

IUS ECCLESIAE

RIVISTA INTERNAZIONALE DI DIRITTO CANONICO

Vol. XVI - Num. 3 - Settembre-Dicembre 2004

PONTIFICIA UNIVERSITÀ DELLA SANTA CROCE
GIUFFRÈ EDITORE

Pagina bianca

SOMMARIO

DOTTRINA

- M. BALDUS, *Bildungsrechtliche Perspektiven des Religionsunterrichts an öffentlichen Schulen in Europa* 563
- P. DE POOTER, *La « mission canonique » et le « mandat » au sein des universités ecclésiastiques et catholiques. Un jeu de mots ou une distinction plus fondamentale?* 595
- J. MIÑAMBRES, *Il tributo diocesano ordinario come strumento di governo* 619

GIURISPRUDENZA

- TRIBUNALE DELLA ROTA ROMANA. *Matriten*. Nullità del matrimonio. Timore reverenziale. Esclusione dell'indissolubilità. Incapacità di assumere gli obblighi essenziali per cause di natura psichica. Incapacità « relativa ». Sentenza definitiva. 25 ottobre 2001. Stankiewicz, Ponente (con nota di H. FRANCESCHI F.) 641
- TRIBUNALE DELLA ROTA ROMANA. *Inter. Bonaëren. seu Moronen*. (Argentina). Nullitas matrimonii. Incid. nullitatis sententiae. Decreto. 4 marzo 2004. Turnaturi, Ponente (con nota di F. Pappadia: *Circa la competenza del tribunale d'appello nelle cause di nullità del matrimonio ex cann. 1683, 1524 § 1 e 1637 § 3*) 681

NOTE E COMMENTI

- J.M. HUELS, *Constitutive Law and Juridic Institutes* (C. 86) 711
- J.-P. SCHOUPPE, *L'émergence de la liberté de religion devant la Cour Européenne des droits de l'homme* (1993-2003) 741

RASSEGNA DI BIBLIOGRAFIA

Recensioni.

- J.I. ARRIETA, *Governance Structures within the Catholic Church* (B.E. Ferme). 773

P.A. BONNET, C. GULLO (eds.), <i>Diritto matrimoniale canonico (volume I)</i> (M. Gas i Aixendri)	775
A. G. CHIZZONITI (ed.), <i>Le carte della Chiesa. Archivi e biblioteche nella normativa pattizia</i> (J. Miñambres)	782
R. COPPOLA (ed.), <i>Il matrimonio nel diritto canonico e nella legislazione concordataria italiana. Atti del congresso nazionale Martina Franca</i> (C. Tammaro)	785
P. ERDŐ, <i>Egyházjog</i> (Ph. E. Gudenus)	789
J. FERRER ORTIZ (ed.), <i>Derecho eclesiástico del Estado español</i> (M.C. Garcimartín Montero)	792
D. LE TOURNEAU, <i>Le Droit Canonique</i> (R.D. Ruiz Mainardi)	796
R. MAZZOLA, <i>La pena latae sententiae nel diritto canonico: profili comparati di teoria generale</i> (D. Cito)	798
J. OTADUY, <i>Fuentes, interpretación, personas. Estudios de Derecho Canónico</i> (E. Baura)	801
B. PIGHIN, <i>Il seminario di Concordia-Pordenone</i> (J.I. Arrieta)	804
REGIONE ECCLESIASTICA LOMBARDIA. OSSERVATORIO GIURIDICO LEGISLATIVO REGIONALE, <i>Regioni e confessioni religiose. Atti del seminario di studio. Milano, 12 aprile 2002</i> (A. Filipazzi)	808
C. TAMMARO, <i>La posizione giuridica dei fedeli laici nelle prelatore personali</i> (C. J. Errázuriz M.)	810
C. VENTRELLA MANCINI, <i>L'elemento intenzionale nella teoria canonistica del reato</i> (D. Cito)	812

DOCUMENTI

Atti della Santa Sede.

PONTIFICIO CONSIGLIO PER I TESTI LEGISLATIVI, Nota «La funzione dell'autorità ecclesiastica sui beni ecclesiastici», 12 febbraio 2004	817
PONTIFICIO CONSIGLIO PER I TESTI LEGISLATIVI, Nota «Elementi per configurare l'ambito di responsabilità canonica del Vescovo diocesano nei riguardi dei presbiteri incardinati nella propria diocesi e che esercitano nella medesima il loro ministero», 12 febbraio 2004	825

Legislazione particolare.

BRASILE, CONFERENZA EPISCOPALE BRASILIANA, Statuto della Conferenza episcopale brasiliana, 19 febbraio 2002 (con nota di J.I. Alonso Pérez, Nova et vetera nella Conferenza Nazionale dei Vescovi del Brasile)	831
--	-----

COLLABORATORI DI QUESTO FASCICOLO

MANFRED BALDUS, Professore Onorario di Diritto ecclesiastico - Universität zu Köln (Germania)

PATRICK DE POOTER, Docente di Diritto ecclesiastico - Institut International Chanoine Triest (Belgio)

JOHN M. HUELS, Professor of Canon Law - Saint Paul University (Canada)

JESÚS MIÑAMBRES, Straordinario di Diritto patrimoniale canonico - Pontificia Università della Santa Croce

JEAN-PIERRE SCHOUPPE, Docente di Diritto canonico - Pontificia Università della Santa Croce

Hanno collaborato anche: J.I. ALONSO PÉREZ, J.I. ARRIETA, E. BAURA, J. CANOSA, D. CITO, C.J. ERRÁZURIZ M., B.E. FERME, A. FILIPAZZI, H. FRANCESCHI, M.C. GARCIMARTÍN MONTERO, M. GAS I AIXENDRI, PH. E. GUDENUS, F. PAPPADIA, R.D. RUIZ MAINARDI, C. TAMMARO

Pagina bianca

Dottrina

Pagina bianca

MANFRED BALDUS

BILDUNGSRECHTLICHE PERSPEKTIVEN
DES RELIGIONSUNTERRICHTS
AN ÖFFENTLICHEN SCHULEN IN EUROPA (*)

1. *Einführung.*

Die religionssoziologische Landschaft Europas hat sich in den letzten Jahrzehnten deutlich verändert. Zwar mindert die Vorherrschaft des Profanen im öffentlichen Leben die Orientierungsbedeutung von Religion, offenbart aber auch die Notwendigkeit eines vorstaatlichen Wertekonsenses, der das weltliche Gemeinwesen trägt und für den — nach wie vor — keine andere Grundlage in Sicht ist als die abendländische Verwobenheit von antiker Philosophie, Aufklärung und Christentum in seinen verschiedenen, histo-

(*) Gekürzte, aber mit Anmerkungen versehene Fassung eines Vortrags, den der Verfasser beim *Europäischen Forum für schulischen Religionsunterricht* am 15. April 2004 in Palermo gehalten hat.

Abkürzungen, soweit nicht in den Anmerkungen aufgelöst.

EG-V = Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, konsolidierte Fassung des Amsterdam-Vertrages.

EuGrRCh = Europäischer Rat, Charta der Grundrechte der Europäischen Union vom 7. 12. 2000.

EU-V = Vertrag über die Europäische Union (Maastricht-Vertrag), konsolidierte Fassung des Amsterdam-Vertrages.

EU-VE = Europäischer Konvent, Entwurf einer Verfassung der Europäischen Union vom 12.6.2003 (CONV 797/1/03 Rev 1): Teil I mit der Präambel, Teil II Charta der Grundrechte (EuGrRCh). Die für die folgenden Ausführungen relevanten Bestimmungen des Entwurfs sind unverändert in den Beschluß der Staats — und Regierungschefs vom 18.6.2004 über die «Vorläufige konsolidierte Fassung des Vertrages über eine Verfassung für Europa» (abrufbar unter <http://europa.eu.int>) eingegangen.

SC InstCath = Sacra Congregatio pro Institutione Catholica.

risch bedingten Denominationen. Zugleich treten Gruppen und Bewegungen hervor, die entweder — wie der Islam — erst durch Migration auf dem Kontinent Fuß fassen konnten oder die — als Sekten oder Weltanschauungsverbände — das gesellschaftliche Klima für ihre Missionstätigkeit zu nutzen hoffen. Unter Berufung auf die allgemein verfassungsrechtlich verbürgte Religions- und Weltanschauungsfreiheit möchte man das in den einzelnen Ländern unterschiedlich gewachsene Verhältnis von Kirchen und Staat durch ein Religionsrecht⁽¹⁾ ersetzen, das im wesentlichen von Gleichbehandlungsgrundsatz und Diskriminierungsverbot bestimmt ist. Angesichts dieser unübersichtlichen Lage interessiert es auch eine breitere Öffentlichkeit, welche Bedeutung Religion in der öffentlichen (staatlichen, kommunalen) Schule heutzutage hat und welcher rechtliche Gestaltungsrahmen bei einer Prognose zu beachten ist. In manchen Mitgliedstaaten der Europäischen Union (EU) wird über religiöse Symbole in Schulräumen, über eine spezifisch christliche Orientierung des allgemeinen Unterrichtsprogramms und Religionsunterricht für nichtchristliche Bekenntnisse diskutiert. Auch in der aktuellen Verfassungsdebatte haben diese Fragen einen konkreten Bezugspunkt. Die Europäische Verfassung wird sowohl eine Regelung über das Verhältnis von Kirche und Staat (Art. I-51)⁽²⁾ als auch über Religionsfreiheit (Art. II-10) und Bildung (Art. II-14 unter ausdrücklicher Hervorhebung des Elternrechts auf religiöse Kindererziehung) enthalten.

Die Union ist eine auf Integration angelegte Staatengemeinschaft besonderer Art⁽³⁾. Zwar ist auf dem Gebiet der allgemeinen

(1) Vgl. CZERMAK, GERHARD, «Religions(verfassungs)recht» oder «Staatskirchenrecht»? in: *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (NVwZ)* 1999, S. 743 f.; WALTER, CHRISTIAN, Staatskirchenrecht oder Religionsverfassungsrecht, in: GROTE, RAINER u.a. (Hrsg.), *Religionsfreiheit zwischen individueller Selbstbestimmung, Minderheitenschutz und Staatskirchenrecht*, Berlin 2001, S. 215-240.

(2) Vgl. hierzu jüngst SCHNABEL, PATRICK ROGER, Die Stellung der Kirchen im Verfassungsvertrag der EU, in: *Kirche u. Recht (KuR)* 2003, S. 155-178; ROBBERS, GERHARD, Der Dialog zwischen Europäischer Union und Kirchen, in: *Festschrift für Joseph Listl zum 75. Geburtstag*, hrsg. von WILHELM REES, Berlin 2004, S. 753-759.

(3) Zur Deutung der Europäischen Union als ein gegenüber den klassischen Formen des Staats- und Völkerrechts neuartiges Gebilde vgl. Entscheidung des (deutschen) Bundesverfassungsgerichts (BVerfGE) 89, 155 (189, 195); SCHÖNBERGER, CHRISTOPH, Die Europäische Union als Bund, in: *Archiv des öffentlichen Rechts (AÖR)* 129 (2004), S. 81-120.

Bildung die Unionskompetenz auf Fördermaßnahmen und Empfehlungen beschränkt, dies unter ausdrücklichem Ausschluß jeglicher Harmonisierung der nationalen Rechts- und Verwaltungsvorschriften (Art. 149 Abs. 4 EG-V)⁽⁴⁾, dennoch werden die Mitgliedstaaten mehr als früher geneigt sein, Regelungslücken im eigenen Recht bei ähnlich gelagertem bildungssoziologischen Befund nach dem Vorbild von Nachbarländern zu schließen. Die von der Gemeinschaft angestrebte «*Entwicklung einer qualitativ hochstehenden Bildung*» (Art. 149 Abs. 1 EG-V) soll durch Zusammenarbeit erreicht werden, d.h. durch einen Erfahrungsaustausch, der insbesondere innereuropäische Bildungsbarrieren beseitigt. Die im Föderalismus begründete Verantwortung der Mitgliedstaaten für die Lehrinhalte und die Gestaltung des Bildungssystems wie die Vielfalt der Kulturen und Sprachen (Art. 149 Abs. 1 EG-V) bildet kein Hindernis für diese Zusammenarbeit, sondern wird gerade als Triebfeder des Integration verstanden.

In diesen rechtspolitischen Prozeß ist insbesondere der katholische Religionsunterricht an öffentlichen und freien Schulen einbezogen. Das universalkirchliche Recht kennt Vorschriften über den Religionsunterricht, insbesondere über seine Beaufsichtigung durch die kirchliche Autorität und über die Religionslehrer⁽⁵⁾, die größtenteils auch vom weltlichen Verfassungsrecht als Gegenstand kirchlicher Autonomie anerkannt sind. Was hiernach in allen Ländern der Europäischen Union gilt, hat *eo ipso* eine integrative und damit europäische Komponente.

Als rechtspolitischer Ausgangsbefund ist einerseits erheblich, daß — wie man sehen wird — in allen mitgliedstaatlichen Rechten Religion als Thema schulischer Unterweisung vorkommt; ein Verbot des Religionsunterrichts an öffentlichen Schulen gibt es nur in einem einzigen EU-Mitgliedstaat, nämlich Frankreich, und selbst dort nicht einmal lückenlos. Andererseits wird von religiöser Gleichgültigkeit in weiten Teilen nicht nur der jungen Generation berichtet, von mangelnder Akzeptanz der Glaubensverkündigung,

(4) Vgl. FECHNER, FRANK, Kultur und Bildung im Europarecht, in: Recht der Jugend und des Bildungswesens (RdJB) 1996, S. 35-47.

(5) Cc. 804, 805 CIC. Über den Religionsunterricht und Religionslehrer vgl. REES, WILHELM, Der Religionsunterricht, in: LISTL, JOSEPH/SCHMITZ, HERIBERT (Hrsg.), Handbuch des kath. Kirchenrechts, 2. Aufl., Regensburg 1999 (HdbKathKR), S. 734-749 m.w.H.

aber auch von dem oft unbeholfen artikulierten Verlangen nach Orientierung in wesentlichen Lebensfragen.

Es wird nicht zu vermeiden sein, daß in den folgenden Überlegungen häufig der deutsche Erfahrungshorizont und die hierauf beruhenden Erwartungen (oder auch Befürchtungen) im Hinblick auf das Europarecht sichtbar werden. Man mag dies als Anzeichen dafür werten, daß wir erst am Anfang eines vertieften fachwissenschaftlichen Dialogs auf europäischer Ebene stehen.

2. *Gegenwärtiger Rechtsstatus des Religionsunterrichts an öffentlichen Schulen in den EU-Mitgliedstaaten.*

Der Bericht umfaßt die Länder der EU, einschließlich der zehn im Jahre 2004 hinzugetretenen Mitglieder (Estland, Lettland, Litauen, Malta, Slowakei, Slowenien, Polen, Tschechien, Ungarn, Zypern)⁽⁶⁾. Die hier erforderlichen Ermittlungen erwiesen sich als unerwartet schwierig, weil es einen aktuellen Länderbericht auf der Basis der Europäischen Union speziell für das Fach Religionslehre noch nicht gibt. Man ist daher auf eine Dokumentation angewiesen, die für das Symposium «Religionsunterricht an öffentlichen Schulen in Europa» 1991 in Rom⁽⁷⁾ erstellt wurde. Diese wird hier in ihren wesentlichen Zügen unter anderem auf der Grundlage des «Informationsnetzes zum Bildungswesen in Europa» (*EURYDICE*) und staatskirchenrechtlicher Literatur zum Europarecht⁽⁸⁾ fortgeschrieben. Unschärfen werden dabei schon aus Raumgründen nicht zu vermeiden sein.

⁽⁶⁾ Übersicht betr. Religionsunterricht in europäischen Ländern außerhalb der EU in Anm. 36.

⁽⁷⁾ Vgl. *Sekretariat der Deutschen Bischofskonferenz* (Hrsg.), *Religionsunterricht an öffentlichen Schulen in Europa*, Dokumentation eines Symposions vom 13.-15. April 1991 in Rom, Bonn 1991 (Arbeitshilfen H. 91).

⁽⁸⁾ Die rechtsvergleichende Spezialliteratur zum Religionsunterricht in den älteren Mitgliedstaaten der EU ist weitgehend überholt, neueren Datums nur: SAUER, RALPH, *Der Religionsunterricht im europäischen Vergleich*, in: *Religionspädagogische Beiträge* 2000, S. 137-151 (dort Anm. 1 auch Hinweise auf älteres Schrifttum); SCHREINER, PETER (Hrsg.), *Religious Education in Europe*, Münster 2000; BRENNER, MICHAEL, *Religionsfreiheit und Erziehung in Westeuropa*, in: *RdJB* 2002, S. 389-404. Für Übersichten sei generell verwiesen auf das «*Informationsnetz zum Bildungswesen in Europa (EURYDICE)*» unter <http://www.eurydice.org>, dort insbesondere *Länderübersichten*. Zur staatskirchenrechtlichen Lage insgesamt vgl. Jahresberichte in Euro-

In fast allen Ländern wird an öffentlichen Schulen Religion als Unterrichtsfach angeboten, freilich mit Unterschieden hinsichtlich der Unterrichtskonzeption, der Strukturmerkmale, des Status der Religionslehrer und der Beteiligung der Kirchen.

a) Religionsunterricht an öffentlichen Schulen ist *nicht vorgesehen* in Frankreich und – soweit feststellbar – in Slowenien. In Frankreich beruht der Ausschluß von Religionsunterricht auf dem sog. Trennungsgesetz von 1905, so daß die zwischen 1871 und 1919 zu Deutschland gehörenden Landesteile Elsaß und Lothringen⁽⁹⁾ hiervon nicht betroffen waren. Hier gilt die durch das deutsche Recht begründete Rechtslage im wesentlichen fort, d.h. konfessioneller Religionsunterricht ist Teil des allgemeinen Lehrplans an öffentlichen Schulen. Im übrigen zeichnet sich schon seit einiger Zeit eine Auflockerung des verfassungsrechtlichen Prinzips der Laizität (*laïcité*) ab. So ist eine Schulseelsorge (*aumônerie de l'enseignement public*) in der Sekundarstufe I der Gymnasien auf Antrag der Eltern zugelassen. Der Mittwochnachmittag wird vom öffentlichen Grundschulunterricht freigehalten, um pfarrgemeindlich getragene Katechese (mit Zustimmung des Schulleiters auch in den Räumen der öffentlichen Schule) zu ermöglichen. In Slowenien, wo sich das Verhältnis von Kirche und Staat zunächst positiv entwickelt hatte, scheint hauptsächlich der kirchenpolitische Kurs der derzeitigen Regierung für die ungünstige Lage des Religionsunterrichts verantwortlich zu sein⁽¹⁰⁾. In den Niederlanden, deren

pean Journal of Church and State Research (EJChStR), bisher 8 Bde, Löwen 1994-2000. Für die Beitrittsländer (2004) vgl. MESSNER, FRANCIS (Hrsg.), *Le statut des confessions des Etats candidats à l'Union Européenne. Actes du Colloque*, 17.-18. 11. 2000 Strasbourg, Milano 2003; SCHANDA, BALÁZS, Staat und Kirche in den Beitrittsländern der Europäischen Union, in: KuR 2003, S. 117-128 (124 f.); ders., Staatskirchenrecht in den neuen Mitgliedstaaten der Europäischen Union, in: Festschrift für Joseph Listl zum 75. Geburtstag (s. Anm. 2), S. 797-810 (806-808).

⁽⁹⁾ Es handelt sich um die heutigen Départements Bas-Rhine, Haut-Rhine und Moselle.

⁽¹⁰⁾ Für 2001 war die allgemeine Einführung eines nichtkonfessionellen Wahlfachs «Religion und Ethik» vorgesehen; vgl. Herder-Korrespondenz (HK) 1996, S. 229. Nunmehr werden Schulräume für kirchlich veranstalteten Religionsunterricht zur Verfügung gestellt, wenn die Kirche nicht über eigene Räumlichkeiten verfügt; vgl. STURM, *The State and Church Relationship in Slovenia*, in: MESSNER, *statut des confessions* (s. Anm.8), S. 157 ff. (178). GÖLLNER (MANFRED, *Die Bildungs- und Lehraufgaben des Ethikunterrichts in Europa im Vergleich*, Münster 2002., S. 245) bezeichnet den schulischen Religionsunterricht in Slowenien als eines von sechs (jährlich

Bildungssystem durch Freie Schulen vorwiegend in kirchlicher Trägerschaft und entsprechenden konfessionellen Religionsunterricht bestimmt ist⁽¹¹⁾, findet an öffentlichen Schulen eine religiöse Unterweisung nur ausnahmsweise (in der Primarstufe auf Antrag der Eltern) statt⁽¹²⁾.

b) Weit überwiegend wird Religionsunterricht *auf konfessioneller Basis*⁽¹³⁾ angeboten, nämlich in Belgien, Deutschland (mit Ausnahme des Landes Bremen), Finnland, Italien, Lettland⁽¹⁴⁾, Litauen, Luxemburg, Malta, Nordirland⁽¹⁵⁾, Österreich, Polen, Portugal, Schottland⁽¹⁶⁾, der Slowakei, Spanien, Tschechien und Un-

wählbaren) «Freifächern». Bei den Beratungen zu dem am 28.1.2004 ratifizierten Grundlagenvertrag mit dem Hl. Stuhl vom 14.12.2001 konnte eine Einigung über konfessionellen Religionsunterricht an öffentlichen Schulen nicht erzielt werden; vgl. ZÄUNER, TOBIAS, *Lebendig und aktiv — Eindrücke von der kath. Kirche in Slowenien*, in: HK 2003, S. 355-359 (356 f.).

(11) Vgl. BALDUS, MANFRED, *Die katholischen Freien Schulen im Kontext der europäischen Rechtsangleichung*, in: *Kirche und Religion im sozialen Rechtsstaat — Festschrift für Wolfgang Rübner zum 70. Geburtstag*, hrsg. von STEFAN MUCKEL, Berlin 2003, S. 33-66 (48). Angesichts der fortgeschrittenen Säkularisierung favorisieren die katholischen Bischöfe des Landes allerdings anstelle des konfessionellen Religionsunterrichts einen «Unterricht in Lebensfragen» (Levo); Näheres bei SAUER, *Religionsunterricht* (s. Anm. 8), S. 141.

(12) Auf der Primarstufe ist als obligatorisch ein Unterricht mit der Bezeichnung «*geestlijke stromingen*» vorgesehen, der nicht auf eine bestimmte Religion oder Weltanschauung ausgerichtet ist.

(13) Wesentliches Merkmal der Konfessionalität des Religionsunterrichts: 1) der Unterrichtsinhalt beruht auf der Lehre einer bestimmten Kirche oder Religionsgemeinschaft, 2) mindestens die Lehrkräfte gehören dieser Religionsgemeinschaft an. Die katholische Kirche verlangt im Hinblick auf den Verkündigungscharakter des Religionsunterrichts darüber hinaus grundsätzlich die konfessionelle Homogenität der Schülerschaft, jedoch haben auch andersgläubige Schüler in einigen europäischen Ländern (so in Deutschland und Italien) aufgrund einer entsprechenden Verständigung zwischen Staat und Kirche Zugang zum katholischen Religionsunterricht an öffentlichen Schulen.

(14) Konfessioneller Religionsunterricht (Christliche Ethik) ist als Lehrangebot der Religionsgemeinschaften bei einer Mindestzahl von Schülern zugelassen. Wenn «Christliche Ethik» nicht angeboten werden kann, ist «Ethik» obligatorisches Unterrichtsfach; vgl. GÖLLNER, *Bildungs- u. Lehraufgaben* (s. Anm. 10), S. 206.

(15) In Nordirland ist das Schulwesen aus historischen und aktuellen Gründen vom Prinzip konfessioneller Trennung (mit entsprechendem Religionsunterricht) bestimmt. Es bestehen jedoch auch konfessionell integrierte Schulen, aber mit konfessionell getrenntem Religionsunterricht.

(16) In Schottland sind die katholischen Freien Schulen praktisch öffentliche

garn. Die Einrichtung erfolgt, wenn eine Mindestzahl von Schülern der betreffenden Konfession vorhanden ist, bedarf aber z.T. (so in Lettland und Litauen) zusätzlich eines Antrages der Eltern.

Nichtkonfessionell, d.h. als allgemeine Werteerziehung auf christlicher Basis (bisweilen mit einer deutlichen Orientierung an der vorherrschenden Glaubensrichtung) ist der Religionsunterricht organisiert in England und Wales⁽¹⁷⁾, Dänemark, Griechenland, Zypern und im deutschen Land Bremen.⁽¹⁸⁾ In Estland⁽¹⁹⁾, Schweden und im deutschen Land Brandenburg erscheint Religion als staatliches Angebot nur im Rahmen einer lebenskundliche Unterweisung (unter Einschluß vergleichender Religionskunde). In Frankreich ist der Unterricht in Staatsbürgerkunde und Moral («instruction civique») rein laizistisch, d.h. ohne religionskundlichen Bezug konzipiert⁽²⁰⁾.

Konfessioneller Religionsunterricht vermittelt «*die Glaubensinhalte und die Wertvorstellung der jeweiligen Religionsgemeinschaft im Sinne eines Identifikationsangebots*»⁽²¹⁾. Allerdings gibt es er-

Bekennnisschulen mit katholischem Religionsunterricht. Im übrigen wird in den öffentlichen Schulen «Religious and moral Education» als Fach angeboten.

⁽¹⁷⁾ In England und Wales werden die katholischen Freien Schulen als *maintained schools* oder *voluntary aided schools* dem öffentliche Sektor zugerechnet, haben aber konfessionellen Religionsunterricht.

⁽¹⁸⁾ Art. 141 der deutschen Bundesverfassung (Grundgesetz [GG]) gestattet dem Land Bremen, abweichend von der verfassungsrechtlichen Gewährleistung eines konfessionellen Religionsunterricht an öffentlichen Schulen (Art. 7 Abs. 3 GG) die Fortführung eines «Unterrichts in Biblischer Geschichte auf allgemein christlicher Grundlage» (Art. 32 Landesverfassung Bremen). Im Konkordat mit Bremen (s. Anm. 53) hat die kath. Kirche diese Regelung zur Kenntnis genommen, sich aber ein Recht zur Stellungnahme zu den Lehrplänen vorbehalten (Schlußprotokoll zu Art. 4 Abs. 2).

⁽¹⁹⁾ Hier ist das Unterrichtsfach «am christlichen Glauben und seiner kulturprägenden Tradition» orientiert; vgl. SCHREINER, PETER, Das Konzept eines nicht-konfessionellen Religionsunterrichts im europäischen Kontext, Expertentagung «Religion und Kultur», Zürich 16.12.2002, *Text online*, 8.

⁽²⁰⁾ In Frankreich wird die Einführung einer fächerübergreifenden Religionskunde («culture religieuse») etwa in Verbindung mit Geschichte, Philosophie und französischer Sprache erwogen; vgl. *L'enseignement du fait religieux dans l'école laïque*, Rapport de Régis Debray, Februar 2002.

Quelle: <http://www.education.gouv.fr/rapport/debray/default.htm>

⁽²¹⁾ Vgl. ILGNER, RAINER, Zur Situation des Religionsunterrichts an den öffentlichen Schulen in Europa, in: *Religionsunterricht an den öffentlichen Schulen in Europa* (s. Anm. 7), S. 15-40 (29).

hebliche landesrechtliche Unterschiede hinsichtlich des katechetischen Anteils d.h. der Unterrichtselemente, die die Einübung in die Glaubenspraxis einschließen⁽²²⁾. Das Spektrum reicht von «*Katechese in der Schule*» (Polen) bis «*Moralerziehung und katholische Religion*» (Portugal). Die katholische Kirche hält überdies daran fest, daß der konfessionelle Religionsunterricht an öffentlichen Schulen mindestens auch Verkündigungscharakter hat⁽²³⁾. Das hierauf beruhende Erfordernis der *missio canonica* für Religionslehrer⁽²⁴⁾ wird im staatlichen Dienstrecht als Anstellungs — oder Unterrichtsvoraussetzung grundsätzlich anerkannt⁽²⁵⁾.

Weniger aus rechtlichen Gründen als infolge des konfessionellen Übergewichts kommen in einzelnen Ländern *nur bestimmte Glaubensrichtungen* beim Religionsunterricht an öffentlichen Schulen zum Zuge, etwa die evangelisch-lutherische Konfession in Dänemark und Finnland (dort neben der orthodoxen Kirche), die römisch-katholische Konfession in Italien, Luxemburg, Malta, Portugal und Spanien. Italien läßt aber beispielsweise auf vertraglicher Basis eigene Lehrkräfte für andere Konfessionen (z.B. Juden und Waldenser) zum Religionsunterricht an öffentlichen Schulen zu oder stellt mindestens öffentliche Räume zur Verfügung.

c) Die verfassungsrechtlich sowohl in den Mitgliedstaaten als auch auf EU-Ebene gewährleistete Religionsfreiheit berührt die Struktur des Religionsunterrichts an öffentlichen Schulen als *Pflichtfach, Wahlpflichtfach oder Wahlfach*. Bei konfessioneller Gebundenheit des Unterrichts muß dem Schüler eine Ausweichmöglichkeit offengehalten werden. Aufgrund des elterlichen Erziehungsrechts steht den Erziehungsberechtigten bis zu einem be-

⁽²²⁾ Zum Begriff Katechese im Sinne von «lehrmäßiger Erschließung christlicher Glaubensinhalte, verbunden mit der Hinführung zum christlichen Lebensvollzug» vgl. COURTH, FRANZ, *Lexikon des Apostolats*, Wiesbaden 1995, S. 157-162 (157). Am deutlichsten tritt die Tendenz zur Beschränkung auf reine Wissensvermittlung im italienischen Schulrecht hervor.

⁽²³⁾ c. 761 CIC 1983. Vgl. REES, WILHELM, *Der Religionsunterricht*, in: *HdbKathKR*, S. 734-749 (735).

⁽²⁴⁾ Vgl. hierzu HEINEMANN, HERIBERT, *Die Mitarbeiter und Mitarbeiterinnen des Pfarrers*, in: *HdbKathKR*, S. 515-528 (527) m.w.H. auf die (einschränkende) Sonderbedeutung des Begriffs *missio canonica* (als *missio catechetica* für den Religionsunterricht) im deutschen Partikularrecht.

⁽²⁵⁾ Vgl. hierzu die tabellarische Übersicht bei ILGNER, *Situation* (s. Anm. 21), S. 40.

stimmten Lebensalter des Schülers (Religionsmündigkeit) diese Entscheidungsbefugnis zu. Macht der Schüler von seinem Ablehnungsrecht Gebrauch, dann fragt sich, wie das Defizit an sozialer Unterweisung auszugleichen ist, die im Religionsunterricht sonst miterfaßt wäre. Dies geschieht durch Zuordnung eines anderen Faches, das in den meisten EU-Mitgliedstaaten ohnehin für Schüler eingerichtet ist, die keiner am Religionsunterricht beteiligten Glaubensgemeinschaft angehören, und beispielsweise als « Ethik », « Werte und Normen », « Lebensgestaltung, Ethik Religionskunde », « Persönliche und soziale Entwicklung », « moral laïque », « Erziehung zum Gemeinschaftsleben », « Philosophieren mit Kindern » oder « Philosophie » bezeichnet wird⁽²⁶⁾. Dieses Fach wird entweder als *Alternativfach* (Wahlpflichtfach) vom Schüler statt des Religionsunterrichts gewählt oder ist als *Ersatzfach* mit der Ablehnung des Religionsunterrichts ohne weiteres verpflichtend.

Der konfessionelle Religionsunterricht ist *Pflichtfach* überwiegend in Deutschland sowie in Finnland, den französischen Landesteilen Elsaß und Lothringen, Irland, Malta und Österreich. In Belgien, einigen deutschen Ländern, Litauen, Luxemburg, der Slowakei, Spanien und Portugal⁽²⁷⁾ ist er mindestens für einen Teil des Bildungsganges⁽²⁸⁾ *Wahlpflichtfach*. Als *Wahlfach* wird der Religionsunterricht an öffentlichen Schulen in Italien⁽²⁹⁾, Lettland, Polen, Tschechien und Ungarn angeboten. In einigen Mitgliedstaaten

(26) Übersicht bei GÖLLNER, Bildungs- und Lehraufgaben (s. Anm. 10). Insbesondere betr. die Verpflichtung zur Teilnahme an einem « Komplementärunterricht » nach deutschem Recht vgl. GULLO, PETER, Religions- und Ethikunterricht im Kulturstaat, Berlin 2003, S. 191-300.

(27) Faktisch wird Ethikunterricht mangels Nachfrage nur an wenigen Schulen erteilt; vgl. GÖLLNER, Bildungs — und Lehraufgaben (s. Anm. 10), S. 186.

(28) Z.B. Slowakei: Kl. 5-10 Wahlpflichtfach, 11 u. 12 Wahlfach; Spanien: der Alternativunterricht (« Alternative Studien zum Religionsunterricht », « Gesellschaft, Kultur und Religion [*Sociedad Cultura Religión* -SCR-] ») ist in den Kursen der beiden Sekundarstufen unterschiedlich organisiert, SCR als opción confesional / opción no-confesional vgl. auch ÁLEX SEGLERS GOMEZ-QUINTERO, Religious Education in the Spanish School System, in: Journal of Church and State 46 (2004), S. 561-573; die Regierung Zapatero beabsichtigt jedoch, die von der Regierung Aznar veranlaßte *Ley Orgánica de Calidad de la Educación* (LOCE, 2000) nicht auszuführen.

(29) Ob Religionsunterricht im italienischen Landesteil Südtirol « Pflichtfach mit Abmelderecht » ist (vgl. Tabelle bei ILGNER, Situation [s. Anm. 21], S.38), konnte nicht festgestellt werden.

ist der Religionsunterricht dadurch benachteiligt, daß eine Note nicht erteilt⁽³⁰⁾ oder für die Versetzungsentscheidung nicht berücksichtigt wird⁽³¹⁾.

Eine Verknüpfung des Religionsunterrichts mit einem Wahlpflichtfach oder Ersatzfach ist allerdings nicht in allen EU-Mitgliedstaaten vorhanden⁽³²⁾, so daß eine programmatische Lücke in der Werteerziehung besteht. Diese zu schließen ist ein dringendes Desiderat, je mehr Schüler von vornherein (z.B. wegen Konfessionslosigkeit) für den konfessionellen Religionsunterricht nicht in Betracht kommen. Ein *Ablehnungsrecht hinsichtlich des nichtkonfessionellen Religions- oder Lebenskundeunterrichts* ist, da es an einer Konfliktlage mit dem Grundrecht der Religionsfreiheit fehlt, meist nicht vorgesehen, jedoch gestatten einige Länder (so Dänemark, Estland, Finnland, Griechenland, Zypern und das deutsche Land Brandenburg) eine Freistellung, vorwiegend wenn der Schüler an dem von seiner Religionsgemeinschaft (meist außerhalb der Schulräume) veranstalteten Unterricht teilnimmt⁽³³⁾.

⁽³⁰⁾ So in Belgien, Dänemark, Spanien und Ungarn.

⁽³¹⁾ So in Luxemburg und Polen.

⁽³²⁾ In Deutschland gibt es keinen Alternativ- bzw. Ersatzunterricht in der Primarstufe und z.T. auch nicht in der Sekundarstufe I. Dänemark, Griechenland, Italien, Irland, Malta, Österreich (außer im Schulversuch) und Schottland sehen für Schüler, die nicht zur Teilnahme am Religionsunterricht verpflichtet sind (weil sie konfessionslos sind, einer nicht am öffentlichen Religionsunterricht beteiligten Religionsgemeinschaft angehören oder ihren konfessionellen Religionsunterricht nicht gewählt oder abgelehnt haben), keinen obligatorischen Ethikunterricht etc. vor. In Italien wird ein Ersatzpflichtfach für katholischen Religionsunterricht vom Obersten Gerichtshof verworfen; vgl. JOUVENAL LONG, DANIELA, Church and State in Italy in 1998, in: EJChStR 6 (1999), S. 135-143(141 f.). In Finnland können Schüler, die der lutherischen Kirche angehören, statt des Religionsunterrichts nicht das Fach Ethik wählen. Letzteres ist Pflichtfach für Schüler, die keinem Bekenntnis angehören, für das öffentlicher Religionsunterricht besteht; vgl. SEPPO, JUHA, Church and State in Finland in 2000, in: EJChStR 8 (2001), S. 241-253 (249 ff.). Nach einem vom Parlament im Jahre 2003 verabschiedeten Gesetz wird vom öffentlichen «Religionsunterricht im eigenen Glauben» der bekennnishaft Teil wie Andachten, Beten und Kirchenbesuche auch formal getrennt und die Teilnahme daran den Schülern freigestellt (vgl. KuR 2003, S. 196).

⁽³³⁾ Ist — wie in den meisten deutschen Ländern — für den Religionsunterricht nicht ein Alternativfach, sondern für den Ablehnungsfall ein Ersatzfach eingerichtet, scheidet für letzteres eine Ablehnungsmöglichkeit aus. Für die praktische Relevanz von Befreiungsgesuchen kann bedeutsam sein, in welchem Umfange die religiöse Minderheit Privatschulen betreiben kann. So werden in Zypern entsprechende

d) Veranstalter aller nicht konfessionsgebundenen Formen von Religions- oder Ethikunterricht ist der Staat. Auch der konfessionelle Religionsunterricht an öffentlichen Schulen liegt überwiegend in staatlicher Hand. In einigen Ländern, so in Lettland, den Niederlanden (auf der Primarstufe), Österreich, der Slowakei, Ungarn und in den deutschen Ländern Berlin und Brandenburg⁽³⁴⁾, wird der Religionsunterricht in den Räumlichkeiten der Schule von der Kirche, aber meist staatlich subventioniert veranstaltet. In diesem Falle weist die Einbeziehung in den übrigen Unterricht (Stundenplan, Benotung, Versetzungs- und Prüfungsrelevanz, Teilnahme der Religionslehrer an den Konferenzen) erhebliche Unterschiede auf⁽³⁵⁾⁽³⁶⁾.

Anträge vorwiegend von Zeugen Johovas und Maroniten gestellt, da die kleine römisch-katholische (lateinische) Minderheit ohnehin meist eigene kirchliche Privatschulen besucht.

⁽³⁴⁾ Vgl. betr. Brandenburg: Verordnung über den Religionsunterricht an Schulen v. 1. 8. 2002 (GVBl. II, S. 481 = Archiv für kath. Kirchenrecht (AkKR) 171 [2002], S. 522-526).

⁽³⁵⁾ Die Grenzen sind fließend. So ist nach der Verfassungsrechtsprechung in Portugal ein Unterricht in *kath. Moral und Religion* als ordentliches Lehrfach, vermittelt durch staatliche, aber kirchlich vorgeschlagene Lehrkräfte unbedenklich, wird aber gleichwohl nicht als Religionsunterricht *durch* die Schule, sondern *in* der Schule angesehen; vgl. CANAS, VITALINO, Staat und Kirche in Portugal, in: ROBBERS, GERHARD, Staat und Kirche in der Europäischen Union, Baden-Baden 1995, S. 281-302 (295 ff.).

⁽³⁶⁾ Religionsunterricht an öffentlichen Schulen in anderen europäischen Ländern außerhalb der EU (Auswahl):

Konfessioneller Religionsunterricht in: *Bosnien-Herzegowina mit Republik Sprska* (daneben als überkonfessionelles Fach «Kultur der Religionen»); *Bulgarien* (Wahlfach, Kl. 2-4 orth. / islam., überkonfessionell mit orth. Akzent in Sekundarstufe, Wahlfach Ethik), *Kroatien* (kath. / islam., kein Alternativfach), *Liechtenstein* (kath.), *Mazedonien* (orth./islam., in Vorbereitung), *Moldavien* (orth., Wahlfach), *Rumänien* (u.a. orth. röm.-kath. gr.-kath., Pflichtfach in 1-8, Wahlfach in 9-12/13, Ablehnungsrecht), *Russland* (kirchl. Religionsunterricht [der Russ.-orth. Kirche u. anderer gesetzlich anerkannter Religionsgemeinschaften] außerhalb der Schulstunden in schulischen u. kommunalen Räumen), *Schweiz* (nach Kantonalrecht als kirchlicher Unterricht in der Schule, z.T. integriert in den Stundenplan), *Serbien* (orth.), *Ukraine* (in Vorbereitung).

Nichtkonfessioneller Religionsunterricht a) auf christlicher Grundlage: *Norwegen* («Christentumskunde», Alternativfach «Weltanschauungskunde»), *ISLAND*, *SCHWEIZ* (z.B. Kanton Bern), b) als konfessionell-kooperativer Religionsunterricht in gemeinsamer Verantwortung von Staat und großen Konfessionen in der Schweiz (z.B. Kanton Zürich).

3. Entwicklungslinien insbesondere unter europarechtlichem Aspekt.

3.1 Verfassungsschulrecht

a) Am 13. Juni 2003 billigte der «Konvents zur Zukunft der Europäischen Union» den Entwurf für eine europäische Verfassung, die am 18. Mai 2004 von den Staats- und Regierungschefs mit einer Reihe von Abänderungen beschlossen wurde und nunmehr den Mitgliedstaaten zur Annahme auf der Grundlage eines Verfassungsvertrages vorliegt⁽³⁷⁾. In ihren II. Teil ist die *Charta der Grundrechte der Europäischen Union*⁽³⁸⁾ übernommen worden, die der Europäische Rat im Dezember 2000 in proklamierte hatte⁽³⁹⁾. In Art. II-14 Abs. 1 und 3 des Verfassungsentwurfs (VE-EU) erscheinen erstmals Recht auf Bildung, Privatschulfreiheit und Elternrecht ausdrücklich als primäres Gemeinschaftsrecht:

«Recht auf Bildung

(1) Jeder Mensch hat das Recht auf Bildung sowie auf Zugang zur beruflichen Ausbildung und Weiterbildung...

Türkei: Nichtkonfessionelles Pflichtfach («Religiöse Kultur und ethische Kenntnisse») auf der Grundlage des sunnitischen Islam; daneben wird in Ausblicken Kenntnis über andere Weltreligionen vermittelt.

Kein Religionsunterricht an öffentlichen Schulen: Albanien, Weißrußland.

Vgl. SCHREINER, PETER, Comenius Institut Münster, Coordination Group for Religious Education in Europe, Expertentagung «Religion und Kultur» Zürich 16. 12. 2002, *Text online*; Tagungsbeitrag von CUCOS, CONSTANTIN, Religionslehre als Unterrichtsfach in den Ländern Osteuropas mit orthodoxer Mehrheit beim «Europäischen Forum für schulischen Religionsunterricht», Palermo 2004.

⁽³⁷⁾ Abzurufen unter [www.http://europa.eu.int](http://europa.eu.int). Aus der Fülle des Schrifttums vgl. HÄBERLE, PETER, Die Herausforderungen des europäischen Juristen vor den Aufgaben unserer Verfassungs-Zukunft: 16 Entwürfe auf dem Prüfstand, in: Deutsches Verwaltungsblatt (DVBl.) 2003, S. 429-443.

⁽³⁸⁾ ABl. EG Nr. C 364 v. 18.12.2000. Zur historischen Herleitung vgl. zuletzt RIEDEL-SPANGENBERGER, ILONA, Europäische Grundrechtstraditionen, in: Festschrift für Carl Gerold Fürst, hrsg. von HARTMUT ZAPP u. a., Frankfurt /M. 2003, S. 135-153.

⁽³⁹⁾ Vgl. Art. I 14; LUTZ-BACHMANN, MATTHIAS, Plädoyer für eine europäische Verfassung, in: *StdZ* 2000, S. 181-190 (S. 189 f. insbesondere im Blick auf die Kultur- und Hochschulpolitik in Europa); CROMME, FRANZ, Verfassungsvertrag der Europäischen Union, in: *Die Öffentliche Verwaltung (DÖV)* 2002, S. 593-600 (600); SCHOLZ, RUPERT, Wege zur Europäischen Verfassung, in: *Zeitschrift für Gesetzgebung* 2002, S. 1-13.

(3) Die Freiheit zur Gründung von Lehranstalten unter Achtung der demokratischen Grundsätze sowie das Recht der Eltern, die Erziehung und den Unterricht ihrer Kinder entsprechend ihren eigenen religiösen, weltanschaulichen und erzieherischen Überzeugungen sicherzustellen, werden nach den einzelstaatlichen Gesetzen geachtet, welche ihre Ausübung regeln ».

Im Rahmen des Rechts auf Bildung und im Anschluß an Art. 2 des Zusatzprotokolls zur EMRK wird somit das Recht der Eltern gewährleistet, die Erziehung und den Unterricht der Kinder entsprechend ihren eignen religiösen Überzeugungen sicherzustellen; die Gewährleistung gilt nach Maßgabe der mitgliedstaatlichen Gesetze, die ihre Ausübung regeln⁽⁴⁰⁾. Sobald die Mitgliedstaaten diese europäische Verfassung auch als Vertrag verabschiedet haben, sind Recht auf Bildung und Elternrecht vollgültiges europäisches Verfassungsrecht⁽⁴¹⁾. Die religionsrechtliche Komponente dieser beiden Verfassungsnormen berührt auch den Religionsunterricht an öffentlichen Schulen.

Mit demselben verfassungsrechtlichen Rang sollen nunmehr gemäß Art. I-51 VE-EU⁽⁴²⁾ Kirchen und weltanschaulichen Gemeinschaften berücksichtigt werden:

⁽⁴⁰⁾ Zum Recht auf Bildung (Textvergleich und Gewährleistungsbereich in Europa) vgl. WEBER, ALBRECHT, Menschenrechte, München 2004, S. 693-719 Der Begriff *Überzeugung* ist nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) weit auszulegen; vgl. EGMR, Entscheidung vom 7.12.1976 (*Kjeldsen*), Ser. A/23, Erw.Nr. 16 = Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 1977, S. 487. Zum Elternrecht auf Erteilung und Empfang von Religionsunterricht als Gegenstand der 3. KSZE-Folgekonferenz 1986/89 vgl. OHLEMACHER, JÖRG, Religiöse Bildung in Europa und europäische Bildungspolitik, in: Berliner Theol. Ztschr. 2000, S. 238-262 (242 f.).

⁽⁴¹⁾ Zu europarechtlichen Perspektiven des Bildungsrechts jüngst BERGGREEN-MERKEL, INGEBORG, Aufbau eines Europäischen Bildungssystems, in: RdJB 2001, S. 133-150; CASPAR, JOHANNES, Die EU-Charta der Grundrechte und das Bildungsrecht, in: RdJB 2001, S. 165-180; FECHNER, Kultur (s. Anm. 4); MARTINEZ LÓPEZ-MUNIZ, JOSÉ LUIS, Política de educación, de formación profesional y de juventud, in: CALONGE VELÁSQUEZ, A. (Coord.), Políticas Comunitarias, Valladolid 2002; S. 320-353.

⁽⁴²⁾ Vgl. WENINGER, MICHAEL, Einige wesentliche religionsrechtliche und kirchenpolitische Aspekte des EU-Verfassungsvertrages, in: Österreichisches Archiv für Recht und Religion (öarr) 50 (2003), S. 96-102 (100-102), der insbesondere die Bedeutung von Abs. 3 und die damit gegebene Institutionalisierung eines offiziellen Dialogs hervorhebt. Hinsichtlich des Ranges der Kirchen als Teil der Zivilgesellschaft

(1) «Die Union achtet den Status, den Kirchen und religiöse Vereinigungen oder Gemeinschaften in den Mitgliedstaaten nach deren Rechtsvorschriften genießen, und beeinträchtigt ihn nicht. (2) Sie achtet den Status von weltanschaulichen Gemeinschaften in gleicher Weise (3) Die Union pflegt in Anerkennung der Identität und des besonderen Beitrags dieser Kirchen und Gemeinschaften einen offenen, transparenten und regelmäßigen Dialog mit ihnen».

Diese Bestimmungen — mit Ausnahme des neu hinzugekommenen Abs. 3 — fanden sich bisher nur in einer vertragsrechtlich nicht verbindlichen Erklärung Nr. 11 zum Amsterdam-Vertrag von 1997⁽⁴³⁾. Religionsunterricht an öffentlichen Schulen geschieht durchweg unter Beteiligung der Kirchen, ist also Gegenstand dieses mitgliedstaatlichen Staatskirchenrechts.

Relevant für die Kirchen ist auch Art. II-10 VE-EU über Gedanken-, Gewissens- und Religionsfreiheit, die in Verbindung mit Art. 9 Abs. 1 EMRK ausdrücklich das Recht einschließt, seine Religion gemeinsam mit anderen öffentlich oder privat durch Gottesdienst, *Unterricht*, Bräuche und Riten zu bekennen. Elemente der Religionsfreiheit kommen schließlich in Art. II-21 (Verbot der

und damit Dialogpartner der EU vgl. auch *Europäisch Regieren*. Ein Weißbuch vom 25.7.2001 KOM (2001) 428; Auszug in: *öarr* 50 (2003), S. 107-111.

⁽⁴³⁾ Vgl. hierzu jüngst im Überblick WEBER, HERMANN, Geltungsbereiche des primären und sekundären Europarechts für die Kirchen, in: *Zeitschrift für evangelisches Kirchenrecht (ZevKR)* 47 (2002), S. 221-247 (230 ff. m.w.H.). Aus der Fülle der deutschsprachigen Literatur zu europarechtlichen Bezügen des Staatskirchenrechts vgl. aus jüngerer Zeit: HEINTZEN, MARKUS, Die Kirchen im Recht der Europäischen Union, in: *Festschrift für Joseph Listl zum 70. Geburtstag*, hrsg. von JOSEF ISENSEE u.a., Berlin 1999, S. 29-47; WALL, HEINRICH DE, Europäisches Staatskirchenrecht, in: *ZevKR* 45 (2000), S. 157-172; KÄMPER, BURKHARD/SCHLAGHECK, MICHAEL (Hrsg.), Zwischen nationaler Identität und europäischer Harmonisierung: zur Grundspannung des Verhältnisses von Gesellschaft, Staat und Kirche in Europa, Berlin 2002; LECHELER, HELMUT, Ansätze zu einem «Unions-Kirchen-Recht» in der Europäischen Union, in: *Festschrift für Walter Leisner*, hrsg. von JOSEF ISENSEE u.a., Berlin 1999, S. 39-51; MÜLLER-GRAFF, PETER-CHRISTIAN/SCHNEIDER, HEINRICH (Hrsg.), Kirchen und Religionsgemeinschaften in der Europäischen Union, Baden-Baden 2003, S. 15-23; SCHANDA, BALÁZS, Staat und Kirche in den Beitrittsländern der Europäischen Union, in: *KuR* 2003, S. 117-128; SCHWARZ, KARL, Religionsfreiheit und Religionsgemeinschaften in den rechtlichen Strukturen eines künftigen Europa, in: *öarr* 50 (2003), S. 43-55;

Diskriminierung u.a. aus religiösen Gründen) und Art. II-22 (Respektierung u.a. religiöser Verschiedenheit) zum Ausdruck.

Damit sind die drei Perspektiven erkennbar, die für eine Würdigung des Religionsunterrichts an öffentlichen Schulen im Lichte des Europarechts wesentlich sind: Recht auf Bildung, Elternrecht und Staatskirchenrecht (Religionsrecht). Nach dem derzeitigen Stand der Beratungen ist nicht anzunehmen, daß der Verfassungsentwurf in diesen Punkten noch geändert wird.

Nun ist daran zu erinnern, daß der Verfassungsentwurf für das Elternrecht (Art. II-14) und das Staatskirchenrecht (Art. I-51) auf das mitgliedstaatliche Recht verweist. Art. II-10 VE-EU gewährleistet nur das Recht zur Religionsausübung durch Erteilung von Religionsunterricht, ohne damit ausdrücklich das öffentliche Bildungswesen des Staates zu erwähnen. Welche Bedeutung hat dann überhaupt noch das Europarecht für die schulrechtliche Situation des Religionsunterrichts in den Mitgliedstaaten? Erst recht mag Anlaß zu dieser Frage sein, wenn man daran erinnert, daß nach Art. 149 Abs. 4 [ex 126] EG-V⁽⁴⁴⁾ die Unionskompetenz für das allgemeine Bildungswesen⁽⁴⁵⁾ ⁽⁴⁶⁾, auf *Fördermaßnahmen* (unter ausdrücklichem Ausschluß jeglicher Harmonisierung von Rechts — und Verwaltungsvorschriften) und *Empfehlungen* beschränkt ist. Eingriffe durch Richtlinien etc. sind unzulässig. Lehrinhalte und Organisation des Bildungssystems bleiben also eine Angelegenheit der Mitgliedstaaten. Es ist ein Anliegen dieses Aufsatzes deutlich zu machen, daß die europarechtlichen Implikationen des Religionsunterrichts an öffentlichen Schulen wesentlich weiter reichen, als es vielleicht

(44) Vgl. CZYSZ, ARMIN, Bildungspolitische Rahmenbedingungen in der Europäischen Union, in: TIMMERMANN, HEINER (Hrsg.), *Bildung in der Europäischen Union*, Berlin 1995, S. 21-31 (25); SEIDEL, GERD/BECK, ALEXANDER, *Rechtliche Aspekte Der Bildungspolitik der EG*, in: *Jura* 1997, S. 393-400 (395 f.); DE WALL, *Staatskirchenrecht* (s. Anm. 43), S. 161 f.

(45) Vgl. RUHS, CHRISTIAN, *Zugang zur Bildung und Gleichbehandlung — der EuGH als Motor der Europäischen Bildungspolitik*, in: *Österreichische Juristenzeitung* 2002, S. 281-293 (284-286); HABLITZEL, HANS, *Harmonisierungsverbot und Subsidiaritätsprinzip im europäischen Bildungsrecht*, in: *DÖV* 2002, S. 407-414.

(46) Vgl. hierzu insgesamt Czysz, *Rahmenbedingungen* (s. Anm. 44), *passim*; FÜRST, ANDREAS, *Die bildungspolitischen Kompetenzen der Europäischen Gemeinschaft*, Frankfurt / M. 1999. Weitere bildungsrechtlich relevante Vertragsnormen (Art. 47 Abs. 1 [ex 57, Anerkennung von Zeugnissen etc.], 150 [ex 127, berufliche Bildung], 151 [ex 128, Kultur] EG-V) können hier unberücksichtigt bleiben.

bei einer schlichten Auflistung von Normen den Anschein haben mag. Angesichts der raschen Fortentwicklung des Europarechts sind überdies rechtspolitische Tendenzen mindestens ebenso wichtig wie eine Exegese des bereits vorhandenen Normenbestandes.

b) Eine Gewährleistung des Religionsunterrichts an öffentlichen Schulen auf Verfassungsebene kennen nur Belgien⁽⁴⁷⁾, Deutschland⁽⁴⁸⁾, Litauen⁽⁴⁹⁾, Malta⁽⁵⁰⁾ und Polen⁽⁵¹⁾⁽⁵²⁾. Alle anderen EU-Mitgliedstaaten sehen hierfür einfache schulgesetzliche Regelungen vor. Auch im Recht der Beitrittskandidaten ist die Entwicklung inzwischen weitgehend abgeschlossen. Eine über das einfache Landesrecht hinausgehende, im einzelnen freilich unterschiedliche Sicherung bieten die Konkordate des Heiligen Stuhls mit den deutschen Ländern⁽⁵³⁾, Italien⁽⁵⁴⁾, Lettland⁽⁵⁵⁾, Li-

⁽⁴⁷⁾ Art. 24 Verf. 1994

⁽⁴⁸⁾ Art. 7 Abs. 2 u. 3 GG 1949 (mit Vorbehalt in Art. 141 zu Gunsten einer anderweitigen Regelung am 1.1.1949; vgl. auch Anm. 18, 593. Entsprechende Bestimmungen aus dem Verfassungsrecht der deutschen Länder: Art. 18 Baden-Württemberg, Art. 136 Bayern, Art. 57 Hessen, Art. 14 Nordrhein-Westfalen, Art. 34 Rheinland-Pfalz, Art. 29 Saarland, Art. 15 Sachsen, Art. 27 Abs. 3 Sachsen-Anhalt, Art. 25 Thüringen.

⁽⁴⁹⁾ Art. 4 Verf. 1992.

⁽⁵⁰⁾ Sec.2 Abs. 3 Verf. 1964.

⁽⁵¹⁾ Art. 53 Abs. 4 Verf. 1997.

⁽⁵²⁾ In Österreich (Art. 14a Abs. 3a StGG) ist von Religionsunterricht nur in Zusammenhang mit der Begründung von Bundeszuständigkeit die Rede.

⁽⁵³⁾ Dokumentiert bei LISTL, JOSEPH (Hrsg.), Die Konkordate und Kirchenverträge in der Bundesrepublik Deutschland, 2 Bde, Berlin 1987. Zur weiteren Rechtsentwicklung insbesondere in den neuen deutschen Ländern seit 1989 vgl. VULPIUS, AXEL, Betrachtungen zu den evangelischen Kirchenverträgen in den neuen Ländern, in: GRABENWARTER, CHRISTOPH/LÜDECKE, NORBERT (Hrsg.), Standpunkte im Kirchen- u. Staatskirchenrecht: Ergebnisse eines interdisziplinären Seminars, Würzburg 2002, S. 216-234; WEBER, HERMANN, Neue Staatskirchenverträge mit der Katholischen Kirche in den neuen Bundesländern, in: Festschrift Martin Heckel, hrsg. v. KARL — HERMANN KÄSTNER u.a., Tübingen 1999, S. 463-. 493. Brandenburg: Konkordat vom 12.11.2003 (GVBl: 2004 I, 224), Art. 4 mit Schlußprotokoll. Im Konkordat mit Bremen vom 21. 11. 2003 (AAS 96[2004], S. 452) hat der Ap. Stuhl die sonst übliche Gewährleistung von Religionsunterricht an öffentlichen Schulen wegen einer Ausnahmelage im dortigen Verfassungsrecht nicht urgiert; s. auch Anm. 18.

⁽⁵⁴⁾ Konkordat vom 18.2.1984 AAS 77 (1985), S. 521, Art. 9. FERRARI (ALBERTO), Staat und Kirche in Italien, in: ROBBERS, Staat [s. Anm. 35], S. 185-209[188] nennt noch eine Vereinbarung von 1985 über die katholische Religionslehre an öffentlichen Schulen, die jedoch nicht aufgefunden werden konnte.

⁽⁵⁵⁾ Vereinbarung vom 25. 10. 2002 AAS 95 (2003), S. 102, Art. 14-17.

tauen⁽⁵⁶⁾, Malta⁽⁵⁷⁾, Österreich⁽⁵⁸⁾, Polen⁽⁵⁹⁾, Portugal⁽⁶⁰⁾, Ungarn⁽⁶¹⁾, der Slowakei⁽⁶²⁾ und Spanien⁽⁶³⁾⁽⁶⁴⁾, sowie entsprechende Vereinbarungen evangelischer Kirchen⁽⁶⁵⁾. Art. 307 Abs. 2 (ex 234) EG-V verpflichtet die Mitgliedstaaten, Verträge, die sie mit einem Staat außerhalb der Union abgeschlossen haben, den Erfordernissen des Europarechts anzupassen. Für die Union ist der Heilige Stuhl als Nichtmitglied eine solcher «Drittstaat»⁽⁶⁶⁾. Wegen der erwähnte Kirchenklausel in Art. I-51 VE-EU haben die

⁽⁵⁶⁾ Vereinbarung über die Zusammenarbeit in Bereichen der Erziehung und Kultur vom 5.5.2000 AAS 92 (2000), S. 783 = AkKR 169 (2000), S. 251, insbes. Art. 1-9.

⁽⁵⁷⁾ Vereinbarung über die katholischen Religionsunterricht an staatlichen Schulen vom 25.3.1995 AAS 90 (1998), S.30.

⁽⁵⁸⁾ Insbesondere Schulvertrag vom 9. 7. 1962 / 8. 3. 1971; Näheres bei LEISCHING, PETER, Das Verhältnis von Kirche und Staat in der Republik Österreich, in: HdbKathKR, S. 1294-1308 (1307).

⁽⁵⁹⁾ Konkordat vom 25.3.1998 AAS 90 (1998), S. 310, Art. 12.

⁽⁶⁰⁾ Konkordat vom 1940 / 1975; Art. XXI über den Religionsunterricht an öffentlichen Schulen wird als nichtig angesehen. Als Rechtsgrundlage für kirchlich veranstalteten Moral- und Religionsunterricht an öffentlichen Schulen gelten Art. 36 § 5, 67 § 2c Verfassung; vgl. CANAS, Staat (s. Anm. 35), S. 295-297.

⁽⁶¹⁾ Abkommen vom 9.2.1990 (nicht in AAS veröffentl.), vgl. zum Inhalt ERDŐ, PÉTER/SCHANDA, BALÁZS, Church and State in Hungary, in: EJChStR 6 (2000), S. 219-231 [223 f.], das allerdings nur auf die einschlägige kirchliche und staatliche Gesetzgebung verweist. Vereinbarung vom 3. 4. 1998 AAS 90 (1998), S. 330, Art. 2 (Staatszuschuß für kirchl. Religionsunterricht).

⁽⁶²⁾ Vereinbarung vom 24.11.2000 AAS 93 (2001), S. 136, Art. 13.

⁽⁶³⁾ Insbesondere die Vereinbarung vom 3. 1. 1979 (AAS 72 [1980], S. 37), u.a. Art. II u. III.

⁽⁶⁴⁾ In den *französischen Landesteilen Elsaß und Lothringen* und im *Großherzogtum Luxemburg* ist nicht von einer konkordatsrechtlichen Grundlage des Religionsunterrichts an öffentlichen Schulen auszugehen, weil das Napoleonische Konkordat von 1801 hierzu keine Regelung enthält; vgl. BASDEVANT-GAUDEMET, BRIGITTE, Kirche und Staat in Frankreich, in: HdbKathKR, S. 1323-1342 (1341 f.); PAULY, ALEXIS, Staat und Kirche in Luxemburg, in: ROBBERS, Staat (s. Anm. 35), S. 211-228 (219). Allerdings wurde in Luxemburg zwischen Regierung und Erzbischof am 31.10.1997 eine Vereinbarung u.a. über den katholischen Religionsunterricht auf der Primarstufe geschlossen; vgl. PAULI, ALEXIS, Religions et Etat au Grand-Duché de Luxembourg en 1998, in: EJChStR 6 (1999), S. 145-147 (146 f.).

⁽⁶⁵⁾ In Deutschland (Quellen s. Anm. 53). Zu *Slowenien* s. oben Anm. 10.

⁽⁶⁶⁾ Vgl. OPPERMANN, THOMAS, Europarecht, 2. Aufl., München 1999, Rz.208; kritisch hierzu HEINIG, HANS MICHAEL, Öffentlich-rechtliche Religionsgesellschaften, Berlin 2003, S. 490-494.

konkordatsrechtlichen Bindungen eines Mitgliedstaates gegenüber dem Europarecht jedoch Vorrang. Es besteht daher kein Änderungsbedarf⁽⁶⁷⁾.

3.2 *Elternrecht und Staatskirchenrecht als Grundlage des Religionsunterrichts.*

Das Recht der Eltern, die Erziehung (*education*) und den Unterricht (*teaching*) ihrer Kinder entsprechend ihren eigenen religiösen Überzeugungen sicherzustellen, wird gemäß Art. II-14 Abs. 3 VE-EU von der Union nach Maßgabe mitgliedstaatlicher Ausübungsregelungen (*laws governing the exercise*) respektiert. Das Elternrecht steht demnach nur hinsichtlich dieser *Ausübungsregelungen* zur Disposition des mitgliedstaatlichen Schulrechts; es darf also als Ganzes weder vom Gemeinschaftsrecht noch vom mitgliedstaatlichen Recht außer Kraft gesetzt werden. Dieser europarechtlichen Obliegenheit, das Elternrecht auf religiöse Erziehung der Kinder zu respektieren, korrespondiert eine Verpflichtung der Eltern nach kanonischem Recht, für die katholische Erziehung ihrer Kinder zu sorgen (cc. 793, 798 CIC). Zwar leitet die Kirche das Angebot von Schulen und Religionsunterricht weiterhin aus einem originären Erziehungsrecht her, das ihr *singulari ratione* kraft ihres Heilsauftrags zusteht (c. 794 § 1 CIC), sie gibt damit aber zugleich den Eltern Gelegenheit, von ihrem erstrangigen Recht (*ius primum*) zur Kindererziehung (c. 1136 CIC) Gebrauch zu machen.

Anders als beim Elternrecht erlaubt die Vielfalt der staatskirchenrechtlichen Systeme in den Mitgliedstaaten keine inhaltlich identische Gewährleistung auf europarechtlicher Ebene. Die Union muß sich darauf beschränken, diese Systeme zu respektieren (Art. I-51 Abs. 1 VE-EU). Diese Klausel bietet für das europarechtliche Elternrecht gleichwohl einen Flankenschutz. Soweit das Recht der Eltern auf Sicherstellung von religiöser Erziehung und Unterricht (Art. II-14 Abs. 3 VE-EU) im mitgliedstaatlichen Recht mit staatskirchenrechtlichen Regelungen zum Religionsunterricht an öffentli-

(67) Der Änderungsbedarf im Hinblick auf die sog. Staatsangehörigkeitsklauseln (z.B. Art. 13 § 1 Buchst. a) BayK; vgl. SCHINKELE, BRIGITTE, Die Kirchen als Arbeitgeber — Herausforderungen im Zusammenhang mit dem Tendenzschutz, dem Gebot der Nichtdiskriminierung und der Anerkennung von Schul- und Berufsausbildungen, in: öarr 50 [2003], S. 56-77 [60]) spielt im Bereich des Religionsunterrichts an öffentlichen Schulen keine Rolle.

chen Schulen zusammentrifft, dürfen diese gemäß Art. I-51 Abs. 1 VE-EU durch Gemeinschaftsrecht nicht beeinträchtigt werden. Die seit langem zu beobachtende Konvergenz der staatskirchenrechtlichen Systeme in Europa⁽⁶⁸⁾ gibt schließlich zu der Erwartung Anlaß, daß auch die Rechtsstellung der Kirchen und Religionsgemeinschaften in Bezug auf den Religionsunterricht an öffentlichen Schulen auf längere Sicht eine (momentan freilich kaum prognostizierbare) Angleichung erfährt.

