio a partire da un concetto di *atto positivo di volontà* inteso, non come atto parallelo e di senso opposto ad un atto di vera volontà matrimoniale, che ne esclude gli effetti, ma come *atto positivo* di porre in atto solo una mera apparenza di matrimonio, il quale è per se stesso *escludente* della volontà matrimoniale, poiché si sostituisce ad essa. Questa soluzione offerta dalla giurisprudenza rotale si colloca in piena coerenza con la concezione unitaria dell'atto positivo di volontà, venendo a confermare quanto è stato detto sopra. Non oc-

(57) A. STANKIEWICZ, *De iurisprudencia recentiore circa simulationem totalem et partialem*, cit., pp. 210-211: «Itaque per simulationem voluntatis matrimonialis "is matrimonium totaliter simulat, qui nullum in idem consensum praestat", cum "noluerit positive, dum posset, consensum prestare", seu cum "animum habet non contrabendi", sed, ut dici solet, "comoediam agere vult"; vel pressius "si quis positive excludit animum contrabendi", seu "reicit intentionem contrabendi", aut cui omnino "deest matrimonialis voluntas"».

(58) Cf. *Ibidem*, pp. 211-218.

(59) Cf. M.A. ORTIZ, *En torno al acto positivo de voluntad y la simulación total del consentimiento*, cit., p. 1164.

(60) L'*in iure* della sentenza si trattiene soprattutto nella distinzione giurisprudenziale tra «*finis operis*» e «*finis operantis*», vale a dire nella ricerca di un fine strano al consorzio coniugale, che è uno dei fenomeni più caratterizzanti della simulazione totale, mentre non entra nell'analisi della *simulatio voluntatis*, che sarebbe la forma di simulazione più aderente alla fattispecie considerata. Cf. sent. c. Defilippi, 25-VII-2002, n. 9. Su tale aspetto caratteristico di molte fattispecie della simulazione totale si veda P. MONETA, *La simulazione totale*, in *Diritto canonico matrimoniale*, vol. II, Città del Vaticano 2003, pp. 254-255.

corre un atto intenzionale diverso e opposto perché la volontà sia positivamente diretta ad un segno vuoto. Il soggetto capace che volutamente non emette un atto interno di consenso, sta simulando tale volontà matrimoniale, e non celebra un valido connubio.

Quando invece manca la capacità proporzionata all'atto di volontà matrimoniale, non ci può essere quell'atto positivo di volontà escludente il matrimonio; e, se apparentemente ci fosse, questo resterebbe inefficace. Nella prassi giudiziaria rotale, tutte le forme di mancanza di consenso dovute alla mancanza di volontà sufficiente da parte di un soggetto di per sé capace, sono da includere sotto il capo della simulazione totale. Ricorrere al can. 1057 § 2 per dichiarare la nullità a motivo della mancanza del consenso, non sarebbe coerente con l'impianto legale del consenso matrimoniale, così come è stato impostato nel CIC 1983. Il can. 1057 § 2 dichiara in modo positivo il contenuto dell'atto del consenso. I cann. 1095 e 1101 ci dicono invece quando esso viene a mancare, sia perché il soggetto non è capace di emettere il consenso, sia perché volutamente non lo presta.

È bene in ogni caso distinguere tra la *figura* della nullità, la quale è la specie di nullità di un atto giuridico e appartiene propriamente al diritto sostanziale (in questo caso si tratta dell'assenza del consenso matrimoniale) e il *capo* di nullità sotto il quale si profila tale figura dal punto di vista del processo (cioè la *causa petendi* della pretesa nullità). La *figura* della mancanza del consenso, secondo la prassi giurisprudenziale, va collocata, nel soggetto capace, sotto il *capo* della simulazione totale; nel soggetto che non è capace di emettere l'atto di volontà proporzionato al matrimonio, va invece collocata sotto il *capo* della grave mancanza di discrezione di giudizio<sup>(61)</sup>. E questo in coerenza a ciò che è il contenuto e la natura dell'atto di volontà e, parallelamente, dell'atto positivo escludente.

Non ci pare perciò necessario ricorrere ad una norma diversa da quella sulla simulazione per giudicare le fattispecie di assenza della volontà matrimoniale, proprio perché il Legislatore, nello stabilire il can. 1101 ha preso come misura il can. 1057: il vero pro-

---

<sup>(61)</sup> Come abbiamo accennato sopra (cf. nota 13), la giurisprudenza rotale considera la mancanza di libertà interna sotto il capo del grave difetto di discrezione di giudizio.

TRIBUNALE DELLA ROTA ROMANA - *Pragen.* - Nullità del matrimonio - *Error qualitatis* - Sentenza definitiva - 25 ottobre 2002 - Caberletti, *Ponente* (\*).

**Matrimonio - Consenso - *Error facti* - Errore nelle qualità - Concetto giuridico di persona - Determinazione della persona attraverso le qualità.**

**Matrimonio - Consenso - Forza invalidante dell'errore su qualità « comuni » della persona - Rilevanza dell'intenzione del soggetto.**

**Matrimonio - Consenso - *Error redundans* ed errore su una qualità intesa *directe et principaliter* - Rapporto tra il can. 1097 § 2 CIC 83 e il can. 1083 § 2 CIC 17.**

*L'errore circa la persona — che costituisce l'oggetto del consenso — o su una qualità che identifica la persona costituisce un errore sostanziale che invalida il matrimonio, ai sensi del can. 126 CIC 83 (e non diversamente il can. 104 CIC 17). La riordinazione effettuata dal Legislatore del 1983 in tema di « error facti » implica che il can. 1097 non può non seguire lo stesso concetto di persona adoperato dal Legislatore in altri luoghi del Codice: come il soggetto di diritti e doveri nella sua identità individuale, indipendentemente dalle qualità di cui è in possesso « in sua existentia reali ».*

*Il canone 1097 § 2 non costituisce un'interpretazione del can. 1083 CIC 17, perché la materia è stata completamente riordinata « ex integro », sebbene di fatto la formula scelta dal Legislatore adoperi le parole che esprimevano una delle interpretazioni del vecchio canone.*

*Il matrimonio era stato celebrato nel 1978, sotto la vigenza del CIC 17. Il turno stabilì il *dubium* « an constet de matrimonii nullitate, in casu, ob errorem viri actoris circa qualitatem conventae redundantem in errorem personae ». La trattazione della causa ha seguito i presupposti dell'errore in qualità intesa « *directe et principaliter* » del can. 1097 § 2.*

---

(\*) Vedi, alla fine della sentenza, *nota* di MIGUEL ÁNGEL ORTIZ.

blema, come abbiamo potuto vedere, rimane quello di interpretare l'atto positivo di volontà secondo questa logica interna dei canoni e non partendo da altri schemi. Il concetto di atto positivo come atto unico di volontà, sembra oggi prevalere sia in ambito giurisprudenziale che dottrinale<sup>(62)</sup>. Esso getta luce anche sul modo di risolvere quelle situazioni in cui non c'è una vera incapacità per grave mancanza di discrezione di giudizio e non si riscontra una volontà matrimoniale. Non c'è bisogno neanche in questo caso di cercare la soluzione nel can. 1057 § 2, proprio perché il can. 1101 è stato pensato e deve essere interpretato — come un negativo — alla luce di esso.

*Montserrat Gas i Aixendri*

---

<sup>(62)</sup> A. STANKIEWICZ, *Concretizzazione del fatto simulatorio nel «positivus voluntatis actus»*, cit., p. 277.

*La forza invalidante dell'errore su una qualità intesa direttamente e principalmente radica non tanto nella gravità della qualità sulla quale si erra bensì nell'intenzionalità dell'errante, che include la qualità nell'oggetto del consenso. La prova dell'errore riguarda sia l'individuazione (in modo errato) di una qualità che è stata oggetto della volontà che l'inesistenza di tale qualità nella persona. Tra i mezzi di prova, va presa in considerazione in modo particolare la prova indiretta: il « criterium aestimationis » e « reactionis ».*

(*Omissis*). — SPECIES FACTI. — 1. Caius, die 18 februarii 1953 in oppido v.d. «N» natus, catholicus, moderator in quadam societate vitae cautioni exercendae (cf. Summ., 8), commorans in pago nuncupato «N», die 23 septembris 1978 matrimonium canonicum iniit in ecclesia paroeciae v.d. «N», (*omissis*), cum Gaia, die 16 iulii 1953 orta, domicilium retinente in municipio v. d. «(*omissis*)».

Ipsi, qui iam ab infantia sese cognoscebant, seu tempore scholae elementariae, consuetudine strictiore inter se uti inceperunt anno 1976 (cf. Summ., 1) vel anno 1972 (cf. Summ. alt., 18/8), Caio in studia universitaria ingrediente.

Cum Caius otpimam institutionem christianam recepisset et fidei praxim magno cum fervore coleret, Gaia, quae in familia quoad religionem prorsus neglegente adoleverat, minime de officii religiosi curam gerebat.

Perdurante relatione sponsalicia quaedam difficultates ortae erant ob discordem sensum vitae; quapropter relatio breve per tempus intermissa mansit.

Puella praegnans evenit et statim ac Caius munus militis ad finem adduxit, ipsi nuptias celebraverunt.

Die 26 februarii 1979 filia, ante nuptias concepta, ad lucem venit, cui nomen NN impositum est, ac deinde 6 septembris 1980 altera filia, NN vocata, enata est.

Contentionibus inter coniuges accensis, ipsi auxilium a perito in re matrimoniali quaesiverunt, ast, cum in viro suspicio de mulieris fidei iugalis prodicione exorta est, ille coram civili magistratu divortium expetivit, ac sententia divortium concedens prodiit die 30 augusti 1994.

2. Dominus Caius die 16 februarii 1996 supplicem libellum coram Tribunali Pragensi obtulit, expostulans declarationem nullitatis sui matrimonium «in quanto la moglie fin dal principio esclu-

deva la fedeltà coniugale e non è stata capace di creare una convivenza unita ed armoniosa» (Summ., 5).

Per Decretum Vicarii Iudicialis die 11 martii 1996 libellus admissus est et Collegium Iudicum institutum est.

Conventa, cum numquam respondisset notificationi a Tribunale missae, die 2 maii 1996 absens declarata est, ac die 4 septembris 1996 obiectum litis hac sub forma a Praeside statutum est: «1. Esclusione della fedeltà e dell'indissolubilità del matrimonio da parte della convenuta (can. 1013 § 2, can. 1086 § 2 CIC 1917; can. 1099 e 1101 § 2 CIC 1983). 2. Errore nelle qualità sostanziali della persona (can. 1083 § 2 CIC 1917) che diventa errore di persona (can. 1097 § 2 CIC. 1983)» (Summ., 26-27).

Recolatur oportet quod Sententia postea aliis verbis obiectum definitum ostendit: «1. Exclusio unitatis et indissolubilitatis matrimonii per partem conventam (can. 1013 § 2 et can. 1086 § 2 CIC 1917). 2. Error circa proprietates substantiales personae, redundans in errorem personae (can. 1083 § 2, 1° CIC 1917)».

Actore atque tribus testibus auditis, die 7 octobris 1997 sententia primi gradus affirmativa prodiit dumtaxat pro errore «actoris circa proprietates substantiales personae», in errorem personae redundante.

Ad normam can. 1682 causa ad Tribunal Appellationis Omolucen. transmissa est.

Die 15 decembris 1997 Vicarius Iudicialis Collegium Iudicum instituit per decretum, quod die 29 ianuarii 1998 ac die 30 ianuarii 1998 partibus notificatum est.

Voto Defensoris Vinculi praebito, causa per viam ordinariam tractandam statutum est decreto diei 9 februarii 1998, subsignationem tantum Praesidis ac notarii patefaciens.

In actis nullatenus patet decretum concordationis dubii, sed tantum adest epistola Praesidis ad Vinculi Defensorem, qui deinde Praesidi responsum exhibet, de instructione suppletiva prorsus dissuadens.

Inde nec partibus nec testibus excussis, die 9 martii 1999 Iudices Tribunalis Appellationis negative ad omnia responderunt, decernendo quoad «Punctum primum postulationis — exclusio indissolubilitatis et unitatis in momento matrimonii contrahendi actu voluntatis positivo — nequaquam probatum est neque quisquam appellationem interposuit... et cunctis suffragiis declarat nullitatem matrimonii ob errorem circa qualitatem in errorem personae re-

dundantem probatam non esse... Propterea... non constare de nullitate matrimonii in casu».

Actore ad N. A. T. appellante, die 14 octobris 1999 Turnus ab Exc. mo Decano institutus est.

Per Decretum Ponentis die 5 iulii 2000 latum, dubium hac sub forma statutum est: «An constet de matrimonii nullitate, in casu, ob errorem viri actoris circa qualitatem conventae redundantem in errorem personae».

Per litteras rogatorias denuo actor auditus est ac duo novi testes, scilicet Parochus viri actoris ac Presbyter qui olim dominum Caium, perdurante suo munere in paroecia nuncupata «(omissis)», cognoverat, excussi sunt.

Conventa epistolae a Tribunali missae nullam responsionem concessit.

Vadimonia reddita coram rogato Tribunali Pragensi pro hoc iudicii gradu die 25 septembris 2001 ad N.A.T. pervenerunt; die 2 aprilis 2002 Patronus ex officio partis actricis suum Restrictum in iure et in facto exhibuit et die 27 iunii 2002 Animadversiones Defensoris Vinculi deputati praebitae sunt.

IN IURE. — 3. Matrimonium duplici sub respectu inspicere solet, scilicet in fieri et in facto esse. Si coniugium prout unio personalis et interpersonalis recipitur, quia nubens seipsum alteri nupturienti tradit et cum eodem consortium totius vitae instituit, certo certius matrimonii definitio ad unum fertur.

Divus Thomas essentiam matrimonii, et quidem matrimonii in facto esse, ad coniunctionem reducit: «Definitio... in littera posita tangit essentiam matrimonii, scilicet “coniunctionem”. Et addit determinatum subiectum, in hoc quod dicit “maritalis”: quia, cum matrimonium sit coniunctio in ordine ad aliquid unum, talis coniunctio in speciem traditur per illud ad quod ordinatur; et hoc est id quod ad maritum pertinet» (S. Th., *Suppl.*, q. 44, a. 3, in corp.).

Agitur sane de unione quae totam nubentium personalem veritatem exigit atque involvit: «quia coniunctio viri ad mulierem per matrimonium est maxima, cum sit et animarum et corporum. Et ideo *coniugium* nominatur» (S. Th., *Suppl.*, q. 44, a. 2, ad tertium).

Huiusmodi coniunctio quidem est obiectum consensus coniugalis, qui est essentia matrimonii in fieri: «cum in matrimonio sit

quaedam spiritualis coniunctio, inquantum matrimonium est sacramentum; et aliqua materialis, secundum quod est in officium naturae et civilis vitae: oportet quod mediante materiali fiat spiritualis virtute divina. Unde, cum coniunctiones materialium contractuum fiant per mutuum consensum, oportet quod hoc modo etiam fiat matrimonialis coniunctio... sicut matrimonium est unum ex parte eius in quod fit coniunctio, quamvis sit multiplex ex parte coniunctorum; ita etiam consensus est unus ex parte eius in quod consentitur, scilicet praedictae coniunctionis, quamvis multiplex ex parte consentientium. Nec est directe consensus in virum, sed in coniunctionem ad virum, ex parte uxoris: et similiter, ex parte viri, consensus in coniunctionem ad uxorem» (S. Th., *Suppl.*, q. 45, a. 1, in corp. et ad tertium).

Consensus ergo actus personalis, seu integre humanus, haberi debet, et in oblationem interpersonalem vertitur: «Intima communitas vitae et amoris coniugalis, a Creatore condita suisque legibus instructa, foedere coniugii seu irrevocabili consensu personali instauratur. Ita actu humano, quo coniuges sese mutuo tradunt atque accipiunt, institutum ordinatione divina firmum oritur» (G. S., 48).

Veritas personalis consensus coniugalis in nova lege canonica agnoscitur, quia per matrimoniale foedus «vir et mulier inter se totius vitae consortium constituunt» (can. 1055, § 1), et «Consensus matrimonialis est actus voluntatis, quo vir et mulier foedere irrevocabili sese mutuo tradunt et accipiunt» (can. 1057, § 2).

Certo certius nupturientes uti obiectum materiale consensus immediate patent, et huiusmodi necessitudo ab ipso Concilio Oecumenico Vaticano II recipitur: «*Obiectum essentiale consensus matrimonialis indicatur verbis... subsequentibus: "Ita actu humano, quo coniuges sese mutuo tradunt atque accipiunt"*». Formula adhibita recte indicat, verbis traditione consecratis, indolem traditivo-acceptativam consensus matrimonialis atque eius *obiectum materiale*, iuxta terminologiam scolasticam, scilicet personas ipsas coniugum: hi enim "*sese mutuo tradunt atque accipiunt*"... In Concilio indicatur tantum obiectum materiale, seu id quod traditur et acceptatur — id est, personae ipsae coniugum — , omissa mentione obiecti formalis, seu rationis sub qua personae sese mutuo tradunt atque accipiunt, quae ratio, ut patet, praesupponitur» (U. NAVARRETE, *Structura iuridica matrimonii secundum Concilium Vaticanum II*, Romae 963, pp. 73-75).

Obiectum materiale consensus abesse nequit, cum ratio sub qua personae sese tradunt atque accipiunt logice atque ontologicè subsequatur; persona enim prout coniugabilis intenditur, sed huiusmodi qualitas inesse potest tantum in persona, quae quidem qualitatem praecedat.

Foedus iugale ergo instituitur inter duas personas concretas et uterque nubens quoad alterum contrahentem errare nequit.

Natura pacticia, et quidem personalis, consensus matrimonialis nullatenus sinit ut fiat error «circa personam» (cf. can. 1083, § 1 Codicis piana-benedictini) vel «in persona» (can. 1097, § 1 Codicis vigentis) cum qua foedus firmatur vel contractus initur.

4. «Quocirca si persona in solis substantiis est, atque in his rationalibus, substantiaque omnis natura est, nec in universalibus, sed in individuis constat, reperta personae est igitur definitio: Persona est naturae rationalis individua substantia» (BOETIUS, *Liber De persona et duabus naturis*, cap. III, P. L. 64, 1343); huiusmodi definitio, quae a Philosophia perenni traditur, plane a Divo Thoma recipitur atque explanatur: «quodam specialiori et perfectiori modo invenitur particulare et individuum in substantiis rationalibus, quae habent dominium sui actus, et non solum aguntur, sicut alia, sed per se agunt: actiones autem in singularibus sunt. Et ideo etiam inter ceteras substantias quoddam speciale nomen habent singularia rationalis naturae. Et hoc nomen est *persona*. Et ideo in praedicta definitione personae ponitur substantia individua, inquantum significat singulare in genere substantiae: additur autem rationalis naturae, inquantum singulare in rationalibus substantiis» (*S. Th.*, I, q. 29, a. 1, in corp.).

Non est qui non videat Divum Thomam sistere in particulari vel in individuo, quia substantia rationalis naturae tantum in persona, scilicet in subiecto definito aut particulari, ad esse pervenit.

Personae peculiaritas, aut irripetibilitas, corporis ac spiritus qualitibus, quae esse possunt naturae moralis, socialis, iuridicae, circumscribitur; attamen cum de persona sermo fit, semper agitur de quodam subiecto definito, praeunte quamlibet qualitatem, et quod cognosci potest prout unum ab aliis prorsus distinctum, et in nova Lege canonica «intelligitur subiectum attributionis iurium et officiorum, in sua identitate individuali, praescindendo prorsus a qualitibus quibus ipsum datur vel quibus caret... In his omnibus locis nomine "*personae*" venit subiectum ultimum attributionis

iurium et officiorum, in sua individuitate et identitate, praescindendo prorsus a qualitatibus vel defectibus eidem inhaerentibus idemve afficientibus... Iam vero non videtur posse esse dubium quin in his omnibus locis substantivum "persona" adhibeatur uno eodemque sensu, scilicet pro subiecto iurium et officiorum, in sua individualitate et identitate sumpto, abstractione facta ab omnibus ulterioribus qualitatibus quibus singulum subiectum afficitur in sua existentia reali... Promulgato autem Codice, sustineri non potest, nisi argumentis peremptoriis probetur, conceptum personae in c. 1097, § 1 habere sensum diversum ab illo quem habet in omnibus aliis locis Codicis» (U. NAVARRETE, *Error circa personam et error circa qualitates communes seu non identificantes personam* (C. 1097), in *Periodica*, 82, 1993, pp. 662, 663, 664; cf. etiam U. Navarrete, *Error in persona (c. 1097 § 1)*, in *Periodica*, 87, 1998, p. 367)

Definitio iuridica personae, quae « utpote subiectum iurium, et obligationum, non identificatur tantum criterio physico, sed etiam ex aliis elementis seu qualitatibus » (Reg. Flamini seu Foroliven.-Brittorien., coram Defilippi, decisio diei 6 martii 1998, n. 9, in *Monitor Eccl.*, 125, 2000, p.486), minime notionem traditionalem subvertere videtur, cum semper habeatur subiectum definitum atque agnoscibile.

5. Error in intellectu oritur et in eodem sistit ac manere potest: « error ponit iudicium rationis perversum de aliquo » (S. Th., *Suppl.*, q. 51, a. 1, ad primum); ast voluntas hominis, cum agit, ex luce a facultate intellectus fluente procedit.

Error proinde pervertere vel immutare obiectum voluntatis nonnumquam valet: « Etiam si in utroque contrahente adsit debita mentis discretio, consensus matrimonialis deficere ulterius potest ex parte intellectus ob errorem » (P. card. GASPARRI, *Tractatus canonicus de Matrimonio*, ed. nova ad mentem Codicis I. C., apud Civitatem Vaticanam 1932, v. 2, n. 788, p. 17); « Nomine erroris venit *falsa rei apprehensio*. Addit ergo ignorantiae fallax iudicium de obiecto, in quod voluntas fertur » (F.M. CAPPELLO, *Tractatus Canonico-Moralis de Sacramentis*, v. III, *De Matrimonio*, ed. tertia, Taurini-Romae 1933, n. 584, p. 657).

Norma generalis in primo libri tum veteris tum novi Codicis Iuris Canonici statuta, erroris vim irritantem agnoscit solummodo in tribus speciebus, scilicet si error « versetur circa id quod consti-

tuit substantiam actus» (can. 104 Codicis piani-benedictini; cf. eadem verba in can. 126 Codicis vigentis), vel si «recidat in conditionem *sine qua non*» (ib.), vel si «iure caveatur» (ib.).

Quod attinet ad ius matrimoniale error substantiam actus prorsus corrumpit in errore circa personam, quia foedus iugale inter duas concretas ac definitas personas perficitur; obiectum enim consensus ab intra coartatur ita ut voluntas recipiat essentiam a mente omnino mutatam.

6. Error circa personam in identitatem personae vertit, quae quidem criterio physico praeprimis animadvertitur ac cognoscitur; persona enim, ut solet, per suam imaginem physicam ad alios pervenit et ab ipsis recipitur, et hoc quidem sufficit ne erratur circum alteram partem in contractu efficiendo.

Recto cum sensu realitatis communicationum interpersonalium in hominum societate admittitur quod «Se ogni qualità dello spirito non meno che del corpo può far nascere il colloquio matrimoniale, è innegabile però che spesso siano le seconde più che le prime a muovere un siffatto discorso... Da questa innegabile constatazione è nata l'attenzione tutta particolare che la canonistica e la giurisprudenza ecclesiali hanno sempre correttamente posto all'*identità fisica* della persona» (P.A. BONNET, *Introduzione al consenso matrimoniale canonico*, Milano 1985, p. 69).

Attamen persona etiam per qualitatem moralem ab aliis discerni potest, si de qualitate propria, quae solummodo illi personae inest, agatur; patet proinde quod illa qualitas est determinativa personae.

Divus Thomas introduxit, ad huiusmodi factispeciem definiendam, conceptum erroris qualitatis qui in errorem personae redundat: «si error nobilitatis vel dignitatis redundat in errorem personae, tunc impedit matrimonium» (S. Th., *Suppl.*, q. 51, a. 2, ad quintum).

Cum illa locutio haud clara, et quidem sermonis latini causa (cf. U. NAVARRETE, *Error in persona, a. c.*, p. 375), plures et dissimiles interpretationes exortae sunt (U. NAVARRETE, *Error in persona, a. c.*, pp. 376-383).

Codex pianus-benedictinus recepit ad litteram doctrinam Divi Thomae: «Error circa qualitatem personae, etsi det causam contractui, matrimonium irritat tantum: 1° Si error qualitatis redundet in errorem personae» (can. 1083, § 2), et tradidit difficultates iam

antea exortas, uti Em. us Gasparri animadvertit: «*Quaestio maximi momenti et difficillima, quam DD. dum student extricare, implicant magis*» (P. card. Gasparri, *o. c.*, v. 2, n. 793, p. 19).

Iurisprudencia N. A. F. quaestionem tam difficilem solvit se vertens ad sic dictam tertiam regulam Sancti Alphonsi de Ligorio, uti iam in una coram Heard diei 21 iunii 1941 evenerat (cf. R. R. Dec., vol. XXXIII, n. 2, p. 530), ac respuit fere unanimis interpretationem sententiae coram Canals diei 21 aprilis 1970 (cf. *ibid.*, vol. LXII, pp. 371-372, n. 2), quid novi introducentis «che si distaccava dalla dottrina e giurisprudenza comune nell'interpretazione del c. 1083 § 2, 1°/CIC 17» (U. NAVARRETE, *Error in persona, a. c.*, p. 384; cf. etiam U. NAVARRETE, *Error circa personam...*, *a. c.*, p. 657).

Doctrina semper tradita de errore qualitatis qui in errorem personae redundat, in una coram Ferraro, duobus tantum annis elapsis a sententia coram Canals lata, summa cum claritate patet: «a recto forte non multum distat qui teneat pro qualitate redundante id unum essentialiter requiri, ut scil. eadem, quaevis fuerit eius natura: physica, moralis, socialis etc., sit determinativa personae» (coram Ferraro, dec. diei 18 iulii 1972, n. 25, in R. R. Dec., vol. LXIV, p. 473).

Qualitas, cuiuslibet naturae sit, determinativa habetur si ipsa sufficit ac valet ut ad identitatem alterius partis nubens pervenire possit: «L'errore della qualità che "redundat in errorem personae", pel quale il matrimonio è invalido, è l'errore su qualità *identificante* della persona. Esso si verifica, cioè, quando una determinata *qualità* viene assunta come il *segno distintivo* di una persona, alla cui identificazione si intende giungere attraverso quella tale qualità: onde l'errore circa la qualità della persona (e cioè che si tratti appunto della persona che si voleva identificare attraverso quella qualità) si risolve effettivamente in un errore di persona» (V. DEL GIUDICE, *Nozioni di Diritto Canonico*, ed. 10, Milano 1953, pp. 192-193).

7. Cum autem de qualitate communi agitur, seu nullatenus alicui personae solummodo propria, evenire potest quod nupturiens quandam qualitatem velit prout condicionem sine qua non; si de huiusmodi qualitate nubens in errorem incidit, consensus conjugalis corrui: «error circa qualitatem accidentalem matrimonium dirimit... quando scilicet qualitas... posita fuit tamquam conditio

*sine qua non* matrimonii contracti, in quo casu impedimentum iuris naturae constituit, non quidem ex errore, sed ex defectu consensus, quo matrimonium perficitur» (coram Prior, decisio diei 20 maii 1912, n. 3, in R. R. Dec., vol. IV, dec. XX, p. 237); et, novo Codice iam promulgato, eadem doctrina sic proditur: «Nihilosecius eundem effectum [erroris circa id quod constituit substantiam actus iuridici] obtinet etiam error circa aliquod elementum obiective accidentale actus, dummodo subiective euectum sit ad elementum substantiale... Hoc autem fieri potest non vi ipsius facultatis intellectivae (etsi nupturiens erronee putet aliquod elementum obiective accidentale sit substantiale), sed vi facultatis volitivae quando nempe subiectum requirit uti essenziale aliquod elementum obiective accidentale. Heic... agitur... de intentione tam intensa includenti in obiectum consensus aliquod elementum accidentale ut eadem intentionalitas seu voluntas vim habeat et efficaciam conditionis sine qua non» (coram Erlebach, decisio diei 27 ianuarii 200, n. 6, in *Periodica*, 90, 2002, pp. 504-505).

Recte animadvertitur quod huiusmodi nullitas potius quam «inter errores actum iuridicum invalidantes... collocanda videatur inter nullitates quae a voluntate condicionante pendent» (U. NAVARRETE, *Error circa personam...*, a. c., p. 652; cf. etiam p. 667).

Processus electionis tandem duci potest in qualitatem prae persona volitam, si qualitas directe et principaliter intendatur, uti S. Alphonsus de Ligorio facti speciem summo cum acumine defini-verat: «Quod si consensus fertur directe et principaliter in qualitatem, et minus principaliter in personam, tunc error in qualitate redundat in substantiam. Secus, si consensus principaliter feratur in personam, et secundo in qualitatem: V. gr., si quis dixerit: *Volo ducere Titiam, quam puto esse nobilem*: tunc error non redundat in substantiam, et ideo non invalidat matrimonium. Secus, si dixerit: *Volo ducere nobilem, qualem puto esse Titiam*: tunc enim error redundat in substantiam; quia directe et principaliter intenditur qualitas, et minus principaliter persona» (*Theologia Moralis*, tract. VI, lib. VI, cap. III, dubium II, n. 1016, ed L. Gaudé, Romae 1979, tom. IV, p. 179); hoc in casu «la voluntad del contrayente ha sub-stantivado una cualidad y, de este modo, lo ha convertido en elemento más directo y principal que la identidad personal (que no desconoce) en la configuracin del objeto mismo de su consentimiento. Ntese bien: el error en cualidad directa y principal es un error substancial de hecho. Ésta es la verdadera razn de su efecto

dirimente» (P.-J. VILADRICH, *El consentimiento matrimonial*, Pamplona 1998, p. 140); «defectus qualitatis in altero contrahente in quam dirigitur directe et principaliter voluntas subiecti, secumfert nullitatem consensus ratione defectus obiecti subiective principalis consensus, quod *a fortiori* eundem effectum sortitur ac defectus elementi subiective essentialis in obiecto materiali consensus, de quo in secunda parte can. 126» (coram Erlebach, *dec. cit.*, n. 8, pp. 508-509).

8. Novus canon 1097, § 2 omnino vertit in intentionem subiecti, quin pondus obiectivum qualitatis spectetur (cf. P.A. BONNET, *o. c.*, pp. 75, 77, 78).

Pro nubente qualitas ad substantiam obiecti consensus fertur: «el fundamento irritante del error en cualidad directa y principal es la voluntad del sujeto de substantivar un accidente (la cualidad)» (P.-J. VILADRICH, *o. c.*, p. 142), «haec qualitas, etsi natura sua non pertineat ad substantiam actus, nempe foederis coniugalis, tamen ex voluntate praevaletenti contrahentis ingreditur in obiectum consensus, ita ut consensus reapse pendeat ab existentia vel minus illius qualitatis» (U. NAVARRETE, *Error circa personam...*, *a. c.*, p. 667); et proinde «carece de sentido exigir la gravedad, importancia o trascendencia objetivas de tal cualidad» (P.-J. VILADRICH, *o. c.*, p. 142).

Attamen natura ipsa qualitatis designat aliquid subiecto inhaerens et quadam firmitate ornatum, ut revera qualitas hoc nomine gaudere possit; si agitur enim de qualibet circumstantia externa, quae prout transiens manet, uti e. g. esse potest labor, vel ad futurum pertinens, prout e. g. studia impletura, aliud caput nullitatis attingere potest, scilicet condicionem.

Cum natura pacticia consensus coniugalis postulet definitum momentum in quo actus voluntatis consensualis revera ponitur («matrimonium existit eo ipso temporis momento, quo coniuges matrimonialem consensum praestant iuridice validum. Talis consensus est *actus voluntatis* indolis pacticiae», Paulus VI, *Allocutio ad Romanae Rotae Auditores die 9 februarii 1976 habita*, n., in A. S., LXVIII, 1976, p. 206), qualitas intenta in illo spatio temporis adesse debet, etiamsi postea, uti e. g. valetudo, praxis christiana, corruat.

Quod ad fidem christianam pertinet, animadverti debet quod agitur de re prorsus interna, quae «varios habere potest gradus»

(Ioannes Paulus II, Adhortatio apost. diei 21 novembris 1981 *Familiaris consortio*, n. 68, in A. A. S., LXXIV, 1982, p. 163) cuiusque evolutio ignota manet, quia libera hominis voluntas suam priorem electionem mutare potest; quam ob rem si fides christiana prout qualitas directe ac principaliter intendatur, ipsa solummodo per signa, ad extra patefacta quoad fidei virtutem tempore eliciti consensus, probari valet.

Summus Legum Ecclesiae Interpres censet quod, cum de qualitate directe ac principaliter intenta casus fit, minime futili qualitas sufficit (cf.: IOANNES PAULUS II, *Allocutio ad Romanae Rotae Auditores die 29 ianuarii 1993 habita*, n. 7, in A. A. S. LXXXV, p. 1260); et quidem agi debet de qualitate saltem subiective gravi, cum ipsam nubens velit prae persona alterius coniugis, quae in electione nuptiarum summum pondus servare debet ac solet.

9. Legislator in novo canone 1097, § 2 suscepit ipsa verba tertiae regulae Alphonsianae, sed non videtur quod tantum ad istam facti speciem error qualitatis adstringi possit; nam agnoscitur novam legem nullatenus prout interpretationem veteris canonis 1083, § 2, 1◊ habendam esse: «Id sane insuper asserere debemus, nempe novum canonem non constituere veluti interpretationem veteris legis, sed ex integro tantummodo statuuisse de errore qualitatis irritantis consensum matrimonialem: quamvis, de facto, formula a Legislatore adhibita verbis ipsius utatur quibus una ex interpretationibus canonis abrogati exprimebatur» (coram Pompedda, decisio diei 22 iulii 1985, n. 11, in R. R. Dec., vol. LXXVII, p. 399).

Nupturiens enim, qui cognoscere valet alterum contrahentem nisi per quandam, tantummodo ei propriam, qualitatem, si de ista qualitate errat, quidem invalide contrahit ex ipso iure naturae, cum persona in casu reapse alia sit: «ut hic verificetur oportet quod de qualitate agatur quae sit determinativa personae, quae nempe personam discriminet et in individuo designet adeo ut, deficiente qualitate, persona non sit amplius eadem» (coram Exc.mo Grazioli, decisio diei 11 iulii 1938, n. 17, *ibid.*, vol. XXX, p. 414); «iste error qualitatis redundans in errorem personae revera non distinguitur ab errore de quo in paragrapho prima [canonis 1083, C.I.C. 1917], nam tunc tantum habetur quando versatur circa qualitatem quae uni personae propria est ac quae praecise intenditur. Respicit ergo ipsam personam physicam quae cognoscitur sub tali eaque

tantum qualitate vel denominatione» (coram Heard, decisio diei 7 augusti 1948, n. 2, *ibid.*, vol. XL, p. 343).

10. Error in qualitatem qui in errorem personae recidit quidem in intellectu sistit; sed, voluntati obiectum praebet prorsus aliud ab illo quod contrahens eligere vult.

Et in huiusmodi facti specie probari debent et existentia qualitatis alterum nubentem identificantis et error in quem nupturiens inciderat.

Si qualitas prae persona intenditur, quidem praeprimis intentio quoad illam qualitatem a contrahente gigni debet, et fulcrum probationis proinde sistit in existentia illius intentionis: «Manet certo solvenda, singulis in casibus, ardua quaestio an intenta sit in facto “qualitas qualificanda” in personam redundans: verumtamen in iure iam clarum est, quod agi debet de requisito quod consensus ingressum sit» (coram Agustoni, decisio diei 10 iulii 1984, n. 13, in R. R. Dec., vol. LXXVI, p. 456).

Via directa probationis fertur a confessione iudiciali necnon extraiudiciali praesumpti errantis; ast summi momenti aestimandae sunt indirectae probationes, quod dialectice procedit per criterium aestimationis qualitatis, quae ostenditur a praesumpti errantis institutione, indole, ambitu sociali, eius casibus vitae, necnon per criterium reactionis peractae ab errante statim ac defectum qualitatis intentae detexerit; « — attenta relevantia intentionalitatis hoc in nullitatis capite — magnae utilitatis est etiam *comparatio* inter *causam contrahendi* ex parte errantis et *peculiariter volendi* ex parte eiusdem contrahentis» (coram Erlebach, *dec. cit.*, n. 13, p. 522).

IN FACTO. — 11. In hac instantia causa videnda est tantum de errore qualitatis, cum capita exclusionis boni fidei et sacramenti ex parte mulieris duplici negativa decisione dimissa sint, quamquam ista capita quoddam fundamentum ostendere videntur.

12. Vir actor optima testimonia credibilitatis recepit; qui olim eius Parochus fuit testatur: «Prope populum christianum Caium valde positiva gaudet. Agitur de viro fide digno» (Rev. NN, Summ. alterum, 36).

De eius optima institutione christiana actoris amicus se certum habet: «È stato educato secondo la fede. Nelle questioni della fede Caio aveva formato piuttosto me... egli si inseriva molto nei lavori intorno alla chiesa. Anche negli anni del regime totalitario egli

come direttore dell'istituto d'assicurazione lavorava intorno alla chiesa, anche se con ciò si tirava addosso dei fastidi» (NN, Summ., 45-46/6-7).

Dominus Caius, etiam perdurante tempore persecutorii imperii communistarum in sua natione, numquam, quamvis suo cum discrimine, praxim christianam deseruit.

Ipse suam fidem christianam plane ostendebat, quin Ecclesiae Catholicae inimicis se flecteret: «Venivo seguito e contattato, ma non ho ceduto alle pressioni ed ho conservato la fede anche durante i tempi della oppressione totalitaria» (Summ., 2), et de viri virtute suum testimonium praebet Rev. NN, qui olim actoris Parochus fuerat (cf. Summ. alterum, 39): «munere insigni in negotio suo fungebatur, attamen ecclesiam adibat, de qua re difficultates in negotio ei exsistebant» (Summ. alterum, 36/4); indiciis quidem receptis, Rev. NN, iudex ponens in prima instantia, refert: «certo dici potest eum virum bonum, fidelem et sincere pium esse. Etiam tempore comunismi semper praxim christianam servabat invitis difficultatibus, eo tempore ex hoc vitae modo sequentibus, praesertim in negotio. Propter bonam vitam inter concives magna auctoritate utebatur» (Summ. alterum, 39).

Suum opus paroeciae tum in quibusdam laboribus se gratis impendens tum in consilio pro rebus oeconomicis partem habens obtulit: «Durante il periodo degli studi, durante le vacanze, ed anche più tardi anche durante l'occupazione, io aiutavo nelle riparazioni e nel mantenimento della chiesa a (omissis) ed a (omissis) mi sono inserito nella vita parrocchiale» (Summ., 1); et sacerdotes huiusmodi declarationem ex integro firmant: «Erat et adhuc est membrum consilii paroeciae meae» (Rev. NN, Summ. alterum, 25/4); «benevolus est, in quolibet labore in paroecia adiuvaré paratus. Cum duobus amicis suis circulum facit, qui prompte in ecclesia adjuvat. Populus christianus in paroecia "Sanctam Trinitatem" eos appellat» (Rev. NN, Summ. alterum, 36/4).

13. Dominus Caius, quippe qui etiam adversitates regiminis communistarum pro fide servanda ac patefacienda pati semper paratus erat, summi fidem christianam futurae consortis faciebat.

Eius optatum atque intentio, quippe quae pro omnibus christifidelibus esse debent, vertebantur in familiam christianam instituendam: «Volevo, che noi formassimo una famiglia cristiana, affinché educassimo i figli cristianamente» (P. A., Summ., 35/27).

Actor contendit se in cacumine omnium, quae ab homine inquirenda sunt, religionem ponere: «In meo ordine rerum religio priorem locum tenet» (P. A., Summ. alterum, 18/6).

Et suam aestimationem pro futurae sponsae religiositate eiusdemque voluntate ac capacitate sobolem christiane educandi plane actor quidem ostendit: «Io le ho detto, lei acconsentiva, anzi, voleva avere i figli educati cristianamente così come sono stato educato io» (P. A., Summ., 33/27).

Magnum Caii optatum ut concentus etiam in fide christiana fieret, patet etiam ex opere ab illo acto ad Gaiiae persuadendum pro praxi christiana resumenda: «Ea contra ecclesiam et religionem loquente omnia ei explicare studebam et eam persuadere se recte non dicere» (P. A., Summ. alterum, 17-18/5); et actoris amicus de huiusmodi actoris inceptis notitiam addit: «Caio si sforzava molto, affinché Gaia diventasse una donna credente» (NN, Summ., 48/38).

Ex actis quidem argui potest quod dominus Caius, quippe qui fidem ac praxim christianam quam maxime aestimabat, directe in futura uxore religiositatem adesse intendebat.

Attamen ipse actor in suo primo vadimonio claris verbis excludit se posuisse actum voluntatis pro illa mulieris qualitate, seu religiositate, exhigenda: «Non è stata una condizione così dura... Io penso, che alla fede uno possa arrivare anche più tardi. Io me la avrei sposata in ogni caso. Avrei sperato, che durante la nostra vita comune lei si sarebbe avvicinata alla fede» (P. A., Summ., 33 ex off.).

Non est qui non videat huiusmodi a viro elata ne ullum quidem spatium concedunt pro directa qualitate intenta, et minus ac minus pro condicione sine qua non.

In altero vadimonio, reddito in nostro iudicii gradu coram Tribunali rogato, actor suam priorem depositionem corrigere conatus est, asseverando: «iam ante nuptias statui solummodo mulierem religiosam in matrimonium ducere. In matrimonio eligendo certe volui mulierem, quae filios ni fide christiana coleret. Si post nuptias detegissem meam uxorem nullatenus fidem christiana imbutam esse, eam ad fidem adducere studuissem» (P. A., Summ. alterum, 19/10).

Ast vir plane iam ab infantia noscebat ambitum prorsus indifferentem erga religionem, in quo mulier adoleverat: «Ci conoscevamo fin da piccoli, come alunni della scuola elementare e poi

della scuola media... È stata una famiglia non credente da entrambi i genitori. Penso, che loro non abbiano lottato contro la fede, sono stati materialisti pratici, che volevano godersi la vita» (P. A., Summ., 29/7; 31-32/24)

In primo vadimonio actoris quidem contradictio eminent; Caius enim primum asserit: «Per me è stato... essenziale e decisivo... affinché mia moglie fosse una credente e pensavo, che Gaia credente fosse poiché era stata battezzata» (P. A., Summ., 38/37), ac statim ipse refert: «Mia madre mi diceva, che quella non era una donna credente, che non è stata educata nella fede ma io non le ho dato retta» (ibid.).

Quaeritur proinde quomodo vir qui tam facile atque expedite acquievit et immo matris consilia, orta ob puellae defectum religiositatis, respuerat, intendere directe potuisset qualitatem religiositatis.

In altero vadimonio Caius notitiam valde gravem addit: «Antequam matrimonium iniretur nec fidei sacramenta receperat nec Missam audire solebat. Semel dicebat mihi se consilio districtali factionis comunisticae nuntiaturam esse me Missam audire solere.» (P. A., Summ. alterum, 17/5); et prorsus mirum patefit, cum sponsus huiusmodi sponsam relinquere minime cogitavisset, quod ipse actor refert: «Dixi ei hoc forsitan normale non esse, ut consideraret hanc intentionem» (ibid.).

Testes, qui quidem actoris proximi erant, numquam illum audiverunt patefacientem suam intentionem qualitatem religiositatis in muliere reperiendi.

Amicus actoris enim asserit: «Non so di qualche pretesa ben definita... Non so nulla di alcuna pretesa... Io non so nulla di alcuna condizione» (NN, Summ., 46/16; 46/19; 47/24).

Et Caii mater addit: «Non so di alcune pretese... senza l'esecuzione delle quali il matrimonio non sarebbe stato contratto... Nemmeno uno degli sposi ha parlato di qualche richiesta... particolare... Se egli le abbia detto che altrimenti non se la sarebbe sposata, questo io non lo so... A me egli non ha detto, che non avrebbe sposato Gaia se lei non avesse adempito le richieste... riguardanti la fede» (NN, Summ., 52/19; 52/20; 52/23; 53/23).

Religiositas, prout qualitas in altero coniuge postulata, tantum tempore consensus eliciti inquirenda est et tantum per actus externus, seu per praxim, quae quidem formalis vel hypocrita esse potest, patet.

In casu, mulier tempore connubii cultum christianum adire solebat, atque post nuptias in Missae celebratione die dominica partem habebat ac precibus christianis suas filias edocebat.

Ipsa actor enim refert mulierem ad ecclesiam rediisse: «Andavamo insieme anche in chiesa, mi sembrava, che le piacesse stare lì, che tutto lì fosse interessante per lei. Lei prima non era solita di andare in chiesa» (P. A., Summ., 32-33/26); et sponsa viro promiserat se fidem christianam servaturam esse ac signa fidei ostendebat: «Gaia prima della celebrazione delle nozze prometteva che sarebbe vissuta cristianamente, che frequenterebbe le funzioni liturgiche, che si accosterebbe ai sacramenti... Prima della celebrazione delle nozze lei veramente si comportava così» (P. A., Summ., 38-39/37); «pollicebat se filios in fide christiana educaturam esse» (P. A., Summ. alterum, 19/10), et immo conventa prout mater christiana filias instituit: «Orationes christianas eas docuit» (P. A., Summ. alterum, 19/13).

Et testes fidem faciunt de praxi christiana ante nuptias a muliere servata: «Quando ha cominciato ad uscire con Caio, frequentava la chiesa» (NN, Summ., 46/12); «Lei ha cominciato ad interessarsi della fede quando ha cominciato ad uscire insieme a mio figlio... lei prometteva, che sarebbe vissuta secondo la fede... che avrebbe educato cristianamente i figli» (NN, Summ., 51/12; 53/24).

Vir ante nuptias animum tranquillum servabat quoad mulieris religiositatem et, eiusdem verbis receptis, patet quod nullatenus ipse quamlibet peculiarem qualitatem in muliere quaesiverat: «Io penso, che alla fede uno possa arrivare anche più tardi. Io me la avrei sposata in ogni caso. Avrei sperato, che durante la nostra vita comune lei si sarebbe avvicinata alla fede» (P. A., Summ., 33/27).

Dominus Caius quidem, sponsa praxim christianam agente atque promittente se semper eandem servaturam esse, nullo dubio turbabatur ita ut directe religiositatem in futura uxore postularet: «Gaia prima della celebrazione delle nozze prometteva che sarebbe vissuta cristianamente, che frequenterebbe le funzioni liturgiche, che si accosterebbe ai sacramenti... Prima della celebrazione delle nozze lei veramente si comportava così» (P. A., Summ., 38-39/7).

Certo certius promissio quoad rem summe aestimatam ab altera parte, ostendit in casu quanti actor fecisset religionem christianam.

Amissio praxis christianae pro viro tam fervido magna frustratio fuit, sed mulier, cum nuptias accepit, qualitate a viro optata im-

buta manebat, quamvis nescitur utrum ipsa se sentiret certam ac firmam in fide vel nullatenus verax fuisset.

Minime in errorem incidere poterat vir, quippe qui sponsae iter ad praxim christianam resumendam noscebat ac videbat.

Actor, qui bene noverat Gaiam e familia erga religionem omnino indifferenti venire et nullam religiosam institutionem habuisse, si tantum momentum qualitati illi tribuisset, cum illa relationem nullatenus quaesivisset eo vel minus ad nuptias directam.

Error tantum quoad internum mulieris sensum esse potuisset, sed de huiusmodi statu solummodo Deus ac mulier, quae in iudicio absens mansit, testes sunt.

Etiam in nostro iudicii gradu contradictiones actor vincere haud valuit; ex una parte de suo amore erga sponsam locutus est (cf. Summ. alterum, 18/9), de promissione a domina Gaia effecta quoad prolis futurae prolis institutionem christianam (cf. Summ. alterum, 19/10), de Gaia filias preces christianas edocente ac saltem per unum vel duos annos in Ecclesiam adeunte (cf. Summ. alterum, 19/11) ac de eiusdem repente defectione a praxi christiana (cf. Summ. alterum, 19/14), ex altera ipse contendit se voluisse uxorem religiosam ac prolem in fide christiana instituentem (cf. Summ. alterum, 19/10).

Valde proinde dubitandum est actorem in errore versatum esse tempore nuptiarum circa qualitatem in conventa optatam, potissime circa eius religiositatem, cum haud probata habetur viri determinatio circa qualitatem optatam, nec probatur mulieris defectus religiositatis tempore elicitu consensus.

14. Ex actis prorsus patet quod minime actor qualitatem prae muliere intenderat. Nam ipse amore erga puellam captus erat. Nuptiae iam electae erant, antequam mulier praegnans evenisset.

Actor nullatenus cohaerens videtur; nam ipse claris verbis asserit se familiam christianam praeprimis instituere voluisse ac nihil aliud postulavisse: «Io non avevo alcune pretese, almeno non alcune straordinarie. Volevo, che noi formassimo una famiglia cristiana, affinché educassimo i figli cristianamente... Non è stata una condizione così dura... Io me la avrei sposata in ogni caso» (P. A., Summ., 33/27).

Sponsalia aequo animo ducta sunt, et ipse actor agnoscit: «io volevo bene alla fidanzata» (P. A., Summ., 29/8); quamvis Caius pravitates in mulieris mente ac modo sese gerendi animadverterat,

nihilosecius eam nubere voluit, a nullo dubio quoad eius firmam personalitatem impeditus: «Gaia temeraria est, utilitatis suae cupida, de se ipsa alte cogitabat, vita pro se ipsa uti volebat. Liberior vivere volebat, non diligenter. Attamen matrimonium contraxi» (P. A., Summ. alterum, 18/7); «de sana ac firma personalitate Gaiae nulla dubia habui» (P. A., Summ. alterum, 17/4).

Sententia divortii refert: «Alcuni problemi esistevano tra le parti già nel periodo di tempo quando loro uscivano insieme, infatti si erano anche separati, per poi ritornare l'uno all'altro... di loro due si diceva che costituivano una coppia ideale» (Summ., 13; 16); in eadem sententia prodiit quod sponsi, iam antequam Gaia praegnans fieret, nuptias celebrare statuerant: «La gravidanza della opponente ha avuto luogo soltanto dopo che avevano già deciso il termine della celebrazione delle nozze» (Summ., 16).

Actoris mater testatur sponso mutuo amore captos fuisse: «loro si volevano bene... Egli le voleva bene» (Summ., 51/16; 53/23), et idem asserit testis NN, quae olim utriusque partis condiscipula fuerat: «Mi ha provocato una grande impressione il fatto, che loro si volevano bene... loro due erano così innamorati l'uno dell'altro, che si promettevano tutto... Io sono convinta, che si sposavano con amore» (Summ., 60/16; 60/23; 60/24).

Post nuptias vir conamina perfecit ad connubium servandum; quapropter criterium reactionis nullatenus haberi potest, in casu, ita ut probaretur quod vir directe ac principaliter mulieris religiositatem intenderat.

Sententia divortii plura ad rem refert: «Il proponente pensava, che il matrimonio è stato all'inizio bello e soddisfacente, voleva bene alla moglie. Poco dopo la celebrazione delle nozze egli ha cominciato a costruire una casa familiare, ma questo è successo già nel corso dell'anno 1979 e la costruzione è durata tre anni. Allora comparvero già alcuni sintomi di problemi, le parti hanno visitato il consultorio coniugale a (*omissis*) e nel consultorio legale a (*omissis*), si trattava di questioni finanziarie... Dopo il trasloco nella nuova casa familiare il proponente pensava, che tutto sarebbe andato bene... Dopo la visita fatta al Consultorio coniugale la situazione è migliorata, seguirono poi delle ondate del meglio e subito dopo del peggio. Nel consultorio avevano consigliato alle parti un certo modo di comportamento, questo è stato ancora nel consultorio di (*omissis*), perché nel consultorio coniugale di (*omissis*) le parti non sono più andate» (Summ., 10, 13).

Vir actor candide refert: «mi pare... che la celebrazione delle nozze le sia parso un termine... dopo il quale lei ha smesso di andare in chiesa. Quando poi sono arrivate le figlie, non le importava... della loro educazione religiosa. Lei perfino mi minacciava, dicendo, che sarebbe andata a denunciarmi perché io ero credente» (Summ., 39/37); «Aliquot tempus post nuptias ecclesiam adibat, circa post unum vel duos annos desiit» (P. A., Summ. alterum, 19/13), ast consuetudo coniugalis nullatenus statim ab actore rupta est ob mulieris a praxi christiana defectionem, et immo usque ad annum 1993 ferias una egerunt (cf. Summ., 14) et usque ad mensem iulium 1994 cohabitaverunt, cum vir illo mense instantiam pro divortio porrexerat (cf. Summ., 5).

Ruina matrimonii ex pluribus fontibus initium sumpsit.

Difficultates enim quoad vitam communem quiete ducendam ortae sunt ex indolis ac mentis inaequalitate.

Actor ipse multipliciter causarum partium dissimilitudinis agnoscit: «Discordes opiniones nobis erant quoad perceptionem christianam matrimonii, fidem iugalem et vinculi perpetuitatem. Etiam quoad res materiales. Illa multam pecuniam habere, comeatus causa itinera facere, vita uti volebat» (P. A., Summ. alterum, 20/18).

Et sententia divortii, nixa declarationibus partium tempore haud suspecto redditus, quia nondum causa coram foro Ecclesiae introducta erat, varietatem causarum quoad difficultates partium in vita communi peragenda refert: «La parte opponente ha opinione diversa sulla vita; è sovrana e conscia della propria dignità, ha il modo proprio come affrontare la vita e cerca energicamente a farlo valere... La vita affettiva si svolgeva così che la opponente diventasse infedele, il proponente ne veniva a sapere in diversi modi anonimamente... Il proponente viene ripetutamente attaccato a causa della asserita sottrazione del denaro... Il rapporto con le figlie è così, ché le figlie si sentano portate più alla madre, secondo il proponente... perché la opponente le figlie “se le compra”... La parte opponente rimproverava e rimprovera al proponente di essere un uomo stupido, di essere un alcolizzato, di non dedicarsi alle figlie... i caratteri dell'indole delle parti non sono stati idonei ad accordarsi l'uno con l'altro... non sono stati capaci di conoscere la disarmonia delle loro indoli di carattere e delle opinioni, e che in tempo successivo proprio su questo il matrimonio loro è completamente naufragato... Ciascuna delle parti... ha avuto sulla vita

le idee divergenti e queste idee non si conciliavano con le idee dell'altra parte, la quale cosa portava a diversi sospetti, ai conflitti e per conseguenza alla perdita d'interesse dell'una parte per l'altra» (Summ., 10; 11; 12; 13; 20; 21).

Minime proinde ex ratione agendi actoris patefit quod ipse convictui iugali valedixerat ob mulieris reiectionem praxis christianae atque filiarum institutionis iuxta fidem catholicam.

Recte proinde Cl.ma Vinculi Tutrix ad casum deputata animadvertit: «Iam post nuptias... vir intellexit mulierem... contra religionem esse, sed nihil fecit, vitam matrimonialem perduxit et alteram filiam habuit» (Animadversiones, 14/19).

15. Quibus omnibus tum in iure tum in facto perpensis, Nos infrascripti Patres Auditores de Turno, pro Tribunali sedentes et solum Deum prae oculis habentes, Christi Nomine invocato, declaramus, decernimus, et definitive sententiamus, ad propositum dubium respondententes:

NEGATIVE, seu non constare de nullitate matrimonii, in casu, ob errorem viri actoris circa qualitatem conventae redundantem in errorem personae.

Ita pronuntiamus, mandantes locorum Ordinariis et Tribunalium Administris, ut hanc Nostram definitivam sententiam notificent omnibus quorum intersit, et executioni tradant ad omnes iuris effectus.

Romae, in sede Romanae Rotae Tribunalis, die 25 octobris 2002.

Jordanus Caberletti, *Ponens*  
Angelus Bruno Bottone  
Gregorius Erlebach

---

**Errore su una qualità intesa *directe et principaliter* (can. 1097 § 2) ed *error redundans* (can. 1083 § 2 CIC 17).**

*Il caso: nullità di un matrimonio celebrato prima del 1983 in cui viene invocato un errore sulle qualità.*

La presente sentenza decide una causa di un matrimonio celebrato nel 1978 la cui validità fu accusata *ob error facti*. Si tratta di

un matrimonio celebrato sotto il regime comunista da due fidanzati che si conoscevano sin dall'infanzia; lo sposo era praticante, ma la sposa non aveva ricevuto nessuna formazione cristiana, né praticava la fede. Nella *species facti* della sentenza si legge di alcune difficoltà sorte lungo il fidanzamento, «a motivo delle diverse concezioni della vita». La fattispecie della sentenza parla di successive difficoltà e di sospetti del marito riguardo la fedeltà della donna, per cui si sono separati e chiesto il divorzio civile, che hanno ottenuto nell'anno 1994: quasi vent'anni dopo il matrimonio.

Nel 1996 fu introdotto il libello di domanda e concordato il dubbio sull'esclusione della fedeltà e dell'indissolubilità da parte della convenuta ed «errore nelle qualità sostanziali della persona (can. 1083 § 2 CIC 17) che diventa errore di persona (can. 1097 § 2 CIC 83)». Posteriormente, il dubbio venne riformulato così: «1. Exclusio unitatis et indissolubilitatis matrimonii per partem conventam (can. 1013 § 2 et can. 1086 § 2 CIC 1917). 2. Error circa proprietates substantiales personae, redundans in errorem personae (can. 1083 § 2, 1° CIC 1917)». La qualità sulla quale l'attore dice di aver errato è la religiosità della donna, che lo avrebbe rassicurato riguardo la sua pratica religiosa e il proposito di educare cristianamente i figli.

Dopo un'istruzione piuttosto breve («Actore atque tribus testibus auditis»), la sentenza di primo grado dichiarò la nullità del matrimonio non per simulazione ma soltanto «pro errore *actoris circa proprietates substantiales personae*, in errorem personae redundante». Il tribunale di secondo grado decise di inviare all'esame ordinario — a quanto sembra senza un formale decreto di concordanza del dubbio e senza un'istruttoria suppletiva — e decise *negative ad omnia*; anche se la decisione doveva riguardare soltanto il capo di errore, poiché non era stata appellata la decisione negativa riguardante la simulazione.