3.3 *Recht auf Bildung und Religionsunterricht.*

Das sowohl im Europarecht (Art. II-14 VE-EU) als auch namentlich im jüngeren Verfassungsrecht der Mitgliedstaaten⁽⁶⁹⁾ kodifizierte Recht auf Bildung postuliert als Staatsziel die Verbesserung der Chancengleichheit im Bildungswesen und die Bereitstellung eines schulischen Angebots, das jedenfalls den Mindestanforderungen an Bildung und Erziehung in dieser Gesellschaft entspricht⁽⁷⁰⁾. Schulbildung ist ein komplexer Prozeß, der sowohl die Vermittlung von Kenntnissen und Fertigkeiten als auch die Bildung der Persönlichkeit umfaßt. Ohne Schaden für das Ganze können hieraus nicht einzelne Teile willkürlich eliminiert werden. Deshalb gehört eine *in das allgemeine Curriculum integrierte religiöse Bildung* des Schülers zu den Gegenständen seines Rechts auf

(68) Hierauf hat insbesondere der Trierer Staatskirchenrechtler *Gerhard Robbers* aufmerksam gemacht; vgl. u.a., *Das Verhältnis von Staat und Kirche in Europa*, in: *ZevKR* 42 (1997), S. 122-129 (127: «eine graduelle, vorsichtige Entstaatlichung von Staatskirchen einerseits und eine zunehmende Kooperationsbereitschaft von Trennungssystemen andererseits»). Infolgedessen können die «mittleren» Koordinationssysteme (z.B. Deutschland, Italien, Österreich) auch für den Religionsunterricht an öffentlichen Schulen vereinheitlichende Impulse für Europa als Ganzes bieten.

(69) Vgl. *WEBER*, *Menschenrechte* (s. Anm. 40), S. 694-708 (Textvergleich), 708-712 (Gewährleistungsbereich: Recht auf Schulbildung).

(70) Zum staatlichen Erziehungsauftrag vgl. *JACH*, *FRANK-RÜDIGER/JENKNER*, *SIEGFRIED* (Hrsg.), *50 Jahre Grundgesetz und Schulverfassung*, Berlin 2000 (mit Beiträgen von *SIEGFRIED JENKNER* [Das Recht auf Bildung und die Freiheit der Erziehung in der deutschen Verfassungs- und Bildungsgeschichte, S. 1 ff.], *ARNOLD KÖPCKE-DUTTLER* [Zum Recht auf Bildung in interkulturellem Licht, S. 91 ff.] und *LUTZ REUTER* [Das Recht auf Bildung in der deutschen Bildungsgeschichte seit 1945, S. 17 ff.]); *THIEL*, *MARKUS*, *Der Erziehungsauftrag des Staates in der Schule*, Berlin 2000, insbes. S. 86-131; *BALDUS*, *MANFRED*, *Bildungs- und Erziehungsauftrag der Kirche und des Staates*, in: *Festschrift für Joseph Listl zum 75. Geburtstag*, hrsg. von *Wilhelm Rees*, Berlin 2004, S. 573-592.

Bildung (Art. II-14 Abs. 1 VE-EU), sofern die für seine Gesamterziehung erstverantwortlichen Eltern (Art. II-14 Abs. 3 VE-EU) dies wünschen⁽⁷¹⁾. Dem in Art. 14 Abs. 3 VE-EU normierten und aus der Religionsfreiheit (Art. II-10 VE-EU) erwachsenden Recht der Eltern, die Erziehung und den Unterricht ihrer Kinder entsprechend ihren eigenen religiösen Überzeugungen sicherzustellen, ist nur dann genügt, wenn ein von den Eltern gewünschter konfessioneller Religionsunterricht organisatorisch mit dem übrigen Erziehungs- und Bildungsprogramm der Schule verknüpft ist. Erst recht bleibt ein allgemeiner Ethik- oder Lebenskundeunterricht hinter dem Recht auf Bildung derjenigen Schüler zurück, deren Eltern eine Sinnorientierung aus Glaubensinhalten und Wertvorstellungen ihrer Religionsgemeinschaft als integralen Bestandteil der Persönlichkeitsbildung betrachten.

Schon sein eigener Erziehungsauftrag, der ebenfalls im Verfassungsschulrecht der meisten EU-Mitgliedstaaten aufscheint⁽⁷²⁾, hindert mithin den Staat daran, den Religionsunterricht *«aus der Schule heraus..., auf die Nachmittagsstunden oder das Wochenende»* zu verdrängen⁽⁷³⁾. Die Wahrung der verfassungsrechtlich gebotenen Neutralität erfolgt europaweit im wesentlichen dadurch, daß bei Zulassung von konfessionellem Religionsunterricht an öffentlichen Schulen grundsätzlich keine Denomination als solche von

⁽⁷¹⁾ Die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte leitet aus dem Diskriminierungsverbot bisher nur eine Pflicht des Staates ab, bei der Gestaltung des Lehrplans die Grundrechte der Eltern (Art. 8-10 EMRK) möglichst schonend zu behandeln; vgl. EGMR, Entscheidung v. 7. 12. 1976 (Kjeldsen) Ser. A/23, ErwNr. 16 = NJW 1977, S. 487 betr. Sexualkundeunterricht in Dänemark), WEBER, Menschenrechte (s. Anm. 40), S. 708 f. Dies dürfte jedenfalls für die religiöse Bildung nicht angemessen sein, weil diese zwar der Bestimmung durch die Eltern unterliegt, dann aber einen nicht eliminierbaren Teil des einheitlichen Bildungsvorgangs ausmacht. Zum Anspruch der Eltern auf Religionsunterricht nach deutschem Recht vgl. HILDEBRANDT, UTA, Das Grundrecht auf Religionsunterricht, Tübingen 2000, insbes. S. 216 f.

⁽⁷²⁾ Vgl. z.B. Belgien: Art. 24 § 1 Abs. 3 u. 4; Dänemark: Art. 76; Deutschland Art. 7 GG; Finnland: § 13 Abs. 1 u. 2, 79-81; Frankreich: Präambel Verf. 1946; Griechenland: Art. 16 Abs. 2; Irland: Art. 42 Abs. 4; Italien: Art. 33 Abs. 2 u. 5, 34; Luxemburg: Art. 23 Abs. 1-3; Niederlande: Art. 23; Österreich: Art. 14 Abs. 6, 81a, 81b; Portugal: Art. 73 Abs. 2, 74, 75 Abs. 1, 77; Spanien: Art. 27 Abs. 4, 5 u. 8.

⁽⁷³⁾ Vgl. ROBBERS, GERHARD, Religion in der öffentlichen Schule, in: RdJB 2003, S. 11-22 (20).

Rechts wegen zurückgewiesen wird. Ferner werden den Konfessionen, für die öffentlicher Religionsunterricht besteht, weitgehende Einflußrechte auf die Auswahl und Beauftragung der Lehrkräfte, die Lehrprogramme und Lehrmittel eingeräumt. Der Staat zieht sich also aus diesem Kernbereich des Unterrichts bis hinter die durch die Neutralitätspflicht gezogene Grenze zurück.

Es ist auch Gemeingut des europäischen Schulrechts, daß es dem Neutralitätsgebot nicht entgegensteht, die «*kulturell vermittelten und historisch verwurzelten Wertüberzeugungen und Einstellungen*»⁽⁷⁴⁾ als Grundlage des gesellschaftlichen Zusammenhalts im Schulunterricht weiterzugeben. Daß das Christentum und die christlichen Kirchen an der Prägung der europäischen Kulturtradition maßgeblich beteiligt sind, steht außer Frage. Mit der Schule⁽⁷⁵⁾ ist der Religionsunterricht in diese kulturellen Grundlagen der Gesellschaft eingebettet.

3.4 «Zweck» des Religionsunterrichts.

In der seit Jahren in Europa geführten Grundwerte-Debatte⁽⁷⁶⁾ ist man sich im wesentlichen darüber einig, daß aus der staatsfreien Bürgergesellschaft⁽⁷⁷⁾ ein menschenrechtlich orientierter Konsens als Basis des Verfassungsstaates⁽⁷⁸⁾ erwachsen muß.

⁽⁷⁴⁾ BVerfGE 93, 1 (22).

⁽⁷⁵⁾ Vgl. BRENNER, Religionsfreiheit (s. Anm. 8), S. 394.

⁽⁷⁶⁾ Vgl. aus der jüngsten Literatur BENDER, PETER, Die katholische Kirche und die Europäische Union — Beispiel EU-Grundrechte-Charta, in: MÜLLER-GRAFF/SCHNEIDER, Kirchen (s. Anm. 43), S. 103-114 (111 f.); BROß, SIEGFRIED, Grundrecht und Grundwerte in Europa, in: JZ 2003, S. 429-433; SPEER, BENEDIKT, Die Europäische Union als Wertegemeinschaft, in: DÖV 2001, S. 980-988.

⁽⁷⁷⁾ Zum Begriff vgl. DAHRENDORF, RALF, Die gefährdete Civil Society, in: MICHALSKI, KRZYSZTOF (Hrsg.), Europa und die Civil Society, Castelgandolfo-Gespräche 1989, Stuttgart 1991, S. 247-263 (262); ALEMANN, ULRICH v./HEINZE, ROLF G./WEHRHÖFER, ULRICH (Hrsg.), Bürgergesellschaft und Gemeinwohl, Opladen 1999 (Zur Rolle des Staates dort insbes. der Beitrag von FRITZ BEHRENS, Der aktivierende Staat, S. 48-59: Der Staat soll «die Kommunikation mit und zwischen den verantwortlichen Akteuren eröffnen und fördern» und sich «auf seine Moderatoren-, Förder- und Managementrolle selbstbeschränken» [53]); JACH, FRANK-RÜDIGER, Schulverfassung und Bürgergesellschaft in Europa, Berlin 1999, insbesondere S. 23-53; SPIEKER, MANFRED, Herrschaft und Subsidiarität: die Rolle der Zivilgesellschaft, in: MÜCKL, WOLFGANG J. (Hrsg.), Subsidiarität, Paderborn 1999, S. 49-61 (54).

⁽⁷⁸⁾ Grundlegend BÖCKENFÖRDE, ERNST-WOLFGANG, Die Entstehung des Staates als Vorgang der Säkularisation, in: *ders.*, Recht, Staat, Freiheit — Studien zur

Umstritten ist aber schon, welche sozialetischen Postulate hieraus konkret abzuleiten sind und ob von einer (gar abendländisch-christlichen) «*Leitkultur*»⁽⁷⁹⁾ gesprochen werden kann. Wer die Zukunft des Kontinents mit der Erwartung einer kulturellen Vielfalt verbindet, kann konsequenterweise nur ein «*Rabmenethos*» akzeptieren, das im Interesse der Integration in einer pluralistischen Gesellschaft möglichst weitgefaßt ist. Nun herrscht beim staatlichen Gesetzgeber meist ausdrücklich oder stillschweigend die Erwartung vor, daß die zivilreligiösen Standards der Bürgergesellschaft nicht nur im staatsbürgerlichen Unterricht⁽⁸⁰⁾, sondern auch im konfessionellen Religionsunterricht an öffentlichen Schulen vermittelt werden⁽⁸¹⁾. Zivilreligion, ein im Näheren strittiger Begriff⁽⁸²⁾, meint einen sozialen Verhaltenskodex, der aus dem Pluralismus der Religionen und Weltanschauungen, die in einer Gesellschaft real existieren, das Allgemeine und Wesentliche abzuleiten sucht. Solche gesellschaftlichen Grundwerte kommen u.a. in den gesetzgeberischen Aussagen über Erziehungs- und Bildungs-

Rechtsphilosophie, Staatslehre und Verfassungsgeschichte, Frankfurt/M. 1991, S. 92-114 (112). Zusammenfassend jüngst TILLMANN, REINER, Wehrhaftigkeit durch Werthaftigkeit — der ethische Grundkonsens als Existenzvoraussetzung des freiheitlichen Staates, in: THIEL, MARKUS (Hrsg.), Wehrhafte Demokratie, Tübingen 2003, S. 25-55 (44 ff. betr. Werteerziehung in der Schule).

⁽⁷⁹⁾ Zur Diskussion in Deutschland vgl. *Bundeszentrale für politische Bildung*, Leitkultur als Wertekonsens, Aus Politik und Zeitgeschichte H. 1-2/2001.

⁽⁸⁰⁾ Vgl. DETJEN, JOACHIM, Bürgerleitbilder in der Politischen Bildung, in: Politische Bildung 33 (2000), H. 4 (Bürgergesellschaft Zivilgesellschaft Dritter Sektor), S. 19-38.

⁽⁸¹⁾ Wie z.B. in der erweiternden Fachbezeichnung hervortritt, etwa in Portugal («*Moralerziehung und katholische Religion*», EMRC) und Spanien («*Religionsunterricht und katholische Moral*»).

⁽⁸²⁾ HASSO HOFMANN (Recht, Politik und Religion, in: JZ 2003, S. 377-385 [383]) nennt — anknüpfend an Rousseau — Zivilreligion den «*religiös überhöhten geistigen Kitt einer autonomen Bürgergesellschaft*»; aaO auch weitere Hinweise zum Verständnis von Zivilreligion aus heutiger Sicht. Jüngst zu diesem Thema *Tübinger Theol. Quartalschrift* (TübTheolQ) 183 (2003), 2. Themenheft «*Zivilreligion*» mit Beiträgen von RICHARD PUZA (Zivilreligion — Einführung und Zusammenfassung, S.89-96), EILERT HERMS (Zivilreligion — Systematische Aspekte eines historischen Phänomens, S. 97-127), JEAN WERCKMEISTER («*Religion civile*» und katholisches Kirchenrecht, S. 128-134), JEAN-PAUL DURAND (Zivilreligion zwischen Trennung und Vertrag unter Staaten und Religionsgemeinschaften am Beispiel Frankreichs, Ungarns und Deutschlands, S. 135-147), RIK TORFS (Zivilreligion in Belgien und den Niederlanden, S. 148-166) und LUCIANO MUSSELLI (Zivilreligion in Italien, S. 167-176).

ziele des Schulwesens⁽⁸³⁾ zum Ausdruck. Deutsche Landesverfassungen nennen hier etwa «Achtung der Menschenwürde, Toleranz, Gerechtigkeit, freiheitlich-demokratische Gesinnung, Nächstenliebe, Friedensliebe und Völkerverständigung, Verantwortung für künftig Generationen, eigenständiges Denken, berufliche Tüchtigkeit, Arbeitswille, Selbstbeherrschung und Aufgeschlossenheit für alles Gute, Wahre und Schöne, Erhaltung der Umwelt und der natürlichen Lebensgrundlagen».

Die auf den ersten Blick problemlose Einbindung dieser bürgergesellschaftlichen Anliegen in den konfessionellen Religionsunterricht kann unter zwei Aspekten Schwierigkeiten bereiten. Zunächst ist der Transzendenzverlust verfassungsrechtlicher Erziehungs- und Bildungsziele zu nennen. Die «*Ehrfurcht vor Gott*», die der schulischen Erziehung in Baden-Württemberg, Bayern, Nordrhein-Westfalen, Rheinland-Pfalz und dem Saarland gemäß den in der Nachkriegszeit entstandenen Verfassungen vorgegeben ist, bleibt in den verfassungsrechtlichen Bildungszielen der nach 1989 hinzugetretenen ostdeutschen Länder⁽⁸⁴⁾ unerwähnt. Dieselbe Tendenz, die auf einen wachsenden Abstand von allgemeiner und religiöser Bildung hindeutet, kehrt auf europäischer Ebene im Streit um den Gottesbezug in der Präambel des Verfassungsvertrages⁽⁸⁵⁾ wieder.

Angesichts des aktuellen gesellschaftlichen Klimas, das die Realisierung sehr unterschiedlicher Lebensentwürfe begünstigt, sollte auch darauf geachtet werden, daß die *zivilgesellschaftlichen* Funktionen, die der Religionsunterricht wahrnimmt, seine *konfessionelle* Zielsetzung nicht überlagern. Dafür ein Beispiel: Die durch die Religionskriege im 17. Jahrhundert verursachte Existenzkrise der europäischen Nationen konnte dauerhaft nur durch die «Aus-

(83) Vgl. hierzu die Zusammenstellungen der Bildungs- und Erziehungsziele im deutschen Verfassungsrecht bei PIEROTH, BODO, *Erziehungsauftrag und Erziehungsmaßstab im freiheitlichen Verfassungsstaat*, in: Deutsches Verwaltungsblatt 1994, S. 949-961 (.952 f.). Weitere Schriftumsnachweise oben Anm. 70. Beispiele aus europäischen Verfassungen: *Griechenland* Art. 16 Abs. 2 Verf. 1975, *Spanien* Art. 27 Abs. 2 Verf. 1978/1992.

(84) Vgl. hierzu KÜHNE, JÖRG-DETLEF, *Neue Länder — neue Erziehungsziele*, in: RdJB 1994, S. 39 ff.(42).

(85) Zum Gottesbezug in der EU-Verfassung jüngst LUF, GERHARD u.a., *Gott in der Verfassung?*, in: öarr 2003, S. 353-376; NOLL, ALFRED J., *Gott in die Verfassung?*, Wien 2003.

klammerung der Wahrheitsfrage»⁽⁸⁶⁾ aus den verfassungsrechtlichen Fundamenten der Gesellschaft gelöst werden; weltanschauliche Neutralität des Staates, Toleranz und Parität der Konfessionen untereinander bilden bis heute wesentliche Maxime des Staatskirchenrechts. Deshalb liegt es nahe, die Erziehung zur Toleranz als ein Kernanliegen öffentlicher Schulbildung zu betrachten und in diesem Rahmen — wie vor einigen Jahren auf einer UN-Konsultation in Madrid hervortrat⁽⁸⁷⁾ — dem Staat zwar «*teaching about religion*», nicht aber «*teaching religion*» zu gestatten. Im Gegensatz zum Staat aber muß Religion die Wahrheitsfrage stellen, sie ist sogar ihr eigentlicher Legitimationsgrund⁽⁸⁸⁾. Ein Religionsunterricht, der aus Sorge um die Wahrung des Toleranzgebots sich mehr mit anderen Religionen und Weltanschauungen als mit dem eigenen Glauben befaßt, würde seine Zielsetzung verfehlen. Bei einer Gewichtsverlagerung auf allgemeine staatsbürgerliche Tugenden, weil diese noch am ehesten konsensfähig sind, ist der Schritt zu einem definitiven Verzicht auf die Konfessionalität des Religionsunterrichts — wie Beispiele protestantischer Kirchen in Hamburg⁽⁸⁹⁾ und der Schweiz⁽⁹⁰⁾ zeigen — nicht weit.

Wenn die Kirche mit ihrer Verkündigung ein «*immanentes Korrektiv*» gegenüber Staat und Gesellschaft bleiben will, darf sie einen von ihr mitgestalteten Religionsunterricht nicht darauf verkürzen, für jene staatsfreie, aber staatstragende Gemeinschaftsethik einzustehen, von der zuvor die Rede war⁽⁹¹⁾. Schon deshalb ist ein

⁽⁸⁶⁾ LEHMANN, KARL, Kirche und Glaube in einer pluralistischen Gesellschaft, in: *Rat der Europäischen Bischofskonferenzen* (Hrsg.), Religion als Privatsache und als öffentliche Angelegenheit, Dokumente des IX. Symposiums der europäischen Bischöfe in Rom 1996, Köln 1997, S. 51-66 (54).

⁽⁸⁷⁾ Vgl. BIENER, HANSJÖRG/LÄHNEMANN, JOHANNES, Religionsfreiheit, Toleranz und schulische Erziehung — Eine UNO-Konferenz in Madrid (vom 23.-25.11.2001), in: RSG 2002 S. 61-75 (66). Dort (S. 77-80) auch Entwurf eines Statements für den Ländervertreter auf politischer Ebene von Minister Steffen Reiche (Brandenburg).

Abdruck des Abschlußdokuments in: *Gewissen und Freiheit* 2002 S.161-169.

⁽⁸⁸⁾ Vgl. ROBBERS, Religion (s. Anm. 73), S.20.

⁽⁸⁹⁾ «Religionsunterricht für alle»; vgl. zu diesem Modell VERHÜLSDONK, ANDREAS, Überkonfessionell oder interreligiös?, in: HK 2001, S. 414-418.

⁽⁹⁰⁾ Vgl. Bericht in *EuForNews* 2003/2: «La Chiesa evangelica del Ticino appoggia la proposta politica di un insegnamento religioso non confessionale, obbligatorio per tutti».

⁽⁹¹⁾ Vgl. WOLLBOLD, ANDREAS, Religionsunterricht in der Bürgergesellschaft, in: *Trierer Theologische Zeitschrift (TrTheolZ)* 2000, S. 270-282 (276); WULS-

Ethikunterricht etc. für Schüler, die nicht am Religionsunterricht teilnehmen, unbedingt zu befürworten⁽⁹²⁾. Diese Alternative entlastet den konfessionellen Religionsunterricht und klärt sein besonderes Profil. Beide Formen sind den vom staatlichen Bildungsrecht vorgegebenen *allgemeinen Bildungszielen* einer öffentlichen Schule unterworfen. Damit ist zugleich gesagt, daß der Ethikunterricht nicht zur Förderung antireligiöser oder antikirchlicher Einstellungen mißbraucht werden darf⁽⁹³⁾.

3.5 Rechtsstellung der Kirche in Bezug auf den Religionsunterricht an öffentlichen Schulen.

Als staatliche Veranstaltung ist konfessioneller Religionsunterricht an der öffentlichen Schule eine *res mixta* im Sinne des Staatskirchenrechts. Der durch Religionsfreiheit und staatliche Neutralitätspflicht bestimmte Mindeststandard des kirchlichen Einflusses ist im wesentlichen unstreitig: Die staatlichen Lehrkräfte bedürfen der kirchlichen Beauftragung (*missio canonica*). Wird diese widerrufen, muß der Staat den Lehrer aus dem Religionsunterricht zurückziehen. Lehrpläne und Lehrbücher bedürfen des Einverständnisses der Kirche.

Das Erfordernis der *missio canonica* für Religionslehrer verstößt nicht gegen europarechtliche Diskriminierungsverbote (Art. 13 [ex 6a] EG-V, 6 Abs. 2 [ex F] EU-V, 14 EMRK, II-21 VE-EU)⁽⁹⁴⁾. Durch die Erteilung der *missio canonica* wird zwar kein

DORF, HELGE, Die Zivilgesellschaft als Ort kirchlicher Entfaltung, in: ZELINKA UDO (Hrsg.), Über-Gänge — Forum Zukunft, Paderborn 2000, S. 107 ff. (114 f.)

⁽⁹²⁾ Vgl. auch SIEBLER, ENGELBERT, Religions- und Ethikunterricht an der deutschen Schule, in: Seminarium 42 (2002), S. 521-545 (531 f.);

⁽⁹³⁾ Lehrkräfte, die die staatliche Lehrbefähigung für Religionsunterricht haben, dürften in der Regel für die Erteilung von Ethikunterricht nicht heranzuziehen sein; zum Teil (so im belgischen Landesteil Flandern [vgl. GÖLLNER, Bildungs- und Lehraufgaben [s. Anm. 10], S. 167) sind sie ausdrücklich als Lehrer für Ethik ausgeschlossen. Wo das Programm religionskundliche Informationen einschließt, erscheint eine Beteiligung der Ausbildungsstätten für Religionslehrer, insbesondere der staatlichen oder kirchlichen Theologischen Fakultäten, geboten.

⁽⁹⁴⁾ Zur Grundsatzfrage vgl. PLÖTSCHER, STEFAN, Der Begriff der Diskriminierung im Europäischen Gemeinschaftsrecht, Berlin 2003. Zur privatrechtlichen Wirkung von Gemeinschaftsrecht vgl. KADELBACH, STEFAN/PETERSEN, NIELS, Die gemeinschaftsrechtliche Haftung für Verletzungen von Grundfreiheiten aus Anlaß privaten Handelns, in: EuGRZ 2002, S. 213-220 (218); LANGAUER, ALINA, Drittwirkung von Grundfreiheiten — Eine Besprechung der Rs C-281/98 (Angonese), in: Zeit-

kirchliches Dienstverhältnis, aber eine Loyalitätspflicht des Religionslehrers gegenüber der Kirche begründet. Art. 4 Abs. 2 der Richtlinie 2000/78/EG («zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf») ⁽⁹⁵⁾ erlaubt eine solche Klausel, weil «Religion nach der Art dieser Tätigkeit(en)...eine wesentliche, rechtmäßige und gerechtfertigte berufliche Anforderung angesichts des Ethos der Organisation darstellt». Nach der italienischen und spanischen Rechtspraxis hat die grundsätzliche Widerruflichkeit der *missio canonica* zur Folge, daß die Lehrkräfte für katholischen Religionsunterricht nicht auf Lebenszeit bzw. nur mit befristeten Verträgen angestellt werden ⁽⁹⁶⁾. Hier ist zu erwägen, ob das europarechtliche Diskriminierungsverbot den nationalen Gesetzgeber verpflichtet, Religionslehrer mit allen anderen Lehrkräften dienst- oder arbeitsrechtlich gleichzubehandeln, solange die einmal erteilte *missio canonica* nicht widerrufen ist ⁽⁹⁷⁾.

Einige Mitgliedstaaten, z.B. Belgien, Italien, Polen und Tschechien, gestatten auch Schülern, die nicht der jeweiligen Konfession angehören, den Zugang zum Religionsunterricht. Wenn der Religionsunterricht — wie ausgeführt — auch als kirchliche Verkündigung anzusehen ist, genießt die Kirche insoweit den Schutz korporativer Religionsfreiheit im Sinne von Art. 6 Abs. 2 (ex F) EU-V, 9 EMRK, II-10 VE-EU ⁽⁹⁸⁾. Sie entscheidet in diesem Rahmen darüber, wem sie ihre Verkündigungstätigkeit, d.h. auch den Religions-

schrift für Rechtsvergleichung 2002, S. 57-64. Über Personalauswahl unter religiösen Kriterien vgl. HEINIG, HANS MICHAEL, Die Stellung der Kirchen und Religionsgemeinschaften in der europäischen Rechtsordnung, in: MÜLLER-GRAFF/SCHNEIDER, Kirchen (s. Anm. 43), S. 125-154 (131-135); THÜSING, GREGOR, Religion und Kirche in einem neuen Anti-Diskriminierungsrecht, in: JZ 2004, S. 172-179.

⁽⁹⁵⁾ Richtlinie 2000/78/EG des Rates zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf vom 27.11.2000 (ABLEG L 303/16 v. 2.12.2000).

⁽⁹⁶⁾ Vgl. ROCA, MARIA J., Problemas actuales de la Enseñanza de la Religión en las escuelas públicas españolas, in: Festschrift für Joseph Listl zum 75. Geburtstag (s. Anm. 2), S. 761-781 (773).

⁽⁹⁷⁾ Zu Auswirkungen des europarechtlichen Diskriminierungsverbots auf die Bildung (Zugang, Inhalt, Abschlüsse) vgl. den gleichnamigen Beitrag von FECHNER, FRANK, in: RdJB 2002, S. 339-348.

⁽⁹⁸⁾ Zur korporativen Religionsfreiheit im Europarecht vgl. CAMPENHAUSEN, AXEL FRH. v., Staatskirchenrecht, 3. Aufl., München 1996, S. 411 f.; WEBER, Geltungsbereich (s. Anm. 43), passim.

unterricht widmet. Öffnet sie ihren konfessionellen Religionsunterricht auch für Angehörige anderer Bekenntnisse, dann gebietet es das in allen EU-Staaten geltende verfassungsrechtliche Prinzip weltanschaulicher Toleranz, daß die in Betracht kommenden Religionsgemeinschaften hierüber eine Verständigung herbeiführen⁽⁹⁹⁾ ⁽¹⁰⁰⁾.

Tritt die *Kirche* als Veranstalter des Religionsunterrichts im Bereich der öffentlichen Schule auf, bleibt die Beteiligung des Staates auf die technisch-organisatorische Seite beschränkt. Im Prinzip bestimmt dann der kirchliche Träger den Inhalt des Unterrichts, die Hilfsmittel und die Vorbildung, Auswahl und Beaufsichtigung der Lehrkräfte⁽¹⁰¹⁾. Das deutsche Bundesverfassungsgericht⁽¹⁰²⁾ hat kürzlich geäußert, daß «*der mit zunehmender religiöser Pluralität verbundene gesellschaftliche Wandel...für den Gesetzgeber Anlaß zu einer Neubestimmung des zulässigen Ausmaßes religiöser Bezüge in der Schule sein kann*». Einer islamischen Organisation, die im deutschen Bundesland Berlin Religionsunterricht *in der öffentlichen Schule* veranstaltet, hat die Rechtsprechung bereits zugestanden, «*daß die Religionslehrer aus ihrer religiösen Überzeugung heraus punktuell von der Verfassungs — und Rechtslage abweichende Standpunkte vertreten dürfen*», solange nicht «*ein Gegenunterricht zum staatlichen Unterricht in der Schule stattfindet*»⁽¹⁰³⁾. Dieser Entscheidung wird man den Vorwurf der Leichtfertigkeit schwerlich ersparen können, weil sie den gesellschaftlichen Grundkonsens, den die Schule fördern müßte, neutralisiert.

⁽⁹⁹⁾ Dies ist nicht geschehen im deutschen Bundesland Hamburg in bezug auf den dort im Rahmen des evangelischen Religionsunterrichts angebotenen «Religionsunterrichts für alle»; s. Anm. 89.

⁽¹⁰⁰⁾ Äußerst problematisch erscheint ein ökumenischer Religionsunterricht, der das *gemeinsame* Glaubensgut im schulischen Kontext, das *konfessionelle Eigengut* aber außerschulisch anbietet. Vgl. als Beispiel aus der Schweiz (Sprengel Meggen-Adligenswil-Udligenswil der Kirchgemeinde Luzern) EuForNews 2003/3. Dem Risiko der Marginalisierung des (im Selbstverständnis der jeweiligen Kirche doch wohl heilsnotwendigen) Eigenguts dürfte rechtlich kaum zu begegnen sein.

⁽¹⁰¹⁾ Vgl. als typisches Beispiel Ungarn bei: ROBBERS, GERHARD (Hrsg.), Church Autonomy, Frankfurt /M. 2001, S. 546.

⁽¹⁰²⁾ Urteil vom 24.9.2003 — 2 BvR 1436/02 — NJW 2003, 3111 (muslimische Lehrerin mit Kopftuch).

⁽¹⁰³⁾ Oberverwaltungsgericht (OVG) Berlin DVBl. 1999, S. 554 = Entscheidungen in Kirchensachen (KirchE) 36, 472 (480), bestätigt durch Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts (BVerwGE) 110, 326.

Auch bei weitgehender Integration in das Programm der öffentlichen Schule ist der *von einer Religionsgemeinschaft* veranstaltete Unterricht dem Risiko von Rechtsnachteilen ausgesetzt. Unter anderem muß damit gerechnet werden, daß der Staat die Ausbildung der Religionslehrer an staatlichen Universitäten vernachlässigt und die kirchlich gestellten Lehrkräfte nicht dasselbe fachliche Niveau und denselben dienst- oder arbeitsrechtlichen Status haben wie ihre Kollegen aus anderen Fächern. In der ohnehin komplizierten Unterrichtsplanung der Einzelschule droht einem nicht staatlich getragenen Religionsunterricht die Marginalisierung als Randfach, dessen Benotung, wenn überhaupt, von geringerem Gewicht ist. Sollte eine solche Form des Religionsunterrichts rechtspolitisch unumgänglich sein, ist jedenfalls eine sorgfältige vertragskirchenrechtliche Absicherung geboten.

3.6 *Religionsunterricht für Minderheiten, insbesondere islamischer Religionsunterricht* ⁽¹⁰⁴⁾.

In den meisten Ländern sind konfessionelle Minderheiten beim Religionsunterricht an öffentlichen Schulen berücksichtigt. Sieht das Schulrecht konfessionellen Religionsunterricht vor, dann folgt auch europarechtlich aus dem Neutralitätsprinzip und dem Grundsatz der Gleichbehandlung ein Anspruch auf Zulassung von Minderheiten, sofern eine für einen geordneten Schulbetrieb ausreichende Anzahl von Schülern dies wünscht ⁽¹⁰⁵⁾. Bietet der Staat nur überkonfessionellen Religions- oder Lebenskundeunterricht an,

⁽¹⁰⁴⁾ Jüngste deutschsprachige Stellungnahmen zum islamischen Religionsunterricht: LANGENFELD, CHRISTINE, Integration und kulturelle Identität zugewandelter Minderheiten, Tübingen 2001, S. 180-207, 483-526; MARSCHKE, BRITTA, Islamischer Religionsunterricht in Deutschland und in den europäischen Nachbarländern, in: Migration und soziale Arbeit, 2001, H. 3/4, S. 78-82; SCHREINER, PETER/WULFF, KAREN, Islamischer Religionsunterricht, Münster 2001; HÄUßLER, ULF., Islamischer Religionsunterricht in Berlin, in: NVwZ 2002, S. 954-955.; EMENET, AXEL, Verfassungsrechtliche Probleme des islamischen Religionsunterrichts an öffentlichen Schulen, Frankfurt /M. 2003; HEIMANN, HANS MARKUS, Alternative Organisationsformen islamischen Religionsunterrichts, in: DÖV 2003, 238-246; STOCK, MARTIN, Islamunterricht: Religionskunde, Bekenntnisunterricht oder was sonst, Münster 2003; HECKEL, MARTIN, Unterricht in Islam an deutschen Schulen — seine Gründe, Formen, Voraussetzungen und Grenzen, in: RdJB 2004, S. 39-62.

⁽¹⁰⁵⁾ Über eine Bevorzugung des katholischen Religionsunterrichts gegenüber demjenigen anderer Konfessionen in Spanien vgl. MOSQUERA MONELAS, SUSANA, Some recent problems concerning religious education in Spain, in: EJChStR 8 (2001), S. 125-131.

können Angehörige von Minderheiten bisweilen Befreiung begehren, wenn sie am (meist außerschulischen) Religionsunterricht der eigenen Konfession teilnehmen.

Formen *islamischer Unterweisung*⁽¹⁰⁶⁾ finden sich bisher in Belgien, Deutschland, Griechenland, Großbritannien, Spanien und Österreich. Abgesehen von Griechenland, wo eine angestammte muslimische Bevölkerungsminderheit in West-Thrazien aufgrund des Friedensvertrages von Lausanne (1923) einen Anspruch auf eigene Schulbildung hat, ist der Bedarf an diesem Typus des öffentlichen Religionsunterrichts durch Zuwanderung aus islamischen Ländern entstanden. Muslimische Religionslehre wird in Moscheengemeinden vielfach durch sog. Koranschulen vermittelt, die weder schulrechtlich noch pädagogisch den Mindestanforderungen der staatlichen Schulbehörden in den EU-Mitgliedsländern genügen. Die Länder erwarten von einer staatlich veranstalteten islamischen Unterweisung einen wesentlichen Beitrag zur Integration der muslimischen Zuwanderer, weil so u.a. Konflikte zwischen dem Grundrechtsverständnis westlicher Demokratien und den Aussagen des Koran (etwa zur Religionsfreiheit, Weltlichkeit des Staates und Gleichbehandlung der Geschlechter) abgebaut werden können. Als schwierig erweist sich eine verfassungskonforme Festlegung des Unterrichtsprogramms, weil der Staat wegen der ihm obliegenden Neutralitätspflicht inhaltliche Aussagen über ein religiöses Bekenntnis nur im Zusammenwirken mit der Religionsgemeinschaft machen kann, falls mehr als schlichte Religionskunde vermittelt werden soll. Dies aber scheitert häufig daran, daß der Islam oberhalb der Moscheengemeinden nur über eine dürftige eigenrechtliche Binnenstruktur verfügt und Anleihen beim weltlichen Verbandsrecht (z.B. als Verein) nicht die erforderliche Mediatisierung erzeugen. In Deutschland ist man überwiegend der Auffassung, daß die Einführung eines islamischen Religionsunterrichts nicht kurzfristig erreichbar ist, zumal auch die erforderliche Infrastruktur, etwa Ausbildungseinrichtungen für Lehrer, fehlt. Es werden Übergangslösungen favorisiert, die sich auf die religionskundliche

(106) Vgl. hierzu auch MARSCHKE (s. Anm. 104) und die Berichte in EuForNews (Roma) 2003/2, S.2 — 10. Für Österreich: POTZ, RICHARD, Islamischer Religionsunterricht in Österreich, in: Festschrift f. Christoph Link, hrsg. v. HEINRICH DE WALL u. MICHAEL GERMANN, Tübingen 2003, S. 345-369.

Seite des Unterrichts beschränken. Praktisch realisiert wurde bisher nur islamische Unterweisung im Rahmen des freiwilligen muttersprachlichen Ergänzungsunterrichts. Wie die Beispiele Belgien und Österreich zeigen, ist mit der Konstituierung des Islam als Körperschaft des öffentlichen Rechts das Haupthindernis, das sich dem muslimischen Religionsunterricht entgegenstellt, überwunden. In Großbritannien scheint die weitgehende Kommunalisierung des Schulwesens praktische Lösungen zu begünstigen, weil hier Absprachen mit der Moscheengemeinde am Ort möglich sind. Möglicherweise könnte die Weiterentwicklung eines europäischen Verbandsrechts⁽¹⁰⁷⁾ Fortschritte auch in diesem Bereich bieten.

3.7 *Schulischer Religionsunterricht und Öffnung der Schule für ihr örtliches Umfeld.*

Das Verhältnis des Religionsunterrichts an öffentlichen Schulen zur Katechese in der Pfarrei ist bekanntlich mit Schwierigkeiten belastet, denen bisher auch mit kirchlichen Leitlinien⁽¹⁰⁸⁾ nicht nachhaltig begegnet werden konnten. Da der kirchliche Verkündigungsauftrag des konfessionellen Religionsunterrichts — ungeachtet der Lehrplaninhalte im übrigen — vom weltlichen Schulrecht berücksichtigt wird, ist die Nähe zur Glaubenspraxis geradezu geboten, um dem Ziel des Unterrichts in vollem Umfange zu genügen. Dabei verdient die schwierige Lage des Religionslehrers, seine doppelte Loyalitätspflicht als Staatsdiener und als «Zeuge des Glaubens in der Schule»⁽¹⁰⁹⁾ besondere Aufmerksamkeit. Eine enge, rechtlich geordnete Zusammenarbeit mit den Pfarreien im Einzugsgebiet der öffentlichen Schule, etwa durch gemeinsame Projekte und Veranstaltungen wie Gottesdienste, religiöse Freizeiten, Exerziten und Wallfahrten und den Austausch der katecheti-

⁽¹⁰⁷⁾ Zu den Bedenken, die für den Bereich der Caritas und Diakonie gegen das Modell des «Europäischen Vereins» vorgebracht worden sind, vgl. DE WALL, Staatskirchenrecht (s. Anm. 43), S. 163 m.w.N.

⁽¹⁰⁸⁾ Vgl. SC InstCath, Erklärung «Der katholische Lehrer — Zeuge des Glaubens in der Schule» vom 15.10.1982, abgedruckt in: Handbuch Kath. Schule, Bd. 1 Dokumente, hrsg. von RAINER ILGNER, Köln 1994, S. 93-120, insbes. Nr. 56-59, 73-75; Deutsche Bischofskonferenz — Kommission für Erziehung und Schule, Dokument «Zum Berufsbild und Selbstverständnis des Religionslehrers» vom 22.6.1983 (Reihe «Die Deutschen Bischöfe», hrsg. vom Sekretariat der Deutschen Bischofskonferenz, H. 3), insbesondere Nr. 8-18.

⁽¹⁰⁹⁾ S. Anm. 108.

schen und schulischen Lehrkräfte⁽¹¹⁰⁾ entspricht aber auch einem bürgergesellschaftlichen Anliegen. In der Bürgergesellschaft findet die Idee der teilautonomen Schule und ihrer Öffnung für das lokale Umfeld lebhaften Widerhall, weil sie die herkömmliche Abgrenzung der «*Lernorte Schule und Gemeinde*» zu überwinden sucht⁽¹¹¹⁾. Dazu kann der Religionsunterricht einen spezifischen Beitrag leisten, indem er die Bindung der Schüler an das Gemeindeleben, an pfarrliche Katechese und sakrales Geschehen in das Schulprogramm integriert.

4. *Fazit und Ausblick*

Vorherrschende Form im staatlichen Schulrecht — auch der Beitrittsländer — ist der konfessionelle Religionsunterricht, der sich durchweg einer hohen Akzeptanz erfreut. Die Teilnahme steht in allen Ländern der Europäischen Union unter dem Vorbehalt der Glaubens- und Gewissensfreiheit von Schülern und Lehrern. Die Tendenz, einen angemessenen kirchlichen Einfluß auf den staatlich veranstalteten Religionsunterricht auch vertragskirchenrechtlich abzusichern, ist ungebrochen.

Die Legitimation des Religionsunterrichts aus dem Elternrecht ist auch bürgergesellschaftlich zu erklären, nämlich als Wahrnehmung eines individuellen Freiheitsrechts bei der Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe. Das Verständnis der Kirche als staatsfreie, vom Subsidiaritätsprinzip begünstigte Assoziation verdeutlicht ihre Rolle bei der inhaltlichen Konzeption des Bildungsangebots. Im Rahmen seiner kulturstaatlichen Förderungspflicht⁽¹¹²⁾ ist der Staat auf ein Zusammenwirken mit den am Religionsunterricht in der öffentlichen Schule interessierten Kirchen und Religionsgemeinschaften angewiesen. Die Öffnung der teilautonomen Schule für ihr gesellschaftliches Umfeld bietet für das Verhältnis von Religionsunterricht und pfarrlicher Katechese möglicherweise neue, auch bürgergesellschaftlich eigentümliche Impulse. Die Einrichtung eines Alternativ- oder Ersatzfaches stabilisiert nicht nur den Zuzug zum

⁽¹¹⁰⁾ Vgl. WOLLBOLD, Religionsunterricht (s. Anm. 91), S. 282.

⁽¹¹¹⁾ Vgl. WOLLBOLD, Religionsunterricht (s. Anm. 91), S. 278.

⁽¹¹²⁾ «für die Schule, in der die kulturellen Grundlagen der Gesellschaft vornehmlich tradiert und erneuert werden», vgl. BVerfGE 93, 1 (22).

konfessionellen Religionsunterricht⁽¹¹³⁾, sondern befreit ihn auch von der Vorherrschaft zivilreligiöser Themen. Damit wird das zuvor beschriebene Profil des Religionsunterrichts deutlicher erkennbar, ohne die Notwendigkeit einer Beschäftigung mit der kirchlichen Staats- und Gesellschaftslehre zu vernachlässigen. Das Programm der zwölf Europäischen Schulen⁽¹¹⁴⁾, die als offizielle Bildungseinrichtungen der Europäischen Union von den Regierungen der Mitgliedsstaaten beaufsichtigt werden, könnte insoweit richtungweisend sein. Nach einer amtlichen Beschreibung⁽¹¹⁵⁾ geschehen «*Unterricht und Erziehung ...unter voller Wahrung der Gewissensüberzeugung des einzelnen. Der Unterricht in Religion oder Ethik ist fester Bestandteil der Lehr- und Stundenpläne*»⁽¹¹⁶⁾. Wird diese Grundlinie bei der Weiterentwicklung der vielfältigen Bildungssysteme in Europa beachtet, ist auch die Zukunft des Religionsunterrichts an öffentlichen Schulen gesichert⁽¹¹⁷⁾.

⁽¹¹³⁾ Vgl. SAUER, Religionsunterricht (s. Anm. 8), S. 149.

⁽¹¹⁴⁾ In Alicante /SP, Bergen /NL, Brüssel /B (3 Schulen), Culham /GB, Frankfurt a. M. /D, Karlsruhe /D, Kirchberg-Luxemburg /L, München/D, Mol /B, Varese /I.

⁽¹¹⁵⁾ Bundesverwaltungsamt, Zentralstelle für das Auslandsschulwesen, Die Europäischen Schulen.

⁽¹¹⁶⁾ An den auf Privatschulbasis tätigen sog. Internationalen Schulen in Deutschland wird, soweit dies feststellbar war, kein Religionsunterricht, z. T. aber Ethikunterricht angeboten. Begründet wird dies meist mit der Vielfalt von Religionen und Weltanschauungen in der (aus allen Weltteilen kommenden) Schülerschaft.

⁽¹¹⁷⁾ Zu den Perspektiven des Religionsunterrichts vgl. EuForNews 2003/3: «L'enseignement religieux est-il en hausse? La question est posée par *Perspectives*, la revue trimestrielle de l'UNESCO consacrée à l'éducation. Sa réponse se base sur une étude sur le temps prévu pour l'enseignement de la religion, à partir des horaires de cours de 140 pays. Y entre également une analyse de l'évolution de l'enseignement religieux au cours du siècle dernier dans 4 pays, la France, Israël, le Pakistan et la Fédération de Russie. Première constatation: dans la moitié de ces pays, 73 pour être exact, l'enseignement religieux est une matière obligatoire au moins une fois au cours des neuf premières années de scolarité. Dans 54 de ces pays, le temps moyen qui y est consacré pendant les six premières années de scolarité est de 388,4 heures, soit 8,1% de la durée totale de l'enseignement. Par rapport à une étude publiée il y a dix ans sur le même sujet, on constate une augmentation visible de la proportion du temps consacré à l'étude de la religion. Le BIE (Bureau international de l'éducation, basé à Genève, Suisse) qui a réalisé l'analyse préliminaire, note en particulier l'importance accrue de l'instruction religieuse pendant les six premières années de scolarité dans deux pays: l'Arabie saoudite avec 31% soit 1458 heures, et le Yémen avec 28,2% (1104 heures), soit en moyenne trois fois plus que dans n'importe quel autre pays (cf. *Le mois de l'UNESCO*, n. 49, avril 2003)».

PATRICK DE POOTER

LA « MISSION CANONIQUE » ET LE « MANDATUM »
AU SEIN DES UNIVERSITÉS ECCLESIASTIQUES
ET CATHOLIQUES. UN JEU DE MOTS
OU UNE DISTINCTION PLUS FONDAMENTALE?

Introduction. — I. La mission canonique, le mandat et les études ecclésiastiques. — 1. Clarifications terminologiques: *a)* Mission canonique; *b)* Mandat; *c)* Les études. — II. Législation actuelle. — III. Les conséquences. — 1. Contenu différent. — 2. Contenu équivalent. — IV. Conclusion.

Introduction.

Le Code de droit canonique a vingt ans. Cet anniversaire nous donne l'occasion pour regarder en arrière et évaluer un peu le travail qui a été fait. Par le dépouillement de la doctrine on peut relativement vite constater que certains thèmes ont été fort étudiés tandis que d'autres restent presque inexplorés.

Un des sujets qui pendant pas mal d'années fut incontournable est le statut des universités catholiques. Après la promulgation de la Constitution *Ex Corde Ecclesiae* en 1990 pas mal d'auteurs ont repris ce sujet et ont plus spécialement étudié la signification du « mandat » requis pour les professeurs qui donnent des cours en sciences théologiques. Pendant plusieurs années, les universités catholiques aux États-Unis ont vraiment critiqué ce mandat. Mais entretemps les esprits se sont apaisés et une solution acceptable a été trouvée⁽¹⁾.

⁽¹⁾ Voir *Guidelines concerning the academic mandatum in catholic universities*, 15 June 2001 (<http://www.nccbuscc.org/bishops/mandatumguidelines.htm>). Voir les

Dans cette contribution nous ne voulons pas analyser les arguments de ce débat, ni reprendre toute la discussion, mais plutôt examiner de plus près un élément de ce débat: la «relevance» de la distinction entre la *missio canonica* mentionnée dans la Constitution Apostolique *Sapientia Christiana* et (concernant les universités ecclésiastiques) et le *mandatum* mentionné dans le Code de droit canonique et la Constitution Apostolique *Ex Corde Ecclesiae* (concernant les universités catholiques).

I. *La mission canonique, le mandat et les études ecclésiastiques.*

1. *Clarifications terminologiques.*

Tout d'abord nous allons procéder à quelques éclaircissements terminologiques et à situer le contexte législatif, sans reprendre tout l'historique de ces termes.

a) *Mission canonique - missio canonica* » (2).

Cette notion doit être placée dans un contexte plus large (3). Il est question pour la première fois de la «*missio canonica*» lors du synode de Vérone (1184) et plus tard lors du quatrième Concile du Latran (1215), pour s'opposer à la prédication des Vaudois (4). De cette façon le Magistère espérait maintenir l'intégrité de la doctrine. Des siècles plus tard, ce même terme est utilisé dans un autre contexte historique très spécifique, à savoir dans l'Allemagne des années 1848 et suivantes pour définir la relation entre l'Eglise et l'Etat. Afin de maintenir le contrôle de l'intégrité de l'enseignement catholique, les évêques allemands posaient une condition: les enseignants devaient notamment avoir obtenu une «*missio cano-*

préparations: «Introduction to Report of the CTSA Ad Hoc Committee on the "Mandatum"», *The Jurist*, 1998, 343-398.

(2) Voir RIEDEL-SPANGENBERGER, I., *Sendung in der Kirche*, Paderborn/München/Wien/Zurich, Ferdinand Schöningh, 1991, 347 p.

(3) Voir spécialement WEHAGE, R.W., *The canonical mission for teaching: article 27 of the Apostolic Constitution Sapientia Christiana*, (JCL Dissertation), Washington, The Catholic University of America, 1983.

(4) FLATTEN, H., «*Missio canonica*», in *Verkündigung und Glaube - Festgabe für Franz X. Arnold*, Herder, 1958, 128 s.

Ce droit n'appartient qu'aux clercs: LE TOURNEAU, D., «La prédication de la parole de Dieu», in cette *Revue*, 1990, 109.

nica» de l'évêque local avant de pouvoir enseigner la religion dans n'importe quelle école ou université⁽⁵⁾.

La mission était donc indispensable à la propagation de la parole de Dieu, tant par la prédication que par l'enseignement. Cette exigence sera reprise ultérieurement.

Dans les termes du Code de droit canonique de 1917 (abrégé CIC17), la notion de « mission canonique » faisait référence au transfert du pouvoir de juridiction qui supposait le pouvoir d'ordination (c. 109 CIC17)⁽⁶⁾ ainsi qu'à une faculté de prêcher (c. 1328 CIC17). Dans ce dernier cas, la « *missio* » était donnée par le supérieur légal, soit explicitement par une faculté spéciale, soit implicitement par l'affectation à une fonction liée de droit à la prédication⁽⁷⁾.

La Constitution Apostolique *Deus Scientiarum Dominus*⁽⁸⁾ du 25 mai 1931 employait le terme à nouveau dans le cadre des études. Conformément à l'article 21 de cette Constitution, le Grand Chancelier de l'université devait donner cette « *missio canonica docendi* » à chaque professeur d'une université ou faculté ecclésiastique, après qu'il avait obtenu le « nihil obstat » du Saint-Siège⁽⁹⁾.

Il pouvait également les en priver⁽¹⁰⁾ (11). Pour la première fois, le terme de « *missio canonica* » apparaît dans un acte législatif relatif aux études. En fait, ce texte qui a mêlé deux notions, la « *missio canonica* » et la « *missio docendi* » est à la base de la confusion qui régit encore aujourd'hui.

La « *missio canonica* » était toujours le privilège des clercs. Mais dans la vision conciliaire de Vatican II, les laïcs peuvent éga-

(5) BOYLE, J.P., « Church teaching authority in the 1983 Code », *The Jurist*, 1985, 166.

(6) Voir PROVOST, J.H., « Canonical mission and catholic universities », *America*, 1980, 475-476.

(7) Aussi DALY, E.F., « The needed mandate to teach », in *Canon Law Society of America - Proceedings of the forth-sixth annual convention (Milwaukee - Wisconsin - October 8-11, 1984)*, Washington, C.L.S.A., 1985, 116.

(8) AAS 23 (1931) 241-262; suivie d'une Instruction de la Sainte Congrégation des séminaires et des universités, AAS 23 (1931) 263-284.

(9) Art. 21, 5° Constitution Apostolique *Deus scientiarum Dominus (Normae generales)* (abrégé: NG).

(10) Art. 22 Constitution Apostolique *Deus scientiarum Dominus (NG)*.

(11) Voir SCHMITZ, H., « Der Magnus Cancellarius einer kirchlichen Hochschule », *Trierer Theologische Zeitschrift*, 1981, 376-277.

lement recevoir cette mission canonique. Dans le Décret *Ad gentes* sur l'activité missionnaire de l'Eglise, nous lisons: « En outre, il est désirable que, là où cela paraîtra opportun, la mission canonique soit confiée publiquement au cours d'une action liturgique aux catéchistes qui auront reçu une formation suffisante, afin qu'ils soient au service de la foi auprès du peuple avec une plus grande autorité »⁽¹²⁾.

Les *Normae Quaedam*⁽¹³⁾ du 16 mai 1968 reprennent le mot « missio » pour rappeler que les professeurs des universités ecclésiastiques enseignent au nom de l'Eglise⁽¹⁴⁾.

Et dans le même sens, mais encore plus explicitement, la Constitution Apostolique *Sapientia Christiana* du 15 avril 1979⁽¹⁵⁾ reprend cette terminologie tout en faisant une distinction: ceux qui enseignent des disciplines concernant la foi et les mœurs doivent recevoir la mission canonique de la part du Grand Chancelier ou de son délégué⁽¹⁶⁾. La Constitution explique ce devoir:

« c'est qu'ils n'enseignent pas de leur propre autorité, mais en vertu de la mission reçue de l'Eglise »⁽¹⁷⁾. Ils sont donc « en pleine

(12) Décret *Ad Gentes*, nr. 17 (AAS 58 (1966), 968 et *Documents conciliaires*, IV, 122); aussi confirmé pour les clercs: voir Décret *Presbyterium Ordinis*, nr. 7, *Documents conciliaires*, IV, 205: « Ce qui fonde cette obéissance sacerdotale imprégnée d'esprit de coopération, c'est la participation même au ministère épiscopal que les prêtres reçoivent par le sacrement d'ordre et la mission canonique »; voir aussi *Lumen Gentium*, nr. 24, *Documents conciliaires*, I, 77 (voir commentaire STRYNKOWSKI, J., « Theological pluralism and canonical mandate », *The Jurist*, 1982, 531).

(13) *Normae Quaedam ad Constitutionem Apostolicam Deus scientiarum Dominus de studiis academicis ecclesiasticis recognoscendam, Leges Ecclesiae*, III (1959-1968), col. 5355-5368.

(14) *Normae Quaedam*, Principes, II: « ...; ita tamen ut, muneri gravitatis conscientiam, sedulo persentiant se, imprimis ad disciplinas sacras quod attinet, non nomine proprio magistros agere, sed vi missionis, quam a Magisterio receperunt ».

(15) AAS 71 (1979) 469-499; suivie des Instructions de la Sainte Congrégation pour l'Enseignement Catholique du 29 avril 1979, AAS 71 (1979) 500-521.

(16) Il doit être clair qu'aussi bien des clercs que des laïcs peuvent obtenir la « missio canonica docendi » (contra: SANCHEZ VEGA, M., « El estatuto jurídica del profesor de la universidad eclesiástica y la Constitución Apostólica "Sapientia Christiana" », *Apollinaris*, 1980, 28: « (...) y los docentes son eclesiásticos »); comp. AY-MANS, W., « Die Träger kirchlicher Dienste », in *Handbuch des katholischen Kirchenrechts*, Regensburg, Verlag Friedrich Pustet, 1999, 242 que n'emploie le terme « missio canonica » seulement que pour des clercs.

(17) Art. 27 § 1 Constitution Apostolique *Sapientia Christiana* (*Normes Communes*) (abrégé NC); voir « Missio canonica docendi »: « (...) Significat docere auctoritate Ecclesiae », dans « Index analytico-alphabeticus », *Seminarium* 1980, 316.

communione avec le magistère authentique de l'Église et du Pape»⁽¹⁸⁾. Une fois écartée de cette «*missio*», l'enseignant ne peut pas poursuivre sa tâche. Les autres enseignants doivent recevoir la permission d'enseigner de la part du Grand Chancelier ou de son délégué⁽¹⁹⁾.

Le «*nihil obstat*» du Saint-Siège, nécessaire à tout professeur, tel qu'il est formulé dans la Constitution Apostolique *Deus Scientiarum Dominus*, n'a pas été retenu; aujourd'hui, il est uniquement nécessaire à la promotion ou à l'affectation définitive des enseignants, ou dans les deux cas selon les précisions figurant dans les Statuts⁽²⁰⁾.

Pendant les travaux préparatoires du Code de droit canonique de 1983 (abrégé CIC83), c'est justement cette matière de la mission canonique qui a suscité de vives réactions⁽²¹⁾. Le CIC83 est à l'origine de beaucoup de confusion en cette matière, ainsi que de beaucoup de critiques⁽²²⁾. La genèse de ce texte est généralement connue⁽²³⁾. Dans le projet du chapitre II du Livre III, concernant les universités catholiques, la version originale du canon analogue

(18) Art. 26 § 2 Constitution Apostolique *Sapientia Christiana* (NC).

(19) Art. 27 § 1 Constitution Apostolique *Sapientia Christiana* (NC).

(20) Art. 27 § 2 Constitution Apostolique *Sapientia Christiana* (NC).

(21) Voir e.a. CONNOLLY, M., «De munere docendi: some orientations», in *Canon Law Society of America - Proceedings of the forty-fourth annual convention (Hartford - Connecticut October 18-21, 1982)*, Washington, C.L.S.A., 1983, 231; BURRELL, D., e.a., «Report of the CTSA Committee on ecclesiastical academic legislation», *The Jurist*, 1980, 440 (note 3) et 443; GALLIN, A., «Catholic higher education and the 1983 Code of Canon Law», in *Canon Law Society of America - Proceedings of the fifty-second annual convention (Cleveland Ohio - October 15-18, 1990)*, Washington, C.L.S.A., 1991, 148.

(22) Voir le Rapport de l'ACCU et du NCEA qui concluent que les dispositions des c. 809-814 CIC83 ne sont pas applicables aux États-Unis (commentaire chez DALY, E.F., «The needed mandate to teach», in *Canon Law Society of America - Proceedings of the forty-sixth annual convention (Milwaukee - Wisconsin - October 8-11, 1984)*, Washington, C.L.S.A., 1985, 125 s.).

(23) CORIDEN, J.A., «Book III: The Teaching Office of the Church», in *New Commentary on the Code of Canon Law*, BEAL, J.B., CORIDEN, J.A. and GREEN, T.J. (ed.), Mahwah, Paulist Press, 2000, 966-967; voir e.a. GALLIN, A., «On the road. Toward a definition of a catholic university», *The Jurist*, 1988, 552 s.; CONN, J., *Catholic universities in the United States*, Rome, Editrice Pontificia Università Gregoriana, 1991, 266 s.; CITO, D., «Libro III Funcion de enseñar de la Iglesia - Canon 812», in *Comentario exegético al Código de derecho canonico*, Pamplona, Eunsa, 1997, vol. III/1, 282.

pour les universités catholiques, l'actuel 812 CIC83 utilisait la même terminologie que l'article 27 §2 de la Constitution Apostolique *Sapientia Christiana* qui concerne les universités ecclésiastiques. Finalement, le terme « *mandatum* » a été retenu⁽²⁴⁾.

b) *Mandatum - mandat.*

Le terme mandat figurait aussi déjà dans l'ancien Code et avait aussi plusieurs significations. Mais le terme a reçu un contenu plus extensif dans le contexte de l'Action Catholique⁽²⁵⁾. Dans le Décret *Apostolicam Actuositatem* sur la pastorale des laïcs, le terme apparaît très explicitement. D'une façon générale, le texte stipule que « la hiérarchie, organisant l'apostolat de diverses manières selon les circonstances, unit plus étroitement à sa propre charge apostolique telle forme d'apostolat sans toutefois altérer la nature propre et la distinction des deux tâches, et par conséquent sans enlever aux laïcs la nécessaire faculté d'agir de leur propre initiative. Cet acte de la hiérarchie a reçu le nom de "mandat" dans divers documents ecclésiastiques »⁽²⁶⁾. Les actes préparatoires de ce texte montrent que les Pères du Concile ne sont pas non plus unanimes dans leur interprétation⁽²⁷⁾. En fait, le terme mandat est em-

⁽²⁴⁾ CASTILLO-LARA, R., « Le Livre III du CIC de 1983 », *L'Année Canonique*, 1988, 36-37: « Cherchant à venir à l'encontre de telles préoccupations, on usa d'une formule moins technique et plus générale (...) ».

⁽²⁵⁾ PASSICOS, J., « Du mandat à la mission », *L'Année Canonique*, 1985-86, 106 s.

⁽²⁶⁾ *Apostolicam Actuositatem*, nr. 24, *Documents Conciliaires*, III, 301.

⁽²⁷⁾ Voir *Acta Synodalia*, vol. III, par. IV, 1974, 677-678 où se trouve une définition du mandat et de la *missio canonica*. Dans une note est indiquée e.a. concernant le terme *missio canonica* dans ce contexte: « Non agitur de delegatione potestatis sive ordinis sive iurisdictionis, sed solum de usu clericorum, sive ob maiorem peritiam laicorum in aliquo definito campo actionis ». Il est ajouté que l'activité sanctionnée par le mandat est propre au laïc (mais amplifiée par le mandat, elle est ainsi exercée au nom d'une autorité ecclésiastique) tandis que l'activité de la *missio canonica* est propre au clergé et ne peut jamais être exercée en leur nom propre. Dans le Rapport de la Commission concernant le deuxième Schéma il est indiqué que certains Pères trouvaient que la différence des termes était bien formulée, bien que d'autres remarquaient que le terme était employé différemment dans ce texte du Magistère et en plus n'était pas bien formulé par les théologiens (*idem*, vol. III, par. III, 412). Les textes étaient adaptés (p. 413). Pendant les discussions concernant le troisième Schéma, l'évêque auxiliaire de Barcelone, Mgr. Jurbany fait de maintes remarques concernant l'emploi du terme mandat (vol. III, par. IV, 326) et ajoute que conférer le

ployé dans un autre sens⁽²⁸⁾. Le sens employé ici, est-il le même que dans le canon 812 CIC83? C'est douteux.

La comparaison de l'emploi du terme «mandat» dans le Code actuel nous aide-t-elle à mieux comprendre le sens du c. 812 CIC83? ⁽²⁹⁾ Dans le CIC83, le mot a plusieurs significations ⁽³⁰⁾ ⁽³¹⁾. Et la comparaison avec les situations analogues, c.-à.-d. la prédication et l'enseignement religieux dans les écoles et les séminaires, ne nous donne pas une solution immédiate ⁽³²⁾.

c) *Les études.*

La référence aux facultés de philosophie, de théologie et de droit canonique dans le c. 1380 du Code de droit canonique de 1917 confirme seulement l'existence des études non-profanes — dites religieuses — au niveau académique, sans que l'on aboutisse

mandat à un individu (p.e. pour enseigner la religion) équivaut à une mission canonique (!) (p. 326-327); en plus il fait la juste distinction entre agir «au nom de l'Église» ou bien «uni avec la hiérarchie» (p. 327-328). Au lieu de bien définir ces termes (ce qui avait été demandé par un de Pères), les Pères choisissaient la solution facile en modifiant les textes (vol. IV, par. II, 354), et en optant pour un décret pratique. Dans la même optique, les problèmes concernant la *missio canonica* sont résolus en omettant le terme «canonica»...

⁽²⁸⁾ CONN, J., *Catholic universities in the United States*, Rome, Editrice Pontificia Università Gregoriana, 1991, 102.

⁽²⁹⁾ DALY, E., «The needed mandate to teach», in *Canon Law Society of America - Proceedings of the forty-sixth annual convention (Milwaukee - Wisconsin - October 8-11, 1984)*, Washington, C.L.S.A., 1985, 119.

⁽³⁰⁾ Voir BARRETT, R.J., «The Bishop as ordinary teacher», *Monitor Ecclesiasticus*, 1992, 259; MUSSINGHOFF, H., in *Münsterischer Kommentar zum Codex Iuris Canonici*, Essen, Ludgers Verlag, 1985, ad. c. 812, nr.7.

⁽³¹⁾ Voir c. 42; c. 133; c. 140 § 2; c. 229 § 3; c. 367; c. 445 § 1, 4^o; c. 479 § 1 et § 2; c. 481 § 1; c. 548 § 1; c. 812; c. 883, 2^o; c. 1013; c. 1105; c. 1405 § 2; c. 1428 § 3; c. 1484; c. 1485; c. 1525 § 3; c. 1686 CIC83.