Dopo il pertinente appello, il turno rotale stabilì così il *dubium*: «An constet de matrimonii nullitate, in casu, ob errorem viri actoris circa qualitatem conventae redundantem in errorem personae». Una volta ascoltate le dichiarazioni di altri due testi (sacerdoti conosciuti dall'attore), il turno decise negativamente.

In questo commento, lasceremo da parte il modo come il turno ha valutato l'inesistenza dell'errore, giustamente a nostro avviso: poiché non risulta provata né l'intenzione prevalente dello sposo e il collegamento della sua volontà matrimoniale con l'esi-

stenza della qualità segnalata né la mancanza di religiosità della donna al tempo del matrimonio che, come ritiene il ponente, può essere apprezzata solo attraverso delle manifestazioni esterne. Manca anche il *criterium reactionis* e anzi sembra che le difficoltà della coppia sono sopraggiunte da questioni finanziarie, sospetti d'infedeltà, ecc, più che dalla mancanza della qualità: lo sposo infatti non ha messo in crisi il rapporto alla scoperta del rifiuto della pratica cristiana o dell'educazione cristiana dei figli.

Intendiamo, invece, soffermarci brevemente sul rapporto esistente tra il can. 1083 § 2 del Codice precedente e il can. 1097 § 2 del Codice vigente. Come abbiamo accennato, il turno ha optato per affrontare il presente caso — riguardante un matrimonio celebrato sotto il Codice del 1917 — integrando la normativa del can. 1097 § 2 vigente sotto un *dubium* in cui si richiama all'*error redundans* del can. 1083 del Codice precedente.

#### *L'errore di qualità sotto il Codice del 1917.*

La regolamentazione che i canoni 1097 e 1098 fanno dell'*error facti* è, tra le novità introdotte dal Legislatore canonico del 1983 in ambito matrimoniale, una di quelle che hanno attirato un maggior numero di studi e riflessioni, probabilmente perché la soluzione proposta dai menzionati canoni ha cercato di dare risposta ad una delle questioni più controverse nell'applicazione del diritto sostantivo negli anni immediatamente anteriori alla promulgazione del Codice vigente<sup>(1)</sup>.

(1) Si veda, in particolare per quanto riguarda le fonti e le linee giurisprudenziali di interpretazione ed applicazione del can. 1083 CIC 17 l'acuto studio di G. ERLEBACH, *L'interpretazione del can. 1097 § 2 da parte della giurisprudenza della Rota Romana*, in AA.VV., *Errore e dolo nella giurisprudenza della Rota Romana*, Città del Vaticano, 2001, 73-101. Cfr. anche, nello stesso volume, CH. J. SCICLUNA, *L'errore di fatto (can. 1097) e l'errore doloso (can. 1098)* (pp. 7-35); S. BERLINGÒ, *Errore e atto giuridico* (pp. 37-51). Inoltre, volendo limitarci alla dottrina recente, cfr. R. FUNGHINI, *L'errore in persona (c. 1097 § 1)*, in AA.VV., *Diritto matrimoniale canonico*, II, Città del Vaticano, 2003, 147-161; F.R. AZNAR GIL, *El «error in qualitate personae» (can. 1097, § 2) en la jurisprudencia rotal romana (1984-1994)*, in *Curso de derecho matrimonial y procesal canónico para profesionales del foro (XII)*, Salamanca, 1996, 193-248; A. MENDONÇA, *Error of fact: doctrine and jurisprudence on canon 1097*, in *Studia Canonica* 34 (2000) 23-74; J.I. BAÑARES, *En torno al tratamiento del «error qualitatis» en el Código actual*, in *Ius Canonicum* 28 (1988) 647-662; ID., *Error «causam dans» y error en cualidad directa y principalmente pretendida*, in *Ius Canonicum* 35 (1995) 1995, 103-115; U. NAVARRETE,

Il canone 1083 del Codice del 1917 stabiliva, nel § 1, che «L'errore di persona rende invalido il matrimonio». E nel § 2, «L'errore circa una qualità della persona, quantunque sia causa del contratto, lo invalida solo: 1° Se l'errore circa le qualità della persona ridonda in errore circa la persona stessa. 2° Se una persona libera contrae matrimonio con una persona che ritiene libera, ma che è schiava, nel senso di schiavitù propriamente detta»<sup>(2)</sup>. Il Legislatore del 1917 formulava in questi termini un principio assodato dalla dottrina classica: che non qualsiasi errore invalida il matrimonio, ma solo l'errore ostativo o sostanziale, che si riscontra nell'errore sulla persona e sulla condizione personale, mentre — di norma — considerava come accidentale l'errore sulle qualità «comuni» della persona.

È la distinzione che si ritrova nel *dictum* di Graziano: «Verum est quod non omnis error consensum excludit; sed error alius est personae, alius fortunae, alius condicionis, alius qualitatis. Error personae est, quando putatur esse Virgilius, et ipse est Plato. Error fortunae, quando putatur esse dives qui pauper est, vel e converso. Error condicionis, quando putatur esse liber qui servus est. Error qualitatis, quando putatur esse bonus qui malus est. Error fortunae et qualitatis coniugii consensum non excludit. Error vero personae et condicionis coniugii consensum non admittit»<sup>(3)</sup>. Vale a dire,

---

*Error circa personam et error circa qualitates communes seu non identificantes personam* (C. 1097), in *Periodica* 82 (1993) 632-667; J.M. SERRANO, *L'errore sulla qualità «directe et principaliter intenta» nel consenso matrimoniale*, in AA.VV., *Diritto matrimoniale canonico*, II, Città del Vaticano 2003, 163-175; K. BOCCAFOLA, *The choice of a spouse and how it can be affected by error*, in AA.VV., *El matrimonio y su expresión canónica ante el III Milenio*, Pamplona 2000, 951-961; J.A. MARQUES, *Conocimiento del cónyuge y error relevante*, in *Ibid.*, 963-981; L. DE LUCA, *Conoscenza del coniuge ed errore rilevante*, in *Ibid.*, 983-988; J.A. FUENTES, *Error en la personalidad como forma de ampliar el error en la persona según la jurisprudencia reciente*, in *Ibid.*, 989-995. Si vedano anche i commenti ad alcune questioni poste dalla giurisprudenza al riguardo di J. CARRERAS, *La norma personalista y las cualidades de la persona*, in *Ius Ecclesiae* 3 (1991) 589-623; H. FRANCESCHI, *La connessione tra l'errore nella qualità «directe et principaliter intenta» ed il dolo invalidante del consenso matrimoniale*, in *Ius Ecclesiae* 6 (1994) 573-608.

<sup>(2)</sup> § 1. Error circa personam invalidum reddit matrimonium. § 2. Error circa qualitatem personae, etsi det causam contractui, matrimonium irritat tantum: 1° Si error qualitatis redundet in errorem personae; 2° Si persona libera matrimonium contrahat cum persona quam liberam putat, cum contra sit serva, servitute proprie dicta.

<sup>(3)</sup> C. 29, q. 1. Cfr. J.M. VIJEJO-XIMÉNEZ, *La noción de «error sustancial» en el matrimonio canónico*, in *Ius Ecclesiae* 6 (1994) 489-527; ID., *La redacción original de*

dei quattro errori segnalati da Graziano (*personae, conditionis, qualitatis e fortunae*), i due primi sono sostanziali e gli altri due accidentali. Da parte sua, Pietro Lombardo mise l'accento sulla forza invalidante dell'intenzionalità: «Si quis feminam nobilem in coniugem petat, et pro ea alia ignobilis tradatur ei, non est inter eos coniugium, quia non consentit vir in istam, sed in aliam»<sup>(4)</sup>.

S. Tommaso d'Aquino stabilì un principio che — con l'interpretazione fatta da Sánchez — sarebbe stato punto di riferimento per la dottrina posteriore. Dopo aver affermato l'irrilevanza dell'*error qualitatis* aggiunge: «Diversitas fortunae non variat aliquid eorum quae sunt de essentia matrimonii, nec diversitas qualitatis. Error nobilitatis, in quantum huiusmodi, non evacuat matrimonium: eadem ratio qua nec error qualitatis. Sed si error nobilitatis vel dignitatis redundat in errorem personae, tunc impedit matrimonium. Unde si consensus mulieris feratur in istam personam directe, error nobilitatis ipsius non impedit matrimonium. Si autem directe intendit consentire in filium regis, quicumque si ille tunc, si alius praesentetur ei quam filius regis, est error personae, et impediatur matrimonium»<sup>(5)</sup>. L'interpretazione di questo brano fatta da Sánchez porterà la dottrina a porre l'accento sulla valenza che ha la qualità come elemento di identificazione ed individuazione della persona: se la qualità è stato il mezzo attraverso il quale è stata identificata la persona, un errore nella qualità comporta la sostituzione della persona alla quale spettava la qualità oggetto di errore<sup>(6)</sup>.

---

C.29 del Decreto de Graziano, in *Ius Ecclesiae* 10 (1998) 149-185. Cfr. anche H. FRANCESCHI, *Riconoscimento e tutela dello ius connubii nel sistema matrimoniale canonico*, Milano, 2004, 61-62; le Decretali, invece, non si occupano dell'errore nella persona ma sì dell'errore circa la condizione servile, nel *Titulus IX, De coniugio servorum*: «Si liber contraxit cum ancilla ignoranter, et, ex quo scivit, non consentit, separatur matrimonium, et cum aliis contrahere poterit. Innocentius III. H. Episcopo (1200)» (X 4.9.4). La prova della volontà non matrimoniale, viziata dall'errore, si manifesta nel rifiuto di mantenere rapporti sessuali; viceversa, i rapporti avuti una volta conosciuta la condizione servile del coniuge operano una sorta di convalidazione del consenso: cessato l'errore, la copula coniugale sarebbe prova della volontà matrimoniale malgrado la condizione servile (*ibid.*, 204-206). Cfr. anche C. SALINAS ARANEDA, *El error en la persona del otro cónyuge en la historia del derecho canónico*, in *Revista de Estudios histórico-jurídicos* 20 (1998) 223-251.

(4) P. LOMBARDUS, *Lib. IV Sententiarum*, dist. 30, cap. 1.

(5) S. Th., *Suppl.*, q. 51, a. 2, ad IV et V.

(6) «Dico breviter tunc hic accidere, quando erratur circa qualitatem quae certam personam designat, quae contraenti prius nota non erat absque illa qualitate: nec

Per la dottrina e la giurisprudenza postcodiciali, mentre risultava pressoché pacifica l'ammissione della forza invalidante di un errore su una qualità identificante o individuante della persona (sotto l'*error redundans*), era meno pacifica la valutazione dell'incidenza di un errore su una qualità non identificante della persona<sup>(7)</sup>. Vale a dire: sebbene l'errore sull'identità della persona o su una qualità esclusiva ed identificante della persona non poneva problemi riguardo la sua forza invalidante in quanto errore sostanziale, più problematica risultava la valutazione di un errore su una qualità « comune » che non identifica il contraente, la cui identità fisica è ben determinata e conosciuta. La dottrina e la giurisprudenza furono portate a fare rientrare tale errore — a volte allargando i margini dell'*error redundans* così come formulato nel CIC 17 — nella condizione<sup>(8)</sup>, e in alcuni casi cercarono di applicare la

---

constat mentem contrahentis fuisse in personam sibi praesentem quaecumque illa sit, consentire» (Th. SÁNCHEZ, *De sanct. matrimonii sacramento*, II, Lugduni 1793, Lib. VII, Disp. XVIII, n. 38, p. 74; cfr. G. DELGADO, *Error y matrimonio canónico*, Pamplona, 1975 27).

(7) Cfr. S. ZVOLENSKY, «*Error qualitatis dans causam*» e «*error qualitatis directe et principaliter intentae*». *Studio storico della distinzione*, Roma 1998, 199-223. Cfr. anche R. FUNGHINI, *Errore sulla qualità della persona direttamente e principalmente intesa*, in AA.VV., *Errore e dolo nel consenso matrimoniale canonico*, Città del Vaticano 1995, 39-68, dove sottolinea la difformità nella trattazione delle decisioni rotali, dalla sent. c. Mori del 30 novembre 1910 e la c. Sincero del 27 maggio 1911 fino alla c. Heard del 21 giugno 1941 e la c. Canals del 21 aprile 1970. Comunque l'impostazione prevalente è stata quella di ritenere nullo il matrimonio per errore in qualità « solo se la comparte era assolutamente sconosciuta al subente e l'errore riguardava una qualità requisita propria di una sola persona e facilmente individuante la medesima » (p. 41). La giurisprudenza concordava maggioritariamente, «rivendicando poi un'esatta interpretazione di san Tommaso, alla quale esplicitamente si dichiarava rifarsi la terza regola di S. Alfonso» nell'affermare che «minime applicari potest casui quo quis intendat contrahere et de facto contrahat cum persona determinata sibi bene cognita» (c. Sincero cit., RRDec 3, 194, n. 23). Segnala Funghini inoltre che la dottrina era talmente concorde che «Bank nel 1959, nel suo trattato *Connubia canonica* poteva scrivere che, nel caso di matrimonio tra due persone ben conosciute, l'error di cui nel canone neque in doctrina neque in iurisprudencia communiter admittitur, anche se pars contraendo... non ipsam personam, sed qualitatem eiusdem specialem intenderti defecerit» (R. FUNGHINI, *L'errore in persona* cit., 42, con cita di J. BLANK, *Connubia canonica*, 357, n. 2).

(8) Cfr. R. FUNGHINI, *Errore sulla qualità della persona direttamente e principalmente intesa* cit., 46.

È significativo notare che, già nel primo schema di Codice del mese di gennaio del 1906, il canone relativo all'*error facti*, dopo aver riconosciuto la forza invalidante

terza regola di san Alfonso Maria de' Liguori<sup>(9)</sup>. Questo autore aggiunge, nella famosa «terza regola», un modo di interpretare l'*error redundans* diverso della *condicio* e la qualità identificante della persona, che costituiscono le due prime regole<sup>(10)</sup>: «Tertia igitur regula, quam tradit D. Thom..., est quod si consensus fertur directe et principaliter in qualitatem, et minus principaliter in personam, tunc error in qualitate redundat in substantiam. Secus, si consensus principaliter feratur in personam, et secundario in qualitatem: V. gr., si quis dixerit: *Volo ducere Titiam, quam puto esse nobilem*: tunc error non redundat in substantiam, et ideo non invalidat matrimonium. Secus, si dixerit: *Volo ducere nobilem, qualem puto esse Titiam*: tunc enim error redundat in substantiam; quia directe et principaliter intenditur qualitas, et minus principaliter persona»<sup>(11)</sup>. L'applicazione della terza regola evidenziava del resto la

---

dell'*error personae*, stabiliva: «Non autem error circa qualitatem, etiam dans causam contractui, nisi in sequentibus: 1° Si consensus datus fuit sub vera e proprie dicta conditione qualitatis quae deficit. 2° Si error qualitatis redundat in errorem personae. 3° Si pars libera matrimonium contraxit cum parte quam liberam putavit, dum est serva, servitute proprie dicta, [legibus regionis sancita]». Nei successivi schemi la previsione comparve e scomparve a seconda della trattazione che veniva data al consenso condizionato. Infatti, nel menzionato schema si era prospettata l'introduzione di una clausola irritante dei matrimoni celebrati sotto qualsiasi tipo di condizione — «matrimonium sub quavis conditione sive de praesenti aut praeterito sive de futuro, etiam licita, valide contrahit nequit» — che, a giudizio dei cardinali avrebbe reso innecessaria la menzione in sede di errore. Nel riferire della decisione presa nella consulta del 15 febbraio 1906, l'attuario del *coetus* di revisione scrive: «Questo canone modifica il cap. ult. De conditionibus, etc. Esso è stato approvato dalla Consulta all'unanimità, conformemente al principio: Actui legitimo conditio apponi non debet. Questa modificazione semplifica il diritto vigente, non sempre ragionevole, ma sempre assai complicato in questo punto». I documenti relativi, in ASV, *Commissione cod. Diritto Canonico*, scat. 36.

<sup>(9)</sup> Cfr. le sentenze c. Mori del 30 novembre 1910 (RRDec 2, 337, 345) e c. Heard del 21 giugno 1941 (RRDec 33, 528-533).

<sup>(10)</sup> Nella prima: «Tunc qualitas redundat in substantiam, cum quis actualiter intendit contrahere sub conditione talis qualitatis». La seconda invece si rifà alla dottrina di Sánchez: «Quando qualitas non est communis aliis, sed propria et individualis alicuius determinatae personae, puta si quis crederet contrahere cum primogenita regis Hispaniae...».

<sup>(11)</sup> *Theologia Moralis*, tract. VI, lib. VI, cap. III, dubium II, n. 1016, ed L. Gaudé, Romae 1979, tom. IV, 179, riportata nella sentenza al n. 7. Da segnalare anche il significativo commento fatto da De Becker, uno dei consultori ai quali fu chiesto un voto all'inizio dei lavori codificatori del 1917, il quale, volendo spiegare la portata dell'*error redundans*, dopo aver riportato il disposto dell'Istruzione Austriaca — «In per-

rilevanza dell'intenzionalità del soggetto il cui consenso poggia su un atto di volontà riguardo una qualità che rientra nell'oggetto del consenso, come avremo occasione di ricordare.

Come si sa, la giurisprudenza faceva ricorso a tali interpretazioni a motivo delle difficoltà di inquadrare entro gli stretti limiti del can. 1083 CIC 17 alcuni casi di errore che il senso naturale della giustizia spesso portava a ritenere come invalidanti del matrimonio. Particolare rilevanza ebbe in questo senso la nota sentenza c. Canals del 1970 (da alcuni autori ritenuta un vero « giro copernicano »<sup>(12)</sup>) nell'interpretazione della giurisprudenza rotale dell'*error redundans*.

L'uditore spagnolo, cercando di risolvere un caso difficilmente inquadrabile nella cornice del can. 1083, propose tre possibili interpretazioni dell'errore in qualità che ridonda in *error personae*: una nozione *strictissima* (quando la qualità è l'unico modo di identificare la persona); una *minus stricta* (« quando qualitas prae persona intenditur: nobilem quale puto esse...; tunc qualitas redundat in substantiam quia directe et principaliter intenditur qualitas et minus principaliter persona ») e una *tertia notio* « cum qualitas moralis iuridica socialis tam intime connexa habetur cum persona physica ut, eadem qualitate deficiente, etiam persona physica prorsus diversa resultet ». In questa terza nozione (attinente al caso in esame di un individuo che aveva tenuto nascosto un suo precedente matrimonio civile), la persona viene *magis integre considerata*: « Si quis ergo matrimonium contrahat cum persona tantum civiliter nupta, quam putet quovis vinculo liberam, invalide contrahit iuxta hanc tertiam notionem, non ob aliquam implicitam vel interpretativam conditionem, sed ob erroris qualitatis re-

---

sonam redundat error in ea tantum qualitate qua sola futuri coniugis persona determinatur » (*Collectio Lacensis*, V, col. 1286 § 14) — aggiunge che « haec descriptio nimis coarctare videtur notionem erroris circa qualitatem redundantis in substantiam: potest enim concipi qualitas, per se, communis pluribus personis sed ita directe et principaliter intenta et huic qualitati reapse alligetur consensus, qui error indubitanter dici debet redundare in substantiam; ideoque, cum practice, casus iste coincidat cum hypothese appositae conditionis de existentiae qualitatis falso suppositae, post propositum assertum de insufficientia cuiusque erroris circa alias qualitates ad vitiandum consensum, additur praesens exceptio ad complementum doctrinae ».

<sup>(12)</sup> Cfr. F.R. AZNAR GIL, *El « error in qualitate personae »* (can. 1097, § 2) en la *jurisprudencia rotal* cit., 203.

dundantem in errorem personae magis complete et integre consideratae».

La linea intrapresa dal ponente avrebbe avuto notevoli conseguenze, più che sull'*error redundans*, sullo stesso concetto di persona; molto si è scritto sulle prospettive aperte dalla sentenza e anche sui rischi celati in esse, e non vi è in pratica sentenza sull'*error facti* che non prenda posizione rispetto alla strada aperta da Canals<sup>(13)</sup>. A noi interessa adesso sottolineare che la decisione e la conseguente costruzione «canalsiana» cercava di dare risposta ad un caso di palese iniquità, che il senso naturale della giustizia portava a considerare nullo. Sembra anche evidente che la soluzione, pur rispondendo al proposito di venire incontro a tale esigenza di giustizia, costituì una forzatura della legislazione vigente e spianò la strada per risolvere sì altri casi insolubili entro i limiti dell'interpretazione tradizionale del can. 1083, ma sembra anche chiaro che la strada venne spianata per realizzare un'interpretazione *evolutiva* della norma non esente di rischi di abusi.

Come scrisse Pompedda poco tempo dopo la promulgazione del Codice vigente, riferendosi indubbiamente — anche se non esplicitamente — alla linea giurisprudenziale aperta dalla sentenza di Canals: «Altro esempio di interpretazione tanto innovativa da aver suscitato, come si diceva, non poche polemiche circa la legittimità della interpretazione evolutiva della legge canonica, possiamo ritrovare in tema di *errore circa la qualità*. È vero che la giurisprudenza ha sempre formalmente sostenuto di essere congruente con il testo del canone e di aver soltanto approfondito e affinato il senso della qualità *ridondante* nella persona, ma non vi è dubbio che il canone aveva assunto, soprattutto nelle ultime espressioni giurisprudenziali prima del nuovo Codice, un significato completamente estraneo a tutta la precedente tradizione canonistica, anche se — e di ciò sono pienamente convinto — l'opera della giurisprudenza si è mossa sulla linea della equità canonica, di un maggior approfondimento del valore personalistico del matrimonio e soprattutto per andare incontro a quelle gravissime situazioni di ini-

(13) Cfr. ad esempio l'analisi della «via canalsiana» di G. ERLEBACH, *L'interpretazione del can. 1097 § 2 da parte della giurisprudenza della Rota Romana* cit., 77 s.; P.A. BONNET, *Creatività giurisprudenziale ed errore personale sulle qualità individuali (un tentativo di più adeguata comprensione e tutela del sentimento religioso matrimoniale nel diritto ecclesiale)*, in *Il Diritto Ecclesiastico* 1 (1987) 75-116.

quità, cui da ultimo ha posto rimedio la nuova trattativa del dolo»<sup>(14)</sup>.

Dicevamo che quasi tutte le sentenze sull'*error facti* posteriori al 1970 hanno preso in considerazione la suddetta sentenza di Canals, per aderire alla tesi lì prospettata o per prendere le distanze da essa. Anche se alcuni autori ritengono che la giurisprudenza posteriore seguì maggioritariamente la nuova impostazione sull'*error redundans*<sup>(15)</sup>, non mancano decisioni rotali fortemente critiche con la nuova impostazione<sup>(16)</sup>. Com'è stato scritto, il lodevole proposito perseguito da Canals, con la conseguente mutazione del concetto di persona in quello di *personalità* correva il rischio di «abbandonare l'oggetto dell'errore sostanziale di fatto in una Torre di Babele di correnti psicologiche, sociologiche, morali e giuridiche, spesso mere ideologie di moda. Sotto la confusa ed incisa nozione di "personalità" si raccolsero, oltre ai casi limite dell'errore e dell'inganno, molti altri casi che tecnicamente non erano altro che semplici errori non rilevanti, la cui base di fatto non risultava nemmeno antecedente alle nozze, ma risultava essere frutto dei naturali cambiamenti, non sempre positivi e felici, della vita di qualunque persona o provocati da un cattivo modo di vivere le iniziali possibilità di bontà coniugale di un matrimonio valido»<sup>(17)</sup>. E siccome la giustificazione di un così radicale mutamento della nozione di persona erano i limiti segnati dall'angusta rilevanza dell'errore sulla qualità nella disciplina del can. 1083, § 2 del CIC 17, il Legislatore decise di riformare interamente la disciplina di detto § 2, anziché forzare i tratti dell'errore sulla persona, regolati nel § 1, secondo una solida tradizione plurisecolare<sup>(18)</sup>.

(14) M.F. POMPEDDA, *La giurisprudenza come fonte di diritto nell'ordinamento canonico matrimoniale*, in *Studi di diritto processuale canonico*, Milano 1995, 24; pubblicato prima in *Studio Rotale. Quaderni* 1 (1987) 47-72.

(15) F.R. AZNAR GIL, *El «error in qualitate personae» (can. 1097, § 2) en la jurisprudencia rotal romana* cit., 205-210.

(16) G. ERLEBACH, *L'interpretazione del can. 1097 § 2 da parte della giurisprudenza della Rota Romana* cit.; S. ZVOLENSKY, «*Error qualitatis dans causam*» e «*error qualitatis directe et principaliter intentae*» cit., 216-223.

(17) P.J. VILADRICH, *Il consenso matrimoniale*, Milano 2001, 194.

(18) Navarrete ha sottolineato recentemente che la soppressione del riferimento esplicito all'*error redundans* nel nuovo canone 1097 ubbidisce al proposito di evitare l'interpretazione estensiva introdotta con la sentenza c. Canals: cfr. U. NAVARRETE, *Error in*

*Il rapporto tra il can. 1097 § 2 e l'error redundans del CIC 17 nella giurisprudenza recente.*

La sentenza che commentiamo si riferisce a questo rapporto tra il nuovo canone 1097 § 2 e il precedente 1083 ricordando che il Legislatore ha accolto nel can. 1097 § 2 le stesse parole della terza regola di s. Alfonso, ma non sembra che l'errore di qualità si possa ridurre soltanto a questa fattispecie; poiché — si legge nella presente sentenza, e questa sembra essere la linea giurisprudenziale imperante — la nuova legge non è da considerarsi come l'interpretazione del vecchio canone 1083 § 2. Il ponente sottolinea che il nuovo canone non costituisce come l'interpretazione del canone vecchio perché la materia è stata completamente riordinata *ex integro*, sebbene di fatto la formula scelta dal legislatore adoperi le parole che esprimevano una delle interpretazioni del vecchio canone<sup>(19)</sup>. Il nuovo canone non solo non è interpretazione del vecchio ma neanche ha voluto sancire come valida una delle interpretazioni del can. 1083 CIC 17, proprio perché riordinando completamente la materia e introducendo la formulazione del dolo come capo di nullità, le forzature operate sull'interpretazione dell'*error redundans* e sul concetto di persona sarebbero oggi fuorvianti.

Come ha scritto Viladrich, «per una valida interpretazione il segreto è di non reintrodurre nella lettura dei cann. 1097 e 1098 lo spirito del vecchio codice, che oggi rappresenterebbe un pregiu-

---

*persona*, in *Errore e simulazione nel matrimonio canonico*, Roma 1998, 391; R. FUNGHINI, *L'errore in persona* (c. 1097 § 1) cit., 155.

<sup>(19)</sup> N. 9, con cita di una c. Pompedda del 22 luglio 1985 (RRDec 77, 399). Diversamente, per Aznar, «la interpretación que la Rota Romana ha hecho del canon 1097 § 2, en la mayor parte de sus decisiones, se encuentra muy vinculada al *error redundans* de la legislación anterior, si bien en las sentencias dadas en los últimos años se aprecia una mayor y más neta diferenciación entre ambos conceptos, es decir, entre el *error redundante* y el *error en la cualidad*. Esta interpretación tan vinculada al canon 1083 § 2, 1º del CIC de 1917 se hace, creemos, por un doble motivo: a) porque la casi totalidad de la Jurisprudencia rotal analizada se refiere a matrimonios celebrados con anterioridad a la entrada en vigor del actual CIC, lo que hace que la mayor parte de los fundamentos jurídicos se dediquen a exponer la legislación anterior por creer que esa es la aplicable; b) porque se considera, también ampliamente, que el canon 1097 viene a ser, en definitiva, una de las varias interpretaciones que se dieron sobre el error redundante, especialmente a partir de 1970» (F.R. AZNAR GIL, *El «error in qualitate personae» (can. 1097, § 2) en la jurisprudencia rotal romana (1984-1994)* cit., 201-202).

dizio ed un abuso, di cercare l'efficacia irritante di una *fattispecie* di errore sulla qualità, ricorrendo ad una forzatura nell'ambito concettuale dell'errore sostanziale di fatto. Allo stesso modo, non si deve neanche adulterare il significato dell'errore sulla qualità direttamente e principalmente intesa per poter accomodare casi di semplice errore o di fallimento dell'*in facto esse*, mediante le obsolete argomentazioni, quali, ad esempio, l'errore sulla *personalità* che, a parte l'evidente ambiguità, non sono oggi necessarie poiché non c'è più la rigidità del can. 1083 del CIC '17 che, in qualche modo, le giustificava»<sup>(20)</sup>.

E allora, nella pratica, come ha recepito la giurisprudenza rotale la novità del canone? Non intendiamo qui soffermarci sulle tensioni succedute riguardo l'estensione del termine « persona » a quello di « personalità » ai sensi del § 1 del canone. Basta ricordare il richiamo fatto da Giovanni Paolo II nell'Allocuzione al Tribunale della Rota del 1993, nel quale denunciava che « sarebbe del tutto arbitrario, anzi apertamente illegittimo e gravemente colposo, attribuire alle parole usate dal Legislatore non il loro "proprio" significato, ma quello suggerito da discipline diverse da quella canonica »; « specialmente ove si tratta di "error in persona", ai termini usati dal Legislatore non è consentito attribuire un significato estraneo alla tradizione canonica... Certo non poche novità sono state introdotte nel vigente Codice. Altro però è constatare che innovazioni sono state fatte circa non pochi istituti canonici, altro pretendere di attribuire significati inconsueti al linguaggio usato nella formulazione dei canoni »<sup>(21)</sup>.

Per quanto riguarda invece il § 2, la giurisprudenza si trova anche nella difficoltà di dover giudicare ancora molti casi di matrimoni celebrati prima del 1983, come succede nella sentenza qui presentata. Lasciando adesso da parte il dibattito sorto a proposito

---

<sup>(20)</sup> P.J. VILADRICH, *op. et loc. cit.*

<sup>(21)</sup> Giovanni Paolo II, Allocuzione 29 gennaio 1993, in AAS vol 85, 1258-1259; cfr. la sentenza c. Stankiewicz del 22 luglio 1993 (RRDec 85, 592); cfr. inoltre R. FUNGHINI, *L'errore in persona (c. 1097 § 1) cit.*, 149; J.A. FUENTES, *Error en la personalidad como forma de ampliar el error en la persona según la Jurisprudencia reciente cit.* Un'altra impostazione in P. MONETA, *Un intervento risolutivo della Rota Romana in tema di errore sulla persona?*, in *Il Diritto Ecclesiastico* (1995) 234-247, con il commento alla sent. c. Pompedda del 6 febbraio 1992. Cfr. anche S. VILLEGIANTE, *L'error in persona in Monitor Ecclesiasticus* 125 (2000) 524-549.

della retroattività del can. 1098<sup>(22)</sup>, centreremo la nostra attenzione sul can. 1097 § 2, rispetto del quale la maggior parte della dottrina e la giurisprudenza ritengono si possa applicare retroattivamente, anche se partendo da presupposti diversi. La diversità di prospettive proviene, da una parte, dal collegamento che ogni autore riscontra tra il canone 1097 ed il diritto naturale, e, dall'altra, dal rapporto che si apprezza tra il nuovo can. 1097 e le interpretazioni dottrinali e giurisprudenziali del vecchio *error redundans* del CIC 17.

La giurisprudenza rotale è favorevole a qualificare la nullità del consenso, dovuta all'errore sulla qualità direttamente e principalmente intesa, in termini di diritto naturale, spesso come applicazione del can. 126<sup>(23)</sup>. Un altro conto è, invece, con quale formulazione va applicata la norma del can. 1097 § 2 ai matrimoni cele-

---

(22) Cfr. T.J. ZÁRRAGA, *El dolo en el derecho matrimonial canónico y su fundamentación jurídica*, Pamplona 1998, 282-298 e 348-355; C. GULLO, *Riflessioni sulla retroattività del can. 1098*, in *Ius Ecclesiae* 4 (1992) 225-234. Sembra un dato da non trascurare, in favore della retroattività del canone, il fatto che è stato proprio il senso naturale della giustizia a indurre le forzate interpretazioni del can. 1083 CIC 17 e l'ulteriore formulazione del can. 1098 vigente. In questo senso si possono leggere anche le Risposte private del Presidente della *Pontificia Commissio Iuris Canonici Recognoscendo*, dei giorni 8 febbraio 1986 e 12 dicembre 1986 che, sebbene erano incline a ritenere il disposto del can. 1098 di diritto positivo e quindi non retroattivo, sottolineavano allo stesso tempo che, data la grande varietà di casi che potrebbero cadere sotto la fattispecie ivi descritta, non si può escludere *a priori* che alcuni di essi possano configurare nullità derivanti dal diritto naturale, come — del resto — aveva fatto la giurisprudenza sotto il Codice del 1917; cfr. sent. c. Stankiewicz del 27 gennaio 1994, in RRDec 86, 66. Sulle Risposte menzionate, cfr. T.J. ZÁRRAGA, *El dolo en el derecho matrimonial canónico* cit., 284-285, che cita da L. WRENN, *Annulments*, Washington 1988, 168-169; F.R. AZNAR, *La retroactividad o irretroactividad del dolo (can. 1098)*, in AA.VV., *Curso de derecho matrimonial y procesal canónico para profesionales del foro*, Salamanca 1992, 411-455.

(23) Cfr. G. ERLEBACH, *L'interpretazione del can. 1097 § 2 da parte della giurisprudenza della Rota Romana*, cit., 94, dove aggiunge che « il nesso esistente tra il diritto naturale ed il can. 1097 § 2, è stato ammesso prima con una certa cautela (con riferimento a una c. Faltin 13 maggio 1989, Caracen., A 51/89, '6; id. 24 luglio 199, in *Il Diritto Ecclesiastico* 102 (1991), II, p. 495, n. 14) e solo di recente con una maggiore convinzione », con cita di una c. Stankiewicz: « Cf. praescriptum can. 1097 § 2 cum in principio iuris naturalis fundetur, etiam matrimoniis sub vetere Codice celebratis applicar ipotest » (c. Stankiewicz 23 ottobre 1997, Bonaeren., A 114/97, n. 20). Anche in un'altra c. Turnaturi 18 giugno 1998, A 65/98, n. 20: « Cum tamen praescriptum canonis 1097 § 2 principio naturalis innitatur, hoc et matrimoniis vigente vetere Codice Iuris Canonici initis applicari potest ».

brati prima del 1983; e qui la soluzione seguita è collegata, come dicevamo, al rapporto che si ritiene esista tra il nuovo canone 1097 ed il precedente 1083. La questione della continuità o meno tra il nuovo canone e il precedente ha una rilevanza che va oltre il problema della retroattività del canone (che, com'è ovvio, si porrà fino a quando i tribunali dovranno giudicare casi di matrimoni celebrati prima dell'entrata in vigore del CIC).

La giurisprudenza non è sempre uniforme sul modo di inquadrare l'evoluzione legislativa in materia di *error qualitatis*. Come segnala Erlebach<sup>(24)</sup>, si avverte che alcune sentenze hanno giudicato dei matrimoni celebrati prima del 1983 facendo riferimento espresso al nuovo canone 1097 §2, non di rado ammettendo una continuità tra il nuovo canone e il precedente 1083, e anzi sostenendo che il can. 1097 § 2 ha accolto una delle interpretazioni del vecchio can. 1083, rispetto dal quale il nuovo sarebbe più chiaro; oppure, in qualche caso si è ritenuto che il nuovo canone costituisca una sorta di interpretazione autentica del canone precedente<sup>(25)</sup>. Stankiewicz ha offerto un'interpretazione basata sulla distinzione tra gli aspetti sostanziali e sistematici della norma: sebbene ci sia una continuità sostantiva tra il can. 1097 § 2 e la normativa precedente, tale continuità va stabilita con la regolamentazione che il CIC 17 faceva sia dell'*error facti* che della condizione, in particolare la condizione implicita<sup>(26)</sup>.

---

(24) Cfr. G. ERLEBACH, *L'interpretazione del can. 1097 § 2 da parte della giurisprudenza della Rota Romana* cit., 95-100, con abbondanti riferimenti giurisprudenziali.

(25) In questo senso, diverse sentenze c. Civili evidenziate da Erlebach in proposito: cfr. le sentenze del 25 marzo 1994, in RRDec 86, 174; 7 dicembre 1994, in RRDec 86, 615; 19 giugno 1996, in RRDec 88, 478 s.; 20 novembre 1997, in RRDec 89, 812. La dottrina è maggioritariamente favorevole alla retroattività del 1097, anche chi considera la norma di diritto positivo: cfr. C. GULLO, *Note minime su retroattività e rapporto fra par. I e II del can. 1097 CIC*, in *Il Diritto Ecclesiastico* 97 (1986/II) 358.

(26) Cfr. le sentenze di 28 aprile 1988 (RRDec 80, 280, n. 9); 22 luglio 1993 (RRDec 85, 595 s., nn. 10 s.); 12 luglio 1996 (RRDec 88, 512-515, nn. 13-17) e 23 ottobre 1997 (RRDec 89, 771-775, nn. 15-22). Sembra aderire all'impostazione di Stankiewicz G. ERLEBACH, *L'interpretazione del can. 1097 § 2 da parte della giurisprudenza della Rota Romana*, cit., 99-100. Cfr. al riguardo J.I. BAÑARES, *La relación intelecto-voluntad en el consentimiento matrimonial: notas sobre los cc. 1096-1102 del CIC de 1983*, in *Ius Canonicum* 66 (1993) 592-593; M. TINIL, *Condizione esplicita e consenso implicitamente condizionato nel matrimonio canonico*, Roma 2000; sulla distinzione tra le due figure, cfr. P.A. BONNET, *Condizione impropria ed errore sulla «qualitas directe et princi-*

A questo proposito, può essere interessante rivolgere uno sguardo alle sentenze pubblicate in tema di *error qualitatis* nell'ultimo volume di *Decisiones seu sententiae*, che contiene le sentenze promulgate nel 1998. Non sono molte le cause decise sull'*error facti*. Anche negli anni precedenti erano state poche le cause giudicate per *error facti*: nel 1995, tre cause, tutte e tre decise *pro vinculo*; nel 1996, furono quattro, anche negative; nel 1997, su cinque sentenze quattro furono decise *pro vinculo* e una *pro nullitate*.

Nel 1998 furono date tre sentenze affermative (in connessione con l'incapacità, l'impotenza e la sterilità) e tre negative. Nell'indice del volume consta anche di una decisione *pro vinculo* non pubblicata: *Pragen. c. Sable* del 29 aprile 1998 «ob errorem actoris in qualitate conventae, ob exclusionem indissolubilitatis ex parte actoris et ob incapacitatem assumendi onera coniugalia ex parte conventae». Le altre sentenze sono:

a) *Forolivien.-Brittinorien. c. Defilippi* del 6 marzo 1998<sup>(27)</sup>, che risponde *pro nullitate ob errorem* al dubbio formulato: «an constet de matrimonii nullitate, in casu, ob incapacitatem assumendi onera coniugalia ex parte actricis (tamquam in prima instantia) et ob errorem in persona viri ex parte eiusdem mulieris». Si tratta di un matrimonio celebrato nel 1965, e il ponente risolve riconoscendo un errore che, sotto il regime del CIC 1983, si sarebbe qualificato come doloso, poiché il marito ordì un inganno sapendo che la moglie voleva sposare un medico che fosse perbene; pensava che il fidanzato stava per finire la laurea in medicina, cosa che finì invece quattro anni dopo il matrimonio, una volta avvenuta la separazione. Il ponente giustifica la ridondanza dell'errore sulla persona riprendendo dei ragionamenti che accolgono il meglio dell'interpretazione «canalsiana»: «attamen, sicut supra diximus, huiusmodi individuatio [del can. 1083 CIC 17] fieri potest non tantum sub aspectu mere physico, sed etiam ex qualitate (vel ex qualitativibus) personae quae, suapte natura, grave pondus habet in communionem vitae coniugalis iuxta universalissimam aestimationem saltem hominum illius loci ac temporis, atque iuxta mentem et intentionem nubentis. Hoc in casu habetur "error circa

---

*paliter intenta*» quali cause di nullità matrimoniale, in *Il Diritto Ecclesiastico II* (1985) 406-472.

<sup>(27)</sup> RRDec 90, 149-167.

qualitatem, qua in mente errantis illa persona individuatur seu bene definitur et a qualibet alia distinguitur et in quam ita distinctam ab omnibus aliis consensus dirigitur” (M. CONTE A CORONATA, *Institutiones iuris canonici. De Sacramentis*, vol. III, *De matrimonio et de sacramentalibus*, Torino 1948, 604, n. 449). Scilicet: “Error qualitatis redundans in errorem personae videtur esse quasi species erroris personae, a quo in hoc differt quod personae versatur circa identitatem materiale[m] seu physicam personae, error redundans circa identitatem ideale[m]” (*ibid.*, 605, n. 449) ».

b) *Kielcen.* c. Faltin del 3 giugno 1998<sup>(28)</sup>, anche affermativa. Anche se il *dubium* fu formulato « an constet de nullitate matrimonii, in casu, ob errorem in qualitate mulieris conventae a viro actore directe et principaliter intenta, ad mentem can. 1097 § 2 », sia la *pars in iure* che *in facto* sono centrate invece sull’inganno e il conseguente dolo operato. Il turno, senza pronunciarsi sulla retroattività del dolo, ritiene che al matrimonio, celebrato nel 1982, fosse applicabile il can. 1097 § 2 perché costituisce « clarior applicatio doctrinae atque iurisprudentiae iam sub vetere CIC circa citatum can. 1083 § 1, efformatae, *dubium non est quin disciplina vigentis CIC possit applicare etiam matrimoniis sub vetere lege initis* »<sup>(29)</sup>.

c) *Trichurien.* c. Turnaturi del 18 giugno 1998<sup>(30)</sup>, negativa al dubbio « an constet de matrimonii nullitate, in casu, ob errorem in viro actore, in secunda instantia, necnon ob defectum discretionis iudicii ex parte conventae, in prima instantia ad mentem can. 1095, n. 2 ». Il matrimonio era stato celebrato nel mese di settembre 1983, ma il ponente ritiene che « cum tamen praescriptum canonis 1097 § 2, principio iuris naturalis innitatur, hoc et matrimoniis vigente vetere Codice Iuris Canonici initis applicari potest ». Nel riferirsi alla qualità che identifica la persona, richiama sia la sent. c. Defilippi del 6 marzo 1998 appena menzionata (per ribadire che l’identificazione della persona non può essere solo fisica « sed praesertim iuxta multiplicem repraesentationem quam uniuscuique invicem sibi efformat ex qualitatibus personae inhaerenti-

(28) RRDec 90, 433-443.

(29) Il ponente segue la sent. c. Palestro del 24 giugno 1987: « cum de facto substantialis de ipsa persona, iure naturae, ob defectum mutui consensus matrimonium dirimit » (RRDec 79, 424, n. 4).

(30) RRDec 90, 477-497.

bus vel personam determinantibus»), che le sent. c. Pompedda del 6 febbraio 1992 — «ipsammet qualitatem redundantem intellexerint tamquam personam physicam definientem»<sup>(31)</sup> — e c. Staniewicz del 24 gennaio 1984: «adhibito criterio obiectivo qualitatis individualis et exclusive propriae determinatae personae adhuc ignotae, cuius identificatio physica fit per talem qualitatem, in quam igitur intentio contrahentis fertur et indirecte tantum in personam sibi praesentem. Aliis verbis qualitas non communis sed propria et individualis determinare debet in individuo illam personam physicam, quae aliter cognita non fuerit nisi per talem qualitatem, quae ideo in consensum matrimoniale directe et principaliter intenditur»<sup>(32)</sup>.

d) *Lycien*. c. Monier del 6 novembre 1998<sup>(33)</sup>: al dubbio «an constet de nullitate matrimonii in casu: ob errorem mulieris in qualitate viri, ob dolum a viro convento patratum, ob exclusionem boni prolis ex parte eiusdem viri conventi» rispose affermativamente all'errore e negativamente al resto. Nella sostanza, la causa sembra molto vicina al dolo (riguarda una persona che si presentò come laureato e con una specializzazione; lo fece anche nei documenti militari e per 15 anni ha nascosto la propria condizione). Al matrimonio, celebrato nel 1985, è applicabile evidentemente il can. 1097 ma il turno richiama due decisioni di Pompedda del 1980 riguardanti l'interpretazione dell'*error redundans* sotto il Codice precedente: «de recta interpretatione figurae erroris in qualitate personae una coram Pompedda animadvertit: "error qualitatis in errorem redundat ubi ipsa qualitas prae persona intenditur, idest ubi contrahens directe et principaliter suum consensum dirigit in qualitatem ver qualitates determinatas, indirecte autem et subordinate in personam; exinde qualitas refunditur in personam eamque specificat, adeo ut obiectum consensus substantialiter contineat in sua intentione illam qualitatem, qua proinde deficiente corruat oportet ipse consensus"<sup>(34)</sup>» (n. 3). «Hoc in agro, memorare oportet quod persona seu identitas personae haud reducitur in ente abstracto tantum ex ossibus ac carne constituto, sed persona distinguitur a

<sup>(31)</sup> RRDec 84, 50 s.

<sup>(32)</sup> RRDec 76, 46, n. 4.

<sup>(33)</sup> RRDec 90, 708-720.

<sup>(34)</sup> Sent. c. Pompedda del 23 luglio 1980, RRDec 72, 524, n. 5.

pluribus determinatis qualitatibus ac elementis diversi ordinis. Nam "in eligendo coniuge quilibet prae se habet personam quandam in sua individualitate definitam; persona autem suam individualitatem obtinet non ex identitate physica tantummodo neque praevalenter, sed ex omnibus illis qualitatibus physicis moralibus socialibus quae uniuscuiusque hominis individuum ab aliis distinctum efficiunt" (35) » (n. 4).

e) *Radomen. c. Pompedita* del 19 novembre 1998 (36). Risponde negativamente al *dubium* «an constet de matrimoni nullitate, in casu, ob errorem viri et ob incapacitatem mulieris adsumendi essentialia matrimonii obligationes». Si tratta di un matrimonio celebrato nel 1973, ma il ponente ammette apertamente che si applica il c. 1097: «de vi enim retroactiva novarum normarum non est dubitandum, eo magis quod agitur de materia iuri naturali obnoxia, in qua Legislator veras innovationes afferre non poterat, sed probe explicitavit quod in nuce erat in vetere lege, lacunas supplevit vel etiam authenticam interpretationem posuit obscuris et antiquandis textibus» (n. 6).

f) *Romana c. Defilippi* del 26 novembre 1998 (37); al complesso dubbio fissato («an constet de matrimoni nullitate, in casu, ob errorem viri in qualitate mulieris principaliter et directe intenta, tamquam in tertia instantia; et/vel ob impotentiam coeundi ex parte viri, tamquam in prima instantia») fu risposto affermativamente solo per l'impotenza. Il matrimonio era stato celebrato nel 1987; anche se non si pone il problema della retroattività, il ponente sottolinea che il rapporto con il can. 126 porta a concludere che la norma del c. 1097 è di diritto naturale perché attiene alla sostanza, dal momento in cui «consensus nuptialis respiciat ipsas personas nubentium, invicem cognitae in sua qualibet distincta individualitate». Riprendendo il discorso che lo stesso ponente aveva sviluppato nella menzionata sent. del 6 marzo 1998, si legge: «quae persona, iuridice intellecta tamquam "subiectum iurium et obligationum", individuari ipotest non tantum ex eius physica identitate sed etiam ex aliis elementis seu qualitatibus, quae maximi momenti sunt» (n. 5). Il ponente esemplifica al riguardo in

---

(35) Sent. c. Pompedita del 28 luglio 1980, RRDec 72, 550, n. 3.

(36) RRDec 90, 749-755.

(37) RRDec 90, 772-786.

che modo il Codice prende in considerazione le qualità della persona per attribuire dei diritti o degli obblighi: se è battezzato o no, se è laico o chierico, se incorso in censura o meno... Nel caso del matrimonio, la scelta coniugale mira non solo all'identità fisica bensì «iuxta imaginem, quam unusquisque de altero recipit ex qualitatibus quibus ille se ornatum probat» (n. 5).

Per quanto riguarda il rapporto tra il vigente can. 1097 § 2 e il precedente 1083, il ponente sottolinea — con riferimento alla sent. c. Pompèdda del 2 marzo 1994 — che, pur servendosi delle parole adoperate da una linea interpretativa del vecchio can. 1083, il nuovo 1097 non va letto come una interpretazione del vecchio canone ma come una formulazione *ex novo*. In questo senso, la forza invalidante dell'errore di cui al can. 1097 non sta nella gravità della qualità o nel fatto che la qualità sulla quale si erra è stata la causa motiva (che rimane nell'ambito della volontà interpretativa), ma nell'intenzionalità dell'errante che ha rivolto il consenso verso la qualità.

Segnala in che modo l'errore del can. 1097 § 2 «irritum redat matrimonium iuxta regula S. Alphonsi: si «consensus fertur directe et principaliter in qualitatem, et minus principaliter in personam». Si tratta di una qualità non individuante o esclusiva, ma *commune*, anche se non può essere né frivola né banale, che riguardi gravemente «ipsam conversationem matrimonialem qua perficitur matrimonium in facto esse»<sup>(38)</sup>. Analogamente alla forza riscontrata nella causa simulandi, «quae praeerea maximi momenti sit subiective». Inoltre, l'errante *intendere* debet: «cum qualitas intenta actu intellectus specificatur et actu voluntatis... attrahitur»<sup>(39)</sup>. La qualità dev'essere oggetto immediato della volontà e non mediato o implicito in un altro oggetto, dimodoché «ex volutati praevalenti contrahentis ingreditur obiectum consensus, ita ut consensus reapse pendeat ab existentia vel minus illius qualitatis»<sup>(40)</sup>. Infine, l'atto di volontà dell'errante è rivolto principalmente alla qualità dell'altra parte, *prae persona*; la qualità non è accessoria o inciden-

<sup>(38)</sup> Cita di una c. Funghini 28 novembre 1990, RRDec vol. 82, 815, n. 3.

<sup>(39)</sup> Cita di una c. De Lanversin 21 giugno 1995, RRDec 87, 405 s., n. 9.

<sup>(40)</sup> U. NAVARRETE, *Error circa personam et error circa qualitates communes seu non identificantes personam*, cit., 596, citato sia in una c. Stankiewicz del 22 luglio 1993, RRDec 85, 596, n. 13, che nella c. Defilippi e anche nella c. Caberletti che commentiamo, al n. 7.

tale, qualcosa di unito alla sostanza della persona, bensì oggetto principale del consenso<sup>(41)</sup>.

*Conclusion: l'intenzionalità soggettiva nella forza invalidante dell'errore.*

Nelle decisioni più recenti sembra ormai superata l'interpretazione che considerava che il can. 1097 § 2 avesse sancito l'interpretazione che del vecchio 1083 aveva fatto la «via canalsiana»<sup>(42)</sup>. La sentenza che commentiamo conclude invece — in linea con una giurisprudenza che sembra diventare maggioritaria — che il can. 1097 § 2 non è un'interpretazione del can. 1083 del CIC 17. Il ponente sottolinea da una parte che il nuovo can. 1097 non ha sancito una delle interpretazioni del vecchio canone, e inoltre segnala che il Legislatore ha voluto riordinare tutta la materia dell'*error facti*, per cui i presupposti dai quali muovere in questo campo non possono essere quelli più o meno giustificabili degli anni precedenti alla codificazione del 1983.

L'intuizione di Canals e la linea giurisprudenziale che aveva tentato di «forzare» l'interpretazione del vecchio *error redundans* dando spazio ad una visione della persona *magis integre consideratae* continua ad essere richiamata dalla giurisprudenza, ma non

---

<sup>(41)</sup> Cita di una c. Stankiewicz del 24 ottobre 1991, RRDec 83, 676, n. 11. Per quanto riguarda gli anni posteriori — le cui decisioni non sono state ancora pubblicate —, sembra che nell'anno 1999 ci furono almeno due cause decise *pro nullitate* (*L'Attività della Santa Sede nel 1999*, Città del Vaticano 2000, 952). Nel volume riguardante l'attività del 2000, invece, si informa che nei mesi di settembre-dicembre 1999 ci furono altre quattro sentenze (non si dice con quale esito). Nel 2000 sembra ci sia stata una sola sentenza, *pro nullitate*; nel menzionato volume si legge inoltre: «Ritorna in qualche caso il legame con la precedente legislazione canonica dell'*error qualitatis redundans in errorem personae* e conseguentemente la qualità dello stato della persona in relazione ad un taciuto matrimonio civile della comparte fa riemergere il principio che "persona non solum ex sua physica natura estimata fuit, sed etiam, ex suis universis qualitatibus, quae tandem distinguunt ac agnoscunt" /134/99» (*L'Attività della Santa Sede nel 2000*, Città del Vaticano 2001, 910). Nell'anno 2001 infine ci sono state due sentenze *pro nullitate* e una *pro vinculo*: cfr. *L'Attività della Santa Sede nel 2001*, Città del Vaticano 2002, 869.

<sup>(42)</sup> Così lo aveva avvertito Gullo poco dopo la promulgazione del Codice: cfr. C. GULLO, *Note minime su retroattività e rapporto fra par. I e II del can. 1097 CIC cit.*, 358; nello stesso senso, F.R. AZNAR, *El «error in qualitate personae» (can. 1097, § 2) en la jurisprudencia rotal romana cit.*, 240. Sui rischi di tale interpretazione, cfr. J.A. FUENTES, *Error en la personalidad como forma de ampliar el error en la persona según la Jurisprudencia reciente*, cit.

come modo di considerare la persona agli effetti dell'*error in persona* — o l'*error redundans* <sup>(43)</sup> — ma come un modo di dare spazio all'intenzionalità del soggetto, che vede la persona del coniuge appunto *come coniuge*: il soggetto identifica il fidanzato o la fidanzata in quanto possiede la qualità, che risulta centrale nel proprio progetto matrimoniale.

Nella presente sentenza, il ponente, oltre a ribadire che i presupposti del nuovo canone sono diversi rispetto al can. 1083 CIC 17, sottolinea (n. 7) che tale diversità sta innanzitutto nell'attenzione spostata dall'oggettività della ridondanza alla soggettività dell'intenzione di chi vuole direttamente la qualità. Nel can. 1097 § 2 non conta tanto l'individuazione oggettiva della persona (attraverso una qualità) ma la vincolazione oggettiva della qualità nella volontà dell'errante <sup>(44)</sup>.

Pensiamo che sulla scia seguita anche dalla presente sentenza, si potranno individuare i profili propri del can. 1097 § 2, che — a nostro avviso — stanno, come dicevamo, del «progetto matrimoniale e familiare» del soggetto, che pende — nella sua volontà, e non solo nell'intelletto — dall'esistenza della qualità attraverso la quale identifica il coniuge come coniuge <sup>(45)</sup>. Allora, la gravità della qualità è secondaria rispetto dell'intenzionalità soggettiva: come ha scritto Erlebach facendo sua l'impostazione di Stankiewicz, indipendentemente dall'importanza oggettiva della qualità oggetto di errore, è assolutamente necessario un apprezzamento soggettivo tale da attirare il consenso dell'errante in modo diretto e principale. Per questo motivo, la qualità, di per sé, potrebbe essere una qualsiasi, per cui la valutazione oggettiva di essa va spostata nel campo della prova <sup>(46)</sup>.

<sup>(43)</sup> Come abbiamo segnalato (cfr. nota 18) la soppressione del riferimento esplicito all'*error redundans* nel nuovo canone 1097 sembra ubbidire al proposito di evitare l'interpretazione estensiva introdotta con la sentenza c. Canals.

<sup>(44)</sup> Cfr. J.I. BAÑARES, *En torno al tratamiento del «error qualitatis» en el Código actual cit.*, 653.

<sup>(45)</sup> Cfr. P.J. VILADRICH, *Il consenso matrimoniale cit.*

<sup>(46)</sup> Cfr. G. ERLEBACH, *L'interpretazione del can. 1097 § 2 cit.*, 83, con cita delle sent. c. Stankiewicz del 13 dicembre 1990 (RRDec 82, 852) e 24 dicembre 1991 (RRDec 83, 675), c. Pompedda del 6 febbraio 1992 (RRDec 84, 52) e 13 marzo 1995 (RRDec 87, 193), c. Huber 19 maggio 1999. Cfr. anche la sent. c. Erlebach del 27 gennaio 2000, in *Periodica* 90 (2001) 497-547. Sottolinea anche l'importanza dell'intenzionalità soggettiva J.M. SERRANO, *L'errore sulla qualità «directe et principaliter intenta» nel consenso matri-*

Riteniamo che la linea giurisprudenziale che sembra affermarsi, e nella quale si ritrova la presente decisione, porterà a ridimensionare il peso oggettivo della qualità, il che, oltre ad evitare incertezze di applicazione e possibili strumentalizzazioni della persona<sup>(47)</sup>, servirà a mostrare con maggior chiarezza in che modo l'errore del can. 1097 § 2 si delinea come errore sostanziale, che rende nullo il matrimonio per inesistenza dell'oggetto del consenso. Un'eccessiva insistenza sulla gravità della qualità, invece, comporterebbe il rischio di lasciare in ombra la necessità dell'intenzionalità diretta e principale, come se l'errore su una qualità grave comportasse automaticamente la nullità, indipendentemente dall'incidenza sulla volontarietà del nubente. Mentre sta proprio in questa volontarietà la forza invalidante del matrimonio, proprio perché il soggetto ha voluto la qualità allo stesso tempo (e allo stesso modo) che la persona stessa, e come unica via per rivolgere l'atto del consenso alla persona<sup>(48)</sup>.

Miguel Ángel Ortiz

---

*moniale*» cit., 174: «è fondamentale l'*imago intentionalis* che i consenzienti si trasmettono e accettano a vicenda. In essa la qualità o le qualità possono acquistare un'importanza e valore che di per sé non corrisponde alla sua/loro possibile stima in modo teorico». Inoltre, sottolinea che il c. 820 § 2 CCEO ha cambiato il congiuntivo *det causam, intendatur qualitas* con l'indicativo *dat, intendit*; in questo modo, sebbene il testo guadagna in chiarezza linguistica perde in forza intenzionale. Cfr. anche le considerazioni in proposito di J.M. VIEJO-XIMÉNEZ, *La noción de «error sustancial» en el matrimonio canónico*, cit., 519 s.