⁽³²⁾ Voir DALY, E.F., «The needed mandate to teach», in *Canon Law Society of America - Proceedings of the forty-sixth annual convention (Milwaukee - Wisconsin - October 8-11, 1984)*, Washington, C.L.S.A., 1985, 120. Les termes «*facultas*» (c. 764), «*approbatio*» (c. 805), «*nominatio*» (c. 805, c. 252 §1); contra WOLF, K. «Leek en clerus», in *Het nieuwe Kerkelijk Recht*, TORFS, R. (ed.), Leuven, Universitaire Pers/Peeters, 1985, 188-189, selon lequel le terme général de «*missio*» est divisé en deux autres: «*facultas/licentia*» est retenu pour les religieux et les clercs et «mandat» pour les laïcs. De plus il ajoute que dans le cas du c. 812 CIC83, les textes antérieurs correspondants mentionnent *missio canonica* et il donne comme exemple la Constitution Apostolique *Sapientia Christiana*.

à une définition claire de la portée de ces dernières. Le c. 1365 §2 CIC17 figure comme point de repère avec l'énumération des disciplines théologiques, mais d'autres canons nous empêchent de classer ces études sous un dénominateur commun⁽³³⁾.

La Constitution *Deus scientiarum Dominus* ne présente pas non plus d'énumération exacte de ces disciplines. L'article 1 stipule que les facultés ecclésiastiques⁽³⁴⁾ ont comme but de distribuer et de promouvoir les sciences sacrées et celles qui sont connexes. Ensuite ce but est explicité: enseigner en profondeur, selon la doctrine catholique, les sciences sacrées ou celles qui s'y rattachent, former les élèves à la connaissance des sources, à la pratique des recherches et des travaux scientifiques et enfin contribuer le plus possible à l'étude et au développement des sciences elles-mêmes⁽³⁵⁾.

Mais quelles sont alors ces études ecclésiastiques? La lecture de l'article 3 de la Constitution Apostolique *Deus scientiarum Dominus* n'éclaircit pas vraiment la question. Les études mentionnées dans le c. 1380 CIC17 y sont reprises, à savoir la théologie⁽³⁶⁾, le droit (canon) et la philosophie (chrétienne ou scolastique)⁽³⁷⁾. On ajoute que toutes les autres facultés («*aliae denique omnes*») ⁽³⁸⁾ fondées par le Saint-Siège et souscrivant le but de la Constitution Apostolique *Deus scientiarum Dominus*, appartiennent également à la catégorie des facultés des études ecclésiastiques. Mais cette remarque n'est pas très éclairante non plus dans ce contexte.

⁽³³⁾ Voir MORSORF, K., *Die Rechtssprache des Codex Iuris Canonici*, Paderborn, Ferdinand Schöningh, 1967, 252: «*sacra theologiae curriculum*» (voir également c. 972 § 1 CIC17); voir c. 421 § 1, 1^o et c. 434 § 2 CIC17 qui donnent l'impression que le droit canon n'est pas une science théologique. Ceci a été rétabli par une réponse de la Commission pour l'Interpretation du Code du 24 novembre 1920 (*AAS* 12 1920, 573).

⁽³⁴⁾ Ce terme n'est employé qu'une fois dans la Constitution Apostolique *Deus scientiarum Dominus*, dans le Préambule, 9; le terme utilisé ailleurs est «*universitas/facultas studiorum ecclesiasticorum*»; ces études se divisent en les études sacrées et celles qui sont connexes.

⁽³⁵⁾ Art. 2 Constitution *Deus scientiarum Dominus* (NG).

⁽³⁶⁾ L'art. 38 § 1 Ord. Constitution Apostolique *Deus scientiarum Dominus* spécifie encore: la théologie fondamentale, la théologie dogmatique et la théologie morale spéculative.

⁽³⁷⁾ Voir le commentaire de HOLZMEISTER, U., «*Die Neuordnung*», *Zeitschrift für katholische Theologie*, 1931, 596.

⁽³⁸⁾ Art. 3 § 1 1 Constitution Apostolique *Deus scientiarum Dominus* (NG).

Dans la Constitution Apostolique *Deus scientiarum Dominus* figurent quelques-unes de ces autres disciplines⁽³⁹⁾, et elles doivent alors être considérées comme des études ecclésiastiques. Mais il n'est explicité ni dans la Constitution Apostolique, ni dans les commentaires si elles sont des sciences sacrées ou bien des sciences connexes. Sous le troisième titre⁽⁴⁰⁾ de la Constitution Apostolique *Deus scientiarum Dominus*, ces études sont spécifiées⁽⁴¹⁾, ainsi que leur durée⁽⁴²⁾ (43).

La formulation des objectifs des facultés montre que l'approche de ces disciplines est plutôt technico-formelle. On le comprend mieux en sachant que le premier but de la réforme de ces études est d'égaliser le niveau scientifique des autres universités. Une vision changeante de l'Eglise et de la science résultera en une approche différente, abordée explicitement dans Vatican II.

Le document conciliaire le plus pertinent pour nos recherches, la Déclaration *Gravissimum Educationis*, affirme que l'Eglise attend énormément de l'activité des « facultés des sciences sacrées ». Le but de ces facultés y est mieux explicité et les éléments essentiels seront repris dans les textes législatifs postérieurs. Ces facultés des sciences sacrées doivent préparer leurs propres élèves, non seulement au ministère sacerdotal, mais surtout à l'enseignement dans les chaires d'études supérieures ecclésiastiques ou encore au travail personnel de la recherche scientifique ou enfin aux tâches les plus exigeantes de l'apostolat intellectuel. Elles sont obligées d'étudier en profondeur les différentes sciences sacrées afin d'acquérir chaque jour une connaissance plus pénétrante de la Révélation sacrée, d'ouvrir plus largement l'accès au patrimoine de la sagesse chrétienne légué par nos ancêtres, de promouvoir le dialogue avec nos frères séparés et avec les non-chrétiens, et enfin de fournir une réponse adéquate aux questions posées par le progrès des sciences. Le document formule également le vœu que ces facultés révisent leurs constitutions et développent intensément les sciences sacrées

(39) Ce sont les études bibliques, les études orientales, le droit, l'archéologie chrétienne et la musique sacrée.

(40) Sous la rubrique: « De ratione studiorum ».

(41) Art. 29 Constitution Apostolique *Deus scientiarum Dominus* (NG).

(42) Art. 31 Constitution Apostolique *Deus scientiarum Dominus* (NG).

(43) Concernant les innovations de la Constitution Apostolique *Deus scientiarum Dominus*: BOYER, Ch., « Annotations », *Periodica*, 1931, 298-312.

et celles qui leur sont connexes. En utilisant les méthodes et les moyens les plus modernes, elles formeront leurs étudiants aux recherches les plus poussées.

Même à ce niveau, il ne règne pas d'uniformité terminologique. Les notions *universitas/facultas ecclesiastica* et *universitas/facultas scientiarum sacrarum* sont considérées comme des synonymes⁽⁴⁴⁾. Une définition plus claire de ces sciences sacrées n'est pas donnée.

Donnant suite aux propositions de la Déclaration *Gravissimum Educationis*, les *Normae Quaedam* précisent le but des facultés ecclésiastiques (*universitas/facultas ecclesiastica*)⁽⁴⁵⁾ comme étant double. Primo approfondir et promouvoir l'étude des sciences sacrées⁽⁴⁶⁾ et celles qui leur sont connexes et secundo assurer une formation plus profonde aux étudiants de ces mêmes disciplines⁽⁴⁷⁾.

Ce document reprend également la notion *universitas/facultas studiorum ecclesiasticorum*⁽⁴⁸⁾. Ce texte ne présente pas de précision terminologique non plus.

Actuellement, les facultés ecclésiastiques sont définies comme «celles qui s'occupent particulièrement de la Révélation chrétienne et des questions qui lui sont connexes, et qui sont reliées plus étroitement à sa propre mission évangélisatrice»⁽⁴⁹⁾. Et la Constitution Apostolique *Sapientia Christiana* continue: «À ces Facultés, elle (L'Eglise) a confié, avant tout, la charge de préparer avec un soin particulier, leurs propres élèves au ministère sacerdotal, à l'en-

(44) Voir nr. 11 *Gravissimum Educationis*; POLSCHNEIDER, J. e.a., «Erklärung», in *Lexikon für Theologie und Kirche - Das Zweite Vatikanische Konzil*, Friedberg/Basel/Wien, Herder, 1967, 398, déclare que «der Ausdruck "scientiarum sacrarum facultates" réfère aux "Hochschulfakultäten, in denen die theologischen Disziplinen behandelt werde, während die Formel "ecclesiasticae facultates" verschiedene eigenständige Fakultäten umschreibt» (contra SCHMITZ, H., «Die Entwicklung des kirchlichen Hochschulrechts von 1917-1980», *Archiv für katholisches Kirchenrecht*, 1982, 453).

(45) Ce terme est utilisé dans les nrs. 9, 11, 12b) et 24 *Normae Quaedam*.

(46) Voir nr. 29 *Normae Quaedam* qui indique les dimensions intrinsèques qui correspondent à la doctrine sacrée, à savoir: «biblique, patristique, historique, liturgique, pastoral, spirituel, missionnaire, oecuménique».

(47) Voir nr. 1b) *Normae Quaedam*.

(48) Nrs. 1, 7 et 10 *Normae Quaedam* (et Principes, I).

(49) Constitution Apostolique *Sapientia Christiana*, Préambule, III, 1; art. 3 § 1 Constitution Apostolique *Sapientia Christiana* (NC).

seignement des sciences sacrées, aux tâches apostoliques plus ardues». Ensuite, la Déclaration *Gravissimum Educationis* est citée pour accentuer le sens de ces facultés et la nécessité d'étudier les disciplines sacrées.

Dans les Normes Communes de la Constitution Apostolique *Sapientia Christiana*, l'article 1 indique que les universités et facultés ecclésiastiques (on entend également sous ce nom des athénées, des instituts et des autres centres académiques⁽⁵⁰⁾) sont «celles qui, canoniquement érigées ou approuvées par le Siège Apostolique, étudient et enseignent la doctrine sacrée et les sciences qui ont un lien avec elle, et qui ont le droit de conférer les grades académiques, par l'autorité du Saint-Siège».

La formule employée pour désigner les études est alors «*sacra doctrina et scientiae, quam ipsa conectuntur*»⁽⁵¹⁾. Et le c. 815 CIC83 y ajoute que l'Église a ses propres universités en vertu de sa mission d'annoncer la vérité révélée et pour approfondir ces disciplines sacrées ou celles qui leur sont connexes⁽⁵²⁾.

Pour éclaircir cette notion⁽⁵³⁾, il faut examiner la Constitution ainsi que le CIC83. Alors, on peut constater qu'encore d'autres termes sont employés, comme par exemple: «sciences sacrées - *scientiae sacrae*»⁽⁵⁴⁾, «disciplines sacrées - *disciplinae sacrae*»⁽⁵⁵⁾. En faisant référence à la Constitution Apostolique *Deus scientiarum Dominus*, le texte parle: aussi d'«études académiques - *studiorum academicorum*»⁽⁵⁶⁾, d'études ecclésiastiques - *studiorum ecclesiasticorum*⁽⁵⁷⁾,

⁽⁵⁰⁾ Voir art. 1 Ord. Constitution Apostolique *Sapientia Christiana*.

⁽⁵¹⁾ Art. 2 Constitution Apostolique *Sapientia Christiana* (NC).

⁽⁵²⁾ Le c. 815 CIC83 répète qu'il s'agit également de «former scientifiquement les étudiants dans ces mêmes disciplines»; «ce qui est nouveau par rapport à la conception traditionnelle des universités ecclésiastiques»: voir DE ECHEVARRIA, L., *Code de droit canonique annoté*, Salamanque, Ed. du Cerf/Ed. Tardy, 1989, 476.

⁽⁵³⁾ Voir également art. 50 Ord. Constitution Apostolique *Sapientia Christiana*.

⁽⁵⁴⁾ Constitution Apostolique *Sapientia Christiana*, Préambule, III, 2 et 3; art. 7 § 1 et art. 24 § 3 Ord. CA SC; c. 229 § 2 et § 3 CIC83.

⁽⁵⁵⁾ Constitution Apostolique *Sapientia Christiana*, Préambule, III, 3; art. 17 Ord. CA SC; c. 218 CIC83; c. 248 CIC83; c. 815 CIC83.

⁽⁵⁶⁾ Constitution Apostolique *Sapientia Christiana*, Préambule, VI, 3; art. 71 Constitution Apostolique *Sapientia Christiana*.

⁽⁵⁷⁾ Art. 64 Ord. Constitution Apostolique *Sapientia Christiana*; Constitution Apostolique *Sapientia Christiana*, Appendice II.

« d'études supérieures - *superiora studia ecclesiastica* »⁽⁵⁸⁾, « d'études académiques ecclésiastiques - *studiis academicis ecclesiasticis* »⁽⁵⁹⁾ et « d'études sacrées - *studia sacra* »⁽⁶⁰⁾. D'autres termes utilisés sont: « sciences théologiques - *scientiae theologicae* »⁽⁶¹⁾, « sciences ecclésiastiques - *scientiis ecclesiasticis* »⁽⁶²⁾, « disciplines théologiques - *disciplinas theologicas* »⁽⁶³⁾ et « sciences religieuses - *scientiarum religiosarum* »⁽⁶⁴⁾.

Bien que la doctrine ne fasse que peu de commentaire sur la diversité de ces notions, il nous semble que cette diversité est à l'origine de beaucoup de problèmes d'interprétation.

Mais il y a encore d'autres documents qui précèdent la Constitution Apostolique *Sapientia Christiana* et qui font mention de ces sciences: le Décret *Optatam Totius* du 28 octobre 1965⁽⁶⁵⁾, le *Ratio fundamentalis* du 6 janvier 1970⁽⁶⁶⁾, la Déclaration sur l'interprétation des normes relatives aux causes de réduction de prêtres à l'état laïc du 26 juin 1972⁽⁶⁷⁾ et l'Instruction sur la formation théologique des futurs prêtres du 22 février 1976⁽⁶⁸⁾.

⁽⁵⁸⁾ Constitution Apostolique *Sapientia Christiana*, Préambule, V, 2.

⁽⁵⁹⁾ Constitution Apostolique *Sapientia Christiana*, Préambule, V, 7 et VI, 4.

⁽⁶⁰⁾ C. 279 § 1 CIC83.

⁽⁶¹⁾ Constitution Apostolique *Sapientia Christiana*, Préambule, V, 4.

⁽⁶²⁾ Art. 51 Constitution Apostolique *Sapientia Christiana* (NC).

⁽⁶³⁾ Art. 67 § 2, art. 72a), art. 84a) et b) Constitution Apostolique *Sapientia Christiana* (NS); art 50 et art. 51 (contient une énumération) Ord. Constitution Apostolique *Sapientia Christiana*; c. 812 CIC83.

⁽⁶⁴⁾ C. 821 CIC83.

⁽⁶⁵⁾ La Rubrique V (nr. 16) contient également une énumération des disciplines théologiques: l'Écriture sainte, la théologie dogmatique, la théologie morale, le droit canonique, l'histoire ecclésiastique et la sainte liturgie.

⁽⁶⁶⁾ AAS 62 1970, 321-384; selon ce document les sciences théologiques les plus importantes sont l'Écriture sainte, la liturgie, la théologie dogmatique, la théologie morale, la théologie pastorale, l'histoire ecclésiastique et le droit canonique.

⁽⁶⁷⁾ AAS 64 1972, 641-643 et *Leges Ecclesiae*, IV, 6288-6290; ce document précise que les prêtres dispensés ne peuvent enseigner les disciplines théologiques proprement dites ni celles qui leur sont étroitement connexes (p. ex. la pédagogie religieuse et catéchétique) dans les centres d'études supérieures, même si ceux-ci ne dépendent pas strictement de l'autorité ecclésiastique, ou sont enseignées les disciplines théologiques ou religieuses.

⁽⁶⁸⁾ *Leges Ecclesiae*, V, 7155-7175 et *Documentation Catholique*, 1976, 457-477 qui énumère la Sainte Écriture, la théologie dogmatique, la théologie morale, la théologie pastorale, la théologie fondamentale; autres disciplines de grande importance sont: la liturgie, le droit canonique et l'histoire ecclésiastique; des disciplines auxiliai-

La lecture de ces autres documents nous offre-t-elle une solution? Il nous semble que ces textes ne donnent pas non plus des distinctions très claires.

En faisant une combinaison de ces textes, nous pensons que la notion générale « études ecclésiastiques » doit être spécifiée. Elle se divise, selon nous, en trois catégories⁽⁶⁹⁾.

La première catégorie dont la Constitution parle est celle des disciplines ou sciences théologiques. Elles s'occupent particulièrement de la Révélation chrétienne⁽⁷⁰⁾. Pour cette raison, elles sont nommées aussi « *scientiae sacrae* » ou « *disciplinae sacrae* »⁽⁷¹⁾. Les disciplines appartenant à cette catégorie appartiennent tout d'abord à la théologie *sensu stricto*: l'Écriture sainte, la théologie fondamentale, la théologie morale, la théologie dogmatique et la théologie pastorale. Mais la liturgie, l'histoire de l'Église, le droit canonique⁽⁷²⁾ et la philosophie chrétienne y appartiennent égale-

res sont: la théologie spirituelle, l'enseignement social de l'Église, la théologie oecuménique, la missiologie, l'art sacré et le chant sacré. Elles se juxtaposent aux disciplines principales ou entrent dans le cadre de la théologie pastorale, comme par exemple la catéchétique ou l'homélique.

⁽⁶⁹⁾ Voir CIRIO, D., « Libro III Funcion de enseñar de la Iglesia - Canon 812 », in *Comentario exegético al Código de derecho canónico*, Pamplona, Eunsa, 1997, vol. III/1, 284 fait mention des « disciplinas teológicas », « ciencias sagradas » et « materias relacionadas con la fe o las costumbres », mais les considère identiques. Dans le même sens: ERRAZURIZ, C.J., *Il munus docendi Ecclesiae: diritti e doveri dei fedeli*, Milano, 1991, 223.

⁽⁷⁰⁾ Constitution Apostolique *Sapientia Christiana*, Préambule, III,1.

⁽⁷¹⁾ MICHEL, A., « Science », in *Dictionnaire de Théologie Catholique*, XIV, Paris, Letouzey et Ané, 1939, 1595; l'ensemble de ces sciences est également indiqué comme *doctrina sacra*; SCHMITZ, H., « Kirchliche Hochschulen », *Archiv für katholisches Kirchenrecht*, 1981, 57, qui affirme que « *doctrina sacra, disciplina sacrae et scientiae sacra* » sont des synonymes.

⁽⁷²⁾ Le 14 novembre 2002 la Congrégation pour l'Éducation Catholique a publié un décret (qui a été approuvé par le Pape le 2 septembre 2002) fixant la réforme des études dans les Facultés de droit canon, de façon à améliorer la formation (AAS 95 (2003), 281-285). Le décret est entré en vigueur au début de l'année académique 2003-2004. Voir le résumé des changements: DE POOTER, P., « Une réforme des études canoniques », *Agenda Canonique*, 2003, nr. 25, p. 6. Voir les commentaires: ERRAZURIZ, C.J., « Circa la conoscenza del diritto ecclesiale e il suo insegnamento universitario », in cette *Revue*, 2003, 562-573; ESPOSITO, B., *Verso una riforma delle Facoltà di Diritto canonico ecclesiastiche? Pro e contra in vista di una prossima decisione*, in *Angelicum*, 2002, 177-224; ESPOSITO, B., *La facoltà di diritto canonico ecclesiastiche tra passato, presente e futuro*, in *Angelicum*, 2002, 909-968; TORFS, R., « The Roman reform

ment⁽⁷³⁾ (74). D'autres autres auteurs ajoutent encore les cours de patrologie et d'archéologie⁽⁷⁵⁾.

Certains auteurs imposent (bien qu'implicitement) une *subdivisio* ou un ensemble plus restreint des disciplines sacrées: celles qui concernent la foi et les moeurs. Cela se déduit de l'art. 26 § 2 de la Constitution Apostolique *Sapientia Christiana* (NC). Elle lance un appel à ceux « qui enseignent des matières concernant la foi ou les moeurs » et leur demande d'être « conscients qu'une telle charge doit être accomplie en pleine communion avec le Magistère authentique de l'Eglise et, principalement, du Pontife romain ». Pour assurer cette loyauté, ces enseignants ont besoin d'une « *missio canonica* », car ils « n'enseignent pas de leur propre autorité, mais en vertu de la mission reçue de l'Eglise ». Les différends doctrinaux sont étudiés seront étudiés ci-après.

La deuxième catégorie est celle des disciplines connexes aux sciences sacrées. Elles étudient des matières liées à la Révélation et connexes aux sciences théologiques. Jusqu'à la Constitution Apostolique *Sapientia Christiana*, cette distinction était la *summa divisio*, bien qu'il n'y eut pas d'unanimité sur quelles disciplines appartenaient à la première ou à la deuxième catégorie. La plupart des auteurs considèrent l'Appendice II de la Constitution Apostolique *Sapientia Christiana* comme une bonne indication des disciplines

of the canon law programme. Per aspera ad astra?», in *Canon Law, Consultation and consolation, Acts Mgr. Onclin Chair 2003*, Leuven, Peeters, 2003, 25-41.

(73) Art. 51 Ord. Constitution Apostolique *Sapientia Christiana* (NS) en combinaison avec le c. 252 § 3 CIC83.

(74) Dans ce sens: MICHEL, A., « Science », in *Dictionnaire de Théologie Catholique*, XIV, Paris, Letouzey et Ané, 1939, 1596. Contre SCHWENDENWEIN, H., « Katholische Universitäten », in *Ecclesia Peregrinans*, 381; SCHWENDENWEIN, H., *Das neue Kirchenrecht*, Graz/Wien/Köln, Verlag Styria, 1983, 309 qui compte parmi les « disciplinae sacrae »: « Theologie, Christliche Philosophie, Kanonisches Recht ». Comparez encore à: COMPOSTA, D., « L'educazione cattolica », in *Commento al Codice*, 500, qui parle de « dottrine ecclesiastiche » (teologia, diritto canonico, discipline bibliche). MUSSINGHOFF, H., dans *Munsterischer Kommentar zum Codex Iuris Canonici*, Essen, Ludgerus Verlag, 1985, ad. c. 815, nr. 4 parle des « Theologische Wissenschaften » comme celles qui « unmittelbar mit dem Wort Gottes zu tun haben: Exegese, Dogmatik, Moralthologie, Kirchengeschichte, Kirchenrecht, Pastoraltheologie, Liturgie, Homilitik, Spiritualität, Fundamentaltheologie ».

(75) Voir CORIDEN, J.A., « Book III: The Teaching Office of the Church », in *New Commentary on the Code of Canon Law*, BEAL, J.P., CORIDEN, J.A. and GREEN, T.J. (ed.), Mahwah, Paulist Press, 2000, 970.

connexes⁽⁷⁶⁾. Cette liste donne un aperçu des « secteurs des études ecclésiastiques selon l'organisation académique actuellement en vigueur dans l'Eglise » mais elle est très variée. Nous nous demandons si par exemple un cours sur l'athéisme ou des études pédagogiques, psychologiques et sociologiques sont vraiment liés à la Révélation. La réponse se trouve dans la Constitution *Sapientia Christiana* même. Une bonne lecture nous indique une troisième catégorie.

Dans cette troisième catégorie, il s'agit d'autres sciences — appelées également études ecclésiastiques⁽⁷⁷⁾ — qui n'ont pas de rapport particulier avec la Révélation chrétienne, mais qui peuvent toutefois apporter un concours appréciable à l'oeuvre de l'évangélisation⁽⁷⁸⁾. C'est précisément sous cet aspect que l'Eglise les considère lorsqu'elle les érige en facultés ecclésiastiques⁽⁷⁹⁾.

Le changement de nom d'« *universitas/facultas studiorum ecclesiasticorum* » vers « *universitates/facultates ecclesiasticae* » semble avoir son importance.

Sous le régime de la Constitution Apostolique *Deus scientiarum Dominus*, l'accent est mis sur le caractère des disciplines: il

(76) Voir MUSSINGHOFF, H., in *Münsterischer Kommentar zum Codex Iuris Canonici*, Essen Ludgerus Verlag, 1985, ad. c. 815, nr. 4: « die Theologieverbundene Wissenschaften: die Wissenschaften, die Brücken schlagen zwischen der Theologie und der profanen Wissenschaften: christliche Philosophie, Pädagogik, Psychologie, Sozialwissenschaften, Sprachwissenschaften, christliche Archäologie etc ».

(77) Art. 64 Ord. Constitution Apostolique *Sapientia Christiana*; GONZALEZ DEL VALLE, J.M., in LOMBARDA, P. and ARRIETA, J.I., *Codigio de derecho canonico*, Pamplona, Ed. de Navarra, 1994, 501, à notre avis nuance trop peu en parlant « de las disciplinas eclesiacas y las materias con ellas relacionadas » (des disciplines ecclésiastiques et des matières qui s'y rapportent »).

(78) Constitution Apostolique *Sapientia Christiana*, Préambule, III, 5. L'*Index analytico-alphabeticus* considère ces sciences comme « scientiae profanae cum sacris conexas » (*Seminarium*, 1980, 321). Même si on considère ces sciences comme liées aux sciences sacrées, il y a néanmoins une différence entre celles qui sont étroitement liées et les autres: voir également l'argument dans le texte de la Déclaration sur l'interprétation des normes relatives aux causes de réduction des prêtres à l'état laïc du 27 juin 1972 (*Leges Ecclesiae*, IV, 6290): « *disciplinae proprie theologicae vel ipsis intime conexas, e.g. paedagogia religiosa et catechetica* » et les préparations du c. 812 CIC83 (Schéma 1977 et Schéma 1980: « *lectiones theologicas aut cum theologia conexas* »).

(79) Constitution Apostolique *Sapientia Christiana*, Préambule, III, 5 Constitution Apostolique *Sapientia Christiana*; voir également l'art. 84 Constitution Apostolique *Sapientia Christiana* (NS) où sont stipulés les objectifs qui puissent donner naissance aux facultés ecclésiastiques.

s'agissait de facultés de sciences sacrées. Dans ce contexte, les disciplines connexes devaient avoir un lien étroit avec les sciences principales⁽⁸⁰⁾. Actuellement, ces universités ou facultés sont appelées ecclésiastiques. Les disciplines qu'on y étudie sont diversifiées. Les sciences principales sont encore les disciplines théologiques. Mais l'objet des disciplines connexes est interprété de façon plus large.

Cela se déduit de l'Appendice II de la Constitution Apostolique *Sapientia Christiana* qui contient une liste de ces études. Parmi elles figurent des études profanes: les études pédagogiques, les études psychologiques, les études sociologiques, ... Quel est alors le critère pour les appeler «ecclésiastiques»? L'Introduction de la CA SC donne une indication: «un concours appréciable à l'oeuvre de l'évangélisation»⁽⁸¹⁾. Il faut prendre en considération les besoins de l'Eglise, afin d'atteindre des objectifs particuliers⁽⁸²⁾.

En résumé, on peut dire que les disciplines théologiques sont étudiés aux universités/facultés ecclésiastiques, mais par application d'une interprétation large de l'article 84 Constitution Apostolique *Sapientia Christiana* la plupart des disciplines profanes peut également être étudiée dans ces institutions⁽⁸³⁾.

II. *Législation actuelle.*

Le c. 812 CIC83 explique que ceux «qui enseignent les disciplines théologiques en tout institut d'études supérieures doivent avoir *le mandat* de l'autorité ecclésiastique compétente». Ce canon se trouve dans le chapitre concernant les universités catholiques et les autres instituts d'études supérieures.

En fait, ce canon est une explication du droit et du devoir qui en découle que formulent le c. 218 CIC83⁽⁸⁴⁾ et plus encore le c.

(80) Voir WERNZ, F.X. et VIDAL, P., *Ius canonicum ad Codicis normam exactum*, Roma, Apud Aedes Universitas Gregoriana, 1934, IV/2, 101-102 qui interprètent très strictement.

(81) Constitution Apostolique *Sapientia Christiana*, Préambule, III, 1.

(82) Art. 84 Constitution Apostolique *Sapientia Christiana* (NS).

(83) Voyez dans ce contexte: SCHOUPPE, J.-P., «Le droit d'opinion et la liberté de recherche dans les disciplines ecclésiastiques (can. 212 et 218): nature et portée», *Année canonique*, 1994, 155-184.

(84) La demande d'un mandat n'est pas contraire au droit formulé dans c. 218

229 § 3 CIC83, concernant l'éducation⁽⁸⁵⁾. Le c. 218 CIC83 stipule: «Ceux qui s'adonnent aux disciplines sacrées jouissent d'une juste liberté de recherche comme aussi d'expression prudente de leur opinion dans les matières ou ils sont compétents, en gardant le respect du au magistère de l'Eglise». Et le c. 229 § 3 CIC83 répète que les laïcs, «en observant les dispositions concernant l'idoneité requise», sont habilités à enseigner les sciences sacrées quand l'autorité ecclésiastique leur en donne mandat («*mandatum*»)⁽⁸⁶⁾.

Mais ceux qui enseignent ces disciplines dans les universités catholiques ne sont pas les seuls à avoir besoin de ce mandat, ceux qui les enseignent dans les universités ecclésiastiques en ont autant besoin. Ceci est la conséquence logique de l'application du c. 818 CIC83 qui affirme entre autres, que la prescription formulée dans le canon 812 CIC83 s'applique aux universités et facultés ecclésiastiques.

Nous en arriverons ainsi aux premières difficultés.

Cette disposition du c. 818 CIC83 est précédée d'une autre, plus spécifique aux universités ecclésiastiques: l'article 27 de la Constitution Apostolique *Sapientia Christiana*⁽⁸⁷⁾. Cet article stipule que ceux qui enseignent les disciplines concernant la foi et les moeurs doivent recevoir (après avoir émis la profession de foi) la mission canonique du Grand Chancelier ou de son délégué. Il faut remarquer que le c. 812 CIC83 parle de «sciences théologiques» tandis que l'art. 27 Constitution Apostolique *Sapientia Christiana* parle des «disciplines concernant la foi et les moeurs». Une distinction de plus entre ces sciences pourrait être interprété comme un argument en faveur de la différence entre les termes. Mais les travaux préparatoires du Code contredisent cette opinion⁽⁸⁸⁾. Les

CIC83 parce qu'il s'agit d'un «öffentliche Vertretung» (MUSSINGHOFF, H., in *Munsterischer Kommentar zum Codex Iuris Canonici*, Essen, Ludgers Verlag, 1985, ad. c. 812, nr.1).

⁽⁸⁵⁾ ORSY, L., «The mandate to teach theological disciplines», *Theological Studies*, 1983, 478, y ajoute encore d'autres canons pour soutenir cette idée (e.a. les c. 211 et 216 CIC83).

⁽⁸⁶⁾ Voir DALY, F., «The needed mandate to teach», in *Canon Law Society of America - Proceedings of the forty-sixth annual convention (Milwaukee - Wisconsin - October 8-11, 1984)*, Washington, C.L.S.A., 1985, 120.

⁽⁸⁷⁾ Voir les critiques concernant cet article: BURRELL, D., «Report of the CSTA Committee on ecclesiastical academic legislation», *The Jurist*, 1980, 435-444, spéc. 440.

⁽⁸⁸⁾ Voir *Archives Mgr. W. ONCLIN*, XII/5, 4: «Osservazioni» de la Commis-

deux notions (« sciences théologiques » et « disciplines concernant la foi et les moeurs ») sont alors des synonymes⁽⁸⁹⁾.

Le terme « mandat » est repris dans la Constitution Apostolique *Ex Corde Ecclesiae* concernant les universités catholiques, où cette Constitution lance un appel général aux théologiens. L'article 4 § 3 de la Constitution Apostolique *Ex Corde Ecclesiae* demande entre autres que « les théologiens catholiques, en particulier, conscients d'exercer un mandat reçu de l'Eglise, soient fidèles au Magistère de l'Eglise, comme interprète authentique de la Sainte Ecriture et de la Tradition Sacrée ». La note jointe mentionne le c. 812 CIC83...⁽⁹⁰⁾.

III. *Les conséquences.*

Quelles sont les conséquences de ces dispositions? Dans ce contexte, les termes de « *mandatum* » et de « *missio canonica* » doivent-ils être considérés comme identiques?

Actuellement et dans le contexte de notre étude, on peut distinguer deux courants: celui qui affirme que le « *mandatum* » et la « *missio canonica* » ont un contenu différent, et celui qui déclare que les termes sont équivalents. Examinons les deux hypothèses.

sion pour la révision du Code: « Sembrai poi necessario riconsiderare la formula « lectiones theologicas aut cum theologiacis connexas. Nell'art. 27 § 1 della Cost. Apost. "Sapientia Christiana" (non ancora promulgata all'epoca della stesura del primo testo del canone) si usa la formula "disciplinas ad fidem vel mores spectantes", che non solo è piu precisa, ma che è stata ripresa dalla "Lumen Gentium" (n. 25, ove tra le righe 10 e 33, ritorno ben cinque volte). (...) ». Comp. c. 812 CIC83: « *disciplinas theologicas* ».

⁽⁸⁹⁾ Voir aussi le commentaire de SCHMITZ, H., « "Professio fidei" und "Ius iurandum fidelitatis" », *Archiv für katholisches Kirchenrecht*, 1988, 377, qui trouve un argument de plus dans le c. 812 CIC83; mais selon nous la différence entre la notion « disciplines théologiques » et « disciplines concernant la foi et les moeurs » est justement un élément pour argumenter une distinction entre le *mandatum* et la *missio canonica*... Voir aussi *Guidelines concerning the academic mandatum in catholic universities (canon 812)* (15 June 2001), 2, 4.: « Catholic theological disciplines » in this context signifies Sacred Scripture, dogmatic theology, moral theology, pastoral theology, canon law, liturgy and church history (cf. Canon 252) ».

⁽⁹⁰⁾ La genèse de ce texte nous apprend que cet article a tout de même beaucoup changé: voir AMMER, J., *Zum Recht der « Katholischen Universität »*, Echter, Verlag Würzburg, 1994, 360 s.

1. Contenu différent.

Les travaux préparatoires du Code semblent affirmer cette opinion. Ainsi nous lisons dans les *Communicationes*⁽⁹¹⁾ qu'il fallait effectivement faire la différence entre ces deux termes. Si on accepte cette thèse, cela pourrait impliquer que les enseignants des sciences théologiques dans une faculté ecclésiastique ont besoin d'une « *missio canonica* », et que dans une faculté (catholique) non-ecclésiastique, un « simple » mandat leur suffit. Cette opinion pourrait aussi impliquer que ceux qui enseignent dans une faculté ecclésiastique ont besoin d'un mandat ainsi que d'une « *missio canonica* »⁽⁹²⁾.

A première vue, ces suppositions nous semblent un peu bizarres.

Dans les commentaires, ces conséquences ne sont pas discutées. Mais ces considérations donnent à réfléchir. Alors, la différence « qualitative » (non résolue actuellement)⁽⁹³⁾ entre les deux termes pourrait dépendre du cadre dans lequel les cours sont donnés. Cette idée n'est pas encore formulée dans les commentaires pour motiver la distinction entre les termes⁽⁹⁴⁾. Est-ce que la *missio canonica* est une condition indissociable du cadre: les universités/facultés ecclésiastiques? Certes, enseigner dans une université/faculté ecclésiastique exige de la loyauté aussi bien de la part de l'université que de la part des professeurs. Et on demande à l'uni-

(91) *Communicationes*, 1983, 105: « oportunitus visum est sermonem instituire de mandato, quam de missione canonica quae in hoc casu non plene acquaretur cum vera canonica missione. (...) ».

(92) Dans ce sens MORRISSEY, F., « What makes an institution "catholic"? », *The Jurist*, 1987, 541: « Canon 812 provides that a mandate is to be given to those who teach theological subjects in any institute of higher studies; (...) Canon 818 provides for a similar mandate in ecclesiastical universities and faculties. Furthermore, the statutes of some Catholic universities (following *Sapientia Christiana* require not only a mandate to teach but also a canonical mission whereby a person would be considered to be teaching "in the name of the Church" (...) ».

(93) Voir AMMER, J., *Zum Recht der « Katholischen Universität »*, Echter, Verlag Würzburg, 1994, 368 (note 224).

(94) Le seul auteur qui le mentionne plus explicitement est URRUTIA, F.J., « Ecclesiastical Universities and Faculties », *Studia Canonica*, 1989, 468: « He (l'enseignant) is no longer teaching as a private person, but in the measure of his sharing in the power of the authentic magisterium, and as he teaches to form ministers of the Church, ..., he teaches in the name of the Church and therefore subject to his hierarchical superiors. On the other hand he who teaches in virtue of a "mandate" continues to exercise his own personal responsibility as a Christian faithful ». Voir aussi ILLANES, J.L., *Teología y Facultades de Teología*, Pamplona, 1991, 340-341.

versité ecclésiastique que, en ce qui concerne «foi et moeurs», les cours soient donnés conformément aux préceptes du Magistère. Aux professeurs, de se rendre compte qu'en donnant des cours dans une université ecclésiastique ils sont considérés comme interprètes de la vision du Magistère: ils enseignent «au nom de l'Eglise»⁽⁹⁵⁾. Mais est-ce que l'enseignement de ces mêmes professeurs (ou d'autres) est donné d'une autre façon à une université catholique? Des réflexions de ce genre plaident en faveur d'une équivalence de contenu entre ces deux termes.

2. Contenu équivalent.

Les arguments en faveur de l'équivalence pourraient être trouvés dans la lecture simultanée du c. 818 CIC83, qui fait référence au c. 812 CIC83, et de l'article 27 § 1 de la Constitution Apostolique *Sapientia Christiana*, comme nous l'avons expliqué. Certains auteurs arrivent immédiatement à cette conclusion, sans aucune justification⁽⁹⁶⁾.

(95) Voir dans ce sens SCHMITZ, H., «Katholische Theologie in der Universität», *Archiv für katholisches Kirchenrecht*, 1987, 12: «Wenn öffentlich etwas als katholische Theologie dargeboten wird, hat die Öffentlichkeit ein Recht darauf, dass das, was als die katholische Theologie gelehrt wird, auch wirklich wissenschaftliche Darbietung des katholischen Glaubens ist; das zu beurteilen ist aber niemand anderer kompetent als das kirchliche Lehramt der katholischen Kirche».

(96) Voir BIEFFI, F., «La Comunità universitaria, le sue componenti, le sue auto-rità», *Seminarium*, 1980, 450 (bien que ce texte soit publié avant le Code...); MAZANARES, J., «Las Universidades y Facultades Ecclesiasticas», *Seminarium*, 1983, 588 qui propose de corriger l'art. 27 Constitution Apostolique *Sapientia Christiana* (de changer «missio canonica» en «mandat») et est critiqué par URRUTIA, J.F., «Ecclesiastical Universities and Faculties», *Studia Canonica*, 1989, 468 (note 45); LE TOURNEAU, D., «La prédication de la parole de Dieu», in cette *Revue*, 1990, 122; GONZALEZ DEL VALLE, J., «De la función de enseñar de la Iglesia» in *Código de derecho canonico*, DE ECHEVARRIA, L., Madrid, Biblioteca de los autores cristianos, 1985, 418 parle d'un «mandat canonique» aussi bien dans le contexte de la Constitution Apostolique *Sapientia Christiana* que de la CIC83: «También comun con las universidades eclesiasticas (c. 818)»; RUF, N., *Das Recht der Katholischen Kirche*, Freiburg/Bazel/Wien, Herder, 1989, 197 réfère aux c. 808, 810 et 812 et ne parle que du «mandatum»; CHIAPPETTA, L., *Il Codice di Diritto Canonico*, Napoli, Ed. Dehoniane, 1988, I, 296: «Il mandato è necessario non solo è per le Università è per la Facoltà ecclesiastiche ma anche per le Università cattoliche e gl'Istituti di scienze religiose, a termine del can. 812», et plus explicitement dans *o.c.*, I, 892: «Confermando la disposizione del can. 229 § 3, il can. 812 prescrive che, per l'insegnamento delle discipline teologiche, è necessario il formale "mandato" (la Const. Ap. *Sapientia Christiana* a. 1979 parla di

D'autres auteurs acceptent cette hypothèse plutôt implicitement et de façon sous-entendue, bien qu'ils n'examinent que la spécificité du terme «mandat» (et soutiennent implicitement que la «*missio canonica*» de l'art. 27 de la *Sapientia Christiana* doit être remplacée par le mandat) et que leurs opinions varient en ce qui concerne le contenu⁽⁹⁷⁾.

IV. Conclusion.

Dans l'histoire, les termes de «*missio canonica*» et de «*mandatum*» sont employés maintes fois avec plusieurs significa-

«*missio*»: art. 27) della competente autorità ecclesiastica». Voir encore d'autres chez CITO, D., «Libro III Funcion de enseñar de la Iglesia. Canon 812», in *Comentario exegetico al Código de derecho canonico*, Pamplona, Eunsa, 1997, vol. III/1, 282.

⁽⁹⁷⁾ Voir les commentaires CORIDEN, J., «Book III: The teaching office of the Church», in *The Code of Canon Law*, CORIDEN, J.A., GREEN, T.J. and HEINTSCHEL, D.E. (ed.), Mahwah, Paulist Press, 1985, 576: «a recognition that the person is properly engaged in teaching the theological discipline. It is not an empowerment, an appointment or a formal commission. It is disciplinary and not doctrinal. It does not grant approval of what is taught nor is it a formal association with the Church's mission or ministry of teaching»; ORSY, L., «The mandate to teach theological disciplines», *Theological Studies*, 1983, 480: «Mandate is a commission to teach. It is less weighty than a canonical mission, which is needed for obtaining an ecclesiastical office, but it is more than a mere permission, because mandate includes an element of acting in the name of some one else»; STRYNKOWSKI, J., «Theological pluralism and canonical mandate», *The Jurist*, 1982, 532-533 qui mélange très explicitement les deux termes et leur donne un contenu très vague: «It is a sign of communion among bishops, theologians and the rest of the Church»; SCHMITZ, H., «Katholische Theologie in der Universität», *Archiv für katholisches Kirchenrecht*, 1987, 12: «der kirchenamtlich erteilte Auftrag, katholische Theologie in wissenschaftlicher Lehre öffentlich im Namen der Kirche zu vertreten»; voir aussi KRAMMER, P., «Die katholische Universität», *Archiv für katholisches Kirchenrecht*, 1991, 35 qui donne la même définition mais distingue quand il explique que «das «mandatum» in unterschiedlicher Form erteilt werden (kann), als «missio canonica», als bischöfliches oder päpstliches «nihil obstat», oder auch als «venia legendi» (en fait il reprend la formulation de MUSSINGHOFF, H., *Münsterischer Kommentar zum Codex Iuris Canonici*, Essen, Ludgers Verlag, 1985, ad. c. 812, nr. 8; ces deux auteurs distinguent alors mais n'osent pas s'exprimer clairement; BARRETT, R., «The Bishop as ordinary teacher of faith», *Monitor Ecclesiasticus*, 1992, 263 (aperçu chez DEELELY, R., «An interpretation of canon 812», in *Canon Law Society of America - Proceedings of the fiftieth annual convention (Baltimore - Maryland - October 10-13, 1988)*, Washington, C.S.L.A., 1989, 76-77 et une définition plus positive, 80: «the request for a mandate can be seen as an acknowledgement that one wishes to teach in communion with the Church... It is an attestation that there is nothing objectionable concerning faith and morals in what is taught»).

tions⁽⁹⁸⁾. Dans un sens « *missio canonica* » a toujours été l'expression d'une transmission du pouvoir de juridiction qui supposait le pouvoir d'ordre⁽⁹⁹⁾.

Des le Concile Vatican II, la division des deux « *potestates* » est moins rigide, tandis qu'on accentue les trois « *munera* » qui coïncident avec les trois pouvoirs: « *potestas ordinis* », « *magisterii* » et « *iurisdictionis* »⁽¹⁰⁰⁾ ⁽¹⁰¹⁾.

Maintenant chaque clerc peut prêcher grâce à son ordination⁽¹⁰²⁾. En fait, l'ordination lui donne la capacité juridique⁽¹⁰³⁾.

⁽⁹⁸⁾ RIEDEL-SPANGENBERGER, I., *Sendung in der Kirche*, Paderborn/München/Wien/Zürich, Ferdinand Schöningh, 1991, 316.

⁽⁹⁹⁾ SCHWENDENWEIN, H., *Das neue Kirchenrecht - Gesamtdarstellung*, Graz/Wien/Köln, Verlag Styria, 1983, 128: « Es wird also zu beachten sein, dass "missio canonica" in der Rechtssprache nicht immer genau im eichen Sinn verwendet wird. Zum Teil wird es ausschliesslich für das Weihesakrament voraussetzend Dienste, zum Teil aber auch in einem weiteren, auch Laien zugängliche Sendungsaufträge inkludierenden Sinn gebraucht »; SCHMITZ, H., « Kirchliche Hochschulen », *Archiv für katholisches Kirchenrecht*, 1981, 483: « der kirchenamtlich erteilte Auftrag im Namen der Kirche oder kraft einer kirchlichen Sendung zu lehren »; KRAMER, P., « Die katholische Universität », *Archiv für katholisches Kirchenrecht*, 1991, 34. « Missio canonica bezieht sich auf ein Zweifaches: Sie setzt entweder die in der sakramentalen Weihe verliehene kirchliche Vollmacht ("sacra potestas") voraus, die durch die Übertragung eines bestimmten Amtes oder einer bestimmten Aufgabe näher konkretisiert wird, oder sie knüpft Tauf und Firmung an, um einem Gläubigen unmittelbar einen kerygmatisch pastoralen Dienst zu übertragen »; BARRETT, R., « The Bishop as ordinary teacher of faith », *Monitor Ecclesiasticus*, 1992, 20: « this is a juridic act by which an office or function is conferred that conveys a certain participation in some ecclesial activity which pertains to the functions of pastors ».

⁽¹⁰⁰⁾ Voir e.a. CORECCO, E., « Nature et structure de la "sacra potestas" dans la doctrine et dans le nouveau Code de droit canonique », *Revue de Droit Canonique*, 1984, 363 s.; DAMIZIA, G., « Rapporto tra "munus docendi" e "munus sanctificandi" », *Monitor Ecclesiasticus*, 1984, 103.

⁽¹⁰¹⁾ DEELEY, R., « An interpretation of canon 812 », in *Canon Law Society of America - Proceedings fo the fiftieth annual convention (Baltimore - Maryland - October 10-13, 1988)*, Washington, C.S.L.A., 1989, 71 qui suggère que c'est justement la diversité d'opinions autour de la « *sacra potestas* » qui résultait en le terme mandat: « It was such controverted questions that seem to have steered the authors of the Code to use a new term, "mandate" ».

⁽¹⁰²⁾ Voir c. 1008 CIC83.

⁽¹⁰³⁾ Il faut distinguer entre la "capacité" et la "faculté": voir le canon 764 CIC83: les prêtres et les diacres ont la faculté du prêcher partout, avec le consentement, au moins présumé, du recteur de l'église et sauf décision contraire de l'Ordinaire compétent, ou qu'une autorisation expresse ne soit requise par une loi particulière ».

Et les laïcs sont de la même manière capables *de iure* d'enseigner dès leur baptême et leur confirmation⁽¹⁰⁴⁾. *De facto* ni les laïcs, ni les clercs ont besoin d'une « *missio canonica* » s'ils veulent enseigner la théologie⁽¹⁰⁵⁾. Cela n'empêche pas que le Magistère peut intervenir ou demander des garanties aux enseignants, afin qu'ils soient en communion avec le Magistère: le mandat autorise à exercer le pouvoir existant. La demande formulée dans le c. 812 CIC83 est une explicitation de ce droit. Par l'attestation du mandat, demandé par celui qui enseigne, l'autorité compétente confirme que l'enseignant veut donner des cours en pleine communion avec l'Eglise. Car c'est la responsabilité des membres du magistère en tant qu'authentiques juges et maîtres de la foi et de la morale de voir à ce que ce qui est présenté aux fidèles de l'Eglise comme l'enseignement de l'Eglise soit tel: « ce moyen juridique de signifier la communion a pour effet, sur le plan canonique, de passer l'acte d'enseigner de l'ordre privé à l'ordre public »⁽¹⁰⁶⁾.

Mais ce mandat d'enseigner n'est donc pas une vraie mission canonique au sens ou celle-ci permettrait à la compétence d'un théologien de s'exercer en acte, ou qui ferait des professeurs de délégués de l'autorité compétente pour enseigner en leur nom⁽¹⁰⁷⁾.

(104) Voir c. 759 CIC83 (commentaire: NAVARRO, L., *Personne e soggetti nel diritto della Chiesa*, Roma, Apollinare Studi, 2000, 123-124). Les laïcs peuvent être admis à prêcher dans une église ou un oratoire si le besoin le requiert en certaines circonstances ou si l'utilité le suggère dans les cas particuliers, selon les dispositions de la Conférence des Evêques (voir c. 766 CIC83) (commentaire: LE TOURNEAU, D., « La prédication des laïcs dans la législation universelle et dans la législation complémentaire des conférences des évêques (c. 766) », *Fidelium iura*, 1994, 163-204). Mais l'homélie, forme éminente de la prédication, et qui fait partie de l'action liturgique, est réservée au prêtre et au diacre (voir c. 767 § 1 CIC83). Voir aussi l'Instruction *Redemptionis Sacramentum* de la Congrégation pour le Culte Divin et la discipline des sacrements sur certaines choses à observer et à éviter concernant la très sainte Eucharistie du 25 mars 2004, nr. 161. (*Documentation catholique...*).

(105) Dans ce sens aussi DEL PORTILLO, A., *Faithfull and laity in the Church*, Shannon, Ecclesia Press, 1972, 136-137 qui fait une claire distinction entre les notions « *missio canonica* » et « *missio docendi* ».

(106) PAGE, R., « La responsabilité des évêques dans l'enseignement », in cette *Revue*, 1993, 715.

(107) PAGE, R., « La responsabilité des évêques dans l'enseignement », in cette *Revue*, 1993, 715.

Le mandat veut exprimer la garantie que l'enseignement est fidèle au Magistère⁽¹⁰⁸⁾. Alors, les conséquences s'imposent. Pourquoi cette fidélité s'exprimait-elle d'une autre manière dans une université catholique que dans une université/faculté ecclésiastique? Ni le cadre où ces cours sont enseignés, ni le public pour lequel l'enseignement est donné ne peuvent à notre sens être décisifs pour faire une distinction de plus. La signification du mandat est dans ce contexte très univoque⁽¹⁰⁹⁾. Il n'y a pas de différence de contenu avec la «missio canonica» formulé dans l'article 27 de la Constitution Apostolique *Sapientia Christiana*⁽¹¹⁰⁾.

Mais, dans la pratique, les problèmes d'interprétation demeurent. Il nous semble que la préparation d'un décret général exécutoire⁽¹¹¹⁾ de la part des Congrégations compétentes (in casu, la Congrégation de l'Education Catholique et de la Doctrine de la Foi) pourrait résoudre la confusion qui règne actuellement⁽¹¹²⁾.

(108) MEYERS, J., «The juridical dimension of communion in the universal Church», dans *Ius in vita et in missione ecclesiae*, PONTIFICIUM CONSILIVM DE LEGVM TEXTIBVS INTERPRETANDIS (ed.), Città del Vaticano, Polyglottis Vaticana, 1994, 284: «(...) the right to require the mandate to teach derives from the hierarchy's teaching function and from the right of Christ's faithful to have a guarantee of authentic teaching». Il réfère au c. 213 CIC83.

(109) Voir aussi BOYLE, J.P., «Church authority in the 1983 Code», *The Jurist*, 1985, 157: «Canon 812 requires that teachers of theological disciplines in any institution of higher learning must have a canonical "mandate" - a term which has replaced the older "canonical mission" in the new Code».

(110) Voir aussi l'Instruction *Donum Veritatis* (AAS (82) 1990, 1550-1570), nr. 22; AMMER, J., *Zum Recht der «Katholischen Universität»*, Echter, Verlag Würzburg, 1994, 368 (note 224) fait mention du nr. 37 de cette instruction pour illustrer que la Congrégation de la Foi ne différencie pas entre les deux termes ou bien n'a pas observé la différence. Selon nous, la Congrégation ne différencie pas entre les deux, car nr. 22 pose clairement: «La collaboration entre le théologien et Magistère se réalise d'une manière spéciale quand le théologien reçoit la mission canonique ou le mandat d'enseigner. Elle devient alors dans un certain sens une participation à l'oeuvre du Magistère auquel la rattache un lien juridique» (traduction de l'*Osservatore Romano*, édition française du 3 juillet 1990, 6) (nos italiques).

(111) Voir canones 31-33 CIC83.

(112) Voir dans ce contexte ERRAZURIZ, C., «Riflessioni circa i presupposti ermeneutica e l'applicazione della norma sul mandato per insegnare discipline teologiche nelle università (c. 812)», dans *Ius in vita et in missione ecclesiae*, PONTIFICIUM CONSILIVM DE LEGVM TEXTIBVS INTERPRETANDIS (ed.), Città del Vaticano, Polyglottis Vaticana, 1994, 1159.

JESÚS MIÑAMBRES

IL TRIBUTO DIOCESANO ORDINARIO COME STRUMENTO DI GOVERNO (*)

1. Definizione del tributo ordinario. — 2. Soggetti implicati nella gestione del tributo: a) Il vescovo diocesano; b) Il Consiglio diocesano per gli affari economici; c) Il Consiglio presbiterale. — 3. Soggetti passivi del tributo: a) Le parrocchie e gli altri soggetti diocesani; b) Gli Istituti di vita consacrata; c) Le associazioni dei fedeli. — 4. Determinazione della quota tributaria. — 5. Destinazione dei versamenti tributari. — 6. Natura giuridica economica del tributo ordinario. — 7. Il caso particolare dei tributi imposti o riscossi con la cooperazione dell'autorità civile.

Una ricerca bibliografica riguardante i beni temporali della Chiesa mostra che fra i sistemi di finanziamento delle diverse attività ecclesiali, quelli che più sono stati studiati dalla dottrina canonistica degli ultimi venti anni, se si tralasciano i finanziamenti accordati con diverse autorità statali o comunque « civili »⁽¹⁾, sono le

(*) Lavoro presentato come *comunicazione* al convegno *L'esercizio dell'autorità nella Chiesa. Riflessioni a partire dall'esortazione apostolica « Pastores gregis »*, tenutosi a Venezia il 12 maggio 2004 presso l'Istituto di Diritto Canonico San Pio X.

(1) Questi sono stati studiati principalmente dal punto di vista del diritto statale da parte degli ecclesiastici, ma non mancano contributi di stampo canonistico. Vedi, ad esempio, CEBRIÁ GARCÍA, M.D., *La autofinanciación de la Iglesia Católica en España. Límites y posibilidades*, Salamanca 1999; CIPROTTI, P., *Sovvenire alle necessità della Chiesa*, in *Apollinaris*, 60 (1987) 111-126; FORNÉS, J., *Régimen jurídico - patrimonial y financiación de la Iglesia desde la perspectiva de la libertad religiosa*, in *Ius canonicum*, 71 (1996) 13-61; GONZÁLEZ DEL VALLE, J.M., *El Estado y la financiación de las confesiones*, in *Ius canonicum*, 33 (1993) 123-140; KALDE, F., *Kirchlicher Finanzausgleich. Kanonistische Aspekte zu einem gesamtkirchlich neu entdeckten Mittel kirchlicher Finanzverteilung*, Würzburg, 1993; MISTÒ, L., *Il sostegno economico alla Chiesa cattolica*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica* (1998) 11-40; MORRISSEY, F.G., *Acquiring Temporal Goods for the Church's Mission*, in *The Jurist*, 56 (1996) 586-603;

offerte dei fedeli, soprattutto quelle date in occasione della ricezione dei sacramenti⁽²⁾, e i tributi ecclesiastici, più specificatamente il tributo ordinario diocesano⁽³⁾.

Appare logico e comprensibile che le offerte, pensate dal legislatore come mezzo principale di finanziamento delle attività ecclesiastiche, siano state oggetto d'interesse dottrinale. Meno chiara è la ragione per la quale il tributo sia stato tanto studiato, essendo in realtà, almeno a prima vista, il modo di finanziarsi più lontano dalle offerte volontarie dei fedeli. Per definizione, il tributo è una costrizione finanziaria che non tiene conto della volontà del contribuente, ma poggia su fatti oggettivi: il reddito, una determinata operazione economica, ecc.

Sicuramente una parte della spiegazione della focalizzazione degli interessi degli studiosi su questi due mezzi di finanziamento è da ricercare nel fatto che la Santa Sede abbia emanato un decreto in materia di offerte delle Messe⁽⁴⁾ e un altro sulla congruenza di

ROGGENDORF, J., *El sistema del impuesto eclesiástico en la República Federal de Alemania*, Pamplona, 1983; SCHÖCH, N., *Die Kultursteuern - Ausweg oder Irrweg für die Kirchenfinanzierung in Österreich?*, in WEIß, A. und IHLI, S. (Hg.), *Flexibilitas Iuris canonici. Festschrift für Richard Puza zum 60. Geburtstag*, Sonderdruck, 2003, p. 751-801; SCHOUPE, J.-P., *Le droit-devoir des fidèles de subvenir aux besoins de l'Église*, in *Fidelium iura*, 9 (1999), 203-253.

⁽²⁾ Cfr. ad esempio, DE FUENMAYOR, A., *Sobre el destino de los estipendios de las misas binadas y trinadas*, in *Ius canonicum*, 28 (1988), 201-211; DE PAOLIS, V., «*Liturgia e denaro*». *Indicazioni del Codice di diritto canonico e del Codice dei canoni delle Chiese orientali*, in *Rivista liturgica*, 84 (1997), 245-260; PERLASCA, A., *Povertà consacrata e stipi della santa Messa*, in *Quaderni di diritto ecclesiale*, 15 (2002), 419-434; RAVA, A., *Commento a un canone. Trarre profitto illegittimo dall'elemosina della Messa (can. 1385)*, in *Quaderni di diritto ecclesiale*, 15 (2002), 315-324; VANZETTO, T., *L'offerta per l'applicazione della santa Messa. Lineamenti storici*, in *Quaderni di diritto ecclesiale*, 15 (2002), 197-206.

⁽³⁾ Cfr. CAFARDI, N., *L'autorità di imporre le tasse da parte del vescovo diocesano secondo quanto previsto dal can. 1263*, in «*Attuali problemi di interpretazione del Codice di diritto canonico. Atti del Simposio internazionale in occasione del I centenario della Facoltà di diritto canonico, Roma, 24-26 ottobre 1996*», cur. B. ESPOSITO, Roma 1997, p. 127-138; CEBRIÁ GARCÍA, M.D., *Los tributos en el ordenamiento canónico. Su praxis*, in AA.VV., «*Escritos en honor de Javier Hervada*», in *Ius Canonicum*, volumen especial, Pamplona, 1999, p. 445-458; FELICIANI, G., *Tributi della Chiesa cattolica*, in *Enciclopedia del diritto*, XLV, Milano 1992, p. 217-220; PIMMER-JÜSTEN, B., *Facultas vel licentia imponendi tributa sacerdotibus. Artikularrechtliche Untersuchung zu den diözesanen «Pflichtabgaben» der Kleriker*, Frankfurt am Main 1997.

⁽⁴⁾ Destinato concretamente a disciplinare la possibilità delle Messe dette

una legge particolare riguardante il tributo ordinario diocesano con la norma universale del Codice di diritto canonico⁽⁵⁾, nonché una interpretazione autentica proprio sul can. 1263 sui tributi⁽⁶⁾.

Leggendo tutti questi contributi, soprattutto quelli più generici, nonché la manualistica in materia, sorge però il dubbio che si stiano trattando insieme cose di natura diversa. Il principio rettore della disciplina sulle offerte è quello della volontà del donante. Ciò che guida l'imposizione di tributi diocesani sembra essere piuttosto la ri-distribuzione *ex auctoritate* dei beni devoluti alle persone giuridiche pubbliche. In altre parole, le offerte sarebbero un vero sistema di finanziamento della Chiesa, i tributi ordinari costituirebbero piuttosto un modo di finanziamento di una struttura peculiare dell'organizzazione ecclesiastica — la diocesi — e, in alcuni casi, un sistema per attuare la perequazione fra le diverse entità diocesane.

Da qui l'interesse di una ricerca sulla natura, il regime giuridico e le finalità dei tributi ecclesiastici ordinari da inserire nel contesto dello studio degli strumenti per il governo pastorale in mano al vescovo⁽⁷⁾.

« plurintenzionali »: CONGREGAZIONE PER IL CLERO, *Decreto sulle Messe plurintenzionali*, 22 febbraio 1991, in *AAS*, 83 (1991), 443-446. Cfr. ANDRÉS, D.J., *De oblata stipe in sic dictis Missis communitariis seu de unione plurium fidelium intentiones in una tantum Missae celebratione*, in *Commentarium pro Religiosis*, 68 (1987), 399-403; GEAELL, P., *A proposito del decreto sulle Messe plurintenzionali*, in questa *Rivista*, 3 (1991), 760-766; MANZANARES, J., *De stipendio pro Missis ad intentionem «collectivam» celebratis iuxta Decretum «Mos iugiter»*, in *Periodica*, 80 (1991), 579-608; RINCÓN PÉREZ, T., *El decreto de la Congregación para el Clero sobre acumulación de estipendios (22.II.1991)*, in *Ius canonicum*, 31 (1991), 627-656.

(5) Cfr. PONTIFICIO CONSIGLIO PER I TESTI LEGISLATIVI, *Decreto*, in *Communicationes*, 32 (2000), 15-23. Ci siamo occupati brevemente di questo documento in *Sul giudizio di congruenza fra legislazione particolare e norma codiciale riguardante il tributo diocesano ordinario*, in questa *Rivista*, 13 (2001), 271-276.

(6) PONTIFICIUM CONSILIUM DE LEGUM TEXTIBUS INTERPRETANDIS, *Responsiones ad proposita dubia*, in *AAS*, 81 (1989), 991. Cfr. D.J. ANDRÉS, *De tributis illegitime impositis ab Episcopo scholis religiosorum*, in *Commentarium pro Religiosis*, 69 (1988), 209-210; V. DE PAOLIS, *Adnotatio ad Responsum authenticum circa can. 1263*, in *Periodica*, 80 (1991), 108-127; J.T. MARTÍN DE AGAR, *Nota alle risposte del Pontificio Consiglio per l'interpretazione dei testi legislativi del 24 gennaio 1989*, in questa *Rivista*, 2 (1990), 350-351; J. MIRAS, *Comentario a las respuestas de la C.P. para la interpretación auténtica del CIC, 20.5.1989*, in *Ius canonicum*, 31 (1991) 222-224.

(7) L'occasione prossima per la riflessione su questa istituzione canonica ci è stata offerta dalla tesi dottorale di LOBO ZAVALÍA, P.I., *El tributo eclesiástico en el Código de derecho canónico de 1983*, Pontificia Università della Santa Croce, Roma

1. *Definizione del tributo ordinario.*

In virtù della giustizia cosiddetta legale, l'autorità pubblica nelle società organizzate ha sempre ritenuto di avere il diritto di esigere i mezzi economici necessari per il bene comune. Questa esigenza, connotata appunto dalla obbligatorietà giuridica, non è soltanto un invito alla corresponsabilità nella ricerca del bene pubblico e di quello comune, ma si articola attraverso modi e forme tendenti a garantire l'effettività dei versamenti. Con sistemi diversi e svariate configurazioni normative, l'autorità esige la elargizione di beni in favore della comunità cui è preposta, indipendentemente dalla volontà più o meno collaborativa dei singoli. Tali esigenze vengono a conformare il sistema tributario o impositivo.

Anche le autorità ecclesiastiche affermano la loro potestà impositiva nei confronti dei fedeli per il finanziamento delle finalità ecclesiali: il culto, il sostentamento dei ministri e le opere di apostolato e di carità (cfr. can. 1254 § 2). In effetti la sovranità della Chiesa nel suo ambito proprio richiede tale affermazione di principio: un tempo essa poggiava principalmente sul concetto di *societas perfecta*⁽⁸⁾, oggi si ricorre di più ai concetti di volontà fondazionale di Cristo, di esigenze della comunione, di diritto nativo, ecc.⁽⁹⁾

In realtà, quando si trattava di redigere la normativa che avrebbe regolamentato l'acquisto dei beni temporali da parte della Chiesa nel Codice del 1983, la commissione pontificia tentennò non poco proprio a riguardo della convenienza di legiferare in materia tributaria. Senza negare il principio generale, molti erano dell'avviso che sarebbe stato più congruente con la realtà della Chiesa alla fine del ventesimo secolo l'affidamento alla generosità

2002. Cfr. ID., *Régimen jurídico de los tributos en el Código de 1983*, in *Anuario Argentino de Derecho Canónico*, 10 (2003) 181-243.