<sup>(47)</sup> Si vedano le considerazioni di J. CARRERAS, *La norma personalista y las cualidades de la persona* cit., 589-623.

<sup>(48)</sup> J.I. BAÑARES, *La relación intelecto-voluntad en el consentimiento matrimonial: notas sobre los cc. 1096-1102 del CIC de 1983*, cit., 590-592. «Se una persona viene sposata perché ritenuta in possesso di determinate qualità, allora si tratterà ordinariamente dell'*error causam dans*. Qualora invece viene cercata una persona, dotata di determinate qualità, allora è più probabile che si verifichi la nullità» (G. ERLEBACH, *L'interpretazione del can. 1097 § 2*, cit., 91).

Pagina bianca

*Note e commenti*

**Pagina bianca**

L'UNIVERSITÀ DI BOLOGNA ALLE ORIGINI  
DELLA CULTURA EUROPEA. IN MERITO  
ALLA GIORNATA DI STUDIO PRESSO L'ISTUB  
A BOLOGNA 18 OTTOBRE 2003 (\*)

1. L'ormai classica monografia di Haskins ha diffuso fra gli studiosi del bassomedioevo l'idea che i processi culturali iniziati nel secolo XII non possono che essere considerati un vero e proprio «rinascimento». È vero che le conclusioni dell'Haskins sono state molto rivisitate e che si sono introdotte delle importanti correzioni, ma la validità della categoria «rinascimento» è rimasta da allora indiscussa<sup>(1)</sup>.

Il ruolo delle università nell'origine e successivamente nella diffusione delle nuove idee è anch'essa fuori discussione. Nate proprio dal nuovo contesto culturale propiziato dalle trasformazioni della fine del secolo XI e della prima metà del XII, le università furono il veicolo prima, e le creatrici dopo, delle nuove basi su cui si costituì la civiltà europea di cui noi siamo gli eredi.

Da quanto appena detto, si capisce l'interesse della giornata di studio organizzata dall'Istituto per la Storia dell'Università di Bologna (ISTUB), intitolata *Politica e Studium: nuove prospettive e ricerche*. Nelle sette relazioni tenutesi, sono stati trattati diversi argo-

---

(\*) L'Istituto per la Storia dell'Università di Bologna (= ISTUB), insieme all'Accademia delle Scienze dell'Istituto di Bologna, ha organizzato una interessante giornata di studio intitolata «Politica e Studium: nuove prospettive e ricerche. Dal medioevo alla prima età moderna», svolta presso la sede dell'Accademia e sotto la direzione del Presidente dell'ISTUB Prof. Andrea Padovani e della Vicepresidente dell'Accademia Prof. Maria Consiglia De Matteis.

(1) Vid. C. HASKINS, *The Renaissance of the 11th and 12th Century* (New York, 1927) [trad. italiana di P. Marziale Bartole (Il Mulino; Bologna, 1972)]. Una rivisitazione dei diversi argomenti si può vedere nel libro di J. VERGER, *Il Rinascimento del XII secolo* (Jaca Book; Milano, 1997).

menti comprendenti la storia dello *studium bononiensis* dai suoi inizi fino al XVI secolo. L'insieme delle relazioni offre una idea sintetica di quanto importante sia stato il contributo di Bologna nella formazione della cultura europea, e ci fornisce anche notizie sulle nuove strade che i ricercatori stanno intraprendendo per avere una conoscenza più approfondita di tante questioni relazionate con la nostra storia culturale.

Nelle parole introduttive alla giornata, il Presidente dell'ISTUB, professore Andrea Padovani, avvertiva del rischio che ha l'Europa di perdere la coscienza di sé e, quindi, del contributo che la storia deve offrire per scongiurare questo pericolo. La presente *cronaca*, che segue nella presentazione l'ordine cronologico negli argomenti trattati nella *Giornata*, a scapito del loro ordine di presentazione nel corso della sessione, vuole anche essere un contributo alla diffusione di una iniziativa che, senz'altro, aiuterà l'Europa a ritrovare le sue radici.

2. Una delle correzioni che è stata introdotta alla presentazione che Haskins fece delle trasformazioni del XII secolo si riferisce al ruolo della Chiesa, o più genericamente della fede cristiana, in questi processi storici. Una visione *laica* di quanto è accaduto è sembrata appunto anacronistica agli studiosi più recenti, che sempre di più tendono a valorizzare quanto la Chiesa ha fatto nel campo della cultura.

Su questa scia si sono mosse le riflessioni del professore Manlio Bellomo, la cui relazione si è intitolata *Considerazioni sulla pervasività della religione nella società e negli ambienti di studi universitari in età tardo-medievale*. In essa, il professore di Catania, ci ha dipinto la vita degli studenti bolognesi, vita in cui la presenza della religione era molto forte. Le testimonianze al riguardo sono tantissime, e Bellomo ne commenta alcune che tramandano l'abituale presenza degli studenti in chiesa.

La relazione, però, va oltre la semplice constatazione del fatto, e spiega pure ciò che la Chiesa ha dato all'università: il suo ruolo di «accomunatore», che contribuì a fare dei singoli una vera *universitas personarum*, e i «luoghi» nei quali svolgere le prime lezioni, i primi incontri della ancora incipiente Università.

I rapporti fra la Chiesa e l'università non vengono ben capiti se interpretati soltanto come tentativi di controllo della prima nei confronti della seconda. Nel caso di Bologna, ad esempio, i rap-

porti con la Santa Sede rivestono nel bassomedioevo una importanza del tutto singolare che si manifesta nelle diverse bolle emanate dai pontefici riguardanti lo *Studium* bolognese. L'autore ha voluto sottolineare come questi rapporti sono stati, almeno nei primi anni, molto rispettosi di ciò che oggi chiameremmo «libertà di cattedra», rivalutando testi che dimostrano un atteggiamento dei papi dinanzi all'insegnamento diverso (molto più libero) da quello che si teneva nei confronti delle stesse opinioni in altri luoghi.

Bellomo fa da ultimo alcune considerazioni su quello che possiamo considerare il risvolto interno del problema, e cioè l'influsso delle credenze cristiane sulla mentalità degli studenti: la presenza di essi nelle prediche, e il contenuto di questi sermoni, servono al relatore per mostrarci i due poli su cui si dovevano muovere le loro coscienze: gli inviti alla vita di peccato, impersonata dai goliardi e criticata dai frati da una parte, e il rimorso e i desideri di una vita onesta suscitati dalle prediche e dagli atti di culto, dall'altra.

3. I primi anni della scienza canonistica, come si sa, sono da ritenersi l'età d'oro dello studio bolognese: Graziano, infatti, secondo la tradizione, compose il suo *Decretum* e lo insegnò proprio nella città felsinea. Le recenti scoperte sulla tradizione manoscritta dell'opera graziana rendono obbligatorio rivisitare almeno la pretesa composizione bolognese della prima delle opere del *Corpus Iuris Canonici*. E proprio lo studio dell'origine bolognese o meno del *Decretum*, è stato l'oggetto della relazione del professore Carlos Larrainzar, dell'Università de La Laguna (Spagna) intitolata *La «firma» bolognese del Decreto di Graziano*.

Per poter rispondere con rigore alla questione della composizione bolognese dell'opera di Graziano, ci sono delle evidenze esterne che, tuttavia, secondo il parere del Larrainzar, non costituiscono prova alcuna. Tre sono le «prove» da lui prese in considerazione: la testimonianza della *Summa Parisiensis*, il parallelismo fra Irnerio e Graziano presente nel *Chronicon abbatis uspergensis* e il possibile rapporto fra il *Liber divinarum sententiarum* d'Irnerio con l'opera di Graziano.

Sull'informazione della *Summa Parisiensis*, il professore spagnolo sostenne (insieme alla tradizione più critica degli studiosi dell'argomento) il suo carattere tardivo e, quanto meno, non pro-

batorio né della presenza di Graziano a Bologna, né che questa sia stata il luogo di composizione della sua opera. Per quanto riguarda il *Chronicon abbatis uspergensis*, anche se Larrainzar considera valide le ipotesi di Spagnesi, secondo il quale il *Chronicon* probabilmente tramanda un'informazione veritiera sui rapporti fra Irnerio e Graziano, quest'opera resta di fatto silenziosa sul luogo di composizione della *Concordia* graziana. Infine, lo studioso ritiene (sulla base delle ricerche in merito di Viejo-Ximénez) che non si può provare, così come pretese Mazzanti, l'uso da parte di Graziano del *Liber divinarum sententiarum* come fonte della sua opera.

La mancanza di «prove esterne» obbliga ad indagare se possono riscontrarsi delle evidenze interne al *Decretum* sul suo luogo di composizione. Ed è in questo senso che i recenti studi dello stesso Larrainzar, sulla tradizione manoscritta dell'opera di Graziano e le sue tappe di composizione, si rivelano molto utili. Le sue analisi sul manoscritto *Fd* e la sua scoperta di quello chiamato *Sg* lo hanno portato a proporre una composizione del *Decretum* «per tappe»; ne distingue quattro: *Exserpta* (che sarebbe simile a quello contenuto in *Sg*), *Concordia* (quello di *Fd* senza le aggiunte, e dei manoscritti *Aa Bc P Pfr*), *Decretum* (quello dell'insieme unitario di *Fd* con le sue aggiunte) e *Decreta vulgata* (che corrisponde sostanzialmente con l'edizione di Emil Friedberg). Sempre secondo Larrainzar, *Fd* sarebbe stato il codice «originale» dell'opera che, contenendo una tappa previa, fu utilizzato dall'autore per costruire la redazione definitiva del *Decretum*<sup>(2)</sup>.

Su queste basi, Larrainzar considera certo che il *Decretum* (cioè il testo contenuto in *Fd* comprese le aggiunte) è vincolato a Bologna e, perciò, lo stesso si può dire anche della principale tra-

(2) Le abbreviazioni corrispondono ai seguenti manoscritti: Admont, *Stiftsbibliothek*, 23 e 43 (*Aa*); Barcelona, Archivo de la Corona de Aragón *Ripoll* 78 (*Bc*); Firenze, Biblioteca Nazionale Centrale, *Conv. soppr.* A.I 402 (*Fd*); Paris, Bibliothèque Nationale *nouv. acq. lat.* 1761 (*P*); Paris, Bibliothèque Nationale *lat.* 3884 I fol.1 (*Pfr*); Sankt Gallen, *Stiftsbibliothek* 673 (*Sg*). Una sintesi aggiornata delle ricerche del Larrainzar sul *Decretum* si può vedere in C. LARRAINZAR, «La ricerca attuale sul *Decretum* Gratiani», in E. DE LEÓN-N. ÁLVAREZ DE LAS ASTURIAS (cur.), *La cultura giuridico-canonica medioevale. Premesse per un dialogo ecumenico* (Giuffrè; Milano, 2003) pp. 45-88, il cui originale spagnolo è stato pubblicato nella *ZRG Kan. Abt.* 90 (2004) 27-59; vid. anche il mio studio «Il contributo della ricerca storico-canonica al rinnovamento della vita ecclesiale», *Ius Ecclesiae* 14 (2002) 359-74, specialmente le pagine 366-69.

dizione posteriore dei *decreta vulgata*. A sostegno di questa sua affermazione offre tre prove.

La prima è di carattere codicologico e riguarda la composizione del codice *Fd*, il quale ha due parti distinte: una prima parte costituita dalla *Concordia* e una seconda, scritta da una mano diversa, costituita da testi che Larrainzar ha denominato *additiones bononienses*, per il carattere proprio della scrittura di quella città con cui sono state vergate.

La seconda delle prove offerte si riferisce all'uso del diritto romano da parte di Graziano. Sull'argomento, i recenti studi del professore José Miguel Viejo-Ximénez costituiscono fino adesso il punto di riferimento più solido e su di essi poggiano le conclusioni di Larrainzar su questo punto. Nell'opera di Graziano si rinven- gono dei brani del diritto romano che potevano essere presi *soltanto* dai *libri legales* presenti e, soprattutto, studiati in quel momento storico soltanto a Bologna. Alla presenza di questi brani si aggiunge la presenza di *summule* nel *Decretum*, manifestazione evidente di uno scambio di materiali fra i legisti e i canonisti fin dai primi tempi dello *Studium* bolognese.

Un'ultima prova, molto suggestiva, viene offerta dal Larrainzar: si tratta della menzione di Bologna nella C.2 q.6 d.p.c.31. I nomi delle persone citate nelle *forma apostolorum* e *formula appellationis*, che sono il contenuto del *dictum*, sono *storici* in Sg, come ha segnalato anche di recente Enrique De León. Il cambiamento di nomi nell'ultima versione, nelle iniziali di G. e P., potrebbe rimandare precisamente ai nomi di Graziano e Paucapalea, e questa sarebbe, quindi, un'ulteriore prova dell'origine bolognese del *Decreto*, ne sarebbe la sua «firma»; ma questo è ancora da verificare.

4. La riscoperta del *Digesto* è stata intesa da sempre come il momento in cui nasce la nuova scienza giuridica. Il modo in cui tale scoperta si verificò nella storia è rimasto, però, misterioso e gli storici hanno avanzato tantissime ipotesi. La relazione di Giuseppe Mazzanti, intitolata *Le Pandette in Italia da Giustiniano alle origini dell'università. Considerazioni e ipotesi in margine a una scoperta*, ha tentato di gettare luce sulla sopravvivenza di una tradizione manoscritta del *Digesto* nei secoli in cui non ci sono testimonianze del suo uso.

Le considerazioni del Mazzanti prendono spunto dalla sua analisi del *Catalogo* del monastero di Bobbio, edito per la prima

volta da Muratori nel secolo XVIII sulla trascrizione del Cantelli; l'originale di questa trascrizione è stato scoperto di recente, e ne costituisce la testimonianza più antica e attendibile, dal momento che l'originale manoscritto del *Catalogo* è andato perduto.

Nel *Catalogo*, da datarsi al secolo X o al seguente, e in particolare nella *pars antiquissima* dello stesso, in cui sono trascritti i titoli dei volumi donati o copiati tra il VII e il IX secolo, si può leggere questa iscrizione: *Lib(rum) pandectaru(m) i, in quo est expos(itio) cuiusdam in Math(aeum)*. All'interpretazione di questa indicazione, dedica Mazzanti una buona parte della sua relazione e se ne serve per giustificare la sua ipotesi.

Secondo il suo parere, il termine *pandectarum* non può che riferirsi al libro giustiniano, dal momento che l'altra possibilità (l'indicazione di un codice della Bibbia) è da escludersi per due motivi: il primo è la *positio* nel *Catalogo*, nel quale i libri *antiquissimi* sono elencati per ordine d'importanza, ad incominciare dai codici della Bibbia; l'iscrizione presa in considerazione occupa il posto 283, nella settima sezione. Più forte è l'argomento grammaticale: l'uso plurale di *pandectae-arum* si riserva ai libri legali, mentre l'uso singolare è proprio della Bibbia. Non ci sarebbero, quindi, dubbi, sul riferimento alle pandette giustiniane.

Una volta stabilita la verità del riferimento all'opera di Giustiniano, Mazzanti ha indagato, per primo, sull'origine di questo codice oggi perduto. La storia della diffusione delle opere legali di Giustiniano risale alla sua «conquista» dell'Italia nel VI secolo e alla petizione di Papa Vigilio che gli chiedeva di diffondere la nuova compilazione nella penisola. La breve durata della presenza imperiale in Italia ha fatto comunque pensare agli studiosi che la diffusione dei cinque libri sia stata piuttosto limitata. Mazzanti pensa del resto che almeno a Roma, Ravenna e Pavia ci dovevano essere pervenute delle copie dell'opera. E fra queste tre città e il monastero di Bobbio, vi sono stati rapporti sufficienti a giustificare la presenza del manoscritto nella sua biblioteca. L'autore sembra ritenere maggiormente probabile la provenienza pavese, poiché a Pavia risiedevano i re longobardi, e San Colombano di Bobbio era un monastero di fondazione regia.

All'indagine sull'origine, ha fatto seguito nella relazione quella sullo stesso manoscritto. Mazzanti considera che il *Catalogo* non si riferisca a nessuno dei codici finora conosciuti, ma bensì a S, il testimone del quale Mommsen ha ipotizzato l'esistenza. I recenti studi

hanno dimostrato che *S* non può essere più considerato l'apografo della *lettera fiorentina* (*F*), ma che risale — tramite una copia intermedia — all'originale costantinopolitano  $\Phi$ . Del resto, le caratteristiche paleografiche presunte di *S* possono rinvenirsi nei manoscritti di Bobbio, e Mazzanti stesso indica un codice proveniente da San Colombano con quelle peculiarità.

Poiché sul *Catalogo* ci sono altri due riferimenti a libri legali di Giustiniano resta da verificare se anche uno degli altri due era un *Digesto*. La grande quantità di codici palinsestizzati fa presupporre che non si conservassero due copie dello stesso libro e che, perciò, i tre codici potessero contenere la gran parte, o addirittura tutto il diritto giustiniano.

Mazzanti ha finito la sua relazione con una domanda storica: come mai questi libri furono ignorati fino almeno alla fine del secolo XI, quando a Bobbio prima del Mille era stato abate l'«umanista» Gerberto d'Aurillac? Come è possibile ch'egli non comprendesse il valore di questi testi? La risposta va trovata nelle condizioni culturali: soltanto dalla fase calante del secolo XI vi furono quelle necessarie per valutare l'importanza dell'opera legale di Giustiniano.

5. Lo sviluppo dello *Studium* bolognese lungo il secolo XIII è caratterizzato dal coinvolgimento dell'Università nei problemi politici del tempo, quando movimenti comunali, filo-papali o imperiali, si intrecciavano con l'insegnamento, fino al punto che Federico II decise di sopprimere lo Studio bolognese.

Nel contesto della minaccia di soppressione dell'Università si trova la nascita del *falso* che attribuirebbe all'Imperatore Teodosio l'erezione dello *Studium* «non senz'intervento divino». Prendendo spunto dalla recente ipotesi di Pini sull'autore del «Falso» e della *notitia* che lo accompagna nel codice, Massimo Giansante ha tenuto la sua relazione, intitolata *Guido Fava, Boncompagno da Signa e il comune di Bologna. Cultura, retorica e istituzioni nella prima metà del secolo XIII*.

Il Pini ha, appunto, ipotizzato l'attribuzione a Guido Fava (ca. 1190 - ca. 1245-50) del Falso Teodosiano, considerando che esprime molto bene il suo pensiero in materia politica. Allo stesso modo, ha attribuito a Boncompagno da Signa (ca. 1165-75 - ca. 1240) la *notitia*, nella quale ci sono delle volute inesattezze che rendono ovvio il carattere di falso del «documento teodosiano». Di

nuovo l'ipotesi poggia sulla pretesa ideologia politica di Boncompagno, presentato dal Pini come filo-imperiale.

Giansante ritiene, però, che il pensiero politico di ambedue i maestri dell'*ars dictandi* deve essere studiato più accuratamente ed anche inquadrato nel contesto delle trasformazioni sociali e culturali dell'epoca. La posizione del Fava si può riscontrare nel prologo alla *Rota Nova* (ca. 1226), nel quale si presenta Bologna come l'unico centro accreditato (dallo stesso Spirito Santo!) per essere *mater et magistra* del *ars dictaminis* ed egli stesso come il maestro nel cui insegnamento si identificano lo *Studium* e la stessa città. Ideologia, del resto, molto consona a quella espressa nel Falso.

Il pensiero politico di Boncompagno, che si trova in parecchie delle sue opere, non si mostra invece così entusiasta nei confronti del patriottismo comunale. Anzi, la sua visione della libertà delle città è piuttosto limitata e sembra limitarsi a quella tributaria. Del resto, le sue opere evidenzerebbero un atteggiamento aristocratico, le cui virtù vengono spesso esaltate.

L'ideologia di Boncompagno si capisce meglio alla luce della sua categoria di maestro di retorica. Sia lui che Fava e tanti altri, si erano impegnati a fare della retorica, più che una semplice tecnica epistolare, una dottrina iniziatica, porta della conoscenza universale. Contro questa pretesa, le trasformazioni sociali spingevano verso una *popolarizzazione* dei saperi e, quindi, della retorica, necessaria per tanti uffici della nuova burocrazia delle città. E mentre Fava fu in grado di evolversi dal suo pensiero giovanile della *Rota Nova* a opere più popolari, Boncompagno restò sempre elitario e convinto del ruolo della aristocrazia nella guida della società.

6. Uno dei personaggi più interessanti del XIV secolo a Bologna è stato Giovanni da Legnano (ca. 1325-1383), dottore in *utroque iure* dal 1350 ed insegnante nella città felsinea, dove rimase per tutta la vita tentando di conservare ed accrescere il prestigio del suo *Studium*.

La dottoressa Giulietta Voltolina prepara da tempo l'edizione critica di una delle sue opere più note: il *Somnium*, alla presentazione del quale, così come viene tramandato nel manoscritto *Vat. lat.* 2639, ha dedicato la sua relazione.

Secondo il parere della Voltolina, Giovanni da Legnano si proponeva un doppio obiettivo con quest'opera: dimostrare la su-

periorità del diritto canonico su quello civile e la superiorità del potere papale su qualsiasi altro. Inclusa nel *Somnium* si trova un'altra opera, il *De principatu*, nella quale è espressa la sua dottrina politica. Prima, però, deve ristabilire il valore come scienza di ambedue i diritti. Carattere scientifico che va giudicato nella sua epoca secondo le categorie aristoteliche. Per portare avanti il suo intento, ricorre alla figura del sogno, in cui il diritto canonico e quello civile — raffigurati come due regine — si rivolgono alla maestà di Gregorio XI (a cui è dedicato il libro) per chiedergli che venga loro riconosciuto lo *status* di scienza; e l'argomentazione poggia sulla critica ai loro più immediati rivali: le arti, la medicina e gli ordini mendicanti.

La rivendicazione di Giovanni da Legnano si comprende meglio considerando che nel suo contesto storico la scienza del giurista godeva di poca considerazione per il suo stampo esegetico, in contrasto con la libertà di metodo degli artisti e dei medici; la diatriba contro i mendicanti si spiega invece in considerazione del fatto che tali ordini erano i detentori delle scuole teologiche a Bologna.

Nella sua ardita difesa del valore scientifico del diritto canonico e del diritto civile, il da Legnano mostra come nella loro riflessione scientifica bisogna tener conto delle cinque virtù aristoteliche, appartenendo quindi all'*ordo* degli *habitus intellectuales*.

Una volta ribadito il loro carattere scientifico, l'autore mostra la superiorità del diritto canonico sul civile per due motivi principali: per la maggior perfezione del suo fine (la beatitudine), e per l'universalità delle sue leggi. Il principio di universalità viene anche utilizzato per giustificare la necessità di un unico potere supremo, e la supremazia dell'elemento spirituale sul materiale, per giustificare la supremazia del potere pontificio su quello civile.

La Voltolina si interroga anche sui possibili motivi della scelta del genere letterario del sogno, concludendo che tale genere sembrava essere il più adatto per l'esposizione di dottrine politiche che potevano incorrere in censure diverse, e che rimanevano più sfumate sotto quella veste.

Dopo aver ascoltato questa relazione, non resta che aspettare la pubblicazione dell'edizione critica di un'opera che, senza dubbio, offrirà molti spunti per la riflessione sulla scienza canonistica nel momento in cui la grande decretalistica cominciava a declinare.

7. La situazione dello *Studium* bolognese dal 1378 fino alla morte di Martino V, in particolare nell'ottica dei rapporti con il papato, è stata l'argomento della relazione del ricercatore Berardo Pio.

Il periodo preso in considerazione è caratterizzato dall'aumento dei posti di insegnamento universitario, dal calo demografico dovuto alle pesti e ad altre epidemie che devastarono Bologna e dai frequenti spostamenti dei professori. Tra gli studenti si osserva in questi anni una maggiore presenza di cittadini bolognesi, specialmente fra i giovani appartenenti all'aristocrazia, e una preferenza degli studi giuridici su tutti gli altri. La presenza di studenti stranieri a Bologna però continua, grazie alla crescita della burocrazia nella curia romana e nelle corti d'Europa, con la conseguente richiesta di un sempre maggior numero di esperti di diritto. A questo si aggiunge la frantumazione politica e religiosa dell'Europa in occasione del grande scisma.

In una situazione così difficile, i pontefici che si sono susseguiti hanno messo in atto misure tendenti a facilitare la presenza degli studenti e di professori capaci. È questo, ad esempio, il significato delle bolle di Bonifacio IX, poi confermate da Martino V, in materia tributaria (pagamento dei professori, conservazione di benefici ecclesiastici per gli studenti che pure non rispettavano l'obbligo di residenza). Tali provvedimenti vanno però uniti a disposizioni politiche sul governo della città, disposizioni sulle quali Bologna e papato non si sono trovati sempre in accordo, con un evidente influsso sugli studi.

La relazione di Pio si sofferma a lungo sul caso di Giovanni XXIII, sia prima che dopo l'ascesa al soglio pontificio, per lo stretto rapporto ch'egli mantenne sempre con la città di Bologna. È un fatto curioso, ma Giovanni XXIII costituisce un'eccezione fra i pontefici del periodo, poiché trascurò completamente lo *Studium* bolognese.

La conclusione finale del Pio ci porta a vedere i pregi e i limiti dell'attività pontificia nella città di Bologna. Certamente vi fu un forte interesse nei confronti dello *Studium* felsineo, e tuttavia tale interesse si concretizzò sempre in provvedimenti parziali, quasi tutti di stampo economico, e mai tramite l'adozione di qualcosa simile a ciò che oggi chiamiamo « politica universitaria ».

8. Nel Cinquecento, lo *Studium* di Bologna ha offerto nella persona di Ugo Boncompagni — poi papa Gregorio XIII (1572-

1585) —, uno dei protagonisti della fase successiva al concilio di Trento. Della sua prima maturità ha parlato Giuseppe Rabotti. Nuove fonti manoscritte reperite in anni recenti nell'Archivio Arcivescovile di Ravenna permettono di precisare le notizie raccolte dai vecchi autori (Ciappi, 1596; Fantuzzi, 1784) che Carlo Malagola nel 1878 e Umberto Dallari nel 1889 avevano contribuito ad accrescere. Oltre a portare nuovi particolari biografici sull'attività del Boncompagni nello Studio bolognese (laurea nel 1530, poi subito lettore nello Studio dal 1530 al 1539, e attivo membro del Collegio Civile negli stessi anni) i manoscritti scoperti a Ravenna comprendono anche una serie di lezioni civilistiche tenute da Ugo Boncompagni e da altri professori nel terzo e quarto decennio del secolo XVI; dei manoscritti è annunziato l'inventario. La ricerca del Rabotti è una prova della quantità d'informazioni utilissime che ancora restano nascoste negli archivi e il suo annunzio di inventario di tutte queste fonti riguardanti Boncompagni costituisce la promessa di un gran passo in avanti nelle nostre conoscenze su un personaggio fondamentale per il diritto canonico nei tempi della riforma tridentina.

9. In queste sette relazioni si sono dunque percorsi da diverse prospettive i primi cinque secoli dello *Studium* bolognese, e nell'analisi puntuale degli avvenimenti e dei personaggi si è mostrata ancora una volta l'importanza per la storia culturale e giuridica europea dell'*alma mater* della città felsinea. Nondimeno gli studiosi non hanno mancato di sottolineare che ancora c'è molto da fare nelle diverse discipline storiche per arrivare ad una conoscenza più profonda degli uomini, delle fonti, dei fatti e delle istituzioni che stanno all'origine della nostra civiltà.

Penso che giornate di studio come quella presentata in queste pagine costituiscano un contributo non indifferente al progresso in questa direzione. E ritengo pure che siano istituzioni come l'ISTUB quelle che più facilmente lo rendono possibile, poiché, interdisciplinari e rigorose, sono capaci di armonizzare l'esperienza e gli studi dei grandi maestri contemporanei, con le indagini condotte da giovani dottorandi che non sono soltanto il futuro delle università, ma anche della nostra memoria storica, ogni giorno più necessaria.

Del resto, le relazioni del Larrainzar, del Mazzanti, della Vololina e del Rabotti hanno evidenziato il tesoro nascosto nei fondi

medioevali che ci sono pervenuti, e che ancora attendono di essere studiati come meritano: a partire da indagini di questo tipo sarà infatti possibile illuminare aspetti sostanziali sui quali, ancora oggi, le nostre conoscenze restano troppo legate a convinzioni tradizionali non sufficientemente provate. Le relazioni di Bellomo, Gian-sante e Pio hanno anche dimostrato come la nostra interpretazione dei secoli medioevali, e di alcuni aspetti dell'Europa del tempo, sia stata talvolta riduttiva o addirittura sbagliata e, inoltre, come soltanto una lettura senza pregiudizi delle fonti sia in grado di avvicinarci alla realtà dell'accaduto.

Non ci resta dunque che complimentarci con gli organizzatori della giornata, augurandoci che diano compimento al loro lavoro con la pubblicazione degli atti e che possano dare corso ad altre iniziative del genere in un prossimo futuro.

NICOLÁS ÁLVAREZ DE LAS ASTURIAS

## PROBLEMATICHE ATTUALI CIRCA IL RICONOSCIMENTO DELLE ASSOCIAZIONI DI FEDELI IN ITALIA (\*)

1. Introduzione. — 2. Gli interventi specifici della CEI. — 3. L'iter per il riconoscimento. — 4. Alcuni problemi aperti. — 5. Il riconoscimento civile.

### 1. *Introduzione.*

Il *riconoscimento* delle associazioni di fedeli rappresenta una delle questioni più complesse e stimolanti nell'attuale prassi ecclesiale, ponendosi come punto d'incontro fra una problematica teorica (la fondazione e l'esplicitazione del diritto dei fedeli a vivere in forma associata la propria appartenenza ecclesiale) e una pratica (l'esercizio di tale diritto nel bilanciamento delle esigenze della comunione e della disciplina ecclesiastica). Il problema si complica da una parte perché la normativa del codice di diritto canonico del 1983, adottando la distinzione tra associazioni pubbliche e private, ha introdotto una notevole novità, le cui conseguenze non sono state forse ancora valutate con sufficiente ponderazione, e dall'altra perché — come spesso capita — il concreto manifestarsi di nuove e variegate contingenze esige una continua riconsiderazione e un adattamento dinamico della normativa medesima, che non è finalizzata a se stessa, ma alla crescita della comunità ecclesiale<sup>(1)</sup>.

---

(\*) Intervento tenuto al Seminario per professori organizzato il 27 novembre 2003 dalla Facoltà di diritto canonico della Pontificia Università della Santa Croce.

(<sup>1</sup>) La bibliografia sul tema, con particolare riferimento alle statuizioni del CIC 1983 (cf. can. 215 e cann. 298-329), è molto vasta: mi limito a ricordare alcune opere, utili per un inquadramento generale e per ulteriori tracce bibliografiche: AA.VV., *Das konsoziative Element in der Kirche. Akten des VI. Internationalen Kongresses für Kanonisches Recht, München, 14-19 September 1987*, St. Ottilien, 1989; L. NAVARRO, *Diritto di associazione e associazioni di fedeli*, Milano, 1991; G. FELICIANI, *Il diritto di associazione nella Chiesa: autorità, autonomia dei fedeli e comunione eccle-*

In questo contributo intendiamo soffermarci sulle problematiche attuali circa il riconoscimento delle associazioni in Italia, più precisamente sulle questioni riferite al riconoscimento delle associazioni di rilevanza nazionale, sulle quali la Conferenza Episcopale Italiana [= CEI] ha competenza specifica. Pur nella consapevolezza di operare un'approssimazione, utilizzeremo il termine *riconoscimento* in senso ampio, per indicare ogni tipo di intervento ricognitivo dell'autorità ecclesiastica nei confronti di un'associazione di fedeli<sup>(2)</sup>.

## 2. *Gli interventi specifici della CEI.*

Sono quattro gli interventi specifici della CEI in ordine al riconoscimento delle associazioni di fedeli<sup>(3)</sup>: la nota pastorale della Commissione episcopale per l'apostolato dei laici *Criteri di ecclesialità dei gruppi, movimenti, associazioni* (22 maggio 1981)<sup>(4)</sup>; la deli-

---

siale, in AA.VV., *Le associazioni nella Chiesa*, Città del Vaticano, 1999, pp. 19-31; L. MARTÍNEZ SISTACH, *Las asociaciones de fieles*, Barcelona, 2000<sup>4</sup>; V. MARANO, *Il fenomeno associativo nell'ordinamento ecclesiale*, Milano, 2003.

(2) Il CIC parla, per le associazioni pubbliche, di *erezione* (cf. can. 301) e di *approvazione* dei relativi statuti (cf. can. 314). Quanto alle associazioni private, il *riconoscimento* (*agnitio*) è condizionato alla *revisione* (*recognitio*) degli statuti da parte dell'autorità competente (cf. can. 299 § 3). Si tratta di un atto distinto dall'*approvazione* (*probatio*) degli statuti, necessaria per l'acquisizione della personalità giuridica privata (cf. can. 312 § 2): «esso non va inteso nel senso di un'approvazione formale ma piuttosto in quello della necessità da parte dell'autorità ecclesiastica di *conoscere* l'esistenza di una determinata associazione e di *esaminare* il contenuto dei suoi statuti, per poter poi *dichiarare* l'autenticità cristiana dell'associazione stessa (*agnitio*). Si tratta quindi di un atto che si colloca nell'ottica di un'informazione nei confronti dell'autorità e che non aggiunge alcun elemento essenziale all'ecclesialità intrinseca dell'associazione» (A. PERLASCA, *Ad can. 299*, in *Codice di diritto canonico commentato*, a cura della Redazione di *Quaderni di diritto ecclesiale*, Milano 2001, p. 301).

(3) Non entriamo nel merito del diverso carattere vincolante dei documenti elencati, rimandando alle pertinenti osservazioni di L. NAVARRO, *Il carattere ecclesiale delle associazioni dei fedeli (A proposito della Nota pastorale della CEI «Le aggregazioni laicali nella Chiesa»)*, in «*Ius Ecclesiae*» 6 (1994) 284-285. Del resto, come osserva V. MARANO, «appare evidente come i documenti dell'episcopato, per quanto formalmente privi di carattere giuridico vincolante, assumano comunque una notevole importanza al fine sia di verificare l'attuale grado di recezione della legislazione universale in ambito particolare, sia di individuare problemi applicativi e linee di tendenza da considerare in una prospettiva *de iure condendo*» (*Il fenomeno associativo...*, o.c., p. 153).

(4) In «Notiziario della Conferenza Episcopale Italiana» 1981, 69-88.

bera normativa n. 23, relativa al can. 312 § 1, promulgata il 18 aprile 1985<sup>(5)</sup>; il cap. IX dell'*Istruzione in materia amministrativa* (1° aprile 1992)<sup>(6)</sup> e la nota pastorale della Commissione episcopale per il laicato *Le aggregazioni laicali nella Chiesa* (29 aprile 1993)<sup>(7)</sup>.

Il primo documento, anteriore alla pubblicazione del nuovo codice di diritto canonico, dopo avere indicato i *criteri per il discernimento* delle aggregazioni (fedeltà all'ortodossia, conformità alle finalità della Chiesa, comunione con il Vescovo, riconoscimento della pluralità associativa e disponibilità alla collaborazione), fissa i *criteri per il riconoscimento*, distinguendo tra «associazioni libere o non riconosciute formalmente», «associazioni riconosciute» e «associazioni scelte e promosse dall'autorità ecclesiastica». Il peculiare merito della nota — che risponde a un'esigenza particolarmente sentita nella stagione postconciliare — sta nel proporre l'importante distinzione fra *associazioni di ispirazione cristiana che operano nel temporale* e *associazioni di animazione cristiana del temporale*. Le prime «sono quelle i cui membri, interpretando le diverse situazioni culturali, professionali, sociali, politiche, alla luce dei principi cristiani, e intervenendo in esse per farle crescere secondo prospettive di autentico umanesimo plenario, impegnano nella propria azione esclusivamente se stessi, operando sempre e soltanto sotto la propria responsabilità, personale o collettiva. Si tratta di realtà associative che, pur rivestendo una grande importanza come concreti strumenti per un'efficace azione dei cristiani nel mondo, non presentano tuttavia una specifica consistenza ecclesiale; ad esse, tra l'altro, possono aderire o comunque dare il proprio sostegno persone che ne condividono gli ideali e i programmi, anche senza condividere un preciso e personale impegno di fede e di vita ecclesiale. L'autorità pastorale della Chiesa, di conseguenza, non assume una diretta responsabilità nei loro confronti» (n. 11, a).

Nella nota al n. 11 si elencano a titolo di esempio «quelle realtà associative che si propongono finalità direttamente politiche o sindacali, o di intervento e servizio sociale, o di promozione pro-

---

(5) *Ibid.* 1985, 44.

(6) *Ibid.* 1992, 129-137.

(7) *Ibid.* 1993, 83-119.

fessionale, o di azione solidaristica o cooperativa; così pure quelle che operano “nel civile”, come aggregazioni politico-culturali in senso lato (pre ed extra-partitiche)».

Ne consegue che, secondo la nota del 1981, «non sono formalmente “riconoscibili” le associazioni di ispirazione cristiana che operano nel temporale, perché l’autorità ecclesiastica non intende assumere nei loro confronti alcuna diretta responsabilità» (n. 23, a).

La delibera normativa n. 23 stabilisce che: «Gli organi della Conferenza Episcopale Italiana competenti per l’erezione e la soppressione delle associazioni pubbliche di fedeli a carattere nazionale, a norma dei cann. 312, § 1 e 320, § 2 del Codice di Diritto Canonico, sono: la Presidenza, per l’istruttoria della pratica; il Consiglio Episcopale Permanente, per le decisioni in merito».

Il testo della delibera fu discusso e approvato nel corso della XXIV Assemblea generale (Roma, 22-26 ottobre 1984). Durante la XXII Assemblea Generale (Roma, 19-23 settembre 1983), interamente dedicata all’esame degli ambiti normativi demandati alle Conferenze episcopali dal nuovo codice di diritto canonico, si era rilevata la necessità di affrontare la questione all’interno di una più ampia riflessione circa la problematica giuridica delle associazioni di fedeli, demandandone lo studio a una specifica commissione<sup>(8)</sup>. Presentando il testo nel 1984, si sottolineò l’esigenza di affidare a un organo esecutivo — nella concreta fattispecie, la Presidenza — il compito di vigilare sulla fase iniziale delle associazioni pubbliche, riservando ogni decisione circa l’erezione e la soppressione delle medesime al Consiglio Episcopale Permanente<sup>(9)</sup>. Si noti che, con-

---

(8) Così si espresse Mons. Filippo Giannini, Vescovo ausiliare di Roma, presentando la questione: «Si tratta di un argomento connesso con tutta la vastità del problema pastorale e giuridico delle associazioni, per la cui soluzione si richiede attenzione, studio e assunzione di responsabilità da parte di tutto l’Episcopato italiano al fine di trovare convergenza in una comune azione pastorale e in un comune comportamento giuridico nei confronti di tutte le associazioni sia private che pubbliche. Il carattere innovativo delle norme complessive che stanno per andare in vigore, determina la convinzione che ci vorrà del tempo prima di giungere ad un documento ufficiale ed efficace, del quale tuttavia bisognerà tenere presente l’urgenza, emersa nelle nostre comunità per risolvere i numerosi problemi esistenti, nel rispetto della costituzione gerarchica della Chiesa e della ricchezza della sua dimensione carismatica» (*Atti della XXII Assemblea Generale «straordinaria»*; Roma 19-23 settembre 1983, p. 87).

(9) Cf. *Atti della XXIV Assemblea Generale «straordinaria»*; Roma 22-26 ottobre 1984, pp. 45-46.

testualmente all'approvazione della delibera, furono anche approvate alcune linee-guida per la revisione della nota del 1981 sui «criteri di ecclesialità»<sup>(10)</sup>. Rispetto a quanto deciso, bisogna anzitutto rilevare che i criteri, inizialmente fissati per le sole associazioni pubbliche, di fatto sono stati applicati in via analogica anche alle associazioni private. In secondo luogo, lo svolgimento dell'istruttoria è stato demandato dalla Presidenza alla Commissione episcopale per i problemi giuridici, a cui è subentrata, con il venir meno della medesima in occasione della revisione statutaria del 1999<sup>(11)</sup>, la Commissione episcopale per il laicato.

L'*Istruzione in materia amministrativa*, al n. 110, distingue le associazioni di fedeli secondo una partizione che intenderebbe rispecchiare il codice di diritto canonico: associazioni private di fedeli senza alcun riconoscimento formale da parte dell'autorità ecclesiastica; associazioni private di fedeli riconosciute dall'autorità ecclesiastica o mediante semplice ricognizione dello statuto (cf. can. 299 § 3) o mediante attribuzione della personalità giuridica privata previa approvazione dello statuto (cf. can. 322); associazioni pubbliche di fedeli (cf. cann. 116, 301 e 302). Si è osservato che la tripartizione proposta non sembra riflettere quanto stabilito nel codice di diritto canonico, che si limiterebbe a distinguere fra associazioni private e pubbliche<sup>(12)</sup>.

L'auspicata revisione della nota sui *criteri di ecclesialità* ha condotto in effetti alla nuova nota del 1993, che ha inteso fare te-

---

<sup>(10)</sup> «Si approva che, anche in riferimento al previsto aggiornamento al nuovo Codice della nota pastorale della C.E.I. sui "Criteri di ecclesialità dei gruppi, movimenti, associazioni» (1981), si diano, per le associazioni pubbliche a carattere nazionale, ulteriori indirizzi circa:

- l'iter di formazione di queste associazioni ed il loro opportuno collegamento con la competente autorità ecclesiastica;
- la caratterizzazione del loro statuto in rapporto ai fini specifici da perseguire sotto la superiore direzione dell'autorità ecclesiastica competente, nel caso la C.E.I.;
- la verifica della loro consistenza e diffusione in Italia, anche in relazione alle reali esigenze pastorali della Chiesa nel paese;
- l'acquisizione dei necessari pareri (Vescovi, Conferenze Regionali, ecc.);
- la precisazione del ruolo dell'assistente ecclesiastico, in sintonia con le vigenti disposizioni della Chiesa» (*ibid.*, p. 325).

<sup>(11)</sup> Cf. *Atti della XLVI Assemblea Generale*; Roma 17-21 maggio 1999, p. 236.

<sup>(12)</sup> Cf. M. MARCHESI, *La recente Istruzione della Conferenza Episcopale Italiana in materia amministrativa*, in «Quaderni di diritto ecclesiale» 5 (1992) 191.

soro delle indicazioni contenute nel codice di diritto canonico e nell'esortazione apostolica di Giovanni Paolo II *Christifideles laici* (1988) (13). Il testo adotta il termine generico di *aggregazione* per indicare la multiforme realtà ecclesiale fatta di associazioni, movimenti e gruppi, partendo dal presupposto di trovarsi «in un campo nel quale raramente si danno realtà fisse e rigide» (n. 2). In ordine alla problematica specifica del riconoscimento, distingue fra «associazioni private di fatto», «associazioni private riconosciute», «associazioni private dotate di personalità giuridica» e «associazioni pubbliche». In merito a tale partizione, c'è chi ha osservato che essa rispecchierebbe solo in parte la sistematica codiciale, dal momento che non potrebbe esistere nella realtà un'associazione meramente *di fatto*, cioè priva di ogni rilevanza giuridica e avulsa da qualsivoglia rapporto con l'autorità ecclesiastica (14). Per spiegare l'apparente incoerenza, si è intelligentemente rilevato che «l'infedeltà» della nota al codice deriva dal diverso quadro di riferimento dei due testi: «L'orizzonte della *Nota* è la problematica soggiacente al documento che l'ha immediatamente preceduta, cioè *Criteri di ecclesialità...*, e all'esortazione apostolica *Christifideles laici*, in particolare i nn. 29-31. La problematica a cui questi tre documenti fanno riferimento è identica: il mondo delle aggregazioni laicali, l'elaborazione di criteri per una verifica della loro ecclesialità, il loro riconoscimento o approvazione» (15).

### 3. *L'iter per il riconoscimento.*

L'*iter* adottato attualmente per il riconoscimento delle associazioni è il seguente: lo statuto, accompagnato dai materiali esplicativi (16), viene inizialmente vagliato dall'Ufficio nazionale per i pro-

(13) Sulla storia del documento e sul suo rapporto con la nota del 1981, cf. L. NAVARRO, *Il carattere ecclesiale...*, o.c., 282-285; C. REDAELLI, *Le aggregazioni laicali nella Chiesa. La recente nota pastorale della CEI*, in «Quaderni di diritto ecclesiale» 6 (1993) 441-453.

(14) Cf. C. REDAELLI, *Le aggregazioni laicali nella Chiesa*, o.c., 450-451.

(15) *Ibid.*, 452-453.

(16) Oltre al testo degli statuti, viene abitualmente richiesta la presentazione dei seguenti documenti: l'eventuale regolamento; la copia del decreto di approvazione da parte del Vescovo diocesano; alcune commendatizie da parte di altri Vescovi diocesani italiani; una relazione descrittiva sulle origini, la storia e lo sviluppo dell'associazione; una relazione descrittiva sullo stato attuale dell'associazione, con particolare

blemi giuridici, chiamato a formulare una valutazione tecnica sulla sua coerenza formale. Tale giudizio viene presentato alla Commissione episcopale per il laicato, che ne tiene conto unitamente agli altri elementi utili per valutare, sotto il profilo pastorale, la convenienza del riconoscimento. In genere, l'istruttoria della pratica è affidata a uno dei Vescovi membri della Commissione, che verifica la rispondenza ai criteri di ecclesialità, l'effettiva rilevanza nazionale dell'associazione e l'opportunità di sostenerne scopi e attività. Se il giudizio della Commissione è positivo, la pratica è presentata al Consiglio Episcopale Permanente, dove il riconoscimento è sanzionato a partire da una relazione formulata dal Presidente della Commissione episcopale per il laicato. Una volta concesso il riconoscimento, lo statuto viene riconsegnato all'associazione, accompagnato da un biglietto del Segretario Generale della CEI. Il medesimo *iter* procedurale si adotta per le associazioni le cui modifiche statutarie debbano essere assoggettate all'approvazione o alla ratifica della CEI.

Per le associazioni private, il conferimento della personalità giuridica, ai sensi del can. 322, avviene solamente in seguito a richiesta dell'associazione stessa, perlopiù se essa intenda conseguire la personalità giuridica anche in ambito civile.

Bisogna tenere conto che spesso, alla base della richiesta di riconoscimento a livello nazionale, c'è il desiderio dell'associazione di essere ammessa nella Consulta Nazionale delle Aggregazioni Laicali [= CNAL], organismo di coordinamento delle « Aggregazioni aventi carattere nazionale, riconosciute o erette dalla CEI o dalla Santa Sede, sia che si tratti di associazioni e di terzi ordini, sia che si tratti di movimenti, di gruppi o di altre forme similari, purché dotati di regolare statuto ai sensi del can. 304 » (*Statuto*, art. 2 § 1)<sup>(17)</sup>. Nella prassi vigente, che si rifà all'art. 2 § 2 dello Statuto della CNAL, l'ammissione alla Consulta costituisce un momento ulteriore, distinto da quello in cui si concede il riconoscimento nazionale, e si realizza con delibera del Consiglio Episcopale Perma-

---

riferimento alla consistenza numerica, alla presenza sul territorio, alle iniziative svolte e ai mezzi di sussistenza.

(17) Cf. lo *Statuto della Consulta Nazionale delle Aggregazioni Laicali*, approvato dal Consiglio Episcopale Permanente il 13 maggio 1983, in «Notiziario della Conferenza Episcopale Italiana» 1993, 217-224.

nente in seguito al voto favorevole della Commissione episcopale per il laicato<sup>(18)</sup>.

#### 4. *Alcuni problemi aperti.*

Senza sminuire il valore dei documenti di riferimento sopra menzionati, che hanno svolto una funzione importante nel delimitare una materia estremamente fluida e soggetta a continue evoluzioni e hanno indicato i criteri pratici per il riconoscimento delle associazioni, bisogna annotare che il tempo trascorso ha fatto emergere alcuni nodi che pongono interrogativi in ordine alla *portata* e al *significato* dei riconoscimenti concessi dalla CEI, con particolare attenzione ad alcune problematiche specifiche, che vengono elencate a titolo esemplificativo<sup>(19)</sup>.

L'idea-chiave della normativa codiciale è la distinzione fra *associazioni pubbliche* (che agiscono *nomine Ecclesiae* perseguendo finalità riservate *natura sua* all'autorità ecclesiastica) e *associazioni private* (costituite liberamente dai fedeli come espressione del diritto di associazione). Il diverso livello di riconoscimento (diocesano, nazionale e internazionale) non dovrebbe di per sé determinare una differenza qualitativa, bensì attestare il diverso grado di diffusione territoriale dell'associazione, garantendone il legame con l'autorità ecclesiastica al livello appropriato. Di fatto, è comune la convinzione che la concessione del riconoscimento nazionale costituisca una sorta di « promozione » dell'associazione rispetto al riconoscimento diocesano. Capita così abbastanza spesso che l'istanza venga presentata da associazioni che perseguono finalità in sé meritevoli, ma siano oggettivamente prive di effettiva rilevanza nazionale, perché raccolgono un numero limitato di soci o sono diffuse

---

(18) Non si può tacere l'incoerenza fra la prassi attuale e il dettato del n. 45 della nota *Le aggregazioni laicali nella Chiesa*, che afferma perentoriamente: « Le aggregazioni, che ottengano il riconoscimento, devono far parte della Consulta ». Il fatto suscita una certa meraviglia, soprattutto se si considera che la nota sulle aggregazioni e lo statuto della CNAL furono approvati dallo stesso organo della CEI a breve distanza di tempo (la prima nella sessione del 22-25 marzo 1993, il secondo in quella del 12 maggio successivo).

(19) Altri ambiti meriterebbero specifici approfondimenti: basti accennare alla variegata realtà del *movimento carismatico*, al cui interno la CEI ha approvato nel marzo 2002 lo statuto dell'Associazione *Rinnovamento nello Spirito Santo*, e il fenomeno dei *movimenti ecclesiali*.

in poche diocesi. Un'ulteriore ragione che impone una doverosa cautela nel concedere il riconoscimento nazionale è legata al fatto che, dal punto di vista pastorale, sarebbe assai difficile per un Vescovo diocesano impedire a un'associazione così riconosciuta di operare nella propria diocesi<sup>(20)</sup>.

Non è sempre di immediata risoluzione il discriminante fra natura pubblica e privata delle associazioni riconosciute nella vigenza del codice piano-benedettino. Il problema, che si pone nel momento in cui venga richiesta la ratifica di qualche modifica statutaria, esige di verificare caso per caso, a partire da una ricognizione dei caratteri identificativi dell'associazione stessa, delle finalità che essa si propone e della sua evoluzione storica, con particolare attenzione alle disposizioni statutarie, quali siano i tratti dominanti. Se infatti, ragionando in termini ideali, un'associazione dovrebbe ambire, disponendo dei requisiti, a vedersi riconosciuta come realtà pubblica nella Chiesa, spesso prevale negli organi direttivi e negli stessi soci l'opzione per la qualifica di privata, salvando così da una parte la connotazione ecclesiale e garantendosi dall'altra una maggiore libertà operativa soprattutto in campo patrimoniale.

Può anche darsi il caso di un'associazione che, eretta a livello diocesano come pubblica, nella fase del riconoscimento nazionale non risulti disporre dei requisiti richiesti dal codice: in tale evenienza, si rende necessario provvedere a reconsiderarne la qualificazione, procedendo di concerto con gli organi direttivi e assembleari dell'associazione stessa e acquisendo il consenso del Vescovo diocesano che l'ha eretta.

Chiedono di essere riconosciute dalla CEI *sezioni italiane* di associazioni internazionali che hanno già ottenuto il riconoscimento dalla Santa Sede. Di per sé, la normativa canonica non prevede questa possibilità. Il problema è connesso al fatto che, secondo il disposto della legge 20 maggio 1985, n. 222, soltanto gli enti eccle-

---

(20) Si tenga presente che il can. 305 affida all'Ordinario diocesano anche la vigilanza sulle associazioni nazionali, essendosi voluto evitare il rischio di fare delle conferenze episcopali una sorta di «curia nazionale». È tuttavia lecito chiedersi quale tipo di vigilanza sia concretamente esperibile: cf. C. REDAELLI, *Aspetti problematici della normativa canonica e della sua applicazione alla realtà associativa della Chiesa*, in AA.VV., *Fedeli Associazioni Movimenti*, Milano, 2002, p. 178.

siaistici aventi sede in Italia possono conseguire la personalità giuridica civile.

Alcune richieste provengono da realtà qualificabili come *federazioni* di associazioni locali e diocesane. Il fenomeno è favorito dall'intenzione di distinguere le responsabilità patrimoniali e fiscali, preservando gli organi centrali dell'associazione dal rischio di dover rispondere penalmente di incaute operazioni compiute a livello locale. In questi casi, il problema deriva dalla ricaduta del riconoscimento, concesso all'ente di rilevanza nazionale, sugli enti locali federati, che agiscono con ampia autonomia e di per sé non sono compresi nel provvedimento.

In alcuni casi le associazioni che chiedono di essere riconosciute sono *emanazioni di istituti religiosi* di diritto pontificio, che coinvolgono laici che vogliono dividerne carisma e spiritualità: si tratta di realtà analoghe ai «terzi ordini». Dal momento che gli istituti religiosi non possono approvarle formalmente, se non in forza di un privilegio apostolico (cf. can. 312 § 1, 3°), esse si rivolgono alla Conferenza episcopale, sebbene gli statuti contemplino l'intervento diretto dei superiori religiosi non solo per tutelarne l'ispirazione, ma anche nel nominare i membri del consiglio direttivo, nel designare l'assistente ecclesiastico e nell'autorizzare gli atti di straordinaria amministrazione.

Merita una certa attenzione la tendenza a promuovere associazioni cattoliche professionali *di categoria*: si tratta di un fenomeno in sé interessante, perché manifesta il desiderio di animare cristianamente le realtà temporali, anche se non è alieno dal rischio di parcellizzare l'azione del laicato organizzato, dando spazio a una logica di stampo corporativo.

La Commissione episcopale per il laicato risulterebbe manifestamente incompetente nel caso in cui l'istanza di riconoscimento provenisse da un'associazione clericale: si può ipotizzare che in tali fattispecie la Presidenza della CEI potrebbe affidare l'istruttoria alla Commissione episcopale per il clero e la vita consacrata o al Consiglio per gli affari giuridici.

Non ci sembra inopportuno concludere questa breve rassegna di questioni aperte con la seguente osservazione: «Nel quadro attuale, l'evoluzione complessiva del fenomeno continua a risentire delle incertezze della transizione, e presenta una paradossale contraddizione fra la diffusa noncuranza dei profili giuridici e la puntigliosa rivendicazione, da parte di alcuni nuovi gruppi e comunità,

del riconoscimento ecclesiastico quale strumento per la migliore rivendicazione e tutela dei propri interessi particolari»<sup>(21)</sup>.

### 5. *Il riconoscimento civile.*

A mo' di appendice, può essere utile accennare alle modalità per il riconoscimento civile delle associazioni di fedeli<sup>(22)</sup>. Nel sistema italiano le associazioni pubbliche possono conseguire il riconoscimento civile quali enti ecclesiastici, conformemente a quanto stabilito dalla legge 20 maggio 1985, n. 222, derivante dal Protocollo firmato a Roma tra la Repubblica Italiana e la Santa Sede il 15 novembre 1984 (legge 20 maggio 1985, n. 206). Fatta salva la competenza dell'autorità ecclesiastica, il fine di religione o di culto deve essere «costitutivo ed essenziale dell'ente, anche se connesso a finalità di carattere caritativo previste dal diritto canonico» (cf. art. 2 della legge). L'art. 9 pone come requisiti speciali per il riconoscimento l'assenso previo della Santa Sede e il fatto che l'associazione non abbia carattere locale. Quest'ultimo requisito, che si ritiene soddisfatto quando l'ente svolge la propria attività in almeno due diocesi, può essere supplito da una specifica attestazione della Santa Sede<sup>(23)</sup>.

Le associazioni private non possono ottenere il riconoscimento civile come enti ecclesiastici. Possono tuttavia essere riconosciute come persone giuridiche private mediante l'iscrizione nel registro delle persone giuridiche, istituito presso gli Uffici territoriali del Governo, alle condizioni previste dal codice civile (artt. 12 ss.), secondo la disciplina innovata dal regolamento approvato con decreto del Presidente della Repubblica 10 febbraio 2000, n. 361. L'art. 10, comma 2, della legge n. 222/1985 ribadisce che dette associazioni «restano in tutto regolate dalle leggi civili, salvi la competenza dell'autorità ecclesiastica circa la loro attività di religione o di culto e i poteri della medesima in ordine agli organi statutari». È necessario che i poteri dell'autorità ecclesiastica previsti dal codice di diritto canonico siano esplicitamente richiamati nello sta-

(21) V. MARANO, *Il fenomeno associativo...*, o.c., p. 197.

(22) Cf. D. MOGAVERO, *Il riconoscimento giuridico delle associazioni*, in AA.VV., *Fedeli Associazioni Movimenti*, o.c., pp. 255-265.

(23) Cf. MINISTERO DELL'INTERNO, DIREZIONE GENERALE DEGLI AFFARI DEI CULTI, circolare 20 aprile 1998, n. 111, e 19 giugno 1998, n. 111-bis.

tuto dell'associazione e nell'atto canonico di approvazione della medesima, che devono essere allegati all'istanza di riconoscimento civile. Va esercitata ogni cura nell'evitare che l'associazione abbia due diversi statuti, uno per l'ordinamento canonico e un altro per quello civile, dal momento che da ciò potrebbero derivare insanabili contrasti fra i soci e tra questi e l'autorità ecclesiastica.

MAURO RIVELLA

## LA SANTA SEDE E L'ETICA INTERNAZIONALE (\*)

È per me un'occasione gradita trovarmi per la prima volta in questa Università, che mi è divenuta spiritualmente vicina dopo che l'attigua Basilica di Sant'Apollinare mi è stata assegnata come chiesa titolare.

Sono anche felice di trattare un tema che mi permetterà di condividere con voi la mia esperienza di prete e di vescovo al servizio della diplomazia pontificia, durante questi ultimi 28 anni, 13 dei quali come Segretario per i Rapporti della Santa Sede con gli Stati.

\* \* \*

1. La ragion d'essere della diplomazia pontificia è chiaramente espressa nel *motu proprio* del Papa Paolo VI, *Sollicitudo omnium Ecclesiarum*, del 1969. La diplomazia è uno strumento del quale i Papi si servono, almeno a partire dal V secolo, per favorire, da una parte i vincoli di comunione tra le Chiese locali ed il Vescovo di Roma e, dall'altra parte, per esprimere la sollecitudine del Capo della Chiesa Cattolica verso tutti i popoli della terra.

In questo mio intervento mi soffermerò su questo secondo aspetto, per illustrare quanto la presenza e l'azione della Santa Sede sulla scena internazionale contribuiscano a una certa «moralizzazione» dei rapporti tra gli Stati.

A mo' d'introduzione, vorrei citare quanto il Papa Giovanni Paolo II ha affermato, il 9 gennaio 1995, rivolgendosi al Corpo Diplomatico accreditato presso la Santa Sede: «*La ragion di esistere [della Santa Sede] nel seno della comunità internazionale è di essere*

---

(\*) Conferenza di S.Em. Card. Jean-Louis Tauran presso la Pontificia Università della Santa Croce in occasione della festività di San Raimondo di Penyafort, patrono della Facoltà di Diritto Canonico, 15 gennaio 2004.

*la voce che la coscienza umana attende senza dimenticare per questo l'apporto delle altre tradizioni religiose. Autorità spirituale ed universale, la Santa Sede continuerà a rendere questo servizio all'umanità, senza altra preoccupazione che quella di ricordare instancabilmente le esigenze del bene comune, il rispetto della persona umana, la promozione dei più alti valori spirituali».*

La storia spiega perché la Santa Sede può assumere una tale responsabilità.

2. Come ben sapete, la Chiesa Cattolica Romana è l'unica confessione religiosa che ha accesso alle relazioni diplomatiche. Deve ciò, prima di tutto, alla sua struttura organizzativa, prettamente universale: non sopranazionale ma, piuttosto, transnazionale. Lo deve, pertanto, anche al Suo Capo, il Romano Pontefice, che, dal momento della sua elezione in conclave, gode di una personalità internazionale. Lo deve, poi, alla sua storia, che ha visto il Papato divenire il centro delle nazioni dell'occidente cristiano. Basti pensare all'epoca della *Res Publica Christiana*, oppure a quando il Pontefice pronunciava arbitrati e promuoveva la pace, in nome dello *jus gentium christianorum*. Si potrebbero anche ricordare, per esempio, le sue mediazioni internazionali nelle diatribe fra Spagna e Portogallo, relative ai territori del nuovo mondo.

Lungo i secoli, la soggettività internazionale della Santa Sede è sopravvissuta alle tormenti della storia e così essa può esercitare ancora oggi una presenza internazionale attiva, nel contesto della diplomazia bilaterale e multilaterale. Può essere considerata una «potenza morale», dato che essa è un soggetto sovrano di diritto internazionale, ma di natura prettamente religiosa. La sua missione, dentro il quadro dei suoi rapporti con i responsabili delle società, consiste nel sollecitare e nel dare voce alla coscienza delle persone e dei popoli.

3. Ecco perché vorrei indugiare nell'illustrare i principi di cui la Santa Sede si fa promotrice e che costituiscono una sorta di «corpus» di morale internazionale. Sono i seguenti:

a) Anzitutto, la «centralità della persona umana» e, di conseguenza, dei «suoi diritti».

La Santa Sede s'impegna a ricordare e — se necessario — a difendere, il primo dei diritti umani: quello alla vita, in tutte le fasi dello sviluppo biologico della persona, fino alla sua morte naturale.

Tutti conosciamo l'impressionante Magistero di Giovanni Paolo II, in favore della vita e della famiglia. Esso, tra l'altro, ha ispirato l'azione delle Delegazioni della Santa Sede alle grandi Conferenze internazionali, promosse dall'ONU negli anni passati: nel 1992, alla Conferenza di Rio su *Ambiente e Sviluppo*; nel 1993, alla Conferenza di Vienna *sui diritti umani*; nel 1994, alla Conferenza del Cairo su *Popolazione e Sviluppo*; nel 1995, alla Conferenza di Pechino sulla *Donna*; nel 1996, alla Conferenza di Istanbul sull'*Habitat*; nel 2000, alla Conferenza di Johannesburg sullo *Sviluppo Sostenibile*.

Se gli strumenti giuridici internazionali proclamano solennemente il diritto fondamentale alla vita, per esempio l'art. 3 della Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo o, ancora, l'art. 6 del Patto dei Diritti Civili e Politici, non possiamo che deplorare numerose leggi nazionali, indicazioni internazionali e ricerche biomediche, che mettono la vita umana a repentaglio. Basterà pensare a quelle relative al cosiddetto « diritto all'aborto », alla sperimentazione sugli embrioni, oppure alla liberalizzazione dell'eutanasia.

Nei suoi contatti con i responsabili della comunità internazionale, la Santa Sede non ha mai cessato di ricordare che la vita è un dono che proviene da un Altro e, pertanto, è sacra.

Dicendo ciò, essa desidera parlare anche in nome di tutti i cristiani, nonché degli uomini di buona volontà. Inoltre, intende sottolineare che il diritto alla vita è il fondamento di tutti gli altri diritti, che le stanno pure a cuore: il diritto alla libertà di coscienza e di religione, quello all'educazione, al lavoro, allo sviluppo umano, ecc.

Anche di recente, il Santo Padre ha ribadito che i diritti fondamentali derivano non dallo Stato, né da altra autorità umana, ma dalla persona stessa (cfr. Discorso in occasione del VII centenario della fondazione dell'Università di Roma La Sapienza, 17 maggio 2003). E facendo eco alle parole del suo Predecessore, Giovanni XXIII, nella *Pacem in terris*, ha invitato i pubblici poteri a « *riconoscere, rispettare, comporre, tutelare e promuovere* » questi diritti, che promanano dalla stessa natura umana e, per questo, sono universali, inviolabili ed inalienabili.

Conoscete l'insistenza con la quale la Santa Sede ha sempre difeso la libertà di coscienza e di religione, non soltanto quale libertà di culto, ma come possibilità per i credenti di partecipare alla vita sociale e politica del Paese di cui essi sono cittadini, ma

sempre membri di una comunità di fede. Tante volte il Papa Giovanni Paolo II, memore della sua esperienza polacca, ha avvertito che, quando la libertà di religione è violata o soppressa, in realtà sono minacciate tutte le altre libertà fondamentali.

In sintesi, si può affermare che la Santa Sede si oppone a qualsiasi visione unidimensionale dell'uomo e ne propone una, aperta alla sua componente individuale, sociale e trascendente.

b) Un altro campo di azione della Sede Apostolica è quello relativo «alla promozione e alla difesa della pace».

Non occorre che mi dilunghi sulla convinzione con la quale i Pontefici rigettano la guerra, quale soluzione per le controversie fra i popoli.

In occasione della recente crisi irachena, il Papa Giovanni Paolo II ed i suoi collaboratori hanno ricordato che ogni Stato ha il dovere di proteggere la propria esistenza e libertà, con mezzi proporzionati, contro un ingiusto aggressore. Al di fuori del caso della legittima difesa che giustifica il ricorso alle armi, sono sempre da preferire, per risolvere le contese, gli strumenti del dialogo e della mediazione, come l'arbitrato di terzi imparziali, o di un'autorità internazionale, munita di sufficienti poteri. Infatti, l'esperienza ha dimostrato che la violenza genera violenza. Ricorderete l'esclamazione del Papa, durante la prima guerra del Golfo: «*La guerra è un'avventura senza ritorno!*». O, ancora, lo scorso anno: «*La guerra è sempre una disfatta per l'umanità!*».

La Santa Sede, pertanto, ha sempre incoraggiato gli sforzi condotti per raggiungere un effettivo disarmo, che vada oltre la dissuasione, fondata sull'equilibrio del terrore. Per appoggiare moralmente l'impegno in tale direzione, essa non ha esitato a firmare il Trattato di non-proliferazione nucleare del 1971; ha aderito al Trattato contro la produzione, lo sviluppo e l'utilizzo delle armi chimiche, del 1993, ed a quello che mette al bando le mine anti-uomo, del 1997. Tutto questo per incoraggiare un'autentica cultura della pace.

È convinzione della Santa Sede che la potenza distruttrice e le sofferenze causate da tali armi le rendono così pericolose, che il loro utilizzo, probabilmente, arreca danni che sono di gran lunga superiori al male che intendono eliminare. Non va dimenticato, inoltre, che la corsa agli armamenti, lungi dall'eliminare le cause di guerra, rischia di aggravarle. L'impiego di ricchezze enormi nella preparazione di armi sempre nuove impedisce di soccorrere le po-

polazioni indigenti ed ostacola lo sviluppo dei popoli. L'armarsi ad oltranza moltiplica le cause dei conflitti ed aumenta il rischio del loro propagarsi (riconoscerete l'insegnamento del Catechismo della Chiesa Cattolica, N. 2315).

c) La pace, tuttavia, è molto più che l'assenza di conflitti. Essa poggia su un «ordine sociale ed internazionale, fondato sul diritto e sulla giustizia». Più volte, Papa Giovanni Paolo II ha gridato: «*Non c'è pace senza giustizia!*». Ogni Paese ha il dovere di assicurare ai propri cittadini il soddisfacimento di alcune necessità fondamentali: il cibo, la salute, il lavoro, l'alloggio, l'educazione.

Come ricorda il n. 76 della Costituzione Apostolica *Gaudium et Spes* del Concilio Vaticano II, «*La Chiesa, fondata nell'amore del Redentore, contribuisce ad estendere il raggio di azione della giustizia e dell'amore all'interno di ogni nazione e tra tutte le nazioni*».

La Santa Sede è convinta pure che ogni Paese ha il dovere di rispettare i principi consuetudinari del diritto internazionale e le convenzioni alle quali ha liberamente aderito. Senza diritto non viene a mancare solamente l'ordine, ma anche libertà e pace.

Durante la crisi irachena (anno 2003), la Santa Sede ha detto di non condividere il principio della «guerra preventiva» — concetto inventato all'uopo — e ha sollecitato il rispetto della Carta delle Nazioni Unite, in particolare del suo capitolo VII, che stabilisce i criteri di comportamento, in caso di minacce o di aggressioni alla pace.

La comunità internazionale, infatti, ha elaborato e codificato una serie di diritti e di doveri che costituiscono, ormai, una porzione del patrimonio comune dell'umanità. A prezzo di enormi sacrifici, la comunità internazionale ha acquisito un *corpus* giuridico consistente e dettagliato che, se fosse stato applicato in questi ultimi anni, in ossequio all'antico adagio latino «*pacta sunt servanda*», avrebbe risparmiato tanti spargimenti di sangue ed avrebbe evitato molte crisi internazionali.

La Santa Sede ha sempre manifestato apprezzamento per il diritto internazionale ed ha collaborato spesso alla redazione di Convenzioni che lo hanno di volta in volta rinnovato. Penso, per esempio, a concetti quali il dovere di intervento umanitario o i diritti delle minoranze.

Ancora, i Papi non hanno mai esitato ad esprimere la loro stima per l'Organizzazione delle Nazioni Unite. Penso a Pio XII, a

Giovanni XXIII ma, soprattutto, a Giovanni Paolo II che, nella sua ultima visita nel 1995, in occasione del 50° anniversario della fondazione di quella Organizzazione, la definiva come «*il più grande degli strumenti di sintesi e di coordinamento della vita internazionale*», sottolineando che la sua attività condiziona la cultura e l'etica internazionali. Auspicava che «*l'Organizzazione... si innalzi sempre più dallo stadio di una fredda istituzione di tipo amministrativo a quello di centro morale dove tutte le nazioni del mondo si sentano a casa loro sviluppando la coscienza comune di esse, per così dire, una famiglia di nazioni... Per natura la famiglia è una comunità fondata sulla fiducia reciproca, sul mutuo aiuto e sul rispetto sincero, in una famiglia autentica non c'è dominio dei forti: al contrario i membri più deboli sono, a ragione della loro debolezza, doppiamente accolti e serviti*». Parole, penso, che rivestono nel contesto internazionale di oggi un rilievo particolare.

Soltanto una rigorosa applicazione del diritto, da parte di tutti ed in ogni circostanza, può impedire che il più debole sia reso vittima della cattiva volontà, della forza e delle manipolazioni del più forte. La Santa Sede, pertanto, si adopera perché la forza della legge prevalga sulla legge del più forte.

d) In un mondo «globalizzato» — come si suol dire — dove la solidarietà ed il principio di sussidiarietà sono all'ordine del giorno, nessuno si meraviglierà che la Chiesa Cattolica nutra «apprezzamento per la democrazia». La pace e la convivenza civile sono sempre gravemente minacciate dalle diverse espressioni di un potere totalitario, dall'ossessione per la sicurezza, dall'ideologia, dalla ricerca di privilegi per alcune categorie di cittadini. Il secolo da poco concluso lo insegna con eloquenza.

Tutti conosciamo il ruolo svolto dal Papa Giovanni Paolo II nell'evoluzione dei Paesi dell'Europa centrale ed orientale verso la democrazia. Il suo magistero ha illustrato come tale sistema politico risponda al desiderio dei singoli di partecipare alla vita politica e sociale del proprio Paese. Questo sistema di governo fa sì pure che i responsabili della società debbano rispondere ai loro concittadini di ciò che dicono e di ciò che fanno. Democrazia significa sempre partecipazione e responsabilità, diritti e doveri. Tutti ricordiamo il ricco insegnamento dell'Enciclica *Centesimus Annus*.

4. Questo riepilogo dei grandi principi che guidano l'azione internazionale della Santa Sede e che traducono, in maniera con-

creta, la dottrina sociale della Chiesa Cattolica, mi pare illustrare questo apporto etico all'ordine mondiale che è oggetto della nostra riflessione.

Ma direi anche che è un messaggio profetico; e mi spiego. Il Papa Giovanni Paolo II è profondamente convinto che i mali che affliggono la società internazionale di oggi non sono una fatalità. Secondo lui, ognuno di noi può sviluppare in se stesso il proprio potenziale di fede, di probità, di rispetto altrui, di dedizione al servizio degli altri, e quindi, porre rimedio a situazioni di ingiustizia e di conflitto. Ovviamente, una grave responsabilità pesa su coloro che, a capo delle società, sono chiamati a servire il bene comune.

Per questa ragione, all'inizio dell'anno 2003, in occasione dei consueti auguri al Corpo Diplomatico accreditato presso la Santa Sede, il Santo Padre rammentava, che *«l'indispensabile competenza professionale dei responsabili politici non può essere legittimata che da un saldo riferimento a forti convinzioni etiche. Come si potrebbe trattare gli affari del mondo senza riferimento a quell'insieme di principi che sono alla base di quel "bene comune universale" di cui l'Enciclica "Pacem in terris" di Papa Giovanni XXIII ha parlato? Sarà sempre possibile a un dirigente, coerente con le proprie convinzioni, di rifiutarsi dinanzi a situazioni ingiuste e deviazioni istituzionali, o di porvi fine»*.

\* \* \*

In fondo, la Santa Sede compie un'opera di educazione. Insegna l'arte della pace. Ricorderete, a tal proposito, il tema del Messaggio pontificio per la Giornata Mondiale della Pace del 1° gennaio 2004: «Educare alla Pace».

In esso, il Papa Giovanni Paolo II accenna a tutti i suoi Messaggi d'inizio anno, sin dal 1° gennaio 1979. Tutti insieme essi costituiscono una specie di *lexicon* e, passando in rassegna i temi proposti, appare evidente la dimensione morale. In effetti, il Papa ricorda che la pace non può diventare realtà senza

- la verità, la libertà ed il dialogo (1980, 1981, 1983);
- lo sviluppo e la solidarietà (1987);
- il rispetto della coscienza e delle convinzioni altrui (1991);
- il rispetto delle minoranze (1989);
- il rispetto dei bambini e della donna (1996, 1995);
- il perdono e la giustizia (1998, 2002);
- il rispetto dei diritti umani e delle culture (1988, 1999, 2001);

— il rispetto del creato (1990).

Come vedete, si tratta di una pedagogia molto concreta; molto di più, si tratta dell'applicazione del «Vangelo della pace» (Ef 6,15).

Attraverso i mezzi propri della diplomazia, la Santa Sede cerca di aiutare i responsabili delle società a perseguire soluzioni eque ai problemi del mondo: che la giustizia sia garantita a tutti, senza che ad alcuno venga inflitta una qualche ingiustizia.

Per raggiungere tale scopo, bisogna ispirare la propria azione ad alcuni valori che sono alla base del diritto internazionale. A tale proposito — e sarà la mia conclusione — vorrei citare il Papa: «*il diritto internazionale è stato per molto tempo un diritto della guerra e della pace. Credo che esso sia sempre più chiamato a diventare esclusivamente un diritto della pace concepito in funzione della giustizia e della solidarietà. In questo contesto la morale è chiamata a fecondare il diritto; essa può esercitare altresì una funzione di anticipo sul diritto, nella misura in cui gli indica la direzione del giusto e del bene*» (Discorso al Corpo Diplomatico, in occasione degli auguri di inizio anno; 13 gennaio 1997).

Non può esserci una conclusione migliore a queste mie riflessioni!

JEAN-LOUIS TAURAN

*Rassegna di bibliografia*

*Recensioni*

Pagina bianca

Salvatore BERLINGÒ, Giuseppe CASUSCELLI (eds.), *Codice del diritto ecclesiastico*, 4<sup>a</sup> edizione, Giuffrè, Milano, 2003, p. 862.

Può sembrare superfluo — e forse anche un po' presuntuoso — presentare un'opera che, giunta alla sua quarta edizione, è ben nota a tutti coloro che si interessano ai diversi aspetti del diritto ecclesiastico. Ci limiteremo, quindi, a mettere in rilievo almeno alcuni aspetti che connotano specificamente quest'ultima edizione, perché anch'essa, come le tre altre precedenti — rispettivamente del 1985, del 1988 e del 1993 —, ha delle caratteristiche proprie. In queste differenti peculiarità delle successive edizioni si riflettono in qualche misura gli sviluppi che il diritto ecclesiastico italiano ha conosciuto in questi ultimi vent'anni.

Gli AA. hanno mantenuto lo schema generale già collaudato, che prevede, dopo quella contenente il testo della Costituzione italiana, altre tre grandi parti, dedicate rispettivamente al fattore religioso nel diritto internazionale, al medesimo nel diritto comune e, infine, agli accordi ed alle altre fonti derivate. Quest'ultima parte è, a sua volta suddivisa in due sezioni, che trattano dei rapporti dello Stato, da una parte, con la Chiesa Cattolica e la Santa Sede (anche se

il titolo parla un po' impropriamente di «Vaticano») e, dall'altra, con le confessioni religiose diverse dalla cattolica.

Venendo alle caratteristiche proprie di questa edizione si può notare anzitutto che l'opera ha raggiunto ormai una mole notevole (anche perché sono trascorsi dieci anni dalla precedente edizione): oltre 800 pagine di documenti giuridici pubblicati fino a tutto il 2002 o di riferimenti ad essi.

Se si passa ad esaminare in quale ambito si è prodotto l'aumento più considerevole, si osserva che è «cresciuto — sopra tutto e a dismisura — il novero delle norme di diritto comune o, se si preferisce, di esclusiva ed unilaterale derivazione dai pubblici poteri, intersecanti in un modo o in un altro, la regolazione del fattore religioso» (p. XII). Poiché un tale accrescimento non è sempre avvenuto «con l'osservanza dei principi di diritto intertemporale, delle buone tecniche di redazione dei testi, delle esigenze peculiari e specifiche della materia» (id.), gli AA. hanno inteso «restituire, con un lavoro paziente e quasi certosino di ricognizione e di riordino, un senso normativo all'affastellarsi, talvolta senza senso, di fonti» (id.).

È invece andata frustrata l'attesa «che si completasse il quadro delle fonti di derivazione pattizia (princi-

palmente con il varo di una nuova legge matrimoniale), ... si desse vita ad accordi con Confessioni diverse da quelle tradizionalmente riconducibili al ceppo giuridico-cristiano... (e) si varasse, finalmente, ... una legge di attuazione dei principi costituzionali di libertà di convinzione e di eguale libertà di tutte le Confessioni» (pp. XI-XII). A questo riguardo non si è andati «oltre semplici conati legislativi» (p. XII), dei quali comunque ci viene offerto il contenuto.

Per quanto riguarda, infine, le «fonti di derivazione internazionale e sopranazionale» (p. XIII), gli AA. hanno scelto di limitarsi ad includere nella presente edizione «quelle rese esecutive o immediatamente precettive nel nostro spazio di attuale vigenza giuridica» (id.).

Una novità della presente edizione del «Codice di diritto ecclesiastico», si riscontra anche nei criteri seguiti per «selezionare, riprodurre e presentare... la giurisprudenza costituzionale, privilegiando, di quest'ultima, le pronunzie di accoglimento, che, come tali, hanno direttamente inciso sulla operatività e sulla struttura delle norme riguardanti la materia trattata» (id.). Secondogli AA., si può notare — almeno nell'ambito del diritto ecclesiastico — «un restringersi del ruolo della Corte... al compito fisiologico e strettamente istituzionale di Giudice delle leggi» (id.).

Infine, quest'ultima edizione dell'opera che recensiamo è stata arricchita di «un indice analitico

molto articolato e puntuale» (id.), che viene così ad aggiungersi all'indice cronologico delle fonti ed a quello generale.

Anche in questa sua quarta edizione il «Codice di diritto ecclesiastico» si conferma, dunque, uno strumento utile «per corrispondere all'esigenza di chiari e precisi riscontri di diritto positivo per gli studi teorici e per la prassi» (p. V) da parte di tutti coloro che si interessano ai diversi aspetti di questa branca del diritto.

*Antonio Filipazzi*

Javier CANOSA, *Il rescritto come atto amministrativo nel Diritto canonico*, Giuffrè editore (= Monografie Giuridiche 24), Roma, 2003, p. 249.

El autor es Profesor de Derecho Administrativo Canónico en la Pontificia Universidad de la Santa Cruz de Roma. Estas páginas recogen algunos resultados de las investigaciones que él ha desarrollado en esta parcela de la ciencia jurídica.

Según el Código de Derecho Canónico, dentro del acto administrativo singular dado por la autoridad ejecutiva, se engloba el decreto, el precepto y el rescripto (cn. 35). Estos han de conformarse al principio de legalidad y a los límites de competencia de la autoridad ejecutiva que los otorga.

Frente al decreto y al precepto, la singularidad del rescripto es que tiene por objeto la concesión de una gracia y que se otorga en forma de respuesta escrita. Así se entiende que, el canon 59 § 1, defina el rescripto como «*un acto administrativo que la competente autoridad ejecutiva emite por escrito y que por su propia naturaleza concede un privilegio, una dispensa u otra gracia a petición del interesado*». El rescripto, por tanto, es un acto jurídico, singular y unilateral emanado de una autoridad con potestad ejecutiva.

Según el Doctor Canosa, la particularidad de esta definición estriba en que el legislador ha vinculado el antiguo instituto del *rescriptum* a la reciente construcción canónica del acto administrativo. Para O. Giacchi, P. Fedele, G. Saccoccia y el propio Canosa nunca antes, en la legislación eclesial, se había considerado el rescripto como un acto administrativo.

El volumen que ocupa nuestra atención tiene, pues, un interés peculiar puesto que viene a colmar una laguna existente en la bibliografía canónica. En efecto, aun cuando existan estudios relacionados con algunas facetas de los rescriptos, el último trabajo que, de una forma más pormenorizada, giró en torno al rescripto canónico era el volumen de A. Van Hove, publicado en 1936 en Malinas y Roma, bajo el título *De rescriptis*.

Después de la promulgación del actual Código de Derecho canónico, ninguna monografía versó so-

bre la originalidad que supone radicar el rescripto entre los actos administrativos singulares. Los artículos consagrados a esta materia han restringido sus observaciones a algunos aspectos concretos del rescripto, pero no a ahondar en el significado de esta innovadora decisión del legislador.

Este volumen, por tanto, es el primero que examina pormenorizadamente cómo influye en el rescripto su calificación de acto administrativo singular. Esta calificación técnica del rescripto implica una sucesión de actos, entre los que podemos citar: las preces y causas en las que se fundamenta la petición, valoración de la autoridad de dichos elementos para otorgar dicho rescripto, documento escrito en el que se concede o deniega lo solicitado y, finalmente, ejecución o presentación de las letras al Ordinario.

Una de las cuestiones fundamentales que surgen al vincular el rescripto con el acto administrativo singular, es la posible relación que se establece entre el canon 59 y los cánones 1732-1739 y 57 del CIC.

El autor muestra cómo, al clasificar el legislador el rescripto como acto administrativo, se ha dado un progreso doctrinal en el contenido de esta noción. En efecto, si, durante un tiempo, este instituto careció de definición legal y se contemplaba desde categorías iusprivatísticas — *ad instar donationis* —, con el pasar de los años el rescripto fue entrando en ámbitos más iuspublicistas.

Si pasamos a reseñar el contenido de este volumen, el autor lo divide en cuatro capítulos. En el primero se presenta un panorama histórico del rescripto hasta la codificación piobenedictina de 1917.

El capítulo segundo se dedica al desarrollo doctrinal de este instituto entre 1917 y 1983.

El tercero se centra en el estudio del rescripto en el Código de Derecho Canónico publicado por Juan Pablo II. Esta sección es muy importante porque en ella se pone de manifiesto cómo el cambio más significativo ocurrido en el terreno que nos ocupa consiste en haber encuadrado el rescripto en una concreta categoría jurídica de actos, saliendo así de la indeterminación reinante en el Código anterior, en donde los rescriptos no fueron definidos sino simplemente catalogados en el título cuarto del libro primero, dedicado a las normas generales (cánones 36-62). Aparecían así tras aquellos cánones concernientes a las leyes eclesiásticas, a la costumbre y al cómputo del tiempo y esto por causa de los elementos comunes con las fuentes del derecho.

Finalmente, el capítulo cuarto de este libro se concentra en los problemas que plantea la consideración del rescripto como acto administrativo. En una primera sección de este apartado, el autor encara las cuestiones que brotan del carácter singular del rescripto como acto administrativo. En un segundo momento, se describen las perspectivas generadas por la con-

cepción del rescripto como acto administrativo formal. Estas páginas están muy conseguidas en su pedagogía expositiva y en su solidez argumentativa. Por último, se da cabida a los problemas surgidos de la relación continente — contenido en el rescripto — acto administrativo.

Este cuarto capítulo es muy necesario porque, aunque las normas aparecen claras en un ámbito teórico, las diversas circunstancias que se dan en la realidad engendran una complejidad tal que se agradece el esfuerzo de precisión efectuado por el autor.

El volumen se cierra con un índice de fuentes y un índice de nombres, instrumentos éstos que facilitan en gran medida el uso de este manual.

Metodológicamente, conviene no olvidar algunas acotaciones realizadas por el Rev. Javier Canosa para valorar justamente su indagación. En este sentido, desde un primer momento, el autor ha especificado el objeto del presente estudio. De este modo, sus propuestas no han querido rebasar el campo de la concesión del rescripto. Por tanto, se han dejado a un lado facetas tales como la ejecución, la interpretación de los rescriptos o su uso. De igual manera, el Doctor Canosa no se ha detenido en el análisis del contenido de los rescriptos (dispensa, privilegio o gracia) sino sólo en el rescripto desde el punto de vista formal. Por último, en este volumen, se ha tenido muy en cuenta aquello que el dere-

cho administrativo civil puede aportar al esclarecimiento de la integración de la doctrina y de las normas canónicas sobre la concepción de los rescriptos.

Concluyendo, nos encontramos ante un riguroso estudio de Derecho Administrativo Canónico. Al respecto, el esfuerzo llevado a cabo por el autor será un instrumento valioso para adentrarse en el complejo campo de los rescriptos canónicos. Sin duda, la mayor comprensión de estas manifestaciones de la voluntad de la autoridad eclesiástica servirá, entre otras cosas, para seguir avanzando en la tutela jurídica que ha de aplicarse por igual a todos los miembros del pueblo de Dios. Así se evitará cualquier sospecha de arbitrariedad en el ejercicio de la administración de la Iglesia, tal y como postulaba ya el séptimo principio para la revisión del Código de Derecho Canónico sometido a la revisión de la Asamblea General del Sínodo de los Obispos, celebrada en Roma en el mes de octubre de 1967.

*Fernando Chica Arellano*

Gabriela EISENRING, *Die römische Ehe als Rechtsverhältnis*, Böhlau Verlag, Wien. Köln. Weimar, 2002, p. XXIV + 425.

Dopo i profondi studi di Edoardo Volterra sul matrimonio nel diritto romano, la maggior

parte dei Romanisti concorda circa la tesi che la struttura del consenso matrimoniale, in virtù dell'influsso del Cristianesimo, sia cambiata: il consenso, mentre nel tempo classico è da considerare necessariamente continuo, cioè tale da costituire il matrimonio in ogni momento della sua esistenza, nel tempo postclassico è iniziale, cioè crea un vincolo che esiste indipendentemente dalla esistenza del consenso.

Ci sono Autori che alla teoria del Volterra, circa il cambiamento della struttura del consenso in epoca postclassica, non attribuiscono un valore conclusivo. Secondo questi, infatti, le dispute dottrinali sul matrimonio romano non sono ancora superate.

Anche tra i canonisti sono state mosse non poche critiche alla tesi del Volterra: Navarrete per ragioni antropologiche e Robleda per una revisione delle fonti.

Partendo dall'istituto del divorzio sia nel tempo classico sia nel tempo postclassico, il Rec. si chiede: Che cosa significa *divortium*? Sono possibili due interpretazioni: da un lato, infatti, *divortium* può significare che il consenso, quale atto costitutivo e fondante il matrimonio, viene a mancare e, quindi, anche il matrimonio; dall'altro, invece, l'istituto del divorzio può anche essere, inteso come revoca di quel consenso, attuato attraverso un *contrarius actus*. Dopo un attento esame delle fonti il Rec. è pervenuto alla conclusione che *divortium* significa

sempre revoca del consenso. Perciò il consenso ha sempre la stessa struttura e il cristianesimo non ha apportato cambiamento alcuno alla struttura del matrimonio romano, fatta salva — ovviamente — l'indissolubilità del matrimonio fra due battezzati.

Attesa la loro particolare formazione, — in un certo senso divergente da quella romanistica strettamente intesa —, i canonisti considerarono non solo le fonti del diritto propriamente dette, bensì anche quelle letterarie e patristiche con l'unica finalità di verificare se la struttura del consenso in epoca postclassica sia cambiata, o meno, a ragione dell'influsso della dottrina cristiana in materia di indissolubilità del matrimonio.

La tesi di Gabriela Eisenring si distingue dagli scritti dei canonisti, già per il suo approccio metodologico, infatti l'Autrice (A) non parte dalla concezione del divorzio, ma dalla concezione del matrimonio così come viene riportata ed analizzata dalle fonti. L'analisi dell'A., quindi, si fonda prevalentemente sulle fonti giuridiche, non sulle fonti letterarie e patristiche, senza, peraltro, dare peso alla questione delle interpolazioni. Secondo l'A. un testo deve esser considerato autentico, a meno che, dallo stesso, non risulti chiaramente una contraddizione testuale; a riguardo occorre subito dire che una siffatta posizione trova corrispondenza nella teoria moderna della interpretazione delle fonti giuridiche. Inoltre, per facilitare la comprensione

del testo latino delle fonti, l'A. aggiunge anche la traduzione in lingua tedesca.

L'opera è divisa in tre parti.

La Eisenring, dopo una introduzione in cui delimita l'oggetto del suo studio, il metodo e il contenuto dell'opera, passa ad esaminare nella prima parte le problematiche sorte in epoca moderna e concernenti il carattere giuridico e l'essenza del matrimonio.

Nella seconda parte, l'A. considera il carattere giuridico del matrimonio, se cioè il matrimonio romano è una «*verwirklichte Lebensgemeinschaft*» o una convivenza fondata sul consenso.

Passa ad esaminare la definizione del matrimonio. Come si sa, la maggiore parte dei romanisti vede nella *coniunctio, consuetudo vitae, consortium* la causa della società coniugale; mentre i canonisti sostengono che la definizione si riferisce al matrimonio *in fieri*. Tra queste due posizioni l'A. sostiene la tesi che le definizioni delineano l'essenza del matrimonio romano, cioè il matrimonio già posto in essere, il matrimonio *in facto esse*. L'A. concorda con l'opinione di Orestano, Gaudemet, Robleda, Huber e G. Longo.

La Eisenring passa, poi, a considerare il consenso quale elemento, costitutivo del matrimonio. Puntualizza che, una volta dimostrato che il consenso è causa del matrimonio e la convivenza dei coniugi non è considerata elemento essenziale, segue logicamente che il matrimonio non è stato una «*verwirk-*

lichte Lebensgemeinschaft», ma un negozio giuridico (Rechtsakt).

L'A. analizza con molta diligenza le fonti, nelle quali si parla del consenso come unico elemento costitutivo. La *societas vitae*, la *deductio in domum*, le *tabulae nuptiales* non rappresentano un requisito costitutivo del matrimonio, ma un indice probatorio dell'esistenza del consenso. Anche il paragone fra *sponsalia* e *matrimonium*, la distinzione fra *concubinatus* e *matrimonium*, la possibilità del matrimonio per *litteras* e per *nuntium* dimostrano, secondo l'A., come, nell'antica Roma, la convivenza non fosse elemento essenziale del matrimonio e che, per costituirlo, fosse soltanto essenziale il consenso.

Ripercorrendo le varie esegesi che la Eisenring presenta, ci sembra di poter dire che su questo punto i dubbi finora suscitati vengono superati e risolti.

Il carattere giuridico del matrimonio si deduce dalle norme che regolano il divenire del matrimonio: *connubium*, *impedimenta*, *forma*.

Circa l'argomento della bigamia, poi, la Eisenring fa osservazioni di una certa ampiezza. Dalle fonti essa deduce che, secondo il pensiero Romano classico, il matrimonio aveva una struttura monogamica. Su questa interpretazione è d'accordo anche la maggioranza dei Romanisti.

L'A. affronta qui una problematica difficile, ma se vogliamo, molto attuale. Essa raccoglie i testi che parlano del matrimonio come

istituto del diritto naturale e mostra l'influsso dei testi citati sui Canonisti e Teologi medievali. Pone la domanda, se ciascuna relazione umana comprende una dimensione giuridica. Questa domanda richiederebbe una riflessione più profonda. Va comunque attribuito all'A. il merito di aver posto il problema, e questo nel contesto del diritto romano.

L'A. considera, infine, gli effetti personali del matrimonio valido: *legitimitas filiorum*, *honor matrimonii*, *mulieris status et domicilium*, *adulterium*, *reverentia mutua*, *iniuria*, e *gli effetti patrimoniali*.

La terza parte dell'opera tratta della relazione fra il matrimonio cristiano e il matrimonio romano per verificare se l'istituto matrimoniale abbia sperimentato un mutamento concettuale e giuridico nella transizione tra l'epoca classica e quella e postclassica.

L'A. osserva che molti studi hanno esaminato l'influsso del Cristianesimo sul diritto romano. Mancano invece gli studi che considerano l'influsso del diritto romano classico sul diritto romano postclassico, diritto giustiniano e posteriore diritto canonico. La Eisenring ritiene che la discrepanza fra diritto romano e diritto canonico non era grande.

Ella dichiara che a causa della questione delle interpolazioni non è facile confermare l'autenticità di un testo postclassico. È anche difficile considerare come il Cristianesimo poteva esercitare un influsso sul diritto postclassico. Nei primi

secoli il diritto canonico non è stato «pubblicato». Il pensiero cristiano appare dai testi dei Padri che furono soprattutto testi morali e non giuridici. Perciò non è possibile mostrare con certezza l'influsso del Cristianesimo sull'evoluzione del diritto romano.

Prendendo in esame molte fonti del diritto postclassico e giustiniano, l'A. mostra l'umanizzazione, la moralizzazione e la trasformazione dei presupposti (*connubium, pubertas, furor, impotentia, voluntas patris*) e degli impedimenti (*ligamen, consanguinitas, affinitas, adoptio, tutela, adulterium*). Queste pagine scritte con acribia e capacità di sintesi possono essere un utile aiuto ai canonisti per conoscere l'evoluzione del diritto matrimoniale nell'interscambio Chiesa-Stato.

In un tempo di Ecumenismo e di dialogo interreligioso, le esposizioni dell'A. sugli impedimenti religiosi (*matrimonium* fra Giudei e Cristiani, *matrimonium* fra Cristiani e pagani) sono di grande interesse.

La *cognatio spiritualis* prima di Giustiniano non è attestata da un testo giuridico. Appare nella legislazione giustiniana. Il principio sembra venire dal Concilio di Nicea. C'è da meravigliarsi che il testo si trovi in un Codice statale.

Nelle fonti statali si trovano anche le disposizioni sul matrimonio di coloro che sono costituiti nei sacri ordini e di quelli che hanno emesso il voto di castità. Queste leggi, indubbiamente, sono state influenzate dal Cristianesimo.

L'A. tratta ampiamente, poi, della storia della forma, dei riti nuziali, della *procreatio liberorum*, della parità dei coniugi, della *auctoritas mariti*, delle forme della legittimazione, degli effetti personali e patrimoniali della comunità coniugale.

Alle fine della sua opera l'A. presenta l'evoluzione del divorzio nel tempo classico e postclassico. Nel periodo classico il divorzio è stato libero, nel periodo postclassico il divorzio per lungo tempo non viene vietato. Perciò l'influsso della concezione cristiana del matrimonio sulla legislazione pagana non è così intenso come comunemente si afferma.

La Eisenring preoccupandosi anche della questione del cambiamento del consenso, dal consenso continuato al consenso iniziale, ammette onestamente che la questione non può essere risolta dalle fonti. Esse presentano testi in favore di ambedue le interpretazioni. Giustamente l'A. asserisce che l'antitesi non è un argomento nel diritto romano. Secondo l'A. si può dire che la concezione del matrimonio nel tempo postclassico si è trasformata, ma non si può dire se il consenso nel tempo classico è stato continuato o iniziale.

In verità, ci sembra che la Eisenring nella sua opera apporta molti argomenti in favore della stessa nozione giuridica del matrimonio, sia nel tempo classico che nel postclassico. Infatti, l'A. sostiene che, per quanto riguarda la costituzione del matrimonio e la sua definizione, le

fonti classiche e le fonti postclassiche e giustinianee concordano. Ma questa concordanza non presuppone la stessa nozione giuridica?

È pacifico che, nei primi secoli, i cristiani celebrarono il matrimonio come gli altri uomini. È anche pacifico che la convivenza non era un elemento costitutivo e che si richiedeva sempre più l'oggettivazione («manifestazione») della volontà attraverso *dotis instrumenta, conscientia amicorum, nuptiales tabulae, testationes, iusiurandum de uxoribus* e *cetera nuptiarum indicia*.

Come si può provare che i cristiani dettero un diverso consenso dai pagani? Se due pagani diventavano cristiani, il loro matrimonio era sacramento senza esprimere un nuovo consenso. Non richiede questo fatto la stessa struttura del consenso?

L'A. analizza anche i vizi della volontà *furor, simulatio e metus*. Si applicano le stesse norme giuridiche nel tempo classico e postclassico. Come questo è possibile, se c'è una diversa struttura del consenso?

La Eisenring combatte la concezione del matrimonio come «*verwirklichte Lebensgemeinschaft*» e difende il consenso e il divorzio come atto giuridico. Con questo volume che abbiamo esaminato l'A. ha il merito altissimo di aver raggiunto un risultato dal quale i futuri lavori sul matrimonio romano dovranno partire per mostrare il significato del matrimonio-atto giuridico, sia per quanto riguarda la volontà sia per quanto riguarda l'effetto.

Inoltre, l'opera della Eisenring è indipendente, sia per quanto riguarda la forma sia per quanto riguarda il contenuto, da altre opere che si sono occupate di questo argomento. Si deve dare atto all'A. di avere evitato, almeno in larga parte, di essersi limitata a ripetere cose già dette da altri Autori. In questo modo, l'opera risulta essere un vero contributo alla discussione su una questione non ancora definitivamente risolta. In quest'ottica occorre sottolineare che l'asciutta essenzialità dello stile va ascritta a merito dell'A., la quale si è evidentemente preoccupata di prendere una posizione chiara ed univoca su una materia così controversa.

La suddivisione della difficile e vastissima materia è chiara e degna di lode: l'indice degli autori e delle fonti attesta quanto appena affermato.

Finalmente, il volume della Eisenring nel suo aspetto formale e sostanziale, è una interessante monografia sul matrimonio nel diritto romano e potrebbe essere oggetto di studio nei seminari delle facoltà canonistiche.

Josef Huber

Carlos J. ERRÁZURIZ, Luis NAVARRO (eds.), *Il concetto di diritto canonico. Storia e prospettive*, Giuffrè Editore, Milano, 2000, p. 378.

Il presente volume costituisce la raccolta degli atti del convegno

svoltosi a Roma il 22 e 23 aprile 1999, promosso dalla Pontificia Università della Santa Croce e rappresenta il diciannovesimo esemplare della collana di monografie giuridiche della suddetta Università. Le sessioni di lavoro del convegno di studi hanno inteso fare il punto sulla nozione di diritto canonico, tanto in chiave storica quanto in modo sistematico-disciplinare, al fine di pervenire ad una più adeguata concezione del diritto ecclesiale, ispirandosi anche agli insegnamenti dell'enciclica *Fides et ratio*. In tale prospettiva l'opera è una sintesi molto ben riuscita del panorama canonistico attuale ed è un discreto contributo al tentativo — per usare un'espressione cara a Giovanni Paolo II — di passare dal fenomeno al fondamento. I relatori, infatti, si sono egregiamente attenuti allo spirito di una riflessione a livello radicale o fondamentale, prescindendo da una semplice analisi del diritto positivo vigente. Occorre anche rilevare che la condivisione dell'impostazione di fondo non ha implicato affatto la rinuncia alla logica disparità di approcci e alla necessaria varietà di punti di vista, che arricchisce il senso e il valore dell'indagine.

Il libro si struttura in due sezioni: nella prima sono raccolte le nove relazioni del convegno (pp. 3-300); nella seconda sono contenute le cinque comunicazioni (pp. 303-378). Da un punto di vista logico-sistematico il taglio storico è dominante nei primi tre contributi (E. TEJERO, *Il Mysterium salutis e la*

*communio: valori fondanti dell'ordine canonico dell'antichità*; S. BERLINGÒ, *Il concetto di diritto canonico nella scuola laica italiana*; C. REDAELLI, *Il concetto di diritto canonico nella canonistica postconciliare*) quello giuridico-fondamentale, legato alla scoperta della «dimensione giuridica» in talune essenziali realtà ecclesiali, negli altri (J.P. SCHOUPPE, *La dimensione giuridica dei beni salvifici della parola di Dio e dei sacramenti*; G. FELICIANI, *La dimensione giuridica della libertà dei fedeli*; S. GHERRO, *Diritto canonico e «pastoralità» della gerarchia*; J. CARRERAS, *La dimensione giuridica del matrimonio e della famiglia*; V. DE PAOLIS, *La dimensione giuridica delle pene nella Chiesa*; J. LLOBELL, *Fondamenti teologici del diritto processuale canonico*). In realtà, anche il saggio di Schouppe, che opera quasi una cesura tra le due parti, ha molti risvolti storici, come pure la relazione di De Paolis. In generale si nota, com'è comprensibile, un'accentuazione dell'attenzione per il presente o per il passato prossimo. Se un appunto può essere mosso ai promotori della manifestazione è forse solo quello di aver pretermesso il secondo millennio dell'era cristiana, fino al secolo ventesimo, ma, probabilmente, un simile complemento avrebbe sbilanciato decisamente l'impostazione delle sessioni dei lavori.

Al di là dei singoli apporti, degli spunti e delle proposte dei diversi interventi, difficilmente riproponibili nella recensione di un'opera

collettanea, si possono individuare, in estrema sintesi, alcune linee comuni che, con le precisazioni sopra formulate, sembrano dare una certa unitarietà ed organicità alla trattazione. Senza pretesa di esaustività, pare si possa sottolineare, anzitutto, l'esistenza di un elemento di giuridicità primordiale e congenita all'essenza della realtà della Chiesa in quanto tale e delle sue parti fondamentali; quindi, il superamento di molte posizioni di contestazione e di riserva che avevano animato il dibattito pre e, soprattutto, postconciliare durante la cosiddetta « crisi del diritto canonico »; infine, la rivendicazione della dignità scientifica della disciplina e l'affermazione di un ruolo importante per la comprensione dell'esperienza giuridica in generale e di possibili contributi anche al diritto secolare, che attraversa una fase di grave sbandamento e disorientamento.

Quasi tutti gli Autori non solo prendono esplicitamente posizione contro il riduzionismo e i limiti di una impostazione meramente positivista (Carreras, De Paolis, Sánchez-Gil, fra gli altri), ma affermano decisamente l'importanza di cogliere il nucleo di intrinseca giuridicità presente nel Popolo di Dio. Così, ad esempio, Tejero parla della necessità di comprendere il significato canonico del Nuovo Testamento (e anche della Tradizione e dei testi patristici) e la dimensione giuridica inerente al mistero salvifico di Cristo, fondata sulla sua promulgazione (è un

piano esternamente manifestato, visibile, promulgato per tutta l'umanità), sulla sua natura vincolante e cogente (con una propria forza sanzionatoria), e sulle nuove relazioni interpersonali cui dà luogo (rigenerazione dei fedeli e costituzione del ministero apostolico). Su questa base, egli individua nella *communio sacramentorum*, in maniera primordiale e fondamentale, nella *communio fidei* e nella *communio Ecclesiarum* gli elementi su cui sin dalle origini si è strutturata la *communio catholica*, senza alcun salto o adulterazione del messaggio primogenio. Del pari, Redaelli, conclude la sua lucida analisi, auspicando un recupero della globalità della dimensione giuridica della Chiesa dal punto di vista della riflessione credente ed una autocoscienza del Popolo di Dio circa questo essenziale elemento. Schouppe, nel suo tentativo di coniugare le brillanti intuizioni di Mörsdorf e dei suoi continuatori con le sicure garanzie offerte dal realismo giuridico classico, prospetta una concezione decisamente realistica e sostanziale dei beni salvifici, quali beni dovuti secondo giustizia. Nella stessa linea, la relazione di Carreras afferma che il matrimonio e la famiglia non solo possiedono una intrinseca dimensione di giustizia, ma che essa è comune ad entrambi gli istituti ed è all'origine tanto della filiazione quanto del vincolo coniugale, concepito quale relazione familiare. Anche De Paolis fonda la sua ben documentata

esposizione sul senso della coercibilità nel diritto canonico, ancorata alla natura stessa del diritto e, più ancora, alla visione antropologica, teologica e biblica che la Chiesa ha dell'uomo. Infine, per concludere questa breve carrellata, acutamente avvertendo il problema gnoseologico sottostante (la compatibilità di un mezzo strettamente giuridico, qual è il processo, con la natura e l'agire del Popolo di Dio), Llobell afferma perentoriamente, con precisi riferimenti scritturistici e teologici, l'ecclesialità degli imprescindibili strumenti volti ad attuare la giustizia e a riparare l'ingiustizia. All'ecclesialità del processo è connessa, quindi, da un canto, la sua ineliminabile pastoralità nel sistema canonico e, dall'altro, il pieno rispetto della natura delle cose e la loro legittima autonomia.

Per quanto riguarda il superamento di posizioni scettiche e latamente contestatarie, in maniera abbastanza generalizzata e largamente condivisa, i relatori avvertono nella fantomatica «crisi del diritto canonico», una sorta di «crisi adolescenziale», ormai superata, che ha depurato il concetto da incrostazioni giuridiciste e autoritarie, dischiudendo prospettive interessanti e fruttuose per la maturazione e la penetrazione di un adeguato concetto di diritto canonico. In tale contesto (molto ben descritto da Redaelli), anacronistiche e prive di reale consistenza appaiono molte delle obiezioni formulate dalla dottrina e

dalla scienza canonistica in epoca recente. Tejero contesta i presupposti della riforma protestante e del modernismo e, segnatamente, la posizione di Shom. Berlingò denuncia i fraintendimenti della «laicità» della scuola laica italiana (meglio sarebbe parlare di indirizzo o di tendenza) e l'interpretazione antigiusurista del pensiero di Dossetti. Redaelli, dal canto suo, denuncia gli eccessi di una malintesa «teologicizzazione», il pragmatismo di un facile «pastoralismo» e le semplificazioni della lettura del Concilio e del codice di G. Alberigo, né risparmia qualche appunto critico nei confronti tanto della scuola di Navarra tanto di quella di Monaco o, piuttosto, di Corecco. Berlingò parla di avvenuto accantonamento o marginalizzazione degli opposti indirizzi «antigiuridisti» e «panteologici», un tempo emergenti. Gherro prende ripetutamente le distanze da impostazioni inutilmente polemiche a proposito, ad esempio, della consuetudine e da sterili contrapposizioni tra la potestà della gerarchia e i diritti dei fedeli. De Paolis, riprendendo Jemolo, risponde puntualmente alle obiezioni di chi, come l'Huizing o Rimallo, ritiene la potestà coattiva contraria alla dignità del fedele e al principio di libertà religiosa, sanciti dall'assise conciliare; del pari confuta la posizione che nega la natura veramente penale di quel settore dell'ordinamento canonico e la sua pena più rappresentativa, la scomunica (Gerosa); ancora,

prende le distanze da quanti, come lo stesso Huizing, ma non solo, propongono di abolire il sistema penale per sostituirlo con misure disciplinari. Llobell lamenta l'«incomprensione» dei fondamenti metafisici e teologici del processo canonico nella radicalizzazione operata da Corecco. Questi riferimenti sono solo alcuni dei più significativi ed evidenti.

L'ultimo punto di convergenza schematicamente delineato è rappresentato dalla sottolineatura delle «peculiarità» del diritto canonico e dal rapporto di questo settore del diritto con l'intero panorama giuridico. Molto critici con gli ordinamenti civili sono Carreras e De Paolis. Il primo, descrive il processo di degrado e di svuotamento dei diritti di famiglia occidentali e di smarrimento in una visione individualistica e anti-familiare della persona umana, favorita dalla concezione contrattualistica del matrimonio. Il secondo parla di perdita del senso del diritto in impostazioni inficcate di positivismo, di relativismo e di secolarismo, in un contesto di storicismo, pragmatismo ed efficientismo. Entrambi insistono sull'importanza di una corretta antropologia e dal recupero della nozioni sottostanti ad ogni sistema giuridico, prima pacificamente condivise ed accettate. In un versante più positivo, Berlingò, individua i meriti della scuola laica italiana nella dimostrazione della «politipia» (polifonia) delle esperienze giuridiche rispetto al monismo statale diffuso, nella

forte valenza culturale nella elaborazione di un unico linguaggio giuridico e nella individuazione della funzione «paradigmatica» del diritto della Chiesa in una società multiculturale, quale modello emblematico di definizione combinatoria (unità nella diversità). Feliciani, dopo aver chiarito che le esigenze o i vincoli della comunione, connaturati all'essere stesso della Chiesa, non sono rapportabili alle pur legittime restrizioni di natura ecclesiastica o ai limiti di diritto positivo, chiarisce che le *libertates fidelium* sono prerogative collegate all'identità del battezzato e non riconoscimenti estrinseci dell'autorità. Lo stesso Autore non solo insiste sulla vigenza *erga omnes* dei diritti dei fedeli, ma indica come l'impropria acquisizione di categorie costituzionalistiche e internazionalistiche secolari è fonte di molti degli errori e dei fraintendimenti in atto; auspica, infine, che il contributo di una originale riflessione canonistica favorisca una concezione meno individualistica e più comunitaria dei diritti dell'uomo e del cittadino. Nella stessa linea, Gherro, denuncia interferenze concettuali e implicanze confusioniste nell'importare nell'ordinamento della Chiesa nozioni giuridiche ad esso estranee, quale ad esempio quella della sovranità o talune debite istanze di democratizzazione. Il professore di Padova riconduce, invece, alla peculiare categoria della pastoraltà l'organizzazione gerarchica strutturata dal diritto ecclesiastico. La necessaria armo-

nia nel rapporto autorità-libertà, la promozione del ruolo dei *christifideles*, l'esigenza della gerarchia di operare secondo regole di diritto non sono altro che logiche conseguenze della corretta applicazione del concetto di pastoraltà. Sempre De Paolis, infine, ribadisce che, nell'ordinamento canonico, la potestà coattiva può essere intesa come servizio alla carità e alla salvezza.

Queste brevi osservazioni sono una sommaria illustrazione dei contenuti dell'opera e non rendono probabilmente ragione del suo effettivo valore e spessore. Si prescinde in questa sede dal rilevare da qualche leggera imprecisione o inesattezza in talune relazioni, comunque, marginale e di dettaglio. Sta di fatto che il volume, a pochi anni dallo svolgimento del convegno, conserva tutta la sua attualità e freschezza, anche alla luce del discorso di Giovanni Paolo II alla Rota del 2004, che ha sottolineato «l'essenziale dimensione di giustizia del matrimonio, che fonda il suo essere in una realtà intrinsecamente giuridica» e ha ricordato che «una considerazione autenticamente giuridica del matrimonio richiede una visione metafisica della persona e della relazionalità coniugali». Tale ordine di considerazioni, estese anche ad altri ambiti del diritto della Chiesa, sono abbastanza fedelmente riflesse ed espresse nelle pagine del libro.

Massimo del Pozzo

Gillian Rosemary EVANS, *Law and Theology in the Middle Ages*, Routledge, London, 2002, p. 259.

I più recenti studi sull'eredità canonica medioevale non fanno che mettere in rilievo lo stretto rapporto in cui si sono originate e sviluppate le scienze teologica e canonistica nel Medioevo. Il libro di Evans, Professoressa di Teologia Medioevale e Storia delle Idee presso la Cambridge University, analizza questo rapporto da una vasta pluralità di punti di vista. È, forse, questa molteplicità di approcci alla stessa realtà, il maggior pregio del libro, ed anche la giustificazione della sua struttura in sei parti.

Nella prima parte (*Good behaviour*), vengono studiate questioni fondamentali quali sono i rapporti fra la giustizia divina e quella umana (e l'eventuale influsso della prima sulla seconda), fra legge e virtù, fede e bene comune, peccato e delitto. È nella determinazione dei contenuti precisi dei concetti giuridici qui segnalati, che si vede con chiarezza la dipendenza del diritto medioevale dalla teologia.

La seconda parte (*Theology and putting law into order*) va dedicata allo studio dell'influsso della teologia nella configurazione interna della scienza del diritto in quanto divisa in parti. Evans si sofferma soprattutto nel ruolo concesso al diritto naturale sul piano teorico, e anche al suo reale influsso nella prassi. I rapporti fra diritto divino, naturale e umano, la nozione di

*equitas* ed altre, vengono pure prese in considerazione, sebbene in modo piuttosto riassuntivo. Qualche pagina va pure dedicata ai soggetti aventi giurisdizione in campo ecclesiastico e alla gerarchia interna fra di essi, facendosi così un rapido riassunto dei rapporti giurisdizionali fra Papa e vescovi, così come dell'emergere dei giudici delegati.

Con la terza parte (*Theology and the teaching of law*), il libro entra in uno degli argomenti più affascinanti del Medioevo: l'iniziale condivisione di metodi ed interessi e la sua progressiva divisione in branche che, pur conservando legami, diventano scienze autonome. L'Autrice prende in considerazione il contesto in cui si è originato lo studio scientifico del diritto — le *Artes* — e studia l'influsso d'ognuna di esse nella progressiva configurazione della disciplina. Speciale interesse hanno le sue sintesi riguardanti il modo di insegnamento (capitolo 10) e il ruolo della logica (capitolo 11).

La quarta parte (*Law and theology in procedure*) studia sia le fasi del processo canonico, sia i principi fondamentali che garantiscono la sua imparzialità, così come i problemi che la configurazione della società come *inaequalis* pone al principio fondamentale di uguaglianza. A mio parere sono le pagine più riuscite del libro e mostrano una profonda conoscenza delle fonti, del loro sviluppo, e anche una notevole capacità d'integrazione dei dati, offrendo così una visione di insieme molto utile.

La quinta parte (*Inquiry, inquisition and summary procedure*) completa la visione di insieme sul diritto processuale, con l'analisi del concetto fondamentale di *notorietà*, quale uno dei requisiti per iniziare il processo inquisitivo. Su questo tipo di processo, regolato dal IV Concilio Lateranense e oggetto posteriormente da tanti commenti dottrinali, Evans fa delle precisazioni veramente utili, che aiutano a capire sia il senso che i limiti di questa creazione tipicamente medioevale.

La sesta e ultima parte (*Outcomes*) è incentrata fondamentalmente sulla figura del giudice, una volta che, superata l'ordalia come modo di lasciare a Dio la responsabilità della sentenza, spetta a lui (il giudice umano) decidere in giudizio. A questo punto, l'Autrice fa un'analisi della odierna nozione di certezza morale, così come veniva intesa nel medioevo, e pure dei metodi per arrivare ad essa. Vengono finalmente considerate le possibilità di appello, l'influsso della nozione di misericordia negli altri modi di dare soluzione ai conflitti (dispensa, arbitrato) e la portata teologica del diritto penale.