⁽⁸⁾ Ancora nel 1973, dopo il Concilio Vaticano II, il prof. Caron iniziava una voce di enciclopedia sui tributi ecclesiastici con queste parole: «La Chiesa, in virtù della sua qualità di *societas perfecta* — capace di svolgere le attività necessarie al raggiungimento dei suoi fini ed all'adempimento della sua missione — è pure dotata della potestà sovrana di esigere i mezzi patrimoniali necessari a tale scopo» (P.G. CARON, *Tributi ecclesiastici*, in *Novissimo Digesto italiano*, Torino 1973, vol. XIX, p. 824). L'autorevolezza del prof. Caron ha indotto altri a continuare nella stessa linea: cfr. R. GIOVANARDI COCHIS, *Tributi. V) Tributi e tasse ecclesiastici*, in *Enciclopedia giuridica*, XXXI, Roma 1994.

⁽⁹⁾ Cfr., ad es., G. FELICIANI, *Tributi della Chiesa cattolica*, in *Enciclopedia del diritto*, XLV, Milano 1992, p. 217-220.

dei fedeli mediante la richiesta di offerte, che non l'esigenza di veri e propri tributi⁽¹⁰⁾.

Tuttavia, alcuni vescovi consultati verso la fine dei lavori di redazione vedevano il pericolo di non riuscire a finanziare quelle realtà che non avevano un contatto diretto con i fedeli, soprattutto le diocesi (si potrebbe anche pensare ad alcuni istituti religiosi, ecc.). E, una volta sparito il sistema beneficiale, ritenevano necessario un tributo che garantisse una fonte di introiti a tali strutture⁽¹¹⁾.

Così, come era già stato previsto in precedenza, sulla base di quello che nel Codice del 1917 era il «cattedratico» (can. 1504 CIC' 17) venne impostato il nuovo tributo diocesano ordinario. Questo tributo è chiamato a garantire il finanziamento delle necessità ordinarie della diocesi mediante i contributi obbligatori delle persone giuridiche pubbliche soggette al vescovo diocesano; tutti gli altri elementi della configurazione del tributo vengono lasciati alla norma particolare con la quale il vescovo stesso può stabilire questo modo di finanziare la diocesi nella sua giurisdizione.

2. *Soggetti implicati nella gestione del tributo.*

L'imposizione del tributo diocesano ordinario è configurata giuridicamente come un diritto del vescovo diocesano, che deve però sentire i due consigli, presbiterale e per gli affari economici. Dall'altra parte, sono costretti a versare il tributo ordinario «le persone giuridiche pubbliche soggette al suo governo» (can. 1263), con tutte le difficoltà ermeneutiche che queste parole pongono e alle quali faremo riferimento più avanti.

a) *Il vescovo diocesano.*

La giustificazione teorica dell'imposizione tributaria in qualunque società — ottenere i fondi necessari al bene pubblico e a quello comune — si manifesta nell'ordinamento canonico nella previ-

⁽¹⁰⁾ Cfr. «Communicationes», 12 (1980), 400.

⁽¹¹⁾ Cfr. PONTIFICIA COMMISSIO CODICI IURIS CANONICI RECOGNOSCENDO, *Relatio complectens synthesis animadversionum...*, Città del Vaticano 1981, p. 281; PONTIFICIUM CONSILIUM DE LEGUM TEXTIBUS INTERPRETANDIS, *Acta et documenta Pontificiae Commissionis Codici iuris canonici recognoscendo, Congregatio plenaria diebus 20-29 octobris 1981 habita*, Romae, 1991, p. 486-493.

sione che sia il vescovo, capo della circoscrizione⁽¹²⁾ diocesana, il detentore del «diritto» di imporre tributi. Certamente trattasi qui di diritto pubblico, collegabile all'esercizio dell'ufficio episcopale, allo svolgimento della funzione pubblica episcopale nella Chiesa, non di un diritto soggettivo del titolare dell'ufficio, di chi lo detiene in un momento determinato. Perciò l'attribuzione al vescovo del «diritto» di imporre tributi deve essere in ogni caso riferita all'ufficio e non alla persona⁽¹³⁾.

Il fatto che la possibilità di imporre il tributo sia denominata «diritto del vescovo» pone una prima questione riguardo al modo di concepire l'istituzione tributaria: in che modo la facoltà impositiva può essere intesa come diritto di qualcuno?

Giova qui rifarsi a nozioni generali di teoria fondamentale del diritto canonico quale la giustizia nella Chiesa, il significato della potestà ecclesiastica e il concetto stesso di diritto. In prima analisi e senza voler dire l'ultima parola in una materia tanto complessa, il tributo ordinario può essere diritto del vescovo diocesano soltanto se si ha una concezione «oggettiva» dei diritti, se si comprende la potestà e il suo esercizio nella Chiesa come servizio e se si pongono bene in relazione i termini del rapporto di giustizia che scaturisce dall'imposizione tributaria.

La concezione del diritto, o dei diritti, che abbiamo denominato «oggettiva» è quella che pone l'esigenza di giustizia nella realtà stessa, con indipendenza dell'esercizio delle posizioni relative che essa implica⁽¹⁴⁾. La comprensione della potestà come servizio porta ad esercitare le proprie competenze quando si percepiscono le condizioni che lo richiedono, con prudenza, secondo le procedure previste e valutando bene i fatti oggettivi⁽¹⁵⁾. I termini rela-

(12) Evitiamo di proposito l'uso della dicitura «chiesa particolare», perché avendo contenuti diversi in campo teologico e nelle concrezioni giuridiche potrebbe confondere più che aiutare. Con il termine circoscrizione intendiamo fare riferimento alle concrezioni organizzative delle chiese particolari in senso giuridico, in primo luogo la diocesi. Cfr., in questo senso, ARRIETA, J.I., *Chiesa particolare e circoscrizioni ecclesiastiche*, in questa *Rivista*, 6 (1994), 3-40.

(13) Cfr. ARRIETA, J.I., *Funzione pubblica e ufficio ecclesiastico*, in questa *Rivista*, 7 (1995), 91-113.

(14) Cfr. HERVADA, J., *Introduzione critica al diritto naturale*, Milano, 1990; ERÁZURIZ M., C.J., *Il diritto e la giustizia nella Chiesa. Per una teoria fondamentale del diritto canonico*, Milano, 2000.

(15) Cfr. GÓMEZ-IGLESIAS, V., *Acercas de la autoridad como servicio en la Iglesia*,

zionali dell'imposizione tributaria — le necessità della diocesi, il diritto del vescovo e l'obbligo delle persone giuridiche pubbliche a lui soggette — formano un triangolo che se chiuso perfettamente riesce a realizzare la giustizia del caso concreto, o altrimenti fa perdere elementi di giustizia sostanziale attraverso le maglie non chiuse di una pretesa giustizia formale.

Nell'ipotesi che ci interessa, il diritto al tributo è presente nella diocesi quando le spese ordinarie non sono coperte in altri modi. In tali circostanze spetta al vescovo l'esercizio del suo (del vescovo appunto) servizio alla Chiesa stabilendo i termini giusti in cui il diritto al tributo si presenta. La relazione tributaria, per non commettere ingiustizia, richiede che la collaborazione dei soggetti passivi del tributo sia proporzionata alle possibilità reali di ciascuno, che i parametri tecnici di calcolo della base imponibile e del debito tributario siano equi e che il vescovo senta gli altri soggetti che devono partecipare alla procedura di decisione.

In questo modo il tributo, che altrimenti potrebbe essere inteso come abuso di potere, come ricerca di privilegio, come comodo proprio, ecc., può essere qualificato come «diritto del vescovo», vale a dire, come esigenza di giustizia della realtà diocesana che il vescovo presiede, come servizio alla comunità e come collaborazione di tutti i soggetti implicati nella conformazione della comunione.

L'essere un «diritto del vescovo» implica anche che l'iniziativa dell'imposizione del tributo spetta all'ufficio capitale della circoscrizione ecclesiastica. Non è questo ostacolo ad un eventuale suggerimento da parte degli organi diocesani — consiglio per gli affari economici, consiglio presbiterale, collegio dei consultori, consiglio pastorale, vicari, economo, ecc. — ma l'avviamento della procedura formale spetta al vescovo diocesano e soltanto a lui.

b) *Il Consiglio diocesano per gli affari economici.*

Per aiutare a valutare con oggettività la situazione diocesana che fa scaturire la necessità di imporre il tributo, il legislatore ha previsto che il vescovo senta il consiglio presbiterale e il consiglio per gli affari economici della diocesi. Le motivazioni che giustifi-

in AA.Vv., *Ius in vita et in missione Ecclesiae* (Acta Symposii internationalis iuris canonici, 19-24 aprilis 1993), Libreria editrice Vaticana 1994, p. 193-217.

cano e richiedono l'intervento di questi due consigli sono, a nostro avviso, diverse.

L'intervento del consiglio per gli affari economici è di natura tecnica. Il legislatore prevede che i membri di questo consiglio siano esperti in economia e in diritto civile *et integritate praestantibus* (can. 492 § 1). Spetta a questo consiglio predisporre il bilancio preventivo e approvare il consuntivo alla fine dell'anno (cfr. can. 493). Con queste caratteristiche, il consiglio per gli affari economici è l'organo diocesano che si trova nella miglior posizione per valutare tecnicamente le esigenze finanziarie della diocesi: ne conosce le necessità, può prevederne le entrate e le uscite e ha le capacità tecniche per valutare i modi più convenienti per andarle incontro⁽¹⁶⁾.

Il vescovo deve sentire il consiglio diocesano per gli affari economici prima di procedere all'imposizione del tributo ordinario; tuttavia, il parere del consiglio non è vincolante, il vescovo può decidere contro di esso. In ogni caso, l'intervento del consiglio per gli affari economici può servire a fissare gli estremi tecnici del tributo, la base imponibile, le eventuali deduzioni e detrazioni, la quota tributaria, ecc.

c) *Il Consiglio presbiterale.*

Il consiglio presbiterale, come «senato del vescovo» rappresenta il presbiterio e aiuta il vescovo diocesano «affinché venga promosso nel modo più efficace il bene pastorale della porzione del popolo di Dio» (can. 495 § 1). È quindi logico che il suo intervento sia previsto anche nella prospettiva dell'imposizione del tributo diocesano ordinario⁽¹⁷⁾.

⁽¹⁶⁾ Cfr. VIZZARRI, A., *Il consiglio diocesano per gli affari economici*, in *Monitor ecclesiasticus*, 119 (1994), 269 ss. e 385-432.

⁽¹⁷⁾ Cfr. ARRIETA, J.I., *Organos de participación y corresponsabilidad en la Iglesia diocesana*, in *Ius Canonicum*, 34 (1994), 553-593; CATTANEO, A., *Il presbiterio della Chiesa particolare. Questioni canonistiche ed ecclesiologicalhe nei documenti del magistero e nel dibattito postconciliare*, Milano, 1993; DI MATTIA, G., *I consigli presbiterali: qualificazione e collocazione ecclesiologicalo-giuridica*, in AA.VV., *Ius in vita et in missione Ecclesiae* (Acta Symposii internationalis iuris canonici, 19-24 aprilis 1993), Libreria editrice Vaticana 1994, p. 407-426; MARCHESI, M., *Il Consiglio presbiterale: gruppo di sacerdoti, rappresentante di un presbiterio*, in *Quaderni di diritto ecclesiale*, 8 (1995), 61-71; RIVELLA, M., *Le funzioni del Consiglio presbiterale*, in *Quaderni di diritto ecclesiale*, 8 (1995), 48-60.

Come si deduce già dalla natura del consiglio stesso, la sua opinione prenderà in considerazione più gli aspetti pastorali, quindi di prudenza, che non quelli tecnici più propri del consiglio per gli affari economici. Il suo parere, come quello dell'altro consiglio, non è vincolante per il vescovo, che tuttavia ne dovrà prendere atto: l'eventuale parere negativo del consiglio presbiterale dovrà avere il peso conveniente nella decisione del vescovo, nella valutazione della propria potestà come servizio, nella necessità che tutti gli estremi dell'imposizione tributaria «chiudano» il triangolo relazionale della giustizia di cui parlavamo sopra... Quindi, una sua eventuale decisione contraria al parere del consiglio presbiterale in questa materia dovrà essere ben motivata (cfr. can. 127 § 2, 2°).

3. *Soggetti passivi del tributo.*

A norma del can. 1263 devono corrispondere il tributo diocesano ordinario «le persone giuridiche pubbliche soggette al suo governo» (del vescovo), vale a dire tutti i titolari di beni ecclesiastici soggetti alla tutela del vescovo diocesano⁽¹⁸⁾. L'interpretazione

(18) Com'è noto, nei confronti dell'amministrazione dei beni ecclesiastici appartenenti alle persone pubbliche a lui soggette, il vescovo ha un obbligo-diritto di vigilanza. «Vigilare», è stato scritto, «(...) indica l'azione dell'esser desto per prestare attenzione a delle cose o a degli accadimenti che sono l'oggetto del vigilare; e per traslato indica la diligenza che si pone in tale azione, per renderla efficace» (VALENTINI, S., *Vigilanza (diritto amministrativo)*, in *Enciclopedia del diritto*, XLVI, Milano, 1993, p. 703). Il legislatore fornisce alcuni strumenti giuridici per attuare quest'obbligo-diritto del vescovo; alcuni «puntuali», rivolti alla gestione di situazioni peculiari, come il permesso scritto dell'ordinario richiesto agli amministratori per porre atti di amministrazione straordinaria (cf. can. 1281), o la licenza necessaria per le alienazioni (cf. can. 1291), ecc.; altri più generali, come la ricezione del rendiconto annuale (cf. can. 1287 § 1), che gli consente di controllare l'andamento generale dell'uso dei beni da parte di ciascuna persona giuridica pubblica, ecc. Questi strumenti permettono al vescovo di vegliare sull'accurata amministrazione dei beni ecclesiastici in ordine al raggiungimento dei fini propri della persona giuridica pubblica che ne è titolare, anche se non gli consente di immischiarsi nell'immediata amministrazione dei beni della persona giuridica in questione. Ma, in realtà, non si tratta soltanto di una vigilanza esterna, per così dire; gli strumenti che la legge mette in mano ai vescovi sembrano indicare qualcosa di più, una capacità di intervento a tutela dei patrimoni di queste persone giuridiche, che va al di là del semplice vegliare. Sull'attività del vescovo nei confronti dei diversi beni destinati alle finalità della Chiesa, cfr. il mio *I beni ecclesiastici: nozione, regime giuridico e potere episcopale (cann. 1257-1258)*, in AA.VV., *I beni temporali della Chiesa*, Città del Vaticano, 1999, p. 7-20.

di questa «soggezione» è stata già oggetto di diversi chiarimenti, prima per escludere da essa le scuole esterne degli istituti di vita consacrata⁽¹⁹⁾, poi per precisare la condizione giuridica delle parrocchie unite *pleno iure* ad un istituto religioso, delle chiese, delle cappelle, ecc.⁽²⁰⁾.

In ogni caso, è da sottolineare il fatto che la dicitura legale stessa del can. 1263 fa riferimento alle persone pubbliche, vale a dire quelle che sono titolari di beni ecclesiastici (cfr. can. 1257). Questa determinazione legale dei soggetti passivi del tributo ordinario fa sì che la natura stessa dell'istituto possa essere messa in discussione. Infatti, elemento determinante la qualifica tributaria di un versamento è, prima di ogni altra considerazione, il fatto che si tratti di un introito nelle casse pubbliche. Il tributo diocesano ordinario, invece, non produce questo risultato ma semplicemente la redistribuzione di risorse che erano già pubbliche.

Certamente, la qualifica di tributo serve sicuramente a sottolineare l'autonomia finanziaria delle persone giuridiche pubbliche: nessuno potrà dire che la parrocchia è amministrata dal vescovo se questi, per disporre di parte degli introiti parrocchiali, deve istituire una costrizione tributaria con le formalità richieste. La denominazione di tributo aiuta a percepire la reale diversità di posizione giuridica dell'amministratore immediato della persona giuridica e del vescovo diocesano.

Allo stesso tempo, però, la denominazione conferita a questo istituto può ingenerare delle reazioni, almeno emozionali, di rifiuto dovute a idee preconcepite che poi non rispondono alla

(19) Cfr. PONTIFICIO CONSIGLIO PER L'INTERPRETAZIONE DEI TESTI LEGISLATIVI, *responsio* 20 maggio 1989, in *AAS*, 81 (1989), 991. In proposito, cfr. ANDRÉS, D.J., *De tributis illegitime impositis ab Episcopo scholis religiosorum*, in *Commentarium pro Religiosis*, 69 (1988), 209-210; DE PAOLIS, V., *Annotatio ad Responsum authenticum circa can. 1265*, in *Periodica*, 80 (1991), 108-127; MARTÍN DE AGAR, J.T., *Nota alle risposte del Pontificio Consiglio per l'interpretazione dei testi legislativi del 24 gennaio 1989*, in questa *Rivista*, 2 (1990), 350-351; MIRAS, J., *Comentario a las respuestas de la C. P. para la interpretación auténtica del CIC, 20.5.1989*, in *Ius canonicum*, 31 (1991), 222-224.

(20) Cfr. PONTIFICIO CONSIGLIO PER L'INTERPRETAZIONE DEI TESTI LEGISLATIVI, *Decreto sul ricorso di congruenza fra legge particolare e norma codiciale*, 8 febbraio 2000, in *Communicationes*, 32 (2000) 15-23. Vedi in proposito, MIÑAMBRES, J., *Sul giudizio di congruenza fra legislazione particolare e norma codiciale riguardante il tributo diocesano ordinario*, in questa *Rivista*, 13 (2001), 264-276.

realtà delle prescrizioni giuridiche. L'idea di tributo può avere nell'immaginario di alcune persone connotazioni negative — imposizione, arricchimento, ingiustizia... — che non ha invece l'idea di redistribuzione o perequazione, pensata piuttosto come giusta elargizione da parte di chi ha di più nei confronti di chi ha di meno in uno stesso contesto sociale.

La realtà del tributo diocesano ordinario è quella della redistribuzione delle entrate fra persone giuridiche che hanno le stesse finalità (cfr. can. 1254) e che vivono nello stesso contesto «sociale»; è un modo di garantire la possibilità di affrontare le spese ordinarie necessarie per il coordinamento delle attività pastorali da parte del vescovo, attività che poi vengono svolte principalmente dalle persone giuridiche sottoposte al tributo; è un modo concreto di realizzare una certa perequazione fra le diverse realtà sottoposte alla cura del vescovo... In somma, il tributo ordinario può essere uno strumento ideale per aprire le realtà pastorali diocesane, necessariamente settoriali territorialmente o materialmente o anche soggettivamente, al contesto più ampio delle necessità della diocesi, alla comunione con il pastore e, attraverso di lui, con la Chiesa universale. E questo da parte di soggetti nati per agire in nome della Chiesa e per realizzarne le finalità in diversi ambiti della realtà diocesana⁽²¹⁾. Forse con un altro nome, il tributo diocesano ordinario sarebbe meglio accolto da parte dei soggetti ad esso obbligati e svolgerebbe meglio la sua funzione di strumento di governo in mano al vescovo diocesano⁽²²⁾.

a) *Le parrocchie e gli altri soggetti diocesani.*

Fra i soggetti inclusi nella dicitura «persone giuridiche pubbliche soggette al suo governo» (del vescovo) usata dal can. 1263, il primo è la parrocchia, «comunità di fedeli che viene costituita stabilmente nell'ambito di una Chiesa particolare, e la cui cura pastorale è affidata, sotto l'autorità del Vescovo diocesano, ad un par-

(21) L'altro tributo previsto dallo stesso can. 1263, il cosiddetto tributo straordinario, risponde più al concetto comune di tributo, almeno in quanto permette di raccogliere nuovi finanziamenti dai fedeli per affrontare gravi necessità.

(22) Il fatto che in vent'anni di vigenza dell'ultimo Codice, il Pontificio Consiglio per i testi legislativi sia dovuto intervenire per ben due volte in argomento manifesta le difficoltà di attuazione pratica che pone l'istituto.

roco quale suo proprio pastore» (can. 515 § 1)⁽²³⁾. Le parrocchie rendono presente il Vescovo nelle piccole comunità diocesane; sono quindi legate in modo particolare all'ufficio episcopale. Nonostante ciò costituiscono veri e propri soggetti giuridici autonomi (godono di «personalità giuridica per il diritto stesso», come stabilisce lo stesso can. 515 al terzo paragrafo). Più immediatamente a contatto con la vita quotidiana del singolo fedele, le parrocchie sono molte volte soggetto di offerte ed elargizioni volontarie che acquistano nel proprio patrimonio; le diocesi, invece, ricevono queste offerte meno frequentemente⁽²⁴⁾. È dunque logico che il vescovo possa costringere le parrocchie a finanziare le attività diocesane ordinarie.

L'autonomia giuridica dell'ente parrocchia vi è anche quando la parrocchia sia stata affidata a un istituto di vita consacrata⁽²⁵⁾, sia nei confronti della diocesi che dell'istituto (cfr. can. 520). Fra l'istituto e la diocesi vi sarà «una convenzione scritta stipulata fra il Vescovo diocesano e il Superiore competente dell'istituto o della società» (can. 520 § 2), nella quale saranno definite anche le questioni economiche. Dunque, in linea di principio, anche se l'istituto o la società fossero esentate dal tributo, la parrocchia loro affidata, che è una persona giuridica pubblica diversa, non lo sarebbe, o almeno non lo sarebbe per il fatto di essere affidata all'istituto. In considerazione di speciali circostanze peculiari (si pensi ai casi in

(23) Cfr., fra gli altri, ARRIETA, J.I., *La parrocchia come comunità di fedeli e soggetto canonicamente unitario*, in AA.VV., *La parrocchia*, Città del Vaticano, 1997, p. 21-36; MORGANTE, M., *La parrocchia nel codice di diritto canonico*, Milano, 1985.

(24) È stata questa una delle motivazioni addotte per mantenere il tributo nel CIC '83: «(...) Certo certius, modus primarius acquisitionis bonorum pro omnibus personis iuridicis Ecclesiae fundatur in oblationibus christifidelium. Vero quidem his in diebus inflationis impensae tum paroeciales tum dioecesanæ increscunt ter pluries quam oblationes voluntariae. Quo in casu, si non haberetur tributum proportionatum, non omnes parochi parati essent voluntariae donare partem iustam redditus paroecialis ad obligationes temporales dioecesis implendas» (Cardinale John Krol, intervento all'assemblea plenaria della Commissione per la revisione del Codice di diritto canonico, 26 ottobre 1981, in KEALY, R.L., *Diocesan Financial Support: Its History and Canonical Status* (dissertatio ad doctorarum), Romae, 1986, p. 375-379).

(25) Il *Decreto sul ricorso di congruenza fra legge particolare e norma codiciale*, del Pontificio Consiglio per i Testi legislativi, dell'8 febbraio 2000 (*Communicationes*, 32 (2000), 15-23), al n. 4.5, prende in considerazione questa ipotesi e studia anche ampiamente il caso particolare delle parrocchie unite *pleno iure* all'istituto, che in linea di massima dichiara assoggettate al regime generale.

cui la carica economica della parrocchia è supportata soprattutto dall'istituto) si potrebbe ipotizzare la possibilità che nella convenzione fra il Vescovo e il Superiore si stabilisse esplicitamente l'esenzione della parrocchia affidata da eventuali tributi diocesani ordinari; anche se questo porrebbe problemi procedurali sulla necessità o meno di sentire il parere dei consigli presbiterale e per gli affari economici della diocesi per apportare una tale clausola al testo della convenzione, ecc.

Per le altre chiese e cappelle (non parrocchiali) bisognerà stare alla determinazione della dipendenza del soggetto titolare delle stesse: se si tratta di persone giuridiche a sé, soggette alla giurisdizione del Vescovo diocesano, esse sono sicuramente soggetto passivo del tributo ordinario; se, invece, si trattasse di realtà non personificate o di persone giuridiche dipendenti da altri enti, occorrerà verificare la situazione di soggezione al Vescovo di questi ultimi⁽²⁶⁾.

b) *Gli Istituti di vita consacrata.*

Gli istituti di vita consacrata e le società di vita apostolica possono essere eretti dai Vescovi diocesani (can. 579; cfr. can. 732) o dalla Sede Apostolica (can. 589) e si dicono rispettivamente di diritto diocesano o di diritto pontificio. Il can. 594 stabilisce che «l'istituto di diritto diocesano [...] rimane sotto la speciale cura del Vescovo diocesano». Tuttavia, in dottrina si discute se la «speciale cura» possa intendersi come soggezione al governo dei Vescovi diocesani di queste entità⁽²⁷⁾.

In questo punto il decreto più volte citato del Pontificio Consiglio per i Testi legislativi non è molto chiaro. Le sue parole in argomento sono queste: «La cláusula *suo regimini subiectis* del can. 1263, no se refiere a una dependencia parcial del gobierno del

⁽²⁶⁾ Cfr. *ibidem*.

⁽²⁷⁾ Alcuni autori ritengono che gli istituti di vita consacrata in quanto tali, come anche le singole case eventualmente esistenti in diocesi, anche se di diritto diocesano, non sono mai soggetti al governo del vescovo diocesano: cf. DE PAOLIS, V., *I beni temporali della Chiesa*, Bologna, 1995, p. 111; CAFARDI, N., *L'autorità di imporre le tasse da parte del vescovo diocesano secondo quanto previsto dal can. 1263*, in AA.VV., *Attuali problemi di interpretazione del Codice di diritto canonico*, cur. B. Esposito, Roma, 1997, p. 129-132; MORRISEY, F.G., *Acquiring Temporal Goods for the Church's Mission*, in *The Jurist*, 56 (1996), 596.

Obispo diocesano [...], sino que se refiere al hecho de estar sujeto a la jurisdicción del Obispo diocesano»⁽²⁸⁾, ma non spiega che cosa significhi quest'ultima frase. L'interpretazione autentica che escludeva le scuole esterne degli istituti di vita consacrata dal contenuto dell'espressione adoperata dal canone non è, neanche essa, di molta utilità, giacché lascia insoluto il problema del rapporto fra istituto e vescovo e quello dell'autonomia reciproca. Non possiamo adesso pretendere di chiarire questo punto così discusso; ad ogni modo, per quello che ci interessa in questo momento, si deve concludere soltanto che, se gli istituti sono soggetti al governo del vescovo diocesano, allora sono tenuti al tributo ordinario.

c) *Le associazioni dei fedeli.*

«I fedeli hanno il diritto di costituire associazioni, mediante un accordo privato tra di loro [...]. Tali associazioni [...] si chiamano associazioni private» (can. 299). Fra le novità del Codice del 1983, la possibilità di costituire associazioni private è stata una fra le più commentate⁽²⁹⁾. Per quanto riguarda il tributo, il riconoscimento di una associazione come persona giuridica privata implica la sua esenzione dal tributo ordinario diocesano (potrà essere soggetta a quello straordinario dello stesso can. 1263).

Come abbiamo già indicato, il legislatore ha scelto di definire i beni ecclesiastici in base alla loro titolarità da parte di una persona giuridica pubblica (can. 1257). I beni delle associazioni private non sono, quindi, ecclesiastici ed esulano, in quanto tali, dall'ambito di giurisdizione dell'autorità ecclesiastica. Il fatto che questi beni non siano presi in considerazione per il tributo ordinario conferma la tesi secondo la quale il tributo non è un mezzo di

(28) PONTIFICIO CONSIGLIO PER I TESTI LEGISLATIVI, *Decreto sul ricorso di congruenza fra legge particolare e norma codiciale*, cit., n. 43.

(29) Cfr. AZNAR GIL, F., *Los bienes temporales de las asociaciones de fieles en el ordenamiento canónico*, in AA.VV., *Asociaciones canónicas de fieles*, Salamanca, 1987, p. 143-214; GIULIANI, P., *La distinzione fra associazioni pubbliche e associazioni private dei fedeli nel nuovo codice di diritto canonico*, Roma, 1986; NAVARRO, L., *Diritto di associazione e associazioni di fedeli*, Milano, 1991; PUNZI NICOLÒ, A.M., *Riflessioni sul regime patrimoniale delle associazioni di fedeli*, in AA.VV., *Studi in onore di Lorenzo Spinelli*, III, Modena, 1989, p. 1031-1049; VIANA, A., *La norma statutaria y la autonomía de los entes en la Iglesia*, in AA.VV., *I principi per la revisione del Codice di diritto canonico. La ricezione giuridica del Concilio Vaticano II*, Canosa, J. (cur.), Milano, 2000, p. 271-301.

finanziamento della Chiesa ma piuttosto un modo di effettuare una redistribuzione di titolarità fra beni già ecclesiastici.

Le associazioni pubbliche (cfr. can. 301 § 3), invece, se sottoposte alla giurisdizione del vescovo diocesano rientrano fra i soggetti del tributo ordinario.

4. *Determinazione della quota tributaria.*

Il tributo ordinario è qualificato dal legislatore come «*moderatum*», qualifica che fa riferimento alla determinazione della quantità necessaria per coprire i bisogni finanziari ordinari della diocesi. Dal punto di vista tecnico, la moderazione esige da parte del vescovo, con l'aiuto degli organi consultivi e tecnici competenti, uno studio serio della situazione finanziaria della diocesi che permetta fissare l'ammontare del «buco» di bilancio previsto.

Dal punto di vista giuridico sostanziale, la determinazione del gettito necessario è imprescindibile perché vi possa essere un'esazione giusta: non sarebbe giusto, e cioè moderato, il tributo che raccogliesse più fondi di quelli necessari per la gestione ordinaria della diocesi. La valutazione dell'adeguatezza fra il fabbisogno diocesano e la somma da raccogliere è lasciata alla discrezionalità del vescovo, con la collaborazione dei suoi consigli, come abbiamo già notato.

Lo scopo della figura legale stessa del tributo ordinario è stato quello di garantire un flusso di entrate più o meno prevedibile per la diocesi⁽³⁰⁾, non quello, quindi, di finanziare le finalità della

⁽³⁰⁾ « (...) it should be recognized that in some dioceses it may be necessary and advisable to structure diocesan income in a way other than simply collecting free will offerings and imposing taxes or defined offerings for certain acts of executive or sacramental power. In some instances it may be desirable to create a system of taxation of public juridic persons (particularly parishes) in order to fund diocesan activities in an organized manner. It is recommended that consideration be given to the establishment of the right of the diocesan bishop to impose such taxes on public juridic persons as an ordinary means of diocesan income, provided that such acquisition is in accord with norms issued by the Episcopal Conference and includes the consent of the Council on Economic Matters and the Presbyteral Council». (Cardinal Bernardin, testo inviato come *animadversio* al can. 1213 dello Schema del 1980, riportato da KEALY, R.L., *Diocesan Financial Support: Its History and Canonical Status* (dissertatio ad doctorarum), Romae 1986, p. 323-324, nota 79). Altri adducevano motivazioni diverse ma nello stesso senso: «Sancta Sedes, Ecclesia Parti-

Chiesa in generale, ma come abbiamo più volte ripetuto quello di assegnare risorse già ecclesiastiche a titolari diversi da quelli che le detengono in un momento dato.

Il canone che stabilisce la possibilità del tributo aggiunge ancora che esso deve essere «proporzionato ai redditi di ciascuna» persona giuridica pubblica. Tale statuizione cerca di garantire quell'esigenza della giustizia sostanziale secondo cui il contributo alle necessità pubbliche o comuni deve essere proporzionato alle capacità dei consociati. Per quanto riguarda la determinazione del gettito tributario, questa statuizione non aggiunge altro che la possibilità di stabilire esenzioni o deduzioni dalla base imponibile o dalla quota tributaria che servano a fare sì che il finanziamento della diocesi non implichi difficoltà per le altre persone giuridiche pubbliche.

5. *Destinazione dei versamenti tributari.*

La destinazione dei versamenti ottenuti mediante il tributo ordinario è esplicitamente fissata dal legislatore: «pro dioecesis necessitatibus». L'espressione lascia campo alle interpretazioni, ma la dottrina⁽³¹⁾, per opposizione al altro tributo (*extraordinariam exactionem*) dello stesso canone, ritiene che le necessità della diocesi cui il legislatore fa riferimento sono quelle ordinarie, vale a dire quelle che devono essere affrontate perché la diocesi possa adempiere alla sua missione ecclesiale. Logicamente in queste necessità diocesane sono comprese anche quelle delle persone giuridiche pubbliche che si muovono nel suo ambito. Nel rispetto

ularis seu Dioecesis, atque paroecia — omnes constituunt unam et eandem Ecclesiam Christi. Sunt unum corpus et inter se dependent. Ius episcopi dioecesiani ad tributum moderatum et proportionatum paroeciis imponendum — quod ius ex consuetudine hodie exercetur in multis dioecesibus — agnoscendum est in novo Codice tamquam medium ordinarium acquisitionis bonorum ad structuram necessarias administrationis centralis sustinendas; — ad paroecias pauperes supportandas; — ad apostolatos educationis, caritatis necnon missionis facilitandos» (Cardinale John Krol, intervento all'assemblea plenaria della Commissione per la revisione del Codice di diritto canonico, 26 ottobre 1981, *ibid.*, p. 375-379).

(31) Cfr. AZNAR GIL, F., *La administración de los bienes temporales de la Iglesia*, Salamanca, 1993, p. 164; DE PAOLIS, V., *I beni temporali della Chiesa*, Bologna, 1995, p. 110; SCHOUPE, J.-P., *Elementi di diritto patrimoniale canonico*, Milano, 1997, p. 116, ecc.

dell'autonomia di ciascuna di esse, spetta tuttavia al Vescovo la garanzia della sua operatività secondo le finalità per le quali è stata eretta. In questo senso di responsabilità giuridica del Vescovo per l'operato delle persone giuridiche pubbliche presenti nella sua circoscrizione, e dunque come concrezione giuridica di esigenze più profonde di comunione, potrebbe prospettarsi l'eventualità di un tributo diocesano ordinario che venga incontro alle necessità particolari di alcuni soggetti. Vale a dire, potrebbe essere ritenuta «ordinaria» la necessità di garantire, come parte delle responsabilità dell'ufficio episcopale, l'efficace funzionamento anche dal punto di vista finanziario delle diverse entità diocesane, e in tal senso, potrebbe essere usato il tributo diocesano per aiutare chi si trova in bisogno. Così, il tributo ordinario diventa strumento di perequazione e di governo pastorale del Vescovo riguardo alla circoscrizione affidatagli.

E così, nella stessa formulazione legale della destinazione del tributo viene confermato l'obbiettivo di quello ordinario: non il finanziamento della Chiesa, ma la redistribuzione dei suoi averi in modo da garantire l'ordinato sviluppo delle attività di un soggetto pubblico specialmente esposto da questo punto di vista, la diocesi appunto, e di tutti quegli altri che sono soggetti al governo del Vescovo diocesano.

6. *Natura giuridica economica del tributo ordinario.*

Nella sua configurazione legale, dal punto di vista giuridico, il tributo ordinario diocesano può essere ritenuto un vero tributo, un'imposizione di finanziamento in vista del bene pubblico o comune. Ha tutti i tratti delle imposte: l'obbligatorietà del versamento, la finalità pubblica, la determinazione in strumento normativo (di solito un decreto generale), la generalità del soggetto passivo, la proporzionalità nei confronti dei redditi, ecc.

Dal punto di vista economico finanziario, però, nella sua attuale determinazione normativa, questa figura giuridica risponde meglio agli strumenti di perequazione finanziaria fra le diverse componenti della stessa amministrazione, che non a un tributo vero e proprio, inteso come fonte di finanziamenti esterni all'amministrazione stessa. Infatti, gli unici beni che costituiscono base imponibile del tributo ordinario sono quelli già ecclesiastici.

7. *Il caso particolare dei tributi imposti o riscossi con la cooperazione dell'autorità civile.*

Il can. 1263 aggiunge una postilla alla determinazione tributaria ecclesiastica: «*salvis legibus et consuetudinibus particularibus quae eidem potiora iura tribuant*». Per quanto riguarda il conferimento legale di questi diritti «maggiori» del vescovo diocesano, la prassi ordinaria è che vengano attribuiti in strumenti concordati con le autorità civili. Infatti la postilla fu aggiunta nelle ultime fasi di redazione del canone per includere realtà concordatarie già in atto (si pensava soprattutto all'Austria, alla Svizzera e alla Germania)⁽³²⁾.

Il sistema delle imposte ecclesiastiche di queste nazioni (con notabili differenze dall'una all'altra) è caratterizzato dall'essere un vero tributo ecclesiastico imposto ai fedeli in quanto fedeli. Il soggetto passivo del tributo non sono più le persone giuridiche ma quelle fisiche, cioè tutti i battezzati che non si sono separati dalla Chiesa⁽³³⁾. Il modo di garantire il versamento poi, mediante l'intervento statale, è molto più stringente dal punto di vista delle conseguenze giuridiche (la frode fiscale è un delitto che non esiste nell'ordinamento canonico). Così, il sistema acquista tutte le caratteristiche proprie dei versamenti tributari civili.

È chiaro che un tributo del tipo appena descritto ha poco a che vedere con il tributo diocesano ordinario. È un vero sistema di finanziamento della Chiesa da parte dei fedeli, dei singoli fedeli. Dal punto di vista della scienza tributaria è molto più vicino al «tipo» tributario dell'imposta sui redditi delle persone che non quello soltanto canonico. Dal punto di vista pastorale, però, pone tantissimi problemi che non possiamo affrontare in queste pagine⁽³⁴⁾. Ma per gli effetti classificatori che adesso ci interessano, il tributo con esazione statale deve essere distinto da quello canonico ordinario, il che ci permette di confermare la tesi di queste pagine: il tributo diocesano ordinario non è un sistema di finanzia-

⁽³²⁾ Cfr. DE PAOLIS, V., *I beni temporali della Chiesa*, Bologna, 1995, p. 111.

⁽³³⁾ Cfr., ad es., il recente studio di CATTANEO, A., *La necessità di dimettersi dalla Chiesa cattolica per poter ottenere le dimissioni dalla Chiesa cantonale in Svizzera*, in questa *Rivista*, 16 (2004), 350-359.

⁽³⁴⁾ È diventato classico il lavoro di CORECCO, E., *Dimettersi dalla Chiesa per ragioni fiscali*, in *Apollinaris*, 55 (1982), 461-502.

mento della Chiesa ma soltanto di redistribuzione dei finanziamenti già ecclesiastici.

È quindi uno strumento di governo della diocesi in mano al Vescovo⁽³⁵⁾. E dopo la pubblicazione del nuovo direttorio per i Vescovi ci sembra di poter annoverarlo fra gli strumenti *ordinari* di governo della circoscrizione, malgrado la dottrina abbia commentato i canoni sui tributi, e concretamente quello sul tributo ordinario, sottolineando la «straordinarietà» del ricorso a queste figure legali. Una miglior comprensione della natura del tributo diocesano ordinario potrebbe aiutare a superare i problemi teorici e pratici che pone la sua applicazione, e contribuirebbe anche a un suo uso «giusto», che in fin dei conti è quello che l'ordinamento cerca di garantire.

⁽³⁵⁾ Cfr. CONGREGAZIONE PER I VESCOVI, *Direttorio per il ministero pastorale dei vescovi*, Città del Vaticano 2004, n. 192.

Pagina bianca

Giurisprudenza

Pagina bianca

TRIBUNALE APOSTOLICO DELLA ROTA ROMANA - *Matriten.* - Nullità del matrimonio - Timore reverenziale - Esclusione dell'indissolubilità - Incapacità di assumere gli obblighi essenziali per cause di natura psichica - Incapacità «relativa» - Sentenza definitiva - 25 ottobre 2001 - Stankiewicz, Ponente (*)

Matrimonio - Consenso - Timore grave e timore reverenziale - *Diuturna indignatio* - Timore reverenziale e ambito culturale.

Matrimonio - Consenso - Timore reverenziale - Prova del timore reverenziale qualificato - *Aversio, coactio* e nesso di causalità tra *coactio*, timore e celebrazione.

Matrimonio - Consenso - Indissolubilità e *bonum sacramenti* - Esclusione del *bonum sacramenti* - Esclusione assoluta ed esclusione relativa.

Matrimonio - Consenso - Esclusione del *bonum sacramenti* - Atto positivo di volontà - Distinzione tra esclusione ed errore.

Matrimonio - Consenso - *Incapacitas assumendi onera ob causas naturae psychicae* - Distinzione tra incapacità di assumere e incapacità di adempiere - Impossibilità psichica e impossibilità morale.

Matrimonio - Consenso - *Incapacitas assumendi onera ob causas naturae psychicae* - Incapacità relativa - Incompatibilità di carattere e nozione di matrimonio.

Matrimonio - Consenso - *Incapacitas assumendi onera ob causas naturae psychicae* - Incapacità relativa - Inammissibilità dell'analogia con l'impotenza.

Matrimonio - Consenso - *Incapacitas assumendi onera ob causas naturae psychicae* - Prova dell'incapacità - Dialogo tra periti e giudici.

La natura della relazione tra padri e figli è cambiata nei nostri tempi. Questo fa sì che oggi sia più difficile che l'indignazione paterna muova e obblighi i figli a cambiare la loro volontà. Nelle culture nelle quali nei nostri giorni si è rilassata l'autorità dei genitori nei confronti dei figli, e questi sono più liberi, la presunzione della riverenza dei sudditi nei confronti dei superiori sembra essere mutata in una presunzione di dipendenza dei maggiori in favore dei sudditi. Non si deve dimenticare che nel timore reverenziale non si tratta

(*) Vedi, alla fine della sentenza, nota di HÉCTOR FRANCESCHI F.

della gravità assoluta di un male imminente, ma relativa, la quale dipende tanto dalle circostanze del momento che influiscono sulle condizioni della vita familiare, nella quale l'indignazione paterna produce il suo effetto, quanto dall'indole psichica del «metus incutientis» e del «metus patientis», quanto infine dal grado di sottomissione e di dipendenza familiare, economica e sociale del «metus patientis» dal «metum incutiente». Ma questi elementi non sono sufficienti a costituire un vero timore reverenziale grave. È anche necessario che ci sia un impero assoluto dei genitori, un precetto o delle continue e inopportune insistenze che lo portino alla decisione di contrarre il matrimonio come unico mezzo per non incorrere nell'indignazione grave e perenne dei genitori, senza la speranza di una futura riconciliazione con loro (cfr. n. 9). Ciononostante, il timore reverenziale qualificato, che rende nullo il matrimonio, non è quello di colui che accede al matrimonio per assecondare le consuetudini dei suoi genitori. In questo caso, egli cede semplicemente al desiderio dei genitori, o al loro consiglio, per fargli piacere, poiché mentre manifesta la conformità al loro parere pretende di conservare la loro benevolenza e affetto. Non si può negare che seguire «le consuetudini» non è lo stesso che fare qualcosa «con piacere», perché «nella stessa frase "seguire le consuetudini" si contiene una certa riluttanza» (coram Wynen, decisio diei 28 iunii 1952, RRDec., vol. XLIV, p. 385, n. 3), naturale nei giovani quando si tratta di seguire il desiderio o il mandato dei genitori. Tuttavia, chi segue (si adatta) alle consuetudini dei genitori, accede al matrimonio per propria deliberazione e per volontaria decisione, perché fa propri gli argomenti dei genitori a favore del matrimonio e si rimette al loro consiglio o determinazione per affetto, fiducia, amore o per qualche altra causa ragionevole, non sia che altrimenti causi in loro tristezza, rinunciando in qualche modo, consapevolmente, alla sua libertà nella scelta della comparte (cfr. n. 10).

Nella prova del timore reverenziale grave o qualificato, la prima cosa che si deve dimostrare è l'avversione verso la persona o verso il matrimonio con essa. Questa avversione non è concepibile in colui che ha mantenuto un affettuoso e ininterrotto fidanzamento per molti anni. Mancando l'avversione verso la persona o verso il matrimonio, non c'è modo di parlare di vera coazione. Invece, nella misura in cui maggiore sia stata l'avversione prima delle nozze, più facilmente si potrà presumere che l'animo contrario alle nozze sia stato superato solo per la grave coazione. Il solo fatto che ci sia qualche dubbio sulla cele-

brazione del matrimonio nel caso di una gravidanza inattesa, se vi era una volontà di contrarre in futuro il matrimonio, non può essere confuso con la vera avversione. Inoltre, si dovrà anche provare la coazione, la sua gravità, i mezzi per realizzarla, nonché il nesso di causalità, almeno indiretta, tra la coazione, il timore causato nel soggetto e il consenso matrimoniale (cfr. n. 11).

La giurisprudenza canonica è solita chiamare l'indissolubilità «bonum sacramenti», benché secondo la mente del magistero ecclesiastico questa espressione indichi tanto l'indissolubilità del vincolo quanto il suo essere segno efficace della grazia per l'elevazione e consacrazione fatta da Cristo (cfr. n. 12). Tenuto conto che le parole usate dal legislatore nel can. 1101, § 2 sono generiche, e che molte volte non sono capite pienamente dai fedeli, è veramente strano che qualcuno nel giudizio di nullità dichiarati di aver preteso di escludere dal suo matrimonio l'indissolubilità. La vera esclusione si può identificare in espressioni equivalenti, come sarebbe il fermo proposito di sottrarsi a qualunque vincolo duraturo e perpetuo, o la volontà di conservare la libertà di contrarre un nuovo matrimonio se si dessero le circostanze. Questa riserva positiva contraria all'indissolubilità può essere assoluta — colui che proprio non vuole un vincolo per sempre — o relativa al verificarsi o meno di un evento futuro (cfr. n. 13). Ma un'esclusione assoluta dell'indissolubilità, o indica una simulazione totale, o può essere segno di una condizione mentale malata, perché nessuno di mente sana intende celebrare il matrimonio e allo stesso tempo intende con volontà assoluta di contrarlo dissolubile. E va anche detto, parlando della intenzione relativa contraria all'indissolubilità, che si deve trovare una causa che la spieghi, perché il matrimonio nei nostri giorni di solito viene celebrato per amore, la cui natura è contraria al porre limiti (cfr. n. 14).

L'esclusione invalidante il consenso si deve dare mediante un positivo atto delle volontà. Come ricorda Giovanni Paolo II: «la tradizione canonistica e la giurisprudenza rotale, per affermare la 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, che superi una volontà abituale e generica, una velleità interpretativa, un'errata opinione sulla bontà, in alcuni casi del divorzio, o un semplice proposito di non rispettare gli impegni realmente presi» (Allocutio ad Romanae Rotae Iudices et Administros, d. 21 ianuarii 2000, n. 4; AAS 92 [2000] p. 352) (cfr. n. 14). Perciò, una cosa è l'esclusione, che è un atto della volontà, e un'altra è l'errore, che è di

solito irrilevante. Come afferma il Papa nello stesso discorso: «in coerenza con la dottrina costantemente professata dalla Chiesa, si impone, perciò, la conclusione che le opinioni contrastanti con il principio dell'indissolubilità o gli atteggiamenti contrari ad esso, senza il formale rifiuto della celebrazione del matrimonio sacramentale, non superano i limiti del semplice errore circa l'indissolubilità del matrimonio che, secondo la tradizione canonica e la normativa vigente, non vizia il consenso matrimoniale (cf. can. 1099)». Solo quando l'errore determini la volontà, esso potrà avere forza invalidante: «in virtù del principio dell'insostituibilità del consenso matrimoniale (cf. can. 1057), l'errore circa l'indissolubilità, in via eccezionale, può avere efficacia invalidante il consenso, qualora positivamente determini la volontà del contraente verso la scelta contraria all'indissolubilità del matrimonio (cf. can. 1099). Ciò si può verificare soltanto quando il giudizio erroneo sulla indissolubilità del vincolo influisce in modo determinante sulla decisione della volontà, perché orientato da un intimo convincimento profondamente radicato nell'animo del contraente e dal medesimo con determinazione e ostinazione professato» (Alloc. cit., n. 5, p. 353) (cfr. n. 15).

Benché l'incapacità di assumere gli obblighi essenziali del matrimonio sia molto legata all'incapacità di adempiere questi obblighi, l'inadempienza degli obblighi durante la vita coniugale non può costituire il criterio per determinare l'esistenza di un'incapacità di assumere, a meno che l'incapacità di adempiere non fosse già presente «in actu» al momento della celebrazione. Se non si fosse già manifestata prima delle celebrazioni nuziali, non si può affermare che la persona era incapace al momento delle nozze (cfr. n. 16). La vera incapacità riguarda l'impossibilità psichica, e non solo morale, che consiste in una grande difficoltà. L'impossibilità morale, che non impedisce di osservare gli obblighi di diritto divino naturale e positivo, come sono quelli matrimoniali essenziali, non costituisce una vera incapacità di assumere (cfr. n. 17).

C'è chi pensa che l'incapacità che rende nullo il matrimonio non è soltanto assoluta ma può essere anche relativa, vale a dire, che riguarda la persona dell'altro coniuge e, in particolare, l'incompatibilità di carattere (cfr. n. 18). Ma la giurisprudenza rotale costante rifiuta con fermezza qualunque importanza giuridica alla cosiddetta incompatibilità di carattere, che non trova nessun sostegno né in giurisprudenza né in dottrina, tenuto anche conto che questa pretesa incompatibilità assoluta non è d'accordo con una retta antropologia cristiana. Gli stessi

psicologi mettono in dubbio che si possa parlare di un'incompatibilità radicale (cfr. n. 19). Tutta la costruzione della nozione di incapacità relativa risponde a una visione soggettivistica del matrimonio e della capacità psichica e della sua misura che consisterebbe sostanzialmente nel conseguimento della felicità coniugale come elemento essenziale del matrimonio. Da questa prospettiva, come ricorda Giovanni Paolo II, «ogni ostacolo che richiede sforzo, impegno o rinuncia e, ancor più, ogni fallimento di fatto dell'unione coniugale diventa facilmente la conferma della impossibilità dei presunti coniugi ad intendere rettificamente e a realizzare il loro matrimonio» (Allocutio ad Rotae Romanae Auditores, d. 5 februarii 1987, cit., p. 1456, n. 5) (cfr. n. 20).

L'estensione del concetto di relatività dell'impotenza all'incapacità di assumere gli obblighi essenziali del matrimonio diventa una via facile per contrastare l'indissolubilità del matrimonio di coloro che non siano riusciti a conseguire la felicità coniugale. Ma questa analogia è insostenibile, come costantemente ha sostenuto e sostiene la giurisprudenza prevalente della Rota Romana (cfr. n. 21). Questa opinione non solo confonde gli elementi essenziali della capacità e del consenso e quegli elementi che appartengono alla convenienza o alla pienezza e perfezione del consenso matrimoniale, ma oscura anche il confine tra essenza e convenienza nella singola scelta matrimoniale a causa di un'errata concezione della libertà della persona, della complementarietà, del matrimonio e della felicità coniugale (cfr. n. 22). In qualunque fattispecie di incapacità psichica deve esserci necessariamente un nesso di causalità proporzionato tra la stessa incapacità — realtà giuridica — e l'anomalia psichica — realtà di fatto — (cfr. n. 23). L'incapacità consensuale, che è un'eccezione alla condizione ordinaria dell'uomo, non può essere collocata nella dimensione della normalità, quasi come se potessero esserci persone normali che non possono esercitare il diritto fondamentale al matrimonio (cfr. n. 24). Riguardo alla possibilità di fare un'analogia con l'impotenza relativa, va ricordato che nei lavori di revisione del Codice si volle che non fosse chiamata impotenza morale proprio per evitare la confusione con l'impotenza per cause psichiche. L'oggetto dell'impedimento d'impotenza è il difetto di «*potentiae copulandi*», mentre l'oggetto dell'incapacità di assumere è il difetto della capacità di autodeterminazione del soggetto, in sé e per sé, di natura spirituale, che non può dipendere da un altro soggetto (cfr. n. 25). Per tanto, è un assurdo che nel processo di nullità si possa dichiarare che entrambi i soggetti individualmente considerati erano capaci ma tra di loro erano incapaci (cfr. n. 26).

I periti psichiatri o psicologi, secondo i precetti della loro scienza, devono esaminare, nei casi a loro sottoposti, l'esistenza di una psicopatologia o anomalia psichica in uno o in entrambi i coniugi (singolarmente considerati) nel momento della celebrazione del matrimonio, nonché l'origine, natura, gravità e prognosi, e in modo particolare l'influsso nei processi psichici che concorrono nell'attuazione dell'oggetto del consenso, vale a dire, nell'assunzione degli obblighi essenziali. Il giudice, nel valutare l'incidenza dell'anomalia, deve considerare non solo le conclusioni dei periti, ma anche le circostanze del caso, e nella motivazione della sua decisione deve spiegare perché ha ammesso o rifiutato le conclusioni dei periti. In questa valutazione, non deve dimenticare che le lievi patologie o le deficienze di ordine morale non sono prova della incapacità psichica, che esige la presenza di una seria forma di anomalia (cfr. n. 28).

(*Omissis*). — FACTI ADUMBRATIO. — 1. D.nus F., actor in causa, adhuc adulescens inter amicos d.nam M., hac in causa partem conventam, obviam habuit. Consuetudo amicalis inter iuvenes exorta mox in sponsaliciam mutata est, quae dein ad decennium protracta est. M. autem, cum puella adhuc tredecim annorum esset, in casu viario patrem suum amisit; ipsa vero crure mutilata remansit et exinde «una pierna ortopédica» gerebat.

Cum vero M. gravida facta esset ex F., divulgata hac in ambitu familiari notitia, ad nuptias properandum erat, quae ideo, die 21 septembris 1986, Matriti, in paroeciali (*omissis*), celebratae sunt.

Sed convictus coniugalis a partibus statim instauratus, secus ac relatio sponsalicia, temporis brevitate signatus est. Nam mense iunio insequentis anni 1987, ut primum filiulus F. baptizatus est, die 28 iunii 1987, vir actor domicilium coniugale deseruit et ad suos parentes revertit.

In foro civili idem vir tum sententiam separationis personalis obtinuit, die 30 novembris 1988, tum sententiam divortii civilis, die 19 februarii 1990 adeptus est, quae custodiam filii minoris commisit «a la madre, con un régimen de visitas progresivo a favor del padre». Tamen eadem sententia divortii exercitium patriae potestatis super filio demandavit «conjuntamente ambos padres»; actorem vero damnavit pensionem alimentariam filio solvendi usque ad maioris aetatis consecutionem.

2. Cum primum actor liber in foro civili evasit, civile quoque matrimonium cum alia muliere statim attentavit. Dein tamen ad consulendum conscientiae suae, idem vir libellum litis introductorium Tribunali Ecclesiastico Matritensi porrexit, die 4 martii 1992, quo matrimonium suum nullitatis accusavit ob metum reverentialem sibi incussum et, subordinate, ob exclusam a semetipso matrimonii indissolubilitatem seu perpetuitatem. Parte conventa petitioni actoris sese opponente, causa rite instructa est per iudicialem auditionem partium ac testium.

Sed post actorum publicationem, instante actoris Patrono, muliere oppositionem causae prosequente, novum caput nullitatis admissum est, id est incapacitas adsumendi essentielles matrimonii obligationes ex alterutra vel utraque parte.

Acquisitis relationibus peritalibus ad roborandam actoris petitionem, et processu rite concluso, prodiit sententia primi gradus, die 4 ianuarii 1995, quae ad dubium concordatum ita respondit: «a) *Negativamente* a la primera fórmula de dudas, es decir, que no consta la nulidad ni debido a miedo reverencial ni debido a la exclusión de la perpetuidad. b) Y, en cuanto a la ampliación de la fórmula de dudas, *Negativamente* a la incapacidad por parte de la esposa y *Afirmativamente* por parte del esposo; es decir, que solo consta la nulidad debido a incapacidad para asumir/cumplir las obligaciones esenciales del matrimonio por parte del esposo».

3. Adversus sententiam primae instantiae pars conventa, die 23 ianuarii 1995, ad Tribunal Rotae Nuntiaturae Apostolicae in Hispania appellationem una cum querela nullitatis proposuit.

Binam sententiae impugnationem conventa effecit, quia tribunal primae instantiae «no se haya adoptado ninguna medida legítima en la sentencia para evitar que un posible nuevo matrimonio de él (en la sentencia se afirma que está casado ya de nuevo por lo civil) resulte igualmente nulo, si fuera de verdad tan incapaz».

Eodem quoque tempore pars conventa ad normam can. 1417, § 1 supplices preces Romano Pontifici porrexit, ut, attenta «manifiesta parcialidad» praecedentis iudicati eiusdemque «indefensión», causam ad suum iudicium advocaret.

Postquam Em.mus Cardinalis Secretarius Status, die 16 maii 1995, Romanae Rotae communicavit «che l'istanza in parola è stata sottoposta al Santo Padre, il quale ha benevolmente disposto che l'esame di detta causa sia demandata a codesto Tribunale»,

collegio iudicante apud Rotam rite constituto, adsignatis quoque partibus Patronis ex officio, in limine litis per memorialia solutae sunt praeliminares quaestiones de nullitate sententiae primae instantiae et, subordinate, de eiusdem sententiae confirmatione ad normam can. 1682, § 2.

4. Decretum rotale, die 24 octobris 1996 prolatum, querelam nullitatis sententiae primae instantiae reiecit, sed eandem continenter non confirmavit e tenore can. 1682, § 2.

Eodem enim decreto causa ad ordinarium examen alterius gradus remissa est sive propter suspiciones a parte conventa propositas contra relationem peritalem psychologiam, quatenus iuxta ipsius obiectionem collaboratrix peritae «convivía maritalmente con mi esposo, habiendo contraído con él vínculo solamente civil», sive propter asseverationem sententiae primae instantiae contra «credibilidad del actor y de alguno de sus testigos».

Ad dissipandas suspiciones dubitationesque, instante diligente Patrono ex officio viri actoris, ampla instructio suppletiva causae peracta est. Ita enim tum partes in causa tum duo testes in iudicio suas novas depositiones fecerunt.

Itemque, instante eodem Patrono, nova relatio peritalis super utramque partem confecta est.

Quibus peractis, receptis quoque scripturis defensionalibus a partium Patronis ex officio exhibitis necnon a Defensore vinculi deputato, nunc Nobis in altero iurisdictionis gradu respondendum est ad dubium rite concordatum, die 16 aprilis 1998, iuxta formulam: An constet de matrimonii nullitate, in casu: 1) ob metum reverentialem actori incussum; 2) ob exclusionem boni sacramenti ex parte eiusdem actoris; 3) ob incapacitatem adsumendi obligationes essentiales matrimonii ex alterutra vel utraque parte.

IN IURE. — 5. DE METU REVERENTIALI. Quamquam pater potest filium ad matrimonium inducere «ex rationabili causa», tamen non potest cogere eum «per praeceptum» ad illud contrahendum, cum matrimonium non solum sit, sicut olim doctrina retinebat, «quaedam quasi servitus perpetua» (S. THOMAS, *Commentum in lib. IV Sententiarum*, d. 29, q. 1, a. 4, in c.), verum etiam ac potissimum «intima communitas vitae et amoris coniugalis, a Creatore condita suisque legibus instructa» (Conc. Vat. II, Const. past. *Gaudium et spes*, 48), quod igitur nemo invitus graviterque coactus

irrevocabili consensu personali valida ratione ex ipsa rei natura inire potest.

Eapropter parentes caveantur oportet, ne filios suos «coactione directa vel indirecta ad matrimonium ineundum aut ad electionem compartis adigant», integre servato tamen eorum iure filiis «in fundanda familia, prudenti consilio, ab eis libenter audiendo, duces praebere» (Const. past. *Gaudium et spes*, cit., 52). Nec ideo parentibus ius competit exigendi a filiis matrimonium reparatorium, graviditatis nempe causa, ob quam iidem facultate eligendi compartem iuxta proprium arbitrium etiam facto culpabiliter parato non amittunt (cf. coram infr. Ponente, decisio diei 23 februarii 1988, Theatina, n. 5).

Quare sponsi in perficiendo ritu nuptiali ab assistente matrimonio interrogari debent an «sine coactione, sed libero ac pleno corde» ad nuptias accedant simulque parati sint ad sese «mutuo diligendos et honorandos totius vitae decursu» (*Ordo celebrandi matrimonium*, Typis Polyglottis Vaticanis 1991, n. 60).

6. Cum vero omnes christifideles iure fundamentali gaudeant ut a quacumque coactione sint immunes in statu vitae eligendo (cf. can. 219), ob hanc quoque rationem in ambitu familiari parentibus nefas est filiorum libertatem laedere in iis, quae ad naturale ius connubii (cf. can. 1058) spectant, nedum manifesta coactione, verum instanti importunaque sollicitatione ad flectendam hac in re eorum deliberationem atque electionem.

Si enim filii propter relationem reverentiae, subiectionis ac dependentiae imperioso consilio paternali aut praecepto contrahendi nuptias vel nubendi praestitutae personae reluctari satagant, periculum *indignationis, fastidii iracundiaeque* parentum ad se alliciant ultroque attrahunt.

Quamvis indignatio, offensa vel contristatio tamquam intrapsychica emotionum conturbatio ante omnia ipsum indignatum in time afficiat (cf. J.M. DARLEY-S. GLUCKSBERG-R.A. KINCHLA, *Fondamenti di psicologia* (tr. it.), Bologna 1998, p. 302), simul tamen mentis trepidationem excitare potest in eo, qui ratione dependentiae vel subiectionis reverentiam necnon oboedientiam indignato praestare tenetur, praesertim vero si pertinacis indignationis iracundiaeque signa vitam eius intra domesticos parietes intolerabilem reddant damnaque eventura et gravissima incommoda provocent.

7. Profecto hisce in rerum adiunctis metus indignationis, ex laesione paternae reverentiae reapse imminens, qui apud commentatores iuris romani mediae aetatis nomen metus reverentialis iure meritoque acquisivit (cf. M. WYSZYNSKI, *De matrimonio romano ob metum contracto*, Wroclaw 1962, p. 59), animum filiorum etiam gravi mentis trepidatione afficere potest, scilicet huius instantis vel futuri periculi causa (cf. D.4.2.1; Ulpian. *XI ad ed.*), quae iam ex ipsa huius mali natura libertati nubendi repugnat (cf. coram infr. Ponente, decisio die 23 februarii 1984, Romana, n. 5).

Etenim propter naturalem rationem (cf. Gai. 1.1.) iam apud antiquos admissum erat «quod inter invites non contrahitur» (D.23.2.22; Celsus, *XV dig.*) matrimonium. Quare contra coactionem iam id temporis ita cautum fuit: «Non cogitur filius familias uxorem ducere» (D.23.2.21; Terent. Clem., *III ad leg. Iul. et Pap.*); «Ne filium quidem familias invitum ad ducendam uxorem cogi legum disciplina permittit» (C.5.4.12; Imp. Diocl. et Max. a. 285); «Neque ab initio matrimonium contrahere... quisquam cogi potest» (C.5.4.14; Idem; cf. O. ROBLEDA, *El matrimonio en derecho romano. Esencia, requisitos de validez, efectos, disolubilidad*, Roma 1970, p. 103).

Quoniam naturalem rationem in tuenda nubendi libertate traditio canonica iugiter sequitur, «quum locum non habeat consensus, ubi metus vel coactio intercedit» atque «ubi assensus cuiusquam requiritur, coactionis materia repellatur» (c.14, X, IV, 1; Alexander PP. III), in praesentiarum quoque disciplina ecclesialis firmiter tenet invalidum esse matrimonium initum ob metum gravem communem vel reverentialem, ab extrinseco incussum, etiamsi indirecte, atque inevitabilem, a quo ut quis se liberet, eligere cogitur matrimonium (cf. can. 1103; Pont. Comm. 25 novembris 1986; AAS 79 [1987] p. 1132).

8. Sed instans vel futurum periculum indignationis paternae natura sua leve existimatur, ex quo ipsa mentis trepidatio, seu metus reverentialis exinde ortus, pariter levis tantum putatur. Molestia enim, quam filius patitur ob solam offensam, contristationem indignationemque paternam, in ambitu vitae familiaris ad instar vaporis cito evanescit et sine vestigio plerumque dilabatur.

Secus autem dicendum est, si progrediente tempore paterna indignatio non cessat, immo vero ingravescit. Tunc enim conditio filii haud dubie in peius mutatur, de qua ita iure quaesitum fuit:

« Quis enim vir constans, aut prudens non reputabit grave malum, semper coram oculis habere infensum patrem aut virum, aut alium a quo pendet et cum quo semper versaturus est? » (Th. SANCHEZ, *De sancto matrimonii sacramento* [t. I, Venetiis 1693], lib. 4, disp. 6, n. 14; cf. G. DOSSETTI, *La violenza nel matrimonio in diritto canonico* [rist. anast. 1943], Milano 1998, p. 454).

Quare doctrina et iurisprudencia canonica omnium consensu docent metum reverentialem, ex parentum vel superiorum indignatione exortum, etiam gravem qualificari posse, licet absint verbera vel minae, si nempe indignatio « gravis et diuturna futura sit », quia tunc et malum grave constituit et « metus gravis non immerito existimabitur » (P. GASPARRI, *Tractatus canonicus de matrimonio*, vol. II, Typis Polyglottis Vaticanis 1932, p. 57, n. 848). Idque obvenit, quia in *metu reverentiali qualificato* necessario haud requiritur malum imminens et grave diversum ab ipsa parentum indignatione; « haec enim potest esse grave et molestissimum malum » (coram Colagiovanni, decisio diei 23 iulii 1982, RRDec., vol. LXXIV, p. 445, n. 2).

9. Nihilominus tamen « in foro externo non praesumitur eiusmodi indignatio esse malum grave neque pro puella, nisi circumstantiae aliud suadeant, aut accesserit aliquid aliud, e.g. iurgia, minae, preces importunae et instantissimae, etc ». (P. GASPARRI, *De matrimonio*, cit., p. 57, n. 848).

Idque etiam nostris temporibus verum evadit, ubi inter parentes et filios diversa, sicut olim, auctoritatis ratio habetur. Nunc enim paterna indignatio haud tam facile filios commovet atque compellit ad mutandam eorum voluntatem, quippe qui paternam commotionem etiam consulto affectent. Quin etiam « in locis hodiernis in quibus, laxatis vinculis auctoritatis parentum et subiectionis filiorumfamilias, praesumptio reverentiae subditorum videtur conversa in praesumptionem dependentiae maiorum in obsequium subditorum » (J.J. GARCÍA FÁILDE, *Observationes novae circa matrimonium canonicum simulatum et coactum*, in *Periodica* 75 [1986] p. 204).

Praetermittendum quoque non est in metu reverentiali non agi de gravitate absoluta imminentis mali, sed relativa tantum, quae pendet tum a temporis adiunctis in condicionem vitae familiaris influentibus, ubi paterna indignatio effectum suum sortitur, tum ab indole psychica metum incutientis et metum patientis (cf. P. FELICI,

Indagine psicologica e cause matrimoniali, in *Communicationes* 5 [1973] p. 113), tum demum a gradu subiectionis et dependentiae familiaris, oeconomicae et socialis metum patientis a metum incutiente.

Haec tamen elementa metus reverentialis gravitatem per se nondum constituunt. Inde accedant oportet parentum absoluta imperia, praecepta vel instantiae importunae animum filii adeo vexantia, ut is ad sese liberandum ab illis eligere cogatur matrimonium, ne propter manifestam reluctantiam suam genitorum indignatione eaque gravi ac diuturna opprimatur absque ulla spe futurae reconciliationis cum eis (cf. coram infr. Ponente, decisio diei 23 februarii 1984, cit., n. 6).

10. Attamen metus reverentialis qualificatus, par nempe matrimonio irritando, eius non est qui ad nuptias accedit, ut parentum suorum morem dumtaxat gerat. Tunc enim ipse parentum desiderio tantum vel optato consilio cedit, ut eis placere possit. Dum enim conformationem suam parentum arbitrio ostendit, eorum affectum, benevolentiam et dilectionem conservare intendit (cf. J. RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, *La nulidad del matrimonio por miedo en la Jurisprudencia Pontificia*, Victoria 1962, p. 182; P.J. VILADRICH, *El consentimiento matrimonial. Técnicas de calificación y exégesis de las causas canónicas de nulidad (cc. 1905 a 1107 CIC)*, Pamplona 1998, p. 335).

Infitiandum non est, quin *morem gerere* idem non sit ac *libentissimo animo* aliquid facere, quia «in ipsa phrasi *morem gerere* continetur aliqua reluctantia» (coram Wynen, decisio diei 28 iunii 1952, RRDec., vol. XLIV, p. 385, n. 3). Agitur enim de quadam specie reactionis seu oppositionis, quae propter necessitatem sequendi parentum aut superiorum desiderium vel consilium ex naturali inclinatione obsistendi eis, adulescentibus propriam, originem ducit.

Nihilominus tamen qui *morem* parentibus gerit, principaliter ex propria deliberatione et voluntaria decisione ad matrimonium accedit. Is enim parentum argumenta in favorem nuptiarum sua facit eorumque consilio sese remittit propter affectum, fiduciam, dilectionem aliamque rationabilem causam, ne eos aliquo moerore afficiat, consulto igitur propriam libertatem in seligenda comparte quodammodo abdicando (cf. coram infr. Ponente, decisio diei 24 iunii 1982, RRDec., vol. LXXIV, p. 368, n. 5).

11. Probatio metus reverentialis gravis, seu qualificati, in primis efficitur argumento ex aversione sive in personam compartis sive in matrimonium cum ea ineundum, quaeque igitur regina probationum merito dicitur atque argumentum indirectum ipsius metus iure habetur.

Sed aversio concipi nequit in eo qui affectuosam et constantem relationem sponsaliciam cum comparte intuitu matrimonii per plures annos coluit. Deficientibus autem signis aversionis in personam vel in matrimonium, de coactione sermo fieri nequit. È contra, quo gravior fuit aversio ante nuptias, eo efficacior praesumi potest animum matrimonio contrarium gravi coactione tantum superatum fuisse.

Aversio autem confundi nequit cum haesitatione et titubatione circa properationem nuptiarum, ut puta urgente praegnatione puellae vel alia intercurrente causa, adstante tamen propensione et voluntate ineundi futurum matrimonium.

Insuper argumentum ex aversione compleri debet argumento directo ex coactione illata. Ad hunc finem demonstrari debet existentia coactionis, eius gravitas, media ad coactionem adhibita atque nexus causalitatis saltem indirectae inter coactionem, metum in subiecto efficientem, et consensum matrimoniale.

Agitur tamen de argumentis coniecturalibus, quae praesumptionem tantum metus incussi efficiunt. His igitur in causis magni facienda est declaratio iudicialis metum passi, cum ipse tantum directe patefacere possit sive existentiam animi trepidationis tempore nuptiarum sive eiusdem gravitatem propter imminens sibi malum. Vis tamen plenae probationis declarationi huiuscemodi tribui nequit, nisi alia indicia et adminicula accedant, quae eam corroborent una cum testimoniis de metum passi credibilitate (cf. cann. 1536, § 2; 1679).

12. DE EXCLUSIONE BONI SACRAMENTI. Nonnumquam obvenit quod metum patiens ad aufugiendum aliquod malum sibi imminens, absolutum vel relativum tantum, verba quidem consensum matrimoniale exprimentia in ritu nuptiali foris recitat, intrinsecus autem eadem recusat, quia uno tempore firmum gerit propositum non sese obligandi vinculo perpetuo ac indissolubili, sed stipulandi aliquam unionem dissolubilem ad proprium arbitrium.

Cum vero nupturientes consensu matrimoniali irrevocabili mutuo se tradere et accipere debent ad constituendam communionem

coniugalem (cf. can. 1057, § 2), in vinculo perpetuo et exclusivo fundatam (cf. can. 1134), quae ideo «non solum unitate sua est insignis, sed etiam indissolubilitate» (Ioannes Paulus II, Adhort. apost. *Familiaris consortio*, d. 22 novembris 1981, n. 20; AAS 74 [1982] p. 102), invalide igitur contrahit, qui in nuptiis ineundis matrimonii indissolubilitatem, quae est eius proprietas essentialis (can. 1056), positivo voluntatis actu excludit (can. 1101, § 2).

Sed iurisprudencia canonica, vestigia S. Augustini secuta (*De Genesi ad litteram*, IX, c. 7, n. 12; PL 34, 397), hanc indissolubilitatem foederis coniugalis *bonum sacramenti* hucusque nuncupare consuevit, etsi secundum mentem magisterii pontificii «illo christiani coniugii bono, quod Augustini verbo nuncupavimus sacramentum», duo denotantur, scilicet «et vinculi indissolubilitas et contractus in efficacem gratiae signum per Christum facta elatio atque consecratio» (Pius XI, Litt. Enc. *Casti connubii*, d. 31 dec. 1931; AAS 22 [1931] p. 550; cf. A. STANKIEWICZ, *La simulazione del consenso per l'esclusione dell'indissolubilità*, in *Ius Ecclesiae* 13 [2001] p. 656).

13. Cum verba legis de exclusione indissolubilitatis (can. 1101, § 2) indolem genericam et abstractam retineant, quarum significationem haud semper christifideles vere proprieque percipere possint, rarissime accidit ut quis in iudicio canonico de nullitate sui matrimonii declaret se in nuptiis ineundis matrimonii indissolubilitatem excludere praestituisse. Huius boni enim exclusio seu simulatio a nupturiente plerumque verbis aequivalentibus tantum perficitur, firmitatem eius propositi experimentibus sese subtrahendi a quolibet vinculo duraturo et perpetuo, ad conservandam libertatem iterandi, occasione data, novum coniugale experimentum.

Quod tamen propositum vel intentio contra indissolubilitatem, ut consensum matrimonialem invalidare possit, vim subiectivae reservationis ex parte simulantis consequi debet de resumenda status sui plena libertate per vindicatam sibi facultatem dissolvendi vinculum coniugale nedum civile sed et canonicum.

Haec autem reservatio effectum irritantem foedus matrimonialis exserit independentem ab eo, utrum consensum matrimonialem absolute ingrediatur, solvendi nempe vinculum quolibet in casu, an relative tantum, id est nonnisi post exploratum aliquem futurum eventum, seu si exoptata rerum adiuncta vel prospecta quaedam

adversa reapse contingant necne (cf. coram infr. Ponente, decisio diei 17 decembris 1993, RRDec., vol. LXXXV, p. 777, n. 7).

14. Sed firmum propositum vel intentio absoluta resiliendi a vinculo coniugali quolibet in casu, sicut merito affirmatum est, «vel indicat totalem simulationem vel signum esse poterit morbidae conditionis mentalis», quia nemo sanae mentis matrimonium inire intendit, quod eodem quoque tempore soluturum esse voluntate absoluta statuit. Secus autem dicendum est de intentione relativa, quia reservatio solvendi vinculum, subordinata voluntati psychologicae, si quaedam nempe obveniant, aptam eius causam supponit, quia matrimonium, nostris praesertim temporibus, «proponitur et acceptatur ex amore, qui de se nullos limites apponit» (coram Colagiovanni, decisio diei 13 iulii 1989, RRDec., vol. LXXXI, p. 417, n. 13).

Ut exclusio indissolubilitatis ex parte nupturientis effectus iuridicos, matrimonium irritantes, efficere valeat, positivo voluntatis actu iuxta normam canonicam perfici debet (can. 1101, § 2).

Nam, ut Ioannes Paulus II cum auctoritate in memoriam revocat, «la tradizione canonistica e la giurisprudenza rotale, per affermare la 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, che superi una volontà abituale e generica, una velleità interpretativa, un'errata opinione sulla bontà, in alcuni casi del divorzio, o un semplice proposito di non rispettare gli impegni realmente presi» (*Allocutio ad Romanae Rotae Iudices et Ministros*, d. 21 ianuarii 2000, n. 4; AAS 92 [2000] p. 352).

15. Quam ob rem error circa matrimonii indissolubilitatem, cum sit status assensus mentis in falsum, id est in dissolubilitatem vinculi matrimonialis, propter indolem suam mere intellectivam consensum matrimoniale corrumpere ac vitare non valet (can. 1099). Consensus enim substantialiter est actus ipsius voluntatis (can. 1057, § 2), etsi voluntas, hoc in casu, sub valore ab intellectu proposito specificationem suam obtinet.

Inde, ut Ioannes Paulus II admonet, «in coerenza con la dottrina costantemente professata dalla Chiesa, si impone, perciò, la conclusione che le opinioni contrastanti con il principio dell'indissolubilità o gli atteggiamenti contrari ad esso, senza il formale rifiuto della celebrazione del matrimonio sacramentale, non supe-

rano i limiti del semplice errore circa l'indissolubilità del matrimonio che, secondo la tradizione canonica e la normativa vigente, non vizia il consenso matrimoniale (cf. can. 1099)».

Nihilominus tamen, «in virtù del principio dell'insostituibilità del consenso matrimoniale (cf. can. 1057), l'errore circa l'indissolubilità, in via eccezionale, può avere efficacia invalidante il consenso, qualora positivamente determini la volontà del contraente verso la scelta contraria all'indissolubilità del matrimonio (cf. can. 1099). Ciò si può verificare soltanto quando il giudizio erroneo sulla indissolubilità del vincolo influisce in modo determinante sulla decisione della volontà, perché orientato da un intimo convincimento profondamente radicato nell'animo del contraente e dal medesimo con determinazione e ostinazione professato» (*Alloc. cit.*, n. 5, p. 353).

16. DE INCAPACITATE ASSUMENDI OBLIGATIONES MATRIMONII ESSENTIALES. Cum irrevocabili consensu personali vir et mulier sese mutuo tradant et accipiant ad constituendum totius vitae consortium, indole sua naturali ad bonum coniugum atque ad prolis generationem et educationem ordinatum (cann. 1055, § 1; 1057, § 2), haec mutua obstringensque donatio personarum in sua coniugalitate (cf. J. HERVADA, *Studi sull'essenza del matrimonio*, Milano 2000, p. 289) requirit, ut tempore celebrationis nuptiarum capaces sint assumendi obligationes, quae foederi coniugii essentialiter inhaerent. Lex enim ecclesialis, in principiis iuris naturalis innixa, expresse declarat incapaces esse matrimonii contrahendi, qui ob causas naturae psychicae obligationes matrimonii essentielles assumere non valent (can. 1095, n. 3).

Etsi incapacitas assumendi obligationes matrimonii essentielles cum incapacitate adimplendi eas intime cohaeret, a qua immo pendere putatur (cf. *Communicationes* 3 [1971] p. 77; A. STANKIEWICZ, *L'incapacità di assumere ed adempiere gli oneri coniugali essenziali*, in AA.VV., *L'incapacità di assumere gli oneri essenziali del matrimonio (can. 1095, n. 3)*, Città del Vaticano 1998, p. 63), adimpletionis tamen incapacitas, cum in ambitu effectuum ipsius matrimonii in facto esse operetur, et, nuptiis iam celebratis, statum vitae coniugalis directe corripiat, criterium decretorium pro incapacitate assumendi costituere non potest, nisi forte tempore celebrationis nuptiarum iam fuerit in actu. Si enim incapacitas adimplendi obligationes essentielles post nuptias tantum exorta sit, vim suam in tempus

praeteritum manifestationis signi nuptialis non exserit, nec ideo incapacitati assumendi causam praestare potest.

17. Incapacitas assumendi obligationes matrimonii essentialia, sicut lex ecclesialis expresse declarat, ex *causis naturae psychicae* tantum exoritur (cf. can. 1095, n. 3). Perturbationes enim potentiae operativae animi seu facultatis psychicae supra actiones suas futuras, ante nuptias exortae, quae obligationum essentialium executioni observationique officiant, istarum quoque susceptionem praepediunt.

Proprie tamen de *causa formali* huius incapacitatis agitur, quae ad subiacentes abnormes processus dinamicos et structuras psychicas, humanas agendi rationes moderantes, se refert (cf. G. VER-SALDI, *Il contributo della psicologia nel diritto matrimoniale canonico*, in AA.VV., *Antropologia interdisciplinare e formazione*, Bologna 1997, p. 451). Vitae psychicae enim anomala ordinatio in nupturiente momento constitutivo matrimonii suapte natura impedit, quominus obligationes essentialia ab eo in actum deduci possint, independenter a denominatione *causae efficientis*, seu concretae anomaliae psychicae, indolem organicam (exogenam) habentis vel functionalem (endogenam).

Quamvis causa incapacitatis assumendi, ut supra indicatum est, sub diverso respectu considerari possit, tamen *impossibilitatem psychicam* standi promissis inducere debet, et non solum moralem, quae in magna difficultate consistit. Impossibilitas enim moralis, cum non excuset a servandis obligationibus iure divino naturali et positivo statutis, prout sunt obligationes matrimonii essentialia, ideoque incapacitatem assumendi istas constituere non valet (cf. *L'incapacità di assumere ed adempiere*, cit., p. 64; cf. coram Burke, decisio diei 18 iulii 1997, RRDec., vol. LXXXIX, p. 612-614, nn. 11-16).

Quam ob rem Ioannes Paulus II cum auctoritate admonet iudices ecclesiasticos ne incapacitatem cum difficultate, quantumvis magna sit, confundant vel prorsus identificent, aut principium interpretativum praetermittant, magisterio pontificio confirmatum, quod penes « solo la *incapacità*, e non già la *difficoltà* a prestare il consenso e a realizzare una vera comunità di vita e di amore rende nullo il matrimonio » (*Allocutio ad Rotae Romanae Auditores coram admissos*, d. 5 februarii 1987, n. 7; AAS 79 [1987] p. 1457).

18. Sunt tamen qui putent matrimonium irritum reddere non solum *absolutam* incapacitatem assumendi obligationes coniugii es-

senciales, quae erga omnes vim suam exserit, verum etiam incapacitatem *relativam*, quae relate ad alteram partem tantum operatur, videlicet sub forma characterum incompatibilitatis. Hanc opinionem Iudices primae instantiae hisce verbis profitentur necnon firme defendunt: «basta la incapacidad “relativa”, fundada en la “incompatibilidad de caracteres”, para hacer nulo el matrimonio» (n. 11).

Maxime autem dilaudati Iudices in characterum incompatibilitatem instant, quae, eorum opinione, etiam vim irritantem matrimonium canonicum exserit, praeter quam ex ea in foro civili, ut in propatulo est, divortia prope expediantur (cf. G. PRADER, *Il matrimonio nel mondo: celebrazione - nullità e scioglimento del vincolo*, Padova 1970, pp. 10 ss.; cf. etiam coram Raad, decisio diei 14 aprilis 1975, RRDec., vol. LXVII, p. 259, n. 20; coram Colagiovanni, decisio diei 5 martii 1991, RRDec., vol. LXXXIII, p. 143, n. 14; coram Burke, decisio diei 18 iulii 1997, cit., pp. 610-611; nn. 2-6).

Ipsimet igitur divulgatas opinionationes de efficacia canonica huius incompatibilitatis sequentibus verbis recolunt suasque adummissim faciunt: «puede ocurrir que los caracteres de dos personas sean entre sí no sólo distintos (lo cual es natural y normal y hasta en cierto modo necesario para que puedan mutuamente complementarse el uno con el otro y, por lo mismo, beneficiarse el uno en el otro) sino también antagónicos; es en este segundo caso cuando hablamos de “incompatibilidad” de caracteres, al menos si ese antagonismo es “insuperable” o “irremontable”; esta incapacidad puede darse entre dos caracteres patológicos, entre un carácter patológico y otro carácter no patológico y entre dos caracteres no patológicos (aun cuando es difícil concebir que los dos sean no patológicos si sus portadores no han podido o no han querido esforzarse por hacerlos compatibles)» (n. 11).

19. Attamen constans iurisprudencia rotalis firmissime obstat quominus momentum iuridicum praedictae characterum incompatibilitati tribuatur.

Sub hoc enim respectu in Nostro Foro sequentia verba haud semel repeti solent: «Hoc Apostolicum Tribunal constanter respuit caput incompatibilitatis characterum, sicut acceptabile caput canonicum ad nullitatem consensus matrimonialis decernendam: “quod caput nullibi in Codice invenitur neque in doctrina vel iurispru-

dentia eo quod radix incapacitatis praestandi consensum matrimonialem invenienda esset in diversitate vel incompatibilitate characteris partium” [coram Colagiovanni, decisio diei 5 martii 1991, RRDec., vol. LXXXIII, p. 138, n. 4] » (coram Burke, decisio diei 18 iulii 1997, cit., p. 610, n. 2).

Idque obvenit, quia « diversitas indolis viri et mulieris non auferit capacitatem tradendi et accipiendi iura et officia coniugalia (cf. coram Di Felice, decisio diei 12 novembris 1977, ibid., vol. LXIX, p. 453s., nn. 5s.). Sub adpectu quidem anthropologiae christianae, considerato mandato fundamentalis omnes sine exceptione amandi, dubitandum est num quis de incompatibilitate absoluta unquam loqui possit ».

Quin etiam « ipsi psychologi aliquando dubia exponunt circa validitatem notionis fundamentalis incompatibilitatis. In una decisione rotali anno 1975 lata, legimus responsionem psychiatrae: “Your second question involves the concept of ‘essential incompatibility’. Do you mean by this, basic, unchangeable and irrevocable incompatibility? if yes, I am not sure it exists”. Et conclusio Ponentis in casu: incompatibilitas essentialis non invalidat matrimonium [coram Raad, decisio diei 14 aprilis 1975, ibid., vol. LXVII, pp. 258 ss.] » (coram Burke, decisio diei 18 iulii 1997, cit., p. 610, n. 3).

20. Pariter tota constructio *incapacitatis relativae*, a memoratis Iudicibus exposita, omnino subiectivistico conceptu matrimonii et capacitatis psychicae necnon eius mensurae fulcitur, quae in consequenda felicitate coniugali substantialiter consistit.

Qua de re apud iuris principia sententiae primae instantiae sequentes assertiones copiose expositae legi possunt: « Hoy afortunadamente se considera el matrimonio como relación entre dos personas y, en consecuencia, se atiende a la capacidad de una y otra de estas dos personas para instaurar establemente este tipo de relación interpersonal; capacidad que no es considerada exclusivamente en sí misma, en cada uno de los contrayentes, puesto que es considerada también como algo ordenado “ad alterum”, es decir, como algo que debe ser valorado “en su relación” con toda la personalidad del “otro” cónyuge » (n. 11).

Quin etiam inter finalitates status matrimonialis, qui sub interpersonalis ratione proponitur tamquam « interrelación bilateral personal », carpit potissimum *bonum felicitatis substantialis*, cui in-

compatibilitas characterum constitutive obstare praedicatur. Nam «el llamado bien fundamental de estas personas de los cónyuges, que está constituido por lo que denominamos “felicidad sustancial” de los mismos cónyuges, de la que forma parte insustituible el amor auténtico, la cual es irrealizable entre quienes y por quienes tienen incompatibilidad de caracteres» (n. 11).

Id genus argumentatio tamen matrimonii significationem reducit ad merum instrumentum gratificationis vel suipsius satisfactionis vel saltem tensionis psychicae imminutionis, ex quo, ut monet Ioannes Paulus II, «ogni ostacolo che richiede sforzo, impegno o rinuncia e, ancor più, ogni fallimento di fatto dell'unione coniugale diventa facilmente la conferma della impossibilità dei presunti coniugi ad intendere rettamente e a realizzare il loro matrimonio» (*Allocutio ad Rotae Romanae Auditores*, d. 5 februarii 1987, cit., p. 1456, n. 5).

21. Sed extensio conceptus *relativitatis* ex impedimento impotentiae coeundi (cf. coram Pinto, decisio diei 27 maii 1983, n. 4, in *L'incapacitas (can. 1095) nelle «sententiae selectae coram Pinto»*, Città del Vaticano 1988, p. 260) ad incapacitatem assumendi obligationes matrimoniales essentielles, ut faciliior via sternatur ad vindicandam in libertatem a vinculo indissolubili coniuges qui in eorum consortio exoptatam felicitatem coniugalem consecuti non sunt, licet haec nuncupetur «la *felicidad sustancial*» (12; 15), limites interpretationis iudicialis (cf. can. 16, § 3) haud dubie excedit et sustineri nequit, sicut absolute praevalens iurisprudencia Nostri Fori constanter tenuit ac tenet (cf. coram Raad, decisio diei 14 aprilis 1975, cit., p. 260, n. 21; coram Di Felice, decisio diei 12 novembris 1977, cit., p. 453, n. 5; coram Bruno, decisio diei 22 februarii 1980, RRDec., vol. LXXII, pp. 127-128; coram Fiore, decisio diei 27 maii 1981, RRDec., vol. LXXIII, p. 315, n. 6; coram Egan, decisio diei 19 iulii 1984, RRDec., vol. LXXVI, p. 471, n. 3; coram Palestro, decisio diei 5 iunii 1990, RRDec., vol. LXXXII, p. 479, n. 4; coram Pompedda, decisio diei 19 octobris 1990, RRDec., vol. LXXXII, p. 689, n. 10; coram Colagiovanni, decisio diei 5 martii 1991, RRDec., vol. LXXXIII, p. 138, n. 4; coram Faltin, decisio diei 21 octobris 1991, RRDec., vol. LXXXIII, p. 558, n. 14; coram Civili, decisio diei 2 martii 1993, RRDec., vol. LXXXV, pp. 78-79, nn. 8-13; coram Funghini, decisio diei 23 iunii 1993, RRDec., vol. LXXXV, pp. 472-477, nn. 5-9; coram Burke,

decisio diei 27 octobris 1994, RRDec., vol. LXXXVI, pp. 515-527, nn. 10-34; coram infr. Ponente, decisio diei 24 iulii 1997, RRDec., vol. LXXXIX, pp. 641-643, nn. 11-14).

22. Haec autem opinio, quae incapacitatem relativam propugnat, ut merito animadversum est, non solum confundit «gli elementi essenziali della capacità e del consenso e quelli elementi che appartengono alla convenienza o alla pienezza e perfezione del consenso matrimoniale», obscurando eo modo etiam «il confine tra essenza e convenienza nella singola scelta matrimoniale», sed potissimum innititur in «un'errata concezione della libertà della persona, della complementarità, del matrimonio e della felicità coniugale» (H. FRANCESCHI, *L'incapacità relativa: «Status quaestionis» e prospettiva antropologica-giuridica*, in AA.VV., *L'incapacità di assumere gli oneri essenziali del matrimonio (can. 1095, n. 3)*, Città del Vaticano 1998, pp. 128, 134).

Insuper ea de re «iurisprudencia Nostri Fori tenet, incapacitatem non respicere elementa accidentalia vitae coniugalis, prout felicem modum ducendi communionem vitae, perfectam harmoniam inter partes, demptis ideo diversitate characterum, indolis, educationis, vitae perspectivae, sensibilitate uniuscuiusque, gradu peculiaris amoris, etc.» (coram Colagiovanni, decisio diei 18 iulii 1989, RRDec., vol. LXXXI, p. 527, n. 7).

Itemque «characterum diversitas, quae diversitas est connaturalis et personalis uniuscuiusque hominis, potest ita ad extremum protendi ut habeatur incompatibilitas inter valores, modos interpretandi realitatem et sese gerendi in relationibus interpersonaliibus, quae certo certius difficiliore reddit has relationes, sed non impossibiles» (coram Colagiovanni, decisio diei 5 martii 1991, cit., p. 139, n. 6).

23. Qui tamen incapacitatem assumendi obligationes matrimoniales ad dimensionem normalitatis extendit, sicut appellati Iudices primae instantiae, scilicet ad characterum incompatibilitatem, deficiente nempe omni pathologia seu anomalia psychica apud unumquemque sponsum (cf. n. 18), procul dubio allicitur «dalla indebita sopravvalutazione del concetto di capacità matrimoniale», contexta «non in riferimento alla *capacità minima*, sufficiente per un valido consenso, bensì all'ideale di una piena maturità in ordine ad una *vita coniugale felice*» (Ioannes Paulus II, *Allocutio ad Romanae Rotae Auditores simul cum Officialibus et Advocatis coram admis-*

sos, anno forensi ineunte, d. 25 ianuarii 1988, n. 9; AAS 80 [1988] p. 1183).

Itemque amplificatio requisitorum «di capacità o maturità psicologica e di libertà e consapevolezza» sub praetextu conceptus matrimonii «quale dono reciproco delle persone», secumfert quoque graves aequivocationes, quae, iuxta magisterium pontificium, «vengono giustamente percepite come contrastanti con il principio dell'indissolubilità» (Ioannes Paulus II, *Allocutio ad Romanae Rotae Praelatos Auditores*, d. 27 ianuarii 1997, n. 2; AAS 89 [1997] p. 487).

Quam ob rem in qualibet figura incapacitatis consensualis (cf. can. 1095, nn. 1-3) necessario exstare debet nexus causalitatis proportionatae inter ipsam incapacitatem (realitas iuridica) et anormaliam psychicam (realitas facti).

24. Idque observandum est, quia incapacitas consensualis, uti exceptio a condicione ordinaria seu normali hominum, in dimensione normalitatis collocari nequit.

Etenim, sicut merito ac iure animadversum est, «La incapacidad consensual para el matrimonio, que es un muy grave defecto en el plano jurídico, no puede ser reflejo de un "estado normal" del psiquismo del ser humano, en el plano de la realidad fáctica existencial. Se generaría una contradicción absurda entre el orden jurídico y el orden existencial real, si la incapacidad para el consentimiento fuera compatible con un modelo de gobierno del sujeto sobre sí y sobre sus actos tan insuficiente cuanto proponibile, al mismo tiempo, como un estado bueno, propio y adecuado para la persona humana. La real privación de la capacidad interna para emitir consentimiento tiene, por tanto, que responder a una anomalía del psiquismo, porque el matrimonio es una realidad natural primaria, a la que inclina la propia naturaleza humana de ser varón o mujer, y, por ser natural, la capacidad de fundar y vivir el matrimonio ha de estar al alcance de cualquier persona humana, simplemente por serlo».

Ceterum absurdum esset «que pueda existir una clase de personas humanas que, sin padecer ninguna circunstancia anómala que lo explicase, tuvieran por estado normal el carecer del ejercicio del *ius connubii*, esto es, fueran "normalmente" incapaces de fundar el matrimonio» (P.J. VILADRICH, *El consentimiento matrimonial*, cit., pp. 24-25).

25. Praetermissa quaestione de legitimitate hac in re extensionis analogicae praescripti legis de impotentia relativa (cann. 19; 1084, § 1; cf. coram infr. Ponente, decisio diei 16 decembris 1994, Aquitana seu Tutelen., n. 10; decisio diei 24 iulii 1997, cit., p. 642, n. 12), memoria tenendum est tempore recognitionis Codicis a. 1917 statutum esse ut incapacitas circa essentialia matrimonii obligationes subsumenda non esset «sub nomine impotentiae, non quidem physicae, sed moralis, accedente ratione confusionis cum impotentia psychica vitandae» (*Communicationes* 3 [1971] p. 77; 7 [1975] pp. 39, 44).

Ceterum *impotentia coeundi relativa*, ad quam recursus analogicus plerumque suggeritur (cf. coram Serrano, decisio diei 13 decembris 1991, RRDec., vol. LXXXIII, p. 759, n. 5), significationem potius speculativam quam practicam retinet. Nam, sicut iam vigente Codice Piano-Benedictino doctrina communis tenebat, «in praxi non facile admittenda est impotentia relativa tamquam perpetua, quia saepius per artem medicam facile curari potest» (F.M. CAPPELLO, *Tractatus canonico-moralis de sacramentis*, vol. V, *De matrimonio*, Romae 1961, p. 333, n. 346; cf. M. CONTE a CORONATA, *Institutiones iuris canonici. De sacramentis*, vol. III, *De matrimonio et de sacramentalibus*, Romae 1957, p. 389, n. 308).

Demum transplantatio distinctionis impedimenti impotentiae in absolutam et relativam ad incapacitatem consensualem assumendi obligationes essentialia matrimonii generatim perficitur «mediante argumentaciones que rozan el simplismo o la ligereza» (P.J. VILADRICH, *El consentimiento matrimonial*, cit., p. 84). Dum enim obiectum impedimenti impotentiae complectitur defectum potentiae copulandi, id est efficiendi copulam coniugalem seu perfectam, quae praepediri potest etiam modo relativo inter virum et mulierem propter disparilitatem organorum copulativorum, obiectum incapacitatis consensualis est potestas liberae voluntarietatis rationalis uniuscuiusque subiecti concreti. Agitur enim de potestate «de autodeterminación del sujeto, en sí y por sí, de naturaleza espiritual» (*ibid.*, p. 85), quae «es poder propio y, como tal, no puede “depender” de otro sujeto»; «el criterio de medir su suficiencia es objetivo: los derechos y deberes esenciales del matrimonio» (*ibid.*, p. 88).

26. Secus ac Iudices primae instantiae opinantur (n. 11), e tenore can. 1095, n. 3 incapacitas assumendi directe respicit obliga-

tiones matrimonii essentialis, non autem ordinationem ad compar-tem, id est «en su relación con toda la personalidad del otro cónyuge» (n. 11).

Idque obvenit ut periculum hybridismi canonici amoveatur, scilicet praetensae incapacitatis collectivae, seu *paris coniugalis*, independentis ab incapacitate individuali personae (cf. coram infr. Ponente, decisio diei 16 decembris 1994, cit., n. 13).

Nam ex ipsa natura incapacitatis assumendi determinatas obligationes essentialis consequitur quod «unaquaeque pars propria incapacitate laborare debet momento celebrationis matrimonii independenter ab altera», minime vero communi quadam incapacitate. Incapacitas enim «non est summa levium pathologiarum duorum contrahentium» (coram Funghini, decisio diei 23 iunii 1993, cit., p. 475, n. 8) eoque minus alicuius inter eos incongruentiae vel incompatibilitatis.

Simili modo iuxta doctrinam canonicam «la imposibilidad de asumir, como toda incapacidad jurídica, es siempre un defecto del contrayente en singular, igual que la capacidad jurídica de obrar es siempre una propiedad del sujeto individual, y ello con independencia del modo reactivo o no que la causa psíquica tenga de generarse y desarrollar en el terreno de los hechos. Ésta es la razón de que, en sede procesal, sea un auténtico absurdo declarar a ambos contrayentes capaces “en absoluto” y, al mismo tiempo, sentenciar que su matrimonio es nulo por “incapacidad relativa entre ellos”, siendo capaz cada uno de ellos» (P.J. VILADRICH, *El consentimiento matrimonial*, cit., p. 104).

27. Eapropter «criterium incapacitatis desumendum est exclusive e perturbato statu psychico praematrimoniali alterutrius vel utriusque contrahentis», dum «e vita communi coniugali desumi potest dumtaxat argumentum confirmatorium perturbationis vel anomaliae psychicae praematrimonialis eiusque gravitatis, non vero constitutivum» (coram Funghini, decisio diei 23 iunii 1993, cit., pp. 475-476, n. 8; cf. coram Burke, decisio diei 27 octobris 1994, cit., p. 522, n. 23).

Ceterum nec sub respectu psychologico *capacitas relationalis* intra limites «alteritatis», seu «ad alterum» tantum restringitur. In processu enim relationali inter praerequisita, quae ad mutualitatem ducunt, enumeratur quoque «la condivisione e strutturazione di compiti e obiettivi nella comune azione di problem-solving».

Pariter ipsa «intimità (Io-Tu)» dicitur «in particolare un termine relativo alla capacità relazionale diadica, a un sistema di relazione, non a una persona». Insuper «la divergenza è inevitabile in qualsiasi sistema relazionale. Tale divergenza è più comunemente accettata come normale nelle relazioni tra adolescenti e genitori, ma la normalità della divergenza non è limitata a questa fase di sviluppo ed è altrettanto inevitabile nel matrimonio e nelle altre relazioni fra adulti». Immo hac in re periti censent «che ci deve essere divergenza e non complementarità per arrivare a una genuina mutualità. Una genuina mutualità, a differenza della pseudomutualità, non solamente tollera divergenze d'interesse personale, ma fiorisce proprio sul riconoscimento di tali naturali e inevitabili divergenze» (L.C. WYNNE, *Mutualità e pseudomutualità riconsiderate: implicazioni per la terapia e per una teoria dello sviluppo dei sistemi relazionali*, in AA.VV., *La tradizione interpersonale in psichiatria, psicoterapia e psicoanalisi* (tr. it.), Roma 1997, pp. 404-409).

28. In dignoscenda causa formali incapacitatis assumendi obligationes matrimonii essentialia auxilio scientiarum humanarum, scilicet psychologiae et psychiatriae ope unius vel plurium peritorum utendum est, nisi ex adiunctis eorum opera inutilis evidenter appareat (cf. cann. 1680; 1574).

Periti enim in re psychiatrica vel saltem psychologica iuxta scientiae suae praecepta explorare debent, in casibus sibi subiectis, existentiam psychopathologiae seu anomaliae psychicae ex parte unius vel utriusque contrahentis, nempe si ambo incapacitatis assumendi obligationes matrimonii essentialia insimulentur, et quidem pro tempore celebrati matrimonii, eius originem, naturam, gravitatem, prognosim, potissimum vero eius influxum in processus psychicos, qui in actuationem obiecti consensus, id est in assumptionem praedictarum obligationum concurrunt.

Etsi «peritis in arte credendum est», videlicet in his quae ad eorum specificam competentiam in materia psychopathologiae spectant, videlicet in detegenda, prout nostro in casu, existentia personalitatis deordinationis iuxta criteria diagnostica stabilita pro determinatis «Personality Disorders» (cf. *Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders. DSM-IV*, Washington 1994, pp. 629-673), eiusque incidentia in capacitatem sese obligandi contrahentis vel contrahentium, iudex tamen non solum conclusiones peritales, sed etiam cetera causae adiuncta perpendere debet (cf. can. 1579,

§ 1), et in rationibus decidendi exprimere debet quibus motus argumentis peritorum conclusiones aut admiserit aut reiecerit (cf. can. 1579, § 2).

His tamen in causis iudex numquam deflecti potest a principio quod penes «le lievi psicopatologie o addirittura le deficienze di ordine morali» considerari nequeunt «come prova di incapacità ad assumere gli obblighi essenziali della vita coniugale» (Ioannes Paulus II, *Allocutio ad Rotae Romanae Auditores*, d. 5 februarii 1987, cit., n. 5, p. 1456), quia vera incapacitas «a realizzare una vera comunità di vita e di amore», quae matrimonium reddit nullum, «è ipotizzabile solo in presenza di una seria forma di anomalia» (*ibid.*, n. 7, p. 1457).

IN FACTO. — 29. DE METU REVERENTIALI. Ad assertum *metum reverentialem* ex parte viri actoris quod spectat, appellati Iudices primae instantiae, perpensis omnibus elementis probatoriis tempore causae instructionis collectis, ad conclusionem pervenerunt «que no consta en las actas el miedo reverencial padecido por el esposo». Insuper, secundum eorundem aestimationem, in actis causae innixam, «por el contrario, ha quedado demostrada la falta de credibilidad del actor y de alguno de sus testigos».

Actor tamen contendit se partem conventam iam praegnantem in matrimonium ducere debuisse ob metum reverentialem sibi incussum a patre suo, cui sese opponere non valuit.

Cum enim pater de graviditate conventae certior factus esset, sicut actor declarat, «él me dijo que debía de casarme y tenía que hacerlo porque no podía quedar ese hijo sin padre y que debía de cumplir. Y no me dio ninguna otra opción. Yo no tuve valor para oponerme a mi padre y además yo estaba desconcertado por todo lo ocurrido y me sentía atemorizado pues no tenía fuerzas como ya dicho para enfrentarme con mi padre. Sin embargo le dije que si él decía que había que casarse, yo lo hacía pero no lo quería. Pero que si lo hacía yo no me uniría para siempre».

Praeterea, in recenti vadimonio hoc in iudicii gradu habito, actor asserti metus campum extendere conatur cum asserit se aliquam coactionem subiisse etiam ex parte mulieris conventae eiusque familiae, quatenus sive «ella insistió en que nos teníamos que casar por la Iglesia», sive «la familia de ella también insistió respecto a la obligación de casarnos por la Iglesia».

30. Pars conventa tamen quamlibet coactionem ad nuptias actori a parentibus suis illatam, vel a semetipsam aut a matre sua, fir-

missime infitiatur. Nam, secundum conventae iuratam declarationem, F., recepta notitia de eius graviditate, matrimonii celebrationem antea praestitutam confirmavit: «él me dijo que no me preocupase, pues como ya habíamos decidido casarnos y teníamos un piso, y trabajábamos los dos pues nos casábamos enseguida».

Immo actoris pater, sicut conventa ex auditu ab actore percepisse declarat, contrarietatem matrimonio filii cum ea, etiam detecta praegnatione, ostendit: «él, me comentó que su padre se había enfadado mucho. Lo llevó a su oficina, sita en (*omissis*), y allí le dijo que no se casase conmigo, que si estaba embarazada, era problema mío y la razón de oponerse a la boda, era porque a mí me faltaba una pierna. Pero que él le dijo que quería casarse porque me quería».

Hisce in rebus adiunctis, prout conventa addit, «él me decía que sus padres le insistían en que no se casara y que por esto lo estaba pasando muy mal».

Quod autem spectat ad matris suae positionem, pars conventa haec tantum advertit: «Mi madre también se llevó una gran sorpresa y no le pareció bien lo que yo había hecho, pero no se opuso a nuestra boda».

Oppositionem patris actoris huic matrimonio necnon liberam decisionem actoris in matrimonio ineundo pars conventa etiam in altero interrogatorio clare confirmat: «Tengo que señalar que, aunque su padre le decía que no se casara debido al defecto físico que yo padezco, él se casó».

31. Relatio sponsalicia actoris cum conventa non placuit illius patri, F.V., quia, ut ipse fatetur, «no era el noviazgo que yo deseaba para mi hijo debido a la invalidez de ella». Sed tandem aliquando pater actoris hanc relationem filii, etsi invito animo, approbavit: «pero como él lo quiso, yo no me opuse porque reconocía que no debía impedirlo como a mí tampoco me impidieron mi noviazgo».

Quod spectat ad partis conventae praegnationem, pater actoris refert illam inopinatam sibi haud accidisse. Ipse enim, ut explicat, «en parte la esperaba porque ellos pasaban algunos fines de semana juntos, e incluso se fueron un verano a (*omissis*); cosa que yo le recriminé a mi hijo e incluso a ella». Utique pater suasit actori «que reconociese al hijo y después que lo pensase bien antes de dar este paso»; postea tamen comprobavit «que estando las cosas

así pues que se casase», potissimum vero quia persensit «que ellos habían decidido casarse».

Pariter mater actoris, I., libertatem filii in eligendo matrimonio cum conventa confirmat. Nam certior facta a filio «que M. estaba embarazada», mater ei respondit «que eso no era motivo para casarse», «que reconociese al hijo y después pasado el tiempo se casasen si ellos veían que debían de hacerlo». Hanc opinionem mater actoris cum marito suo communicavit: «Yo a los ocho días se lo dije a mi esposo y él me dijo que estaba bien lo de reconocer al hijo». Sed tamen, sicut actoris mater advertit, «a mí él no me dijo que no se quería casar».

32. In luce conformium depositionum actoris parentum, suspecta apparet affirmatio actoris amici, A.G., qui coactionem sustentare conatur: «él me dijo explícitamente que no tenía más remedio que casarse, dado el embarazo de su novia y esto por cumplir con su obligación moral y por presiones de su propia familia, especialmente de su padre».

Nam et parochus qui partes ad matrimonii celebrationem praeparavit, Rev.dus C., de alterutrius vel utriusque sponsi coactione ad nuptias numquam audivit, neque aliquod signum eiusmodi coercionis umquam percepit: «Yo no noté que alguno de ellos fuese forzado al matrimonio, pues como ya he dicho les vi muy unidos y con ilusión». Quare, sicut parochus refert, «a mí no me sorprendió en nada este noviazgo pues yo les vi que estaban muy unidos y tenían mucha ilusión por casarse. Siguieron el cursillo prematrimonial y les veía interesados en él. Ellos me dijeron después que querían integrarse en estos cursillos para ser monitores de futuros contrayentes».

De libera actoris voluntate in ineundis sponsalibus ac nuptiis etiam F.C. deponit: «El noviazgo fue libre pues yo les veía a ellos muy enamorados». «Yo veía que eran unos novios formales y él decía en bastantes ocasiones que quería casarse y lo decía con ilusión y ella también estaba ilusionada con el casamiento».

33. Libertatem contrahendi utriusque partis etiam J.G. confirmat dum ita refert: «Yo no creo que les obligase nadie a hacerse novios porque yo les veía como unos novios normales y a él le veía muy encariñado con los sobrinos de ella y también afectuoso con la novia». Inde partis conventae praegnatio, sicut testis pergit, «no me causó mucha sorpresa porque cómo hoy hay tanta libertad

en las relaciones pues no me causó admiración», quia in illis quoque rerum adiunctis: «Yo les veía a ellos que estaban contentos y con ilusión por casarse».

Partis conventae frater, P.S., tempore relationis sponsaliciae, haud obstante quadam «ruptura durante unos meses», mutuum amorem inter partes semper conspexisse affirmat: «Yo siempre les he visto a ellos llevarse bien y enamorados e ilusionados con casarse». Nec post deprehensionem praegnationis sororis, fratre testante, aderant pressiones ad nuptias, quia etiam tunc «ellos tenían ilusión por casarse cuando me lo dijeron y no vi que alguno de ellos no quisiese casarse. Yo les vi a ellos durante el tiempo de preparación de la boda ilusionados y contentos».

Secundum fratris testimonium actor ab initio relationis sponsaliciae cognoscebat partem conventam in gravissimo casu autocinetico, in quo pater suus mortuus est, crurem amisisse, sed sponsam hoc in statu acceptavit, quia, ut ait, «yo nunca le he oído nada en contra del defecto de mi hermana», sicut etiam «yo nunca he oído a ellos manifestar nada sobre un posible fracaso de su matrimonio».

34. Similiter E.A. voluntarie inceptam et usque ad nuptias perductam relationem sponsaliciam inter partes confirmat. Nam, iuxta eius testimonium, tempore decennalis consuetudinis sponsalis «ellos estaban muy enamorados y yo le veía a él que le daba muestras de afecto». Recepta notitia de conventae praegnatione, testis admonuit sponso «que el embarazo no era causa para casarse tan deprisa, pero ellos insistían en que querían hacerlo pues ya era una cosa que tenían proyectada desde antes de suceder esto. Y esto lo decían con mucha ilusión y yo veía que con muchas ganas de hacerlo».

Easdem circumstantias de utriusque partis libertate in prosecutione sponsalium atque in nuptiis ineundis, haud obstante conventae graviditate, eiusdem mater, F.Z., plene comprobat. Nam, ut ipsa refert, «El noviazgo fue muy largo más de 10 años. Yo los veía a ellos muy enamorados y con mucha ilusión. El esposo frecuentaba todos los días mi casa. Yo les he oído con frecuencia manifestar deseos de casarse. El, lo decía al final del noviazgo con mucha insistencia. Mi hija también tenía ilusión. Pero no se casaron antes porque mi hija no trabajaba, empezó a trabajar un año antes de la boda. Ellos un año antes de casarse, se metieron en la compra de un piso».

Cum mater certior facta esset de filiae praegnantia, partes propositum nubendi iam prius elicitum iterum ei manifestaverunt: «me dijeron que se iban a casar, yo no me opuse a su decisión. Ellos cuando me dijeron esto, estaban contentos e ilusionados. Recuerdo que mi hija dijo que si era una niña se llamaría come mi madre, su abuela, que acababa de fallecer y él dijo que si era niño se llamaría F. A mí ninguno de ellos me dijo durante el tiempo transcurrido hasta la boda que no quisiese casarse».

35. Ex hucusque allatis elementis probatoriis, in actis causae collectis, morali cum certitudine deduci nequit virum actorem matrimonium cum parte conventa iniisse ob metum gravem, saltem reverentialem, a patre suo nempe incussum, a quo ut sese liberare posset, matrimonium celebrare coactus est.

Ante omnia non constat de signis gravis aversationis, seu animi aversi, viri actoris a parte conventa vel a matrimonio cum ea celebrando. E contra, plures testes loquuntur de actoris magno amore erga partem conventam haud obstante huius corporis obtruncatione, quae ideo «no se puede ocultar pues es facilmente perceptible», atque de eiusdem viri constantia in executione propositi ducendi conventam in matrimonium, haud obstante quoque mulieris praegnatione. Imagines photographicae, die nuptiarum confectae, actorem felicitate florentem exhibent; sed «una imagen vale más que mil palabras».

Itemque ex actis causae non constat de gravi coactione actoris ad nuptias, saltem reverentialem, ex gravi ac diuturna indignatione patris sui exorta. E contra testes probant «que la decisión de casarse fue libre» ex parte utriusque. Idque consequitur ex eo, sicut in appellata sententia legimus, «que compraron un piso un año antes de casarse; que adelantaron la boda por el embarazo de la novia; que hicieron los preparativos de la boda antes de comunicar a los padres el embarazo y la decisión de casarse; que hicieron cursillo prematrimonial con gran interés, como una pareja fuera de lo normal; que hubo petición de mano e intercambio de regalos en un ambiente de familia y que el día de la boda estaban los dos contentos».

36. DE EXCLUSIONE BONI SACRAMENTI. Simile autem iudicium ferendum est quoque de capite exclusi ab actore *boni sacramenti seu indissolubilitatis matrimonii*, quod Iudices primae instantiae pariter negativa pronuntiatione dimiserunt, videlicet «que no consta tam-

poco que el actor excluyese con un acto positivo de voluntad la perpetuidad de su vínculo matrimonial».

Actor tamen iam in primo vadimonio argumentari conatur se noluisse in nuptiis ineundis vinculo perpetuo obstringi, quia matrimonium cum parte conventa celebravit «con la intención de no unirme para toda la vida con esta mujer». Cum enim pressus esset ad sacra nuptialia, vinculi perpetuitatem reiecit hisce verbis: «si lo hacía yo no me uniría para siempre, sino que procuraría deshacer este matrimonio».

Itemque actor loquitur de communicatione amico suo huius simulatorii propositi: «Yo unos días antes de la boda, lo manifesté a un amigo íntimo mío llamado A.G., que me casaba contra de mi voluntad y que no aceptaba el matrimonio para siempre», respecto quod, ut refert, «Mi esposa solamente sabía que yo no me quería casar».

In recenti autem interrogatorio, secus ac in priore, vir actor ulterius progreditur in corroboratione exclusionis indissolubilitatis, cum in mentem suam revocet etiam propositum capessendi divortium civile a coniugio cum parte conventa inito: «ya antes he manifestado que si no tenía más remedio que casarme, lo mismo que me casaba me descasaría acudiendo al divorcio».

37. Sed asserta ab actore intentio contra vinculi perpetuitatem sufficientibus elementis probatoriis necnon ad persuadendum aptis haud roboratur.

In primis indicatus ab actore amicus suus, A.G., propositi simulatorii eiusdem actoris contra matrimonii indissolubilitatem omnino inscius in depositione sua apparet. Testis enim dicit: «Yo no sé si F. pensaba en un futuro fracaso de su matrimonio».

Pariter actoris pater, F.V., in prima depositione testatur filium matrimonii perpetuitatem absque ulla reservatione acceptasse. Nam in colloquio cum filio ante nuptias habito pater monuit eum «que el matrimonio es un Sacramento y es para toda la vida». Actor autem tunc patri suo plene assensus est dum ita respondit: «Mi hijo me dijo que eso él ya sabía y lo aceptaba».

Quam ob rem suspecta habetur asseveratio actoris patris, in altero examine iudiciali pronuntiata, scilicet de filii intentione recurrendi ad divortium in casu naufragii vitae matrimonialis: «Yo ante estas manifestaciones de mi hijo, entendí, efectivamente, que él iba al matrimonio con la decisión de que si iban mal las cosas

llegaría a divorciarse». In hac enim patris altera depositione procul dubio apparet eius inceptum praestandi subsidium filio in obtinenda declaratione nullitatis matrimonii.

Demum mater partis conventae, F.Z., sinceritatem intentionis utriusque partis tempore celebrationis nuptiarum confirmat: «Yo siempre les oí hablar de que querían casarse como Dios manda, es decir por la iglesia». «Yo nunca les he oído hablar de un posible fracaso en su matrimonio».

38. Tamquam simulationis causam Patronus ex officio actoris proponit eius parentum repugnantiam ad personam partis conventae, quae gravi defectu physico iam ante nuptias laborabat. Prae omnibus sufficit referre testimonium actoris matris, I., quae fastidium suum hac in re ita describit: «Pero después yo vi cuando se iba a bañar que se quitaba la pierna ortopédica, esto me produjo una impresión y yo no veía bien este noviazgo porque como Vd. puede comprender, las madres siempre queremos lo mejor para los hijos».

Sed Defensor Vinculi deputatus merito animadvertit in actis perspicuam simulationis causam proximam difficulter inveniri posse, perspecto quod partes nuptias celebraverunt post fere decem annos relationis sponsaliciae, prospere igitur superatis altercationibus vel intermissionibus, si quae obvenerint, immo domo coniugali coniunctim acquisita ad instaurandam ducendamque in eadem futuram vitam coniugalem.

Praeterea, sicut iam superius significatum est, vir actor non solum nullam aversionem erga conventam ex causa praedictae mutilationis coluit, verum etiam eandem sincero amore prosequabatur, nec ipsius referebat quid alii de eiusmodi defectu physico sponsae suae sentirent. Nam, sicut conventae mater, F.Z., rem illustrat: «Nunca F., ha puesto reparo alguno al defecto de mi hija», licet «la familia del esposo no veía bien a mi hija por este defecto».

Demum, meram possibilitatem existentiae causae remotae simulationis iam excludit factum religiosae educationis actoris, scilicet «dada la formación que él había recibido».

Nec igitur hoc ex capite, scilicet exclusionis indissolubilitatis vinculi matrimonialis, morali cum certitudine de matrimonii nullitate ex actis constat.

39. DE INCAPACITATE ASSUMENDI ESSENTIALES MATRIMONII OBLIGATIONES. Aliter tamen dicendum est de *incapacitate viri actoris assu-*

mendi obligationes matrimonii essentialis propter causas naturae psychicae.

Ante omnia ipsa pars conventa indolem dependentem actoris in lucem profert, quae potissimum consistebat in eius nimia subiectione patri et incapacitate sese opponendi cuilibet familiae suae intromissioni, quaeque haud dubie ad naufragium brevis convictus coniugalis perduxit. Mulier enim haec ad rem exponit: «La convivencia en general fue mala dadas las interferencias de sus padres y la dependencia de F. respecto de su padre. Entiendo que yo no sólo me casé con F. sino también con su padre y con su madre».

Iamvero, sicut conventa declarat, «Los problemas de la convivencia vinieron fundamentalmente originados por la grandísima dependencia que él tenía de su padre. F. todos los días, además de trabajar con su padre, tenía que ir a casa de sus padres a comer y a pasar la tarde. Y allí le predisponían en contra mía, criticando todas las cosas que yo hacía en el sentido de que las hacía mal».

Commutatis igitur verbis, iuxta assertionem conventae «el fracaso de este matrimonio se debió a todo lo dicho anteriormente: interferencias de los padres de F., la dependencia de éste respecto a su padre». Actor enim «ante las responsabilidades del hijo que nació y de sacar adelante la familia, F. optó por marcharse a casa de sus padres».

40. Vir actor in novissima declaratione extollit a patre suo dependentiam non solum in consiliis capiendis, scilicet «con lo que pensara mi padre», sed etiam in aliis rebus, attento quod ipsius opinione «la relación que había entre mi padre y yo era muy totalitaria por parte de mi padre, había un excesivo autoritarismo y rigidez por parte suya».

Pater actoris, F.V., in altero examine iudiciali eiusmodi dependentiam filii confirmat: «Mi hijo F. siempre ha aceptado mis indicaciones y he procurado lo mejor para él». «Yo creo que mi hijo F., dado su carácter y la relación que existía entre nosotros, no estaba en condiciones de oponerse a mi voluntad».

Immo de mala tractatione actoris a patre suo etiam testes partis conventae memorant, sicut eius frater P.S., qui audivit illum «a hablar mal de su hijo diciendo que era un cínico y cosas por el estilo», vel mater, quae sequentem circumstantiam in memoriam revocat: «me pareció muy soberbio porque en una ocasión, antes de casarse, y sin haber tenido trato con él apareció un domingo en

mi casa acompañado de su mujer... comenzó a insultar a su hijo diciendo que era un sinvergüenza y que no valía para nada».

Insuper testes loquuntur etiam de actoris fuga a familiari ambitu ac responsabilitate. Nam, sicut quidam advertunt, «él se iba con mucha frecuencia a dormir a casa de sus padres» (J.G.); «el esposo comía y cenaba en casa de sus padres e incluso dormía porque decía que tenía que trabajar y que el niño lloraba y no podía descansar» (F.Z.; E.A.).

Ceterum ipsa conventa coram civili magistratu queritur quod «El derecho de visita a su hijo no lo ha ejercido nunca, de hecho su hijo no lo conoce, de la misma manera que el demandante no conoce a su hijo».

41. Cum vero de accusata actoris incapacitate ferendi matrimonii essentialia onera agatur, ex causis naturae psychicae proveniente, videndum est de opinionibus peritorum, qui in utroque iudicii gradu relationes suas hac in re perfecerunt.

In prima instantia relatio peritalis super persona actoris confecta est a d.na R.L., licentia in psychologia et in pedagogia donata.

Etsi perita non invenit in actore «una patología en sentido estricto», probat tamen eius immaturitatem affectivam, scilicet «la inmadurez afectiva al momento de contraer», quae «le impide el cumplimiento de sus obligaciones familiares, íntimas y de interrelación personal, y del compromiso de dar y aceptar amor mutuamente».

Nam iudicio huius psychologae «la afectividad infantil se caracteriza por un marcado egocentrismo que es incompatible con la capacidad de entrega desinteresada que exige el matrimonio».

Insuper perita sequentes enumerat temperationes personalitatis actoris, praepedientes eius capacitatem ferendi essentialia coniugii onera, scilicet: «Inmadurez, irresponsabilidad, egocentrismo, agresividad en forma de rabietas, etc. La información aportada nos llevaría a una gran dificultad para integrarse plenamente en una verdadera relación interpersonal o en una comunidad de vida y amor, y a una falta de capacidad para aceptar las responsabilidades que conlleva el rol de esposo y de padre».

Demum, iuxta opinionem huius peritae, actoris incapacitas circa obligationes matrimoniales pependit «a sus actuaciones irreflexivas, a su dificultad para adaptarse a nuevas situaciones, a la

escasa evolución de su afectividad, y a sus reacciones primarias y violentas».

42. Sed tamen acceptio personarum contra hanc peritam a parte conventa in libello appellatorio opposita, tamquam si illius opera consociata esset cum d.na M.D., itemque in arte psychologica versata, quae vinculo matrimonii civilis actori unita est, absque fundamento inanisque in praesentiarum apparet.

Nam perita in novissimo examine iudiciali claris verbis partis conventae obiectionem aperte ac sine ulla cunctatione reiecit dum ita dixit: «En marzo de 1994 no trabajaba en (*omissis*) la Sra. Dña. M.D. Así mismo afirmo que ni trabajó antes de esa fecha ni, por el momento después».

Utrumque perita haud negat se dilaudatae mulieri occurrise, quia, ut ait, «he hablado alguna vez con la citada Señora pues me la presentó una amiga suya que trabajaba en la empresa donde trabaja mi esposo». Ipsa tamen fortuitae tantum illius cognitionis fidem facit, videlicet quod «la relación con ella fue absolutamente ocasional y superficial», atque in tuto collocat «que Dña. M.D. no tuvo intervención alguna en la preparación del referido informe pericial y nada me dijo ni me insinuó al respecto».

Quae cum ita sint, perita psychologa ex praecedenti instantia de personarum acceptione accusari nequit, eo vel magis quod testimonium credibilitatis a parrocho exhibitum confirmat agi de persona «de reconocida religiosidad, probidad y credibilidad».

43. Alter peritus in primo iudicii gradu electus, doctor A.L., medicus psychiatrus, ex colloquio exploratorio cum actore habito necnon ex testimoniis in actis causae exstantibus ad sequentem diagnosim personalitatis actoris pervenit: «una personalidad insegura y dependiente, arquetipo de desarrollo de personalidad neurótica clásica, que en terminología moderna se expresa y estudia como trastorno de personalidad por dependencia».

Haec perturbatio personalitatis, in actore recognita, iudicio periti importat «las actitudes afectivas anómalas que acompañan a la personalidad dependiente — timidez, inseguridad, inferioridad, indecisión, dependencia — perturban las relaciones interpersonales y especialmente, el establecer con complementariedad la doble corriente afectiva de donación-entrega y recepción-aceptación, que requiere el amor, amistad».

Secundum opinionem huius periti «el trastorno de personalidad por dependencia, dificulta o perturba, incluso puede imposibilitar el asumir y cumplir las obligaciones esenciales, objeto del matrimonio, si el otro cónyuge no ofrece la necesaria complementariedad, para la relación interpersonal que comporta una auténtica e íntima comunidad de vida y amor. Si en la convivencia el portador de trastorno por dependencia, se siente herido por críticas, desaprobaciones, amenazas, insultos, de manera impulsiva se muestra con conducta de evitación inflexible que determina la crisis matrimonial, como pensamos, que así sucedió en este matrimonio».

44. Ad enodandam assertam actoris incapacitatem etiam hoc in altero iurisdictionis gradu peritus electus est, doctor C.C., psychiater idemque psychologus, qui relationem peritalem super actis causae atque super exitu colloquii exploratorii cum partibus confecit.

Dilaudatus peritus diagnosim praecedentium peritorum confirmat, videlicet «como trastorno de personalidad por dependencia que en el mismo punto justifico», quatenus «su personalidad se ajusta, finalmente, al modelo de trastorno de la personalidad por dependencia de las modernas clasificaciones psiquiátricas (DSM-IV y CIE-10)».

Procul dubio hoc in loco praetermitti possunt descriptiones quinque elementorum seu criteriorum huius perturbationis, quae peritus iuxta expositionem *Manualis diagnostici et statistici perturbationum mentalium* (DSM-IV 301.6) exponit, cum nostra intersit potius cognoscere existentiam et severitatem anomaliae psychicae actoris tamquam causae eius incapacitatis assumendi essentielles matrimonii obligationes.

Hac in re peritus ita mentem suam pandit: «En el demandante, Sr. F., he hallado, efectivamente, elementos anómalos desde el punto de vista psicológico tal como he referido su personalidad y concretados en los rasgos allí descritos de neuroticismo, baja autoestimación y trastorno de personalidad por dependencia, que si bien no se habían expresado en su plenitud con anterioridad al matrimonio, se manifestaron con notable intensidad tras el mismo».

45. Peritus putat matrimonium actoris cum parte conventa novum conflictum intrapsychicum illum affecisse. Actor enim, iam sat oneratus «su trastorno de personalidad», insuper oppetere tenebatur «una situación de intolerable ambivalencia en la medida en que tuvo que enfrentarse a dos frentes irreconciliables, a saber: la necesidad de intentar romper con una situación de dependencia

que hasta entonces había mantenido respecto al padre y encontrarse entregado a una nueva situación de dependencia respecto de la familia de la esposa. Este conflicto representó una situación de estrés que superó sus capacidades de adaptación y de afrontamiento, lo que acentuó gravemente las manifestaciones psicopatológicas de su personalidad».

Sed anomalia actoris, implicans «los rasgos psicopatológicos que caracterizan la personalidad», iudicio periti imparem eum reddidit obeundis matrimonii obligationibus, quatenus, «dada la personalidad del demandante y las circunstancias que rodearon su vida conyugal, era prácticamente imposible mantener una sana relación interpersonal de enriquecimiento humano, religioso y moral de ambos cónyuges».

Ea igitur de causa, haud obstante longinqua relatione sponsalicia inter partes, convictus coniugalis ab eis instauratus fere statim in pessum ivit. Actor enim responsabilitates matrimoniales aufugit, quia sustinendi eas incapax fuit. Inde conventae frater suasit sorori ut actorem auctoritati civili denuntiaret, scilicet «el abandono de hogar por parte de su esposo y así lo hizo». Quare ex hoc capite de matrimonii nullitate morali cum certitudine constare dicendum est.

46. Demum, ad *incapacitatem partis conventae assumendi essentialis matrimonii obligationes* quod spectat, hoc caput nullitatis matrimonii, negative dimissum iam in prima instantia, elementis probatoriis orbatum manet.

Iamvero, haud obstante mutilatione physica partis conventae, testes concordant agi de persona «agradable y muy tratable» (F.Z.), «tratable y cariñosa» (F.C.), etsi «tenía más temperamento que el chico» (L.Z.) et «era dominante e impositiva» (I.).

Pariter in relatione peritali, quam psychologa, d.na R.L., super persona partis conventae exaravit, de eius indole psychica, omnino pari obeundis obligationibus matrimonialibus, sequentes dedit asseverationes «consideramos que presenta un nivel intelectual medio con un gran sentido práctico que le permite desenvolverse adecuadamente en la vida. En el aspecto social, es una persona que se integra de un modo satisfactorio, y se adapta a las distintas situaciones. Presenta una personalidad bastante madura en líneas generales, no se deja influir en su toma de decisiones, puede adquirir responsabilidades y alcanzar una adecuada autonomía. Esta madurez le permite tener la capacidad que se requiere para establecer una

adecuada comunidad de vida y amor, en la que se dé una complementariedad entre los cónyuges».

In personalitate igitur partis conventae, sicut perita resumit, «no encontramos indicios que nos lleven a sospechar la existencia de una patología grave, tipo psicosis o neurosis». Inde certo constat ex hoc capite matrimonii nullitatem probatam non esse.

47. Quibus omnibus in iure et in facto mature perpensis, Nos infrascripti Patres Auditores de Turno, pro Tribunali sedentes et solum Deum prae oculis habentes, Christi Nomine invocato, declaramus, decernimus ac definitive sententiamus, ad propositum dubium respondentes:

I. Negative, seu non constare de matrimonii nullitate, in casu, sive ob metum reverentialem actori incussum, sive ob exclusionem boni sacramenti ex parte eiusdem actoris, sive ob incapacitatem partis conventae assumendi essentialia matrimonii obligationes; II. Affirmative, seu constare de matrimonii nullitate, in casu, ob incapacitatem actoris assumendi obligationes matrimonii essentialia; vetito eidem viro transitu ad novas nuptias, inconsulto ordinario loci.

Ita pronuntiamus, mandantes Ordinariis locorum et Tribunalium administris, ad quos spectat, ut hanc Nostram definitivam sententiam notificent omnibus, quorum intersit, et executioni tradant, ad omnes iuris effectus.

Romae, in sede Tribunalis Romanae Rotae, die 25 octobris 2001.

*Antonius Stankiewicz, Ponens
Mauritius Monier
Ioannes Verginelli*

(Omissis).

(*) Incapacità relativa ed essenza del matrimonio in una recente sentenza rotale.