Vorrei finire con qualche commento generale sul libro preso in considerazione. Il primo è che Evans ha lavorato sulle fonti. Uno sguardo alla bibliografia dà testimonianza del ruolo di queste nella costruzione della sintesi. Dall'altro, invece, manca forse un più accurato uso della cronologia interna, particolarmente importante in un

lavoro storico relativo ad un periodo così lungo. È necessario conoscere la storia medioevale da letture precedenti per poter capire e valutare nel suo giusto senso le affermazioni contenute nel libro. Infine, non c'è nel Medioevo un'unità assoluta di pensiero, e ogni sintesi implica il rischio di tentar di fare concordare le fonti, o di non dare il dovuto rilievo alle sfumature che vi sono nei diversi periodi del pensiero giuridico e teologico medioevale. Questo rischio è più evidente quando, come alle volte capita nel libro, si mettono in rapporto opere molto distanti nel tempo.

Le ultime considerazioni non vogliono, però, togliere merito al libro che, diventa utilissimo per chi voglia approfondire il sostrato teologico della nostra cultura giuridica, così come si evince dalle principali fonti giuridiche medioevali.

*Nicolás Álvarez de las Asturias*

Carlo FANTAPPIÈ, *Introduzione storica al diritto canonico*, 2<sup>a</sup> edizione, Il Mulino, Bologna, 2003, p. 290.

Dopo quattro anni dalla prima edizione, vede la luce la seconda, aggiornata nella bibliografia e nei contenuti, della *Introduzione storica al diritto canonico*, del prof. Fantappiè, dell'Università di Urbino. Nell'introduzione all'edizione precedente, che purtroppo non viene riportata nella seconda, l'Autore segnalava come lo scopo prin-

cipale dell'opera fosse quello di fornire uno strumento adatto all'insegnamento e allo studio della storia del diritto canonico nelle facoltà civili, giustificando pure le sue scelte metodologiche.

Ed è proprio nella metodologia, decisamente unitaria, e cioè, senza distinguere fra i tre classici brani della storia del diritto canonico (*Historia fontium, institutionum e scientiae*) che si può trovare uno dei pregi fondamentali del libro. Riesce, così, il prof. Fantappiè ad offrire una visione di insieme dello sviluppo organico del diritto della Chiesa, inserito nella storia della comunità ecclesiale, e rilevando, quand'è il caso, le fonti principali e gli autori più rilevanti.

Nel suo percorso attraverso la bimillennaria storia del diritto canonico, l'Autore riesce anche a conservare l'equilibrio fra i diversi periodi. E questo, anche perché poco comune, diventa l'altro grande pregio del manuale. Siamo, difatti, abituati a lunghe trattazioni dei periodi considerati brillanti della scienza canonistica, mentre si lasciano in ombra altri, ritenuti meno creativi, ma che, invece, sono fondamentali per capire lo sviluppo «reale» del diritto canonico. In questo senso, la trattazione del diritto canonico dal concilio di Trento alla codificazione di 1917, mi sembra di grande valore. Così, strutturando la sua opera in sei capitoli ben proporzionati, Fantappiè riesce a soddisfare ampiamente i requisiti che si potrebbero chiedere ad un libro di sintesi.

Lo studio complessivo dello sviluppo della legislazione della Chiesa porta necessariamente alla trattazione dei principali istituti canonici, principalmente del primato romano, ma anche dell'episcopato, del concilio ed altri. Così, dal libro, si possono evincere i tratti fondamentali che farebbero parte di una storia vera e propria di queste istituzioni.

Facendo il paragone con l'edizione precedente, l'attuale è stata aggiornata nella bibliografia, ma anche nell'inclusione di tutto un nuovo capitolo — l'ultimo: *Dal Codex del 1917 al nuovo Corpus iuris canonici* — e di qualche epigrafe all'interno dei capitoli precedenti: è il caso dello studio autonomo della disciplina monacale nel capitolo 2. Sono della aggiunte che, indubbiamente, arricchiscono il libro e lo rendono ancora più utile come sintesi introduttiva.

Il metodo adoperato, per quanto considerato utilissimo per un lavoro di sintesi, ha, però dei limiti. È difficile, infatti, senza uno studio accurato delle fonti illuminare in profondità gli argomenti più complessi (ed anche più affascinanti) della storia del diritto canonico, come è il caso del periodo gregoriano o del concilio Vaticano I per quanto riguarda il primato. Senza un'analisi delle fonti e delle dottrine del tempo, è difficile capire la portata reale degli argomenti in discussione, e il rinvio alla bibliografia in merito non sempre è la soluzione migliore per arrivare al nocciolo delle questioni. Problema di

metodo che porta anche a ritenere ancora utile la divisione tradizionale della storia del diritto canonico, in sede scientifica e di approfondimento (si è già detto che, anche se con limiti, l'integrazione va benissimo per sintesi come questa).

Per finire, non resta che complimentarsi con il professore Fantappiè per il successo ottenuto dalla sua prima edizione, del quale questa seconda ne da testimonianza, ed anche ringraziarlo per un lavoro di grandissima utilità, non soltanto per l'insegnamento nelle facoltà civili, ma anche come sintesi valida, per introdurre nella materia coloro che la studiano nei centri ecclesiastici.

*Nicolás Álvarez de las Asturias*

Javier HERVADA, *Coloquios propédeuticos sobre el derecho canónico*, 2ª edición corregida y aumentada, Navarra Gráfica Ediciones, Pamplona, 2002, p. 182.

Presentare l'opera di un maestro non è mai cosa semplice e facile. Quando questo compito è affidato ad un giovane giurista ben si comprenderà il suo imbarazzo nell'accingersi a svolgerlo. La paura di essere tacciato di presunzione o almeno di mancanza di umiltà non è del tutto ingiustificata. Tuttavia, alla fine, abbiamo accettato proprio alla luce di quanto abbiamo letto nel testo oggetto della presente recensione, nel suo insieme

d'indiscutibile spessore intellettuale, dove inoltre si sottolinea: *a*) la presa d'atto di un momento favorevole, dopo la promulgazione del Codice del 1983, per la rifioritura della scienza canonica; *b*) la fiducia nelle nuove generazioni di studiosi di Diritto canonico, preoccupati di superare la crisi ricercando una rinnovata metodologia della scienza canonica (cf. p. 9). Proprio l'aperta dichiarazione di fiducia nei confronti delle nuove generazioni di canonisti ci ha, alla fine, convinti. Inoltre, se è vero che ai nostri giorni sembra completamente superata quella contestazione del Diritto nella Chiesa per motivi esclusivamente ideologici e di carattere teoretico, propria dei periodi immediatamente *pre* e *post* conciliari, d'altra parte non mancano segnali preoccupanti di una profonda crisi nell'applicazione del Diritto nella comunità ecclesiale. In altre parole, la crisi vissuta a livello di dottrina e con profondi effetti nell'insegnamento accademico e nella preparazione giuridica delle persone in formazione nel periodo conciliare, dà ora i suoi risultati a livello pratico. Anche se non con un atteggiamento riflesso e volontario, molti di coloro che sono stati formati, meglio sarebbe dire «non formati», in quel contesto ed esercitano oggi il ministero sacro e rivestono un qualche ufficio di governo, sono portatori di un concetto riduttivo e svalutato di Diritto. Visto questo più come una tecnica formalistica, una burocrazia, un qualcosa della quale pur-

troppo non si può fare a meno, più che di uno strumento prezioso nell'esercizio dell'attività pastorale di governo della Chiesa, o più esattamente, come parte integrante della struttura della stessa società ecclesiale e non solo norma d'attuazione (cf. J. HERVADA-P. LOMBARDÍA, *El Derecho del Pueblo de Dios. Hacia un sistema de Derecho Canónico. I. Introducción*, Pamplona, 1970, pp. 39-40), che fa quindi parte della sua natura costituzionale (cf. LG 1 e 8). Proprio prendendo atto dell'attuale situazione, s'impone ai cultori, ma anche a tutti gli operatori, del Diritto nella Chiesa di riflettere e di approfondire sempre più l'oggetto del loro studio. Questo è il fine precipuo, anche se non esclusivo, che si è prefisso il nostro A. nel presente lavoro.

Il prof. Hervada, com'è noto, fa parte, della cosiddetta «Scuola di Navarra», o come preferisce chiamarla lui stesso, della «Scuola di Pedro Lombardía» (cf. capitolo XII, pp. 85-89). Infatti, quest'ultimo, dopo aver conseguito nel 1952 il Dottorato presso la Facoltà di Diritto canonico della Pontificia Università san Tommaso d'Aquino in Roma (*Angelicum*), difendendo la tesi *Los matrimonios mixtos en España hasta la caída de la monarquía visigoda*, tornando in Spagna, precisamente a Pamplona, presso la Facoltà di Diritto canonico dell'Università di Navarra, portò avanti, insieme a J. Hervada ed altri, una riflessione sull'ordinamento e la scienza canonistica, soprattutto all'indomani del Vaticano II. Con-

vinzione di fondo e principio guida delle riflessioni di tutti questi Autori è che prima di tutto per Diritto si deve intendere l'*ordine sociale giusto*, questo vale anche per la Chiesa, ragione per cui è logica conseguenza affermare il carattere *giuridico* anche del Diritto canonico. Caratteristiche specifiche di questa scuola per il prof. Hervada sono: 1) che il canonista deve essere giurista; 2) la purezza metodologica formale; 3) il metodo sistematico; 4) la divisione in rami (cf. p. 88).

Riguardo alla figura del capo scuola, al fine di far capire la sua passione per il Diritto, la sua acribia scientifica e quindi il tipo d'influsso esercitato sugli altri, ci piace previamente qui riproporre una domanda che si poneva, e poneva ai suoi lettori, P. Lombardía, che nel suo intento provocatorio conserva, a nostro avviso, tutta la sua attualità. Partendo dalla constatazione che il Magistero della Chiesa da sempre richiama l'umanità a costruire una convivenza sociale basata sulla giustizia, si chiedeva «Non comprendo come si possa negare la necessità di conseguire un ordine giusto nel Popolo di Dio e pretendere — allo stesso tempo — che questo Popolo sia germe dell'ordine giusto della convivenza profana. Si può pretendere di essere fonte di giudizio senza essere contemporaneamente testimonianza?» (*Estructura eclesiásticas y Derecho*, in *Escritos de Derecho Canónico*, vol. III, Pamplona 1974, p. 125: T.d.R.).

Veniamo ora alla presentazione vera e propria della pubblicazione in parola del prof. Hervada. Apparsa per la prima volta nel 1990 è andata esaurita in pochi mesi e fu quindi ristampata nel 1992. L'attuale seconda edizione del 2002 si presenta corretta ed aumentata in quanto vede, rispetto alla precedente edizione, l'aggiunta del corposo XV capitolo sulla tecnica giuridica. Eccetto i capitoli VI, XI e XV tutti gli altri sono già stati pubblicati in *Ius Canonicum*, rivista della Facoltà di Diritto canonico dell'Università di Navarra. Il genere letterario è quello del dialogo, del colloquio con un ideale *Nomos*, nome ovviamente scelto non a caso, riguardo gli aspetti fondamentali del Diritto canonico. Detti colloqui sono svolti in un arco di tempo che va dall'aprile del 1987 al settembre del 2001, ma non sempre sono riportati nel testo rispettando l'ordine cronologico. Le problematiche affrontate sono essenzialmente di teoria epistemologica e metodologica del Diritto canonico. L'intento è di riflettere sui nuovi schemi del metodo sistematico, sui gradi del sapere, sulla purezza metodica formale e sulla distinzione in rami del Diritto ecclesiale, con l'intento di arrivare ad indicare una possibile via di rinnovamento metodologico del suo studio. Tutto questo nella fedeltà ai principi ispiratori della scuola della quale fa parte e della quale abbiamo sopra evidenziato gli aspetti caratterizzanti. Nella fedeltà ad una concezione del Diritto comune-

mente denominata *realismo giuridico classico*, che vuole, allo stesso tempo superare il normativismo ed il soggettivismo, cause di quel legalismo-giuridismo ed utilitarismo nei quali può cadere il canonista (cf. p. 9).

Non potendo, per ovvie ragioni di spazio, presentare in modo sufficiente tutti i singoli capitoli che compongono la pubblicazione, cosa della quale, però, siamo stati tentati, viste le molteplici suggestioni seguite alla lettura, ci limiteremo alla presentazione di quei capitoli che a nostro avviso meglio manifestano il valore della riflessione sviluppata nel testo.

Applicando in un certo senso il metodo di F. Bacone (1561-1626), in una sorta di *pars destruens*, nei due primi capitoli l'A. chiarisce previamente ciò che il canonista non è e deve sempre evitare di essere. Nel capitolo I (pp. 13-21), si esaminano i tre principali vizi che tentano il canonista, conscio da una parte della sproporzione tra il suo Diritto ed il Diritto civile, e dall'altra stimolato dal Concilio a rinnovare la tecnica ed il metodo canonico per applicare nel dovuto modo i nuovi contenuti (cf. p. 15). Essi sono: 1) il *teologismo*, cioè il sostituire i concetti giuridici con quelli teologici; 2) il *pastoralismo*, che a sua volta implica il sostituire la tecnica giuridica, o i ricorsi pratici del Diritto canonico, con i ricorsi pratici propri della scienza pastorale, mentre cosa diversa è applicare le soluzioni giuridiche con senso pastorale; 3) il *pseudo-*

*teologismo*, cioè lo sviluppare le riflessioni teologiche al posto di quelle propriamente giuridiche. A questi vizi principali va aggiunto quello altrettanto pericoloso del *giuridismo*, atteggiamento parossistico che assolutizza la dimensione giuridica e pensa che nella Chiesa non ci sia spazio per altro. Per evitare questi pericoli è necessaria l'elaborazione di una *Teoria Fondamentale del Diritto canonico*, con lo scopo principale di trarre dal Mistero della Chiesa i dati giuridici, al fine di stabilire e mostrare la struttura giuridica inerente alla realtà ontologica della Chiesa stessa. Quindi, il canonista non può confondersi con il teologo e d'altra parte non può ridursi ad essere il mero interprete del legislatore, egli è chiamato ad essere un vero giurista, adottando un metodo proprio e corretto, ed allo stesso tempo assumendo una propria identità (cap. II, pp. 23-29). Ciò comporta prima di tutto la coscienza che il Diritto canonico è un vero e proprio Diritto, quindi implica che la sua tecnica ed il suo metodo devono essere squisitamente giuridici, sempre rimanendo in relazione con la realtà sociale. Ora, essendo la scienza giuridica una scienza pratica, anche se c'è l'intervento della ragione speculativa, questo implica l'intervento delle due virtù che perfezionano la ragion pratica: la *sinderesi*, o abito dei primi principi e la *prudenza* o virtù del ben operare. Infatti, la scienza giuridica è *prudencia iuris* o giurisprudenza. Se è prudenza, le sue decisioni par-

tono sempre dall'assunzione della realtà. La ragione prudente opera a modo di sillogismo, nel quale la premessa maggiore è la norma e la minore la realtà sociale. È un giudizio d'adattamento del generale (norma) al particolare secondo lo stato e le circostanze del caso concreto, della realtà sociale. Tutto questo richiede che il canonista-giurista rimanga sempre in relazione con la teologia, che alla luce della Rivelazione ci spiega il senso della realtà Chiesa, e con la pastorale, il cui oggetto-fine è condurre le anime a Cristo (cf. p. 26). Per tutti questi motivi, si conclude che la scienza canonica è una scienza *individualizzata*, anche se non isolata ed assorbita da altre scienze. Suo oggetto materiale sono le relazioni sociali di natura ecclesiale; mentre suo oggetto formale è la Giustizia, il determinare cos'è giusto nella Chiesa: il conoscere le relazioni sociali per evidenziare la loro relazione con il giusto (cf. p. 29).

Con il III capitolo (pp. 31-38), è avviata la riflessione sui vari aspetti costitutivi e le caratteristiche proprie del Diritto e della scienza canonica (*pars costruens*). In questo capitolo il nostro A. evidenzia che per Diritto non si deve intendere prima di tutto il complesso normativo, ma le *relazioni giuridiche*: il dovuto nelle relazioni sociali. In senso proprio il Diritto è la *res iusta*, la cosa dovuta nel quale consiste il Diritto oggettivo, mentre la facoltà di esigere (Diritto soggettivo) è una derivazione dell'indole

di dovuto della cosa, quindi una cosa è Diritto perché è dovuta e la relazione di giustizia è una relazione di dovere. Se questo è il Diritto, essere *giurista*, usare la scienza giuridica, consiste nel conoscere, discernere e determinare il *suum* di ciascuno, consiste nello *ius dicere* o *ius dictio*, e suo oggetto formale sarà il giusto. Più specificatamente, essere *canonista* comporterà l'impegno a determinare, discernendo, il giusto nelle relazioni sociali del Popolo di Dio. Compito primario del canonista-giurista è quello di determinare il *titolo* e la *misura* del Diritto. Con il titolo sappiamo chi è il titolare e il tipo di Diritto; per la misura si conosce il limite del Diritto, quando può reclamarsi, davanti a chi e con quali garanzie (cf. p. 38).

La riflessione sul Diritto è ulteriormente ampliata nel IV capitolo (pp. 39-46) dove, tra gli altri aspetti affrontati, si pone la seguente questione: viene prima il Diritto o la Giustizia? Anche se i più risponderrebbero la Giustizia, il prof. Hervada fa notare che così non è nella realtà ed ecco le sue argomentazioni. Se l'atto di giustizia consiste nel dare a ciascuno il suo, affinché esista questo atto di Giustizia deve preesistere il *suum* del Diritto. Quindi l'atto di costituzione del Diritto deve precedere l'atto di Giustizia. Questa segue il Diritto, e l'attribuzione crea il Diritto, per questa ragione il Diritto è anteriore alla Giustizia: la costituzione del Diritto non è un atto di Giustizia, lo precede! (cf. p. 45).

Sempre, per il nostro A., l'atto di Giustizia è un atto secondo. Per lui dire che il Diritto deve essere giusto o che il Diritto positivo umano è opera di giustizia ha senso solo se si ha un Diritto preesistente in relazione al quale può e deve essere giusto. Questo Diritto è il Diritto divino, naturale o positivo. Perciò ha senso parlare di Diritto giusto solo supponendo l'esistenza del Diritto divino, naturale e positivo, perché solo rispetto a questo si dà vera Giustizia.

Dalle problematiche concernenti il Diritto, nel capitolo V (pp. 47-54) si passa a quelle inerenti alla legge e le varie tipologie del giusto. Rifacendosi a san Tommaso (cf. *S. Th.*, q. 57, a. 1, ad 2<sup>um</sup>), l'A. chiarisce previamente il rapporto Diritto-Legge: la Legge non è il Diritto. Molte volte la Legge è denominata Diritto per analogia d'attribuzione, per l'intima relazione che ha con il Diritto, ma essa ha la specifica funzione di essere causa e misura del Diritto. Conseguenze di ciò è che: *a*) il concetto base della scienza giuridica non è la legge, ma la relazione giuridica: la relazione di giustizia tra due o più soggetti relazionati per un *debitum*; *b*) l'ordinamento giuridico non deve vedersi primariamente come insieme di norme, ma come complesso di relazioni giuridiche. La Legge non è giuridica per sé, ma per la sua relazione al Diritto. La giuridicità o essenza del giuridico, quindi, risiede nel Diritto, nel giusto e consiste nella relazione di debito che comporta un'esigibilità: la Legge è

giuridica solo quando genera o regola una relazione giuridica (cf. p. 49). L'argomento offre l'opportunità al nostro A. di dire anche qualcosa sulla Legge canonica. La Legge è un atto d'imperio, è atto di una potenza, precisamente di quella imperativa; invece, la fede è una virtù, un abito e le virtù ineriscono alle potenze e le perfezionano. Da questo bisogna concludere che la Legge canonica è un atto della ragione illuminata dalla fede e non un'ordinazione della fede. Questo perché non esiste un atto d'imperio della fede, cosa che è propria della sola ragione (cf. p. 54).

Dopo alcune considerazioni sull'equità canonica, intesa dall'A. come un modo di essere della Giustizia in relazione alle circostanze particolari della realtà sociale, finalizzata ad attuare la «vera» Giustizia favorendo così il Bene Comune (capitolo VI, pp. 55-58), con il capitolo successivo e fino al XV ed ultimo, vengono toccate varie problematiche che riguardano primariamente la scienza giuridica, in particolare quella canonica. Punto di partenza è la constatazione che ogni scienza si definisce tale per avere un proprio oggetto ed un proprio metodo d'indagine. Quindi se la scienza canonica ambisce ad essere una vera scienza, dovrà applicare un metodo giuridico attraverso il quale determinare il giusto nella Chiesa. Per questo è importante non confondere i *dati* dal *metodo*. La scienza canonica necessita di dati teologici, morali, pastorali e

da molte altre scienze come la storia; ma questi dati dovranno essere trattati con metodo giuridico: da loro dovrà dedursi la soluzione giusta mediante il metodo giuridico. La scienza canonica non è quindi un scienza «particolare» o «speciale», in ogni caso una scienza isolata. L'esigenza del prof. Hervada di una purezza metodologica formale per la scienza canonica non è da confondersi con quella propugnata da H. Kelsen (1881-1973), cioè la purezza metodologica totale che vede nella logica giuridica lo strumento esclusivo per arrivare alle soluzioni giuridiche. Invece, la *purezza metodologica formale* vuole seguire il metodo giuridico utilizzando i dati delle altre scienze, senza però confondere l'utilizzazione dei dati con il metodo (cf. p. 61). Conclusione è che la scienza canonica è una *disciplina giuridica con metodo giuridico*.

Nel capitolo VIII (pp. 63-65) viene enucleata, ma non sviluppata, la teoria della distinzione in rami del Diritto canonico; mentre nel capitolo successivo (pp. 67-73) si parla dei diversi livelli della conoscenza canonica. Tutte tematiche riprese nel capitolo X (pp. 75-78) che vede espresso il pensiero dell'A. sulla *Teoria Fondamentale del Diritto canonico*. Questa è per lui una specializzazione del sapere canonico, che studia il Diritto del Popolo di Dio nella sua diretta ed intima relazione con il mistero della Chiesa, che studia il Diritto ecclesiale nelle sue ultime cause e

nel suo intimo essere. Suo oggetto proprio è il fenomeno giuridico. Quindi l'A. riassume la sua visione della scienza canonica, della sua divisione e delle sue relazioni, operando alcune puntualizzazioni. Prima di tutto, alla luce di quanto detto in precedenza, è chiara la distinzione tra la *Teologia del Diritto canonico* (relazione che sarà ripresa successivamente nel capitolo XIII, pp. 91-95), scienza speculativa che ha per oggetto formale lo studio del Diritto della Chiesa *sub ratione Dei*; e la *Teoria Fondamentale del Diritto canonico*, scienza pratica, il cui oggetto formale è studiare il sapere canonico del quale forma parte: l'ordine sociale giusto *sub ratione iusti*. Da tutto questo deriva una specie di organigramma del «sapere canonico»: ad un primo livello (base) di conoscenza abbiamo la scienza canonica divisa a sua volta in vari rami (Diritto costituzionale; Diritto amministrativo; Diritti della persona, ecc.); ad un livello superiore troviamo la Teoria Fondamentale del Diritto canonico, questa opera ad un livello appunto fondamentale, distinto dal livello scientifico-tecnico e abbraccia il Diritto canonico nel suo insieme (cf. p. 77).

La finalità del Diritto canonico è affrontata nel capitolo XIV (pp. 97-102). Prima di arrivare ad esporre la sua opinione, l'A. fa alcune prelieve puntualizzazioni e distinzioni. 1) Occorre distinguere chiaramente tra fine: *a)* della scienza canonica; *b)* della legislazione canonica; 2) quando si parla

di fine, esso può essere quello: a) prossimo, b) mediato, c) ultimo. Ciò chiarito, egli sostiene che la scienza canonica contribuisce al fine della salvezza delle anime con il suo fine, che è anche il suo oggetto, il giusto. Infatti, in un'arte o scienza pratica il fine e l'oggetto sono lo stesso: l'oggetto ha ragione di fine. Quindi la scienza canonica ha per fine immediato il giusto, lo determina e lo proclama. Però, a sua volta, ha un fine mediato che è il Bene Comune. Tutto questo significa che le leggi debbono interpretarsi e i beni e doveri devono ripartirsi in forma favorevole al reale conseguimento del Bene Comune. Ragione per cui la legislazione canonica e la scienza canonica hanno varie finalità. Queste sono regolate da due principi: a) subordinazione e b) sussistenza. Ciascun fine non è assorbito per il superiore, ma vi tende secondo la propria natura ed indole. La scienza canonica tende, in ultima istanza, alla *salus animarum*, definita come la realizzazione della vocazione cristiana secondo la dignità e libertà dei figli di Dio, come condizione fondamentale del Popolo di Dio secondo i diritti e i doveri fondamentali dei fedeli (cf. p. 102), però vi tende secondo la sua funzione propria: *dire il giusto*.

L'ultimo capitolo, il XV, riguarda vari aspetti del metodo e della tecnica giuridica (pp. 103-182) e costituisce, come abbiamo innanzi notato, la vera novità di questa seconda edizione, anche se in più punti riprende ed amplia problematiche già affrontate. Pub-

blicato qui per la prima volta, si distingue dagli altri capitoli per la sua lunghezza, occupa quasi la metà di tutta la pubblicazione, ma anche per il fatto che è l'unico frutto di diversi incontri con l'interlocutore *Nomos*. Previamente l'A. chiarisce che *metodo giuridico* e *tecnica giuridico-canonica* sono cose distinte anche se si apprendono quasi per osmosi (cf. p. 104). Il *metodo giuridico* è il modo di operare la conoscenza (qui la ragion pratica), che tende alla conoscenza dell'ordinamento giuridico e alle soluzioni pratiche, certe e corrette: dire la giustizia in modo che si stabilisca (cf. p. 105). La *tecnica giuridica*, invece, è lo strumento proprio del metodo giuridico. Essi sono in una così stretta relazione che quasi si confondono. Più in concreto, la tecnica è l'insieme delle regole, dei principi, dei concetti e dei procedimenti che articolano il metodo giuridico, esegetico o sistematico (cf. p. 128). Questo perché il canonista-giurista non solo e semplicemente deve applicare le leggi, ma soprattutto è chiamato a svolgere l'ufficio della *iusti atque iniusti scientia*. Esso consiste prima di tutto nel determinare il giusto e dato che le leggi sono causa e mezzo del Diritto, del giusto, del suo di ciascuno, il canonista deve anche conoscere ed interpretare le leggi, ecco il senso dei cann. 6, § 2; 17 e 19 del *Codice di Diritto Canonico* (cf. pp. 129-131).

Successivamente si prendono in esame altri aspetti importanti della tecnica giuridica, che qui ora solo

elenchiamo, non potendo presentarli in modo completo per ragioni di spazio. Essi sono: la gerarchia delle norme (cf. pp. 135-137); le strutture fondamentali della Costituzione della Chiesa (cf. pp. 140-141); la dimensione carismatica della Chiesa (cf. p. 143); l'organizzazione ecclesiastica, annoverata tra le altre specializzazioni in rami (cf. p. 146); i diritti della persona (cf. pp. 147-150); il principio di sicurezza, con le *formalità* e la *pubblicità* che sono i mezzi di cui si serve la tecnica giuridica per proteggere l'ordinamento giuridico. Evitando sempre, però, che si passi dalle formalità, segni esterni che valgono «in quanto vale» ciò che esprimono, allo sterile formalismo, manifestazione di un Diritto primitivo e decadente (cf. pp. 176-179). Infine, vengono date ed esaminate alcune linee direttive dell'interpretazione del Diritto, interpretazione che dovrà farsi sempre secondo un sano realismo, senso della storia e criterio teologico (cf. pp. 180-182).

Da quanto abbiamo detto, utilizzando i passi a nostro avviso più significativi del lavoro, emerge chiaramente la validità della presente pubblicazione. Il prof. Hervada l'ha voluta caratterizzare con un titolo che fa pensare ad un contenuto per i neofiti. Nella realtà, la natura a-temporale dei temi trattati, la profondità di pensiero applicata, logica e coerente, senza dimenticare la lunga esperienza accademica dell'A, fanno di quest'opera quasi un testo di «meditazione» per ogni canonista. Un li-

bro che ogni canonista dovrebbe avere nella sua biblioteca, in modo da poterlo facilmente rileggere e così *ripensare* i fondamenti di quella scienza che dovrebbe essere parte della sua vita, *recuperando* ogni volta, allo stesso tempo, il senso più vero del suo servizio al Popolo di Dio: essere operatore di una Giustizia che aspira sempre a realizzarsi compiutamente nella Carità.

Bruno Esposito, O. P.

Hamilton HESS, *The Early Development of Canon Law and the Council of Serdica*, Oxford University Press, Oxford 2002, p. 279.

Nel 1958 il professore Hamilton Hess, oggi emerito di Teologia presso l'Università di San Francisco (USA), aveva pubblicato una monografia sotto il titolo *The Canons of the Council of Sardica A.D. 343: a Landmark in the Early Development of Canon Law*, della quale il presente libro costituisce la seconda edizione.

L'inversione nell'ordine del titolo rispetto la prima edizione si deve al cambio di prospettiva, favorito dall'aggiunta di tutta una *prima parte*, nella quale vengono analizzati i primi sviluppi della prassi conciliare nella vita della Chiesa. Tale aggiunta sembrerebbe soddisfare ampiamente lo scopo voluto dall'autore di una migliore comprensione del concilio di Sar-

dica. Anzi, ritengo che questa *prima parte* possa considerarsi una valida introduzione alla nascita dell'istituzione conciliare.

Il libro è quindi diviso in tre parti. La prima, appena accennata, nuova rispetto alla prima edizione, ed altre due più specificatamente dedicate al concilio di Sardica. Alla fine della monografia, Hess offre una traduzione in inglese delle versioni greche, latine e teodosiana dei canoni conciliari. Ma prima di andare ai contenuti precisi del libro vorrei evidenziare una delle caratteristiche principali dell'opera di Hess, qual'è la profonda conoscenza della bibliografia in merito ai primi concili così come delle fonti; profonda conoscenza che completa con una acuta capacità di sintesi ed anche di critica rigorosa delle posizioni esistenti riguardanti tutti gli argomenti.

La prima parte, intitolata *Councils, Canons and Canon Law* è a sua volta divisa in tre capitoli. Nel primo, *The Conciliar Movement*, l'autore prende in considerazione le testimonianze di vita conciliare nella Chiesa prima dell'Editto di Milano (313), dovendo analizzare gli scritti dei Padri (specialmente l'Epistolario di S. Cipriano) e di altri scrittori ecclesiastici così come soprattutto la *Historia Ecclesiastica* di Eusebio da Cesarea, fonte principale per i primi due secoli di vita della Chiesa. Analizzando queste testimonianze, Hess studia sia il rapporto fra la prassi conciliare e le istituzioni collegiali dell'Impero Romano, come i collegi municipali

o il Senato, sia la possibile procedura con cui si svolgevano i sinodi, sia infine il modo in cui si arrivava alle decisioni, con particolare attenzione alla nozione di *consensus* e al grado di obbligatorietà per i singoli membri delle decisioni prese.

Nel secondo capitolo, *The Emergence of Canonical Legislation*, l'autore studia l'evoluzione dei concili nella Chiesa verso una prospettiva più di governo e quindi giuridica, soprattutto dopo il 313. Per farlo, Hess presenta un accurato *status quaestionis* delle ricerche sui diversi concili e sul ruolo delle collezioni canoniche nella loro trasmissione, così come una valida interpretazione del senso generale di questa evoluzione.

Nel terzo capitolo, *Development of Ecclesiastical Rule of Law*, si studiano vari argomenti: in primis, il modo di prendere nota delle decisioni conciliari e la successiva pubblicazione, con speciale riferimento alla terminologia adoperata, per quanto da essa si possano ricavare elementi utili alla conoscenza della portata che i partecipanti concedevano alle decisioni prese nelle sedute. Congiuntamente, l'autore studia il grado di obbligatorietà che i concili ritenevano di avere, e anche la loro area di influenza. Hess studia in fine come l'emergere delle collezioni canoniche, alcune sotto finti concili (si pensi al cosiddetto concilio di Laodicea) sia stato determinante per una comprensione più giuridica e vincolante delle decisioni conciliari.

La seconda parte, *Serdica: The Council and its Canons*, anche essa divisa in tre capitoli, prende in considerazione le questioni relative alla storia di questo concilio ed anche i problemi di tradizione testuali ed interpretativi che ha posto agli studiosi.

Nel capitolo quarto, *The Council of Serdica*, l'autore spiega quindi il contesto storico di polemica antiarianista in cui il concilio è nato, polemica a quel punto molto segnata dalla decisione del Papa Giulio I di riammettere alla comunione a Sant'Atanasio, espulso dalla sua sede di Alessandria dagli arianisti. Questo contesto polemico spiega anche la difficile procedura dei lavori conciliari, con due sedute separate per i vescovi occidentali ed orientali, e la sua posteriore conclusione con soltanto i vescovi occidentali. Hess studia anche infine il ruolo di Ossio da Cordova nelle sessioni conciliari.

I capitoli quinto e sesto, *Historical and Textual Problems* ed *Early Textual Transmission and Development*, prendono in considerazione forse la più difficile questione riguardante Sardica: e cioè, l'autenticità dei suoi canoni e i rapporti fra le tre versioni conservate: quella greca, quella latina e quella chiamata teodosiana. La soluzione prospettata dall'autore di considerare originali sia la greca che la latina sembra convincente dopo la sua analisi.

La terza e ultima parte, *Studies in Interpretation*, studia i contenuti dei canoni riunendoli in quattro ar-

gomenti principali ad ognuno dei quali dedica un capitolo: la nomina dei vescovi (capitolo 7), il loro trasferimento ad un'altra sede (capitolo 8), i noti canoni di appello (capitolo 9) e le visite alla corte Imperiale da parte dei vescovi (capitolo 10). In tutti i quattro casi Hess mette in relazione le decisioni conciliari con la legislazione degli altri concili precedenti, ed anche con il contesto storico in cui a Sardica tali decisioni furono prese. Il risultato è, a mio avviso, una accuratissima analisi della portata reale delle affermazioni contenute in quel concilio.

Vorrei concludere esprimendo i miei complimenti sia al professore Hess per il suo valido contributo, che alla Oxford University Press per aver avviato questa seconda edizione migliorata di un'opera così solida su uno degli argomenti principali per la storia di tante istituzioni ecclesiali ed anche per la storia del diritto in genere.

Nicolás Álvarez de las Asturias

Alejandro LIZARRAGA ARTOLA, *Persona, sexualidad, amor, matrimonio. Una selección de textos de Juan Pablo II*, Cuadernos del Instituto Martín de Azpilcueta, Navarra Gráfica Ediciones, Pamplona, 2003, p. 97.

Las presiones sociales y políticas provenientes de diversos grupos con el fin de alcanzar la equipara-

ción jurídica del matrimonio con otras uniones que, hasta hace pocos años, tan sólo se toleraban, son cada vez más numerosas e insistentes en la moderna sociedad occidental. Las propuestas que abogan por tal equiparación se sostienen, en última instancia, en una concreta visión del hombre y del significado de su dimensión sexual en consonancia con los valores propios de una cultura hedonista. Puesto que en la sociedad actual predomina tal cultura, tales iniciativas encuentran un terreno favorable para alcanzar sus objetivos políticos y jurídicos.

Urge por ello la tarea, que en nuestros días puede llamarse con propiedad catequética, de dar a conocer la verdadera dignidad de la persona humana y de su altísima vocación. En particular, los esfuerzos encaminados a mostrar la peculiar y propia realidad del matrimonio, por ser el fundamento de la familia — célula de la sociedad — son todavía más apremiantes. De este modo se hace frente a las visiones empobrecedoras del hombre y del matrimonio de una manera eficaz: con la hermosura de la verdad. El reciente libro publicado por Alejandro Lizarraga Artola, titulado *Persona, sexualidad, amor, matrimonio*, puede considerarse como un instrumento muy válido y eficaz para la difusión de la antropología cristiana y el descubrimiento del verdadero valor y significado de las instituciones del matrimonio y de la familia.

Las características singulares de esta publicación que la hacen portadora de tal idoneidad son varias. En primer lugar, porque es una verdadera catequesis de las recientes enseñanzas del magisterio de la Iglesia. Al ir exponiendo paulatinamente las enseñanzas magisteriales, se comienza cada cuestión trayendo algún texto significativo del Catecismo de la Iglesia Católica o, en algún caso, de los cánones del Código de Derecho Canónico. A continuación, la rica y honda doctrina que contienen tales enseñanzas se ilumina, se explica y se desarrolla a través de otros textos recogidos de las enseñanzas de Juan Pablo II.

En segundo lugar, el libro es una verdadera síntesis de las recientes enseñanzas magisteriales sobre el matrimonio y la familia. A pesar de la amplitud de los temas afrontados — sexualidad, el matrimonio natural y su elevación a sacramento de la Nueva Ley y la vida moral de los esposos —, y del vasto conjunto de intervenciones de Juan Pablo II con referencia explícita a tales temas, la obra es significativamente breve sin el más ligero detrimento en la exposición de la profundidad doctrinal del magisterio. Detrás de esta obra se percibe una paciente tarea del autor por seleccionar los textos más significativos y claros, dándoles una coherencia interna de conjunto.

Un tercer elemento que valoriza el libro es la armonía que presenta. La obra es profundamente antro-

pológica, y es desde la naturaleza del hombre como se descubre el valor del matrimonio y la familia. Ello no equivale a un antropomorfismo sin trascendencia, pues se parte considerando la verdad más radical del hombre: su ser creado, y como la dependencia del hombre a Dios se ha establecida a lo largo de la historia de la salvación. Así, además, se ilumina la armonía necesaria que hay entre fe y razón, y el papel del magisterio en las enseñanzas sobre el hombre (cfr. capítulo primero).

La referencia de la persona humana al Creador lleva a descubrir a cada hombre como un ser llamado a la comunión con Dios, que se realiza a través de la entrega sincera de uno mismo a los demás. La sexualidad y todos los elementos que giran entorno a ella adquieren valor y sentido desde esta singular dignidad de cada hombre (capítulo segundo). Así, por ejemplo, podemos reseñar el positivo significado de la virtud de la castidad vivida en el matrimonio, como perfeccionamiento de la persona misma para entregarse libremente a otra persona y aceptarla como don en toda su riqueza y valor.

También se alcanza de este modo la honda verdad de la institución del matrimonio (capítulo tercero), que lejos de aparecer como una realidad jurídica puramente positivista, se descubre como exigencia y salvaguardia del propio amor conyugal. Una institución que, como la naturaleza humana, ha sufrido los avatares de la obra

del pecado y de la redención, y de la cual tan sólo Cristo revela su verdad más profunda y su altísima dignidad (capítulo cuarto). Por último (capítulo quinto) se presenta la vida moral matrimonial y familiar como un camino vocacional.

Las publicaciones en los Cuadernos del Instituto Martín de Azpilcueta tienen como objetivo divulgar el trabajo de especialistas sobre temas de actualidad, para poner al alcance de un público amplio opiniones fundadas sobre ellos. Sin duda alguna, la obra de Alejandro Lizarraga pertenece a tal colección por méritos propios.

*Rafael Díaz Dorronsoro*

Erminio LORA (ed.), *Enchiridion dei Concordati. Due secoli di storia dei rapporti Chiesa-Stato*. Prefazione del Cardinale Angelo Sodano, Edizioni Dehoniane, Bologna, 2003. p. 2328.

Como afirma el Cardenal Secretario de Estado en el Prefacio, este volumen forma parte del itinerario comenzado por Angelo Mercati quien, en 1919, elaboró una recopilación de Concordatos entre la Santa Sede y diversos Estados. Su trabajo se hizo indispensable para los estudiosos de las fuentes del Derecho. Después de él, otros expertos en la materia ofrecieron su valiosa aportación y publicaron nuevas colecciones de documentos pacticios.

Baste citar las conocidas obras de Pio Ciprotti, Carlos Corral Salvador, José Giménez Martínez de Carvajal, Joseph Listl, José Tomás Martín de Agar, Angelo Perugini y L. Schöppe.

Todos esos estudios no hicieron más que rubricar «el compromiso de la Santa Sede en la promoción de nuevas vías de cooperación con las autoridades civiles» (pág. V).

Mientras que algunos preconizaban que, tras la reflexión eclesiológica impulsada por el Concilio Vaticano II y el progresivo afianzamiento y multiplicación de los Estados democráticos, el tiempo de los Concordatos había entrado en declive, esta obra es un testimonio preclaro de que el susodicho instrumento jurídico no ha pasado de moda sino que conserva su vigor. Para cotejar esta afirmación sólo es necesario recorrer el índice del volumen que ocupa nuestra atención. En efecto, si en tiempos de Pío VII (1800-1823) la Santa Sede firmó 7 Concordatos, Su Santidad Juan Pablo II ha sido el promotor de más de ochenta acuerdos con distintas naciones e instituciones internacionales. En este sentido, el libro que ha editado esmeradamente Erminio Lora es un exponente conspicuo del progreso acaecido en este campo. Así, a lo largo de sus páginas, como el título lo indica, se recogen dos siglos de intensa actividad concordataria. En él se brinda un rico material jurídico compuesto de Concordatos, intercambio de Notas, Acuerdos,

Convenciones, Protocolos, *modus vivendi*, algún discurso del Santo Padre a Embajadores y Notas de Dicasterios romanos que puntualizan normas concordatarias. De este modo, desde el 15 de julio de 1801, fecha del Concordato entre Pío VII y la República Francesa, hasta el Acuerdo entre la Santa Sede y la República Checa, del 25 de julio de 2002, el lector podrá hallar un variado elenco de textos jurídicos en los que se articulan aquellas materias que interesan tanto a la Santa Sede como al Estado signatario.

En cuanto a la articulación del presente volumen, éste se abre con las palabras del Cardenal Angelo Sodano. Continúa un índice general de todos los documentos incluidos en el mismo. Posteriormente, aparece una introducción que muestra cómo la Santa Sede ha robustecido y ampliado sus vínculos con distintos Estados y Organismos Internacionales. Acto seguido, se añade un índice de abreviaciones bibliográficas. En este índice no aparece reseñada la recopilación de Concordatos elaborada por Mons. José Tomás Martín de Agar [*Raccolta di Concordati 1950-1999*, Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano 2000]. Sin embargo, en el cuerpo de la obra sí se cita cada vez que ha sido utilizada.

El cuerpo de la obra está compuesto de los distintos instrumentos jurídicos emanados de la Sede Apostólica en estas dos últimas centurias. De estos pactos de ran-

go internacional, el volumen ofrece, en orden cronológico, el texto original y una traducción italiana — bien oficial o realizada por el editor —. Si existe, también se reproduce la segunda versión oficial en lengua no italiana. Los textos auténticos se han extraído de fuentes fiables. Éstas quedan indicadas al inicio del correspondiente texto.

Al final del libro encontramos dos índices muy interesantes. El primero detalla, por orden alfabético, los distintos Estados y Organismos Internacionales con los que la Santa Sede ha entablado oficialmente relaciones así como cada uno de los pactos firmados. Así, se puede verificar cuál ha sido la actividad pacticia de la Sede Apostólica con ese concreto interlocutor y la evolución que la misma ha sufrido.

Finalmente, el índice temático permite comparar las diversas soluciones adoptadas bilateralmente sobre los argumentos más destacados.

A nadie escapa que estos índices se convierten en preciosas ayudas para consultar esta obra y aprovechar todas las posibilidades que la misma contiene. Igualmente, los distintos tipos de letra y el haber dividido los textos en párrafos facilitan el uso de esta publicación.

Concluyendo, el trabajo de Erminio Lora pone de relieve el verdadero significado de la actividad diplomática de la Santa Sede y la autoridad espiritual y universal que la misma tiene.

La lectura de estas páginas muestra cómo, a lo largo de estos dos siglos, la Iglesia, y en su seno

la Sede de Pedro, se ha preocupado por servir los grandes campos de la vida y actividad del hombre. Entonces, este libro es una expresión privilegiada de la solicitud del Sumo Pontífice por las distintas comunidades cristianas esparcidas por el mundo y por el progreso de la dignidad humana, el bien de las familias, la consolidación de la libertad religiosa y la defensa de la asistencia religiosa a variadas categorías de personas (soldados, encarcelados, enfermos, etc.).

En definitiva, este volumen proclama, una vez más, que la Iglesia no es extraña a ninguna cultura, lengua o nación. Antes bien, ella quiere llevar a todos los pueblos y a las instituciones más preclaras de la comunidad internacional en su corazón y, en cualquier circunstancia, procura proponer, que no imponer, una palabra de paz y solidaridad. Para que estos objetivos perduren en el tiempo y adquieran seguridad jurídica se estipulan estos acuerdos de carácter internacional, cuyo desarrollo y variedad el lector podrá contemplar en este espléndido repertorio jurídico.

*Fernando Chica Arellano*

Jesús MIÑAMBRES (ed.), *Volontariato sociale e missione della Chiesa*, Edizioni Università della Santa Croce, Roma, 2002, p. 328.

Il volume che andiamo a presentare è frutto del Convegno organiz-

zato dalla Facoltà di Diritto Canonico della Pontificia Università della Santa Croce, sotto lo stesso titolo. Questa iniziativa cercava di stimolare l'approfondimento del tema da diversi punti di vista (teologico, giuridico — canonico, storico, civile o statale, pratico), di individuarne nuove vie di ricerca. Le implicazioni canoniche del volontariato, gli strumenti giuridici o normativi necessari nonché il coordinamento con gli ordinamenti civili stanno al centro delle riflessioni. Tale impostazione rappresenta una significativa novità nel panorama degli studi sul volontariato facente parte della missione della Chiesa, e, quindi, l'opera si qualifica, fra l'altro, per una grande originalità. Il volume è diviso in tre parti: le «Relazioni» (11-124), le «Comunicazioni» (125-198) e le «Appendici» (199-322).

Nella *Prefazione*, il professor J. Miñambres, docente di diritto patrimoniale canonico della Pontificia Università della Santa Croce, organizzatore responsabile del Convegno e curatore del presente volume, oltre a introdurre le intenzioni dell'incontro scientifico e a presentare il nucleo essenziale delle singole relazioni, sintetizza anche le discussioni svolte nelle tavole rotonde.

Nella prima delle *Relazioni*, il professor A. Aranda, Ordinario di teologia spirituale della Facoltà di teologia dell'Università della Santa Croce, getta le basi teologiche per gli studi del Convegno mediante il suo contributo «Carità e identità

cristiana». Partendo dai fondamenti biblici, l'autore enuclea l'«inserimento nel dinamismo della carità di Cristo» ed il «pensare e agire nella carità» come identità cristiana.

Il professor B. Ferme, storico del diritto canonico, già decano della Facoltà di diritto canonico dell'Università lateranense e attualmente decano della stessa Facoltà della Catholic University of America, dimostra lo sviluppo storico, nella Chiesa antica e nel Medioevo, delle manifestazioni tipiche giuridico-canoniche dell'assistenza della Chiesa ai poveri e del volontariato: «*Piae causae*: il percorso storico-giuridico del volontariato nella missione della Chiesa» (37-54).

Dal punto di vista pratico e operativo, S.E.R. Mons. P. J. Cordes, Presidente del Pontificio Consiglio «Cor Unum», presenta da una prospettiva universale e globale esperienze vissute della caritas e del volontariato in relazione alla società attuale e mette in risalto, fra l'altro, i problemi (dovuti a varie *causae*) intorno all'identificazione delle agenzie di volontariato con la missione della Chiesa, cioè il pericolo, nelle società moderne quasi dappertutto sentito, della perdita, da parte dell'azione caritativa, delle sue radici cristiane.

In tredici dense pagine, il professor G. Dalla Torre, ordinario di diritto ecclesiastico e canonico della Libera Università Maria Santissima Assunta (Roma) e noto specialista nelle questioni giuridiche dell'assistenza cattolica ai biso-

gnosi, spiega le origini secolari dell'espressione «volontariato», si rende conto del apparente paradosso, che nella Chiesa il volontariato, in base a c. 222 § 2 CIC, è *dovuto*, ed elabora i profili soggettivi, oggettivi e teologici del volontariato cattolico, per poi individuarne i caratteri distintivi. Quindi il titolo della sua relazione: «Una definizione canonica di volontariato?» Per l'autore, il volontariato è «espressione della Chiesa come "Popolo di Dio"», non esclusivamente della sua struttura gerarchica, e assume oggi anche una valenza politica: perciò rappresenta un nuovo tipo di relazione fra Chiesa e comunità politica.

J. Otaduy, professore di diritto ecclesiastico dello Stato dell'università di Navarra, riassume ed analizza in maniera sistematica e profonda la legislazione spagnola in materia di volontariato: «Instituciones jurídicas civiles para la realización de las obras de caridad eclesial. Marco jurídico español» (81-104).

La ultima delle relazioni, «Volontariato dei fedeli e rapporti interordinamentali (speciale riferimento agli aspetti economici)» è presentata dal curatore del volume presente. Il prof. Miñambres prende in esame i fenomeni associativi dei fedeli e il loro finanziamento dal punto di vista sia canonico che statale (105-124). Di particolare interesse ed importanza, anche al di fuori dell'Italia, è l'ultimo capitolo sulla «rilevanza canonica dei soggetti civili di volon-

tariato nati dall'iniziativa dei fedeli». Si pensi, ad esempio, alla situazione in Germania, dove quasi tutte le associazioni caritative di fedeli, pur essendo riconosciute dalla gerarchia, esistono esclusivamente in personalità civile, cioè senza personalità giuridica canonica. Sarebbe auspicabile risolvere la questione difficilissima della rilevanza della personalità civile di un ente dinanzi all'ordinamento canonico: p. es., possiede capacità processuale un'associazione di fedeli con personalità giuridica soltanto civile nei tribunali ecclesiastici o nei ricorsi amministrativi? (cfr. Decr. Signatura. Ap. 21.11.1987 c. Card. Castillo Lara, in: IE 1 [1989] 197-203: «*compertum non est praescriptionem Codicis* [cioè la capacità processuale] *extendi posse ad personas iuridicas civiles*» [200]).

«Rapporto fra qualifiche canonistiche e civilistiche nelle nuove forme di associazionismo dei fedeli» (127-156) è intitolata la Comunicazione di A. Madera, che si dedica a diverse questioni giuridiche intorno ai nuovi modelli di solidarietà sociale (gli enti *non profit*; INLUS; ONLUS) e la loro relazione sia alla Chiesa che allo Stato. L'autrice raffronta la loro regolazione in Italia a quella negli U.S.A. Uno dei punti di grande attualità, discusso anche in altri paesi come in Germania, è la questione sul concetto di *identità cattolica* di tali enti quando sono dotati della personalità giuridica soltanto civile — una questione di grande importanza non soltanto dal punto di vi-

sta ecclesiologico e pastorale, ma anche per quanto riguarda la protezione di tali enti come «ecclesiastici» da parte dello Stato.

La Comunicazione di V. Prieto si occupa di «Le iniziative di servizio d'ispirazione cattolica nel contesto dei rapporti Chiesa-comunità politica» (157-174) e riferisce le iniziative o enti assistenziali o *non profit* al diritto alla libertà religiosa nonché al diritto alla libertà dei fedeli in ambito temporale. L'ultima Comunicazione, quella di F. VECCHI, *Brevi appunti sul volontariato nella legislazione regionale ligure e negli statuti delle confraternite delle diocesi di Savona-Noli e Albenga-Imperia* (175-198) presenta un esempio di una regolamentazione particolare nella materia in due diocesi concrete.

Le Appendici documentali raccolgono testi magisteriali di Giovanni Paolo II, diversi testi (normativi e pastorali) della C.E.I. rilevanti per le iniziative di volontariato, testi al riguardo del volontariato dell'Unione Europea e testi legislativi statali sul volontariato (vaticani, italiani e spagnoli).

Il libro offre un ampio panorama dei problemi giuridici attinenti al volontariato e alla caritas nelle sue svariate forme, porta avanti e approfondisce la discussione, fornisce numerosi suggerimenti e apre nuovi orizzonti in particolare per ulteriori chiarimenti nell'ambito del diritto canonico. Il presente volume merita, come ricerca accurata e ricca di contenuti, una recezione attenta sia da parte

della canonistica che delle istanze concretamente coinvolte nei problemi giuridico-canonici o civilistici sul volontariato.

*Helmuth Pree*

Justo MULLOR GARCÍA (ed.), *Pontificia academia ecclesiastica. Terzo centenario (1701-2001)*, Tipografia Vaticana, Roma, 2003, p. 298.

El libro que conmemora el tercer centenario de la fundación de la Pontificia Academia Eclesiástica se presenta en una esmerada edición tipográfica, con bellas fotografías y reproducciones.

Bajo la supervisión del Presidente de esta *Alma Mater*, han contribuido a la preparación técnica de esta publicación las siguientes personas: Rev. Javier Herrera Corona, Rev. Roberto Cona, Rev. Andrea Ferrante, Rev. Giuseppe Laterza, Rev. Vincenzo Mamertino, Rev. Stefano Mazzotti, Rev. Mark Miles, Rev. Marco Sprizzi, Rev. Mirosław Wachowski, Rev. Hna. Giuseppina Testa y la Señora Antonietta Madeo.

El volumen se abre con el prólogo del Cardenal Secretario de Estado, *Protector* de este centro de formación sacerdotal.

Bajo el epígrafe *Tres siglos sub umbra Petri*, S.E. Mons. Justo Mullor García, actual Presidente de esta institución docente y discente, justifica la importancia de una entidad que, desde hace más

de trescientos años, sirve como hogar y escuela de los futuros servidores de la Sede Apostólica en las Nunciaturas Apostólicas o en la Curia Romana.

S.E. Mons. Mullor, al repasar algunos rasgos interesantes del origen y la trayectoria histórica de esta *Casa Petrina*, no deja de subrayar que, «*si la diplomacia pontificia del pasado había comportado desde siempre grandes exigencias humanas y espirituales, la del presente y la del futuro debe entrañar para sus miembros un ulterior salto de calidad: llegar a ser testigos vivos — abanderados en la Urbe y en el Orbe — del estilo de comportamiento que, en los últimos tiempos, el Espíritu Santo ha solicitado a los cristianos*» (pág. 11).

A continuación, esta miscelánea recoge el mensaje inaugural de Su Santidad Juan Pablo II con motivo de las celebraciones jubilares del tercer centenario de la Academia Eclesiástica. El Romano Pontífice, en esa alocución, ha condensado autorizada y lúcidamente el programa que cada alumno ha de afrontar cuando ingresa en ella del siguiente modo: «*Habéis venido aquí para aprender a ser "expertos en humanidad", siguiendo la sugestiva expresión de Pablo VI, ya que esto reclama el arte, a veces complejo, de la diplomacia. Pero, sobre todo, estáis aquí para proveer a vuestra santificación: lo requiere vuestro futuro servicio a la Iglesia y al Papa... Lo que aquí aprendéis está orientado a hacer presente la Palabra de Dios hasta los confines*

*de la tierra. Por este motivo, es una Palabra que previamente ha de tomar posesión de vuestras inteligencias, vuestras voluntades, vuestras vidas. Si el Evangelio no ha echado raíces en vuestra vida personal y comunitaria, vuestra actividad podría reducirse a una noble profesión en la cual, con mayor o menor éxito, afrontaréis cuestiones concernientes a la Iglesia o a su presencia en determinados ámbitos humanos. En cambio, si el Evangelio está presente y fuertemente radicado en vuestra existencia, tenderá a dar un contenido bien preciso a vuestra acción en el complejo terreno de las relaciones internacionales. En medio de un mundo impregnado de intereses materiales, a menudo contrastantes, debéis ser los hombres del espíritu que buscan la concordia, los heraldos del diálogo, los más convencidos y tenaces constructores de la paz. Vosotros no vais a ser promotores de ninguna razón de estado, ni podréis serlo jamás. La Iglesia, no obstante está presente en el concierto de las naciones, persigue un solo interés: anunciar la Palabra de Dios en el mundo para la defensa y protección de los hombres*» (pág. 20-23).

Posteriormente, esta monografía recopila los textos dirigidos a los miembros de este Centro Romano por Pío XII, Juan XXIII, Pablo VI y Juan Pablo II en diversas circunstancias durante las pasadas cinco décadas.

Mons. Giuseppe de Marchi, Profesor de Historia de la Diplomacia Pontificia, evoca concisamente algunos de los eventos

más relevantes de la historia de la Academia Eclesiástica desde 1701 a 1951.

Otra parte de esta obra está consagrada propiamente a ilustrar las distintas iniciativas llevadas a cabo en el año jubilar de este Instituto, en concreto, desde el 25 de abril de 2001 al 17 de mayo de 2002.

Este bloque se inicia con la crónica de la visita del Sumo Pontífice Juan Pablo II a la Sede de la Pontificia Academia Eclesiástica (26.4.2001), ubicada en la famosa Piazza della Minerva de Roma.

Seguidamente, aparece la homilía de la solemne Eucaristía de acción de gracias, presidida por el Cardenal Angelo Sodano en el altar de la Cátedra de la Basílica Vaticana, con ocasión de la celebración del tercer centenario de la fundación de la Academia.

Se incluye también la homilía de S.E. Mons. Leonardo Sandri en la Santa Misa celebrada en la memoria de San Antonio Abad (17.1.2002), celestial Patrono de la Academia, y la pronunciada por S.E. Mons. Jean Louis Tauran, el 15 de octubre de 2002, en la Eucaristía del comienzo del año académico 2002-2003.

El 17 de mayo de 2002, como broche final de los actos conmemorativos de este aniversario, en el Aula del Sínodo, emplazada en la Ciudad del Vaticano, tuvo lugar una Conferencia Internacional bajo el título «La Diplomacia Pontificia ayer, hoy y mañana». En ella, dirigieron su palabra a un selecto au-

ditorio, S.E. Mons. Justo Mullor García, los Purpurados Angelo Sodano y Roger Etchegaray, el Senador Giulio Andreotti, la Dra. Janne Haaland Matlary y el Prof. Joël Benoit D'Onorio.

Inmediatamente, se plasman las reflexiones de Mons. Giampiero Gloder, Ecónomo de la Pontificia Academia Eclesiástica, a propósito de los sellos conmemorativos emitidos por la Oficina Filatélica y Numismática de la Ciudad del Vaticano para perpetuar el tercer centenario de la Academia.

Acto seguido, se adjunta un resumen de la intervención de S.E. Mons. Mullor, en calidad de miembro, ante la X Asamblea Ordinaria del Sínodo de los Obispos dedicada a analizar la figura del *Obispo, servidor del Evangelio de Jesucristo para la esperanza del mundo* (30 septiembre-27 de octubre 2001). En ella, el Prelado expuso una serie de consideraciones sobre la diplomacia pontificia y el ministerio episcopal.