La sentenza c. Stankiewicz che ora pubblichiamo è molto interessante nella trattazione che fa dei diversi capi di nullità. I capi giudicati sono stati il timore reverenziale e l'esclusione dell'indissolubilità nell'attore, e l'incapacità di assumere gli obblighi essenziali del matrimonio in uno o in entrambi i coniugi. La decisione fu af-

fermativa soltanto all'incapacità di assumere nell'attore. A mio avviso, il tema più interessante è quello riguardante l'incapacità relativa. Di fronte alle considerazioni fatte nella parte *in iure* e *in facto* dai giudici di prima istanza, che ammettevano palesemente l'incapacità relativa per incompatibilità di carattere, i giudici rotali hanno ritenuto opportuno chiarire queste idee a scanso di equivoci. Se avessero semplicemente confermato l'incapacità di assumere già dichiarata in prima istanza, poteva aver sembrato che condividevano la visione dei giudici di prima istanza. Invece, con grande chiarezza, si fermano nella parte *in iure* (nn. 18-23) sulla problematicità della nozione di incapacità relativa, sia essa per incompatibilità di carattere o per altri motivi.

La sentenza va alla radice del problema. Se in un altro commento di giurisprudenza (cfr. H. FRANCESCHI, *L'incapacità di assumere e l'incapacità relativa nella giurisprudenza più recente*, in «*Ius Ecclesiae*», 9 (1997), pp. 145-199) dicevo che la stragrande maggioranza delle sentenze rotali, nel rifiutare la nozione di incapacità relativa, facevano riferimento principalmente al testo e al contesto del canone 1095, in questa sentenza invece ho trovato un ragionamento che va proprio al nocciolo della questione, che è la nozione stessa di consenso matrimoniale, di essenza del matrimonio e di capacità o incapacità che è alla base della nozione di incapacità relativa (cfr. n. 20-22).

In quest'analisi della nozione di matrimonio e di capacità che sottostà alle diverse nozioni di incapacità relativa, la sentenza respinge una nozione di capacità che abbia come punto di riferimento la felicità coniugale, perché essa non dipende dalla capacità ma dal modo in cui venga vissuto il matrimonio. Al n. 20 della sentenza si afferma che la costruzione della nozione di incapacità relativa risponde a una visione soggettivistica del matrimonio e della capacità psichica e della sua misura che consisterebbe principalmente nel raggiungimento della felicità coniugale come elemento che appartiene all'essenza del matrimonio. Da questo punto di vista, come ben afferma Giovanni Paolo II, «ogni ostacolo che richiede sforzo, impegno o rinuncia e, ancor più, ogni fallimento di fatto dell'unione coniugale diventa facilmente la conferma della impossibilità dei presunti coniugi ad intendere rettamente e a realizzare il loro matrimonio» (*Allocutio ad Rotae Romanae Auditores*, 5 febbraio 1987, n. 5, in AAS 79 [1987], p. 1456) (cfr. n. 20). Citando un altro discorso di Giovanni Paolo II, la sentenza sottolinea

come per questa visione la misura della capacità si faccia « non in riferimento alla *capacità minima*, sufficiente per un valido consenso, bensì all'ideale di una piena maturità in ordine ad una *vita coniugale felice* » (*Allocutio ad Romanae Rotae Auditores*, 25 gennaio 1988, n. 9, in AAS 80 [1988], p. 1183).

È anche di grande chiarezza l'analisi che si fa nella sentenza sulla possibilità o meno dell'estensione della possibile relatività dell'impotenza all'incapacità di assumere gli obblighi essenziali del matrimonio. Questa analogia, afferma la sentenza, è insostenibile, come costantemente ha sostenuto e sostiene la giurisprudenza prevalente della Rota Romana (cfr. n. 21 con ampi riferimenti giurisprudenziali). Su questo tema, oltre a ricordare che nei lavori di redazione del Codice del 1983 si è voluto evitare esplicitamente l'espressione « impotenza morale », proprio perché non si confondessero due fattispecie che sono sostanzialmente diverse, se si analizza l'oggetto dell'impedimento d'impotenza si vede che esso è il difetto nella « *potentia copulandi* », mentre l'oggetto dell'incapacità di assumere è il difetto della capacità di autodeterminazione del soggetto, in sé e per sé, di natura spirituale, che non può dipendere da un altro soggetto (cfr. n. 25). Per tanto, affermano i giudici, è un assurdo che nel processo di nullità si possa dichiarare che entrambi i soggetti individualmente considerati erano capaci, ma tra di loro erano incapaci (cfr. n. 26).

Queste sono le ragioni per le quali la sentenza, seguendo una linea giurisprudenziale costante e coerente con una retta e realistica visione del matrimonio, respinge la nozione di incapacità relativa. Al riguardo, va evidenziato il fatto che i giudici hanno voluto indicare in questa sentenza il rischio che nelle cause su incapacità di assumere ci sia molte volte — benché non la si chiami esplicitamente incapacità relativa — una nozione di incapacità che, nella misura in cui mette al centro della valutazione della causa la possibilità di stabilire un rapporto che porti alla felicità soggettiva i coniugi, finisce per essere relativa e — qui c'è il maggiore rischio — fissa i termini di questa relatività nell'effettivo successo della vita coniugale. Questa visione finisce per snaturare l'essenza del vincolo coniugale, il quale diventa semplice realtà di fatto e non più dimensione di giustizia radicata nella stessa nozione di persona e di matrimonio con le loro dimensioni di giustizia intrinseca.

Héctor Franceschi F.

TRIBUNALE APOSTOLICO DELLA ROTA ROMANA - *Inter. Bonaëren. seu Moronen.* (Argentina) - Nullitas matrimonii - Incid. nullitatis sententiae - Decreto - 4 marzo 2004 - Turnaturi, *Ponens* (*).

Il giudizio ex can. 1683 è un'eccezione alla regola generale del can. 1639 - Rinunzia agli atti del giudizio ex can. 1524 § 1 - La concomitanza dei capi di prima ed ulteriore istanza nel giudizio ex can. 1683 non è prescritta dal legislatore in alcun luogo del codice.

La regola sancita dal legislatore canonico nel can. 1639 prescrive il generale dovere del Tribunale di appello di contenere l'ambito della propria cognizione nei limiti della causa già trattata in prima istanza. Il divieto di introdurre nuove domande in appello, per disposizione del can. 1683, non vale per le cause matrimoniali, dove il tribunale può ammettere un nuovo capo di nullità che, in tal caso, verrà giudicato « tamquam in prima instantia ». — Alle parti è attribuita la facoltà di « rinunziare agli atti del processo, sia a tutti sia ad alcuni soltanto » (can. 1524 § 1): fra questi l'appello su uno o più capi giudicati in precedente istanza. — In caso che le parti rinunzino ad un capo già trattato in precedente istanza il tribunale d'appello sarà competente a giudicare « tamquam in prima instantia » sui nuovi capi adottati semplicemente e a prescindere da alcuna condizione: la concomitanza dei capi di prima ed ulteriore istanza nel giudizio ex can. 1683 non è prescritta dal legislatore in alcun luogo del codice. Non può sostenersi che i nuovi motivi di nullità debbano essere aggiunti ai precedenti capi appellati e, tanto meno, che il tribunale è competente a trattarli solo a previa condizione « sine qua non » che il capo o i capi appellati siano inseriti nella formula del dubbio. Nella medesima azione di nullità del matrimonio il giudizio può vertere, in grado di appello, sul capo o sui capi appellati, sui nuovi capi eventualmente dedotti ovvero su entrambi, senza che si debba sempre necessariamente parlare della

(*) In Bollettino bis 24/2004. Vedi alla fine nota di FRANCESCO PAPPADIA: *Circa la competenza del tribunale d'appello nelle cause di nullità del matrimonio ex cann. 1683, 1524 § 1 e 1637 § 3.*

loro cumulazione o connessione: la competenza del tribunale d'appello si fonda sulla disposizione del can. 1683.

Anno Domini 2004, die 4 martii, infrascripti Patres Auditores de Turno, in sede Rotae Romanae Tribunalis legitime coadunati ad definiendam quaestionem incidentalem nullitatis sententiae, scilicet: «Utrum confirmandum an infirmandum sit Rotale Decretum diei 25 februarii 2003 quod, reformato Rotali Decreto diei 18 iunii 1998, edixit statuitque constare de nullitate sententiae Tribunalis Nationalis Appellationis Argentinii diei 21 augusti 1997», hoc tulerunt decretum.

A. Facti species.

1. Attento quod circa matrimonium rite inter partes die 10 februarii 1984 initum, Actrice instante, lata est, die 21 augusti 1997, sententia definitiva primi gradus a Tribunali Interdioecetano Bonaërensi, negativa quidem ex adducto capite incapacitatis ex parte conventi assumendi onera coniugalia.

2. Attento quod Actrix adversus praefatam sententiam nedum appellationem interposuit ad Tribunal Appellationis Nationalis Argentiniae, verum simulque ab appellato Tribunali petiit admissionem ac pertractationem novorum nullitatis capituum iuxta canonem 1683, scilicet defectus discretionis iudicii utriusque partis, incapacitatis assumendi onera coniugalia et erroris in qualitatem viri sua ex parte.

3. Attento quod nuper commemoratum Tribunal, post dubiorum concordationem utrique parti rite notificatam cum facultate intra decem dies excipiendi, de novisimis ab Actrice propositis nullitatis matrimonii capitibus tantum pertractavit, praetermisso nempe pristino capite, negative dimisso in prima instantia, scilicet viri incapacitatis assumendi obligationes coniugales, atque sententiam affirmativam dumtaxat ob mulieris incapacitatem assumendi onera coniugalia tanquam in prima instantia edidit, negative videlicet dimissis ceteris capitibus, pariter tamquam in prima instantia introductis atque pertractatis.

4. Attento quod, post legitimam causae remissionem ad Nostrum Auditorium ad mentem canonis 1682, § 1, et Turni Rotalis constitutionem, sollers navusque vinculi Defensor N.S.O., per votum diei 28 februarii 1998, pluribus animadversis, suscitavit exceptionem nullitatis alterius sententiae confirmavitque memoriali diei

5 iunii 1998, ob incompetentiam nempe absolutam Iudicis appellationis (cann. 1440; 1620, n. 1), qui haud recte contenditur adhibuisse proceduram vel attento canone 1683, ita animadvertens: «nefas est sola dubia in sede appellationis examinare deficiente nunc condicione a canone 1683 praevisa», cui haud concinuit Promotor iustitiae tenens nullibi in Codice Iuris Canonici praescribi «novum adductum ac admissum caput pertractandum esse cumulative cum capite negative dimisso in primo gradu».

5. Attento quod concitatam quaestionem reiecit Ponens decreto diei 13 martii 1998 atque, vinculi Defensore recurrente, non admisit Turnus decreto diei 18 iunii 1998 edicens «non constare de nullitate sententiae Tribunalis appellationis Nationalis Argentinii».

6. Attento quod, post interpositam appellationem a vinculi Defensore ad Turnum sequentem, admissam a Patre de Turno, decretum Exc.mi Decani pro tempore censuit, in casu, obstare constitutioni novi Turni articulum 77 Normarum Rotae Romanae Tribunalis statuitque «non dari locum executioni Decreti R.P.D. Auditoris de Turno diei 22 septembris 1998» atque decreto diei 24 februarii 1999 Turnus iam constitutus causam ad examen ordinarium remisit.

7. Attento quod, post instantiam Patroni actricis pro concordatione dubiorum, vinculi Defensor, «perpenso econtra art. 77 Normarum R.R.T.», iterum institit pro nullitate insanabili sententiae definitivae in altero gradu iurisdictionis latae ob ex canone 1440 CIC incompetentiam absolutam Tribunalis Appellationis Argentinae», et, quatenus negative, pro confirmatione vel minus sententiae primi et alterius gradus, dierum 18 iulii 1995 et 21 augusti 1997.

8. Attento quod super eadem quaestionem iterum propositam ad mentem articuli 77 Normarum Rotae Romanae Tribunalis, Ponente explicite exquirente, institit vinculi Defensor per votum diei 27 martii 1999 eidemque favit Promotor iustitiae, at, post dubiorum concordationem, statutam decreto diei 23 iunii 1999, vinculi Defensor consilium mutavit, instans nempe «ut quaestio ab ipso excitata de nullitate sententiae in intero iurisdictionis gradu latae *separatim* et *praeliminariter* tractaretur ac solvatur».

9. Attento quod, post Ponentis decretum diei 28 februarii 2000, quo statuta est «immediata, id est separata, discussio per memorialia et definitio quaestionis praeliminaris de admissibilitate vel minus novae tractationis querelae nullitatis sententiae alterius gradus (illa) in instantia una cum merito causae», Rotale Decretum diei 20 maii 2000 nedum egregie perbelleque disseruit de natura querelae nullitatis deque modo eandem pertractandi in canonico processu, sed iure exclusit possibilitatem denuo exhibendi coram eodem Turno iam reiectam querelam nullitatis eandemque pertractandi una cum merito causae principalis ad mentem praecitati articuli 77 Normarum Rotae Romanae Tribunalis ideoque ius restituit agnovitque vinculi Defensori appellandi adversus primum Rotale Decretum.

10. Attento quod, eiusmodi restituto iure, idem tenax vinculi Tutor die 22 ianuarii 2001 iam interpositam appellationem coram novo Turno prosequutus est, scilicet «ut appellatio eius contra decisionem incidentalem Turni praecedentis examinaretur et favorabiliter decidatur declarando nullitatem sententiae definitivae tribunalis appellationis rei Publicae Argentinae die 21 augusti 1997 latae» atque Patres decreto diei 25 februarii 2003 nullitatem praefatae sententiae agnoverunt, statuentes appellatum Tribunal egisse «absque legitima competentia tractandi illa capita (scilicet capita adducta in gradu appellationis) sine conexione capiti appellato, ex quo valebat oriri competentia in primo gradu».

11. Attento quod non acquievit Promotor iustitiae, qui contra novissime commemoratum Rotale Decretum ad Turnum sequentem seu Nostrum appellavit, Infrascriptorum est nunc, tandem hinc inde receptis memorialibus, respondere iam significatae quaestioni, scilicet de confirmando vel infirmando altero Rotali Decreto.

B. *In iure.*

12. Supra relatis attentis, quaestio princeps, quae in casu seu in hoc iudicii stadio adhuc ponitur, spectat ad consilium quod Legislator voluit per canonem 1683 ideoque ad eiusdem interpretationem atque applicationem in causis matrimonialibus seu in processu appellationis earundem, qui, contra ac praescribit canon 1639 circa processus contentiosos ordinarios, in quibus «in gradu appellationis non potest admitti nova causa petendi, ne per modum qui-

dem utilis cumulationis; ideoque litis contestatio in eo tantum versari potest, ut prior sententia vel confirmetur vel reformetur sive ex toto sive ex parte», ita cavet: «Si in gradu appellationis novum nullitatis matrimonii caput afferatur, tribunal potest, tamquam in prima instantia, illud admittere et de eo iudicare».

13. Generatim tribunal appellationis sese continere debet in ambitu causae iam pertractatae in prima instantia.

«Compito del giudice d'appello è, infatti, soltanto quello di riesaminare la pronuncia del primo giudice, di rifare quindi lo stesso tipo di giudizio per eliminare eventuali errori od ingiustizie. Se ad esso fosse consentito esaminare nuove richieste si altererebbe l'ordine dei giudizi e si pregiudicherebbe il diritto di deferire all'esame di un giudice superiore ogni questione sottoposta per la prima volta a giudizio. In fase di appello non possono, pertanto, essere introdotte nuove domande rispetto a quelle trattate nella precedente istanza» (P. MONETA, *L'appello*, in *Il processo matrimoniale canonico*, Studi giuridici 29, LEV, Città del Vaticano 1994, p. 786), iuxta criteria vel condiciones quae inserviunt ad circumscribendam iudicalem petitionem, quae sunt personae, petitum et causa petendi (= caput nullitatis in causis matrimonialibus).

«Tutti e tre questi elementi debbono essere tenuti fermi nel giudizio d'appello e non è quindi consentito introdurre domande che si differenzino rispetto alla precedente anche in uno solo di essi. Il codice, per la verità, fa espresso riferimento soltanto ad uno solo dei suddetti elementi, la *causa petendi* (can. 1639): ma ciò è dovuto al fatto che soltanto per questo... viene prevista un'eccezione per le cause matrimoniali e perché è su questo elemento, più che sugli altri, che possono sorgere problemi od incertezze. Ma non c'è dubbio — come del resto ha sempre ritenuto la dottrina tradizionale — che la preclusione riguardi più in generale ogni domanda che risulti nuova sotto uno qualsiasi dei profili ora indicati. L'introduzione di domande nuove non è consentito neppure per *modum utilis cumulationis* ossia prospettando una nuova *causa petendi* in aggiunta ed in connessione con quella posta a fondamento della precedente domanda. Ne deriva che l'oggetto della controversia che si dibatte in sede di appello e che deve essere precisato al momento della contestazione della lite non può che riferirsi alla

conferma o alla riforma, totale o parziale, della precedente sentenza» (*ibid.*).

Qui addit: «Il divieto di introdurre domande nuove in appello non vale, per espressa disposizione legislativa (can. 1683), per le cause matrimoniali, dove il tribunale d'appello può ammettere un nuovo capo di nullità, ossia una domanda basata su di una nuova *causa petendi*. In tal caso, però, il tribunale giudica come se fosse in prima istanza, con corrispondente possibilità di appello, su questo nuovo capo, al giudice superiore competente in seconda istanza» (*ibid.*).

«Secondo la legge universale, il nuovo capo potrà essere introdotto quindi presso il tribunale locale di appello che giudica in seconda istanza e presso la Rota Romana, sia come tribunale di appello concorrente con quello locale, sia quando la Rota giudica in prima istanza in seguito alla dichiarazione di nullità di una sentenza e successiva avocazione della causa (cfr. *Normae Rotae* 1994, artt. 52 e 70), sia quando giudica in terza o ulteriore istanza perché le due prime sentenze sono difformi o perché è stata ammessa la *nova causae propositio* (cfr. cann. 1444 § 1, 2°; 1644)» (J. LLOBELL, *Il tribunale competente per l'appello della sentenza di nullità del matrimonio giudicata «tamquam in prima instantia ex can. 1683»*, in questa *Rivista*, 8 [1996], p. 706).

14. «Nelle cause per la dichiarazione di nullità matrimoniale, — iure scribit F.J. Ramos — il canone 1683 stabilisce un'eccezione al c. 1639, § 1» (*I tribunali ecclesiastici*, PUST-MR, Roma, 2000², p. 572).

Qui addit: «La *ratio legis* è da ravvisare non solo nel generico principio di economia processuale, ma anche nella particolare natura delle cause di dichiarazione di nullità del matrimonio» (*ibid.*).

Praefato Auctori concinunt plures, inter quos liceat recolere Pium V. Pinto qui clare congrueque scribit: «si tratta infatti di una vera eccezione, che il tribunale di appello diventi tribunale di *prima istanza*, per un capo di nullità non presentato nella precedente istanza» (*I processi nel Codice di Diritto Canonico*, LEV-PUU, Città del Vaticano 1993, p. 520; cf. L. CHIAPPETTA, *Il matrimonio nella nuova legislazione canonica e concordataria*, Ed. Dehoniane, Roma 1990, p. 582, n. 1871; C. TRICERRI, *Commento al Co-*

dice di Diritto Canonico, LEV, Città del Vaticano 2001, p. 970; A. YACOB, *Commento al Codice dei Canonici delle Chiese Orientali*, LEV, Città del Vaticano 2001, ad can. 1369).

15. Hinc quaestionem competentiae iudicis vel tribunalis quod attinet, ac pressius absolutam incompetentiam, quae ad mentem canonis 1440 verificatur ratione gradus quaeque secumfert insanabilem nullitatem sententiae (1620, n. 1), praesertim in edenda altera sententia, sufficiat adnotare canonem 1438 praescribere ordinariam viam appellationis in causis matrimonialibus quoque, hoc est «a tribunali Episcopi suffraganei appellatur ad tribunal Metropolitanæ, salvo praescripto can. 1439».

Idque confirmatur a canone 1632, § 1, pro interponenda appellatione, scilicet: «Si in appellatione non indicetur ad quod tribunal ipsa dirigatur, praesumitur facta tribunali de quo in can. 1438 et 1439».

In alterutra vel utraque praescriptione, si competentia ratione gradus, ad normam cann. 1438 et 1439 non servetur, incompetencia iudicis est absoluta (can. 1440).

16. Quoad novissime relatum canonem scribit L. Chiappetta: «È un canone nuovo, che stabilisce il principio di competenza gerarchica dei tribunali. Ognuno di essi, infatti, deve giudicare nell'ambito del proprio grado, per cui, salve le eccezioni previste dalla legge, un tribunale di prima istanza non può definire una causa di seconda istanza, come, d'altra parte, un tribunale di seconda istanza non può definire una causa di prima istanza. L'inosservanza del principio di competenza "ratione gradus" stabilito nei cann. 1438 e 1439, comporta l'incompetenza assoluta del giudice, con la conseguente nullità insanabile della sentenza (can. 1620, n. 1)» (*Il Codice di Diritto Canonico*, vol. II, Ed. Dehoniane, Napoli, 1988, p. 573, n. 4689).

17. «L'incompetenza dei tribunali a motivo del grado — scribit F. J. Ramos — si basa su motivi del bene pubblico — per avere una sentenza migliore —, costituendo un limite assoluto, con la conseguenza di nullità insanabile della sentenza...

L'attribuzione della competenza a motivo del grado segue una struttura diversa da quella adoperata per determinare il tribunale competente di prima istanza: viene considerato il rapporto tra i tri-

bunali chiamati a giudicare della causa, non il rapporto della causa con il tribunale. Nell'attribuzione della competenza tutto è determinato in maniera più rigida: l'ordine da seguire è determinato dai canoni 1438 e 1439...

La competenza o incompetenza riguardo al grado di giudizio è detta competenza *funzionale* o *verticale* o *ratione gradus*...

La competenza funzionale non si può prorogare, in quanto l'incompetenza assoluta» (*op. cit.*, pp. 199s.; cf. P.V. PINTO, *op. cit.*, p. 131), uti praescribitur in praecitato canone 1440.

Neque diversimode scribit X. Ochoa: «È competente per ragione di grado di giudizio il giudice di grado uguale al grado di giudizio della causa. Detto titolo risulta dalla retta applicazione del noto principio: il grado del giudizio della causa deve necessariamente corrispondere al grado del tribunale» (*I titoli di competenza*, in *Il processo matrimoniale canonico*, cit., Città del Vaticano 1994, p. 146).

18. Unica, uti inuimus, exceptio, causas matrimoniales quod attinet, exstat in canone 1683, servatis servandis, quatenus «Dero-gando al principio stabilito nel can. 1639, esso consente che, nelle cause di nullità matrimoniale, si adduca un nuovo capo d'impugnazione in sede di appello, quando questa causa viene definita mediante sentenza», quando videlicet agitur de nova petitione «basata su di una nuova *causa petendi*» (P. MONETA, *op. cit.*, p. 786; cf. M.F. POMPEDDA, *Il processo canonico di nullità di matrimonio: legalismo o legge di carità?*, in: ID., *Studi di diritto processuale canonico*, Giuffrè Editore, Milano, 1995, p. 142), cum causa scilicet exstet in gradu appellationis ob legitimam appellationem circa capita iam pertractata atque negative vel affirmative dimissa vel postquam causa ipsamet remissa sit ad examen ordinarium novi gradus ob denegatam confirmationem sententiae affirmativae primi gradus.

19. Re, haud obstante canone 1440, iuxta quem «Si competentia ratione gradus, ad normam cann. 1438 et 1439 non servetur, incompetentia iudicis [scilicet tribunalis] est absoluta», per canonen 1683 a Legislatore statuitur evidens exceptio seu norma omnino specialis, qua generi per speciem derogatur.

Ita, nova adducta causa petendi seu novo nullitatis capite invocato, appellationis Tribunal «potest, tamquam in prima instan-

tia, illud admittere et de eo iudicare» (can. 1683), quin teneatur sequi praescriptum canonis 1640 penes quem «In gradu appellationis eodem modo, quo in prima instantia, congrua congruis referendo, procedendum est», quod nempe «nisi forte complendae sint probationes, statim post litem ad normam can. 1513, § 1 et can. 1639, § 1 contestatam, ad causae discussionem deveniatur et ad sententiam».

Nuperrime citati canones spectant ad capita iam decisa in prima vel in altera instantia atque per appellationem deducta in alteram vel tertiam, dum canon 1683 sese refert ad caput vel capita primum introducta in gradu appellationis, quibus oportet adapteatur procedura praevisa ac sancita pro causis matrimonialibus inde ab admissione novi libelli (can. 1677), eo quia, uti congrue edicitur in una coram Pompedda, «sub linea iuris processualis, res in casu est quidem substantialiter de admissione libelli» (decr. diei 8 iulii 1986, RRDecr., vol. IV, p. 114; cf. art. 55, § 2 Normarum Rotae Romanae Tribunalis).

Quandoquidem adducuntur nova nullitatis capita in gradu appellationis, vel praeter titulum competentiae absolutae iuxta parallelismum gradum iudicii inter et gradum tribunalis, agitur de exceptione iure sancita.

C. *In facto.*

20. Hinc vel hanc ob exceptionem congrue adnotat primum Rotale Decretum, quod «nempe tribunal competens appellationis si novum nullitatis matrimonii caput afferatur, sic et simpliciter et absque quavis condicione illud admittere et de eo iudicare potest (can. 1683)», quod addit: «Haec facultas, ex adverso et ex parte etiam partibus tribuitur, quae “possunt processus actis renunciare sive omnibus sive nonnullis tantum” (can. 1524, § 1), quin causa seu processus perimatur... Concomitantia capitum prioris et alterius instantiae nullibi praescribitur».

Iure igitur iuxta praefatum Rotale Decretum opinio vel argumentatio contraria vinculi Defensoris de nullitate insanabili sententiae alterius gradus ob absolutam incompetentiam Tribunalis, quatenus «ratio secundi gradus tota contineretur in altera tractatione eiusdem capitum, quae in gradu appellationis duplex iudicium attingeret, dum nova capita adducta ac disceptata fuissent, quod non

potuisset tribunal appellationis», «mere formalis est non de substantia et minime in lege fundamentum invenit».

21. Cuique ideo patet hisce in hypothesibus statuente canone 1683 nova nullitatis capita adduci, admitti atque pertractari posse pendente causa in gradu appellationis nullibique e Codicis praescriptis constat vel attento quod in casu agitur de exceptione (cfr. can. 18) quod idque vel haec exceptio «secumfert caput aut capita nova allata perpendenda esse ut adiuncta cetero vel ceteris capitibus appellationis». Legislator non utitur verbo «adiungere» sed «afferre», et quidem in gradu appellationis.

Neque videtur quod canon «praesumit tribunal gavisum iam fuisse competentia ex accepta appellatione vel proprio decreto admissae appellationis vel inserto capite appellato in formula dubii».

Pariter, non videtur, tribunalis appellationis competentiam super nova nullitatis capita quod attinet, insistendum in illa correlatione vel conexione vel cumulatione capita appellata inter et novissime adducta, ita ut appellatum tribunal «et valet agere tantum de illis, praevia condicione sine qua non quod appellatum caput sit in dubio (scilicet receptum per dubii concordationem); secus iudicium haud censetur in gradu appellationis». Dubium vertit semper super matrimonii nullitatem.

Et est enim eadem causa vel eadem actio declaratoria quae pendet in gradu appellationis et iudicium vertere potest vel circa caput vel capita appellata vel circa illa novissime adducta vel circa utraque, quin sermo necessario fiat de conexione vel cumulatione causarum, ad mentem canonis 1414, qui certo certius directe vel haud semper spectat ad causas nullitatis matrimonii.

22. In conexione causarum enim attenditur non connexio mere subiectiva, quatenus partes eadem sunt, sed spectatur ad conexionem obiectivam, ad causae nempe obiectum quod in iudicium secum trahere potest plura subiecta passiva, uti in actionibus contentiosis vel poenalibus, scilicet ob litis consortium simplex in causis conexis, quas lex iubet uniri per competentiae prorogationem, nisi obstet incompetencia absoluta iudicis vel Tribunalis. Heic tamen potius quam causae vel actiones invocantur et cumulantur causae petendi in eodem processu pendente litis instantia.

Connexio causarum existit cum exstet connexio inter actiones: «Connexio enim semper inter actiones aliquod commune obiectivum elementum supponit» (F. ROBERTI, *De processibus*, vol. I, In Civitate Vaticana 1956⁴, p. 203, n. 87), quod verificatur cum adest «Eadem causa petendi sed diversum obiectum» vel «Idem obiectum sed diversa causa petendi» vel «Idem obiectum et eadem causa petendi» sed inter diversas personas (*ibid.*).

«Cum huiusmodi actiones intrinsece, obiective cohaereant, expedit easdem unire, sive ut lites breviores efficiantur sive praesertim ut evitentur plures res iudicatae quae logice secum ipsae colligant. Quare Codex iubet has actiones simul cognosci» (*ibid.*, p. 204).

Hinc sermo quoque fit vel de concursu actionum «quando plures actiones, etsi diversae, ordinantur ad eundem finem seu effectum» vel de cumulo actionum, quando adest «unio plurium actionum in eodem processu» (*ibid.*, pp. 595, 597), qui absolute praecipitur in casibus litis consortii necessarii, intrinseca necessitate: «Tunc actiones separatae exerceri non possunt» (*ibid.*, p. 507) vel relative praecipitur in casu litis consortii simplicis, «cum actiones possunt separari, et sententiae distinctae, quamvis minus opportunae, sustinentur; at lex iubet plures actiones uniri et multiplici quaestione unica decisione definiri ad lites breviores efficiendas et sententias conformes comparandas. Hic igitur plures processus cumulantur» (*ibid.*, p. 508).

Heic incompetencia absoluta iudicis verificatur cum obstent limites competentiae functionalis vel ex dignitate personarum vel ex obiecto determinatae, at idque semper vel tantum in actionibus connexis contingit.

23. Causa matrimonialis e contra ob idem petitum agitur inter easdem personas etsi, in superioribus gradibus, mutet vel augeatur causa petendi, vel aliis verbis in causis matrimonialibus una est actio declaratoria in qua idem est obiectum vel petitum eademque sunt personae etsi alia adducatur causa petendi volvente per gradus processu.

Ceterum, nullibi in Codice dicitur, in causa agenda in gradu appellationis, necessariam, sub poena nullitatis, esse arctam correlationem vel connexionem capitum nullitatis, quod nempe tribunal appellationis eatenus dici potest competens super nova adducta capita quatenus perstat obtenta per appellationem vel per citationem

iurisdictio super capita iam pertractata in prima vel in altera instantia.

Patet quidem tribunal primi gradus inter et tribunal appellationis exstare absolutam incompetentiam ratione gradus (can. 1440) ideoque verificari insanabilem nullitatem sententiae (can. 1620, n. 1) si non servetur competentia in causis agendis in proprio recognito gradu, at haec incompetentia in gradu appellationis cessat pro causis matrimonialibus, quae aguntur tamquam in prima instantia, nempe ob normam specialem contentam in canone 1683, quae formaliter est exceptio seu derogatio a canone 1639 ab ipsomet Legislatore praevisa ac sancita, atque in favorem expediendi processum habenda.

24. Quaestio quae olim vel aliquando ponebatur circa rigidam applicationem art. 219, § 2 Instr. *Provida Mater* non spectabat ad introductionem novi capitis «in gradu appellationis», verum respiciebat condicionem tribunalis appellationis apud quod pendebat causa in gradu appellationis ob difficultatem conciliandi novissimum praescriptum cum canone 1891, § 1, cui non videbatur re vel certe derogasse citata Instructio.

Hinc vel tunc tenebatur quod «eiusmodi prorogatio obtinet tantummodo quando tribunalia appellationis sunt etiam tribunalia primae instantiae; secus obstarent non limites relativi, sed absoluti et improrogabiles» (J.M. PINNA, *Praxis iudicialis canonica*, Romae 1966, p. 155).

Nunc autem vera derogatio, de qua sermo fiebat relate ad can. 1891, § 1, iam defensa a sententia coram De Jorio, diei 11 decembris 1961 (RRDec., vol. LIII, p. 654 ss.), ob normam traditam in praecitato articulo 219, § 2, Instr. *Provida Mater*, qui aestimabatur uti «verus ac proprius codex processualis pro causis matrimonialibus pertractandis» (*ibid.*, p. 655, n. 10), praevisa ac sancita est directe ab Ipsomet Legislatore per canonem 1683.

25. Quibus relatis attentis, censuerunt atque statuerunt infra-scripti Patres propositae quaestioni respondendum sicut de facto respondent: *Negative ad primum, Affirmative ad secundum seu reformandum esse Rotale Decretum diei 25 februarii 2003 cum non constet de nullitate sententiae Tribunalis Nationalis Appellationis Argentini diei 21 augusti 1997.*

Idque notificetur omnibus quorum intersit, ad omnes iuris effectus.

Romae, in sede Rotae Romanae Tribunalis, die 4 martii 2004.

Aegidius Turnaturi, Ponens
Mauritius Monier
Pius Vitus Pinto

Circa la competenza del tribunale d'appello nelle cause di nullità del matrimonio ex can. 1683, 1524 § 1 e 1637 § 3.

1. *Fattispecie.*

Nella prima istanza della causa in esame⁽¹⁾ — già nota ai lettori di queste pagine⁽²⁾ —, il Tribunale interdiocesano di prima istanza di Buenos Aires, adito dalla sposa — parte attrice — perché fosse dichiarata la nullità del matrimonio ex can. 1095, 3°, dichiarò «*non constare de nullitate matrimonii in casu*» con sentenza 18 luglio 1995. La sentenza negativa fu impugnata dall'attore dinanzi al Tribunale Nazionale Argentino d'Appello, con sede in Buenos Aires. Il libello di appello — oltre a riproporre il capo appellato⁽³⁾ — introduceva ex can. 1683 quattro nuovi capi di nullità. Il Tribunale d'Appello, omessa nella concordanza del dubbio la espressa menzione del capo negativamente dimesso in

(1) Cfr. TRIBUNALE APOSTOLICO DELLA ROTA ROMANA, *coram* Turnaturi, decreto, 4 marzo 2004, *Inter. Bonaëren. seu Moronen. (Argentina); Nullitas matrimonii; Incid. nullitatis sententiae*, n. 1-11, *vide supra*.

(2) Cfr. TRIBUNALE APOSTOLICO DELLA ROTA ROMANA, *coram* Alwan, decreto, 25 febbraio 2003. *Moronen. (Argentina). Nullità del matrimonio. Nullità insanabile della sentenza*, in questa *Rivista*, 3 (2003), pp. 741-748, con *Nota* di J. LLOBELL, *Incompetenza assoluta «ratione gradus» per la scissione dell'iniziale capo appellato dal nuovo capo di nullità giudicato «tamquam in prima instantia» ex can. 1683. Sull'utilità della «conformitas aequipollens» per il decreto di «litis contestatio»*, in questa *Rivista*, 3 (2003), pp. 748-762.

(3) Cfr. TRIBUNALE APOSTOLICO DELLA ROTA ROMANA, *coram* Alwan, decreto, 25 febbraio 2003, cit., n. 12. Cfr. altresì J. LLOBELL, *Incompetenza assoluta «ratione gradus»*, cit., p. 749 e nota 2, che sul caso di specie osserva: «Il libello di appello chiedeva che il tribunale giudicasse ...il capo appellato ...Infatti il libello di appello conteneva l'impugnazione della sentenza di prima istanza: “por la presente vengo a apelar el fallo de la sentencia definitiva dictada el dia 18 julio de 1995”».

prima istanza, dichiarò, con sentenza 21 agosto 1997, la nullità del matrimonio per il primo soltanto dei nuovi capi dedotti in appello, rigettando gli altri tre e tacendo sul capo giudicato in primo grado. La sentenza affermativa, a norma del can. 1682 § 1, fu inviata d'ufficio al giudice superiore, venendo così la causa dinanzi alla Rota Romana. Il difensore del vincolo, con voto 18 febbraio 1998 e con parere contrario del promotore di giustizia, propose preliminarmente querela di nullità della sentenza di secondo grado, ritenendo che l'omessa trattazione del capo giudicato in prima istanza facesse difettare le condizioni stabilite dal can. 1683 per radicare la competenza del tribunale d'appello sui nuovi capi, determinando così l'assoluta incompetenza dello stesso tribunale a giudicarli. La querela di nullità fu respinta *in limine* dal Presidente e ponente del turno (M. Giannecchini) con decreto 13 marzo 1998, nonché dal collegio, successivamente adito dal difensore del vincolo, con decreto 18 giugno 1998⁽⁴⁾. L'appello avverso la decisione del collegio dinanzi al turno seguente, interposto dal difensore del vincolo, fu sospeso dal decano della Rota che stabilì che il turno *coram* Giannecchini procedesse all'esame. Il turno — in cui frattanto si era avvicinato a Giannecchini G. Erlebach, come nuovo membro e ponente — rinviò la causa all'esame ordinario. Il difensore del vincolo insistette perché la querela di nullità fosse giudicata come questione incidentale. Il turno *coram* Erlebach, con decreto 20 maggio 2000, stabilì l'impossibilità di riproporre la questione dinanzi al medesimo turno che l'aveva già giudicata, riconobbe il diritto del difensore del vincolo di fare appello avverso il decreto del collegio dinanzi al turno seguente. Questo secondo turno, col decreto *coram* Alwan 25 febbraio 2003⁽⁵⁾, accolse la querela di nullità interposta dal difensore del vincolo dichiarando la nullità dell'impugnata sentenza per l'assoluta incompetenza del Tribunale Nazionale Argentino d'Appello a trattare la questione, poiché l'omessa menzione nella formula del dubbio del capo originariamente appellato farebbe venir meno — secondo l'interpretazione proposta dai padri del

(4) Cfr. TRIBUNALE APOSTOLICO DELLA ROTA ROMANA, *Coram* Turnaturi, decreto, 4 marzo 2004, cit., n. 4-5, *vide supra*.

(5) Cfr. TRIBUNALE APOSTOLICO DELLA ROTA ROMANA, *coram* Alwan, decreto, 25 febbraio 2003, cit.

turno — la connessione che, ai sensi del can. 1683, giustifica la competenza del tribunale d'appello sui nuovi capi⁽⁶⁾. Fin qui la vicenda processuale già nota e commentata su queste pagine da J. Llobell⁽⁷⁾.

A questo punto il promotore di giustizia appellò ulteriormente il decreto *coram* Alwan dinanzi al turno successivo che, col decreto *coram* Turnaturi del 4 marzo 2004, che qui si commenta, ha riformato il decreto impugnato, confermando la sentenza del Tribunale Nazionale d'Appello Argentino del 21 agosto 1997.

2. *Motivazione del decreto.*

In primo luogo i giudici rotali osservano che la disciplina del can. 1683 stabilisce un'eccezione al principio del can. 1639 § 1, per cui, in generale, il tribunale d'appello deve contenere i limiti della propria cognizione nell'ambito della causa già trattata in prima istanza⁽⁸⁾. Tale eccezione si giustifica per ragioni di economia processuale data la particolare connessione — nel *petitum*, nei *soggetti* e nei concreti *mezzi di prova* — che sussiste fra le varie *causae petendi* nelle cause di nullità del matrimonio⁽⁹⁾.

La regola del can. 1639 § 1 va integrata con quella della competenza *ratione gradus* sancita dai cann. 1438 e 1439: ogni tribunale è competente a giudicare solo nell'ambito del proprio grado di giurisdizione. L'inosservanza della competenza *ratione gradus* comporta l'incompetenza assoluta del giudice con la conseguente nullità insanabile della sentenza (cfr. cann. 1440 e 1620, n. 1). An-

(6) Cfr. TRIBUNALE APOSTOLICO DELLA ROTA ROMANA, *coram* Alwan, decreto, 25 febbraio 2003, cit., n. 9: «...tribunal appellationis admittit novam causam petendi pro nullitate matrimonii, iuxta can. 1683, ...praevia condicione sine qua non quod appellatum caput sit in dubio; secus iudicium haud censetur peractum in gradu appellationis»; n. 10: «Ast, si caput apellatum haud fuerit admissum in dubio, tribunal ad huc caret qualibet competentia appellationis in causam».

(7) Cfr. J. LLOBELL, *Incompetenza assoluta «ratione gradus»*, cit., che formula un'articolata critica, di cui sommaria sintesi in nota 23 (v.), alle conclusioni cui è giunto il Turno *coram* Alwan nel decreto 25 febbraio 2003.

(8) Cfr. TRIBUNALE APOSTOLICO DELLA ROTA ROMANA, *Coram* Turnaturi, decreto, 4 marzo 2004, cit., n. 12-14, *vide supra*.

(9) Cfr. TRIBUNALE APOSTOLICO DELLA ROTA ROMANA, *Coram* Turnaturi, decreto, 4 marzo 2004, cit., n. 22-23, *vide supra*.

che alla incompetenza assoluta *ratione gradus* fa eccezione, tuttavia, la disciplina delle cause matrimoniali *ex can. 1683*: essa consente che si adduca un nuovo capo di nullità matrimoniale in grado di appello, e che il tribunale superiore possa ammetterlo e giudicarlo «*tamquam in prima instantia*»⁽¹⁰⁾.

Premesse queste considerazioni di carattere generale i padri del turno, riprendendo il primo decreto del turno *coram* Giannicchini in data 18 giugno 1998, osservano che nella fattispecie del can. 1683 alle parti è anche attribuita la facoltà prevista dal can. 1524 § 1 di «rinunziare agli atti del processo, sia a tutti sia ad alcuni soltanto» (cfr. decreto 4 marzo 2004, n. 20). Tale osservazione è centrale rispetto alle conseguenze che ne sono dedotte, e che saranno esposte prospettando — nel successivo paragrafo —

⁽¹⁰⁾ Il nuovo capo di nullità dedotto *ex can. 1683* dovrà essere giudicato dal tribunale d'appello con la normale procedura del processo contenzioso ordinario: per questo motivo si ritiene che la previsione del can. 1683 sia operativa solo in sede di appello ordinario, che si conclude con una sentenza, ma non di procedura *ex can. 1682 § 2*, cioè di conferma per decreto della decisione del tribunale di prima istanza. Secondo L. MADERO, in *Codice di Diritto Canonico*, a cura di P. LOMBARDIA, J.I. ARRIETA, Logos, Roma 1987, v. III, can. 1683, p. 1217: «La possibilità d'introdurre un nuovo capitolo in seconda istanza, bisogna ritenerla limitata all'appello ordinario, perché tale ipotesi non sembra configurabile quando si segue l'appello peculiare del § 2 del precedente c. (n. 1682)». Ed ancora, secondo L. CHIAPPETTA, *Il Codice di Diritto Canonico*, Dehoniane, Roma 1996, v. III, c. 1683, 5726: «il tribunale di appello ...sul nuovo capo giudica come tribunale di prima istanza. Questo, comunque, è possibile solo quando il tribunale di appello adotta la procedura normale del processo contenzioso ordinario, che si conclude con una sentenza, e non quando si segue la procedura più semplice del decreto di conferma». Quanto poi al tribunale innanzi a cui è ammessa la presentazione di un nuovo capo di nullità deve notarsi che l'espressione usata dal can. 1683 «*in gradu appellationis*» deve essere intesa in senso ampio come «grado secondo o ulteriore di giudizio». Come si è autorevolmente osservato: «Secondo la legge universale, il nuovo capo potrà essere introdotto ...presso il tribunale locale di appello che giudica in seconda istanza e presso la Rota Romana, sia come tribunale di appello concorrente con quello locale, sia quando la Rota giudica in prima istanza in seguito alla dichiarazione di nullità di una sentenza e successiva avocazione della causa (cfr. *Normae Rotae* 1994, artt. 52 e 70), sia quando giudica in terza o ulteriore istanza perché le due prime sentenze sono difformi o perché è stata ammessa la *nova causae propositio* (cfr. cann. 1444 § 1, 2°; 1644)», cfr. J. LOBEL, *Il tribunale competente per l'appello della sentenza di nullità del matrimonio giudicata «tamquam in prima instantia ex can. 1683»*, in questa *Rivista*, 8 (1996), 4, p. 706.

Cfr. TRIBUNALE APOSTOLICO DELLA ROTA ROMANA, *Coram* Turnaturi, decreto, 4 marzo 2004, cit., n. 15-19, *vide supra*.

un loro ulteriore approfondimento alla luce dell'analogia della fattispecie in oggetto con quella regolata dal can. 1637 § 3.

Per primo si afferma che le parti possono rinunziare ad uno o a tutti i capi trattati in prima istanza senza che il processo cessi: la concomitanza dei capi di prima ed ulteriore istanza non è prescritta in alcun luogo del codice: «*Haec facultas ex adverso et ex parte etiam partibus tribuitur, quae "possunt processus actis renuntiare sive omnibus sive nonnullis tantum" (can. 1524 § 1), quin causa seu processus perimatur ... Concomitantia capituum prioris et alterius instantiae nullibi praescribitur*» (cfr. decreto 4 marzo 2004, n. 20).

Ciò comporta che qualora in grado di appello venga dedotto un nuovo capo di nullità il tribunale può ammetterlo e giudicare su di esso semplicemente e senza alcuna condizione: «*nempe tribunal competens appellationis si novum nullitatis matrimonii caput afferatur, sic et simpliciter et absque quavis condicione illud admittere et de eo iudicare potest (can. 1683)*» (cfr. decreto 4 marzo 2004, n. 20)⁽¹¹⁾.

In effetti il legislatore, nel can. 1683 — soggetto ad interpretazione stretta ai sensi del can. 18, trattandosi di norma che stabilisce una eccezione —, utilizza il verbo «*afferre*» e non il verbo «*adiungere*»: per questo non è sostenibile che i nuovi capi addotti debbano essere aggiunti agli altri capi già giudicati ed appellati e, neppure, si può sostenere che il tribunale d'appello può trattare i nuovi capi solo se risulti soddisfatta preventivamente la condizione «*sine qua non*» che il capo giudicato in prima istanza e appellato sia inserito nel decreto di concordanza del dubbio: «*... nullibique e Codicis praescriptis constat vel attentum quod in casu agitur del exceptione (cfr. can 18) quod idque vel haec exceptio "secumfert caput aut capita nova allata perprendenda esse ut adiuncta cetero vel ceteris capitibus appellationis". Legislator non utitur verbum "adiungere" sed "afferre", et quidem in gradu appellationis. ... Pariter, non videtur, ...ita ut appellatum tribunal "et va-*

⁽¹¹⁾ Così proseguono i padri del turno: «*Iure igitur iuxta praefatum Rotale Decretum opinio vel argumentatio contraria vinculi Difensoris de nullitate insanabili sententiae alterius gradus ob absolutam incompetentiam Tribunalis, ... "mere formalis est non de substantia et minime in lege fundamentum invenit"*» (cfr. decreto 4 marzo 2004, n. 20).

let agere tantum de illis (ndr. *novis capitibus*), *praevia condicione sine qua non quod appellatum caput sit in dubio ...*» (cfr. decreto 4 marzo 2004, n. 21).

In sostanza il dubbio verte sempre sulla nullità del matrimonio: nella medesima azione di nullità del matrimonio il giudizio può vertere, in grado di appello, sui capi appellati, sui nuovi capi eventualmente dedotti ovvero su entrambi, senza che si debba sempre necessariamente parlare della loro cumulazione o connessione: «*Dubium vertit semper super matrimonii nullitatem. Et est enim eadem causa vel actio declaratoria quae pendet in gradu appellationis et iudicium vertere potest vel circa caput vel capita appellata vel circa illa novissime adducta vel circa utraque, quin sermo necessario fiat de conexione vel cumulatione causarum, ad mentem canonis 1414, quin certo certius directe vel haud semper spectat ad causas nullitatis matrimonii*» (cfr. decreto 4 marzo 2004, n. 21).

In nessuna parte del Codice si dice necessaria a pena di nullità, per le cause d'appello matrimoniali, la correlazione o connessione dei capi di nullità vecchi e nuovi per il fatto che il tribunale d'appello può dirsi certamente competente sui nuovi capi solo se ha già instaurato la propria giurisdizione per mezzo dell'appello o della citazione sui capi già trattati in precedente istanza (cfr. decreto 4 marzo 2004, n. 23).

Le osservazioni suesposte, sviluppate nei nn. 20-23 del decreto 4 marzo 2004, smentiscono, in maniera implicita, la motivazione per cui il decreto *coram* Alwan aveva disatteso la possibilità di configurare, nel caso di specie, la rinunzia — ai sensi del can. 1524 § 1 — al capo di nullità giudicato in primo grado e appellato, già prospettata dal decreto *coram* Gianneccchini (cfr. decreto 4 marzo 2004, n. 20).

Il turno *coram* Alwan aveva affermato la necessità, come «*condicio sine qua non*» per la legittimità del giudizio «*tamquam in prima instantia*» ex can. 1683, che il tribunale di appello includa il capo deciso dal tribunale di primo grado nel decreto di «*litis contestatio*». Senza tale presenza del capo appellato nel decreto di «*litis contestatio*» verrebbe a mancare la connessione che giustifica la competenza del tribunale di appello sul nuovo capo, e il tribunale di seconda istanza si troverebbe a giudicare soltanto il nuovo capo in prima istanza. Qualora questo tribunale sia esclusivamente di secondo grado (come avviene, ad es., con il Tribunale Nazionale Ar-

gentino di Appello e il Tribunale di Appello presso il Vicariato di Roma) la sentenza sarà insanabilmente nulla per incompetenza assoluta «*ratione gradus*» del tribunale. Per questi motivi in riferimento alla possibilità delle parti di rinunciare al capo appellato *ex can. 1524 § 1*, i giudici rotali osservavano: «*supra notatur, in iure, quod, tempore processus, est possibile renuntiare alicui capiti ante litis contestationem, sed non capiti appellato in casu, secus Tribunal omittit suam appellationis competentiam*» (cfr. decreto 25 febbraio 2003, n. 15).

Il turno *coram* Turnaturi ha affermato di contro che non è mai prescritta dal Codice, a pena di nullità, la concomitanza dei capi vecchi e nuovi nel giudizio d'appello delle cause matrimoniali e neppure che i nuovi capi vengano aggiunti ai vecchi nel decreto di litiscontestazione: per questo nella medesima azione di nullità matrimoniale il giudizio, in grado di appello, potrà vertere sui capi vecchi, sui nuovi soltanto, o su entrambi senza che venga mai meno la competenza del tribunale d'appello, che si fonda sulla disposizione del *can. 1683: causae matrimoniales «aguntur tamquam in prima instantia, nempe ob normam specialem contentam in canone 1683, quae formaliter est exceptio seu derogatio a canone 1639 ab ipsomet Legislatore praevisa ac sancita, atque in favorem expediendi processum habenda*» (cfr. decreto 4 marzo 2004, n. 23)⁽¹²⁾. Per questo motivo le parti potranno rinunciare ai capi vecchi senza che venga meno la competenza del giudice di secondo grado sui nuovi.

Sin qui i giudici del turno *coram* Turnaturi che, con tale motivazione, hanno riformato il decreto rotale *coram* Alwan del 25 febbraio 2003, dichiarando «*non constare de nullitate sententiae Tribunalis Nationalis Appellationis Argentini diei 21 augusti 1997*» (cfr. decreto 4 marzo 2004, n. 25).

⁽¹²⁾ Cfr. TRIBUNALE APOSTOLICO DELLA ROTA ROMANA, *coram* Giannecchini, decreto, 18 giugno 1998, n. 3, riportato testualmente in TRIBUNALE APOSTOLICO DELLA ROTA ROMANA, *coram* Alwan, decreto, 25 febbraio 2003, cit., n. 16: «*Non ex coesistenza capitum nullitatis iam in primo gradu iudicati cum capitibus noviter introductis competentia iudicis et validitas sententiae secundi gradus desumitur, sed ex vi legis et natura tribunalium*». Cfr. altresì J. LLOBELL, *Incompetenza assoluta «ratione gradus»*, cit., par. 3., p. 758, che, a proposito della genesi storica della regola del *can. 1683 CIC 1983*, osserva: «*In questo modo è stato meglio manifestato che è la legge la causa efficiente della competenza del tribunale di appello sul capo giudicato "tamquam in prima instantia", assieme a quello appellato*».

3. *Ulteriori sviluppi della motivazione alla luce della analogia della fattispecie in oggetto con quella regolata dal can. 1637 § 3 in tema di appello incidentale.*

Appare opportuno — a tal punto — integrare il ragionamento dei giudici del turno *coram* Turnaturi prospettandone un ulteriore approfondimento alla luce dell'analogia della fattispecie in esame con quella disciplinata dal can. 1637 § 3 in tema di appello incidentale⁽¹³⁾.

In sostanza l'appello incidentale è quell'appello interposto dalla parte che si ritiene anch'essa danneggiata dalla sentenza, su altri capi del dispositivo ad essa non favorevoli una volta che una delle parti processuali — che non necessariamente deve essere l'attore — abbia proposto l'appello principale⁽¹⁴⁾. È del tutto pacifico in dottrina e in giurisprudenza che «l'appello incidentale si innesta ... in quello principale e ne diviene dipendente per quanto concerne solo la validità di quell'appello», dal che «l'appello incidentale è dipendente dalla validità dell'appello principale ma non è pregiudicato dal rigetto dell'appello principale o dalla rinuncia al medesimo»⁽¹⁵⁾.

È utile ricordare che, nel processo matrimoniale, il contraddittorio assume una sua peculiare determinazione — che è stata definita di possibile «assenza» di un vero contraddittorio fra le parti — a causa della concreta possibilità — nella prassi giudiziaria probabilità — che entrambi i coniugi chiedano la dichiarazione di nullità del loro matrimonio (litisconsorzio volontario attivo), ovvero che il coniuge solo formalmente convenuto non si opponga, o si

(13) Can. 1637 § 3, CIC 1983: «*Si interponatur ab una parte super aliquo sententiae capite, pars adversa, etsi fatalia appellationis fuerint transacta, potest super aliis capitibus incidenter appellare intra terminum peremptorium quindecim dierum a die, quo ipsi appellatio principalis notificata est*».

(14) Cfr. F. DELLA ROCCA, in *Commento al Codice di Diritto Canonico*, a cura di P.V. PINTO, Roma 2001, LEV, can. 1637, p. 942.

(15) Cfr. F. DELLA ROCCA, in *Commento al Codice di Diritto Canonico*, cit., can. 1637, p. 942. V. pure L. CHIAPPETTA, *Il Codice di Diritto Canonico*, cit., v. III, c. 1637 § 3, 5628, 3°: «L'appello incidentale è tuttavia legato a quello principale, per cui, se questo viene dichiarato inammissibile o improponibile, per es. perché non presentato nei termini prescritti, l'appello incidentale resterebbe *eo ipso* inefficace e privo di valore. L'eventuale rinuncia all'appello principale da parte di chi lo ha proposto, non pregiudica invece in alcun modo l'appello incidentale».

disinteressi della richiesta della parte attrice, creandosi così, quanto al contraddittorio, una situazione analoga alla precedente⁽¹⁶⁾. È evidente, per quanto detto, che nelle cause matrimoniali l'appello incidentale può consistere nell'adesione di una parte all'appello principale dell'altra, senza che sia necessario, per l'appello incidentale, che la sentenza appellata abbia più capi⁽¹⁷⁾. Per quanto più sopra osservato in tema di dipendenza dell'appello incidentale dall'appello principale, si deve rilevare che — con specifico riferimento alle cause matrimoniali — la rinuncia di una parte all'appello principale non pregiudica l'appello incidentale con cui l'altra parte abbia aderito allo stesso appello principale, con la conseguente continuazione del processo d'appello sul medesimo *thema decidendum*, e mantenimento della competenza del tribunale d'appello per il principio della *perpetuatio iurisdictionis*⁽¹⁸⁾. Lo stesso si dica pure se l'appello incidentale non aderisca all'appello principale: in tal caso, il processo continuerà con lo stesso *petitum*, ma con diversa *causa petendi*.

Alla luce di quanto osservato si devono trarre alcune conclusioni.

a) Nel caso di specie, il semplice appello contro la sentenza impugnata — con il quale, peraltro, la parte attrice chiedeva l'ammissione di nuovi capi di nullità *ex can. 1683* (cfr. *supra* decreto 4 marzo 2004, n. 2) —, si deve ritenere proposto contro il capo negativamente dimesso in primo grado⁽¹⁹⁾.

⁽¹⁶⁾ Cfr. J. LLOBELL, *Il sistema giudiziario canonico di tutela dei diritti. Riflessioni sull'attuazione dei principi 6° e 7° approvati dal sinodo del 1967*, in *I principi per la revisione del codice di diritto canonico. La ricezione giuridica del Concilio Vaticano II*, a cura di J. CANOSA, Giuffrè, 2000, p. 533, che mette in luce il «... dato che si presenta spesso a i tribunali ecclesiastici: l'assenza di un vero contraddittorio, giacché sono i due coniugi a chiedere la nullità del loro vincolo matrimoniale o, almeno, il coniuge che non la chiede non si oppone o si disinteressa della causa, potendo essere considerato parte convenuta solo artificialmente».

⁽¹⁷⁾ Cfr. C. DE DIEGO-LORA, in *Codice di Diritto Canonico e Leggi complementari commentato*, edizione italiana diretta da J.I. ARRIETA, Coletti a San Pietro, Roma 2004, can. 1637 § 3, p. 1086: «Il termine di quindici giorni permette sia d'aderire all'appello già avanzato, sia di presentare un nuovo appello (cfr., per analogia, i cc. 1633 e 1634), dovendosi segnalare in questa fase gli altri capitoli su cui si basa la nuova parte appellante».

⁽¹⁸⁾ Per l'esame di tale principio, v. oltre, par. 4., nota n. 32.

⁽¹⁹⁾ Cfr. TRIBUNALE APOSTOLICO DELLA ROTA ROMANA, *coram* Alwan, decreto, 25 febbraio 2003, cit., n. 12.

b) La rinuncia *ex can. 1524 § 1* al capo negativamente dimesso in prima istanza e appellato, che può riscontrarsi nel mancato inserimento nel decreto di «*litiscontestatio*» (cfr. *can. 1513*), non può far venir meno la competenza del tribunale adito, come, ai sensi del *can. 1637 § 3*, la rinuncia all'appello principale non fa cessare la competenza del tribunale d'appello per l'appello incidentale. La competenza del tribunale d'appello a giudicare i nuovi capi dedotti *ex can. 1683*, non si fonda sulla necessaria concomitanza, cumulazione o connessione con i capi appellati nel «*dubium*», ma sulla norma speciale del *can. 1683* (cfr. *supra*: decreto 4 marzo 2004, n. 21 e 23, e, v. *supra nota 12*, decreto 18 giugno 1998, n. 16), così come la competenza del tribunale d'appello a giudicare sull'appello incidentale non dipende dalla necessaria connessione o correlazione con l'appello principale, ma dalla disposizione del *can. 1637 § 3*.

4. *Differenza sostanziale fra le fattispecie di dolosa scissione dell'iniziale capo appellato dal nuovo capo di nullità giudicato «tamquam in prima instantia» ex can. 1683 e la fattispecie in esame. Altre osservazioni di carattere generale.*

La riforma del decreto *coram Alwan* da parte dei padri del turno *Coram Turnaturi*, con il decreto che qui si sta commentando, appare senza dubbio presupporre e portare alle sue naturali conseguenze il dato della sostanziale differenza fra la fattispecie processuale sommariamente ricostruita e quella, abusiva, della scissione presso il tribunale di seconda istanza del nuovo capo introdotto in grado di appello dal capo iniziale, giudicato dal tribunale di prima istanza e impugnato⁽²⁰⁾, non inedita nella prassi canonica recente e

⁽²⁰⁾ Si precisa, per chiarezza di esposizione, che, nelle cause matrimoniali, la pratica della *dolosa scissione* in due separati giudizi dei capi appellati da quelli nuovi presentati in appello *ex can. 1683* e giudicati «*tamquam in prima instantia*», consente — illecitamente — che la sentenza affermativa emessa sui nuovi capi, come in prima istanza e in separato giudizio, venga inviata *ex officio ex can. 1682 § 1*, per la conferma, non dinanzi al giudice di terzo grado, cioè la Rota Romana, ma ad altro tribunale d'appello locale. Quando infatti, come nella quasi totalità dei casi, salve solo alcune eccezioni, il tribunale d'appello è anche giudice di prima istanza per un'altra circoscrizione territoriale, diversa da quella del tribunale territorialmente competente che ha trattato la causa in prima istanza, emetterà una sentenza come giudice di primo grado, affetta da *incompetenza territoriale* che, nel vigente ordinamento, è soltanto *relativa* e, dunque, sa-

più volte censurata dal Supremo Tribunale della Segnatura Apostolica (ad es. nel 1993 e nel 1995) ⁽²¹⁾.

Tale scissione il Turno *coram* Alwan aveva ravvisato nell'operato del Tribunale Nazionale Argentino d'Appello ⁽²²⁾, e, considerata la sua natura di Tribunale esclusivamente competente per la seconda istanza, ne aveva fatto discendere la assoluta incompetenza *ratione gradus* a giudicare i nuovi capi presentati *ex can. 1683*, sanzionando di nullità la sentenza emessa ⁽²³⁾.

nabile. La sentenza e gli atti del giudizio verranno successivamente inviati non al giudice di terzo grado, come la retta applicazione della legge richiede e più volte ha ribadito l'insegnamento del S. Tribunale della Segnatura Apostolica (cfr. la giurisprudenza citata alla nota 21), ma al Tribunale d'appello locale competente per il secondo grado delle cause decise in primo grado dal Tribunale d'appello precedentemente adito. Solo nel caso in cui il Tribunale d'appello che emana la sentenza come giudice di primo grado sia giudice di esclusiva seconda istanza, come, ad es., nel caso del Tribunale d'appello presso il Vicariato dell'Urbe, il provvedimento giudiziario sarebbe affetto da *nullità insanabile* perché il giudice, pronunciandosi in prima istanza, sarebbe incompetente non solo relativamente — *ratione territorii* —, ma anche assolutamente — *ratione gradus* —. In tutti gli altri casi la sentenza di primo grado emessa dal Tribunale d'appello sarà affetta solo da incompetenza relativa *ratione territorii*, e, pertanto sarà valida: in questo modo le parti potranno ottenere una doppia sentenza conforme senza dover adire la Rota Romana. Per un completo ed approfondito esame della questione cfr.: J. LLOBELL, *Il Tribunale competente per l'appello*, cit., 4., p. 704-711. Per l'esame delle questioni implicate relative alla competenza dei tribunali ecclesiastici, v.: J. LLOBELL, *Centralizzazione normativa processuale e modifica dei titoli di competenza nelle cause di nullità matrimoniale*, in questa *Rivista*, 3 (1991), pp. 431-477, in particolare 4., pp. 459-465 e 7., pp. 475-477.

⁽²¹⁾ Cfr. SUPREMO TRIBUNALE DELLA SEGNAURA APOSTOLICA, *Decreto*, 12 luglio 1993, can. 1683, in *Direito e pastoral*, 8/31 (1994), pp. 67-69; SUPREMO TRIBUNALE DELLA SEGNAURA APOSTOLICA, *Decreto Particolare*. «Nullitas matrimonii». *Cann.* 1095, 2° e 3°, 1432, 1440, 1485, 1501, 1620, 1°, 4° e 6° 1683, ecc., 17 maggio 1995, Prot. N. 25670/94 V.T., in questa *Rivista*, 8 (1996), pp. 819-821; F.J. GUIMARÃES, *A hierarquia dos Tribunais e o julgamento de novo capítulo introduzido em segunda instância nas causas matrimoniais*, in *Direito e pastoral*, 8/31 (1994), pp. 53-66.

⁽²²⁾ Cfr. TRIBUNALE APOSTOLICO DELLA ROTA ROMANA, *coram* Alwan, decreto, 25 febbraio 2003, cit., n. 12: «*Factum omittendi appellatum caput, in dubio, secumfert Tribunal velle tantum agere de novis capitibus allatis tamquam in primo gradu, non autem tamquam in prima instantia apud Tribunal secundi gradus, sed in prima instantia, veluti in quolibet tribunali primi gradus*». Per una particolareggiata disamina della ricostruzione operata nel decreto *coram* Alwan circa l'operato del Tribunale Nazionale Argentino d'Appello in quanto riportato alla prassi della *scissione dolosa* condannata dalla Segnatura Apostolica, v. la *Nota* al decreto di J. LLOBELL, *Incompetenza assoluta «ratione gradus»*, cit., par. 2, pp. 751-754, di cui sommaria sintesi alla nota 23.

⁽²³⁾ Cfr. TRIBUNALE APOSTOLICO DELLA ROTA ROMANA, *coram* Alwan, decreto, 25

Siffatta impostazione appare evidentemente disattesa nel decreto 4 marzo 2004 del Turno *Coram* Turnaturi, che riconducendo la fattispecie ad una legittima ipotesi di rinuncia agli atti del giudizio *ex can. 1524 § 1*, ha disposto la riforma del decreto 25 febbraio 2003, *coram* Alwan, confermando l'impugnata sentenza del Tribunale Nazionale Argentino d'Appello.

febbraio 2003, cit., n. 17. Cfr. altresì *Nota* di J. LLOBELL, *Incompetenza assoluta «ratione gradus»*, cit., che ha criticato le conclusioni cui è giunto il turno nel decreto 25 febbraio 2003, *coram* Alwan, sostenendo, in sintesi, che la fattispecie in oggetto deve essere distinta da quella della *scissione dolosa* dei nuovi capi di nullità del matrimonio da quelli appellati da parte del tribunale di seconda istanza più volte riprovata dal Supremo Tribunale della Segnatura Apostolica (v. ad es. SUPREMO TRIBUNALE DELLA SEGNAURA APOSTOLICA, *Decreto Particolare*, 17 maggio 1995, cit., commentato da J. LLOBELL, *il Tribunale competente*, cit.). Tale *dolosa scissione* è posta in essere per «aiutare» i fedeli ad ottenere facili dichiarazioni di nullità del matrimonio ed impedire l'intervento della Rota Romana e non comporta la sanzione dell'invalidità delle sentenze dei tribunali che volontariamente e consapevolmente agiscono in frode alla legge, poiché la loro condotta non configura alcuna ipotesi di incompetenza assoluta che possa rendere nulla la sentenza emanata (cfr. cann. 1407 § 2; 1620, 1°). Di contro, la scissione configurata dal decreto *coram* Alwan comporta, nella specie, la nullità della sentenza emanata per incompetenza assoluta *ratione gradus*. In effetti, secondo l'A., il decreto di «*litis contestatio*» del Tribunale Nazionale Argentino d'Appello, accenna in modo esplicito, anche se non palese, al capo appellato (cfr. decreto 25 febbraio 2003, n. 12). Peraltro, l'errore di omissione del Tribunale potrebbe considerarsi meramente materiale, e, quindi, di natura non irritante e correggibile (cfr. can. 1616 § 1): infatti, il tribunale d'appello, in caso di sentenza «*pro vinculo*», può essere adito solo con la impugnazione formale della sentenza di primo grado da parte dell'attore soccombente in quanto ha subito un gravame, il che risulta nel caso di specie. Ora, sebbene nel caso in esame il tribunale abbia ommesso la espressa menzione del capo appellato nel decreto di «*litis contestatio*», non lo ha sostanzialmente scisso dai nuovi capi, né ha preteso di giudicare questi ultimi, in frode alla legge, come un vero tribunale di prima istanza: ciò è confermato dal fatto che la sentenza emessa e gli atti siano stati inviati *ex officio ex can. 1682 § 1* al tribunale della Rota Romana come giudice di terza istanza. È il caso di notare, inoltre, che l'A. prospetta la possibilità di applicazione del concetto di *conformitas aequipollens* o sostanziale, ormai consolidato nella giurisprudenza dei tribunali locali e dei Tribunali Apostolici, non solo alla fase finale del giudizio — la sentenza — ma anche alla fase iniziale, in particolare al decreto di «*litis contestatio*», al fine di configurare la conformità sostanziale del capo appellato con uno dei nuovi capi; evitando così di incorrere in quei problemi di mancato inserimento dello stesso capo nel decreto di «*litis contestatio*» che hanno portato i giudici rotali del turno *coram* Alwan a dichiarare la nullità della sentenza di appello. La condotta del Tribunale Nazionale Argentino d'Appello è stata, dunque, secondo l'A., aderente alla previsione del can. 1683, e, pertanto, non sono ravvisabili quegli estremi di frode alla legge riscontrabili nei casi di *scissione dolosa* dei nuovi capi di nullità del matrimonio da quelli appellati stigmatizzati dalla giurisprudenza del Supremo Tribunale della Segnatura Apostolica.

Deve in proposito osservarsi come appaiano pienamente condivisibili i rilievi dedotti in motivazione dai padri del turno *coram* Turnaturi per cui — confermando la linea già espressa dal Collegio *coram* Gianneccchini⁽²⁴⁾ — deve ritenersi che il tribunale competente all'appello nelle cause matrimoniali può giudicare dei nuovi capi adottati « *sic et simpliciter et absque quavis condicione* » poiché la concomitanza dei capi di prima ed ulteriore istanza in grado di appello non è prescritta in alcun luogo del Codice: rimane intatta, infatti, la facoltà delle parti di rinunciare a tutti od alcuni atti del processo *ex can.* 1524, § 1, di modo che, rinunciati i vecchi capi, il Tribunale d'appello o ulteriore istanza può giudicare sui nuovi soltanto, « *tamquam in prima instantia* », senza alcuna limitazione o condizione. Fondamento della competenza del tribunale d'appello è, infatti, — come più sopra si disse — la volontà del legislatore espressa nel *can.* 1683, in modo analogo a quanto disposto dal *can.* 1637 § 3 in tema di appello accidentale.

È opportuno, tuttavia, ricordare che in tali fattispecie di parziale rinuncia agli atti del giudizio, il tribunale di appello risulta competente *ex can.* 1683. Giudicherà, pertanto, i nuovi capi « *tamquam in prima instantia* », ma sempre come tribunale di secondo grado: gli ulteriori gradi di giudizio dovranno per questo svolgersi dinanzi al tribunale di grado superiore (terzo)⁽²⁵⁾, che quasi sempre sarà la Rota Romana⁽²⁶⁾. Tale esigenza — che, peraltro, trova

(24) Cfr. TRIBUNALE APOSTOLICO DELLA ROTA ROMANA, *coram* Gianneccchini, decreto, 18 giugno 1998, n. 3, riportato testualmente in TRIBUNALE APOSTOLICO DELLA ROTA ROMANA, *coram* Alwan, decreto, 25 febbraio 2003, cit., n. 15-16.

(25) In tal senso si era espresso pure il Turno *coram* Gianneccchini, nel decreto 18 giugno 1998, n. 3, riportato testualmente in TRIBUNALE APOSTOLICO DELLA ROTA ROMANA, *coram* Alwan, decreto, 25 febbraio 2003, cit., n. 15: « *cum causa in gradu appellationis radicata sit, nullo iure, ex hypotesi, retrotrahi posset ad primam instantiam, quia eam "tamquam in prima instantia" (can. 1683) iudex procedit ac iudicare debet; in casu ulterioris appellationis ad tribunal tertii gradus recurrendum est* ».

(26) Cfr. SUPREMO TRIBUNALE DELLA SEGNETURA APOSTOLICA, *Decreto particolare*, 17 maggio 1995, cit., pp. 819-821, [14] [a]: « *Iuxta constantem iurisprudentiam huius Signaturae Apostolicae, quando causa nullitatis matrimonii in gradu appellationis pendet apud tribunal secundae iurisdictionis gradus atque hoc tribunal novum nullitatis caput admittit et de eo tamquam in prima instantia iudicat, tunc ad eius tribunal appellationis — quod necessarie esse debet tertii iurisdictionis gradus — pertinet videre de illo novo capite nullitatis tamquam in secunda instantia; quod tribunal tertii iurisdictionis gradus in Ecclesia latina exclusive est Rota Romana, salvis indultis legitime concessis; secus decisio in tertio iurisdictionis gradu tamquam in secunda instantia lata insanabiliter nulla habenda est propter incompetentiam absolutam tribunalis ratione gradus (cfr. cann. 1440 et 1620, n.*

pieno riscontro nella fattispecie processuale in esame⁽²⁷⁾ — è importante al fine di evitare che possa giungersi per altra via a risultati di fatto analoghi a quelli che si vogliono evitare censurando la pratica della dolosa scissione dell'iniziale capo appellato dal nuovo capo di nullità giudicato «*tamquam in prima instantia*» ex can. 1683: pratica che riteniamo, si ripete, — d'accordo col turno *coram* Turnaturi e con chi ha già annotato su queste pagine il decreto *coram* Alwan⁽²⁸⁾ — non riscontrabile nel caso in esame. In altre parole si deve sempre evitare che per vie surrettizie sia perturbato l'ordinato svolgersi dell'iter processuale — così come è designato dall'ordinamento — con l'impedire che la causa matrimo-

1)». V. altresì Nota alla citata sentenza di J. LLOBELL, *Il Tribunale competente*, cit., p. 709, ove si osserva che: «... trattandosi di un provvedimento di un tribunale di seconda istanza, anche se abbia giudicato “*tamquam in prima instantia*”, l'appello non può spettare che a un tribunale di terza istanza, cioè alla Rota Romana secondo il diritto comune e la giurisprudenza della Segatura». Già, peraltro, J. LLOBELL, *Centralizzazione normativa processuale*, cit., ove, pp. 476-477, nota 157, precisava: «Nella fattispecie prevista dal can. 1683 il tribunale che ammette il nuovo capo non perde la sua natura di tribunale di appello, benché — per quanto riguarda la nuova *causa petendi* — la sentenza sia di prima istanza. Ne deriva — perché il sistema legale bisogna considerarlo coerente in se stesso — che i tribunali che sono soltanto di seconda istanza, possono giudicare in prima istanza in questi casi, senza che possa invocarsi la loro incompetenza assoluta funzionale. Ne segue inoltre che il tribunale competente per ricevere l'appello della sentenza sul nuovo *caput nullitatis* introdotto in sede di appello è quello di grado superiore — di terza o di ulteriore istanza — a quello che giudica il nuovo capo, non il tribunale di seconda istanza presso il quale si potrebbe appellare una normale sentenza di prima istanza, nel caso in cui il tribunale agisce in virtù della facoltà sancita dal can. 1683 — oltre ad essere tribunale di appello — sia anche tribunale di prima istanza — ad es., un tribunale metropolitano — (cfr. J. OCHOA, *I titoli di competenza*, p. 79-80)».

(27) Cfr. TRIBUNALE APOSTOLICO DELLA ROTA ROMANA, *coram* Giannecchini, decreto, 18 giugno 1998, n. 3, riportato testualmente in TRIBUNALE APOSTOLICO DELLA ROTA ROMANA, *coram* Alwan, decreto, 25 febbraio 2003, cit., n. 15: «*in casu ulterioris appellationis ad tribunal tertii gradus recurrendum est, sicut in nostro casu accidit, quia revera iam in secundo gradu pertractata est*»; TRIBUNALE APOSTOLICO DELLA ROTA ROMANA, *Coram* Turnaturi, decreto, 4 marzo 2004, ..., cit., n. 4: «*Attento quod, post legitimam causae remissionem ad Nostrum Auditorium ad mentem canonis 1682 § 1*»; J. LLOBELL, *Incompetenza assoluta «ratione gradus»*, cit., par. 2, p. 754: «Il Tribunale Nazionale Argentino di Appello ...si è comportato sostanzialmente in adempimento della procedura prevista dal can. 1683. Lo dimostra univocamente il fatto che lo stesso Tribunale Nazionale di Appello abbia inviato *ex officio* ex can. 1682 § 1 la sua sentenza e gli atti alla Rota Romana in quanto tribunale di terza istanza».

(28) Cfr. J. LLOBELL, *Incompetenza assoluta «ratione gradus»*, cit., 2., pp. 751-754.

niale arrivi alla Rota Romana e venga, invece, giudicata da tribunali più disponibili ad «aiutare» i fedeli ad ottenere dichiarazioni di nullità matrimoniale non rispondenti alla verità, bensì dirette a sanare situazioni di fallimento matrimoniale di fatto⁽²⁹⁾. Tanto è necessario per garantire la tutela degli irrinunciabili principi del *favor veritatis*⁽³⁰⁾ e del *favor matrimonii*⁽³¹⁾ che devono presiedere lo svolgimento del processo matrimoniale canonico.

Deve osservarsi ancora — in riferimento al caso in esame — che, una volta interposto legittimo appello ed espletate le rituali formalità di citazione, anche in caso di rinuncia ai capi giudicati in prima istanza, trova attuazione il principio della *perpetuatio iurisdictionis* del tribunale competente per l'appello in ordine ai nuovi capi presentati *ex can. 1683*, come, peraltro, già la citazione in primo grado determina il tribunale di grado superiore dinanzi a cui il giudizio dovrà proseguire⁽³²⁾.

(29) Cfr. J. LLOBELL, *Il Tribunale competente*, cit., 4., p. 704-705: «è utile segnalare le motivazioni che nella realtà spingono taluni patroni (e, stando agli atti, anche tribunali) a evitare ...di trovarsi nella necessità di ottenere un provvedimento giudiziario di terza istanza per raggiungere la doppia sentenza conforme *pro nullitate*. Ciò che si vuole evitare assolutamente è dover adire la Rota Romana; non per il tempo o per le spese che forse sarà necessario impiegare, né per le difficoltà di traduzione degli atti, ecc., ma, più semplicemente perché presso la Rota Romana non si è sicuri di ottenere la dichiarazione di nullità voluta a prescindere dalla verità, attribuendosi un ingiusto "diritto alla nullità"».

(30) Cfr. PIO XII, *Discorso alla Rota Romana*, 2 ottobre 1944, nn. 1 e 2 b), in *AAS*, 36 (1944), pp. 281-290; GIOVANNI PAOLO II, *Discorso alla Rota Romana*, 18 gennaio 1990, n. 5, in *AAS*, 82 (1990), pp. 872-877, sul rapporto imprescindibile fra verità, giustizia e vera sollecitudine pastorale; GIOVANNI PAOLO II, *Discorso alla Rota Romana*, 22 gennaio 1996, n. 3b, in *AAS*, 88 (1996), pp. 773-777; Z. GROCHOLEWSKI, *Iustitia ecclesiastica et veritas*, in *Periodica*, 84 (1995), pp. 7-30.

(31) Cfr. P. BIANCHI, in *Codice di Diritto Canonico Commentato*, a cura di REDAZIONE Q.D.E., Ancora, Milano 2001, can. 1060, p. 857: «Il *favor* di cui gode non è altro che una particolare protezione che l'ordinamento tributa al matrimonio, considerato istituto di rilievo pubblico, irriducibile a una dimensione meramente privatistica. Tale protezione si esplica nel favorire l'accesso al matrimonio, diritto della persona (*favor antecedens*); nonché nel tutelare la stabilità del vincolo contratto e la certezza dello stato di vita coniugale (*favor consequens*)»; L. CHIAPPETTA, *Il Codice di Diritto Canonico*, cit., v. II, can. 1060, 3779. Sul confronto tra «*favor matrimonii*» e «*favor libertatis*», e sulla necessità di osservare un «*favor indissolubilitatis*», cfr. GIOVANNI PAOLO II, *Discorso alla Rota Romana*, 28 gennaio 2002, n. 7, in *AAS*, 94 (2002), pp. 340-346.

(32) Cfr. L. CHIAPPETTA, *Il Codice di Diritto Canonico*, cit., v. III, c. 1512, 5369: tra gli effetti della citazione «si determina la cosiddetta *perpetuatio iurisdictionis* (stabi-

È altresì interessante notare come l'eccezione alla regola generale del can. 1639 disposta dal can. 1683 — per cui il generale dovere del Tribunale di appello di contenere la propria cognizione nei limiti della causa già trattata in prima istanza è derogato nelle cause matrimoniali, ove il tribunale d'appello può ammettere un nuovo capo di nullità e giudicarlo «*tamquam in prima instantia*»⁽³³⁾ —, col m.p. *Sacramentorum sanctitatis tutela* del 30 aprile 2001⁽³⁴⁾, è stata estesa anche alle cause penali per i *delicta graviora*, con riferimento a nuovi capi d'imputazione da presentarsi in grado di appello.

Francesco Pappadia

lità della giurisdizione), per cui, supposto il legittimo titolo di competenza a norma dei cann. 1408-1414, la causa spetta ormai di diritto al giudice che, con la citazione, ha iniziato a trattarla. Conseguentemente, "ratione praeventionis", restano esclusi tutti gli altri giudici ugualmente competenti». C. DE DIEGO-LORA, in *Codice di Diritto Canonico e Leggi complementari commentato*, cit., can. 1512, p. 1011, precisa altresì: «dal punto di vista *giuridico-formale*, la legittima citazione produce anche effetti particolari. Innanzitutto il cosiddetto effetto della *perpetuatio iurisdictionis*, per il quale non soltanto acquista stabilità la competenza del giudice o del tribunale di primo grado, ma si determina anche quella dei gradi successivi d'appello (cfr. i cc. 1438-1440 e 1444)». Per l'applicazione del principio nella cause matrimoniali in particolare v. J.M. PINTO GOMEZ, *La Giurisdizione*, in *Il Processo matrimoniale canonico*, AA.VV., LEV, Città del Vaticano 1988, p. 65, e nota 84. Per il CIC '17, c. 1725, v., ad es., M. LEGA-V. BARTOCCEI, *Commentarius in Iudicia Ecclesiastica*, A.L.C.I., Romae 1939, vol. II, p. 541, n. 7; M. CONTE A CORONATA, *Compendium Iuris Canonici*, Marietti, Romae 1942, v. II, n. 1881.

⁽³³⁾ Cfr. TRIBUNALE APOSTOLICO DELLA ROTA ROMANA, *Coram Turnaturi*, decreto, 4 marzo 2004, cit., n. 13-14, *vide supra*.

⁽³⁴⁾ Cfr. GIOVANNI PAOLO II, «*Normae substantiales et processuales*» promulgate col m.p. «*Sacramentorum sanctitatis tutela*» (30 aprile 2001, in *AAS*, 93 (2001) pp. 737-739) e successive modifiche (7 novembre 2002-14 febbraio 2003) in questa *Rivista*, 16 (2004), pp. 313-321, 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*».

Note e commenti

Pagina bianca

CONSTITUTIVE LAW AND JURIDIC INSTITUTES (c. 86)

1. The Context and Text of C. 86. — 1.1. The Context of Canon 86. — 1.2. The Text of c. 86. — 2. The Mind of the Legislator on Canon 86. — 2.1. Parallel Passages. — 2.2. Antecedents to c. 86 since the 1917 Code. — 2.3. Buijs, Michiels, Creusen. — 2.4. Bertrams. — 2.5. Another Antecedent: *Regimini Ecclesiae universae*. — 2.6. Constitutive Law in the Code Revision Process. — 2.7. The Mind of the Legislator. — Conclusion.

The category of indispensable law commonly called «constitutive law» is governed by the rule of c. 86: «Laws are not subject to dispensation insofar as they determine the elements that are essentially constitutive of juridic institutes or acts»⁽¹⁾. This rule is also found in c. 1537 of the Eastern Code, with the addition of procedural and penal laws⁽²⁾. As E. Baura notes, the distinction between which elements of an act or institute are essential and which are accidental is not always evident in the practical order⁽³⁾, and H. Socha observes that this may lead to uncertainties in the application of c. 86⁽⁴⁾. Identifying the essential matters can be an

(1) The Latin text is given below. All translations in this study are those of the author.

(2) *CCEO* c. 1537: «Dispensationi obnoxiae non sunt leges, quatenus determinant ea, quae institutorum aut actuum iuridicorum essentialiter sunt constitutiva, nec leges processuales et poenales».

(3) E. BAURA states: «... il giudizio su quali siano gli elementi essenziali e quali accidentali non sarà sempre evidente sul piano pratico». See *La dispensa canonica dalla legge*, Pontificio Ateneo della Santa Croce Monografie Giuridiche, no. 12, Milano, Giuffrè, 1997, p. 168; see also IDEM, in *Comentario exegetico al Código de derecho canónico*, Pamplona, Ediciones Universidad de Navarra, 1996, vol. 1, p. 682.

(4) According to H. SOCHA, «Vorliegen und Grenzen der Wesenselemente von Rechtseinrichtungen und -handlungen sind nicht immer leicht und verlässlich auszumachen... Das kann zu Unsicherheiten in der Anwendung von 86 führen». See K. LÜDICKE (ed.), *Münsterischer Kommentar zum Codex Iuris Canonici*, vol. 1, Essen, Ludgerus, 1991, at c. 86, p. 3.

especially difficult task with respect to juridic institutes. The juridic act is a clearly defined notion in canonical doctrine, and one readily finds treatment by the authors of the essential elements of standard juridic acts such as marriage consent, religious profession, administrative acts, contracts, etc. However, such clarity is lacking with respect to the constitutive elements of juridic institutes. This study seeks to remedy this problem by investigating the meaning of constitutive law with particular reference to juridic institutes. By way of introduction, it may be helpful to consider a hypothetical case.

The prefect of a small apostolic prefecture wants to know whether he can dispense from the requirement of having a finance council (c. 492). The prefecture is in a remote and underdeveloped area of the world where the faithful are largely illiterate; the clergy are few, laden with multiple responsibilities, and mostly live at some distance from the curia. The prefect believes it is better to have no finance council than to burden the missionaries or to rely on laity who lack the necessary knowledge and experience. Consequently, he thinks he has a just and reasonable cause for a dispensation, having taken into account the gravity of the law and the circumstances of the case (c. 90). Can he himself dispense from the law, or must he petition for an indult from the Holy See?

The solution to the case depends on whether c. 492 is a constitutive law or a merely disciplinary law. It has the nature of a constitutive law in that it determines an essential part of the diocesan curia (a juridic institute), and the required offices and organs of the diocesan curia are also required of an apostolic prefecture unless the law determines otherwise (cf. cc. 368; 371, §1; 381, §2). While it may seem evident that c. 492 is a constitutive law since it is a necessary organ of a particular church, this conclusion does not follow from the explanations of constitutive law given in a good part of the canonical doctrine extending from the time the revised Code was promulgated up to the present day. Authors note that constitutive law establishes the essential elements of a juridic institute or act, and they conclude from this that if any such element were lacking, the institute or act would be non-existent since it is missing something essential to its nature. It follows from this way of thinking that the requirement of a finance council is merely disciplinary, because if it were constitutive, the juridic institute of

the diocesan curia could not exist without it⁽⁵⁾. However, the rest of the curia still remains intact even without a finance council. Based on the explanation of constitutive law presented by these authors, one could only conclude that the finance council is not essential to the diocesan curia, so the law requiring it is not constitutive and, consequently, the prefect can dispense from it⁽⁶⁾.

In this study we shall show that this understanding of constitutive law is incomplete because it does not adequately account for the nature of constitutive laws as they relate to juridic institutes.

(5) This conception of constitutive law is somewhat widespread. Examples include prominent canonists and commentaries: F.J. URRUTIA says constitutive law cannot be dispensed because it establishes the elements without which the juridic institute or act would not exist: «Nequit versari dispensatio quoad legem *constitutivam*, seu quae statuit elementa sine quibus non existit: 1) *institutum* iuridicum ... [et] 2) *actus* iuridicus ...». See *De normis generalibus, Adnotationes in Codicem: Liber I*, Rome, Pontificia Universitas Gregoriana, 1983, p. 53. J.E. RISK says «the absence of any one essential element would render either the institute or the act juridically or lawfully non-existent» (in J.A. CORIDEN, T.J. GREEN, and E. HEINTSCHEL [eds.], *Code of Canon Law: A Text and Commentary*, New York and Mahwah, NJ, Paulist, 1985, p. 65). E. LABANDEIRA says a constitutive element of a juridic institute or act cannot be dispensed without depriving them of their nature: «... cada institución jurídica ... y cada acto jurídico típico ... tienen unos elementos esenciales de los que no pueden ser privados sin que pierdan su naturaleza. Una dispensa en esos terrenos sería caer en el nominalismo jurídico, con grave daño para la seguridad y el bien de las almas». He gives two examples of the absurdities that would result if a dispensation from constitutive law were contemplated—dispensing from the need for a community to establish a parish or dispensing from the elements of will, object, and cause in a contract. See *Tratado de derecho administrativo canónico*, 2nd ed. rev., Pamplona, Ediciones Universidad de Navarra, 1993, pp. 340-341. J.P. MCINTYRE says that an essential element that is missing would invalidate an act or an institute (in J.P. BEAL, J.A. CORIDEN, and T.J. GREEN [eds.], *New Commentary on the Code of Canon Law*, New York and Mahwah, NJ, Paulist Press, 2000, p. 130). To be sure, not all authors take this approach. A. MENDONÇA, for example, says the dispensation of a constitutive law «would amount to a derogation from the law in question, and the institute or act concerned would be radically and essentially defective;» but he does not say it would be non-existent (in G. SHEEHY, et al. [eds.], *The Canon Law: Letter and Spirit*, Collegeville, Liturgical Press, 1995, p. 49).

(6) The logic behind this conclusion can perhaps be demonstrated better as a syllogism: (1) Constitutive law defines the essential elements of a juridic institute or act so that, without any such element, the institute or act is non-existent. (2) The diocesan curia is a juridic institute. (3) The diocesan curia is not non-existent when there is no financial council. (4) Therefore, the law requiring a finance council cannot be constitutive but is merely disciplinary.

The explanation of constitutive law—as establishing the essential elements without which an act or institute is non-existent—is correct with reference to juridic acts, but it does not apply to most juridic institutes. In the above case, the juridic institute that is the diocesan curia would not be non-existent without a finance council; all the other offices and organs would remain. The curia would suffer a serious defect without a finance council, since the supreme legislator has made it a necessary requirement of every diocesan curia, but the curia would not lose its essence without it.

The first part of this study seeks to understand the meaning of constitutive law in c. 86 by examining it in its context and explaining the key terms of the text. The second part investigates parallel places in the law and the purpose and circumstances of the law to shed further light on the mind of the legislator. This will show that c. 86 cannot be understood in the same way for juridic institutes as it is for juridic acts and that, indeed, the concept of constitutive law has a much broader meaning with respect to juridic institutes than it has for juridic acts.

1. *The Context and Text of C. 86.*

Canon 17 directs the interpreter of the law first to consider the proper meaning of the words of the law considered in their text and context. After a brief overview of the context of c. 86, we shall examine the text of the canon and explain the meaning of the key words.

1.1. *The Context of Canon 86.*

Canon 86 is in the section of the Code on dispensations, which is in Title IV of Book I, on singular administrative acts. A dispensation is a singular administrative act granted by rescript, so the common norms on singular administrative acts (cc. 35-47) and rescripts (cc. 59-75) also apply to dispensations as well as the general norms on juridic acts (cc. 124-126) (7). Canon 86 is the second of the canons in the title on dispensations (cc. 85-93). Canon 85

(7) For a comprehensive study of the rescript as a singular administrative act, see J. CANOSA, *Il rescritto come atto amministrativo nel diritto canonico*, Pontificia Università della Santa Croce Monografie Giuridiche, no. 24, Milan, Giuffrè, 2003.

gives a definition of dispensations, saying in part that they pertain only to the merely ecclesiastical law; thus, divine laws cannot be dispensed. Canon 86 excludes another category of law from dispensation, commonly called constitutive law⁽⁸⁾. Canon 87, § 1 treats the competence of the diocesan bishop to dispense the faithful from universal and particular disciplinary laws issued for his territory or his subjects by the supreme authority of the Church; it adds that he cannot dispense from procedural laws, penal laws, or laws whose dispensation is specially reserved to the Apostolic See or some other authority. Canon 87, § 2 treats the competence of the ordinary to dispense from universal and particular laws issued by the supreme authority in a case when recourse to the Holy See is difficult and there is danger of grave harm in delay, and this also applies to laws whose dispensation is reserved to the Holy See provided it is accustomed to grant the dispensation in the same circumstances. Diocesan laws, laws issued by a particular council, and laws of the conference of bishops may be dispensed by a local ordinary in accord with c. 88. Canons 89-93 treat other matters on dispensation not directly germane to this study. Of principal concern from this context are the six categories of laws distinguished in cc. 85-87, namely: (1) divine laws, (2) constitutive laws, (3) disciplinary laws, (4) procedural laws, (5) penal laws, and (6) laws whose dispensation is specially reserved to the Apostolic See or another authority. The diocesan bishop may only dispense from laws in the third category (apart from the exceptional situations of cc. 14 and 87, § 2 with respect to laws whose dispensation is reserved).

1.2. *The Text of c. 86.*

The Latin text of c. 86 reads: «Dispensationi obnoxiae non sunt leges quatenus ea definiunt, quae institutorum aut actuum iuridicorum essentialiter sunt constitutiva». The key terms of the canon for purposes of this study are *dispensatio*, *obnoxius*, *definire*, *institutum iuridicum*, *actus iuridicus*, *essentialiter*, and *constitutivus*.

⁽⁸⁾ Divine laws that are essentially constitutive of juridic institutes and acts (such as the natural law requirement of free consent to make a marriage) are not the concern of c. 86, since it is already clear from c. 85 that divine laws cannot be dispensed.

The meaning of the noun *dispensatio* is given in c. 85. It is a relaxation of the merely ecclesiastical law in a particular case. Dispensations may be granted within the limits of their competence by those who have the necessary executive power of governance, whether by law or delegation. The constitutive laws referred to in c. 86 are merely ecclesiastical laws because c. 85 already implicitly excluded all divine laws from dispensation, including those divine laws that are essentially constitutive of a juridic institute or act.

The adjective *obnoxius* means «subject to». The canon says constitutive laws are *not* subject to dispensation. On the one hand, this could mean that no one except the legislator himself may dispense from constitutive law. This may have been the understanding of the group that drafted c. 1537 of the Eastern Code⁽⁹⁾. On the other hand, c. 86 could mean that constitutive laws cannot be dispensed by anyone, not even by the legislator. We believe this second view is correct. The canon says in no uncertain terms that constitutive laws are not subject to dispensation; it does not say that their dispensation is reserved to the legislator. However, this does not eliminate the possibility of the pope or competent Roman dicastery granting a privilege (special faculty, indult) contrary to a constitutive law, as discussed below.

The meaning of *instituta (iuridica)* in c. 86 is by no means immediately obvious; even its translation is inconsistent⁽¹⁰⁾. In fact,

⁽⁹⁾ Initially, the draft Eastern canon was exactly the same as c. 86. The category of procedural law was added to make it clear that only the legislator himself could dispense from it, but not the patriarch, major archbishop, or the dicasteries of the Holy See. Although this explanation was given only regarding procedural law, it would be logical also to extend it to constitutive law and penal law, since all three categories of law are in the same canon. «... il principio secondi cui la dispensa non è possibile nelle leggi *ad iudicia spectantes* è generale, cioè non si riferisce solo al vescovo eparchiale, come il can. 175 § 1, ma anche a tutte le altre autorità che non sono il legislatore stesso che ha promulgato le leggi, così al Patriarca, all'Arcivescovo Maggiore e agli stessi Dicasteri della Santa Sede ...». See *Nuntia*, 18 (1984), p. 92. It was explained that penal law could not be dispensed *ex natura rei*, but this seems to have been based on a confusion between a dispensation from a penal law and a «dispensation» from the penalty itself: «Per quanto riguarda le leggi penali si nota che esse *ex natura rei*, commesso il delitto ed inflitta la punizione *ferendae sententiae*, non ammettono una dispensa, ma una *remissio poenae* se esistono le condizioni richieste (emendamento, riparazione dei danni e dello scandalo)». In *ibid.*

⁽¹⁰⁾ P. ERDŐ notes that the phrase *institutorum aut actuum iuridicorum* of c. 86 is translated in three ways in the various vernacular versions of the Code: juridic

P. Erdö has concluded that its use in c. 86 of the *CIC* and c. 1537 of the *CCEO* has no parallel elsewhere in these Codes or in the 1917 Code⁽¹¹⁾. Still, there is some consensus in the doctrine that the term «juridic institutes» is not limited only to institutes of constitutional law⁽¹²⁾ but may be understood very broadly as «any juridic reality typified by a unitary ensemble of norms»⁽¹³⁾. Authors give various examples of juridic institutes, including the parish, institutes of consecrated life, ecclesiastical office, associations, dispensations, the diocese, the diocesan curia, preaching and the sacraments, juridic personality, contracts, legal rights, juridic status, marriage, domicile, the vicar general, juridic persons, the clergy, the hierarchy, etc.

An *actus iuridicus* is a human act, lawfully placed, by which a person capable in law manifests his or her intention to bring about a specific juridic effect or effects recognised in law⁽¹⁴⁾. Juridic acts

institutes and acts, institutes and juridic acts, or institutions and juridic acts. He says the first is correct. This is the common view of other authors as well. See «La nozione dell'istituzione nel CIC (Osservazioni sul c. 86)», in F.R. AZNAR GIL (ed.), *Magister canonistarum: Estudios con motivo de la concesión al Prof. Dr. D. Urbano Navarrete, S.I., del doctorado honoris causa*, Bibliotheca Salmanticensis Estudios, no. 163, Universidad Pontificia Salamanca, 1994, p. 44.

⁽¹¹⁾ Ibid., pp. 46-47.

⁽¹²⁾ See W. AYMANS and K. MÖRSDORF, *Kanonisches Recht: Lehrbuch aufgrund des Codex Iuris Canonici*, vol. 1, Paderborn, Ferdinand Schöningh, 1991, p. 274; BAURA, *La dispensa canonica dalla legge*, p. 169; ERDÖ, *La nozione dell'istituzione*, pp. 52-53.

⁽¹³⁾ In BAURA'S words, a juridic institute is «... qualunque realtà giuridica tipizzata da un insieme unitario di norme» (*La dispensa canonica dalla legge*, p. 169). Elsewhere, Baura says the term refers to those basic forms of the juridic order that are typified by an ensemble of rules treating the same matter: «En el sentido amplio empleado por el canon, la expresión *institución jurídica* alude a aquellas formas básicas de la organización jurídica, que están tipificadas por un conjunto de reglas que versan sobre una misma materia ...» (in *Comentario exegetico*, vol. 1, p. 681). L. CHIAPPETTA defines it as the complex of principles and norms that regulate a determined law or relation that has in itself a certain completeness: «L'istituto giuridico è il complesso di principi e di norme che regolano un determinato diritto o rapporto avente in sé una certa completezza ...» (in *Il Codice di diritto canonico: Commento giuridico-pastorale*, 2nd ed. rev., vol. 1, Rome, Edizioni Dehoniane, 1996, p. 131).

⁽¹⁴⁾ The precise wording of this definition is mine, but it draws upon common elements found in other authors. It is beyond the scope of this study to explain the definition, but this is unnecessary, as the canonical doctrine is well established. See, e.g., O. ROBLEDA, «De conceptu actus iuridici», in *Periodica*, 51 (1962), pp. 413-446;

are commonplace in the canonical system. Examples include marriage consent, religious profession, transfer to the church *sui iuris* of one's spouse, vows and oaths, promulgation of laws, singular decrees (e.g., assignment to an office, removal from office, canonical erection of a sacred place, erection of a parish, dedication of a church, establishment of an association of the faithful, establishment of a juridic person, suppression or division of a juridic person, etc.), the grant of a rescript (dispensation, privilege, other favours), judicial decrees and sentences, imposition or declaration of penalties, alienation of ecclesiastical goods, contracts, wills and donations. The concept of the juridic institute is much broader than that of the juridic act. A juridic act is a specific, legally circumscribed act of a physical person or collegial group. A juridic institute is any entity regulated by law. The constitutive laws governing a juridic act are few in number, as they pertain only to the essential elements that constitute the act itself. The constitutive laws that govern a juridic institute generally are more plentiful, as they refer to everything legally necessary to comprise the institute as determined by the legislator. Moreover, the same matter may be both an act and an institute, such as marriage consent.

The verb *definire* means «to solve», «to limit», «to define», «to determine»⁽¹⁵⁾. It is best translated as «determine» in c. 86. In fact, the legislator uses the word *determinare* in the parallel c. 1537 of the CCEO. Constitutive laws *determine* those things that are essentially constitutive of juridic institutes or acts. Translating *definire* as «define» risks misunderstanding the canon by limiting constitutive laws only to formal legal definitions.

The adjective *constitutivus* means «determining», «constituent», «component», «originative». It is best translated as «con-

IDEM., *La nulidad del acto juridico*, 2nd ed., Rome, Università Gregoriana, 1964; W. ONCLIN, *De requisitis ad actus iuridici existentiam et validitatem*, in *Studi in onore di Pietro Agostino d'Avack*, vol. 3, Milano, Giuffrè, 1976, pp. 397-419; S.M. HUGHES, «A New Title in the Code: On Juridical Acts», in *Studia Canonica*, 14 (1982), pp. 391-403; J. FORNÉS, «El acto jurídico-canónico: sugerencias para una teoría general», in *Ius Canonicum*, 25 (1985), pp. 57-89; R. PALOMBI, «Aspetti dell'invalidità dell'atto giuridico nella vigente legislazione canonica», in *Apollinaris*, 66 (1993), pp. 219-250; and H. PREE, «On Juridic Acts and Liability in Canon Law», in *The Jurist*, 58 (1998), pp. 41-83, 479-514.

(15) LEO F. STELTEN, *Dictionary of Ecclesiastical Latin*, Peabody, MA, Hendrickson Publishers, 1995, p. 68.

stituent» or «constitutive», as it refers to the necessary elements comprising a juridic institute or act. The verb form, *constituere*, means «determine», «make», «appoint», «constitute», «establish», «arrange»⁽¹⁶⁾. Thus, the constitutive elements of a juridic institute or act are those things that determine or make it what it is in law. It should be noted that *constitutiva* does not modify *leges* but *ea* («those things», i.e., the necessary elements of a juridic institute or act). The canon does not use the expression «constitutive law». Nevertheless, *leges constitutivae* was the term used by Pope Paul VI in *De episcoporum muneribus*, as discussed below, and it is widely accepted in canonical doctrine. It is a useful term for expressing the meaning of this distinct category of laws.

The adverb *essentialiter* demands particular attention. In the classical period of ancient Rome, the adjective *essentialis* had but one meaning. It came from *essentia* (a translation of the Greek οὐσία), the essence or substance of a thing; «essential» in this sense means «that which pertains to the essence or nature of thing». By the Middle Ages the word also came to mean «indispensable», «necessary». In the same vein, the adverb *essentialiter* not only means «essentially» in the original sense of pertaining to the essence of a thing, but it also has the second sense of the adjective and may be translated as «basically», «fundamentally», «necessarily»⁽¹⁷⁾. The words «essential» and «essentially» also have these two meanings in English and other modern European languages (e.g., *essentiel*, *essenziale*, *esencial*)⁽¹⁸⁾. The word *essentialiter* in c. 86 may have either meaning, depending on the matter at hand. The principal thesis of this study is that the first meaning applies to elements that are constitutive of juridic *acts* and only rarely to juridic institutes; the second meaning applies to elements that are constitutive of juridic *institutes*. If an essentially constitu-

⁽¹⁶⁾ Ibid., p. 56.

⁽¹⁷⁾ R.E. LANTHAM et al. (eds.), *Dictionary of Medieval Latin from British Sources*, Oxford University Press, 1997, p. 807.

⁽¹⁸⁾ In German, the word *wesentlich*, used to translate *essentialiter*, has a number of different meanings, including *hauptsächlich*, *nennenswert*, *bedeutsam*, *wichtig*, *grundsätzlich*, *grundlegend*, *unerlässlich*, etc. See O. SPRINGER (ed.), *Der Neue Muret-Sanders Langenscheidts enzyklopädisches Wörterbuch*, Berlin, Langenscheidt, 1974, p. 1793; and J. GRIMM and W. GRIMM, *Deutsches Wörterbuch*, Leipzig, S. Hirzel, 1960, vol. 2, cols. 592-600.

tive element were missing from a juridic act, the act would be null, because it would be lacking something that pertains to its very essence. If an essentially constitutive element were missing from a juridic institute, the juridic institute may or may not be non-existent. In most cases, the juridic institute would still exist, but it would be deficient because it would be lacking a fundamental and necessary juridic requirement.

2. *The Mind of the Legislator on Canon 86.*

We have presented an explanation of the meaning of the text of c. 86 by examining it in its context and defining its principal terms. We have seen that a key word of the canon, *essentialiter*, has two meanings, but a large part of the canonical doctrine has only recognized the first one, so a doubt arises whether both meanings are indeed applicable to c. 86 or just the first. To clarify such an obscurity, c. 17 directs the interpreter to explore further by investigating parallel places in the law, the purpose and circumstances of the law, and the mind of the legislator. Thus, after briefly seeing how the words *essentialis* and *essentialiter* are used elsewhere in the Code, we shall examine the historical antecedents to c. 86, especially the 1966 *Motu Proprio, De episcoporum muneribus*, and the divergent canonical doctrine on it, as well as the drafting of c. 86 in the Code revision process. All this is intended to clarify the *mens legislatoris* regarding the meaning of c. 86.

2.1. *Parallel Passages.*

The adverb *essentialiter* is used in only one other canon besides c. 86. Canon 124, § 1 states: «For the validity of a juridic act, it is required that it be placed by a capable person, and there be present in it those things that essentially constitute the act itself, as well as the formalities and requirements imposed by law for the validity of the act». The adjective *essentialis* is used in five canons, one of them on the execution of an administrative act (c. 42) and the other four on the essential properties, obligations, and elements of marriage (cc. 1056; 1095, 2^o, 3^o; 1101, § 2; 1125, 3^o). In each of these canons, the first meaning of *essentialis* is evident. If something essential were lacking, the act of executing an administrative act and the act of marriage consent would be invalid. However, these canons use the word «essential» principally in

connection with juridic acts, not institutes; the same is true of the Eastern Code⁽¹⁹⁾. Since there are no exact parallels in either Code that would help explain the meaning of *essentialiter* in c. 86 with reference to juridic institutes, it is all the more necessary for a correct interpretation to explore the purpose and circumstances of the law. This we shall do by first considering the antecedents in law to c. 86, especially *De episcoporum muneribus* and the canonical doctrine on it.

2.2. Antecedents to c. 86 since the 1917 Code.

The 1917 Code did not know the term *lex constitutiva*. However, it appeared in a 1921 document of the Sacred Congregation for Religious on the erection of new religious congregations, which was a revision of a document first published in 1901⁽²⁰⁾. The expression was found in a section on the approval of constitutions. After giving a long list of what must *not* be included in the constitutions, the document stated positively that «the constitutions should contain only the constitutive laws of the congregation and the laws directive of the activities of the community, whether pertaining to governance or to the discipline and norm of life»⁽²¹⁾. The document went on to define these laws more precisely as those giving the notions and dispositions pertaining to the nature, vows, members, and way of life of the congregation and the governance, administration, and offices of the congregation⁽²²⁾. Con-

⁽¹⁹⁾ The *CCEO* uses *essentialiter* and *essentialis* in the same ways as the Latin Code except that c. 1523, which is the parallel of *CIC83* c. 42, does not use the expression «essential conditions» but speaks of «conditions attached to the mandate for the validity of the act». For the other uses of these words, see *CCEO* cc. 776, § 3; 814; 818, 2^o, 3^o; 824, § 2; 931, § 1; and 1537.

⁽²⁰⁾ Congregation for Bishops and Regulars, *Normae secundam quas S. Congr. Episcoporum et Regularium procedere solet in approbandis novis institutis votorum simplicium*, 28 June 1901, Rome, Typis S.C. de Propaganda Fide, 1901.

⁽²¹⁾ According to no. 22 i, «... constitutiones continere debeat tantum leges constitutivas Congregationis et directivas actuum communitatis, sive quod ad gubernium attinent, sive quod ad disciplinam et normam vitae» (*Normae ex Decreto 6 mart. 1921 secundum quas sacra Congregatio de religiosis in novis religiosis congregationibus approbandis procedere solet*, 6 March 1921, in *AAS*, 13 [1921], p. 317). This sentence was reproduced exactly as it had been in the predecessor document of 1901, p. 11, no. 33.

⁽²²⁾ «Constitutionum codex continere debet ea quae respiciunt notiones et di-

stitutive law was thus portrayed as a broad category of law dealing with the fundamental matters of the religious institute's nature, membership, governance, structures, offices, etc. Clearly, the authors of this document did not regard constitutive laws as limited only to laws that determine those elements of the religious congregation such that it would not exist without every such element. Rather, constitutive law in this document consisted of all the laws establishing the necessary and fundamental matters required of every religious congregation.

The immediate antecedent to c. 86 in the universal law was the 1966 *Motu Proprio* of Pope Paul VI, *De episcoporum muneribus* (23), whose purpose was to implement the Vatican II Decree *Christus Dominus* 8b, which had given to diocesan bishops the power to dispense in particular cases from general laws of the Church except for laws specially reserved to the supreme authority. *De episcoporum muneribus* excluded from the bishop's dispensing authority the laws that the Apostolic See was never accustomed to dispense, or only very rarely dispensed. Before listing all the laws whose dispensation was reserved, the pope established several general rules and principles, of which a sentence in no. IV is most pertinent to this study: «The faculty to dispense is exercised regarding preceptive or prohibitive laws, but not constitutive laws» (24). Nothing further was said about constitutive laws. This same no. IV excluded procedural laws from the dispensing power of bishops and said that the grant of a permission, faculty, indult, or absolution is not included in the notion of dispensation. The following norm said that bishops may dispense only from ecclesiastical disciplinary laws, not from any divine laws that the pope may

spositiones: (a) de religiosae Congregationis natura, votis, membris et modo vivendi; (b) de Congregationis gubernio, administratione et officiis» (ibid. no. 23).

(23) PAUL VI, Apostolic Letter, 15 June 1966, in *AAS*, 58 (1966), pp. 467-472. Elsewhere, this pope used the term the *ius constitutum*, but he was referring only to constitutional law. See Allocution *Post duos menses*, 21 November 1964, in *AAS*, 56 (1964), p. 1009; and Allocution *Singulari cum Animi*, 20 November 1965, in *AAS*, 57 (1965), p. 988. This later came to be called the *lex fundamentalis Ecclesiae*. See *Communicationes*, 1 (1969), p. 105; and E. BONET, «De iure constitutivo seu potius fundamentali Ecclesiae», in *Apollinaris*, 40 (1967), pp. 123-127.

(24) «Facultas autem dispensandi exercetur circa *leges praecipientes vel prohibentes*, non autem circa *leges constitutivas*». Preceptive laws give a positive command to do something; prohibitive laws forbid something.

dispense in virtue of the vicarious power that he may have, such as the dispensation from a ratified but non-consummated marriage, privilege of the faith, etc. (no. V). The remainder of the *Motu Proprio* contained several additional rules on dispensations, well known to canonists, and a lengthy list of laws whose dispensation was reserved to the Apostolic See, most of which still are so reserved. Indeed, much of *De episcoporum muneribus* was taken up into the 1983 Code. Nothing was said of penal law being reserved, so it may have been considered constitutive law.

In sum, *De episcoporum muneribus* enumerated five categories of law: divine laws, constitutive laws, procedural laws, disciplinary laws, and [disciplinary] laws whose dispensation is reserved to the Apostolic See. In ordinary circumstances and for the spiritual good of the faithful, the bishop could only dispense from disciplinary laws not reserved to the Apostolic See⁽²⁵⁾. Disciplinary laws were circumscribed rather narrowly as preceptive and prohibitive laws, that is, laws in the disciplinary realm which positively command that something be done or prohibit something. There was no definition or explanation of constitutive law but, as in the 1921 document of the Congregation for Religious, it appears in the *Motu Proprio* as a broad category of law consisting of the laws that are not divine laws, procedural laws, or disciplinary laws (that command or prohibit).

The use of the term «constitutive laws» in *De episcoporum muneribus* took many canonists by surprise. Their commentaries on the Apostolic Letter reveal they had never heard of the term and found it difficult to explain⁽²⁶⁾. Commentators on the 1917

(25) It is evident that the laws reserved to the Apostolic See are disciplinary laws, not only due to the fact that they are preceptive or prohibitive in nature, but also by the mere fact that their dispensation is reserved. If they were not disciplinary laws, there would be no need to reserve their dispensation, as the bishop could not dispense from them anyway. One category of reserved law in the *Motu Proprio* was that of the general laws affecting religious as such (IX, 4). Again, this may be considered to refer to disciplinary laws affecting religious, as it would have been unnecessary to reserve constitutive laws.

(26) Several commentators were quite candid about this. E.g., W.J. LADUE wrote that the fourth and fifth paragraphs of *De episcoporum muneribus* «are without doubt the most perplexing for the jurist, and allow for the greatest variety of opinion in interpretation... Perhaps many had the same feeling, but I must confess that the term, *lex constitutiva*, was somewhat new to me... The interpretation of this relatively

Code had distinguished preceptive and prohibitive laws, invalidating and incapacitating laws, and permissive and penal laws, but they did not know the category of constitutive law⁽²⁷⁾. Two commentators on the *Motu Proprio* are worth considering here because of their particular ideas and later influence — Buijs and Bertrams — each taking a much different position. The positions of Michiels and Creusen — although they wrote prior to the promul-

unexplored juridical concept ... will no doubt give us trouble in the future». See «*De Episcoporum Muneribus*», in *The Jurist*, 27 (1967), pp. 421-422. E.F. REGATILLO expressed bafflement about the meaning of constitutive law since *De episcoporum muneribus* offered no definition, nor were canonists accustomed to do so. He said it is something highly obscure and difficult to discern in practice: «¿Qué son constitutivas? Ni el *Motu proprio* lo declara, ni suelen declararlo los canonistas. Es cosa sumamente oscura y difícil de discernir en la práctica». See «*Facultad de los Obispos para dispensar de las leyes generales de la Iglesia*», in *Sal Terrae*, 55 (1967), p. 765. J. LEDERER spoke of the evident difficulty in knowing the meaning of *leges constitutivae*, a term unknown in the *CIC*: «Die aufgezeigte Schwierigkeit läßt sich nicht mit *De episcoporum muneribus* Hinweis beheben, der Ausdruck "leges disciplinares" werde in Nr. IV Abs. 1 Satz 2 doch dahin verdeutlicht, daß die Dispensgewalt der Diözesanbischöfe nur gegenüber gebietenden und verbietenden Gesetzen, nicht aber "circa leges constitutivas" wirksam ist. Die Bezeichnung "leges constitutivae" ist der Sprache des *CIC* unbekannt». See «*Die Neuordnung des Dispensrecht*», in *Archiv für katholisches Kirchenrecht*, 135 (1966), pp. 415-443. K. MÖRS DORF found the expression *leges constitutivae* «enigmatic». He speculated that it might be equivalent to *leges constitutionales*. See «*The Diocesan Bishop's Power of Dispensation according to the Decree *Christus Dominus*, Article 8 b*», in H. VORGRIMLER (ed.), *Commentary on the Documents of Vatican II*, vol. 2, New York, Herder and Herder, 1968, p. 223. R. RYAN agreed with Mörsdorf. See «*The Dispensing Authority of the Residential Bishop of the Latin Rite Regarding the General Laws of the Church*», in *The Jurist*, 35 (1975), p. 201. Some commentators were silent on the topic, possibly because they had no idea of the meaning of constitutive law. See, e.g., J. DENIS, «*L'exercice du pouvoir de dispense des évêques diocésains depuis Vatican II*», in *L'Année Canonique*, 13 (1969), pp. 65-78; R. KENYON, «*A Compendium of Episcopal and Presbyteral Powers of Dispensation*», in *The Jurist*, 38 (1978), pp. 190-202; F. LODOS VILLARINO, «*Los obispos y la Sede Apostolica*», in *Revista española de derecho canónico*, 21 (1966), pp. 417-460; J. RIETMEIJER, «*The Bishop's Competence in Matters of Dispensation*», in *Concilium* (1969) no. 8, pp. 52-58. E. REGATILLO did not attempt to explain constitutive law but he gave the example of laws that are constitutive of juridic capacity, such as the law on the legitimation of illegitimate children by the subsequent marriage of their parents. See «*Facultad de los obispos para dispensar de las leyes generales de la Iglesia*», in *Sal Terrae*, 55 (1967), pp. 754-778.

⁽²⁷⁾ On this point, see L. BUIJS, «*De potestate Episcoporum dispensandi*», in *Periodica*, 56 (1967), p. 101.

gation of *De episcoporum muneribus* — are also treated since they are central to Buijs's argument and to the development of the canonical doctrine on constitutive law.

2.3. *Buijs, Michiels, Creusen.*

Although the term «constitutive law» was not found in the 1917 Code and was unknown to most authors, L. Buijs maintained that I. Creusen and G. Michiels had each treated it but had defined it differently. Buijs said Creusen's definition was too broad, and he pronounced as correct what he called the strict definition of constitutive law offered by Michiels⁽²⁸⁾. Thereafter, some authors would cite Michiels on the meaning of constitutive law, some of them reaffirming Buijs's view that constitutive law must be understood in a strict sense⁽²⁹⁾. However, a reexamination of what Creusen and Michiels were actually saying reveals that Buijs had greatly oversimplified and distorted the matter. In particular, Buijs's statement that constitutive law must be understood in the strict sense was mistaken. We shall see that his notion of constitutive law is not the one that found its way into the 1983 Code. Before taking up the position of Bertrams, we must first reconsider the positions of Michiels and Creusen that came to influence canonical doctrine largely via Buijs.

In the first edition of his work published in 1929, Michiels did not use the precise term «constitutive law», but he did speak

(28) *Ibid.*, pp. 101-102. Buijs argued that invalidating and incapacitating laws must be in a separate category from constitutive law or it would have been superfluous for the pope to have reserved certain invalidating and incapacitating laws elsewhere in *De episcoporum muneribus* (no. IX). He therefore concluded that Creusen had too broad an understanding of constitutive law, this despite the fact that Creusen did not even use the term «constitutive law»! Buijs set up a false dichotomy between Michiels and Creusen, one that had considerable influence on canonical doctrine. See C.X. HEITZMANN HERNÁNDEZ, *La potestad de dispensar de las leyes universales en la génesis del canon 87*, Rome, Centrum Academicum Romanum Sanctae Crucis Facultas Iuris Canonici, 1989, p. 244.

(29) Regarding the commentators on *De episcoporum muneribus*, see W. LADUE, «De Episcoporum Muneribus», in *The Jurist*, 27 (1967), p. 422; and J. BERNHARD, «Les premières normes d'application de quatre décrets du concile: Les motu proprio *Ecclesiae Sanctae* et *De episcoporum muneribus*», in AA.VV., *La charge pastorale des Évêques: Décret «Christus Dominus»*, Unam Sanctam, no. 74, Paris, Les Éditions du Cerf, 1969, pp. 400-401. For later authors, see footnote 5.

of laws that establish the constitutive elements of an act⁽³⁰⁾. In 1930, Van Hove took much the same approach as did Michiels, referring to this category of laws as *leges quae sunt iuris constitutivae*⁽³¹⁾. In the revised edition of his book published in 1949, Michiels used very similar terminology, as will be seen. It is this second edition that influenced later authors⁽³²⁾.

Michiels based his understanding of constitutive law on c. 1680, § 1 of the 1917 Code, which he cited in his discussion and used as support for his position. Canon 1680, § 1 was in a section of Book IV treating judicial actions for the nullity of acts. It stated: «An act is only to be held null when it is missing *those things that essentially constitute the act itself*, or the formalities or conditions are lacking that are required by the sacred canons under pain of nullity»⁽³³⁾. The italicized phrase (*quae actum ipsum essentialiter constituunt*) parallels the phrase of c. 86 on those things that are essentially constitutive of acts and institutes (*quae ... essentialiter sunt constitutiva*). The key difference between the two Codes is that CIC17 was only treating the nullity of acts, whereas CIC83 treats both juridic institutes and acts.

Michiels briefly explained what he meant by constitutive law in his commentary on c. 11 (the present c. 10), which held that invalidating and incapacitating laws are only those that are expressly stated as such in the law. Michiels contended that c. 11 did not apply to «an ecclesiastical law that is constitutive of law» (*lex ecclesiastica iuris constitutiva*). This kind of law «positively deter-

⁽³⁰⁾ G. MICHIELS, *Normae generales iuris canonici: Commentarius Libri I Codicis Iuris Canonici*, vol. 1, Lublin, Universitas Catholica, 1929, pp. 277-278.

⁽³¹⁾ A. VAN HOVE, *De legibus ecclesiasticis*, vol. I, tome II, Rome, H. Dessain, 1930, p. 167, no. 157: «... [leges] quae sunt *iuris constitutivae*, seu quae determinant condiciones ad validitatem actus, cuius facultas non est ex iure divino naturali aut positivo, sed ex sola lege positiva humana, adeo ut actus ille non sit, nisi quatenus ius humanum facultatem concedat, puta iurisdictionem Vicarii Generalis, effectus canonicos professionis sollemnis religiosae». He did not explain what he meant by the term *ius* in speaking of laws (*leges*) that are constitutive of law (*ius*). There is no doubt from the context, however, that both he and Michiels were referring to ecclesiastical laws that establish the elements necessary for the validity of acts.

⁽³²⁾ G. MICHIELS, *Normae generales iuris canonici: Commentarius Libri I Codicis iuris canonici*, 2nd ed. rev., vol. 1, Paris, Desclée, 1949.

⁽³³⁾ «Nullitas actus tunc tantum habetur, cum in eo deficiunt quae actum ipsum essentialiter constituunt, aut sollemnia seu condiciones desiderantur a sacris canonibus requisitae sub poena nullitatis».

mines the *intrinsic form*, that is, the essential elements of an act itself, and gets from canon law its origin and its entire state, constituting its essence, that is, its [legally] determined nature»⁽³⁴⁾. He said such laws always must be considered implicitly invalidating in that the lack of placing a certain constitutive element of an act denies it formal juridic existence. He mentioned c. 1680, §1 of *CIC17* as expressly consecrating this principle. He concluded this brief discussion with the example of c. 488, 1° of *CIC17*, which determined what is intrinsic to a religious institute (i.e., its being a society approved by legitimate ecclesiastical authority in which the members profess public vows). Michiels noted that the religious profession of vows would lack formal validity if it were made outside a society approved by the legitimate ecclesiastical authority, or if it were not made publicly⁽³⁵⁾.

Michiels' treatment made no reference at all to the applicability of constitutive law to juridic institutes. His only concern was juridic acts. He saw constitutive law as a kind of invalidating law, one which does not explicitly state that it is invalidating but which is implicitly invalidating in virtue of the fact that it establishes the essential elements of an act. Obviously, if such an element were missing, the act would be null. The same thing cannot always be said, however, of juridic institutes. Authors who would later use Michiels' notion for both juridic institutes and acts evidently did not recognize this.

I. Creusen, while not using the term «constitutive law», had an incipient understanding of it. His remarks appear in the context

⁽³⁴⁾ *Normae generales juris canonici*, p. 341.

⁽³⁵⁾ *Ibid.* «... *de lege ecclesiastica sic dicta juris constitutiva*, quae scilicet positive determinat *formam intrinsecam*, seu elementa essentialia ipsum actum, qui ex jure canonico initium et totum statum capit, in suo esse seu determinata natura constituentia. Lex illa semper censenda est implicite irritans (etiamsi in eadem nulla habentur verba irritationem aliquo modo indicantia), quatenus actui sine elemento quodam constitutivo posito denegat formalem existentiam juridicam; hoc principium evidenter fluit ex ipsa rerum natura, et de cetero in can. 1680, §1 expresse consecratur: "nullitas actus tunc habetur, cum in eo deficiunt quae actum ipsum essentialiter constituunt"; ut ecce, lex in can. 488 n. 1 contenta, qua terminatur intrinseca religionis, ideoque professionis religiosae natura, eo ipso naturam professionis religiosae, ideoque validitatem formalem (i.e., qua professio religiosa) denegat omni professioni votorum extra societatem a legitima auctoritate ecclesiastica approbatam, vel non publice factae» (*ibid.*).

of a discussion on the obligation to observe the law, which is a principal effect of law. He notes that this effect is not adequate for every kind of law, and he gives examples: laws «that immediately establish public or private rights, or protect public order, but do not impose an obligation except indirectly. Such are laws that regulate the constitution of the [ecclesial] society or hierarchy, that establish the elements of a “juridic status”, that establish penalties, or that deprive an act of juridic effect or of persons of capacity»⁽³⁶⁾. Although Creusen did not use the expression «constitutive law», he had at least heard of it⁽³⁷⁾. His examples reveal that his notion was closer to the contemporary understanding of constitutive law than that of Michiels because Creusen not only included laws governing juridic acts but also laws regulating juridic institutes (rights, matters of public order, church structures and other constitutional matters, and the juridic status of persons). Certainly, there is no indication from this context that Creusen thought of the laws regulating all these matters as comprising the single category of constitutive law, but his thinking would affect authors reflecting on the meaning of constitutive law in *De episcoporum numeribus*.

Buijs used these two passages from Creusen and Michiels to make the point that Michiels’ definition of constitutive law, which he called a strict definition, is the correct one; however, Buijs himself did not have a clear notion of constitutive law, and he misunderstood Michiels. Buijs used the same example as did Michiels (c. 488, 1^o of *CIC17*), but he failed to note that Michiels was talking about the *act* of religious profession, whereas Buijs understood Michiels as referring to the essential elements of the religious institute itself (which is a juridic institute, not an act). Some later authors

⁽³⁶⁾ «Sunt enim multae leges quae immediate et directe iura sive publica, sive privata constituunt, ordinem publicum muniunt, mediate et indirecte obligationem imponunt. Tales sunt leges quae constitutionem societatis seu hierarchiam ordinant, elementa “status iuridici” constituunt, poenas ferunt, actus effectu iuridico vel personas capacitate privant». See A. VERMEERSCH and I. CREUSEN, *Epitome iuris canonici cum commentariis ad scholas et ad usum privatam*, 8th ed., vol. 1, Rome, H. Dessain, 1963, p. 114, no. 96.

⁽³⁷⁾ He wrote a brief commentary on the 6 March 1921 Norms of the S.C. for Religious, but without alluding to its use of the term *leges constitutivae*. See *Periodica*, 10 (1922), pp. 295-302.

would repeat this mistake and apply Michiels' notion of constitutive law, which pertained only to juridic acts, to both acts and institutes, and they would conclude that a juridic institute would be non-existent if an essential element were missing. While this is true in respect to some essential elements of some juridic institutes, more typically a juridic institute would still exist even if an essential element were lacking.

2.4. *Bertrams.*

A commentary on *De episcoporum muneribus* worthy of special note is that of W. Bertrams who explicitly named the category of «juridic institute» as the subject of constitutive law. He was later appointed a consultor to the Pontifical Commission for the Revision of the Code of Canon Law⁽³⁸⁾; (Buijs was not). Moreover, Bertrams was in a particularly remarkable position for his ideas to have an impact, as he became a consultor to the *Coetus studiorum recognoscendis normis generalibus Codicis* (= *coetus* on general norms), which drafted c. 86⁽³⁹⁾.

Of all the commentaries that appeared shortly after the promulgation of *De episcoporum muneribus*, the article by Bertrams presented the most thorough and confident presentation of the meaning of constitutive law. Without claiming to make a taxative list of such laws, he identified several categories of ecclesiastical law to exemplify what the legislator intended by constitutive law. He said that such laws are firstly those that are constitutive of rights and juridic capacity, and he gave as examples the requirement of the profession of the evangelical counsels of poverty, chastity, and obedience for constituting the religious state and the requirement that the major superior must be a professed member of the institute⁽⁴⁰⁾. He said that constitutive laws determine the essential elements of juridic institutes and acts; no such element can be dispensed because the resulting institute or act would not be the same as the legislator determined it to be⁽⁴¹⁾. Significantly,

⁽³⁸⁾ *Annuario Pontificio Periodica l'anno 1969*, Tipografia Poliglotta Vaticana, 1969, p. 1085; *Communicationes*, 1 (1969), p. 16.

⁽³⁹⁾ *Communicationes*, 1 (1969), p. 30.

⁽⁴⁰⁾ W. BERTRAMS, «De Episcopis quoad universam Ecclesiam», in *Periodica*, 55 (1966), pp. 166-168.

⁽⁴¹⁾ «Agitur in hisce et similibus casibus de ipsis institutis iuridicis, quae a le-

Bertrams used the exact expression that was later to be taken up into c. 86-*[elementa] essentialiter constitutiva*.

Bertrams also included as constitutive laws all laws that establish the elements essentially required (*essentialiter requiruntur*) to constitute an office or a status in the Church⁽⁴²⁾. Such essentially required elements cannot be dispensed because they are determined by the supreme legislator to be necessary to that office or status. Bertrams gave priestly celibacy as an example. He said that, in the Latin church, the presbyteral order and its exercise are not compatible with marriage; the obligation of observing celibacy essentially constitutes the institute of the priesthood. This was not a good example, as the law on celibacy is better understood as a disciplinary law whose dispensation is reserved (c. 291). However, the example illustrates his broad understanding of constitutive law, that it not only determines those elements without which an act or institute would be juridically non-existent, but also other necessary elements of a juridic institute required by the universal law. In the category of constitutive law, Bertrams also included all procedural laws pertaining to a change in status or office (laicization of clergy, secularization and dismissal of religious, marriage nullity, transfer from and privation of office, etc.) and all norms whose purpose is the defence of rights, including all other procedural laws and penal laws⁽⁴³⁾.

Bertrams maintained that constitutive law is not subject to dispensation by anyone, but he said that the supreme authority, in a concrete case and with respect to certain juridic institutes, could grant a special faculty allowing an exception to a requirement that is essentially constitutive of that institute⁽⁴⁴⁾. It appears that Ber-

gislatore supremo in tali specie sunt constituta; tollere aliquod ex talibus elementis *essentialiter constitutivis* habenda est mutatio ipsius instituti iuridici, prouti legislator supremus illud essentialiter constituit. Instituta iuridica, quae ita suprema Ecclesiae potestate conduntur, ius constitutionale Ecclesiae efformant, quod non est dispensabile. Vere, elementa essentialia institutorum iuridicorum non possunt tolli; si enim tolluntur, institutum iuridicum iam non esset tale, quale specificè constitutum fuit [emphasis added]. *Ibid.*, pp. 166-167.

(42) «Huc referenda sunt (scilicet tamquam elementa indispensabilia) omnia elementa, quae essentialiter requiruntur ad officium vel statum constituendum in Ecclesia, scilicet in tali specie canonica a suprema Ecclesiae potestatae determinata» (*ibid.*, p. 167).

(43) *Ibid.*, pp. 167-168.