Después, descubrimos un repertorio de artículos insertados en *L'Osservatore Romano* entre el 8 de marzo de 2002 y el 26 de abril de 2002. En ellos, S.E. Mons. Gabriel Montalvo, S.E. Mons. Justo Mullor, S.E. Mons. Loris F. Capovilla, Mons. Rubén Darío Ruiz Mainardi, S.E. Mons. Karl-Josef Rauber, el Cardenal Salvatore Pappalardo y el Embajador Vicente Espeche Gil traen a colación diversos aspectos de la vida de la Academia Eclesiástica y la diplomacia internacional.

Luego, se encuentra la remembranza que el Rev. P. Giandomenico Mucci, sj, Director Espiritual de la Pontificia Academia, publicó en la prestigiosa Revista *La Civiltà Cattolica*, siempre en relación con la efeméride que centra nuestro interés.

Hallamos, igualmente, la disertación que, sobre la Diplomacia pontificia a la luz del Concilio Vaticano II, S.E. Mons. Mario Oliveri, Obispo de Albenga-Imperia, efectuó en la Revista canónica internacional *Ius Ecclesiae*.

Este recorrido se concluye con dos entrevistas, difundidas en *Diplomatic News* y *30 Giorni*, que le hicieron al Presidente de la Academia Eclesiástica en torno a los tres siglos de existencia de la más antigua Escuela Diplomática del mundo.

En apéndice están los nombres de todos los ex-alumnos de la Academia Eclesiástica a lo largo de estas tres centurias de su historia. Un índice final cierra estas páginas.

La doctrina y los eventos reunidos en esta pulcra obra conducen al lector a aquilatar dentro de sí una firme convicción: La Academia Eclesiástica, asumiendo las grandes lecciones legadas por su dilatada y fecunda historia, en la hora presente no puede dejar de ser y manifestarse como una palestra en donde se forjan diplomáticos pontificios competentes en variadas disciplinas humanas pero, sobre todo, muy conscientes de que, sólo tendrán porvenir, si previa y convencidamente, son y se

muestran como ministros de una Iglesia que tiene en la santidad su vocación primigenia.

Para los que hoy y mañana frecuenten esta Escuela Pontificia de ciencia e intrepidez, este libro será un acicate que transforme su identidad y misión como futuros colaboradores del Sucesor de Pedro en transparencia cristalina de su comunión con Dios. Sólo así podrán luego irradiar una palabra y un talante que invite a sus semejantes a consolidar una convivencia justa y pacífica, fundamentada en la oración cultivada, en la probidad exhibida y en la caridad prodigada.

*Fernando Chica Arellano*

Reginaldo PIZZORNI, *La Filosofia del Diritto secondo S. Tommaso d'Aquino*, 4ª edizione, Edizioni Studio Domenicano, Serie Civis, n. 17, Bologna, 2003, p. 839.

Il testo che presentiamo è l'ultima fatica del laborioso impegno intellettuale del P. Pizzorni, O.P., svolto in oltre quarant'anni d'insegnamento presso le università pontificie san Tommaso d'Aquino (Angelicum); Urbaniana e Lateranense. In quest'ultima è stato anche Decano della Facoltà di Diritto Canonico, per due mandati, e Preside dell'Institutum Utriusque Iuris. Inoltre ha svolto la sua docenza per molti anni nella Libera Università di Studi Sociali «Pro Deo», l'attuale LUISS. Attualmente è

professore emerito della Facoltà di Diritto Canonico della Pontificia Università Lateranense.

Numerose sono le sue pubblicazioni riguardanti la filosofia del Diritto, in modo particolare in relazione al pensiero dell'Aquinate. Tra i molteplici titoli che compongono la sua produzione scientifica, ricordiamo qui solo quelli a carattere monografico: *Attualità del Diritto naturale* (1971); *Giustizia e Carità* (1995<sup>3</sup>); *Diritto naturale e Diritto positivo in S. Tommaso d'Aquino* (2000<sup>3</sup>); *Il Diritto naturale dalle origini a S. Tommaso d'Aquino* (2000<sup>3</sup>); *Diritto-Morale-Religione. Il fondamento etico-religioso del Diritto secondo S. Tommaso d'Aquino* (2001<sup>3</sup>). Il presente corposo volume, riprende e in parte sviluppa notevolmente quanto detto nelle opere citate, privilegiando e sottolineando in un modo tutto particolare la riflessione a livello di filosofia del diritto. La presente edizione risulta essere, quindi, completamente rinnovata e molto aumentata.

Per capire la necessità, in particolare oggi, di una riflessione filosofica sul diritto, basta prendere atto di alcuni dati di fatto chiaramente emergenti dalla situazione contemporanea. Prima di tutto che il nostro tempo si caratterizza per essere il *tempo dell'umanesimo* dove nella vita sociale il primato viene dato alla persona. D'altra parte, però, ed in modo paradossale, mai come in questo tempo la persona è stata oggetto delle più tremende ingiustizie e violenze da

parte delle varie legislazioni civili. Problema connesso è quello di conciliare, nel giusto modo, da una parte l'affermazione della centralità del valore della persona e dall'altra il fatto che proprio da detta centralità ognuno si senta autorizzato a fare ciò che vuole, in nome di un mal compreso pluralismo culturale ed etico che in realtà non è altro che soggettività individuale che diventa soggettivismo etico. Tutto questo, ovviamente, con nefaste conseguenze anche nel campo del diritto. Il giusnaturalismo di stampo naturalistico aveva insinuato la convinzione di poter arrivare ad avere sistemi giuridici razionali e definitivi, dati una volta per tutte, le cui codificazioni della seconda metà del XVIII sec. e degli inizi del XIX sono una chiara manifestazione. Dimenticando che i Codici potevano essere solo un utile strumento per l'amministrazione della giustizia e non potevano realizzarla una volta per tutte secondo il così detto *mito* della codificazione. Detto «dogma», di una concezione statica e definitiva del diritto, fu messo successivamente in crisi dallo storicismo romantico, dall'idealismo e dall'evoluzionismo positivisticò. Però, sia l'idealismo che l'evoluzionismo, insieme alla messa in crisi di un concetto di diritto dato una volta per sempre, introdussero una sorta di fatalismo storico: la storia è una successione di continui progressi. In questa prospettiva, il diritto vigente correva il rischio di presentarsi, e di fatto lo realizzò, come

quello che, di volta in volta, era giusto che così fosse. La presa d'atto del realizzarsi di ordinamenti giuridici lesivi dell'umanità, soprattutto durante il corso del XX sec., ha portato a non poter più accettare in modo aprioristico ed acritico il carattere progressivo dello sviluppo della storia, favorendo così un atteggiamento critico nei confronti del valore e della giustizia del diritto vigente. Diritto sempre più recepito dai più come manifestazione di potenza, di autoritarismo, in altre parole di *Diritto come espressione della forza*.

Questa presa di coscienza dell'involuzione subita dall'idea di diritto negli ultimi secoli, deve portare tutte le persone, semplici e dotte che comunque non hanno rinunciato a pensare con la propria testa, a porsi le domande sul vero senso del diritto. Percependo che questo trova il suo senso e scopo nel fatto di dover essere sempre un diritto *per* l'uomo, ed in particolare per quello più debole ed indifeso, e mai contro l'uomo, rispettando così il suo fondamento e le sue caratteristiche costitutive. Se il diritto è chiamato a regolare i rapporti intersoggettivi della vita, ad essere strumento d'ordine nella vita sociale, ciò non può avvenire in qualsiasi modo ed a qualsiasi prezzo, secondo l'arbitrio di una autorità o di una maggioranza, ma solo realizzando la giustizia: *ius quia iustum* e non *ius quia iussum*. Proprio perché è una esigenza irrinunciabile della nostra coscienza il concepire l'idea del giusto come assoluta e

non dipendente dal volere di chi detiene il potere in un determinato momento o dal consenso dei consociati, che s'impone, ai nostri giorni più che mai, una riflessione filosofica sul diritto che non si arresta all'ineluttabilità del *fenomeno* diritto, ma passa a coglierne il suo *sensu* più profondo e proprio per l'uomo. Riflettere a livello filosofico sull'oggetto diritto significa quindi porsi delle domande sul fondamento di questa dimensione insopprimibile della natura umana, nella continua ricerca di risposte che aiutino a vivere in modo significativo questa quotidiana realtà della persona.

Tenendo presente questa serie di costatazioni si comprende l'attualità dello studio che andiamo a presentare dove l'A. sviluppa tutta la problematica lasciandosi guidare dal pensiero di san Tommaso d'Aquino e dalla sintesi da lui fatta soprattutto sul Diritto naturale, utilizzando la cultura e la tradizione giuridica a lui precedenti. Il pensiero del *Doctor communis* e la sintesi da lui operata sono allo stesso tempo il punto di partenza e l'adozione di un metodo che il P. Pizzorni seguirà nella sua indagine senza peraltro limitarsi a questi. Vengono, infatti, utilizzati i contributi in materia di vari pensatori lungo il corso dei secoli fino ad arrivare a quelli dei nostri giorni, come risulta dalle tante citazioni, rilievi, commenti e considerazioni presenti nel testo, operando sempre un proficuo confronto tra quest'ultimi ed il pensiero dell'Aquinate.

Il volume è diviso in tre parti omogenee e ben sistematizzate. La prima parte tratta del *Diritto in generale* (pp. 13-165), dove si affronta la questione della sua definizione e dei suoi caratteri differenziali dalla morale. Differenze e distinzioni ma non opposizione, perché la morale è il fondamento del diritto per cui un diritto immorale, come diceva don Sturzo, è impossibile a concepirsi, poiché dal momento che è immorale cessa di essere diritto. Di grande interesse risulta essere, in modo particolare, il secondo capitolo su *La nozione di diritto* (pp. 25-62). In esso vengono esaurientemente spiegate la definizione nominale e la definizione reale di diritto, partendo dalla spiegazione dei vari significati della parola diritto e proseguendo nella spiegazione quasi esegetica dei concetti compresi nella definizione: *giustizia, giusto mezzo, suo, uguale, altro, dovuto*. Inoltre si chiarisce chi è soggetto del diritto, le differenze tra diritto e legge, il fine del diritto, le peculiarità dell'obbligazione giuridica, il problema dell'interpretazione alla luce dell'equità.

Nella seconda parte, che risulta essere quella centrale ed alla quale è dedicato maggiore spazio, è invece studiata tutta la problematica del *diritto naturale* (pp. 169-610) e subito viene data una specie di *explicitio terminorum* riguardo ai vari termini usati. Riguardo a cosa bisogna intendere per *diritto* e soprattutto per *natura*, che con l'Aquinate ricevono una soluzione definitiva: diritto naturale come esigenza

di ragione e necessità di giustizia, sotto il duplice aspetto di conoscenza (*naturalis conceptio*) e di tendenza (*naturalis inclinatio*) al bene nell'uso della libertà esercitata socialmente. Legge o diritto naturale che nella classica definizione di san Tommaso è partecipazione della legge eterna nella creatura razionale (*participatio legis aeternae in rationali creatura*). Digni di essere segnalati sono i capitoli II, IV e XI dedicati a chiarire tutte le ambiguità che nel corso dei secoli hanno deteriorato il genuino concetto di diritto naturale fino ad arrivare alla falsa idea confessata dal giusnaturalismo illuministico ed ateo. Successivamente vengono affrontate le tematiche sulla conoscenza del diritto naturale, sul fondamento ontologico, sul suo contenuto differenziale e graduato nella storia, sul significato per la persona e la società e sulla presenza del diritto naturale nelle varie *Dichiarazioni dei diritti dell'uomo*, con attuali riferimenti alle ultime celebrazioni in occasione del cinquantesimo anniversario della *Dichiarazione* del 1948 a cura delle Nazioni Unite. Né viene tralasciato di spiegare che il fondamento ultimo di questo diritto si trova in Dio, principio e fine di tutte le cose, anche se si può ammettere che è possibile averne una qualche conoscenza senza per forza risalire al Creatore.

Nella terza ed ultima parte, si tratta del *diritto positivo* (pp. 613-815), della sua necessità, delle sue relazioni con il diritto naturale, dei suoi incontestabili limiti, come

pure vengono affrontate alcune questioni particolari di non trascurabile interesse per la nostra odierna società, come la resistenza alla legge ingiusta o come viene detto oggi più comunemente, la realtà dell'obiezione di coscienza, oppure l'atteggiamento da assumere nei confronti di un potere tirannico o dittatoriale. Detta parte si conclude con un capitolo (V), su *Persona, diritto, Stato*. In esso sono accuratamente studiate alla luce del personalismo sociale cristiano-tomista le relazioni che devono intercorrere tra Persona e Stato, Persona ed Autorità arrivando a riaffermare *Societas pro persona*, e non viceversa, altrimenti non sarebbe esagerato parlare di *Stato delinquente*, come scriveva Del Vecchio.

Infine abbiamo una *Conclusione generale*, nella quale si riafferma la necessità di un ritorno alla «... dottrina classica, cristiano-tomista del *Diritto naturale* per la salvaguardia e la difesa della *Persona umana*, della sua dignità e dei suoi diritti fondamentali contro lo strapotere dell'autorità dello *Stato*, per la vera pace dei popoli, delle nazioni e del mondo intero» (p. 830).

Tutti i temi sono trattati in modo scientifico e puntuale con dovizia di citazioni e di riferimenti storici, che aiutano non poco il lettore ad orientarsi in una materia così complessa e delicata non priva di conseguenze come ognuno può rendersi conto. Anche se la prospettiva adottata dall'A., cioè di privilegiare l'idea di una filosofia del diritto come particolarmente

orientata alla riflessione sul diritto naturale, non è oggi da tutti accettata, rimane tuttavia valida come scelta da proporre a coloro che s'interessano a diverso titolo della realtà diritto. Infatti rimane profondamente vero che un atto di giustizia ha sempre un atto preesistente. L'atto di giustizia è sempre un atto secondo. Dire che il diritto deve essere giusto o che il diritto positivo umano è opera di giustizia ha senso se si ha un diritto preesistente in relazione al quale può e deve essere giusto. Questo diritto preesistente è proprio il diritto divino naturale (cf. J. HERVADA, *Coloquios propedéuticos sobre el derecho canónico*, Pamplona 2002).

In ogni caso, la rigida logica interna e la chiarezza espositiva ne fanno un'opera ideale per introdurre i vari studiosi della materia al vero concetto di diritto, la cui anima è e non può essere che la giustizia: *ius est obiectum iustitiae*.

Bruno Esposito, O.P.

Vicente PRIETO, *Diritto dei rapporti tra Chiesa e società civile*, Edizioni Università della Santa Croce, Roma, 2003, p. 268.

El Profesor Vicente Prieto, de nacionalidad colombiana, fue durante varios años Profesor de Derecho de las Relaciones entre Iglesia y sociedad civil en la Facultad de Derecho Canónico de la Pontificia Universidad de la

Santa Cruz de Roma. Esta publicación lleva el mismo nombre que el de la cátedra que ocupaba el Dr. Prieto mientras fue docente en el susodicho centro.

El contenido de esta monografía recoge una serie de reflexiones sobre aquellos temas que, en una terminología anterior, se encontraban bajo el epígrafe *Ius publicum ecclesiasticum*.

El denominado *Derecho público eclesiástico* se elaboró, principalmente, en el siglo XIX y formaba parte del curriculum vigente para los alumnos de las Facultades Eclesiásticas y Seminarios de la época.

En apretada síntesis, se puede afirmar que la doctrina que integraba esta materia tenía un propósito muy definido: contrarrestar las tesis protestantes que negaban la estructura jurídica de la Iglesia y los planteamientos regalistas que sometían a la Iglesia al poder de los Príncipes.

Con el correr de los años, la eclesiología del Vaticano II propició que las relaciones entre la Iglesia y la sociedad civil no siguieran examinándose desde esos esquemas apologéticos — cuyos ejes fundamentales eran la noción filosófica de *societas* y el axioma *ubi societas, ibi ius* —, sino desde un horizonte más vasto, en concreto el implicado en el binomio Iglesia-mundo.

Este cambio de perspectiva comportó que el centro de gravedad no fuera ya la defensa de los derechos de la Iglesia frente al

Estado sino la exploración serena y equilibrada de los vínculos existentes entre sociedad religiosa y sociedad civil. Las claves doctrinales para entender esta nueva óptica se hallan en esta lúcida reflexión de la constitución pastoral sobre la Iglesia en el mundo actual *Gaudium et spes*: «*Es de gran importancia, sobre todo allí donde exista una sociedad pluralista, que se tenga un recto concepto de la relación entre comunidad política e Iglesia y que se distinga claramente entre aquello que los fieles cristianos hacen, individual o colectivamente, en su nombre en cuanto ciudadanos, guiados por la conciencia cristiana, y lo que hacen en nombre de la Iglesia juntamente con sus pastores. La Iglesia, que en razón de su función y de su competencia no se confunde de ningún modo con la comunidad política y no está ligada a ningún sistema político, es al mismo tiempo signo y salvaguardia de la trascendencia de la persona humana. La comunidad política y la Iglesia son entre sí independientes y autónomas en su propio campo. Sin embargo, ambas, aunque por diverso título, están al servicio de la vocación personal y social de los mismos hombres. Este servicio lo realizarán tanto más eficazmente en bien de todos cuanto procuren mejor una sana cooperación entre ambas, teniendo en cuenta también las circunstancias de lugar y tiempo*» (GS n. 76).

De acuerdo con esas orientaciones del Vaticano II, el autor, a lo largo de su estudio, ha tenido en

cuenta que, al hablar de Iglesia, no sólo hay que pensar en los pronunciamientos que la Jerarquía, en los diversos grados de la misma, puede realizar con respecto al Estado sino también en la actividad individual de los fieles cristianos, llamados a ser sal de la tierra allá en donde se encontraren (cfr. Mt 5, 13).

Por lo que se refiere a los interlocutores eclesiales, el Dr. Prieto señala que, además del Estado, la comunidad eclesial puede relacionarse con otras entidades de menor nivel. Asimismo, en esta obra se analizan los vínculos que la Santa Sede, como sujeto de Derecho Internacional, ha establecido con Organismos nacionales e internacionales. Finalmente, en este libro se repasan las relaciones de la Iglesia con otras confesiones religiosas.

En definitiva, el objeto de este trabajo se concentra en las relaciones jurídicas institucionales «ad extra» de la Iglesia — comunidad organizada jurídicamente en modos diversos —, con otros sujetos. Así, el autor estudia los principios y las normas jurídicas que, en el seno de la Iglesia — como parte de su ordenamiento jurídico —, regulan dichas relaciones externas. Dicho en otras palabras, el lector podrá apreciar en este libro cómo el Magisterio eclesial y el Derecho Canónico abordan las relaciones de la Iglesia con otras sociedades jurídicamente organizadas y, en particular, con las distintas formas de comunidad política.

Puesto que este volumen está concebido como un subsidio para que los alumnos puedan seguir las lecciones que atañen a esta materia, la exposición de las cuestiones se efectúa de un modo claro, conciso y didáctico. Se evita, por este motivo, toda vana disquisición o la formulación de cualquier cuestión accesoria. Sin embargo, para aquel que esté interesado en algún aspecto determinado, el Dr. Prieto suministra sobre el mismo, en notas a pie de página, una bibliografía abundante, actual y bien seleccionada.

El trabajo del Dr. Prieto está vertebrado de la siguiente manera. Tras la presentación del volumen y la explicación de algunos puntos preliminares, el cuerpo de la obra se articula en dos grandes partes.

La primera brinda una visión histórica de la doctrina acerca de la relación Iglesia — sociedad a lo largo de los siglos. Inicialmente, en cuatro enjundiosos capítulos, se explica cómo la Iglesia ha ido ahondando en la percepción de su propia naturaleza y cómo han evolucionado las relaciones que ella ha establecido con otras organizaciones políticamente configuradas. Acto seguido, el Dr. Prieto desglosa los fundamentos y principios de la doctrina del Vaticano II y del Código de Derecho Canónico sobre las realidades terrenas y la misión de la Iglesia. Después, se detiene sobre los principios jurídicos de independencia, incompetencia recíproca y cooperación que rigen las relaciones Iglesia-comunidad

política. Por último, se presentan tres modos de relaciones Iglesia-comunidad política: sistemas confesionales, de separación y de coordinación.

Asentados esos cimientos teóricos, el autor puede acometer, en la segunda parte de esta monografía, estas cuestiones de carácter más específico: la personalidad jurídica internacional de la Santa Sede, la diplomacia eclesíastica, los concordatos, las relaciones que últimamente están multiplicando las Conferencias Episcopales con diversas entidades estatales y administrativas, las relaciones de la Santa Sede con Organismos Internacionales y las particularidades que concurren en el Estado de la Ciudad del Vaticano. Cierra el volumen un índice general.

Concluyendo, nos encontramos ante un buen manual escolar. La lectura del mismo robustecerá en los que a él se acerquen la firme convicción de que la Iglesia tiene un corazón universal en el que se descubre la voluntad de acompañar a todas las gentes, compartiendo con ellas sus gozos y esperanzas, sus tristezas y angustias. El Dr. Prieto acerca a los destinatarios de este tratado a esa realidad. Ante ellos describe una Iglesia que habla todas las lenguas y en ninguna circunstancia se siente extraña, que nunca se considera caduca porque las tribulaciones y los desafíos propios de cada época los hace suyos, más aún, que se siente portadora de una Palabra que, sin ser propiedad exclusiva de nadie, a todos di-

rige un mensaje cargado de esperanza. Es una Iglesia que toma siempre partido a favor de la vida, la libertad religiosa y de la inviolable dignidad del hombre. Por ello, no se cansa de proclamar que, si una sociedad pretendiera extirpar de ella la fe en Dios, en esa misma acción, estaría atenazando la felicidad de sus miembros, lesionando uno de sus derechos más básicos y desgarrando la fraternidad humana.

Por razones semejantes, la segunda parte de este volumen es testigo de que la Sede Apostólica, aun siendo pobre en medios, siente como imperativo radical llegar a todos los rincones de la tierra con su acción pacificadora. Ella nada exige para sí misma. Al ejercer su labor diplomática, solo pide que los que no tienen voz la tengan y que aquellos que están bajo el yugo de la inhumanidad puedan disfrutar, apenas posible, de un mañana luminoso y justo.

Los gestos de la Santa Sede no buscan contrariar sino salvar, nunca pretenden imponer sino exhortar al diálogo y a la cooperación internacional. Por esta causa — que tiene su cuna en la identidad de la naturaleza y en la peculiaridad del quehacer de la Sede de Pedro —, ella es, en el conjunto de las naciones, una garantía cada vez mayor de imparcialidad y desinterés. Esto es así porque a la Santa Sede lo que le preocupa es el hombre en todas sus dimensiones, tanto más porque confiesa que cada criatura humana es imagen de Dios

y por ella Cristo derramó hasta la última gota de su sangre.

Si muchos batallan hoy por ignorar el puesto de la Iglesia en el mundo, el esfuerzo realizado por el Dr. Prieto en la confección de estas páginas, sirve, por el contrario, para rubricar que la comunidad eclesial, y la Santa Sede en el corazón de ella, es una casa de puertas abiertas dispuesta siempre a servir a las naciones y colaborar en el genuino desarrollo de los pueblos.

*Fernando Chica Arellano*

Antonio VIANA, *Derecho canónico territorial. Historia y doctrina del territorio diocesano*, Navarra Gráfica Ediciones, Pamplona, 2002, p. 339.

Il Prof. Viana, autore di diverse monografie tra le quali un manuale in materia, è un profondo conoscitore dell'organizzazione della Chiesa. Da quattordici anni dedica una parte importante della sua attività scientifica allo studio delle questioni legate all'organizzazione territoriale della Chiesa. In quest'opera sono raccolti alcuni studi inediti, che — come lo stesso autore puntualizza nel prologo — presentano alcuni logici limiti, come ad esempio quello di trattare prevalentemente sul territorio diocesano, escludendo — almeno direttamente — quello parrocchiale; d'altra parte, la storia del diritto canonico territoriale non è del tutto com-

pleta. Nonostante ciò, l'opera appare pienamente giustificata nella sua volontà di presentare i principali cenni e sviluppi sulla storia e la dottrina del territorio diocesano.

Il territorio è sempre stato un elemento d'indubbia importanza nell'organizzazione pastorale della Chiesa, fin dai primi momenti della sua storia. È in base ed in riferimento al territorio, che la Chiesa si è organizzata lungo i secoli: esso è stato e resta tuttora il criterio basilare nella configurazione della società ecclesiale, quale strumento per concretizzare l'ambito dell'azione ministeriale e della giurisdizione dei pastori. Se le questioni concernenti il territorio sono state perciò da sempre al centro dell'attenzione della scienza canonica, in tempi recenti esse, pur con accenti diversi, hanno assunto un maggiore interesse. Per quali motivi? Innanzitutto è fondamentale il ruolo della dottrina del Concilio Vaticano II nell'approfondire la realtà teologica della chiesa particolare, la quale nonostante si sia sviluppata e organizzata tradizionalmente secondo criteri territoriali, non vede nel territorio un suo *elemento essenziale*. In effetti, il Decreto *Christus Dominus* presenta una nozione di diocesi, intesa come una comunità di fedeli, nella quale l'elemento territoriale tende a passare in secondo ordine. Senza rinunciare al territorio come criterio organizzativo fondamentale, il Concilio concepisce in modo nuovo il principio territoriale: esso non è più il fattore costitutivo delle *pars*

*Ecclesiae*, ma un elemento estrinseco nella configurazione delle *portiones populi Dei*.

In un contesto organizzativo fondato sulla struttura territoriale, le concrete necessità pastorali hanno portato alla creazione di comunità di tipo personale. Occorre tener presente che la vita stessa della Chiesa ha sperimentato trasformazioni importanti negli ultimi decenni: da un lato, la mobilità geografica e la globalizzazione della società hanno prodotto cambiamenti sostanziali nello stile di vita dei fedeli, che a loro volta implicano un rapporto diverso con le rispettive comunità territoriali; dall'altro, in seno alla società ecclesiale, ci troviamo in un periodo di assestamento delle molteplici iniziative di apostolato, attive nelle diverse chiese particolari organizzate territorialmente. Questi fenomeni hanno condotto ad una ricerca di maggiori spazi per quei modi d'organizzazione non basati sul territorio ma su criteri personali.

Tutti questi fatti ecclesiali e sociali, pongono alla canonistica nuovi interrogativi sul senso ed il futuro dell'organizzazione territoriale della Chiesa. In effetti, la riforma *dell'aspetto territoriale* tocca direttamente questioni non indifferenti di diritto costituzionale, di storia e della dottrina sulla configurazione delle chiese particolari e della potestà dei vescovi diocesani. Inoltre, nonostante i citati fenomeni di mobilità, non va dimenticato che l'attaccamento della persona al territorio ove è nato o vis-

suto rimane molto sentito, tanto che si riscontra spesso nei fedeli una logica resistenza a lasciare la comunità territoriale di origine per incorporarsi ad un'altra.

L'opera si suddivide in due parti diverse. La prima è dedicata alle questioni storiche, nella quale si segue un ordine strettamente cronologico nell'affrontare le diverse tematiche, mentre nella seconda si affrontano i contenuti della normativa vigente, con particolare riguardo al significato che il territorio assume alla luce della dottrina del Concilio Vaticano II.

Il principio territoriale è stato norma di organizzazione della chiesa particolare fin dagli inizi della storia della Chiesa. Nel primo capitolo (*Norme sulla competenza territoriale dei vescovi a partire dal IV secolo*) si presenta una sintesi sulla vigenza di tale principio nel primo millennio, basandosi soprattutto sulle disposizioni dei primi concili fino al Decreto di Graziano e mostrando come il territorio sia stato il principio per ordinare l'esercizio dell'attività pastorale fin dai primi secoli. In effetti, il territorio è strumento per precisare la portata della potestà dei vescovi sia nei confronti dei fedeli che degli altri vescovi. Solo con i primi concili — soprattutto particolari, ma anche quelli ecumenici — furono stabilite regole precise per far fronte ai problemi pratici, sorti appunto con la grande espansione della Chiesa nelle condizioni di libertà esistenti a partire dal IV secolo.

Il secondo capitolo (*Le basi del principio territoriale nella polemica bassomedievale tra il clero secolare ed i mendicanti*) è incentrato sulla discussione sorta nel XIII secolo intorno all'esenzione del clero regolare dalla potestà episcopale. In essa si riflette una tensione tra dimensione universale e locale della Chiesa e tra organizzazione territoriale e personale. È possibile così scoprire i punti salienti del significato che viene dato in questo momento storico al territorio diocesano. Anche se ci volle del tempo per assestare la dottrina in modo definitivo, già allora si dimostrò necessaria una soluzione giuridica che tendesse ad assicurare un ordine all'attività pastorale non basato esclusivamente sull'esenzione, ma sui rapporti territorialmente coordinati tra vescovi, parroci e religiosi.

Le riforme del XVI secolo sono l'oggetto del terzo e ultimo capitolo della prima parte (*La dottrina post-tridentina sul territorio separato, «nullius dioecesis»*). Il Concilio di Trento, nel suo scopo pastorale, volle promuovere diversi istituti a carattere territoriale, quali l'obbligo di residenza ed il diritto di visita del vescovo diocesano, come pure l'estensione dell'istituto della parrocchia. Si riscontra anche in questo momento cruciale della storia ecclesiale, un processo di chiarificazione per quanto riguarda le esenzioni ed i privilegi territoriali a beneficio della potestà del vescovo diocesano. Tra gli sviluppi posteriori a Trento, si analizza in

particolare il fenomeno dei territori separati «*nullius dioecesis*», cioè segregati del territorio diocesano, i quali erano affidati alla cura pastorale di un prelado con giurisdizione attiva sul clero e sul popolo. In questo caso si raggiungeva la costituzione di quasidiocesi, nella quale il prelado esercitava una vera giurisdizione episcopale, eccetto la potestà di ordine. I prelati *nullius* erano perciò considerati ordinari del luogo e questi territori hanno dato origine alle figure delle abbazie *nullius* e delle prelature *nullius*, oggi denominate abbazie e prelature territoriali.

La seconda parte dell'opera è ancora più interessante, poiché affronta i contenuti della normativa vigente, cercando di cogliere e spiegare il senso del principio territoriale nel momento presente, sotto l'impulso e alla luce della dottrina del Concilio Vaticano II.

Il quarto capitolo (*La configurazione territoriale o personale della diocesi secondo il Concilio Vaticano II*) tratta delle diocesi territoriali e personali nei decreti *Christus Dominus* e *Presbyterorum Ordinis*. L'autore fa un notevole sforzo per riportare una sintesi oggettiva sia delle diverse opinioni dei padri conciliari, sia del contenuto dei testi definitivamente approvati. Bisogna riconoscere che le diocesi personali hanno avuto scarso successo negli anni posteriori al Concilio, anche se alcuni ordinariati militari sono stati qualificati statutariamente come diocesi personali. A giudizio dell'autore si tratta di una

prassi non adeguata, giacché gli ordinariati non sono diocesi né sono stati considerati tali dalla legislazione universale della Chiesa. Poiché la diocesi personale è una figura ancora non attuata nel diritto della Chiesa, si può dire che l'elemento territoriale continua a costituire la regola generale per la costituzione della diocesi, pur non dimenticando le possibilità aperte dal Concilio Vaticano II.

Il successivo capitolo (*Il principio territoriale nelle norme del CIC 1983 e del CCEO del 1990*) presenta la regolazione del territorio canonico nelle vigenti norme di diritto universale. Seguendo un metodo prevalentemente esegetico, vengono proposte in maniera sintetica le diverse funzioni che il territorio assume oggi: localizzazione dei fedeli, delimitazione delle comunità ed identificazione dell'autorità. Viene altresì sottolineata l'utilità del territorio per concretizzare l'esercizio dei *tria munera* pastorali nella Chiesa (cioè santificare, insegnare e governare).

La riforma dei territori canonici tuttora in corso, viene affrontata nel sesto capitolo (*Lo stabilimento di circoscrizioni ed i suoi riflessi concordatari*). Come indica il titolo, ci sono riferimenti alla prassi concordataria più recente ed ai problemi più rilevanti sollevatisi per il riconoscimento di personalità civile delle comunità ecclesiali di carattere territoriale nei diversi paesi.

Infine, nel settimo ed ultimo capitolo (*Senso e portata del territo-*

*rio nell'organizzazione pastorale della Chiesa*), l'autore offre una sintesi delle diverse opinioni dottrinali in materia: viene riportato il pensiero di esperti quali A. del Portillo, W. Aymans, J. Hervada, J.I. Arrieta, G. Ghirlanda, A.M. Punzi Nicolò, G. Dalla Torre, J. Miras, N. Loda e J. Otaduy. S'includono anche altri sviluppi recenti, esposti in occasione del Convegno Internazionale di Diritto Canonico tenutosi a Budapest nel settembre 2001 (con riferimenti agli interventi di P. Szabó, A. Marzoa, P. Erdö e H. Pree). Viana cerca di presentare le principali problematiche tuttora aperte, in modo che il lettore possa comprenderle nei dettagli, arrivando addirittura a formare una propria opinione in materia. Non manca l'autorevole opinione dello stesso autore, che ovviamente è da includere tra gli esperti, il quale offre anche alcune considerazioni critiche su alcuni punti specialmente rilevanti (terminologia, distinzione tra luoghi e territori, oggettività territoriale e sull'importante argomento della collaborazione tra ecclesiologia e scienza canonica).

Alla fine dell'opera, si trovano gli indici delle fonti e dei nomi, nonché un'interessante bibliografia. Questo materiale completa lo studio in modo soddisfacente, permettendo al lettore un successivo approfondimento dei punti meno sviluppati. L'opera è quindi di grande attualità e nonostante il suo spessore scientifico, susciterà l'inte-

resse non solo di canonisti e teologi esperti in tema di chiese locali, ma anche in generale dei cultori del diritto canonico, dell'ecclesiologia e

della storia delle istituzioni canoniche.

*Montserrat Gas i Aixendri*

Pagina bianca

*Documenti*

Pagina bianca

## ATTI DI GIOVANNI PAOLO II

«*Normae substantiales et processuales*» promulgate col m.p. «*Sacramentorum sanctitatis tutela*», (30 aprile 2001) e successive modifiche (7 novembre 2002-14 febbraio 2003) (\*)

1. «*Normae substantiales et processuales*» promulgate col m.p. «*Sacramentorum sanctitatis tutela*» (30 aprile 2001).

### *Pars Prima*

#### *Normae substantiales*

*Art. 1.* — § 1. Congregatio pro Doctrina Fidei, ad normam art. 52 Constitutionis Apostolicae *Pastor bonus*<sup>(1)</sup>, cognoscit delicta graviora tum contra mores tum in sacramentorum celebratione commissa atque, ubi opus fuerit, ad canonicas sanctiones declarandas aut irrogandas ad normam iuris, sive communis sive proprii, procedit, salva

---

(\*) Cfr. AAS, 93 (2001), pp. 737-739, e *Ius Ecclesiae*, 14 (2002), pp. 321-328. La riserva alla quale erano sottoposte queste norme (30 aprile 2001) e le successive modifiche è stata tolta dalla Congregazione per la Dottrina della Fede (cfr. W.H. WOESTMAN, *Ecclesiastical Sanctions and the Penal Process. A Commentary on the Code of Canon Law*, ed. 2, Ottawa, 2003, pp. 303-309 e 314-316). Delle successive modifiche noi pubblichiamo soltanto quelle (7 novembre 2002-14 febbraio 2003) di cui dà notizia Woestman.

Nel prossimo fascicolo di *Ius Ecclesiae* saranno pubblicate diverse relazioni del Convegno «Processo penale e tutela dei diritti nell'ordinamento canonico», organizzato dalla Facoltà di Diritto Canonico della Pontificia Università della Santa Croce, Roma, 25-26 marzo 2004, nelle quali vi saranno numerosi riferimenti a queste norme e alle loro modifiche che adesso pubblichiamo.

(<sup>1</sup>) IOANNES PAULUS PP. II, Constitutio Apostolica *Pastor bonus*, De Romana Curia, 28 iunii 1988, art. 52, in AAS 80 (1988) 874: «Delicta contra fidem necnon graviora delicta tum contra mores tum in sacramentorum celebratione commissa, quae ipsi delata fuerint, cognoscit atque, ubi opus fuerit, ad canonicas sanctiones declarandas aut irrogandas ad normam iuris, sive communis sive proprii, procedit».

competentia Paenitentiariae Apostolicae<sup>(2)</sup> et firma manente *Agendi ratione in doctrinarum examine*<sup>(3)</sup>.

§ 2. Delicta de quibus in § 1 Congregatio pro Doctrina Fidei cognoscit ad normam articulorum qui sequuntur.

*Art. 2.* — § 1. Delicta contra sanctitatem augustissimi Eucharistiae Sacrificii et sacramenti, Congregationi pro Doctrina Fidei cognoscendo reservata, sunt:

1° abductio vel retentio in sacrilegum finem, aut abiectio consecratarum specierum<sup>(4)</sup>, de quibus in can. 1367 Codicis Iuris Canonici<sup>(5)</sup> et in can. 1442 Codicis Canonum Ecclesiarum Orientalium<sup>(6)</sup>;

2° attentatio liturgicae eucharistici Sacrificii actionis, de qua in can. 1378 § 2 n. 1 Codicis Iuris Canonici<sup>(7)</sup>, vel eiusdem simulatio, de qua in can. 1379 Codicis Iuris Canonici<sup>(8)</sup> et in can. 1443 Codicis Canonum Ecclesiarum Orientalium<sup>(9)</sup>;

3° vetita in can. 908 Codicis Iuris Canonici<sup>(10)</sup> et in can. 702

(2) IOANNES PAULUS PP. II, Constitutio Apostolica *Pastor bonus*, De Romana Curia, 28 iunii 1988, art. 118, in *AAS* 80 (1988) 890: «Pro foro interno, tum sacramentalium non sacramentali, absolutiones, dispensationes, commutationes, sanationes, condonationes aliasque gratias eadem largitur».

(3) CONGREGATIO PRO DOCTRINA FIDEI, *Agendi ratio in doctrinarum examine*, 29 iunii 1997, in *AAS* 89 (1997) 830-835.

(4) PONTIFICIUM CONSILIUM DE LEGUM TEXTIBUS INTERPRETANDIS, Responsio ad propositum dubium, 4 iunii 1999 in *AAS* 91 (1999) 918: «D. Utrum in can. 1367 CIC et 1442 CCEO verbum “abicere” intellegatur tantum ut actus proiciendi necne. R. *Negative et ad mentem*. Mens est quamlibet actionem Sacras Species voluntarie et graviter despicientem censendam esse inclusam in verbo “abicere”».

(5) *Codex Iuris Canonici*, can. 1367 - Qui species consecratas abicit aut in sacrilegum finem abducit vel retinet, in excommunicationem latae sententiae Sedi Apostolicae reservatam incurrit; clericus praeterea alia poena, non exclusa dimissione e statu clericali, puniri potest.

(6) *Codex Canonum Ecclesiarum Orientalium*, can. 1442 - Qui Divinam Eucharistiam abiecit aut in sacrilegum finem abduxit vel retinuit, excommunicatione maiore puniatur et, si clericus est, etiam aliis poenis non exclusa depositione.

(7) *Codex Iuris Canonici*, can. 1378-§ 2. In poenam latae sententiae interdicti vel, si sit clericus, suspensionis incurrit: 1° qui ad ordinem sacerdotalem non promotus liturgicam eucharistici Sacrificii actionem attentat ...

(8) *Codex Iuris Canonici*, can. 1379 - Qui, praeter casus de quibus in can. 1378, sacramentum se administrare simulat, iusta poena puniatur.

(9) *Codex Canonum Ecclesiarum Orientalium*, can. 1443 - Qui Divinae Liturgiae vel aliorum sacramentorum celebrationem simulavit, congrua poena puniatur non exclusa excommunicatione maiore.

(10) *Codex Iuris Canonici*, can. 908 - Sacerdotibus catholicis vetitum est una cum sacerdotibus vel ministris Ecclesiarum communitatumve ecclesialium plenam communionem cum Ecclesia catholica non habentium, Eucharistiam concelebrare.

Codicis Canonum Ecclesiarum Orientalium<sup>(11)</sup> eucharistici Sacrificii concelebratio, de qua in can. 1365 Codicis Iuris Canonici<sup>(12)</sup> et in can. 1440 Codicis Canonum Ecclesiarum Orientalium<sup>(13)</sup>, una cum ministris communitatum ecclesialium, qui successionem apostolicam non habent nec agnoscunt ordinationis sacerdotalis sacramentalem dignitatem.

§ 2. Congregationi pro Doctrina Fidei reservatur quoque delictum quod consistit in consecratione in sacrilegum finem alterius materiae sine altera in eucharistica celebratione, aut etiam utriusque extra eucharisticam celebrationem<sup>(14)</sup>. Qui hoc delictum patriverit, pro gravitate criminis puniatur, non exclusa dimissione vel depositione.

*Art. 3.* — Delicta contra sanctitatem sacramenti Paenitentiae, Congregationi pro Doctrina Fidei cognoscendo reservata, sunt:

1<sup>o</sup> absolutio complicitis in peccato contra sextum Decalogi praeceptum, de qua in can. 1378 § 1 Codicis Iuris Canonici<sup>(15)</sup> et in can. 1457 Codicis Canonum Ecclesiarum Orientalium<sup>(16)</sup>;

2<sup>o</sup> sollicitatio in actu vel occasione vel praetextu confessionis ad peccatum contra sextum Decalogi praeceptum, de qua in can. 1387 Codicis Iuris Canonici<sup>(17)</sup> et in can. 1458 Codicis Canonum Ecclesiarum Orientalium<sup>(18)</sup>, si ad peccandum cum ipso confessario dirigitur;

<sup>(11)</sup> *Codex Canonum Ecclesiarum Orientalium*, can. 702 - Sacerdotes catholici vetiti sunt una cum sacerdotibus vel ministris acatholicis Divinam Liturgiam concelebrare.

<sup>(12)</sup> *Codex Iuris Canonici*, can. 1365 - Reus vetitae communicationis in sacris iusta poena puniatur.

<sup>(13)</sup> *Codex Canonum Ecclesiarum Orientalium*, can. 1440 - Qui normas iuris de communicatione in sacris violat, congrua poena puniri potest.

<sup>(14)</sup> Cf. *Codex Iuris Canonici*, can. 927 - Nefas est, urgente etiam extrema necessitate, alteram materiam sine altera, aut etiam utramque extra eucharisticam celebrationem, consecrare.

<sup>(15)</sup> *Codex Iuris Canonici*, can. 1378 - § I. Sacerdos qui contra praescriptum can. 977 agit, in excommunicationem latae sententiae Sedi Apostolicae reservatam incurrit.

<sup>(16)</sup> *Codex Canonum Ecclesiarum Orientalium*, can. 1457 - Sacerdos, qui complicitem in peccato contra castitatem absolvit, excommunicatione maiore puniatur firmo can. 728, § 1, n. 2.

<sup>(17)</sup> *Codex Iuris Canonici*, can. 1387 - Sacerdos, qui in actu vel occasione vel praetextu confessionis paenitentem ad peccatum contra sextum Decalogi praeceptum sollicitat, pro delicti gravitate, suspensione, prohibitionibus, privationibus puniatur, et in casibus gravioribus dimittatur e statu clericali.

<sup>(18)</sup> *Codex Canonum Ecclesiarum Orientalium*, can. 1458 - Sacerdos, qui in actu vel occasione vel praetextu confessionis paenitentem ad peccatum contra castitatem sollicitavit, congrua poena puniatur non exclusa depositione.

3° violatio directa sigilli sacramentalis, de qua in can. 1388 § 1 Codicis Iuris Canonici<sup>(19)</sup> et in can. 1456 § 1 Codicis Canonum Ecclesiarum Orientalium<sup>(20)</sup>.

*Art. 4.* — § 1. Reservatio Congregationi pro Doctrina Fidei extenditur quoque ad delictum contra sextum Decalogi praeceptum cum minore infra aetatem duodeviginti annorum a clerico commissum.

§ 2. Qui delictum de quo in § 1 pataverit, pro gravitate criminis puniatur, non exclusa dimissione vel depositione.

*Art. 5.* — § 1. Actio criminalis de delictis Congregationi pro Doctrina Fidei reservatis praescriptione extinguitur decennio<sup>(21)</sup>.

§ 2. Praescriptio decurrit ad normam can. 1362 § 2 Codicis Iuris Canonici<sup>(22)</sup> et can. 1152 § 3 Codicis Canonum Ecclesiarum Orientalium<sup>(23)</sup>. In delicto autem, de quo in art. 4 § 1, praescriptio decurrere incipit a die quo minor duodevicesimum aetatis annum explevit.

### *Pars Altera*

#### *Normae processuales*

#### Titulus I

#### De Tribunalis constitutione et competentia

*Art. 6.* — § 1. Congregatio pro Doctrina Fidei est Supremum Tribunal Apostolicum pro Ecclesia Latina necnon pro Ecclesiis Orientalibus Catholicis ad cognoscenda delicta articulis praecedentibus definita.

---

<sup>(19)</sup> *Codex Iuris Canonici*, can. 1388 - § 1. Confessarius, qui sacramentale sigillum directe violat, in excommunicationem latae sententiae Sedi Apostolicae reservatam incurrit; qui vero indirecte tantum, pro delicti gravitate puniatur.

<sup>(20)</sup> *Codex Canonum Ecclesiarum Orientalium*, can. 1456 - § 1. Confessarius, qui sacramentale sigillum directe violavit, excommunicatione maiore puniatur firmo can. 728, § 1, n. 1; si vero alio modo hoc sigillum fregit, congrua poena puniatur.

<sup>(21)</sup> Cf. *Codex Iuris Canonici*, can. 1362 - § 1. Actio criminalis praescriptione extinguitur triennio, nisi agatur: 1° de delictis Congregationi pro Doctrina Fidei reservatis ... Cf. *Codex Canonum Ecclesiarum Orientalium*, can. 1152 - § 2. Actio poenalis praescriptione extinguitur triennio, nisi agatur: 1° de delictis Sedi Apostolicae reservatis ...

<sup>(22)</sup> *Codex Iuris Canonici*, can. 1362 - § 2. Praescriptio decurrit ex die quo delictum patratum est, vel, si delictum sit permanens vel habituale, ex die quo cessavit.

<sup>(23)</sup> *Codex Canonum Ecclesiarum Orientalium*, can. 1152 - § 3. Praescriptio decurrit ex die, quo delictum patratum est, vel, si delictum est permanens vel habituale, ex die, quo cessavit.

§ 2. Hoc Supremum Tribunal cognoscit etiam alia delicta, de quibus reus a Promotore Iustitiae accusatur ratione connexionis personae et complicitatis.

§ 3. Sententiae huius Supremi Tribunalis, latae intra limites propriae competentiae, Summi Pontificis approbationi non subiciuntur.

*Art. 7.* — § 1. Iudices huius Supremi Tribunalis sunt ipso iure Patres Congregationis pro Doctrina Fidei.

§ 2. Patrum collegio, primus inter pares, praest Congregationis Praefectus et, munere Praefecti vacante aut ipso Praefecto impedito, eius munera explet Congregationis Secretarius.

§ 3. Praefecti Congregationis est nominare iudices stabiles vel deputatos.

*Art. 8.* — Iudices nominati sacerdotes sint oportet, matura aetate, laurea doctorali in iure canonico praediti, bonis moribus, prudentia et iuris peritia praeclari, licet munus iudiciale vel consultivum apud aliud Dicasterium Romanae Curiae simul exercent.

*Art. 9.* — Ad accusationem exhibendam et sustinendam Promotor Iustitiae constituitur, qui sit sacerdos, laurea doctorali in iure canonico praeditus, bonis moribus, prudentia et iuris peritia praeclarus, qui officium suum in omnibus iudicii gradibus expleat.

*Art. 10.* — Ad munera Notarii et Cancellarii, deputantur sacerdotes, sive huius Congregationis Officiales sive externi.

*Art. 11.* — Advocati et Procuratoris munere fungitur sacerdos, laurea doctorali in iure canonico praeditus, qui a Praeside collegii adprobatur.

*Art. 12.* — In aliis Tribunalibus vero, pro causis de quibus in his normis, munera Iudicis, Promotoris Iustitiae, Notarii atque Patroni tantummodo sacerdotes valide explere possunt.

*Art. 13.* — Quoties Ordinarius vel Hierarcha notitiam saltem verisimilem habeat de delicto reservato, investigatione praevia peracta, eam significet Congregationi pro Doctrina Fidei quae, nisi ob peculiaritatem rerum adiuncta causam sibi advocet, Ordinarium vel Hierarcham ad ulteriora procedere iubet, firmo tamen iure appellandi contra sententiam primi gradus tantummodo ad Supremum Tribunal eiusdem Congregationis.

*Art. 14.* — Si casus ad Congregationem directe deferatur, investigatione praevia haud peracta, munera processui praeliminaria, quae iure communi al Ordinarium vel Hierarcham spectant, ab ipsa Congregatione adimplentur.

*Art. 15.* — Firmo iure Ordinarii imponendi quae in can. 1722 Codicis Iuris Canonici<sup>(24)</sup> vel in can. 1473 Codicis Canonum Ecclesiarum Orientalium<sup>(25)</sup> statuuntur, etiam Praeses Tribunalis pro turno, ad instantiam Promotoris Iustitiae, eandem habet potestatem sub iisdem condicionibus in ipsis canonibus determinatis.

*Art. 16.* — Supremum Tribunal Congregationis pro Doctrina Fidei iudicat in secunda instantia:

- 1° causas a Tribunalibus inferioribus in prima instantia iudicatas;
- 2° causas ab eodem Supremo Tribunali Apostolico in prima instantia definitas.

## Titulus II

### De ordine iudiciario

*Art. 17.* — Delicta graviora Congregationi pro Doctrina Fidei reservata, non nisi in processu iudicali perseguenda sunt.

*Art. 18.* — Praefectus Turnum trium vel quinque iudicum ad causam cognoscendam constituat.

*Art. 19.* — Si in gradu appellationis Promotor Iustitiae accusationem specificè diversam afferat, hoc Supremum Tribunal potest, tamquam in prima instantia, illam admittere et de ea iudicare.

*Art. 20.* — § 1. In causis ob delicta, de quibus in art. 3, Tribunal nomen denuntiantis sive accusato sive etiam eius Patrono significare non potest, nisi denuntians expresse consenserit.

§ 2. Idem Tribunal perpendere debet peculiare momentum circa denuntiantis credibilitatem.

---

<sup>(24)</sup> *Codex Iuris Canonici*, can. 1722 - Ad scandala praeveniendae, ad testium libertatem protegendam et ad iustitiae cursum tutandum, potest Ordinarius, audito promotore iustitiae et citato ipso accusato, in quolibet processus stadio accusatum a sacro ministerio vel ab aliquo officio et munere ecclesiastico arcere, ei imponere vel interdicare commorationem in aliquo loco vel territorio, vel etiam publicam sanctissimae Eucharistiae participationem prohibere; quae omnia, causa cessante, sunt revocanda, eaque ipso iure finem habent, cessante processu poenali.

<sup>(25)</sup> *Codex Canonum Ecclesiarum Orientalium*, can. 1473 - Ad scandala praeveniendae, ad testium libertatem protegendam et ad iustitiae cursum tuendum potest Hierarchy audito promotore iustitiae et citato ipso accusato in quolibet statu et gradu iudicii poenalis accusatum ab exercitio ordinis sacri, officii, ministerii vel alterius muneris arcere, ei imponere vel prohibere commorationem in aliquo loco vel territorio, vel etiam publicam Divinae Eucharistiae susceptionem prohibere; quae omnia causa cessante sunt revocanda et ipso iure finem habent cessante iudicio poenali.

§ 3. Animadvertendum tamen est ut quodvis periculum violandi sigillum sacramentale omnino vitetur.

*Art. 21.* — Si quaestio incidens exoritur, Collegium per decretum rem expeditissime definiat.

*Art. 22.* — § 1. Salvo iure ad hoc Supremum Tribunal appellandi, instantia apud aliud Tribunal quovis modo finita, omnia acta causae ad Congregationem pro Doctrina Fidei ex officio quam primum transmittantur.

§ 2. Promotoris Iustitiae Congregationis ius sententiam impugnandi decurrit a die qua sententia primae instantiae ipsi Promotori nota facta sit.

*Art. 23.* — Res iudicata habetur:

1° si sententia in secunda instantia prolata fuerit;

2° si appellatio adversus sententiam non fuerit intra mensem proposita;

3° si, in gradu appellationis, instantia perempta sit vel eidem renuntiatum fuerit;

4° si lata fuerit sententia ad normam art. 16.

*Art. 24.* — § 1. Expensae iudiciales solvantur prout sententia statuerit.

§ 2. Si reus expensas solvere non valeat, eadem solvantur ab Ordinario vel Hierarcha causae.

*Art. 25.* — § 1. Huiusmodi causae secreto pontificio subiectae sunt<sup>(26)</sup>.

§ 2. Quicumque secretum violaverit, vel ex dolo aut gravi negligentia, accusato vel testibus aliud damnum intulerit, ad instantiam

(26) SECRETARIA STATUS, Rescriptum ex Audientia Ss.mi Il 4 febbraio, quo Ordinatio generalis Romanae Curiae foras datur, 30 aprilis 1999, *Regolamento Generale della Curia Romana*, 30 aprile 1999, art. 36 § 2, in *AAS* 91 (1999) 646: «Con particolare cura sarà osservato il segreto pontificio, a norma dell'Istruzione *Secreta continere* del 4 febbraio 1974».

SECRETARIA STATUS SEU PAPALIS, Rescriptum ex Audientia, *Instructio Secreta continere*, De secreto pontificio, 4 februarii 1974, in *AAS* 66 (1974) 89-92: «Art. I. - Secreto pontificio comprehenduntur: ... 4) Denuntiationes extra iudicium acceptae circa delicta contra fidem et contra mores, et circa delicta contra Paenitentiae sacramentum patrata, nec non processus et decisio, quae ad hasce denuntiationes pertinent, salvo semper iure eius, qui ad auctoritatem delatus est, cognoscendae denuntiationis, si id necessarium ad propriam defensionem fuerit. Denuntiantis autem nomen tunc tantum pateferi licebit, cum auctoritati opportunum videatur ut denuntiatus et is, qui eum denuntiaverit, simul compareant; ...» (p. 90).

partis laesae vel etiam ex officio, congruis poenis a Turno superiore puniatur.

*Art. 26.* — Hisce in causis, una cum praescriptis harum normarum, quibus omnia Tribunalia Ecclesiae Latinae et Ecclesiarum Orientalium Catholicarum tenentur, canones quoque de delictis et poenis necnon de processu poenali utriusque Codicis applicandi sunt.

**2. Decisioni di Giovanni Paolo II susseguenti la promulgazione del m.p. « Sacramentorum sanctitatis tutela » (7 novembre 2002-14 febbraio 2003).**

a) *Facoltà di derogare dalla prescrizione. 7 novembre 2002.*

Il Santo Padre nell'Udiencia concessa all'Ecc.mo Segretario della CDF, SER Mons. Tarcisio Bertone, il 7 novembre 2002, ha concesso la facoltà alla CDF di derogare ai termini della prescrizione, caso per caso, su motivata domanda dei singoli Vescovi.

b) *Sigillo confessione. 7 febbraio 2003.*

Ex audientia: Il Sommo Pontifice ha approvato le aggiunte proposte. +Joseph Card. Ratzinger 7. II. 2003.

Ad Art. 3 [Pars Prima Normae Substantiales del m.p. *Sacramentorum sanctitatis tutela*] Aggiungere al testo le parole indicate in grassetto [indicate fra asterisco (\* \*)].

«Delicta contra sanctitatem sacramenti Paenitentiae, Congregationi pro Doctrina Fidei cognoscendo reservata, sunt: (...)

«3° violatio directa **\*et indirecta\*** sigilli sacramentalis, de qua in can. 1388 § 1 CIC et in can. 1456 § 1 CCEO;

**\*«4° captio quovis technico instrumento facta aut evulgatio socialis communicationis instrumentis operata earum quae in sacramentali confessione a confessario vel a paenitente dicuntur. (Decretum Congregationis pro Doctrina Fidei diei 23 septembris 1988: AAS 70 [1988] 1367) »\***.

c) *Dispensa dai titoli e dalla condizione di sacerdote. 7 febbraio 2003.*

Pars Altera Normae Processuales. Titulus I De Tribunalis constitutione et competentia [del m.p. *Sacramentorum sanctitatis tutela*]

**\*Facultas dispensandi\***

Viene concessa la facoltà alla CDF di dispensare dal requisito del sacerdozio e dal requisito della laurea in diritto canonico di cui agli artt. 8 (Iudices), 9 (Promotor Iustitiae), 10 (Notarii et Cancellarii), 11 (Advocati et Procuratores), 12 (Iudices, Promotores Iustitiae, Notarii, Patroni in aliis Tribunalibus).

Nel caso della dispensa dal requisito della laurea in diritto canonico questa dispensa sarà concessa soltanto a persone insignite di una

licenza in diritto canonico che hanno lavorato in tribunali ecclesiastici per un periodo ritenuto adeguato. Per quanto riguarda i giudici (artt. 8 e 12), si atterrà al dispositivo del can. 1421.

d) *Dimissione «ex officio» e procedura amministrativa. 7 febbraio 2003.*

*\*Facultas dispensandi\**

Viene concessa la facoltà alla CDF di dispensare dall'art. 17 nei casi gravi e chiari che a giudizio del Congresso Particolare della CDF: a) possono essere portati direttamente al Santo Padre per la dimissione ex officio; ovvero, b) possono essere trattati con il rito abbreviato di cui al can. 1720 dall'Ordinario che, nel caso sia del parere di procedere alla dimissione del reo, dovrà chiedere alla CDF la comminazione di detta pena per decreto. *Ex audientia: Summus Pontifex concessit facultatem iuxta preces.* Joseph Card. Ratzinger, 7 febbraio 2003.

e) *Facultas Extraordinaria sanandi actus. 7 febbraio 2003.*

Facultas, in causis ad Congregationem pro Doctrina Fidei legitime deductis, actus sanandi, si leges processuales violatae fuerint a Tribunalibus inferioribus ex mandato eiusdem Congregationis vel iuxta art. 13 MP Sacramentorum Sanctitatis tutela agentibus. *Ex audientia: Summus Pontifex concessit facultatem, sicut petitum fuit.* Joseph Card. Ratzinger, 7 febbraio 2003.

f) *Procedura Speciale in caso di ricorsi contro i provvedimenti amministrativi della CDF riguardanti i casi di «delicta graviora». 14 febbraio 2003.*

Nei casi di *delicta graviora*, le richieste di revoca di provvedimenti amministrativi della CDF e tutti gli altri ricorsi contro detti provvedimenti, fatti a norma dell'art. 135 del Regolamento Generale della Curia Romana, saranno riferiti alla FERIA IV che deciderà nel merito e sulla legittimità *remoto quovis ulteriore recursu de quo in art. 123 Constit. Apost. «Pastor bonus»* [recursus ad Signaturam Apostolicam]. *Ex audientia: Summus Pontifex benigne concessit iuxta preces.* Joseph Card. Ratzinger, 14 febbraio 2003.

**Discorso alla Rota Romana, 29 gennaio 2004** (*L'Osservatore Romano*, 30 gennaio 2004, p. 4-5) (\*).

1. Sono lieto di questo annuale incontro con voi per l'inaugurazione dell'Anno Giudiziario. Esso mi offre l'occasione propizia per

---

(\*) Vedi nota di A.S. SÁNCHEZ-GIL, *Il favor matrimonii e la presunzione di validità del matrimonio: appunti per la loro chiarificazione concettuale*, alla fine del documento.

riaffermare l'importanza del vostro ministero ecclesiale e la necessità della vostra attività giudiziaria.

Saluto cordialmente il Collegio dei Prelati Uditori, ad iniziare dal Decano, Mons. Raffaello Funghini, che ringrazio per le profonde riflessioni con le quali ha espresso il senso e il valore del vostro lavoro. Saluto poi gli Officiali, gli Avvocati e gli altri Collaboratori di codesto Tribunale Apostolico, come pure i membri dello Studio Rotale e tutti i presenti.

2. Negli incontri degli ultimi anni ho trattato di alcuni aspetti fondamentali del matrimonio: la sua indole naturale, la sua indissolubilità, la sua dignità sacramentale. In realtà, a codesto Tribunale della Sede Apostolica giungono pure altre cause di vario genere, in base alle norme stabilite dal Codice di Diritto Canonico (cfr. cann. 1443-1444) e dalla Costituzione apostolica *Pastor Bonus* (cfr. artt. 126-130). È però soprattutto al matrimonio che il Tribunale è sollecitato a volgere la sua attenzione. Per questo oggi, rispondendo anche alle preoccupazioni manifestate da Mons. Decano, desidero nuovamente soffermarmi sulle cause matrimoniali a voi affidate e, in particolare, su un aspetto giuridico-pastorale che da esse emerge: alludo al *favor iuris* di cui gode il matrimonio, e alla connessa presunzione di validità in caso di dubbio, dichiarata dal canone 1060 del Codice latino e dal canone 779 del Codice dei Canonici delle Chiese Orientali.

Talvolta infatti si sentono voci critiche al riguardo. Tali principi ad alcuni sembrano legati a situazioni sociali e culturali del passato, nelle quali la richiesta di sposarsi in forma canonica presupponeva normalmente nei nubendi la comprensione ed accettazione della vera natura del matrimonio. Nella crisi che in tanti ambienti segna oggi purtroppo questa istituzione, a costoro sembra che la stessa validità del consenso debba considerarsi spesso compromessa, a causa dei vari tipi di incapacità oppure per l'esclusione di beni essenziali. Dinanzi a questa situazione, i critici menzionati si domandano se non sarebbe più giusto presumere l'invalidità del matrimonio contratto piuttosto che la sua validità.

In questa prospettiva il *favor matrimonii*, si afferma da costoro, dovrebbe cedere il posto al *favor personae*, o al *favor veritatis subiecti* o al *favor libertatis*.

3. Per valutare correttamente le nuove posizioni è opportuno anzitutto individuare il fondamento e i limiti del *favor* in questione. In realtà, si tratta di un principio che trascende di gran lunga la presunzione di validità, dal momento che informa tutte le norme canoniche, sia sostanziali che processuali, concernenti il matrimonio. Il *sostegno* al matrimonio, infatti, deve ispirare l'intera attività della Chiesa, dei Pastori e dei fedeli, della società civile, in una parola di tutte le persone di buona volontà. Fondamento di tale atteggiamento non è una

scelta più o meno opinabile, bensì l'apprezzamento del bene oggettivo rappresentato da ogni unione coniugale e da ogni famiglia. Proprio quando è minacciato il riconoscimento personale e sociale di un bene così fondamentale, si scopre più profondamente la sua importanza per le persone e per le comunità.

Alla luce di queste considerazioni appare chiaramente che il dovere di difendere e favorire il matrimonio spetta certamente in maniera particolare ai sacri Pastori, ma costituisce anche una precisa responsabilità di tutti i fedeli, anzi di tutti gli uomini e delle autorità civili, ognuno secondo le proprie competenze.

4. Il *favor iuris* di cui gode il matrimonio implica la presunzione della sua validità, fino a che non sia provato il contrario (cfr. *CIC*, can. 1060; *CCEO*, can. 779). Per cogliere il significato di questa presunzione, conviene in primo luogo ricordare che essa non rappresenta un'eccezione rispetto ad una regola generale in senso opposto. Al contrario, si tratta dell'applicazione al matrimonio di una presunzione che costituisce un principio fondamentale di ogni ordinamento giuridico: gli atti umani di per sé leciti e che incidono sui rapporti giuridici si presumono validi, pur essendo ovviamente ammessa la prova della loro invalidità (cfr. *CIC*, can. 124 § 2; *CCEO*, can. 931 § 2).

Questa presunzione non può essere interpretata come mera protezione delle apparenze o dello *status quo* in quanto tale, poiché è prevista anche, entro limiti ragionevoli, la possibilità di impugnare l'atto. Tuttavia ciò che all'esterno appare correttamente posto in essere, nella misura in cui rientri nella sfera della liceità, merita un'iniziale considerazione di validità e la conseguente protezione giuridica, poiché tale punto di riferimento esterno è l'unico di cui realisticamente l'ordinamento dispone per discernere le situazioni cui deve offrire tutela. Ipotizzare l'opposto, il dovere cioè di offrire la prova positiva della validità dei rispettivi atti, significherebbe esporre i soggetti ad un'esigenza di pressoché impossibile attuazione. La prova dovrebbe infatti comprendere i molteplici presupposti e requisiti dell'atto, i quali spesso hanno notevole estensione nel tempo e nello spazio e coinvolgono una serie amplissima di persone e di atti precedenti e connessi.

5. Che dire allora della tesi secondo cui il fallimento stesso della vita coniugale dovrebbe far presumere l'invalidità del matrimonio? Purtroppo la forza di questa erronea impostazione è a volte così grande da trasformarsi in un generalizzato pregiudizio, che porta a cercare i capi di nullità come mere giustificazioni formali di un pronunciamento che in realtà poggia sul fatto empirico dell'insuccesso matrimoniale. Questo ingiusto formalismo di coloro che avversano il tradizionale *favor matrimonii* può arrivare a dimenticare che, secondo

l'esperienza umana segnata dal peccato, un matrimonio valido può fallire a causa dell'uso sbagliato della libertà degli stessi coniugi.

La constatazione delle vere nullità dovrebbe portare piuttosto ad accertare con maggior serietà, al momento delle nozze, i requisiti necessari per sposarsi, specialmente quelli concernenti il consenso e le reali disposizioni dei nubendi. I parroci e coloro che collaborano con loro in quest'ambito hanno il grave dovere di non cedere ad una visione meramente burocratica delle investigazioni prematrimoniali di cui al can. 1067. Il loro intervento pastorale deve essere guidato dalla consapevolezza che le persone possono proprio in quel momento scoprire il bene naturale e soprannaturale del matrimonio, ed impegnarsi di conseguenza a perseguirlo.

6. In verità, la presunzione di validità del matrimonio si colloca in un contesto più ampio. Spesso il vero problema non è tanto la presunzione in parola, quanto la visione complessiva del matrimonio stesso e, quindi, il processo per accertare la validità della sua celebrazione. Tale processo è essenzialmente inconcepibile al di fuori dell'orizzonte dell'accertamento della verità. Questo riferimento teleologico alla verità è ciò che accomuna tutti i protagonisti del processo, nonostante la diversità dei loro ruoli. Al riguardo, è stato insinuato uno scetticismo più o meno aperto sulla capacità umana di conoscere la verità sulla validità di un matrimonio. Anche in questo campo occorre una rinnovata fiducia nella ragione umana, sia per quanto riguarda gli aspetti essenziali del matrimonio, che per quel che concerne le circostanze particolari di ogni unione.

La tendenza ad ampliare strumentalmente le nullità, dimenticando l'orizzonte della verità oggettiva, comporta una distorsione strutturale dell'intero processo. L'istruttoria, in questa prospettiva, perde la sua incisività in quanto l'esito è predeterminato. L'indagine stessa della verità, alla quale il giudice è gravemente obbligato *ex officio* (cfr. *CIC*, can. 1452; *CCEO*, can. 1110) e per il conseguimento della quale si serve dell'aiuto del difensore del vincolo e dell'avvocato, si risolverebbe in un susseguirsi di formalismi privi di vita. La sentenza, poiché al posto della capacità di indagine e di critica verrebbe a prevalere la costruzione di risposte predeterminate, perderebbe o gravemente attenuerebbe la sua tensione costitutiva verso la verità. Concetti chiave come quelli di certezza morale e di libero apprezzamento delle prove rimarrebbero senza il loro necessario punto di riferimento nella verità oggettiva (cfr. *CIC*, can. 1608; *CCEO*, can. 1291), che si rinuncia a cercare oppure si considera inafferrabile.

7. Più a monte, il problema riguarda la concezione del matrimonio, a sua volta inserita in una visione globale della realtà. L'essenziale dimensione di giustizia del matrimonio, che fonda il suo essere in una realtà intrinsecamente giuridica, viene sostituita da ottiche empiriche,

di stampo sociologico, psicologico, ecc., così come da varie modalità di positivismo giuridico. Senza nulla togliere ai validi contributi che possono provenire dalla sociologia, dalla psicologia o dalla psichiatria, non si può dimenticare che una considerazione autenticamente giuridica del matrimonio richiede una visione metafisica della persona umana e della relazionalità coniugale. Senza questo fondamento ontologico, l'istituzione matrimoniale diventa mera sovrastruttura estrinseca, frutto della legge e del condizionamento sociale, limitante la persona nella sua libera realizzazione.

Occorre invece riscoprire la verità, la bontà e la bellezza dell'istituto matrimoniale, che essendo opera dello stesso Dio attraverso la natura umana e la libertà del consenso dei coniugi, rimane come realtà personale indissolubile, come vincolo di giustizia e di amore, legato da sempre al disegno della salvezza ed elevato nella pienezza dei tempi alla dignità di sacramento cristiano. Questa è la realtà che la Chiesa e il mondo debbono favorire! Questo è il vero *favor matrimonii!*

Nel presentarvi questi spunti di riflessione, desidero rinnovare l'espressione del mio apprezzamento per il delicato e impegnativo vostro lavoro nell'amministrazione della giustizia. Con questi sentimenti, mentre invoco su ciascuno di voi, cari Prelati Uditori, Officiali ed Avvocati della Rota Romana, la costante assistenza divina, a tutti imparto con affetto la mia Benedizione.

---

***Il favor matrimonii e la presunzione di validità del matrimonio: appunti per la loro chiarificazione concettuale.***

Dopo essersi occupato negli anni precedenti di alcuni temi di carattere fondamentale riguardanti l'essenza del matrimonio, il Romano Pontefice dedica il suo *Discorso alla Rota Romana* del 2004 a due principi classici del diritto matrimoniale: il *favor iuris* di cui gode il matrimonio e la presunzione di validità in caso di dubbio; due principi connessi come si desume dalla formulazione del can. 1060 del Codice del 1983, che li sancisce entrambi<sup>(1)</sup>. Dato il suo valore programmatico, tale disposizione è stata oggetto di frequente attenzione

---

(1) «*Matrimonium gaudet favore iuris; quare in dubio standum est pro valore matrimonii, donec contrarium probetur*» (can. 1060 CIC). La formulazione orientale si distingue unicamente per aver preferito l'espressione *pro validitate* (cfr. can. 779 CCEO), invece della più tradizionale *pro valore*. In entrambi i Codici il canone è collocato, dopo i canoni dedicati a definire l'essenza e le proprietà del matrimonio (cfr. cann. 1055-1057 CIC; can. 776 CCEO), tra i principi che informano la legislazione e, più in generale, l'ordine giuridico della Chiesa in materia matrimoniale (cfr. cann. 1058-1062 CIC; cann. 777-780 CCEO).

da parte della dottrina canonica, sia per quanto riguarda la portata del *favor matrimonii* come principio informatore del sistema matrimoniale e dell'azione giuridico-pastorale della Chiesa, sia per gli immediati riflessi che ne derivano, anzitutto in ambito processuale nelle cause di nullità matrimoniale, in cui la presunzione di validità acquista un particolare rilievo<sup>(2)</sup>.

Di conseguenza, tenuto conto dell'abbondanza e della qualità di molti degli studi sull'argomento, non sembra necessario riproporre in sede di commento del presente *Discorso* un'esposizione dottrinale di tali principi. Appare invece opportuno avvalerci delle riflessioni in esso contenute per avanzare alcuni rilievi di carattere generale circa il *favor iuris* e la presunzione di validità; esaminando poi le linee suggerite dal Romano Pontefice per una migliore comprensione di tali principi. Non saranno invece oggetto specifico del presente commento i richiami del *Discorso* che riguardano il contesto più ampio in cui si colloca la presunzione di validità: l'«orizzonte dell'accertamento della verità», che deve essere sempre presente quando si discute sulla validità di un matrimonio, e la visione complessiva della «concezione del matrimonio, a sua volta inserita in una visione globale della realtà»<sup>(3)</sup>.

---

(2) Tra i molti studi che si potrebbero citare, cfr., a titolo di esempio, J. FERNÁNDEZ, *Derecho matrimonial canónico*, Madrid 1990, 43-48; A. BERNÁRDEZ CANTÓN, *Compendio de Derecho Matrimonial Canónico*, Madrid, 1985, 51-53; U. NAVARRETE, *Favore del diritto (Favor iuris)*, in AA.VV., *Nuovo Dizionario di Diritto Canonico*, a cura di C. Corral Salvador, V. De Paolis e G. Ghirlanda, Cisinello Balsamo 1993, 492-500; J.I. BAÑARES, *Comentario al can. 1060*, in AA.VV., *Comentario exegético al Código de Derecho Canónico*, III, Pamplona 1996, 1083-1089; F. AZNAR GIL, *Derecho Matrimonial Canónico*, I, Salamanca 2001, 141-146; G. DALLA TORRE, *Il «favor iuris» di cui gode il matrimonio (can. 1060-1101 § 1)*, in AA.VV., *Diritto matrimoniale canonico*, I, Città del Vaticano 2002, 221-233; H. FRANCESCHI, *El favor matrimonii y el sistema de presunciones legales*, in AA.VV., *Manual de Derecho Matrimonial Canónico*, dirigido por D. García Hervas, Madrid 2002, 61-67.

Prima del Codice del 1983, cfr. M. CALAMARI, *Il «favor matrimonii» nel processo matrimoniale canonico e civile*, Padova 1932; L. MIGUÉLEZ, *El «favor iuris» en el matrimonio*, in *Revista Española de Derecho Canónico* 2, 1948, 353-409; G. OESTERLE, *De favore iuris quo matrimonium gaudet in iure canonico*, Roma 1951; K.L. RECKERS, *De favore iuris quo matrimonium gaudet in iure canonico*, Roma 1951; L. DEL AMO, *La defensa del vínculo*, Madrid 1954; C. DE DIEGO LORA, *La tutela jurídico-formal del vínculo sagrado del matrimonio*, in *Ius canonicum* 17 [34], 1977, 15-73.

(3) Cfr. *Discorso*, nn. 6-7. Tali numeri del *Discorso* meritano di per sé un commento più ampio che va oltre lo scopo di queste pagine, limitate a considerare la portata del *favor matrimonii* e la presunzione di validità e la convenienza di una loro più netta distinzione concettuale.

1. *Il valore fondamentale del favor matrimonii e della presunzione di validità in ogni ordinamento giuridico e la convenienza del loro chiarimento concettuale.*

In primo luogo conviene rilevare il valore fondamentale del *favor matrimonii* e della presunzione di validità in ogni ordinamento giuridico. Questa è forse la prima dichiarazione di carattere dottrinale del *Discorso*, realizzata d'altronde con una notevole espressività, attribuendo a questi principi una grande importanza oltre i confini del diritto canonico e ritenendoli operativi non solo nel ristretto ambito del processo matrimoniale o dell'attività dei pastori all'interno della Chiesa, ma anche nell'azione di ogni uomo, non solo dei cattolici, e di ogni autorità, non solo di quella ecclesiastica.

Per quanto concerne il *favor iuris*, è significativa l'affermazione che «il dovere di difendere e favorire il matrimonio (...) costituisce una precisa responsabilità di tutti i fedeli, anzi di *tutti gli uomini e delle autorità civili*, ognuno secondo le proprie competenze»<sup>(4)</sup>. Riguardo la presunzione di validità del matrimonio è da rilevare la altrettanto eloquente dichiarazione che tale presunzione «non rappresenta un'eccezione ad una regola generale in senso opposto. Al contrario, si tratta dell'applicazione al matrimonio di una presunzione che costituisce un principio fondamentale *di ogni ordinamento giuridico*»<sup>(5)</sup>. Oltre al valore intrinseco di queste dichiarazioni — il cui fondamento cercheremo di analizzare di seguito — sembra difficile trovare un modo più efficace di affermare l'importanza veramente «fondamentale» e la portata davvero «universale» di questi principi.

Il secondo rilievo generale che si può ricavare dalle riflessioni contenute nel *Discorso* è la convenienza di una maggiore chiarezza concettuale nella nozione di *favor iuris* e nella definizione del fondamento della presunzione di validità del matrimonio. In realtà, un chiarimento in questo senso appare del tutto necessario, non solo a scopi per così dire «apologetici» — per confutare le critiche rivolte alla disposizione canonica che proclama entrambi i principi e così difendere meglio la visione cristiana del matrimonio, in particolare l'indissolubilità del vincolo —, ma anche allo scopo, proprio della scienza giuridica, di precisare e distinguere meglio i due principi, in modo che venga intesa con maggiore chiarezza la loro funzione e i loro limiti e siano evitati malintesi a scapito degli stessi valori che si vogliono tutelare attraverso la loro formulazione legale<sup>(6)</sup>.

(4) *Ibidem*, n. 3.

(5) *Ibidem*, n. 4.

(6) La precisione giuridica, sempre necessaria per l'adeguata formulazione dei concetti utilizzati dal diritto e per una corretta interpretazione delle leggi, non è — ov-

In verità, anche da una tale considerazione si evince con chiarezza che tali principi non possono in assoluto essere considerati come unicamente in vigore nel diritto canonico — in virtù, forse, di una legge meramente ecclesiastica che potrebbe essere modificata o adeguata ai tempi —, né tanto meno vanno ritenuti come relitti di una società cristiana in cui la maggioranza delle persone erano favorevoli al modello tradizionale di matrimonio e si dimostravano effettivamente in grado di portarlo a compimento.

Tali principi invero, come viene dichiarato in vario modo nel *Discorso*, hanno di sicuro carattere fondamentale nel sistema matrimoniale canonico, ma anche — ed è importante ribadirlo — in ogni ordinamento giuridico; essendo effettivamente vigenti con carattere universale come principi giuridici generali di valore permanente, tanto in virtù del diritto naturale di cui sicuramente fanno parte gli aspetti essenziali del matrimonio, quanto in applicazione di esplicite dichiarazioni legali, spesso di valore costituzionale<sup>(7)</sup>.

---

viamente — un semplice esercizio di acutezza mentale, ma una necessità della scienza giuridica, indirizzata tra l'altro ad evitare malintesi, frutto in alcuni casi di vere manipolazioni concettuali e linguistiche. In ambito civile è sempre più frequente la manipolazione linguistica e concettuale del termine «matrimonio», quando lo si applica — *de iure* o *de facto* — alle unioni tra persone dello stesso sesso. Anche esempio di manipolazione — o quanto meno di confusione concettuale, come si vedrà subito — è la contrapposizione tra *favor matrimonii* e *favor libertatis* o *favor personae*; oppure l'affermazione che in determinate situazioni ambientali sarebbe più giusto presumere l'invalidità del matrimonio.

<sup>(7)</sup> Il valore permanente del *favor iuris* di cui gode il matrimonio deriva, in primo luogo, dall'essere il matrimonio un istituto di diritto naturale, che esige la tutela da parte dell'ordine giuridico positivo, canonico o civile. Il diritto naturale, infatti, è sempre diritto vigente, malgrado talvolta non venga formalizzato dalle leggi positive con l'estensione e l'intensità dovute. Il valore altrettanto permanente della presunzione di validità deriva dall'essere una logica conseguenza sia del modo di agire e di conoscere proprio degli uomini, sia dell'iniziale fiducia che merita ogni uomo che agisce in un modo che appare all'esterno come corretto; in questo senso tale presunzione è anche «fondata» nella natura dell'uomo, ma solo in modo remoto e in un senso diverso a quello utilizzato — come vedremo poi — quando si parla di «fondamento» o «base» in tema di presunzioni giuridiche.

Oltre a questo fondamento naturale, giova comunque ricordare, per quanto riguarda il *favor matrimonii*, che tutti gli ordinamenti giuridici moderni riconoscono esplicitamente, in linea di principio, la necessità di tutelare e sostenere il matrimonio e la famiglia, anche se poi non sempre le concrete disposizioni legislative o amministrative si dimostrino sempre coerenti con una tale dichiarazione, e finiscano per negare ai coniugi (e ai figli) tutta la tutela giuridica e sociale necessaria per sostenere — anche nei normali e fisiologici periodi di crisi — il loro concreto progetto matrimoniale e familiare, come richiama invece una piena applicazione

## 2. *Le mancanze logiche e concettuali delle critiche rivolte a questi principi.*

In ogni caso, i concreti argomenti critici avanzati da alcuni settori della teologia pastorale e della dottrina canonica contro i principi proclamati nel can. 1060, e di cui si fa eco il *Discorso*, confermano la necessità di precisare la nozione giuridica, il fondamento e la portata di quello che viene tradizionalmente denominato *favor matrimonii*, così come la convenienza di puntualizzare la struttura logica e il fondamento della presunzione di validità del matrimonio. Tali critiche, infatti, anche se possono apparire dotate di una certa logica, si rivelano del tutto infondate se si considera il vero fondamento e il genuino significato giuridico di questi principi<sup>(8)</sup>.

---

del *favor matrimonii*. Tuttavia, sarebbe scorretto e fuorviante concludere da queste mancanze nell'applicazione, che il *favor matrimonii* sia un principio esclusivamente «cristiano», o considerarlo come un principio caratteristico — nel senso di esclusivo o di specifico — del sistema matrimoniale canonico, quando deve essere ritenuto — e lo è tuttora in molti ordinamenti statuali — come un principio anche civile e universale.

Per quanto riguarda la presunzione di validità, in nessuna legislazione civile è stata mai statuita una presunzione contraria — che sarebbe peraltro illogica — e rimane fermo il principio che si deve provare l'invalidità prima che un matrimonio (come qualsiasi atto giuridico) possa essere dichiarato nullo. La diffusione del divorzio tuttavia, con le sue facilitazioni nei confronti del processo di nullità, ha di fatto limitato l'operatività della presunzione di validità in ambito matrimoniale, che rimane però pienamente applicabile in tutti i processi riguardanti la nullità degli atti.

<sup>(8)</sup> Ad alcune di queste critiche si era riferito nel suo intervento alla presenza del Papa il Decano della Rota Romana, Mons. Raffaello Funghini, rilevando come da alcune parti si tenti di relativizzare e di capovolgere le disposizioni del can. 1060, ritenendo «troppo formalistico e riduttivo riconoscere tale *favor iuris* al solo fatto dell'avvenuta celebrazione e non anche ad un'effettiva, sia pure non piena, realizzazione dell'unione matrimoniale», e adducendo «che alla Chiesa, nelle cause di nullità di matrimonio, interessa salvaguardare non solo prevalentemente, ma in modo assoluto l'istituto matrimoniale e specificatamente l'indissolubilità del vincolo» (*L'Osservatore Romano*, 30 gennaio 2004, 5).

Si tratta comunque di critiche non nuove, già espresse durante l'elaborazione del Codice con argomentazioni più o meno simili (cfr., ad esempio, G. ALBERIGO, L. DELLA TORRE, R. LA VALLE, F. ZANCHINI DI CASTIGLIONCHIO, *La riforma del matrimonio dopo il Concilio [Dibattito sui canoni 242-361 dello «Schema canonum de sacramentis»]*, in *Ephemerides iuris canonici* 30, 1974, 226-269), le quali, seppure fondatamente confutate a suo tempo da diversi autori, sono periodicamente riproposte in vario modo e sono state talvolta accolte da alcuni tribunali ecclesiastici. Per una risposta a queste posizioni critiche, cfr., oltre la bibliografia citata *supra* in nota 2, anche M.A. ORTIZ, *Circa l'uso delle presunzioni nelle cause di nullità del matrimonio*, in *Ius Ecclesiae* 8, 1996, 839-850; J. LLOBELL, *La certezza sul proprio stato personale e la*

Così, in attenzione al fatto che in molti principi giuridici — e, in modo particolare, nelle presunzioni — opera il « principio di normalità », è stato sostenuto che una presunzione (generale) di validità del matrimonio sarebbe solo possibile in un ambito sociale e culturale in cui l'accettazione della natura del matrimonio e dei suoi beni essenziali sia « normalmente » presente nelle persone che vogliono sposarsi. In una situazione sociale in cui molte persone — e le stesse leggi civili — non accettano più aspetti sostanziali del matrimonio, e persino i battezzati ne dubitano o si dimostrano di fatto incapaci di viverlo in modo effettivo, sarebbe invece « più giusto » presumere (con carattere generale) l'invalidità dei matrimoni contratti (o, quanto meno, di quelli che sono effettivamente falliti). A questa impostazione risulta poi consequenziale la domanda se il tradizionale *favor matrimonii* non dovrebbe essere sostituito dal *favor libertatis*, o dal *favor personae* o dal *favor veritatis* <sup>(9)</sup>. Tuttavia, in questo modo di argomentare, nonostante la sua apparente ragionevolezza, è possibile ravvisare più di un errore di natura logica e concettuale.

Appare discutibile, in primo luogo, la pretesa contrapposizione tra il *favor matrimonii* e il *favor personae* o il *favor veritatis subiecti*. Come molti autori hanno in vario modo dimostrato, in tale confronto è implicita, da una parte, una visione riduttiva del *favor matrimonii*, che viene inteso in un senso quasi esclusivamente astratto e istituzionale, scollegato da ogni concreta unione matrimoniale, che è sempre un'unione fondata sulla « verità » di un autentico consenso matrimoniale legittimamente manifestato tra due « persone » capaci; e, dall'altra, una concezione altrettanto ristretta dei cosiddetti *favor personae* e *favor veritatis subiecti*, i quali sembrano riferiti soltanto alla persona del coniuge o dei coniugi che pretendono la dichiarazione di nullità, dimenticando coloro i quali sostengono la validità o hanno forse interesse ad una eventuale convalidazione.

Alquanto superficiale risulta inoltre la contrapposizione tra il *favor matrimonii* e il *favor libertatis*, riferito questo prevalentemente talvolta ad una libertà intesa come capacità di elezione rivolta quasi esclusivamente verso il futuro o come « liberazione » dagli impegni pressì nel passato, senza prendere nella dovuta considerazione che tali impegni, come è ovvio, sono stati assunti nell'esercizio della propria libertà <sup>(10)</sup>.

---

*nullità della sentenza*, in AA.VV., *L'atto giuridico nel diritto canonico*, Città del Vaticano 2002, 253-292.

<sup>(9)</sup> Queste sono in sostanza le argomentazioni critiche contro il can. 1060 a cui si fa accenno nel *Discorso* (cfr. n. 2).

<sup>(10)</sup> In questa ottica, il *favor libertatis* viene ritenuto erroneamente come una legittima applicazione alla materia matrimoniale della regola *in dubio pro libertate*. Tutta-

3. *La tendenza a identificare il favor iuris con la presunzione di validità e la confusione dei rispettivi fondamenti.*

Tuttavia, ancora più discutibile appare l'indebita identificazione del *favor matrimonii* con la presunzione di validità presente in queste critiche, come se la connessione che lega i due principi si risolvesse nella loro piena o parziale assimilazione, o come se avessero un unico e comune fondamento. In verità, in tale impostazione sono presenti alcune confusioni di ordine logico e concettuale riguardanti sia il significato del *favor matrimonii* sia la struttura logica del ragionamento presuntivo<sup>(11)</sup>.

Tra le varie manifestazioni di queste confusioni, conviene soffermarsi soprattutto sulla grave distorsione del fondamento del *favor matrimonii* che ne deriva. Tale fondamento, infatti, dimenticando la sua radice nel diritto naturale, viene scambiato o confuso con il fondamento della presunzione di validità; il quale, a sua volta, viene ridotto al puro principio di normalità, concepito peraltro in un senso prevalentemente culturale, sociale o statistico.

Per confutare in maniera efficace quest'impostazione risulta necessario: *a)* superare una visione troppo «istituzionalista» del *favor matrimonii*, come se fosse indirizzato quasi esclusivamente all'istituto matrimoniale in generale; *b)* arrivare ad una più chiara distinzione concettuale tra il *favor iuris* e la presunzione di validità; e *c)* precisare meglio la diversità dei loro rispettivi fondamenti. In realtà per il raggiungimento di questo triplice scopo si rivelano di particolare utilità varie indicazioni contenute nel *Discorso*.

3.1. *La convenienza di superare una visione troppo «istituzionalista» del favor matrimonii.*

Per quanto riguarda il significato del *favor iuris* di cui gode il matrimonio, giova rilevare con le parole del *Discorso* che il *favor ma-*

---

via si deve ricordare, per quanto riguarda gli impegni presi in precedenza, che il principio *in dubio pro libertate*, secondo il quale non si deve imporre nessun obbligo a nessuno a meno che non consti con certezza, è solo operativo quando non si oppone una presunzione basata su dati certi oppure il bene comune, che è proprio il caso della presunzione di validità del matrimonio e del *favor matrimonii*. Per quanto riguarda una retta comprensione del rapporto tra le regole *in dubio pro libertate* e *in dubio standum est pro valore actus*, cfr. S. ALPHONSUS MARIA DE LIGORIO, *Theologia moralis*, a cura di L. Gaudé, I, Romae 1905, 13, 76-82: I, nn. 26-27 e nn. 97-100.

<sup>(11)</sup> Bisogna comunque rilevare che l'identificazione seppure parziale del *favor iuris* con la presunzione di validità è presente in molti autori, senza che questo li abbia portato necessariamente a confondere i loro rispettivi fondamenti. Ciononostante sembra anche necessario osservare che una tale identificazione — alla quale ha contribuito, come vedremo subito, l'attuale redazione del can. 1060 — favorisce questa confusione e gli errori ad essa collegati.

*trimonii* consiste in un atteggiamento di «*sostegno* al matrimonio» che «informa tutte le norme canoniche, sia sostanziali che processuali, concernenti il matrimonio» e che «deve ispirare l'intera attività della Chiesa, dei Pastori e dei fedeli, della società civile, in una parola di tutte le persone di buona volontà». Un atteggiamento dunque dell'ordine giuridico in generale, dal quale deriva il «dovere di difendere e favorire il matrimonio» che «spetta certamente in maniera particolare ai sacri Pastori, ma costituisce anche una precisa responsabilità di tutti i fedeli, anzi di tutti gli uomini e delle autorità civili, ognuno secondo le proprie competenze»<sup>(12)</sup>.

Tale descrizione, coincidente nella sostanza con le più comuni definizioni del *favor matrimonii* elaborate dalla dottrina, risulta tuttavia più sobria ed equilibrata e potrebbe forse contribuire a superare i malintesi occasionati dalla nozione tradizionale più diffusa<sup>(13)</sup>. Da una parte, il semplice riferimento al «*sostegno* al matrimonio» o al «dovere di difendere e favorire il matrimonio» — apparentemente troppo generico, ma soprattutto senza espliciti riferimenti all'«istituto matrimoniale» — può giovare al superamento di una visione del *favor matrimonii* marcatamente «istituzionalista», molto diffusa tra gli autori, che ha condotto a riferire il trattamento «di favore» verso il matrimonio come se fosse rivolto in modo prevalente, quando non in modo esclusivo, all'istituto matrimoniale considerato in astratto, e non ad ogni matrimonio concreto validamente contratto<sup>(14)</sup>. Forse un eccesso di insistenza in questo senso ha portato alcuni autori — non solo canonisti ma anche teologi — a pensare erroneamente che il favore verso il matrimonio — inteso come matrimonio-istituto — si risolve nella pratica in uno «sfavore» verso le persone dei contraenti, o in un trattamento «discriminatorio» verso altri valori — la verità o la libertà — altrettanto merite-

<sup>(12)</sup> *Discorso*, n. 3.

<sup>(13)</sup> È comune definire il *favor matrimonii* come la tendenza generale del diritto a favorire in modo speciale e preferenziale l'istituto matrimoniale con il fine di assicurare la sua vita normale (cfr., ad esempio, L. MIGUÉLEZ, *El «favor iuris» en el matrimonio*, cit., 355). Con questo significato, il *favor iuris* è pacificamente considerato un principio generale del sistema matrimoniale.

<sup>(14)</sup> In questo senso, è importante ricordare le parole di Sanchez — richiamate dal Decano della Rota Romana nel suo intervento (vedi *supra* nota 8) — che riprendono la genuina nozione del *favor matrimonii* della tradizione canonica: «ita est matrimonii favor, irritum dissolvere, ac valida tueri» (T. SANCHEZ, *De sancto matrimonii sacramento disputationum libri X*, Venetiis 1712, I, 7, disp. c. n. 14). Di conseguenza il *favor matrimonii* si riferisce propriamente — al meno nel sentire dei classici — solo al matrimonio valido, non a quello invalido, e dunque sempre ad un matrimonio in concreto. Logicamente, per estensione può anche essere riferito — come è poi successo — all'istituto matrimoniale in generale o in astratto.

voli di tutela<sup>(15)</sup>. Di conseguenza, sembra conveniente evitare nella nozione di *favor matrimonii* ogni espressione che possa venir interpretata come se questo sia solo riferito all'istituto matrimoniale considerato in generale, oppure come se il trattamento di favore o di preferenza che comporta — inerente alla stessa denominazione tradizionale come *favor* — sia capito erroneamente come una sorta di privilegio dell'istituto matrimoniale, discriminante di valori ancora più importanti come sono la persona, la libertà o la verità<sup>(16)</sup>.

3.2. *L'opportunità di una netta distinzione concettuale tra le nozioni di «favor matrimonii» e di «presunzione di validità».*

Nella stessa direzione, tendente a precisare la nozione di *favor matrimonii*, è da rilevare l'osservazione del *Discorso* secondo cui il *favor iuris* di cui gode il matrimonio «trascende di gran lunga la presunzione di validità»<sup>(17)</sup>. Tale affermazione, già presente in vario

---

(15) Anche se nessun autore esclude in modo esplicito che il *favor iuris* si applica ad ogni singolo matrimonio, o nega apertamente che con esso vengono tutelate le persone, l'insistenza nell'aspetto «istituzionale» unita ai termini «favore speciale e preferenziale», ha di fatto occasionato critiche in questo senso (vedi, ad esempio, quelle riferite *supra* in nota 8).

(16) A questo riguardo giova richiamare la cosiddetta «nozione generica» di *favor iuris* sostenuta da diversi autori: «il favore del diritto [in senso generico] si manifesta ogni qualvolta l'ordinamento giuridico prenda in considerazione determinate materie, sottoponendole a disciplina. Perché è evidente che con ciò stesso l'ordinamento manifesta di voler proteggere, e quindi favorire, determinati valori sottostanti. Da questo punto di vista il *favor iuris* di cui gode il matrimonio non rappresenterebbe una eccezione rispetto a ciò che costituisce ordinariamente il fondamento generale del diritto» (G. DALLA TORRE, *Il «favor iuris» di cui gode il matrimonio*, cit., 221). A mio modo di vedere questa è la nozione di *favor iuris* che dovrebbe prevalere sulle altre allo scopo di evitare malintesi, anche se risulta una scelta tra le varie possibili.

Lo stesso Autore afferma in seguito che «in senso più specifico e proprio il favore del diritto sta ad indicare una situazione specialissima di privilegio che, nella disciplina giuridica positiva, ha una determinata materia. Questo è il caso del *favor iuris* di cui gode il matrimonio nell'ordinamento canonico, o *favor matrimonii*, espressione con cui si tende a fare riferimento alle norme che tendono a favorire in modo speciale e preferenziale il matrimonio nelle cause matrimoniali» (*ibidem*). Tale impostazione, invece, anche se può essere intesa correttamente ed è ben fondata nella tradizionale visione della dottrina canonica, ha portato tuttavia — soprattutto nel caso del *favor matrimonii*, in virtù della sua «identificazione» con la presunzione di validità — a malintesi di vario tipo: il più grave di tutti, considerare la presunzione di validità come una sorta di privilegio del matrimonio.

(17) Di fatto, il *favor matrimonii* trascende non solo la presunzione del can. 1060 e le altre presunzioni canoniche statuite nei confronti del matrimonio, ma anche la stessa disciplina canonica, essendo — come si diceva prima — un principio valido e operativo in tutti gli ambiti dell'ordine giuridico e sociale, ecclesiale e civile.

modo nella dottrina, può contribuire a tracciare — come sembra opportuno — una più netta distinzione tra entrambi principi, e così superare gli equivoci che possono derivare, non già da una loro totale identificazione, ma anche da una loro parziale assimilazione.

In realtà, nonostante la distinzione sia stata rilevata da una parte della dottrina, un'assimilazione, quanto meno parziale, tra *favor iuris* e presunzione di validità è forse uno dei luoghi comuni più radicati tra i canonisti — e tra i giuristi in genere —, non esclusi alcuni che se ne sono direttamente occupati, anche se talvolta adoperano una tale assimilazione a scopi sistematici e con l'intenzione dichiarata di significare la « dimensione processuale » del *favor iuris* <sup>(18)</sup>. Ma in questo modo incorrono — o fanno incorrere altri — nell'errore logico di ritenere che la presunzione di validità non sia altro che l'esito o l'effetto processuale del *favor iuris*, o costituisca addirittura — secondo alcuni — la conseguenza principale del *favor matrimonii*; come se la presunzione di validità, in quanto ragionamento presuntivo, fosse una scelta di favore fondata in un principio astratto, e non, come invece accade, una conclusione logica fondata su un dato di fatto ben concreto e determinato — tanto da dover essere soltanto riferito al (singolo) matrimonio di cui sono sorti dubbi circa la sua validità — qual'è l'avvenuta celebrazione del (singolo) matrimonio nel debito modo nei suoi elementi esterni <sup>(19)</sup>.

Va comunque rilevato in questo contesto che alla diffusione di questo equivoco ha contribuito molto probabilmente — a mio avviso — l'attuale dicitura del can. 1060, in cui la presunzione di validità appare formulata come una conseguenza — *quare* — del *favor iuris* di cui gode il matrimonio <sup>(20)</sup>. Sono del parere che tale formulazione,

<sup>(18)</sup> Molti autori, infatti, oltre alla nozione di *favor matrimonii* come principio generale del sistema matrimoniale, aggiungono una « nozione specifica o processuale » di *favor matrimonii* « come presunzione *iuris* o legale » (cfr., ad esempio, *ibidem*, cit., 221 e 228; H. FRANCESCHI, *El favor matrimonii y el sistema de presunciones legales*, cit., 63-64).

<sup>(19)</sup> Non si può negare, ovviamente, che l'esistenza di una presunzione canonica di validità del matrimonio — la presunzione di validità in quanto « norma presuntiva » — è una manifestazione e una conseguenza diretta del *favor matrimonii* nel diritto canonico: sicuramente è stato il *favor matrimonii* a portare il legislatore a far sì che tale regola generale — che appartiene però alla logica e alla morale e non soltanto al diritto — venga statuita come presunzione *iuris*, nel senso dei cann. 1584-1585. Ma questo non significa che si possa affermare che la presunzione di validità — in quanto « ragionamento presuntivo » — sia fondata sul *favor iuris*: in realtà, il ragionamento che porta a concludere come probabile la validità di un matrimonio — e dunque a decidersi per essa in caso di dubbio — non rappresenta di per sé nessun favore né è conseguenza del *favor matrimonii*.

<sup>(20)</sup> Vedi *supra* nota 1.

presa testualmente dalla sua fonte diretta nel Codice del 1917<sup>(21)</sup>, ma che non ha altri precedenti nella tradizione canonica, ha sicuramente contribuito all'ormai consueto abbinamento di entrambi gli istituti e soprattutto alla loro identificazione, quanto meno parziale. In virtù dell'avverbio *quare*, il *favor matrimonii* — giustamente considerato come un principio generale del diritto matrimoniale — è presentato erroneamente dalla stessa legge canonica come se fosse il «fondamento» della presunzione di validità, o come se questa fosse la sua più diretta conseguenza, o come se entrambi istituti avessero lo stesso ed unico fondamento.

Di conseguenza, anche se in questa materia i valori in gioco sono di fatto intimamente intrecciati, sotto il profilo concettuale appare opportuno distinguere nettamente il *favor iuris* da una parte, e la presunzione di validità — o le altre presunzioni *iuris* con cui spesso ogni favore del diritto si manifesta — dall'altra. In effetti, le presunzioni *iuris* sono stati, e lo sono tuttora, gli strumenti legislativi attraverso cui i diversi *favores iuris* si manifestano o si concretizzano, o — per

---

(21) «*Matrimonium gaudet favore iuris; quare in dubio standum est pro valore matrimonii, donec contrarium probetur, salvo praescripto can. 1127*» (can. 1014 CIC 1917). L'unica differenza nei confronti della redazione attuale è dunque il riferimento esplicito al canone dove era previsto il privilegio della fede, ora incluso nel can. 1150.

Anche se ci sono stati alcuni studi sull'argomento, resta ancora oscura l'origine della formulazione definitiva del can. 1014, il quale passò direttamente — forse con l'intervento di Gasparri — dalla formulazione del primo schema — «*In dubio standum est pro valore matrimonii, nisi pro nullitate sit favor fidei aut valor matrimonii sit dubius propter defectum consensus*» — a quella definitiva (cfr. M.A. CERCAS RUEDA, *El «favor matrimonii» en el proceso codificador de 1917*, Roma 1997, 258).

Sono pure da rilevare le proposte sul *favor matrimonii* di Lombardi e di Desayes, nei voti che precedettero il primo schema. Lombardi aveva proposto un canone con due paragrafi: «§ 1. *Matrimonium favore iuris generatim gaudet, sive a baptizatis, sive a non baptizatis initum fuerit.* § 2. *Hinc non solum numquam dissociandum privata auctoritate coniugium ecclesia initum, verum est semper pro matrimonii valore standum, quousque certis argumentis ipsum irritum esse iuridice constituitur*». Desayes, da parte sua aveva proposto il seguente testo: «*Praeterquam intuitu fidei, in conversione infidelium, et intuitu libertatis per metum laesae, regula generalis est matrimonium gaudere favore iuris, et in dubio standum esse eius validitate*» (*ibidem*, 254). Anche da rammentare sono la proposta di Sebastianelli, alla vista della redazione del primo schema, di dire semplicemente «*In dubio generatim standum est pro valore matrimonii*», e la successiva osservazione di Wernz che «non porrebbe questo canone qui, essendo materia piuttosto del processo matrimoniale. Quanto alle eccezioni, osserva come la prima è bensì vera in sé, ma non trattandosi di sentenza giudiziale, e la seconda poi particolarmente è pericolosissima» (*ibidem*, 257). Di conseguenza, secondo gli atti finora pubblicati, solo nella versione infine approvata i due principi sono collegati dal termine *quare*.

forza della tradizione — semplicemente si dichiarano; ma è opportuno ribadire che non conviene identificare tali presunzioni con il favore del diritto. Come è noto, nel diritto canonico il *favor matrimonii* non si manifesta esclusivamente nella presunzione di validità del can. 1060, e neppure soltanto nelle varie presunzioni stabilite in favore della validità (cfr. cann. 1086 § 3, 1096 § 2, 1061 § 2, 1101 § 1, 1107, 1152 § 2), ma ha ben altre manifestazioni, forse ancora più importanti e significative, come sono, ad esempio, le disposizioni che riguardano il *ius nubendi* (cfr. can. 1058) o la preparazione della celebrazione (cfr. cann. 1063, 1066, 1070), oppure alcune peculiarità dei processi speciali matrimoniali tendenti ad assicurare non solo il dovuto accertamento della verità oggettiva ma anche la stabilità del vincolo (cfr. cann. 1432-1433, 1674, 1676) o a favorire la convalidazione o la sanzione nella radice di matrimoni nulli (cfr. cann. 1156-1165). In realtà il *favor matrimonii* «trascende di gran lunga» non solo la presunzione di validità, ma in qualche modo anche il sistema matrimoniale canonico, essendo un principio che deve informare tutto l'ordine giuridico e sociale.

### 3.3. *Il diverso fondamento del favor matrimonii e della presunzione di validità.*

Le parole del *Discorso* si rivelano utili, inoltre, anche per quanto riguarda la diversità tra il fondamento del *favor matrimonii* e il fondamento della presunzione di validità. A proposito del *favor matrimonii* si afferma, ad esempio, che il «fondamento di tale atteggiamento non è una scelta più o meno opinabile bensì l'apprezzamento del bene oggettivo rappresentato da ogni unione coniugale e da ogni famiglia»: un bene dunque che, data la «sua importanza per le persone e per le comunità»<sup>(22)</sup>, deve essere riconosciuto e tutelato in ogni ordinamento giuridico come parte integrante del bene comune, con indipendenza dalla cultura dominante, dalle circostanze sociali o dalle opinioni contrarie dei coniugi. D'altro lato, essendo possibile considerare tale fondamento oggettivo sia in singolare — il bene del singolo matrimonio — sia in generale — il bene rappresentato dalla famiglia fondata sul matrimonio — tale principio generale risulta applicabile non solo ai matrimoni già celebrati, ma anche ai matrimoni da celebrare o allo istituto matrimoniale<sup>(23)</sup>.

<sup>(22)</sup> *Discorso*, n. 3.

<sup>(23)</sup> È tradizionale infatti distinguere tra *favor iuris* «antecedente» e *favor iuris* «conseguente». Applicata tale distinzione al matrimonio, il primo tende a favorire l'esercizio del *ius connubii*; mentre il secondo «suppone l'avvenuta celebrazione del matrimonio» e tende a «favorire sia le persone che vivono unite in matrimonio o nascono

Per il contrario, il fondamento della presunzione di validità del matrimonio non si trova nel bene rappresentato da ogni matrimonio, né in un principio giuridico generale, né tanto meno nel principio di normalità sociale, ma in un dato di natura effettuale, quale è la corretta celebrazione del matrimonio — o la pacifica possessione dello stato matrimoniale —: la *species seu figura matrimonii*, come dicevano i classici<sup>(24)</sup>. Per comprendere meglio tale affermazione è opportuno ribadire in questo contesto che la presunzione di validità del matrimonio, ancor prima che il contenuto di una norma di legge — una «norma presuntiva»: un norma che contiene una presunzione formulata dal legislatore — è, in sé stessa, una deduzione razionale — un «ragionamento presuntivo»: la deduzione probabile di una cosa incerta a partire da un dato certo ad essa collegato — attraverso il quale in caso di dubbio si può concludere la probabile validità di un matrimonio.

Di conseguenza, conviene osservare che la presunzione di validità del matrimonio non si fonda, in quanto ragionamento presuntivo, sul *favor iuris* e ancor di meno sull'impero della legge, bensì su un dato di natura effettuale, una circostanza di fatto ben concreta e determinata — la celebrazione del matrimonio *externae rite peracta* — che deve essere previamente accertata perché si possa ragionevolmente formulare in un caso concreto: una circostanza di natura effettuale chiamata per questo «fatto indizio», «base» o «fondamento» della presunzione<sup>(25)</sup>. Anche per questo, la presunzione di validità è sol-

---

dal matrimonio sia la stabilità e la certezza giuridica dell'istituto matrimoniale» (U. NAVARRETE, *Favore del diritto [Favor iuris]*, cit., 496).

(24) La nozione di *species seu figura matrimonii*, indicativa di una situazione in cui c'è la apparenza di matrimonio valido, è legata nella sua origine alla nozione di *matrimonium invalidus*. Questo infatti, anche se denominato dal Codice indistintamente come *nullum* o *irritum*, può anche essere chiamato *putativum* o *attentatum* a seconda della buona o mala fede dei coniugi riguardo alla causa di nullità. In questo contesto, si ha la *species seu figura matrimonii* quando il consenso è stato manifestato in forma legittima, anche se invalidamente a causa di un vizio essenziale. Cfr., ad esempio, A. VERMEERSCH-L. CREUSEN, *Epitome iuris canonici*, II, Mechliniae-Romae 1954, 194-195: n. 277. Nel presente contesto però, tale nozione indica la legittima celebrazione — o la situazione matrimoniale — con una sufficiente apparenza esterna di validità, la quale merita la tutela dell'ordine giuridico fino alla prova dell'invalidità.

(25) Avere come base o fondamento una «circostanza di natura effettuale» è, in realtà, una caratteristica specifica delle «presunzioni giuridiche» che le distingue da altre regole giuridiche, anche se sono talvolta formulate a modo di presunzione. In questo senso, conviene rilevare che le «presunzioni giuridiche» in senso tecnico si caratterizzano per essere deduzioni «probabili» di una cosa incerta che hanno — naturalmente, quando sono ben formulate dal legislatore o dal giudice — un fondamento di natura effettuale direttamente connesso con l'oggetto della presunzione, fatto che deve sempre verificarsi nel caso concreto perché possa essere decisa la causa sulla base di tale presun-

tanto applicabile al singolo matrimonio che sia stato regolarmente celebrato e sulla cui validità sorgono dubbi; non essendo invece applicabile all'istituto matrimoniale in generale, né tanto meno ai matrimoni ancora da celebrare<sup>(26)</sup>.

È pur vero in ogni caso che se la regola «*in dubio standum est pro valore matrimonio*» è stata inserita in una norma di legge, diventando così una presunzione *iuris* — nel senso dei cann. 1584-1585 — è come conseguenza del *favor matrimonii*; ma è solo in questo senso che l'avverbio *quare* è corretto<sup>(27)</sup>.

---

zione. Ora, mentre la presunzione *iuris* (nel senso dei cann. 1584-1585) è stabilita dalla legge in termini «generalì» perché venga applicata dal giudice in caso di dubbio, se si verifica nel caso concreto il suo fondamento di fatto e non viene provato il contrario; la presunzione *hominis* (nel senso dei cann. 1584 e 1586) è formulata dal giudice — e deve essere consegnata nella sentenza — sulla base di fatti determinati direttamente connessi con l'oggetto della controversia, che gli consentono di raggiungere la certezza morale necessaria per decidere la causa (cfr. can. 1608). In entrambi i casi, si tratta di «giudizi di probabilità qualificata» fondati non solo su una massima della esperienza di carattere generale ma anche su un dato di fatto verificabile nel caso concreto.

Un esempio invece di regola giuridica formulata a modo di presunzione è la cosiddetta «presunzione di innocenza», la quale, essendo fondata sulla dignità umana e sulla generale esperienza che i crimini non sono la regola ma l'eccezione (massima della esperienza di natura effettuale ma di carattere generale), ha in comune con le presunzioni giuridiche l'esigenza della prova contraria, ma si distingue da esse perché manca di una base di fatto direttamente connessa con l'innocenza dell'imputato; mancando, di conseguenza, della nota della «probabilità nel caso concreto». In questo senso, la cosiddetta «presunzione di innocenza», in quanto regola di trattamento dell'accusato, va applicata sempre, anche nei casi in cui c'è una forte probabilità della colpevolezza.

Così mentre ogni imputato è «presunto colpevole» sulla base effettuale delle prove inizialmente raccolte della sua «probabile» colpevolezza, è anche «presunto innocente» in virtù di un principio giuridico che impone che sia trattato come tale e gli si consenta di difendersi fino a che tali prove vengano confermate, anche se la sua innocenza risulta «improbabile». Cosa diversa è che il giudice presuma l'innocenza dell'imputato sulla base di fatti determinati che fanno improbabile che abbia commesso il delitto. Ma una tale presunzione (*hominis*) di innocenza non va identificata con il «principio della presunzione di innocenza».

<sup>(26)</sup> Ciononostante giova rilevare che la considerazione del fondamento di tale presunzione — e la stessa esistenza di una norma di legge che la contiene — deve condurre i nubendi a prendere con la dovuta serietà la loro preparazione al matrimonio e le loro dichiarazioni al momento delle nozze: e forse sarà opportuno che i pastori rendano consapevoli i contraenti — nel modo più opportuno in ogni caso — che se poi impugneranno la validità del matrimonio, dovranno farlo contestando anzitutto la propria parola o la propria capacità di contrarre, che hanno formalmente sostenuto al momento delle nozze.

<sup>(27)</sup> Vedi *supra* nota 19. Così deve essere interpretata — a mio avviso — l'affer-

4. *Lo stretto rapporto della presunzione del can. 1060 con la presunzione di validità dell'atto giuridico del can. 124 § 2.*

Per quanto riguarda il significato della presunzione di validità del matrimonio giova inoltre segnalare, come si dichiara nel *Discorso*, che si tratta dell'«applicazione al matrimonio di una presunzione che costituisce un principio fondamentale di ogni ordinamento giuridico: gli atti umani di per sé leciti e che incidono sui rapporti giuridici si presumono validi, pur essendo ovviamente ammessa la prova della loro invalidità (cfr. *CIC*, can. 124 § 2; *CCEO*, can. 931 § 2)»<sup>(28)</sup>. Circa il fondamento di una tale presunzione logica e la tutela giuridica che comporta, al di là della sua statuizione come presunzioni *iuris*, è di rilievo la seguente descrizione: «ciò che all'esterno appare correttamente posto in essere, nella misura in cui rientri nella sfera della liceità, merita un'iniziale considerazione di validità e la conseguente protezione giuridica, poiché tale punto di riferimento esterno è l'unico di cui realisticamente l'ordinamento dispone per discernere le situazioni cui deve offrire tutela»<sup>(29)</sup>.

Sono considerazioni di per sé chiare ed eloquenti, che comportano una sorta di interpretazione autentica del can. 1060, il quale viene messo significativamente in rapporto con il can. 124 § 2, in cui è stata statuita dal Legislatore canonico la presunzione di validità dell'atto giuridico<sup>(30)</sup>; prima disposizione di rango legislativo nella storia

---

mazione del *Discorso*, in linea con l'attuale redazione canonica, secondo cui «il *favor iuris* di cui gode il matrimonio implica la presunzione della sua validità, fino a che non sia provato il contrario (cfr. *CIC*, can. 1060; *CCEO*, can. 779)». Nel senso, che è stato il *favor iuris* a condurre il legislatore a statuire come presunzione *iuris* tale presunzione logica che è allo stesso tempo una regola morale e giuridica.

<sup>(28)</sup> *Discorso*, n. 4. Di grande interesse risulta l'esplicita citazione del can. 124 § 2 dove si contiene la presunzione *iuris* di validità dell'atto giuridico: «*Actus iuridicus quoad sua elementa externa rite positus praesumitur validus*», sostanzialmente uguale al suo parallelo orientale, il can. 931 § 2 *CCEO*: «*Actus iuridicus circa sua elementa externa ad normam iuris positus praesumitur validus*».

<sup>(29)</sup> *Discorso*, n. 4., dove si aggiunge: «Ipotizzare l'opposto, il dovere cioè di offrire la prova positiva della validità dei rispettivi atti, significherebbe esporre i soggetti ad un'esigenza di pressoché impossibile attuazione. La prova dovrebbe infatti comprendere i molteplici presupposti e requisiti dell'atto, i quali spesso hanno notevole estensione nel tempo e nello spazio e coinvolgono una serie amplissima di persone e di atti precedenti e connessi». Tale prova sarebbe infatti un tipico caso della cosiddetta *probatio diabolica*, denominazione con cui i classici si riferivano alla prova impossibile.

<sup>(30)</sup> Sono pochi tuttavia gli autori che rivelano lo stretto rapporto del can. 1060 con il can. 124 § 2, essendo invece più frequente che venga collegato con il can. 1101 § 1. Cfr., ad esempio, G. DALLA TORRE, *Il «favor iuris» di cui gode il matrimonio (can. 1060-1101 § 1)*, cit., dove identifica il *favor matrimonii* in senso specifico

del diritto canonico dove è formulato in modo esplicito — vera tipizzazione legale — il fondamento di natura effettuale della presunzione di validità: la posizione dell'atto nel debito modo riguardo i suoi elementi esterni<sup>(31)</sup>.

Nel can. 124 § 2, l'oggetto della presunzione è la validità dell'atto, mentre il fatto indizio è la sua corretta celebrazione: «*actus iuridicus quoad sua elementa externa rite positus*»<sup>(32)</sup>. Nella formula del

---

con la presunzione di validità, la quale è a sua volta connessa alla presunzione del can. 1101 § 1 (*ibidem*, 224-226); per concludere il suo lavoro — pregevole per molti aspetti — affermando che il *favor matrimonii* «è nient'altro che l'applicazione della più generale presunzione, non toccata da rilievi critici, di cui al can. 1101 § 1» (*ibidem*, 233). A me sembra, invece, che questa presunzione non è più generale di quella del can. 1060, ma più ristretta, essendo limitata alla mera conformità delle parole e dei segni esterni adoperati nella celebrazione con il consenso interno dell'animo. D'altra parte sono del parere che la presunzione del 1060 non sia altro che una concrezione, riferita al matrimonio, della più generale presunzione di validità dell'atto giuridico, statuita come presunzione *iuris* nel can. 124 § 2.

<sup>(31)</sup> «*Actus iuridicus quoad sua elementa externa rite positus*», espressione relativamente complessa con cui viene descritta la circostanza di natura fenomenica su cui poggia il ragionamento presuntivo espresso nella tradizionale regola morale e giuridica «*in dubio standum est pro valore actus*»; unico vero precedente del can. 124 § 2, del quale non ci sono fonti legali. Difatti, le fonti indicate ufficialmente per il can. 124 si riferiscono esclusivamente al § 1 (cfr. PONTIFICIA COMMISSIO AD CODICIS CANONES AUTHENTICE INTERPRETANDOS, *Codex Iuris Canonici auctoritate Ioannes Pauli PP. II promulgatus. Fontium annotatione et indice analytico-alphabetico auctus*, In Civitate Vaticana 1989, 32).

<sup>(32)</sup> Per quanto riguarda il nesso logico, implicito nella norma, è da rilevare un qualche parallelismo con la presunzione del can. 1101 § 1, in cui è presente il principio di normalità, non però in senso meramente «sociologico», ma semmai in senso «normativo». Inoltre, in entrambe le presunzioni sono operanti diversi principi di comportamento, diventati anche principi giuridici. Si pensi, ad esempio, alla necessaria fiducia reciproca che deve essere sempre presente nei rapporti tra le persone, non solo per superare la non percettibilità diretta e immediata degli elementi interni, ma come conseguenza della credibilità che tutte le persone meritano fino alla prova contraria. Si tratta del resto di un atteggiamento non solo doveroso, ma completamente necessario per il normale sviluppo della convivenza, e senza il quale diventa impossibile una vita sociale degna di questo nome.

A proposito della fiducia che presiede i rapporti umani affermava sant'Agostino: «Credere in multis quam necessarium ad humanam societatem. (...) Multa possunt afferri, quibus ostendatur nihil omnino humanae societatis incolume manere: si nihil credere statuerimus, quod non possumus tenere perceptum» (*De utilitate credendi*, XII, 26). E metteva in guardia dalle conseguenze della mancanza della dovuta fiducia: «Si auferatur haec fides de rebus humanis, quis non attendat quanta earum perturbatio, et quam horrenda confusio subsequatur? Quis enim mutua caritate diligetur ab aliquo, cum sit invisibile ipsa dilectio, si quod non video,

can. 1060 invece, la presunzione di validità — oltre ad essere collegata in modo immediato al *favor iuris* — viene espressa con i termini della regola tradizionale, in cui manca ogni indicazione del suo vero fondamento effettuale<sup>(33)</sup>. Forse per questo, anche se la maggior parte della dottrina, prima e dopo il Codice del 1983, non ha esitato a qualificare come presunzione tale regola, non pochi autori hanno negato a questo canone il carattere di presunzione vera e propria<sup>(34)</sup>; o quanto meno gli hanno tolto rilevanza in quanto presunzione<sup>(35)</sup>.

Tuttavia, la giurisprudenza e lo stesso legislatore considerano tale disposizione come una vera presunzione *iuris*<sup>(36)</sup>; e così lo

credere non debeo? Tota itaque peribit amicitiam, quia non nisi mutuo amore constat. Quid enim eius poterit ab aliquo recipere, si nihil eius creditum fuerit exhiberi? Usque adeo res humanae perturbantur, si quod non videmus, non credamus, ut omnino funditus evertantur, si nullas credamus hominum voluntates, quas utique videre non possumus» (*De fide rerum quae non videntur*, II, 4).

<sup>(33)</sup> «*In dubio standum est pro valore matrimonii*»: formula simile alla regola generale *pro valore actus*, alla quale ha sostituito nella considerazione dei giuristi lungo l'arco temporale tra i due Codici. In realtà, prima del Codice del 1917 era la regola «*in dubio standum est pro valore actus*» ad essere prevalentemente citata, anche in riferimento al matrimonio.

<sup>(34)</sup> Una parte della dottrina non ha mancato di affermare che questo canone solo impropriamente è qualificabile come presunzione, ritenendo che in esso non si trova una *probabilis coniectura*, ma piuttosto la speciale protezione da parte dell'ordinamento giuridico canonico del matrimonio in quanto tale. Cfr., ad esempio, R. PALOMBI, *Il valore delle «praesumptiones»*, in AA.VV., *I mezzi di prova nelle cause matrimoniali secondo la giurisprudenza rotale*, Città del Vaticano 1995, 97; R. COLANTONIO, *Valore della presunzione del can. 1101 § 1 del C.I.C.*, in AA.VV., *La simulazione del consenso matrimoniale canonico*, Città del Vaticano 1990, 15; A. VITALE, *Presunzioni (diritto canonico)*, in *Enciclopedia giuridica*, XXIV, Roma, 1991, 1.

<sup>(35)</sup> Anche in attenzione al fatto che nel matrimonio canonico è in vigore una forma di celebrazione obbligatoria *ad validitatem*. In questo senso è stato acutamente rilevato: «Giacché se un senso poteva avere [il can. 1060] allorché, non essendo stabilita una forma di celebrazione, notevole incertezza sussisteva sul fatto stesso che il matrimonio fosse stato effettivamente celebrato o meno, oggi che c'è il principio della forma (can. 1108) è proprio questa forma che garantisce l'istituto matrimoniale da attacchi sconsiderati» (*ibidem*). Cfr., nello stesso senso, le riflessioni ancora valide di C. DE DIEGO-LORA, *La tutela jurídico-formal del vínculo sagrado del matrimonio*, cit., dove riteneva il can. 1014 del Codice del 1917 non necessario, proprio a causa della forma obbligatoria *ad validitatem*. Altri la ritenevano una vera presunzione *iuris tantum*, sebbene di natura *sui generis*: cfr. L. DEL AMO, *La defensa del vínculo*, cit., 146-162.

<sup>(36)</sup> Così lo dichiara in modo esplicito il vigente can. 1086 § 3: «Se al tempo della celebrazione del matrimonio una parte era ritenuta comunemente battezzata o era dubbio il suo battesimo, si deve presumere a norma del can. 1060 la validità del matrimonio finché non sia provato con certezza che una parte era battezzata e l'altra invece

hanno rilevato alcuni autori che si sono occupati in modo specifico della materia — sia sotto il profilo del diritto processuale, sia sotto quello del diritto matrimoniale —, i quali hanno bene identificato nell'avvenuta celebrazione, o, quanto meno, nella situazione di pacifica possessione del matrimonio, il fondamento effettuale della presunzione<sup>(37)</sup>.

Di conseguenza, se si tiene conto della struttura logica della presunzione di validità, si comprende bene che non si tratta di una « eccezione » o di un « favore » nei confronti del matrimonio, ma di una regola generale applicabile a tutti gli atti. Tale presunzione si colloca, come afferma Giovanni Paolo II, nell'orizzonte della ricerca della verità oggettiva, essendo peraltro pienamente compatibile con i « concetti chiave » della certezza morale e del libero apprezzamento delle prove da parte del giudice<sup>(38)</sup>.

\* \* \*

In questo contesto, a modo di conclusione, appare opportuno richiamare, sotto lo specifico profilo della presunzione di validità del matrimonio, alcuni passaggi del *Discorso alla Rota Romana* di Pio XII dell'anno 1941, fonte — insieme al can. 1014 del Codice del 1917 — dell'attuale can. 1060<sup>(39)</sup>. Come è noto, in quella circostanza Pio XII si soffermò sul ruolo della certezza morale nella risoluzione delle cause matrimoniali e ricordò la « necessità » di raggiungere questo tipo di certezza — quella che senza escludere la possibilità del

---

non battezzata ». Il corsivo è mio. Circa l'unanimità della giurisprudenza al riguardo, cfr. l'intervento del Decano della Rota Romana citato *supra* in nota 8.

<sup>(37)</sup> Cfr. ad esempio, sotto il profilo processuale, C. DE DIEGO-LORA, *La tutela jurídico-formal del vínculo sagrado del matrimonio*, cit., 33; e, sotto la prospettiva matrimoniale, J. FORNÉS, *Derecho matrimonial canónico*, Madrid, 1990, 43-48; J.I. BAÑARES, *Comentario al can. 1060*, cit., 1084-1085; L. MIGUÉLEZ, *El «favor iuris» en el matrimonio*, cit., 361-362. Sono particolarmente espressive in questo senso le parole utilizzate da due degli autori appena citati per definire il fondamento della presunzione. Bañares parla di « formalità giuridica » che presenta una « vera apparenza di matrimonio »; e Miguélez di figura, colore o « apparenza di matrimonio » o « apparenza di situazione istituzionale » (nel senso di apparenza di matrimonio valido).

<sup>(38)</sup> Cfr. *Discorso*, n. 6.

<sup>(39)</sup> Oltre al can. 1014 del Codice del 1917, le altre fonti del can. 1060 dichiarare ufficialmente sono: Pio XII, *Discorso alla Rota Romana*, 3 ottobre 1941, in AAS 33, 1941, 421-426; PONTIFICIA COMMISSIO AD CODICIS CANONES AUTHENTICE INTERPRETANDOS, *Responsa*, 26 giugno 1947, in AAS 39, 1947, 374 (cfr. PONTIFICIA COMMISSIO AD CODICIS CANONES AUTHENTICE INTERPRETANDOS, *Codex Iuris Canonici auctoritate Ioannes Pauli PP. II promulgatus. Fontium annotatione et indice analytico-alphabetico auctus*, In Civitate Vaticana 1989, 293). Sono dichiarazioni magisteriali che, dopo il Discorso di quest'anno, acquistano in qualche modo una nuova attualità.

contrario, esclude invece ogni dubbio prudente — tanto per negare l'ammissione al matrimonio, quanto per dichiarare nullo il matrimonio contratto; non bastando dunque che fosse dubbia o probabile la causa di nullità<sup>(40)</sup>. Affermò inoltre la «sufficienza» della certezza morale per emettere una sentenza *pro nullitate*; in quanto la norma giuridica del can. 1014 del Codice del 1917 — dove erano indicati il *favor matrimonii* e la regola «*in dubio standum est pro valore matrimonii, donec contrarium probetur*» — non imponeva la certezza assoluta bensì la certezza morale della nullità, la quale tuttavia doveva constare<sup>(41)</sup>.

D'altra parte, nello stesso Discorso Pio XII rilevò — implicitamente, ma con sufficiente chiarezza — che tale regola — la presunzione di validità — era applicabile a tutti i «contratti» e non solo al matrimonio, anche se a questo «contratto» andava applicata con un particolare rigore in attenzione sia dell'importanza del matrimonio e della sua natura sacra o sacramentale, sia del «bene comune della società umana» — come giustamente conviene sempre ricordare, ma che forse è stato sottolineato in modo troppo unilaterale dalla dottrina

---

(40) «Se si considera *il diritto al matrimonio*, i Nostri gloriosi Predecessori Leone XIII e Pio XI insegnarono già che 'niuna legge umana può togliere all'uomo il diritto naturale e primitivo del coniugio'. Tale diritto invero, poiché fu dato all'uomo immediatamente dall'Autore della natura, supremo Legislatore, non può essere ad alcuno negato, se non si provi che egli, o vi abbia liberamente rinunciato o sia incapace di contrarre matrimonio per difetto di mente o di corpo. Ma, perché nei casi particolari il matrimonio da contrarre venga impedito o già contratto sia dichiarato nullo, è necessario che questa incapacità antecedente e perpetua consti non soltanto in modo dubbio o probabile, ma con morale certezza; e in tale condizione di certezza, né il matrimonio si può permettere, né già celebrato può dirsi valido» (PIO XII, *Discorso alla Rota Romana*, 3 ottobre 1941, cit., 422). Il corsivo è dell'originale.

(41) «Che se la convalidazione riesce impossibile, perché osta un impedimento dirimente da cui la Chiesa non può o non suole dispensare o perché le parti rifiutano di dare o di rinnovare il consenso, allora la sentenza di nullità non può essere negata a chi, secondo le prescrizioni canoniche, giustamente e legittimamente la chiede, purché consti dell'asserita invalidità, per quel *constare* che nelle cose umane suol dirsi ciò di cui si ha *morale certezza*, che cioè escluda ogni dubbio prudente, ossia fondato su ragioni positive. Non può esigersi la certezza *assoluta* della nullità, la quale cioè escluda non solo ogni positiva probabilità, ma anche la mera possibilità del contrario. La norma del diritto secondo cui «*matrimonium gaudet favore iuris; quare in dubio standum est pro valore matrimonii, donec contrarium probetur*» (canone 1014), non si intende infatti se non della morale certezza del contrario, della quale deve constare. Nessun Tribunale ecclesiastico ha il diritto e il potere di esigere di più. Esigendo di più, facilmente si viene a ledere lo stretto diritto degli attori al matrimonio; giacché, non essendo essi in realtà legati da alcun vincolo matrimoniale, godono del naturale diritto a contrarlo» (*ibidem*, 424). I corsivi sono dell'originale.

canonica — sia, infine, del « bene privato dei coniugi e della prole », anch'esso meritevole di tutela<sup>(42)</sup>.

*Antonio S. Sánchez-Gil*

---

<sup>(42)</sup> « Quanto alle *dichiarazioni di nullità dei matrimoni*, nessuno ignora essere la Chiesa guardinga e aliena dal favorirle. Se infatti la tranquillità, la stabilità e la sicurezza dell'umano commercio in genere esigono che i contratti non siano con leggerezza proclamati nulli, ciò vale ancor più per un contratto di tanto momento, qual è il matrimonio, la cui fermezza e stabilità sono richieste dal bene comune della società umana e dal bene privato dei coniugi e della prole, e la cui dignità di Sacramento vieta che ciò che è sacro e sacramentale vada di leggieri esposto al pericolo di profanazione [...] il giudice ecclesiastico non deve mostrarsi facile a dichiarare la nullità del matrimonio, ma ha piuttosto da adoperarsi innanzi tutto a far sì che si convalidi ciò che invalidamente è stato contratto, massime allorché le circostanze del caso particolarmente lo consigliano » (*ibidem*, 423-424). Il corsivo è dell'originale. Sono, con altre parole, le ragioni che giustificano il *favor matrimonii*; diverse ma in qualche modo collegate alle ragioni che fondano la presunzione di validità.

## GIURISPRUDENZA CIVILE

SVIZZERA. TRIBUNALE FEDERALE. Seconda sezione di Diritto pubblico. Sul ricorso di A. — contro la decisione della Chiesa cantonale di Lucerna di obbligarlo a dimettersi dalla Chiesa cattolica affinché sia valida la sua dimissione dalla Chiesa cantonale. Sentenza, Losanna, 18 dicembre 2002 (\*).

### **Chiesa cattolica - Rapporto fra la Chiesa e lo Stato in Svizzera - Diritto ecclesiastico svizzero — Dimissioni dalla Chiesa - Diritto di libertà religiosa.**

(*Omissis*)

Sachverhalt:

A. — ist in der luzernischen Gemeinde B. — wohnhaft. Mit schriftlicher Eingabe vom 9. Dezember 2000 an den Kirchenrat der katholischen Kirchgemeinde B. — mit dem Betreff «Partieller Kirchenaustritt» erklärte sie, aus der erwähnten Kirchgemeinde auszutreten. Gleichzeitig hielt sie aber fest, «dass dieser Austritt nur die Staatskirche des Kantons Luzern betrifft und nicht etwa die Röm.-Kath. Kirche, zu der ich mich als Katholikin nach wie vor zugehörig fühle». Der Präsident des Kirchenrates antwortete am 21. Dezember 2000, ihre Mitgliedschaft in der Kirchgemeinde B. — bestehe fort, nachdem sie sich nach wie vor zur römisch-katholischen Kirche bekenne; ein «partieller Kirchenaustritt» sei aus rechtlichen Gründen nicht möglich. Er verwies hierzu auf folgende Bestimmungen der Verfassung der römisch-katholischen Landeskirche des Kantons Luzern vom 25. März 1969 (im Folgenden: Kirchenverfassung/LU):

#### § 12 Katholikinnen und Katholiken

Wer nach kirchlicher Ordnung der römisch-katholischen Kirche angehört, gilt für Landeskirche und Kirchgemeinden als Katholikin oder Katholik, solange sie oder er dem zuständigen Kirchenrat am gesetzlich geregelten Wohnsitz nicht schriftlich erklärt hat, der römisch-katholischen Konfession nicht mehr anzugehören.

---

(\*) Vedi nota di A. CATTANEO, *La necessità di dimettersi dalla Chiesa cattolica per poter ottenere le dimissioni dalla Chiesa cantonale in Svizzera*, alla fine del documento.

### § 13 Mitgliedschaft

1) Mitglied der Kirchgemeinde ist jede Katholikin und jeder Katholik, die oder der in ihrem Gemeindegebiet den gesetzlich geregelten Wohnsitz hat.

2) Wer einer Kirchgemeinde angehört, ist zugleich Mitglied der Landeskirche.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

(*Omissis*). — 3.1. Die Beschwerdeführerin macht im Wesentlichen geltend, die Kirchenbehörden würden von ihr «eine Erklärung betreffend Austritt aus der Konfession» verlangen, sie solle «ihren Glauben verleugnen». Ein solches Begehren sei ein «Anti-Bekenntnis». Dies dürfe von ihr aber nicht verlangt werden, denn es sei «eine Form des Glaubensabfalls und aus christlicher Sicht verboten». Nach kanonischem Recht sei ein Austritt «aus der Kirche Jesu Christi nicht möglich, nicht einmal mit einer schriftlichen Erklärung». Letztlich würden die Kirchenbehörden von ihr also etwas Unmögliches fordern. Dadurch werde die Glaubens — und Gewissensfreiheit verletzt.

3.2. Das Bundesgericht hat sich bisher nicht ausdrücklich zu der hier interessierenden Frage geäußert. Immerhin hat es bereits in BGE 2 S. 388 festgehalten und darauf auch in einem neueren Urteil vom 19. April 2002 (BGE 128 I 317 E. 2.2.2 S. 322) Bezug genommen, dass Art. 49 aBV nur von «Religionsgenossenschaften» (Art. 15 BV von «Religionsgemeinschaft») spricht und dass die Befreiung von den Kirchensteuern den Austritt aus der Religionsgenossenschaft selbst bedingt, wohingegen der Austritt aus der Kirchgemeinde allein nicht genügt (BGE 2 S. 388 E. 5 S. 396). In BGE 34 I 41 hat es sodann eine kantonale Regelung, die für die steuerrechtliche Anerkennung einen Austritt nicht nur aus der Kirchgemeinde, sondern aus der Landeskirche oder Religionsgenossenschaft überhaupt forderte, als nicht gegen Art. 49 aBV verstossend betrachtet (E. 11 und 12 S. 52 f.).

3.3. Die Doktrin ist gespalten: die Möglichkeit eines sog. partiellen Kirchenaustritts wird teilweise bejaht (vgl. in diesem Sinne Martin Griching, *Kirche oder Kirchenwesen?*, Diss. Freiburg 1997, S. 185 ff.; Dieter Kraus, *Schweizerisches Staatskirchenrecht*, Diss. Tübingen 1993, S. 93 f.; Felix Hafner, *Kirchen im Kontext der Grund- und Menschenrechte*, Habilitationsschrift Basel 1991, S. 339, Fn. 171; Peter Karlen, *Das Grundrecht der Religionsfreiheit in der Schweiz*, Diss. Zürich 1988, S. 338 f.; Johannes Georg Fuchs, *Zugehörigkeit zu den Schweizer evangelisch-reformierten Volkskirchen*, in: Louis Carlen [Hrsg.], *Austritt aus der Kirche*, 1982, S. 183 ff., insbes. S. 187; Hans Schmid, *Die rechtliche Stellung der römisch-katholischen Kirche im Kanton Zürich*, Diss. Zürich 1973, S. 235; Fritz

Rohr, Organisation und rechtliche Stellung der evangelisch-reformierten Kirchgemeinde des Kantons Aargau, Diss. Zürich 1951, S. 94); zum Teil wird sie abgelehnt (Urs Josef Cavelti, Kirchenrecht im demokratischen Umfeld, 1999, S. 188 f.; ders., Der Kirchengaustritt nach staatlichem Recht, in: Louis Carlen [Hrsg.], a.a.O., S. 91; Adrian Loretan, Die Konzilserklärung über die Religionsfreiheit- oder ist der Kirchengaustritt Privatsache?, in: Pastoralsoziologisches Institut [Hrsg.], Jenseits der Kirchen, 1998, S. 125 ff.; Giuseppe Nay, Leitlinien der neueren Praxis des Bundesgerichts zur Religionsfreiheit, in: René Pahud de Mortanges, Religiöse Minderheiten und Recht, 1998, S. 37 f.; Eugen Isele, Die Gliedschaft in der Kirche und die Mitgliedschaft in der Kirchgemeinde, Rechtsgutachten, Freiburg 1971; Heinz Bachtler, Rechtsgutachten über die Auslegung von § 4 des Gesetzes über das katholische Kirchenwesen vom 7. Juli 1963, in: Informationsblatt für die katholischen Kirchgemeinden des Kantons Zürich, Heft 3, Zürich 1971, S. 25 ff., insbes. S. 39; Hans Beat Noser, Pfarrei und Kirchgemeinde, 1957, S. 131; Alois Schwegler, Die Kirchgemeinde im Kanton Luzern, Diss. Freiburg 1935, S. 77 f.; Ulrich Lampert, Kirche und Staat in der Schweiz, Bd. I, 1929, S. 331; wohl auch Walther Burckhardt, Kommentar der schweizerischen Bundesverfassung, 3. Aufl., 1931, S. 454).

3.4. Die in Art. 15 BV und Art. 9 EMRK garantierte Glaubens- und Gewissensfreiheit umfasst unter anderem das Recht, die Religion frei zu wählen, einer Religionsgemeinschaft beizutreten, anzugehören, aus ihr aber auch jederzeit auszutreten (vgl. BGE 125 I 347 E. 3a S. 354; 104 Ia 79 E. 3 S. 84; Urs Josef Cavelti, in: Bernhard Ehrenzeller/Philippe Mastronardi/Rainer J. Schweizer/Klaus A. Vallender [Hrsg.], Die Schweizerische Bundesverfassung, 2002, N. 28-30 zu Art. 15 BV; Mark E. Villiger, Handbuch der Europäischen Menschenrechtskonvention, 2. Aufl., 1999, S. 383, N. 594 f.). § 2 der Staatsverfassung des Kantons Luzern vom 29. Januar 1875, der für die Glaubens- und Gewissensfreiheit auf die Bundesverfassung verweist, hat keinen weiter gehenden Inhalt. Die von den kantonalen Kirchenbehörden mit Blick auf die Kirchenverfassung/LU vertretene Position respektiert diese Freiheit. Der Beschwerdeführerin steht es nämlich frei, der römisch-katholischen Religionsgemeinschaft weiterhin anzugehören oder aus ihr auszutreten. Von der Beschwerdeführerin wird nicht verlangt, dass sie sich gegen die römisch-katholische Religion ausspricht («Anti-Bekenntnis»). Bekennt sie sich aber zu dieser Religionsgemeinschaft, die im Kanton Luzern als öffentlich-rechtliche Institution anerkannt ist, ist sie auch an die insoweit vorgesehene Organisation gebunden. Denn nach dem schweizerischen Verfassungsverständnis können die Kantone gestützt auf Art. 72 Abs. 1 BV die Organisation und die Mitgliedschaft in den von ihnen anerkannten Kirchen regeln (vgl. BGE 120 Ia 194 E. 2c S. 201; Willy

Spieler, Staatskirchenrecht als Kirchennotrecht, in: Dietmar Mieth/René Pahud de Mortanges [Hrsg.], *Recht — Ethik — Religion*, Festgabe zum 60. Geburtstag von Giuseppe Nay, 2002, S. 73 ff.; Adrian Hungerbühler/Michel Féraud, *Rechtsprechung der Verfassungsgerichte im Bereich der Bekenntnisfreiheit*, in: *Constitutional jurisprudence*, XI. Konferenz der Europäischen Verfassungsgerichte, Warschau 2000, S. 821; Ulrich Häfelin, *Kommentar zur Bundesverfassung*, N. 23 zu Art. 49 aBV; Ueli Friederich, *Kirchen und Glaubensgemeinschaften im pluralistischen Staat*, Diss. Bern 1993, S. 374 ff.; Dieter Kraus, a.a.O., S. 367 ff., insbes. S. 368 und 404 f.; ders., *Die Kirchgemeinde in der Rechtsprechung des schweizerischen Bundesgerichts*, in: Urban Fink/René Zihlmann [Hrsg.], *Kirche, Kultur, Kommunikation*, Peter Henrici zum 70. Geburtstag, 1998, S. 579).

Dies ist hier durch das bereits erwähnte kantonale Gesetz über die Kirchenverfassung (als Rahmengesetz) sowie durch die vom Grossen Rat des Kantons Luzern genehmigte Kirchenverfassung/LU geschehen. Die Kirchenverfassung/LU (§§ 12 und 13) verknüpft für die im Kanton Luzern wohnhaften Personen das Bekenntnis zur römisch-katholischen Religionsgemeinschaft bzw. Konfession mit der Mitgliedschaft in der römisch-katholischen Landeskirche und der entsprechenden Kirchgemeinde (sog. Nexus). Eine solche Verknüpfung ist verfassungsrechtlich zwar nicht geboten; der Kanton kann das Verhältnis zwischen kirchlichen Körperschaften des öffentlichen Rechts und Religionsgemeinschaft auch dualistisch regeln. Der Nexus, eine Regelung, die die Zugehörigkeit zur Religionsgemeinschaft und zu ihren lokalen Verbänden als Einheit betrachtet, ist aber grundsätzlich zulässig. Dies muss jedenfalls solange gelten, als die Organe der Religionsgemeinschaft eine Verknüpfung nicht ablehnen, sondern sie — allenfalls stillschweigend — akzeptieren, wovon hier auszugehen ist. Es wäre auch in gewissem Sinne widersprüchlich, der Kirchgemeinde seines Wohnsitzes nicht angehören zu wollen, wohl aber der entsprechenden kirchlichen Dachorganisation. Denn beiden ist das gleiche Bekenntnis eigen, und die Organe vor Ort sind zugleich Organe der Dachorganisation bzw. handeln in ihrem Interesse und Auftrag. Persönliche Konflikte verleihen noch nicht von Verfassungen wegen das Recht, aus einem Verband nur teilweise auszutreten; das gilt im Bereich der Glaubens- und Gewissensfreiheit nicht anders als in anderen Grundrechtsbereichen. Auch unter Gesichtspunkten des Rechtsmissbrauchs wäre nur schwer zu rechtfertigen, weshalb eine aus der Kirchgemeinde und der Landeskirche ausgetretene Person weiterhin die Dienste der Kirchenorgane beanspruchen können sollte, nachdem sie mit ihrem Austritt bewirkt hat, dass sie an diese Leistungen nichts mehr beizusteuern hat (vgl. BGE 10 S. 320 E. 3 S. 324). Ein verfassungsrechtlicher Schutz für solches Verhalten erscheint jedenfalls nicht als geboten. Es ist weder von der Beschwerdeführerin dargelegt wor-

den noch ersichtlich, dass das im Kanton Luzern geregelte Mitgliedschaftsverhältnis die Beschwerdeführerin in ihrem Bekenntnis und ihrer Religionsausübung in unzulässiger Weise beeinträchtigen würde. Wenn die Beschwerdeführerin den in BGE 104 Ia 79 publizierten Entscheid des Bundesgerichts anführt, ist ihr entgegenzuhalten, dass es dort nur um Formalitäten des Kirchenaustritts ging; zum partiellen Kirchenaustritt hatte sich das Bundesgericht nicht geäußert. Soweit es schliesslich um das Recht geht, seine religiöse Überzeugung zu verschweigen, verzichtet eine förmlich den Austritt aus den lokalen kirchlichen Körperschaften erklärende Person von sich aus auf absolute Geheimhaltung; der Austritt ohne derartige Erklärung ist im System der Mitgliedschaftspräsumption, welches das Bundesgericht seit langem anerkannt hat (vgl. BGE 31 I 81 E. 2 S. 88; 55 I 113 E. 2 S. 126; Urteil vom 14. November 1978, ZBl 80/1979 S. 78 ff. E. 2), gar nicht möglich. Gewiss kann die Person von den Behörden nicht verpflichtet werden, auch eine Austrittserklärung bezüglich der Religionsgemeinschaft abzugeben. Es ist jedoch auf dem Boden von rechtlichen Grundlagen wie den im Kanton Luzern geltenden auch nicht verfassungswidrig, wenn die Behörden eine Austrittserklärung wie die vorliegende als unvollständig und damit unbeachtlich betrachten (vgl. BGE 52 I 108 E. 3 S. 118 f.).

4. Dem Verfahrensausgang entsprechend sind die Kosten des bundesgerichtlichen Verfahrens der Beschwerdeführerin aufzuerlegen (Art. 156 in Verbindung mit Art. 153 und 153a OG). Insoweit besteht auch kein Anlass, die im Verfahren vor der Landeskirche entstandenen Kosten anders zu regeln (vgl. Art. 157 OG).

Das gilt erst recht für die Kosten der Verfahren beim Bildungsdepartement, beim Regierungsrat und beim Verwaltungsgericht des Kantons Luzern. Im Übrigen hat die Beschwerdeführerin die Kostenentscheide dieser Stellen nicht angefochten, geschweige denn in Art. 90 Abs. 1 lit. b OG genügend Weise dargelegt, dass die auf kantonalem Verfahrensrecht gestützten Kostenentscheide willkürlich sind. Nachdem der Entscheid der Landeskirche kantonal letztinstanzlich war und nurmehr mit staatsrechtlicher Beschwerde beim Bundesgericht angefochten werden konnte, kann der Landeskirche schliesslich nicht vorgeworfen werden, diese Kosten wegen fehlender Rechtsmittelbelehrung verursacht zu haben. Ebenso verhält es sich mit der von der Beschwerdeführerin angebehrten Parteientschädigung. Der Landeskirche, die sich im bundesgerichtlichen Verfahren anwaltlich vertreten liess, ist allerdings auch keine Parteientschädigung zuzuerkennen (vgl. Art. 159 Abs. 2 OG; BGE 125 I 182 E. 7 S. 202; Jean-François Poudret/Suzette Sandoz-Monod, *Commentaire de la loi fédérale d'organisation judiciaire*, Bd. V, 1992, S. 161 f., N. 3 zu Art. 159). Es kann von ihr erwartet werden, in einem Rechtsbereich, in dem eines ihrer Organe letzte kan-

tonale Beschwerdeinstanz ist, ohne Beiziehung eines Anwaltes aufzutreten.

Demnach erkennt das Bundesgericht:

1. Die staatsrechtliche Beschwerde wird abgewiesen, soweit darauf einzutreten ist.

2. Die Gerichtsgebühr von Fr. 2'000.— wird der Beschwerdeführerin auferlegt.

3. Es werden keine Parteientschädigungen zugesprochen.

4. Dieses Urteil wird der Beschwerdeführerin, der Römisch-katholischen Kirchgemeinde B. — und der Römisch-katholischen Landeskirche des Kantons Luzern schriftlich mitgeteilt.

Lausanne, 18. Dezember 2002

Im Namen der II. öffentlichrechtlichen Abteilung des Schweizerischen Bundesgerichts

Der Präsident

Der Gerichtsschreiber

### **La necessità di dimettersi dalla Chiesa cattolica per poter ottenere le dimissioni dalla Chiesa cantonale in Svizzera.**

La sentenza del Tribunale Federale Svizzero del 18.XII.02, del cui testo ho appena riportato le parti più rilevanti, ha messo in evidenza uno dei problemi causati dal peculiare sistema di Diritto ecclesiastico dello Stato che è vigente in quasi tutti i cantoni svizzeri. Per comprendere come il tribunale abbia potuto giungere a questa sorprendente decisione, occorre tener presente le peculiarità di tale sistema giuridico. Inizierò perciò ricordando le principali caratteristiche e i problemi del menzionato Diritto ecclesiastico.

#### *1. Le principali caratteristiche del Diritto ecclesiastico vigente nella maggior parte dei Cantoni svizzeri.*

È risaputo che in Svizzera il rapporto Chiesa-Stato è regolato, nella maggior parte dei Cantoni (Stati)<sup>(1)</sup>, in un modo veramente unico al mondo, le cui principali caratteristiche e difficoltà possono essere così sintetizzate.

(<sup>1</sup>) Il rapporto Stato-Chiesa è configurato in Svizzera da ciascuno dei 26 Cantoni e Semicantoni in modo autonomo. Tuttavia, prescindendo dai Cantoni di Ginevra e di Neuchâtel — dove vige un regime di separazione più o meno netta — e dal Canton Ticino, i sistemi ecclesiastici degli altri Cantoni presentano essenzialmente le stesse caratteristiche.

Lo Stato dice di «riconoscere» la Chiesa cattolica; in realtà crea Corporazioni di diritto pubblico, sia a livello comunale (il «Comune ecclesiastico»<sup>(2)</sup>) che a livello cantonale (la «Chiesa cantonale»<sup>(3)</sup>). Il problema è che tali corporazioni non sono in sintonia con il Diritto canonico, ma sono istituzioni statali configurate secondo i principi democratici svizzeri.

La relazione tra Stato e Chiesa non è perciò regolata su base bilaterale, ma unilateralmente, ossia dalla sola legge dello Stato. Alla Chiesa cattolica viene così «imposta una libertà» che ha l'aspetto di una farsa. Il Consigliere di Stato Ernst Brugger, responsabile dell'elaborazione della Legge ecclesiastica nel Canton Zurigo, dichiarò davanti al Parlamento che «ci si deve rallegrare di essere riusciti ad imporre alla Chiesa cattolica un comportamento democratico nelle questioni importanti»<sup>(4)</sup>.

È facile comprendere che il punto in cui maggiormente si avvertono i problemi di questa impostazione è il regime economico secondo cui si regolano queste Corporazioni ecclesiastiche. Da un lato, esse obbligano i fedeli a pagare le imposte ecclesiastiche (dicendo di rappresentare la Chiesa cattolica), ma d'altra parte esse, quali strutture democratiche configurate dal Diritto svizzero, sono e agiscono indipendenti dal vescovo (e, rispettivamente, dal parroco), impiegano i soldi come vogliono e possono rifiutare per esempio i parroci proposti dal vescovo o non accettare una loro rielezione.

Va notato che il sistema vigente in Svizzera è diverso da quello tedesco o austriaco. In questi due paesi la Chiesa cattolica è riconosciuta, quale istituzione di Diritto canonico, come avente uno statuto di diritto pubblico. Di conseguenza, i soldi delle imposte ecclesiastiche vanno alle diocesi<sup>(5)</sup>. In Svizzera essi vanno invece alle suddette Corporazioni ecclesiastiche che sono in realtà istituzioni sovrane e indipendenti dalle strutture canoniche ecclesiali.

Lo Stato ignora infatti la parrocchia creando accanto ad essa il «Comune ecclesiastico» che funziona secondo i dettami della democrazia e possiede i mezzi finanziari ottenuti dalle imposte ecclesiastiche.

(2) Chiamato in tedesco «Kirchgemeinde»; si potrebbe tradurre anche con «Comune parrocchiale» poiché comprende l'ambito di una parrocchia. Esso costituisce, insieme con la «Chiesa cantonale» l'ente civile con cui lo Stato gestisce le attività ecclesiastiche.

(3) Chiamata in tedesco di solito «Landeskirche» ma anche «*Römisch-katholische Körperschaft*» (per esempio nel Canton Zurigo), *Kantonalkirche* ecc.

(4) *Protokoll des Kantonsrates des Kantons Zürich*, 1959-1963, vol. III, p. 2889.

(5) Si comprende perciò che in Germania si sia sempre considerata impossibile una «parziale uscita dalla Chiesa» (=partieller Kirchenaustritt), con la quale non si pagherebbero le tasse ecclesiastiche, per il fatto che la Chiesa cattolica e la Corporazione di diritto pubblico sono la stessa cosa. In Svizzera esse sono invece due cose diverse.

che. Di fronte alla parrocchia il «Comune ecclesiastico» è autonomo nel decidere come si usano i mezzi economici. Il rapporto fra il Consiglio direttivo del «Comune ecclesiastico» e il parroco è determinato dal fatto che quest'ultimo consiglia, ma chi decide è il Consiglio direttivo. Lo stesso accade a livello cantonale. L'organo di governo della Chiesa cantonale (la Commissione centrale) si lascia consigliare — se lo ritiene opportuno — dal vescovo diocesano o dal suo vicario generale, ma decide liberamente.

2. *Critiche da parte di vescovi e canonisti al sistema di Diritto ecclesiastico vigente in Svizzera.*

Già nel 1969 il vescovo di Basilea, Mons. Anton Hänggi, aveva denunciato l'inconciliabilità di quel sistema di diritto ecclesiastico con il Diritto canonico vigente<sup>(6)</sup>.

Ben note sono le critiche formulate a più riprese da Eugenio Corecco. Già nel 1970 egli aveva segnalato in un articolo i pericoli per la Chiesa cattolica provenienti dal Diritto ecclesiastico di molti Cantoni svizzeri<sup>(7)</sup>. Egli aveva osservato che l'organizzazione dei cattolici nei Comuni ecclesiastici e nella Chiesa cantonale equivale a uno sdoppiamento di istituzioni. Da una parte c'è la Chiesa cattolica, organizzata in diocesi e parrocchie, dall'altra ci sono queste istituzioni costituite dallo Stato e organizzate secondo i modi propri della democrazia. Applicato alla Chiesa protestante e alla Chiesa cattolica, il sistema produce conseguenze assai diverse: per i protestanti l'organizzazione esterna della Chiesa è compito dello Stato. Secondo i modi di procedura da lui prescritti la Chiesa si organizza poi nell'ambito interno: si dà uno statuto autonomo e decide sull'impiego del personale ecclesiastico e sulle finanze.

Ma la Chiesa cattolica non conosce la distinzione tra un ambito esterno, organizzato dallo Stato, e un ambito autonomo interno lasciato ad essa dal legislatore statale. Per essa l'ambito esterno (l'organizzazione della Chiesa) è parte del patrimonio della fede come quello interno, culturale. Nessuno dei due ambiti può quindi essere ceduto allo Stato. Con questo sistema di Diritto ecclesiastico, l'ambito interno della Chiesa, amministrato dal vescovo diocesano e dai suoi collaboratori, è ridotto in pratica ad una appendice dipendente dalle istituzioni

(6) Cfr. A. HÄNGGI, *Lettera del 19 marzo 1969 al Presidente del Consiglio costituzionale del sinodo cattolico del cantone Lucerna*, nell'Archivio della Curia diocesana a Soletta, M 975.

(7) E. CORECCO, *Katholische «Landeskirche» im Kanton Luzern. Das Problem der Autonomie und der synodalen Struktur der Kirche*, in «Archiv für katholisches Kirchenrecht», 139 (1970), pp. 3-42.

create dallo Stato. La Chiesa cantonale di Lucerna si esprime in proposito senza mezzi termini nel § 6 del suo Statuto autonomo, chiamato Costituzione ecclesiastica, affermando che la Chiesa cantonale e i Comuni ecclesiastici devono provvedere «all'assistenza religiosa dei cattolici del Cantone di Lucerna tramite la Chiesa cattolica romana». In altre parole: la Chiesa cantonale affida alla Chiesa cattolica romana la cura delle anime dei cattolici. A tale scopo le istituzioni ecclesiastiche create dallo Stato dispongono dei mezzi finanziari necessari.

Ciò significa — ha pure notato E. Corecco — uno scambio di ruoli tra il vescovo diocesano e i fedeli. Il vescovo consiglia la Corporazione nel decidere sulle finanze e sull'impiego del personale ecclesiastico. Evidentemente sono decisioni che hanno un carattere pastorale e un influsso diretto sulla cura delle anime<sup>(8)</sup>.

Si può osservare un notevole parallelismo fra la situazione svizzera e la situazione presente agli inizi della vita ecclesiastica negli Stati Uniti d'America. Corecco svolse un'ampia ricerca su quel periodo, mostrando che il Diritto ecclesiastico americano del XIX secolo, che è paragonabile al Diritto ecclesiastico svizzero di oggi, ha avuto gravi conseguenze per la vita ecclesiastica, in quanto ha dato vita a continui contrasti tra il vescovo e gli amministratori dei beni ecclesiastici<sup>(9)</sup>.

Immersi nella cultura democratico-protestante che li circondava, i cattolici americani, soprattutto nella prima metà del XIX secolo, non di rado mancavano di sensibilità verso il diverso ordinamento della loro Chiesa. Così non dovette trascorrere molto tempo prima che i cattolici iniziassero a imitare i protestanti e parecchi *trustees* rivendicassero a sé il diritto di assumere o licenziare il parroco. Si consideravano i possessori dei beni della Chiesa e facevano valere i corrispondenti diritti. In tal modo non soltanto veniva ostacolata l'attività pastorale dei sacerdoti e dei vescovi, ma talvolta veniva addirittura allontanato un parroco di condotta santa e irreprensibile. Capitava pure spesso che sacerdoti con dubbi precedenti o costumi non al di sopra di ogni sospetto, quando venivano ammoniti dal vescovo, si atteggiassero a vittime perseguitate dal loro vescovo. Cercavano così di conquistarsi le simpatie dei *trustees* per potersi alleare con loro contro il vescovo. La legislazione civile non offriva al vescovo nessun rimedio contro tali abusi.

---

(8) Cfr. *ibid.*, p. 23. Sul tema cfr. M. GRICHTING, *Le diffide profetiche di Eugenio Corecco in riferimento ad evoluzioni odierne del diritto ecclesiastico svizzero*, in AA.VV., *Metodi, fonti e soggetti nel diritto canonico*, a cura di J.I. Arrieta e G.P. Milano, Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano 1999, pp. 242-252.

(9) E. CORECCO, *La formazione della Chiesa cattolica negli Stati Uniti d'America attraverso l'attività sinodale con particolare riguardo al problema dell'amministrazione dei beni ecclesiastici*, Brescia, 1970.

A causa di scissioni e dispute di ogni genere il sistema del cosiddetto *trusteeism* aveva provocato danni tali che i vescovi dovettero prendere le debite contromisure, procedendo decisi e solidali, tanto da non esitare nemmeno a scomunicare in massa i *trustees* recalcitranti. Si poté risolvere la questione soltanto verso la fine del XIX secolo, allorché gli Stati americani vennero incontro alla Chiesa nel campo dell'organizzazione dell'amministrazione patrimoniale. L'esperienza storica mostra quindi come è importante per la pace e l'unità all'interno della Chiesa che l'amministrazione dei beni ecclesiastici sia adeguata alla natura della Chiesa stessa.

E. Corecco si occupò anche della questione riguardante le dimissioni dalla Chiesa per ragioni fiscali in un articolo del 1982, nel quale giungeva alla seguente conclusione: «La Chiesa può storicamente accettare dei compromessi, ma non può o non dovrebbe abdicare alla propria autorità, né sacrificare il "diritto fondamentale" del cristiano di essere governato e giudicato, nelle questioni che concernono la fede e il rapporto con la comunità dei cristiani, dalla sola Chiesa»<sup>(10)</sup>.

L'unica base per la collaborazione tra il vescovo diocesano e le istituzioni create dallo Stato (Comuni ecclesiastici e Chiese cantonali) è la fiducia reciproca. Se questa fiducia persiste, essi utilizzeranno i soldi in conformità con le direttive del vescovo diocesano ed eleggeranno come parroci quei sacerdoti che il vescovo vuole nominare. Però nel caso in cui la fiducia venisse meno e sorgessero dei conflitti, la Chiesa cantonale si trasformerebbe in una Contro-Chiesa (come osservò il noto ecclesiasticista tedesco Joseph Listl S.J.)<sup>(11)</sup> che renderebbe praticamente superfluo il vescovo diocesano. In caso di conflitto le istituzioni create dallo Stato potrebbero infatti limitare la sua potestà all'ambito culturale, impedendogli di fatto di governare.

Anche l'attuale vescovo di Basilea, Mons. Kurt Koch, si è occupato dei problemi posti dal Diritto ecclesiastico svizzero, mettendo in evidenza l'inconciliabilità di tale sistema con l'ecclesiologia del Vaticano II. Egli ha fra l'altro osservato che «nonostante tutti i vantaggi che hanno portato e ancora portano i sistemi di diritto ecclesiastico, bisogna però rimanere attenti e critici di fronte alle insidie che questi sistemi portano con sé per la Chiesa cattolica svizzera, specialmente quando sono gestiti solamente in modo pragmatico-elvetico, e senza essere sottomessi al vaglio ecclesiologico. In buona misura è proprio

<sup>(10)</sup> E. CORECCO, *Dimettersi dalla Chiesa per ragioni fiscali*, in «Apollinaris» 55 (1982), citato da E. CORECCO, *Ius et communio. Scritti di Diritto Canonico*, a cura di G. Borgonovo e A. Cattaneo, Casale Monferrato, 1997, p. 419.

<sup>(11)</sup> Cfr. J. LISTL, *Keine Gewährleistung der Kirchenfreiheit nach der Schweizerischen Bundesverfassung. Das Verhältnis von Staat und Kirche im Kanton Luzern*, in «Archiv für katholisches Kirchenrecht», 160 (1991), p. 96.

questo il caso in quanto, salvo poche eccezioni, non esiste una vera discussione teologica sulle strutture concrete della Chiesa cattolica in Svizzera. C'è qui una grande necessità di un'autentica "inculturazione" del lavoro ecclesologico nella Chiesa svizzera»<sup>(12)</sup>. In conclusione egli ha osservato: «Proprio nella difficile situazione di oggi la Chiesa può continuare la sua strada verso il futuro in modo credibile, conscia della sua identità, solo se trova delle strutture che non ostacolino o impediscano la sua identità ecclesologica, ma la esprimano e la rafforzino in modo adeguato»<sup>(13)</sup>.

Nello stesso articolo egli ha anche ricordato che «lo storico della Chiesa Markus Ries di Lucerna constata giustamente che i sistemi di diritto ecclesiastico, a causa del loro influsso sull'autocomprensione dei fedeli e per i loro meccanismi decisionali, provocano l'idea ecclesologicamente fatale "secondo cui la Chiesa va percepita più come il prodotto di una volontà comune dei suoi membri e meno come sacramento della comunità vitale con Dio; una tendenza che porta con sé il pericolo di un'assimilazione della Chiesa alle strutture dell'ambito civile"»<sup>(14)</sup> (ivi, p. 58).

Sul tema delle dimissioni dalla Chiesa, egli ha osservato che qui «si acutizza il problema strutturale dei sistemi di diritto ecclesiastico. Da un lato non esiste, per la fede cattolica, una uscita dalla Chiesa tranne per eresia o defezione dalla fede. Dall'altro esiste il pericolo della prassi del diritto ecclesiastico di identificare, nonostante il rispetto della visione cattolica, l'appartenenza canonica alla Chiesa con l'essere membro del Comune ecclesiastico di residenza. Così il ritiro dal Comune ecclesiastico va considerato come una uscita dalla Chiesa; una uscita però ecclesologicamente impossibile» (ivi, p. 60).

L'autore conclude facendo notare che «viene così alla luce la trappola più elementare innescata dai sistemi di diritto ecclesiastico, cioè la dipendenza della Chiesa dallo Stato. Questa dipendenza ha come risultato che non sarà più la Chiesa a decidere sulla futura forma della vita ecclesiale, ma i cittadini» (ivi, p. 68).

Fra i canonisti svizzeri, l'analisi critica più approfondita delle attuali strutture di diritto ecclesiastico è stata formulata da Martin Grösching. In modo espressivo egli ha paragonato tali strutture ad «un cavallo di Troia nella Chiesa dal quale fuoriescono sempre più ele-

(12) K. KOCH, *I sistemi di diritto ecclesiastico nella Svizzera tedesca e l'ecclesiologia del Concilio Vaticano II. Un'analisi teologica della situazione attuale*, in «Ius Ecclesiae» 13 (2001), p. 58.

(13) *Ibid.*, p. 70.

(14) M. RIES, *Die Kirchenfinanzierung in der Schweiz*, in «Geschichte des kirchlichen Lebens in den deutschsprachigen Ländern seit dem Ende des 18. Jahrhunderts», a cura di E. Gatz, vol. VI: «Kirchenfinanzen», Freiburg i.Br., 2000, p. 370.

menti estranei alla Chiesa, senza che il Magistero possa svolgere i suoi compiti, in quanto, nel migliore dei casi, è rinchiuso in una gabbia dorata o semplicemente viene messo fuori gioco». Egli chiede perciò che non sia più la democrazia ad essere alla base della cooperazione tra Chiesa e Stato, ma solo la garanzia della libertà di religione per le corporazioni, una libertà che contribuirebbe essenzialmente «alla conservazione dell'identità delle comunità religiose come comunità di fede ed al rafforzamento dell'identità dello Stato come ente secolare»<sup>(15)</sup>.

### 3. *Una sentenza inaccettabile per la Chiesa cattolica.*

In modo sintetico ricordo anzitutto i termini del litigio su cui si è pronunciato il Tribunale Federale.

Il 9 dicembre 2000 un fedele (residente nel Canton Lucerna) comunicava per scritto al proprio Comune ecclesiastico la sua dimissione, al contempo dichiarava però che questa dimissione si riferiva solo alla Chiesa cantonale e non alla Chiesa cattolica, alla quale continuava a voler appartenere. In data 19 dicembre 2001 la Chiesa cantonale gli negò tale possibilità, affermando che, se voleva dimettersi dal Comune ecclesiastico e dalla Chiesa cantonale (ottenendo così la cessazione dell'obbligo di pagare ad essi le tasse ecclesiastiche), doveva necessariamente dichiarare le dimissioni dalla Chiesa cattolica. Contro tale decisione egli fece ricorso al Tribunale Federale Svizzero, affermando che veniva lesa la sua libertà religiosa. In data 18.XII.02 il Tribunale rifiutò il ricorso e confermò la legittimità della richiesta dei menzionati enti civili.

La sentenza ha quale nucleo della sua motivazione una interpretazione che non può non suscitare perplessità. Si afferma infatti che il nesso esistente fra la Chiesa cattolica e gli organi locali (Comune ecclesiastico e Chiesa cantonale) permette di concepire in modo unitario l'appartenenza alla prima e a questi organi. Di conseguenza, sarebbe contraddittorio voler appartenere alla Chiesa cattolica ma non al Comune ecclesiastico e alla Chiesa cantonale. La prima è infatti — afferma la sentenza — un'istituzione suprema (*eine Dachorganisation*) che ingloba il Comune ecclesiastico e la Chiesa cantonale. «Gli organi locali sono al contempo organi dell'istituzione suprema, agiscono in suo favore e per suo incarico»<sup>(16)</sup>.

<sup>(15)</sup> M. GRICHTING, *Chiesa e stato nel Cantone di Zurigo. Un caso unico nel diritto ecclesiastico dello Stato nei confronti della Chiesa cattolica*, Roma, 1997, p. 285 e p. 293. Titolo originale: *Kirche oder Kirchenwesen? Zur Problematik des Verhältnisses von Kirche und Staat in der Schweiz, dargestellt am Beispiel des Kantons Zürich*, Freiburg Schweiz 1997.

<sup>(16)</sup> «Die Organe vor Ort sind zugleich Organe der Dachorganisation bzw. handeln in ihrem Interesse und Auftrag».

La perplessità della menzionata interpretazione si deve al fatto di considerare il Comune ecclesiastico e la Chiesa cantonale quali organi della Chiesa cattolica. Ciò è vero per la parrocchia e per la diocesi, ma non per il Comune ecclesiastico e la Chiesa cantonale che sono invece enti statali. Questi ultimi, anche se hanno stretti rapporti con la Chiesa cattolica, non sono propriamente suoi organi, non si regolano secondo il diritto canonico e secondo i principi che reggono la Chiesa, ma secondo i principi democratici e, di conseguenza, possiedono una ampia autonomia nei confronti delle autorità ecclesiastiche (vescovo e parroco).

Sembra perciò evidente che ci troviamo qui di fronte ad un errore interpretativo. Va però osservato che esso si trova anche nella legge del Canton Lucerna<sup>(17)</sup>, a cui la sentenza si riferisce.

Né questa sentenza, né questa legge sono accettabili per la Chiesa cattolica, poiché significherebbe porre i fedeli di fronte all'alternativa: o pagare le tasse alle rispettive istituzioni civili (Comune ecclesiastico, Chiesa cantonale) o dichiarare le loro dimissioni dalla Chiesa cattolica. Il non voler pagare delle tasse ad una istituzione civile non può infatti implicare, di per sé, l'obbligo di dimettersi dalla Chiesa.

La Chiesa cattolica non ha infatti mai imposto ai suoi fedeli il versamento di determinate tasse come condizione di appartenenza alla Chiesa stessa. La libertà dei fedeli di continuare ad appartenervi e non pagare le tasse alle menzionate istituzioni va tanto più rispettata in quanto che il sistema in vigore nella maggior parte dei Cantoni svizzeri presenta gravi inconvenienti, come alcuni vescovi svizzeri e diversi studiosi hanno ripetutamente fatto notare<sup>(18)</sup>. Va inoltre osservato che gli organi di governo delle menzionate istituzioni civili (Comuni ecclesiastici e Chiese cantonali) assumono a volte delle posizioni non pienamente in comunione con la Chiesa (permettere l'ordinazione delle donne, abolire l'obbligo del celibato, ecc.), causando conflitti di coscienza nei fedeli.

#### 4. *La necessità di trovare soluzioni più adeguate.*

La situazione sorta in diversi Cantoni svizzeri, sia a motivo di questa sentenza, sia per le leggi che regolano l'appartenenza ai Comuni ecclesiastici e alle Chiese cantonali<sup>(19)</sup>, sia per una recente dichiarazione della Conferenza centrale delle varie Chiese cantonali<sup>(20)</sup>,

---

(17) Lo stesso si può dire di altri Cantoni come, ad esempio, San Gallo e Friburgo.

(18) Cfr. i riferimenti suesposti.

(19) Leggi che obbligano chi vuole dimettersi da queste istituzioni civili a dichiarare la dimissione dalla Chiesa cattolica.

(20) Il Comitato direttivo delle Chiese cantonali svizzere ha pubblicato il

sembra perciò richiedere un intervento dell'autorità ecclesiastica, affinché venga rifiutata tale inaccettabile imposizione e si trovino soluzioni più adeguate.

Ciò implicherebbe la necessità che i vescovi diocesani indichino ai fedeli che intendono dimettersi dalle rispettive Chiese cantonali altri modi con cui compiere l'obbligo di «sovvenire alle necessità della Chiesa» (can 221 § 1). Queste possibilità potrebbero venire previste anche dalla Conferenza episcopale (cfr. can 1262).

In sintesi, si può dire che il problema fondamentale del Diritto ecclesiastico svizzero è quello che Giovanni Paolo II ha indicato ai vescovi svizzeri al termine della loro Visita *ad limina* nel settembre del 1997 quando ha ricordato che «la vita delle comunità locali deve inserirsi nelle strutture proprie della Chiesa, che si articolano in modo diverso da quello delle istituzioni civili»<sup>(21)</sup>.

Nella maggior parte dei Cantoni svizzeri succede invece proprio il contrario, la vita delle comunità locali è infatti principalmente inserita in istituzioni civili democratiche che differiscono sostanzialmente da quelle proprie della Chiesa.

Benché questo sistema possa essere risultato utile per la collaborazione dello Stato (soprattutto per quanto riguarda il finanziamento della Chiesa), esso non è in grado di garantire i principi su cui si regge la Chiesa. In modo particolare non rispetta la sua struttura gerarchica e non le permette di scegliere, nominare e sostituire il proprio personale conformemente alle proprie norme.

Ciò contraddice fra l'altro quanto contenuto nel Documento conclusivo della Riunione di Vienna della Conferenza per la Sicurezza e la Cooperazione in Europa del 1989 (CSCE, ora OSCE). Secondo tale documento, gli Stati partecipanti — fra cui la Svizzera — si impegnano a quanto segue:

«Al fine di assicurare la libertà dell'individuo di professare e praticare una religione [...] rispetteranno il diritto di tali comunità reli-

---

29.X.2003 una Dichiarazione sul tema dell'appartenenza e delle dimissioni dalla Chiesa in Svizzera (reperibile in [www.katb.ch/news/upload\\_rkz/kirchenmitgliedschaft-29.10.2003.pdf](http://www.katb.ch/news/upload_rkz/kirchenmitgliedschaft-29.10.2003.pdf)). Questa dichiarazione conclude invitando i vescovi e la Conferenza episcopale svizzera a cercare soluzioni valide per risolvere i problemi qui dibattuti: «Für die Erhaltung und Weiterentwicklung der bestehenden Regelungen lädt die Römisch-Katholische Zentralkonferenz die Bischöfe und die Bischofskonferenz ein, sich im Gespräch mit den kantonalkirchlichen Organisationen aktiv an der Suche nach tragfähigen Lösungen für die pastoralen, kirchenrechtlichen und staatsrechtlichen Fragen zu beteiligen».

<sup>(21)</sup> GIOVANNI PAOLO II, *Discorso all'Episcopato Elvetico in visita «ad limina»*, ne «L'Osservatore Romano», 5 settembre 1997; in AAS 98 (1998), p. 509: «Das Leben der Ortsgemeinden muss sich in die Strukturen einfügen, die der Kirche eigen und anders geartet sind als die bürgerlichen Institutionen».

giose<sup>(22)</sup> [...] di organizzarsi secondo la propria struttura gerarchica e istituzionale» (§ 16,4 II) e di «scegliere, nominare e sostituire il proprio personale conformemente alle rispettive esigenze e alle proprie norme» (§ 16,4 III).

Lo Stato deve perciò prestare attenzione affinché nella sua legislazione ecclesiastica la garanzia della libertà dell'individuo non porti ad una coercizione sulle comunità religiose. La libertà religiosa non è perfettamente garantita se lo fosse solo per l'individuo. Anche le comunità religiose hanno diritto alla libertà di organizzarsi secondo i dettami della loro fede.

*Arturo Cattaneo*

---

(22) Ci si riferisce alle « comunità di credenti che praticano o che sono disponibili a praticare la loro fede nel quadro costituzionale dei propri Stati » (§ 16,3).