(44) «Si in aliquo casu extraordinario exceptio permittitur ... non agitur de di-

trams regarded a dispensation as being somewhat routine and unexceptional, whereas a special faculty, privilege, or indult allowing an exemption from a constitutive element of a certain juridic institute would be more unusual and could be given only by the supreme authority. Bertrams did not say that every constitutive law is subject to such an exception, nor did he need to say this. It is evident that not even the pope can dispense from an element that is essentially constitutive in the original meaning of *essentialis* (that which pertains to its essence), because dispensing such an element would render the juridic institute or act non-existent, as its nature had been determined in law.

Several other commentators on *De episcoporum muneribus* also articulated a broad notion of constitutive law similar to that of Bertrams. C. Berutti said constitutive laws pertain to the Church's very structure, and he noted several kinds of such law: laws that pertain to the juridic status of persons; that regulate the nature or form, the essential properties, and the purpose of juridic institutes; that determine norms pertaining to establishing, changing, and suppressing ecclesiastical offices; or that regulate public divine worship⁽⁴⁵⁾. Like Bertrams, he explicitly named juridic institutes as the subject of constitutive legislation, and he identified several sub-categories of constitutive laws, which he did not claim were taxative.

F. Timmermans said the primary aim of constitutive laws « is to constitute juridical entities, to grant power or to establish rights besides a mere permission ». He gave as examples the law granting to any priest jurisdiction in danger of death, the laws dealing with

spensatione, sed de facultate a suprema Ecclesiae auctoritate concessa, ut ipsum institutum in hoc casu concreto, exceptionaliter modo diverso habeatur » (ibid., p. 167). This is certainly a justifiable position, given that *De episcoporum muneribus*, no. IV said that the grant of a permission, a faculty, an indult, or an absolution is not contained in the notion of a dispensation.

(45) C. BERUTTI wrote: « ... *leges constitutivae* ... ad ipsam compagem Ecclesiae attinent et idcirco in IV Declaratione expresse edicitur Episcopos dioecesanos ab eis dispensare non posse. Leges constitutivae sunt praesertim quae sive ad statum iuridicum personarum pertinent; sive naturam seu formam, proprietates essentielles, finem institutorum iuridicorum statuunt; sive normas determinant spectantes ad constituenda, mutanda, supprimenda officia ecclesiastica in iure communi praefinita; sive ad cultum divinum publicum moderandum ordinantur ». See « *De Episcoporum muneribus et adnotationes* », in *Monitor Ecclesiasticus*, 92 (1967), p. 558.

the power to delegate jurisdiction, the law granting power to the vicar general or to any other office in the Church, the laws instituting juridical entities such as religious institutes, moral persons, etc. ⁽⁴⁶⁾.

G.P. Graham identified various categories of law as constitutive laws: laws that have as their direct effect the establishment of a juridic status or condition, laws which establish rights for physical or moral persons, permissive laws which give a freedom or capacity to do something, many invalidating and incapacitating laws, laws establishing required conditions or formalities for acts, but not penal laws. He thought the position taken by Buijs was mistaken ⁽⁴⁷⁾.

The most extensive study on the concept of constitutive law in *De episcoporum muneribus* was a doctoral thesis by J. Tutone. He said they are the fundamental laws governing juridic institutes and acts. They deal with «the core, heart, or soul of an individual law, a juridic institute, or the very Church itself». Constitutive laws, he said, are more stable than disciplinary laws. Disciplinary laws are the «applications» of constitutive laws and are «changeable and diverse according to the needs of rite, culture, place, time, or circumstance». Constitutive laws comprise «the *fundamentum* of ecclesial law», the «core elements», as distinguished from their applications in disciplinary law ⁽⁴⁸⁾. In Tutone's view, «there is no indication in the text of *De episcoporum muneribus*

⁽⁴⁶⁾ F. TIMMERMANS, «The Power of Bishops to Dispense», in *The Clergy Monthly*, 30 (1966), p. 334.

⁽⁴⁷⁾ G.P. GRAHAM, «The Powers of Bishops in Recent Documents», in *The Jurist*, 28 (1968), pp. 413-425. On p. 441 he wrote: «There is no reason to limit the term constitutive law to those laws which positively determine the intrinsic form or essential elements of an act. In the paragraph quoted from Michiels by Buijs, Michiels is explaining canon 11. He is trying to show that some laws are so intimately bound up in the nature of the act that the act would have to be invalid, in the nature of things, if these elements were not present. While agreeing with this statement, one may not see its relevance in the context now under discussion [of constitutive law]».

⁽⁴⁸⁾ J. TUTONE, *Towards an Understanding of the Concept of Constitutive Law in De Episcoporum muneribus: A Study of Its Canonical and Ecclesiological Foundations*, Rome, Pontificia Studiorum Universitas a S. Thoma Aq. in Urbe, 1981, pp. 260, 261, 275.

that the mind of the lawgiver conceived constitutive law as the narrow category proposed by Michiels »⁽⁴⁹⁾.

In all these commentaries, it is clear that the authors' understanding of constitutive laws with respect to juridic institutes was not limited to laws that define the essential nature of a juridic institute such that the institute would not exist without such an element. Their examples show that not every juridic institute would cease to exist if a legally necessary element were missing. The articles by Bertrams, Berutti, Timmermans, and Graham all appeared before the *coetus* on general norms met to discuss the revision of the law on dispensations. Surely, the consultors for the *coetus* on general norms would have been conversant with these authors or at least with the ideas of Bertrams, as he was a fellow consultor. Before treating the drafting of c. 86, however, we must first consider a legislative text promulgated in 1967 which is another antecedent of the canon.

2.5. Another Antecedent: *Regimini Ecclesiae universae*.

The most important source of law following *De episcoporum muneribus* and prior to the 1983 Code that would offer some insight into the meaning of constitutive law was Paul VI's Apostolic Constitution on the reorganization of the Roman Curia, *Regimini Ecclesiae universae*. The first chapter of Part I of *Regimini* is entitled «Constitutive Norms» (*Normae constitutivae*). It treats various fundamental matters: the definition of the Roman Curia, statements of basic principles, basic rules of operation, the composition of the congregations, basic regulations for meetings, the officials of the congregations and norms governing their appointment and term of office, some general obligations of the dicasteries and their officials, rules regarding legal formalities, etc⁽⁵⁰⁾. The norms of this section are called constitutive but, in nearly every case, the absence of a constitutive element or non-observance of a required norm would not render the Curia non-existent. Still, they are constitutive norms because they establish fundamental and necessary matters pertaining to the Roman Curia.

(49) *Ibid.*, p. 220.

(50) 15 August 1967, in *AAS*, 59 (1967), pp. 890-893.

2.6. *Constitutive Law in the Code Revision Process.*

The rule on constitutive law that became c. 86 of CIC83 was drafted at the very first meeting of the *coetus* on general norms that took up the subject of dispensations, held 28-31 January 1969. A consultor raised the question of laws that cannot be dispensed. He said a dispensation is not possible from all laws, in particular, not from laws that are constitutive of any act, and on this point he referred to c. 1680, § 1 of the 1917 Code. A proposal was made that a norm be added to the draft canon on dispensations by the diocesan bishop to the effect that the bishop cannot dispense from all laws, especially not from constitutive laws⁽⁵¹⁾. The adjunct secretary, Willy Onclin, responded that some norm should be put in the title on dispensations, because this question pertains to the very notion of dispensations. He proposed that there should be a second paragraph in the first canon on dispensations. Three different wordings of the paragraph were presented for a vote⁽⁵²⁾. The third wording was approved unanimously. Here we see the purpose for what was to become c. 86: to establish a category of law that is indispensable in keeping with *De episcoporum muneribus*.

It is interesting that the first consultor to raise the issue of constitutive law only spoke about juridic acts, as in c. 1680, § 1 of the 1917 Code, but all three proposals for the new norm mentioned both juridic institutes and acts. Surely, at least one member of the *coetus* had been sufficiently persuasive to get unanimous agreement on the idea that constitutive laws regulate juridic institutes as well as acts. No further discussion on constitutive law was

(51) See *Communicationes*, 19 (1987) p. 87. What became c. 87, § 1, on the dispensing power of the diocesan bishop, originally was to be located in the section on diocesan bishops in Book II. However, it was drafted in consultation with the *coetus* on general norms. See *ibid.* and N.O. SANVICENTE, *The Power of the Diocesan Bishop to Dispense in Canon 87, § 1*, Rome, Pontificia Studiorum Universitas a S. Thoma Aq. in Urbe, 2000, pp. 233-240.

(52) The three alternatives were quite similar: (1) *Dispensatio non datur in iis legibus quibus definiuntur ea quae ipsum institutum aut actum iuridicum essentialiter constituunt.* (2) *Dispensationi obnoxiae non sunt leges quibus definiuntur ea quae institutorum aut actuum iuridicorum sunt essentialiter constitutiva.* (3) *Dispensationi obnoxiae non sunt leges quatenus definunt ea quae institutorum aut actuum iuridicorum essentialiter sunt constitutiva.* *Ibid.*, pp. 87-88.

recorded throughout the remainder of the Code revision process⁽⁵³⁾. In the next session of the *coetus*, the paragraph on constitutive law was made into a separate canon, which became the second canon in the title on dispensations as it is in the 1983 Code⁽⁵⁴⁾.

It is evident that the *coetus* believed, as did Bertrams, that constitutive law could not be dispensed by anyone, not even by the pope. Canon 86 says in straightforward fashion that such laws «are not subject to dispensation». If the pope could dispense from them, then constitutive laws would have been enumerated in c. 87, § 1 along with the other laws that the diocesan bishop could not dispense, leaving the pope free to dispense from them. Nevertheless, the fact that no one can dispense from a constitutive law does not exclude the possibility, as recognized by Bertrams, that the supreme authority or Roman dicastery, if competent, could grant an indult or special faculty in an exceptional case exempting a necessary requirement of a certain juridic institute. Regarding the case that opened this study, the Apostolic See could grant an indult⁽⁵⁵⁾ exempting the apostolic prefecture from observance of the law requiring a finance council until the prefect could find competent persons to serve on it⁽⁵⁶⁾.

Another point of interest is that the exclusion of procedural law and penal law from the bishop's dispensing power was not introduced into the draft of c. 87, § 1 until 1979, ten years after

(53) A report on the progress of the revision of the Code, authored by Onclin and published in 1971, included a paragraph on this issue but shed no new light on the meaning of constitutive law or juridic institutes. See *Opera consultorum in paradisi canonum schematibus*, in *Communicationes*, 3 (1971), p. 91. Likewise, the introduction to the 1977 Schema made special note of the new draft canon on constitutive laws without explaining what they are. See *Communicationes*, 9 (1977), p. 233.

(54) *Communicationes*, 19 (1987), pp. 186-187, 191; vol. 22 (1990), p. 271; vol. 23 (1991), pp. 44 and 86; for the prior version as a paragraph, see *Communicationes*, 19 (1987), p. 104.

(55) The term «indult» is used diversely, but an indult granting an exception to constitutive law would be governed by the canons on privileges (cc. 76-84). See my study, «Privilege, Faculty, Indult, Derogation: Diverse Uses and Disputed Questions», in *The Jurist*, 63 (2003), pp. 213-252.

(56) Since the Apostolic See may grant indults from certain constitutive laws, it follows that the competent diocesan bishop may grant indults from certain constitutive provisions of particular law and from the proper law of institutes of consecrated life and societies of apostolic life of diocesan right.

the text on constitutive law had been drafted⁽⁵⁷⁾! Was this omission merely an oversight, or had the *coetus* held, as did Bertrams, that procedural laws and penal laws were constitutive laws, so there was no need to make particular mention of them? The latter is more likely because, had the *coetus* considered them not to be constitutive laws, it would certainly be surprising that they would have intended that the bishop could dispense from them, especially given that *De episcoporum muneribus* had explicitly excluded procedural laws from the dispensing authority of the bishop. In any case, the addition of procedural and penal laws to the canon have an important effect in that it enables the supreme authority to dispense from them. If procedural and penal laws had not been included in the canon, leaving them to be subsumed in the category of constitutive law, the pope or competent dicastery could not have dispensed from them in virtue of the rule of c. 86 that constitutive laws are not subject to dispensation-by anyone.

2.7. *The Mind of the Legislator.*

The «mind of the legislator» does not refer to the subjective, private intention of the legislator when he is promulgating a law which is impossible to know-but rather his «objective mind»⁽⁵⁸⁾. This mind is sometimes revealed in other places where the legislator (or his predecessor or successor) treated the same matter, as in the 1921 Decree of the Congregation for Religious and the 1967 Apostolic Constitution of Paul VI on the reorganization of the Roman Curia. In both these legal texts, constitutive laws are the fundamental and necessary laws regulating juridic institutes. The *mens legislatoris* can also be known in the interpretative process which occurs by careful consideration of the meaning of the words of the law in text and context and any parallel passages in the law as well as by an investigation of the law's purpose and the circumstances that gave rise to it. The historical circumstances surrounding the drafting of a law can be of particular value in understanding the mind of the legislator. Although the historical record on the draft-

⁽⁵⁷⁾ *Communicationes*, 19 (1987), p. 214.

⁽⁵⁸⁾ On this point, see my commentary on c. 17 in *New Commentary on the Code of Canon Law*, p. 75.

ing of c. 86 is slight, it is evident that W. Bertrams had a decisive influence on the development of this canon. Not only was he a consultor to the *coetus* on general norms, but the very wording of c. 86 shows direct evidence of his handiwork. The expression *essentialiter constitutiva* had first been used in this exact way by Bertrams⁽⁵⁹⁾. More importantly, he had explicitly applied the concept of constitutive law not only to juridic acts but also to juridic institutes, in contrast to c. 1680, § 1 of the 1917 Code which pertained only to juridic acts. The thesis of Buijs — that constitutive law must be understood strictly — was not the position adopted by the *coetus* on general norms, because that notion of constitutive law applied only to juridic acts.

De episcoporum muneribus of 1966 implicitly had the same broad notion of constitutive law as did the 1921 Decree of the Congregation of Religious and the Apostolic Constitution *Regimini Ecclesiae universae* of 1967. Constitutive law was contrasted in the *Motu Proprio* with disciplinary laws, which were defined rather narrowly as preceptive and prohibitive laws. We have seen that Bertrams had a broad notion of constitutive law in his 1966 commentary on *De episcoporum muneribus*. Several other authors also took this position. They did not see constitutive law as only defining the essential elements of a juridic act without which the act would not exist. They also understood constitutive law as determining the essential elements of juridic institutes, and they considered these to be the basic and necessary structures, rules, norms, and principles governing all the juridic institutes of the canonical system. While it is not possible to identify the *mens legislatoris* with any one viewpoint, even if represented by a canonist as influential as was Bertrams, still, the combination of all the evidence we have examined supports the conclusion that this broad notion of constitutive law is consistent with the wording of c. 86. The category of «constitutive laws» of *De episcoporum muneribus* is iden-

(59) The 1921 document of the Congregation for Religious and *De episcoporum muneribus* had both spoken of constitutive laws without using the adverb «essentially» to modify the adjective «constitutive». Although Bertrams may have adopted the adverb from c. 1680, § 1 of the 1917 Code (*essentialiter constituunt*), he put the two words *essentialiter constitutiva* together in his 1966 article in the exact grammatical form as in c. 86, which was first drafted early in 1969.

tical to that treated in c. 86 — the laws which determine the elements that are essentially constitutive of juridic institutes or acts.

Conclusion.

Constitutive laws establish what is *essential* to a juridic institute or act, but this word has two meanings: that which pertains to the very nature of a thing, and that which is necessary or fundamental. The first meaning of «essential» is applicable to juridic acts, such that, if an essential element were missing from the act, it would be null, juridically non-existent. This first meaning rarely applies to juridic institutes, but the second meaning is always applicable. Through constitutive law, the legislator establishes the necessary and fundamental matters regulating a juridic institute or act, which may not be dispensed by anyone, not even by the legislator himself. Nevertheless, the pope or the competent Roman dicastery may grant a privilege (indult, special faculty) allowing an exception to certain constitutive laws. As Paul VI stated in *De episcoporum muneribus*, a dispensation is not the same as a permission, faculty, indult, or absolution. Dispensations may be rather routine and commonplace in ecclesial practice while an indult of the Holy See granting an exemption from a constitutive law is exceptional.

The *coetus* on general norms that drafted c. 86 very likely understood constitutive law as a broad category of non-dispensable law. This follows from the antecedents in law that mention constitutive laws as well as from one part of canonical doctrine that was first articulated by W. Bertrams, who was a consultor to the *coetus*. It was he who in 1966 first used the precise expression *essentialiter constitutiva* with respect to both juridic institutes and acts, and this was the wording adopted in c. 86. By including both juridic institutes as well as juridic acts in c. 86, the understanding of *ea quae essentialiter sunt constitutiva* necessarily must be broadened to include the second meaning of *essentialis*; otherwise the canon has little or no applicability to juridic institutes and its real import is obscured.

Constitutive laws establish the essential elements of juridic acts and the fundamental and necessary requirements of juridic institutes. With this understanding of the meaning of c. 86, it is not difficult to see that a great number of the canons of two Codes are

constitutive laws regulating the numerous juridic institutes of the Church and its canonical system. However, this observation will not likely be convincing to all without a comprehensive, analytic study of the canons and other norms of universal law — a worthy subject for future investigation.

JOHN M. HUELS

Pagina bianca

L'EMERGENCE DE LA LIBERTE DE RELIGION DEVANT
LA COUR EUROPEENNE DES DROITS DE L'HOMME
(1993-2003)

I. Introduction. — II. Le concept de liberté religieuse selon l'art. 9 de la Convention européenne et la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. — 1. La protection absolue de la liberté de religion interne. — 2. La protection relative de la dimension externe de la liberté de religion. — III. La liberté religieuse dans sa dimension individuelle. — 1. Le prosélytisme. — 2. L'éviction d'un poste de magistrat militaire en raison d'agissements contre la laïcité et la discipline militaire. — 3. Le voile islamique. — 4. La prestation de serment sur les Evangiles exigé aux parlementaires élus. — 5. Le refus de participer à une cérémonie faisant référence à la guerre en raison d'une interdiction de sa religion. — 6. Discrimination pour des motifs religieux dans l'accès à une profession libérale. — IV. La liberté religieuse dans sa dimension collective. — 1. L'ouverture d'un lieu de culte. — 2. La pratique rituelle alimentaire. — V. La dimension institutionnelle de la liberté religieuse. — 1. La nomination et la révocation d'un ministre du culte ou la privation de l'une de ses fonctions, sans ingérence de l'Etat. — 2. L'octroi de la personnalité juridique civile à une confession religieuse. — VI. Réflexions conclusives: vers un concept de liberté religieuse institutionnelle.

I. *Introduction.*

En abordant la délicate question du prosélytisme, *Kokkinakis c. Grèce* a marqué les esprits. Cet arrêt, rendu en 1993 par la Cour européenne des droits de l'homme, restera sans doute aussi célèbre à un autre titre: la première sanction juridictionnelle d'une violation de la liberté religieuse au regard de l'article 9 de la Convention européenne. A bien des reprises, l'ancienne Commission et la Cour s'étaient déjà penchées sur cette disposition pour prendre des décisions portant sur la recevabilité de requêtes⁽¹⁾. Depuis l'on

(1) Pour une synthèse de la jurisprudence européenne relative à l'article 9 antérieure à la décennie examinée, voir en particulier l'étude fouillée de R. GOY, *La garantie européenne de la liberté de religion. L'article 9 de la Convention de Rome*, in *Ar-*

dénombrer facilement une quinzaine d'arrêts de la Cour relatifs à la violation de la liberté de religion sur cette base. On assiste ainsi, dans cette jurisprudence, à l'émergence d'un droit fondamental⁽²⁾. Si l'article 9 proclame un droit unique, il n'en compte pas moins trois aspects, à savoir le droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion⁽³⁾. Alors qu'une bonne partie de la doctrine semble octroyer une certaine priorité d'intérêt à la liberté de pensée ou de conscience⁽⁴⁾, la jurisprudence strasbourgeoise, *de facto*, a accordé une place considérable à la liberté de religion. Au terme d'une décennie qui fut le théâtre de l'essor progressif de la liberté religieuse au sein de la jurisprudence européenne des droits de l'homme, le moment est venu de se livrer à une analyse du concept de liberté religieuse adopté (art. 9 § 1) ainsi qu'à l'examen des manifestations

chives de philosophie du droit, 38 (1993), p. 163-210. Voir aussi J. MARTÍNEZ-TORRÓN, *La libertad religiosa en los últimos años de la jurisprudencia europea*, in *Anuario de Derecho eclesiástico del Estado*, IX (1993), p. 53-87.

(2) Tous les arrêts cités dans cette étude sont disponibles sur HUDOC. L'on notera que ce droit proclamé à l'article 9 n'est pas indérogeable en cas d'état d'urgence, au sens de l'article 15 de la Convention, sauf pour les Etats membres qui ont ratifié par ailleurs l'article 18 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques (1966), instrument en vertu duquel la liberté religieuse est indérogeable en toute circonstance.

(3) Pour une introduction à l'article 9, voir notamment C. EVANS, *Freedom of Religion. Under the European Convention on Human Rights*, New York, Oxford University press; N. BLUM, *Die Gedanken-, Gewissens- und Religionsfreiheit nach art. 9 der Europäischen Menschenrechtskonvention*, Berlin, 1990; H.T. CONRING, *Korporative Religionsfreiheit in Europa: eine rechtsvergleichende Betrachtung: zugleich ein Beitrag zu Art. 9 EMRK*, Dissertation-Universität Marburg, 1998, Frankfurt an Main: Lang, 1998; J. MARTÍNEZ-TORRÓN, *The Permissible Scope of Legal Limitations on the Freedom of Religion or Belief: The European Convention on Human Rights*, in *Global Jurist Advances*, 3/2, vol. 3, n. 2, (2003), article 3; B. VERMEULEN, *De vrijheid van geweten, een fundamenteel rechtsprobleem*, Arnhem, 1989; G. GONZALEZ, *La Convention européenne des droits de l'homme: développement jurisprudentiel d'une conception européenne de la liberté de religion*, in *Traité de droit français des religions*, dir. F. Messner et al., Paris, Litec-Jurisclasseur, 2003, p. 321-346; J.A. FROWEIN, *Article 9 § 1*, in collectif, *La Convention européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article*, sous la dir. de L.-E. Pettiti-E. Decaux et P.-H. Imbert, 2^e éd., Paris, Economica, 1999, p. 353-360; J.-F. RENUCCI, *Droit européen des droits de l'homme*, Paris, JGDJ, 1999, p. 127-134; J.-F. FLAUSS (éd.), *La protection internationale de la liberté religieuse*, Bruxelles, Bruylant, Coll. Institut René Cassin de Strasbourg, 2002.

(4) Voir, par exemple, J.-B. MARIE, *La liberté de conscience dans les instruments internationaux des droits de l'homme: reconnaissance et interprétation*, dans *Revue de droit canonique*, 52/1 (2002), p. 27-47.

de cette liberté qui, sous réserve de certaines justifications possibles d'une ingérence (art. 9 § 2), sont susceptibles d'être protégées par les juges européens. Il sera alors loisible de dresser un premier bilan de la garantie juridictionnelle assurée à cette liberté fondamentale.

Quant au plan, nous avons pris l'option de structurer notre recherche en trois phases qui ont rythmé l'éclosion de la liberté religieuse. Il y a d'abord la dimension *individuelle* de la liberté de religion, puis ses aspects *collectifs*, et, enfin, son versant *institutionnel*. Cette troisième dimension, à notre sens, n'a pas encore fait l'objet d'une conceptualisation à part entière par la jurisprudence et la doctrine⁽⁵⁾. Bien que les termes « collectif » et « institutionnel » soient souvent utilisés l'un pour l'autre (par opposition à « individuel ») comme s'ils étaient des synonymes, le progrès du droit de liberté religieuse appelle à plus de précision. À la lumière des arrêts européens, nous tâcherons de montrer qu'il y a lieu de distinguer un aspect de la liberté religieuse que plusieurs personnes entendent exercer ensemble, comme ce serait le cas, par exemple, de la mise sur pied d'une procession (liberté collective), d'un élément de la liberté religieuse revenant à l'Église ou à la confession religieuse comme telle (liberté institutionnelle), par exemple, le droit de nommer librement ses ministres. Ces trois dimensions de la liberté religieuse sont loin de constituer des catégories étanches: elles se réfèrent plutôt à une *prédominance* qu'à une exclusivité. Ainsi, une liberté abordée ici sous l'angle individuel, comme le prosélytisme, peut aussi s'exercer à plusieurs. Certaines libertés collectives, comme le droit d'ouvrir un lieu de culte, n'excluent nullement l'usage individuel d'une église. Quant à la frontière entre liberté collective et liberté institutionnelle, elle ne sera pas non plus toujours fort marquée. L'accent sera mis tantôt sur l'exercice collectif de la part des membres d'une confession religieuse, tantôt sur l'institution comme telle.

Il n'est pas rare, en effet, qu'un même arrêt se penche sur plusieurs aspects de la liberté religieuse, voire sur plusieurs droits ou libertés à la fois. Notre étude se fondera essentiellement sur les arrêts tranchant au principal une requête portant sur la violation

(5) Pour un état de la question, voir par exemple G. GONZALEZ, *La Convention européenne...*, o.c., p. 344 et s.

de l'article 9 durant la période 1993-2003. Afin d'éviter un allongement excessif de cet article, nous renonçons à y aborder, si ce n'est par ricochet, les dispositions de la Convention connexes à l'article 9, telles la liberté d'expression (article 10) et la liberté de réunion et d'association (article 11), qui ont fréquemment des répercussions dans le domaine religieux, ou encore la liberté d'instruction, dont il est question dans l'article 2 du premier Protocole additionnel et qui, dans d'autres instruments internationaux, est rattachée à la liberté de religion.

II. *Le concept de liberté religieuse selon l'art. 9 de la Convention européenne et la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme.*

L'importance que la Cour attache à cette liberté fondamentale apparaît dans l'usage de certaines expressions répétées de manière presque incantatoire depuis *Kokkinakis*: « l'une des assises de toute "société démocratique" » figurant « parmi les éléments les plus essentiels de l'identité des croyants et de leur conception de la vie » mais aussi « un bien précieux pour les athées, les agnostiques, les sceptiques ou les indifférents ». Il y va « du pluralisme — chèrement acquis au cours des siècles — consubstantiel à pareille société » (§ 31). L'article 9, qui tire sa source de la déclaration universelle de 1948 et doit dès lors s'interpréter avec cet éclairage, ne délimite pas le contenu de ce droit essentiel à toute démocratie mais décrit ses principales implications⁽⁶⁾: il « implique la liberté de changer de religion ou de conviction, ainsi que de manifester sa religion ou sa conviction individuellement ou collectivement, en public ou en privé, par le culte, l'enseignement, les pratiques et l'accomplissement des rites ». Il s'agit donc d'assurer la protection du droit revenant à toute personne d'avoir une religion ou de ne pas en avoir; si elle a une religion, son droit s'étend à la libre pratique de cette dernière sous toutes ses formes, mais sans que jamais personne ne soit contraint à l'accomplissement d'un acte de

(6) Pour une brève présentation historique mais aussi actuelle des principaux instruments proclamant la liberté religieuse et une étude comparative de leur formulation, voir M.D. EVANS, *The Evolution of Religious Freedom in International Law: present State and Perspectives*, in collectif, *La protection internationale de la liberté religieuse*, o. c., p. 15-56.

culte. Ce droit comporte également la faculté de changer de confession religieuse. La jurisprudence européenne distingue traditionnellement deux dimensions de la liberté religieuse: interne et externe.

1. *La protection absolue de la liberté de religion interne.*

La liberté religieuse interne — de même que la faculté de changer de religion — est considérée comme un droit absolu ne souffrant, dès lors, ni limitation ni exception. L'étiquette du «for interne» qui lui est traditionnellement collée — liberté religieuse au for interne — n'est pas toujours purement et simplement synonyme du for de la conscience, qui est moral: le droit canonique reconnaît l'existence d'un for interne juridique, qui ne présente pas de frontière infranchissable par rapport au for externe, où se cantonne d'ordinaire le droit (7). Sans doute serait-il dès lors illusoire d'espérer que cette expression classique, mais loin d'être univoque, clarifie d'elle-même le concept de liberté religieuse interne. Elle a en tous cas l'immense mérite d'évoquer avec force l'idée maîtresse qu'il existe, dans la conscience de chaque être humain, un domaine sacré, un sanctuaire, aux frontières peut-être difficiles à tracer avec précision, mais qui doit être protégé de toute profanation, y compris par le droit.

A l'égard de ce noyau intérieur, un auteur (8) parle de «substance» du droit garanti par l'article 9. En dépit de la faculté protégée de changer de religion ou de conviction, on a aussi souligné opportunément le caractère profond et stable, voire identitaire, de la liberté de religion qui, lorsqu'elle atteint le degré de développement auquel l'appelle la nature de l'homme, s'affirme comme une véritable boussole pour l'ensemble du comportement personnel, alors que d'autres droits fondamentaux présenteraient plutôt une propension à la fluctuation: la liberté de pensée, d'expression ou

(7) Assurer une plus nette séparation entre les deux fors (interne et externe) constituait pourtant l'un des objectifs prioritaires de la réforme du Code de droit canonique de 1983 (voir, au sujet du deuxième principe pour la révision du Code, J.-M. POMMARES, *La coordination des fors dans le droit canonique*, in *I principi per la revisione del Codice di diritto canonico. La ricezione giuridica del Concilio Vaticano II*, J. Canosa éd., Milan, Giuffrè, 2000, p. 103-126).

(8) Voir G. GONZALEZ, *La Convention européenne des droits de l'homme et la liberté de religion*, Paris, Economica, 1997, p. 198.

d'association, etc. ⁽⁹⁾. D'autres auteurs ont, en revanche, attiré l'attention sur le caractère indéterminé et, partant, vulnérable de ce droit interne, tout absolu qu'il fût. C. Evans, par exemple, stigmatise la tendance, qu'il croit déceler dans la jurisprudence de la Cour, à se livrer à une interprétation stricte du «for interne» — et d'ailleurs de l'ensemble du § 1 de l'article 9 —, tendance qui se combinerait avec une interprétation large des limitations que les Etats sont en droit d'établir à l'égard des manifestations de la liberté religieuse ⁽¹⁰⁾.

Mais l'attitude réservée et minimaliste que la jurisprudence européenne adopte en la matière est-elle pour autant critiquable? Le célèbre adage romain *omnis definitio (...) periculosa* aurait-il, au fil du temps, perdu de son acuité? L'on pourrait, en effet, invoquer le souci de ne pas exposer la liberté de religion à une réduction ou à une déformation qu'engendreraient les termes mêmes de la définition, la préoccupation de ne pas se prononcer pour une notion de la liberté religieuse trop dépendante de l'une ou l'autre religion majoritaire ainsi que le soin de la part des pouvoirs publics de respecter le principe de neutralité ou de pluralisme ⁽¹¹⁾.

Compte tenu de la protection dont bénéficient toutes les convictions, philosophiques ou religieuses, il va de soi que la préoccupation majeure des Etats membres et, singulièrement des juges européens, consiste à prévenir toute ingérence injustifiée mais aussi toute décision discriminatoire envers une communauté religieuse. L'élaboration d'une définition ou la fixation de limites bien balisées entre confessions religieuses et pseudo-religions n'ont dès lors pas constitué jusqu'à présent une véritable priorité ⁽¹²⁾. Toutefois

⁽⁹⁾ Pour une réflexion dans le cadre des droits culturels prenant en compte cette réalité, voir P. MEYER-BISCH, *Le droit à la liberté de conscience dans le champ religieux selon la logique des droits culturels*, in *Revue de droit canonique*, 52/1 (2002), p. 9-25.

⁽¹⁰⁾ Voir C. EVANS, *Freedom of Religion. Under the European Convention on Human Rights, o. c.*, entre autres p. 201.

⁽¹¹⁾ Toutefois le principe du pluralisme ou de la neutralité n'impose aucune modalité concrète de séparation entre Etat et Eglises et ne condamne pas nécessairement le régime d'Etat confessionnel, ce système ayant été en vigueur dans plusieurs pays au moment de l'élaboration de la Convention ou de leur adhésion (cf. *Darby c. Suède*, § 45).

⁽¹²⁾ De ce point de vue, il n'y a dès lors rien d'étonnant à ce que les juges de Strasbourg fassent bénéficier certaines «sectes», au sens médiatique et non juridique

le progrès de la science juridique en matière de liberté de religion, voire la clarté et la cohérence de la jurisprudence européenne, rendent souhaitable l'adoption d'une définition de la « religion » suffisamment large pour englober toutes les confessions religieuses authentiques, qu'elles soient monothéistes ou panthéistes, révélées ou naturelles, toutes devant être logées à la même enseigne⁽¹³⁾.

2. *La protection relative de la dimension externe de la liberté de religion.*

La dimension *externe* du droit à la liberté religieuse, c'est-à-dire ses manifestations, fait l'objet d'une reconnaissance par la Convention européenne nettement plus relative, dans la mesure où elle est sujette à des limitations expressément prévues au § 2 de l'article 9: « la liberté de manifester sa religion ou ses convictions ne peut faire l'objet d'autres restrictions que celles qui, prévues par la loi, constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité publique, à la protection de l'ordre, de la santé ou de la morale publiques, ou à la protection des droits et des libertés d'autrui ». Les juges concentrent ainsi l'essentiel de

du terme, de la protection de l'article 9, par exemple, lorsqu'il s'agit de protéger la liberté de choix des adeptes d'un tel groupement (voir J. P. COSTA, *La Convention européenne des droits de l'homme et les sectes*, in collectif, *Protection des droits de l'homme: la perspective européenne, mélanges à la mémoire de Rolv Ryssdal*, P. Mahoney et alii éd., Carl Heymanns Verlag, Cologne-Berlin, 2000, p. 273-280). Un exemple nous est donné dans *Riera Blume et autres c. Espagne*, du 19 mars 1999, par lequel la Cour condamne l'Etat, qui avait prêté son concours à la séquestration de certains membres d'une secte dans le but de leur faire subir un traitement de « déprogrammation » pour violation de l'article 5 interdisant la détention irrégulière.

⁽¹³⁾ Le sociologue français Emile Durkheim propose une définition qui, compte tenu de sa généralité pourrait tenir lieu d'inspiration pour la doctrine juridique: « une religion est un système solidaire de croyances et de pratiques relatives à des choses sacrées ». Sur le concept de religion, voir notamment M. DESPLAND, v. *Religion*, in *Dictionnaire des religions*, sous la dir. de P. Poupard, Paris, P.U.F., 3^e éd., 1993, p. 1684-1689. La gamme des sujets protégés en raison de leurs convictions religieuses ou philosophique est extrêmement vaste: les différentes confessions chrétiennes, l'islam, le judaïsme, l'hindouisme, le bouddhisme. Il en ira de même pour l'église de scientologie ainsi que pour l'athéisme. Même les druides et le « Divine Light Zentrum » y ont eu droit. De fait, la religion « Wicca », dont les juges européens n'ont guère pu trouver de traces sérieuses, semble être pratiquement le seul cas où la Cour ait refusé à un requérant la qualité de religion. Quant au pacifisme, il constitue l'une des principales illustrations de ce que peut être une conviction philosophique.

leur attention sur les *manifestations* de la liberté religieuse. Ce n'est guère étonnant si l'on réalise qu'elles constituent les aspects de la liberté religieuse les plus faciles à appréhender, les plus susceptibles de porter préjudice aux libertés d'autrui ou à l'ordre public, et les plus exposés aux abus ou à la discrimination. Que recouvre au juste l'expression? On entend par là toute manifestation de la religion, individuelle ou collective, en public ou en privé, « par le culte, l'enseignement, les pratiques et l'accomplissement des rites »⁽¹⁴⁾.

La principale conséquence de la qualification comme *manifestation* est l'absence de protection absolue, celle-ci étant l'apanage du for interne. Il en résulte donc une rétrogradation à un niveau de protection juridique plus relative et pour une bonne part laissée à l'appréciation des Etats membres. Rappelons toutefois que l'appréciation étatique est, à son tour, subordonnée au respect de certaines balises établies par la Cour, dont celle-ci assure jalousement le contrôle. L'on en arrive ainsi au § 2, qui introduit des limitations par rapport au droit reconnu au § 1, selon un système *analogue* aux articles 8, 10 et 11 de la Convention. Ledit § 2 autorise l'Etat membre à introduire des restrictions pour peu qu'elles répondent aux critères préétablis. Celles-ci doivent être « prévues par la loi » et constituer des « mesures nécessaires dans une société démocratique ». Cette nécessité, appréciée à l'aune du principe de proportionnalité, doit viser la « sécurité publique », la « protection de l'ordre, de la santé, de la morale publiques » ou « la protection des droits et libertés d'autrui ». En ce sens, la liberté de religion est théoriquement moins susceptible de limitation que les droits protégés par les articles 8, 10 et 11⁽¹⁵⁾. C'est la raison pour la-

⁽¹⁴⁾ En ce qui concerne les « pratiques », par son célèbre arrêt *Arrowsmith c. Royaume Uni*, la Commission a introduit une distinction qui a acquis une importance considérable. Il y a lieu de faire la différence entre les *pratiques* et un comportement seulement *motivé* ou *influencé* par la religion. De ce point de vue, les pratiques (au pluriel dans le texte français, alors qu'il est au singulier en anglais) requerraient une action présentant une certaine nécessité par rapport à la religion à protéger, alors que les comportements motivés ou influencés par la religion auraient un lien plus lâche avec cette dernière et ne seraient pas toujours considérés comme une manifestation religieuse protégée (voir notamment *Kalaç c. Turquie*, § 27). Voir la critique du test *Arrowsmith* de C. EVANS, *Freedom of Religion...*, *o. c.*, p. 110 et s.

⁽¹⁵⁾ Contrairement à l'article 9 § 2, l'article 8 § 2 ouvre la justification d'une ingérence aux catégories du « bien-être économique du pays » et à la « prévention des

quelle il convient de parler d'analogie, même si, dans bien des cas, la pratique judiciaire semble niveler les différences⁽¹⁶⁾.

III. *La liberté religieuse dans sa dimension individuelle.*

Notre exploration de la jurisprudence strasbourgeoise commence par la délicate question du prosélytisme. Les deux arrêts de la Cour européenne s'y référant se situent en Grèce, dans le cadre spécifique de la religion dominante orthodoxe. Le premier est le célèbre arrêt *Kokkinakis* (1993) qui pose la question du prosélytisme abusif ou de bon aloi⁽¹⁷⁾. Le second, *Larissis* (1998), ajoute une prise en compte spécifique du contexte *militaire*.

1. *Le prosélytisme.*

M. Kokkinakis est témoin de Jéhovah. En compagnie de son épouse, il se rend au domicile d'une femme orthodoxe qu'il tente de convaincre d'adhérer à sa religion. Le mari, chantre d'une église orthodoxe, n'apprécie nullement cette démarche et introduit une action en justice. Le tribunal grec condamne M. Kokkinakis pour fait de prosélytisme. Encore faut-il préciser que la loi grecque présente la particularité d'avoir incriminé le prosélytisme. Le délit ne s'étend toutefois pas à toute forme de prosélytisme, mais seulement à ce qui correspond aux critères non exhaustifs («notamment») établis par ladite loi. Les voies de recours internes une fois épuisées, M. Kokkinakis saisit la Cour européenne en invoquant la protection de sa liberté de religion. Il plaide en faveur de la nécessaire distinction entre prosélytisme abusif et prosélytisme de bon aloi, thèse à laquelle la Cour souscrit, en s'appuyant sur sa jurisprudence constante qui reconnaît à la fois une marge d'appréciation

infractions pénales»; l'article 10 § 2 élargit la couverture à «l'intégrité territoriale», la «prévention du crime», la «protection de la réputation d'autrui»; l'article 11 § 2 étend la justification à la «prévention du crime».

⁽¹⁶⁾ Dans ce sens, voir entre autres, S. VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme. Prendre l'idée simple au sérieux*. Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 438.

⁽¹⁷⁾ Pour une présentation générale de cette problématique, voir A. GARAY, *Liberté religieuse et prosélytisme: l'expérience européenne*, in *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 5 (1994), p. 7-29.

étatique et un contrôle par les juges européens de la justification des mesures prises. Elle conclut que le délit de prosélytisme établi par la loi grecque peut se comprendre comme une répression du seul prosélytisme abusif. Si elle n'estime pas cette incrimination du prosélytisme attentatoire à la liberté religieuse, elle considère, en revanche, qu'en l'espèce, les juridictions grecques n'ont pas établi la responsabilité du requérant. De la sorte, pour la première fois de son histoire, la Cour européenne conclut à la violation de l'article 9.

Ce célèbre arrêt a donné lieu à plusieurs opinions séparées, dont celles des juges Pettiti et Martens. Les principales critiques que l'on formulera à son égard sont les suivantes: 1^o) c'est la loi grecque incriminant le prosélytisme qui aurait dû être jugée contraire à l'article 9; 2^o) la qualification légale du délit est trop vague; 3^o) si la distinction entre prosélytisme de bon aloi et prosélytisme abusif est justifiée et nécessaire, la référence de la part de juges à une « vraie évangélisation » pour clarifier le concept de prosélytisme de bon aloi, indépendamment de la vérité de fond, pose un problème en ce qui concerne le principe de neutralité de la Cour par rapport aux religions respectives: à partir du moment où il est question de témoignage religieux plus « vrais » que d'autres, on sort des critères légaux qui devraient être les seuls à entrer en ligne de compte pour établir un délit⁽¹⁸⁾. Si cet arrêt plante un jalon historique, il n'en laisse pas moins à désirer quant à sa qualité juridique.

Cinq ans plus tard, la Cour est de nouveau saisie d'une affaire concernant le prosélytisme en Grèce. S'agissant de faits systématiques commis par des officiers grecs de l'armée de l'air, *M. Larissis* et deux autres collègues, envers des soldats mais aussi envers des civils, la Cour contextualise le jugement de manière à prendre en considération le rapport hiérarchique propre aux *forces armées* comportant un risque de harcèlement, d'ailleurs pas nécessairement délibéré. Elle se rapproche ainsi d'une « quasi-présomption de prosélytisme abusif »⁽¹⁹⁾. De fait, bien que, en l'es-

(18) Cf. Fr. RIGAUX, *L'incrimination du prosélytisme face à la liberté d'expression*, in *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 5 (1994), spéc. p. 146-147.

(19) G. GONZALEZ, *Nouvel éclairage européen sur le prosélytisme ou petite leçon de savoir-vivre sous l'uniforme*, in *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 10 (1999), p. 589.

pèce, aucune menace ou mesure coercitive tendant à les convertir (à la religion pentecôtiste) n'ait été décelée, des soldats se sont sentis obligés de prendre part à des discussions religieuses avec leurs supérieurs, les requérants. Le statut civil ou militaire des personnes soumises aux faits de prosélytisme donnera dès lors lieu à une appréciation différente. Alors que les propos prosélytistes tenus à l'égard de *civils* vont être jugés sur le mode de l'affaire *Kokkinakis*, c'est-à-dire qu'il faut établir le caractère abusif des méthodes employées, les agissements envers les *militaires* feront quant à eux l'objet d'un autre raisonnement. Vis-à-vis de ces derniers, la Cour estime justifiées tant la poursuite par les juridictions grecques que les peines que celles-ci leur ont infligées. Si ces peines constituent une ingérence dans l'exercice du droit des officiers à la liberté de manifester leur religion ou leur conviction, il s'agit toutefois, estime la Cour, d'une ingérence prévue par la loi, poursuivant un but légitime — la protection des droits et des libertés d'autrui — et nécessaire dans une société démocratique au sens de l'article 9 § 2.

Que penser d'une telle position? Elle pose plusieurs questions majeures: la césure entre la protection promise au commun des mortels et celle (restreinte) réservée aux militaires n'appelle-t-elle pas une réflexion approfondie sur son bien-fondé? Une telle différence de traitement d'une même liberté entre militaires et civils n'est-elle pas discriminatoire et, si elle se généralisait, ne conduirait-elle pas à un affaiblissement progressif du système commun des droits humains? À supposer que cette objection soit écartée, il faudrait encore déterminer quels rapports hiérarchiques doivent bénéficier d'un traitement spécial et jusqu'où il convient de l'étendre: dans l'enceinte militaire, pendant les heures de service ...? Et si c'est uniquement dans ce cadre restreint, il faudra encore s'interroger sur la délimitation des rapports hiérarchiques justifiant cette attention spéciale: cet arrêt se prononce sur les rapports entre supérieurs et soldats, mais qu'en est-il des relations hiérarchiques entre gradés? La question ne devrait-elle pas également être posée dans le cadre de rapports hiérarchiques existant en dehors des forces armées, par exemple, chez les fonctionnaires? Enfin, l'on se demandera encore si ce procès tenu devant les juridictions grecques aurait pris la même tournure dans l'hypothèse où, au lieu d'être pentecôtistes, les officiers avaient

été orthodoxes. À cet égard, la Cour allègue prudemment qu'aucun élément du dossier ne permet d'étayer une telle interprétation, ce qui permet d'écarter l'hypothèse de la violation des articles 9 et 14 combinés.

2. *L'éviction d'un poste de magistrat militaire en raison d'agissements contre la laïcité turque et la discipline militaire: Kalaç c. Turquie (1997).*

Toujours dans le cadre des forces armées, turques cette fois, l'arrêt *Kalaç* pose la question de savoir si un officier occupant un poste de magistrat militaire et considéré par les autorités comme membre d'un groupe fondamentaliste islamique pouvait manifester des opinions et adopter des comportements contraires au principe de la laïcité proclamé par cet Etat ainsi qu'à la discipline militaire. Contrairement à la Commission, la Cour refuse de juger l'éviction de l'officier comme une ingérence dans le droit garanti à l'article 9. En l'espèce, la mise à la retraite du magistrat n'est pas due à la manifestation de sa religion, car, de fait, le requérant a pu pratiquer celle-ci librement, mais serait justifiée par des agissements portant atteinte au principe turc de la laïcité et à la discipline militaire. Or, en embrassant la carrière militaire, le requérant a précisément accepté de se plier à cette discipline autorisant l'Etat à imposer aux membres des forces armées des limitations qui ne seraient pas justifiées à l'égard des civils (§§ 28-31).

3. *Le voile islamique: Dablab c. Suisse (2001).*

Même si la Cour de Strasbourg a été saisie de plusieurs causes relatives au voile⁽²⁰⁾, nous nous en tiendrons ici aux affaires déjà été tranchées par cette juridiction⁽²¹⁾. *Dablab c. Suisse* aborde le

(20) Nous rappellerons les deux décisions relatives à l'interdiction du voile sur les photos d'identité des étudiantes d'Ankara (*Karaduman c. Turquie* et *Bulut c. Turquie*: Déc. adm. 16278/90 et 1873/91): l'ancienne Commission s'était ralliée à l'argumentation du gouvernement turc, à savoir le respect de l'ordre public et l'absence de la moindre velléité de s'en prendre à la liberté religieuse des étudiantes.

(21) La Cour vient de rendre l'arrêt *Leyla Sabin c. Turquie* (du 29 juin 2004) déboutant une étudiante islamique exclue de l'université publique d'Istanbul en raison de son insistance à porter le voile contrairement au règlement de l'établissement. Pour les juges, il ne s'agit pas tant d'entraver la liberté religieuse vestimentaire de

cas de figure d'une enseignante revendiquant le port du voile islamique dans une école publique. La Cour prend acte de ce que, après avoir abandonné la religion catholique pour se convertir à l'islam, la requérante a porté le foulard pendant trois ans sans que

cette étudiante que de tolérer une ingérence en vue de protéger les femmes islamiques de ce pays souhaitant s'émanciper du port du foulard des fortes pressions auxquelles elles sont exposées, situation qui doit être jugée comme incompatible non seulement avec la liberté des musulmanes mais aussi avec le principe turc de laïcité. La Cour estimera dès lors que le pluralisme étant de mise dans une université publique, l'ingérence dénoncée répond aux conditions nécessaires pour que, en vertu de son § 2, il n'y ait point de violation de l'article 9. Cet arrêt reconnaît notamment la marge d'appréciation laissée à l'Etat turc. Étroitement lié au contexte juridique et politique de ce pays, il n'autorise aucune extrapolation. Concernant le raisonnement (non épargné par les failles et les omissions) tenu par la Cour dans cet arrêt, et plus largement concernant la question du voile en Europe, voir E. BRIBOSIA-I. RORIVE, *Le voile à l'école: une Europe divisée*, in *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 15 (2004), p. 951-983. Dans un autre contexte, celui de la liberté d'association protégée par l'art. 11, l'arrêt *Refah Partisi et autres c. Turquie* (13 février 2003) a estimé que la dissolution d'un parti politique semblant viser l'instauration de la charia et comportant un système « multi juridique » n'entraînait pas la violation de cette liberté mais s'inscrivait dans les restrictions légitimes de l'exercice de cette dernière dans une société démocratique. Selon le jurisconsulte et ancien greffier de la Cour, M. De Salvia, l'arrêt en question dépasserait le cas d'espèce (et le contexte turc) et établirait les grands traits de la position de la juridiction strasbourgeoise. Dans cette optique, la Grande Chambre aurait ainsi adopté le principe de laïcité comme l'une des lignes directrices de sa jurisprudence (cf. M. DE SALVIA, *Liberté de religion, esprit de tolérance et laïcité dans la jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l'Homme*, in *Mélanges en hommage au Doyen Gérard Cohen-Jonathan*, vol. I, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 604). Il s'agirait dès lors de l'élaboration d'un concept prétorien européen de laïcité de l'Etat: entreprise intéressante mais non dépourvue d'embûches. En effet, pour être correct, un tel concept devrait rester à la fois idéologiquement neutre et politiquement impartial. La neutralité idéologique (et confessionnelle) requiert d'éviter toute confusion avec la conception que se font de la laïcité les confessions philosophiques du même nom. L'impartialité politique, quant à elle, exige que l'on prenne soin de distinguer les critères européens en train de se forger en matière de laïcité des conceptions étatiques particulières de laïcité, par exemple turque ou française. Mais jusqu'à quel point y aura-t-il lieu de les distinguer du concept commun? Concernant la spécificité de la laïcité à la française, ainsi que la neutralité que le projet européen devrait observer aussi envers les différents modèles nationaux de rapport au religieux — une neutralité que cet auteur dénomme « méta-neutralité » —, voir L.-L. CHRISTIANS, *La laïcité française au risque européen*, in *Transversalités* (2004) n° 91, p. 25-53 (revue de l'Institut catholique de Paris). Enfin, tout en étant d'accord sur l'objectif poursuivi par la Cour européenne, l'on s'interrogera sur le caractère judicieux du terme choisi: parler de principe de « laïcité », n'est-ce pas aller au devant de certaines confusions notionnelles? L'usage d'un autre vocable, par exemple « neutralité » ou

cela ait apparemment posé le moindre problème. Ce constat porte à croire qu'il n'y avait rien à redire quant à la manifestation extérieure de sa croyance religieuse. Par ailleurs, elle prend en considération non seulement le caractère public et non confessionnel de l'école, mais aussi la circonstance non négligeable de *l'âge particulièrement influençable des élèves* (entre quatre et huit ans), ainsi que la difficulté pour un enseignant de concilier le port du foulard islamique avec le message de tolérance et de non discrimination, notamment en raison du sexe, que tout maître d'école doit transmettre à ses élèves dans une démocratie. Mettant dès lors en balance, d'une part, le droit de l'instituteur de manifester sa religion et, d'autre part, la protection des élèves en bas âge ainsi que le respect de la neutralité de l'enseignement public, la Cour estime que les autorités genevoises n'ont pas outrepassé leur marge d'appréciation et que la mesure prise, à savoir l'interdiction pour l'enseignante de porter le foulard, n'était dès lors pas déraisonnable. A ses yeux, la mesure semble justifiée dans son principe, proportionnée à l'objectif visé de la protection des droits fondamentaux ainsi que de l'ordre et de la sécurité publique, et enfin, nécessaire dans une société démocratique. Par ailleurs, l'hypothèse de la discrimination du sexe féminin (cf. art. 14) que l'obligation du port du foulard islamique pourrait occasionner est écartée en arguant du fait qu'une telle mesure pourrait également s'appliquer à un homme revêtant ostensiblement, dans les mêmes circonstances, les habits propres à une autre confession... Manifestement la question est complexe et loin d'être close.

4. *La prestation de serment sur les Evangiles exigé aux parlementaires élus: Buscarini et autres c. Saint-Marin (1999).*

Personne ne peut être tenu à une manifestation impliquant un credo qu'il rejette. En l'espèce, il s'agit du droit d'être exempté de l'obligation de prêter un serment d'allégeance à connotation religieuse⁽²²⁾. Sous peine de déchéance du mandat parlementaire, la République de Saint-Marin imposait à ses députés, la formule sui-

« impartialité », n'aurait-il pas à tout le moins le mérite de la « précaution » prise afin d'éviter, dans une certaine mesure, de prévisibles ambiguïtés?

(22) Voir à ce sujet J.-Fr. FLAUSS, *Les serments d'allégeance à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'homme*, in *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 11 (2000), p. 267-279.

vante: « sur les Saints Évangiles, Je (...) jure et promets (...) » (§ 8). D'après le Gouvernement, celle-ci était justifiée par l'histoire de la République fondée par un saint et ne trahirait aucune intention de porter atteinte à la liberté religieuse de certains parlementaires. Suite à la sommation qui leur avait été faite par le Parlement, les requérants finirent par consentir à prêter serment selon l'usage. Avant même la saisine de la Commission par les requérants — telle est parfois l'efficacité d'une simple perspective de saisine! —, la loi 115/1993 introduit la possibilité pour les parlementaires nouvellement élus de remplacer la formule de serment traditionnelle par une autre (« sur mon honneur »: § 14) apportant une solution pragmatique au problème pour l'avenir. En l'espèce, la Cour rejette le caractère nécessaire dans une société démocratique et observe qu'il serait « contradictoire de soumettre l'exercice d'un mandat qui vise à représenter au sein du Parlement différentes visions de la société à la condition d'adhérer au préalable à une vision déterminée du monde » (§ 39).

5. *Le refus de participer à une cérémonie faisant référence à la guerre en raison d'une interdiction de sa religion: Efstratiou c. Grèce et Valsamis c. Grèce (1996).*

Dans ces deux affaires, le requérant est en même temps témoin de Jéhovah et élève de l'enseignement secondaire. L'un comme l'autre refusent de prendre part à la cérémonie organisée à l'occasion de une commémoration de la fin de la guerre, en 1940, entre la Grèce et l'Italie fasciste. Ils s'estiment dans une hypothèse d'objection de conscience, étant donné que leur religion leur interdit de participer à une célébration civile au cours de laquelle on commémore une guerre et à laquelle prennent part des autorités militaires et ecclésiastiques. La sanction imposée par les juges nationaux était modérée et ne privait pas du droit à l'éducation. La cérémonie était dépourvue d'élément qui fût de nature à offenser les témoins de Jéhovah. Appréciant ces deux aspects ainsi que la circonstance que les témoins de Jéhovah étaient dispensés du cours de religion ordinaire et de la Messe orthodoxe, la Cour conclut à l'absence de violation. Certaines opinions dissidentes se sont toutefois élevées pour insinuer que les juges n'auraient pas saisi le symbolisme inhérent à cette commémoration ni l'obligation en vertu de laquelle les requérants avaient pu se sentir liés de manifester publiquement leur désaccord. Ces deux arrêts sont parfois interprétés

comme une limitation du champ de la protection de la liberté religieuse ou une concession à la « proportionnalité-alibi »⁽²³⁾.

6. *Discrimination pour des motifs religieux dans l'accès à une profession libérale: Thlimmenos c. Grèce (2000).*

M. Thlimmenos, témoin de Jéhovah de nationalité grecque, allègue le refus des autorités de son pays de le nommer à un poste d'expert-comptable à la suite de sa condamnation en matière pénale: il s'agit d'une insubordination pour avoir refusé de porter l'uniforme militaire à une époque de mobilisation générale. Toutefois cette insubordination était dictée, selon lui, uniquement par des motifs religieux l'obligeant au pacifisme. Devant la Cour, le requérant ne se plaint pas d'avoir été condamné par le tribunal militaire. Son argumentation vise la loi de son pays excluant la nomination à un poste d'expert-comptable de toute personne convaincue d'un crime, en ce qu'elle n'établit pas de distinction entre les personnes sanctionnées en raison de leurs convictions religieuses et celles dont la condamnation se fonde sur d'autres motifs. Il invoque l'article 14 combiné avec l'article 9 de la Convention, voie qui sera retenue par la Cour. Cet arrêt étend la discrimination aux hypothèses où des Etats, « sans justification objective et raisonnable, (...) n'appliquent pas un *traitement différent à des personnes dont les situations sont différentes* » (§§ 38 et 44; nous soulignons). Il suffit, selon elle, de vérifier que cette discrimination (traiter également des personnes dont les situations étaient différentes) ne poursuivait pas un « but légitime » et, s'il en est ainsi, d'apprécier s'il existait un rapport raisonnable de « proportionnalité ». Tout en accordant au Gouvernement que les Etats peuvent avoir un intérêt légitime à exclure certains délinquants de la profession d'expert-comptable, la Cour considère qu'une condamnation pour n'avoir pas accompli le service militaire pour des motifs religieux ou philosophiques « ne dénote aucune malhonnêteté ou turpitude morale de nature à amoindrir les capacités de l'intéressé à exercer cette profession » et ne justifie donc nullement cette exclusion d'un poste pour manque des qualités requises. Quant à la peine purgée de deux ans d'emprisonnement, elle l'estime suffisante; elle rendrait disproportionnée l'infliction d'une sanction supplémentaire. Il

(23) G. GONZALEZ, *La convention...*, o. c., p. 219.

n'y a dès lors pas de but légitime et la discrimination n'est pas objective ni raisonnable, ce qui n'empêchera pas la Cour de juger qu'il y a une violation de l'article 6 de la Convention pour irrespect du délai raisonnable. Concernant le droit à l'objection de conscience, cet arrêt est parfois interprété comme marquant une véritable évolution de la part de la Cour par rapport à l'ancienne Commission, qui avait exclu la possibilité d'une objection de conscience basée sur l'article 9, en renvoyant systématiquement la question à l'article 4, § 3, b) de la Convention⁽²⁴⁾. Mais le minimalisme décisionnel des juges a, une fois de plus, limité les enseignements potentiels de cet arrêt.

IV. *La liberté religieuse dans sa dimension collective.*

Le deuxième aspect de la liberté de religion concerne sa dimension collective, que nous aborderons au travers de deux affaires concernant respectivement l'ouverture d'une maison de prière et l'abattage rituel.

1. *L'ouverture d'un lieu de culte: Manoussakis c. Grèce (1996):*

La liberté de construire, d'ouvrir ou de desservir un lieu de culte revêt une dimension foncièrement collective, que le refus d'une autorisation nécessaire de la part de l'Administration risque d'entraver, voire d'anéantir: c'est l'expérience vécue par un groupe de cinquante familles appartenant à la confession religieuse des Témoins de Jéhovah. Les requérants ont, par un contrat sous seing privé, loué un immeuble dans le but explicite de l'utiliser comme maison de prière. Considérant que l'autorisation requise par les autorités grecques visait uniquement à favoriser la religion orthodoxe et à empêcher la pratique de leur culte, ils omettent de solliciter ladite autorisation. Lorsqu'ils la demandent, ils font l'objet de mesures dilatoires de la part du Ministère des cultes. Condamnés par les juridictions de fond, ils se pourvoient vainement en cassation. Tout en reconnaissant l'existence de marges d'appréciation dans le

⁽²⁴⁾ N'est pas considéré comme «travail forcé ou obligatoire», au sens dudit article interdisant l'esclavage et le travail forcé, «tout service de caractère militaire ou, dans le cas d'objecteurs de conscience dans les pays où l'objection de conscience est reconnue comme légitime, un autre service à la place du service militaire obligatoire».

chef de l'Etat, la Cour de Strasbourg rappelle la nécessité d'un contrôle européen pour assurer le principe du pluralisme, qui ne semble pas avoir été respecté en l'espèce (cf. § 48). A l'instar de la Commission, la Cour estime que la « condamnation litigieuse affecte si directement la liberté religieuse des requérants qu'elle ne peut passer pour proportionnée au but légitime poursuivi, ni partant nécessaire dans une société démocratique » (§ 53). Il y a donc bel et bien violation de l'article 9. Il est toutefois étonnant que la Cour n'ait pas critiqué la qualité de la loi établissant le système d'autorisation préalable: c'est la « voie novatrice » que le juge Martens recommande dans son opinion concordante⁽²⁵⁾. Un an plus tard, l'ouverture des lieux de culte a failli donner lieu à une autre affaire concernant une maison de prière qui avait commencé à fonctionner sans attendre l'autorisation préalable. Cependant, — nous constatons à nouveau l'effet incitateur de la jurisprudence de Strasbourg —, il a suffi que les requérants (*Penditis et autres*) introduisent un recours devant la Cour pour que, fort de l'expérience *Manoussakis*, le Gouvernement grec assouplisse sa position et accepte un règlement à l'amiable⁽²⁶⁾.

2. La pratique rituelle alimentaire: *Cha'are Shalom Ve Tsedek c. France* (2000).

Cette affaire donne à la Cour l'occasion de se prononcer dans un contentieux mettant en cause des courants opposés au sein d'une même confession religieuse. L'association culturelle *Cha'are Shalom Ve Tsedek* est née d'une scission avec le Consistoire central israélite de Paris. Ultra-orthodoxe et minoritaire, elle encourage la pratique de l'abattage rituel selon des modalités plus strictes que celles des sacrificateurs de l'organisme ACIP, habilité par le Consistoire central de Paris, ce qui permet de certifier la viande « glatt » et pas seulement « casher ». L'origine du litige vient du fait

⁽²⁵⁾ Dans le même sens, voir G. GONZALEZ, *Les entraves à l'ouverture de « maisons de prière » en Grèce*, in *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 8 (1997), p. 547 et s.

⁽²⁶⁾ Dans *Vergos c. Grèce* (du 24 juin 2004) la Cour estimera, au contraire, que l'administration publique avait des raisons (marge d'appréciation, mesure justifiée et proportionnée: cf. § 42) de ne pas accorder l'autorisation d'ouvrir un lieu de culte sollicitée par les « Chrétiens orthodoxes véritables » (mais conclura à la violation de l'article 6).

que, contrairement à l'ACIP, qui a reçu l'agrément nécessaire pour être habilité à l'abattage et à la certification, le requérant se l'est vu refuser. Estimant que l'Etat français viole sa liberté de manifester sa religion en l'empêchant de pratiquer le rite de l'abattage qui, à ses yeux, est l'authentique, le requérant invoque la violation de l'article 9, pris isolément. Par ailleurs, il plaide aussi la discrimination et la violation de l'article 9 combiné avec l'article 14.

La Cour suit le raisonnement du Gouvernement: il est de l'intérêt général d'éviter des abattages sauvages effectués dans des conditions d'hygiène douteuse; il est donc préférable que l'abattage rituel soit pratiqué dans des établissements soumis au contrôle public. En accordant l'agrément à l'ACIP, émanation de l'organisme le plus représentatif des communautés juives de France, l'Etat n'a nullement porté atteinte à la liberté de religieuse du requérant, vu que la seule différence dans la méthode d'abattage réside dans le contrôle *post mortem* plus exigeant de la part de ce dernier. On ne saurait donc prétendre qu'il y ait, à proprement parler, une atteinte à la manifestation religieuse, car il faudrait pour cela que la Convention se soit engagée à garantir le « droit de procéder personnellement à l'abattage rituel et à la certification qui en découle ». Ce n'est pas le cas: la liberté religieuse couvre uniquement « la possibilité de se procurer et de manger une viande jugée par eux plus conforme aux prescriptions religieuses » (§ 82). Or l'approvisionnement en viande « glatt » est assuré tant par certaines boucheries françaises de l'ACIP que belges. Le refus d'agrément au requérant ne constitue donc pas une ingérence dans son droit à la liberté de manifester la religion. La Cour va même plus loin en supposant que, quand bien même il y aurait une ingérence, celle-ci serait couverte par le § 2. Elle envisage ensuite la possibilité d'une discrimination par rapport à une autre association religieuse, mais écarte cette voie. D'où, par réaction, une assez importante *opinion dissidente commune* (sept des dix-sept juges) soutient que le traitement préférentiel accordé par l'Etat au courant majoritaire de cette confession religieuse méconnaît le principe de la non-discrimination au détriment du courant religieux minoritaire (27).

(27) Voir J.-F. FLAUS, *Abattage rituel et liberté de religion: le défi de la protection des minorités au sein des communautés religieuses*, in *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 12 (2001), spéc. p. 203 et s.

V. *La dimension institutionnelle de la liberté religieuse.*

L'arrêt *Cha'are Shalom Ve Tsedek c. France*, que nous venons d'examiner sous l'angle de la liberté collective en matière d'abatage rituel, mérite également d'être mentionné à propos de la dimension institutionnelle. Il pose, en effet, la question de la reconnaissance par l'Etat d'une association à but religieux et, surtout, il consacre le principe que les sujets habilités à saisir la Cour européenne pour défendre leur liberté religieuse peuvent être, non seulement une ou plusieurs personnes physiques, mais également une personne morale, y compris une entité ecclésiale. Une confession religieuse s'estimant atteinte dans son droit à la liberté religieuse peut aussi recourir au Palais des droits de l'homme. C'est ainsi que la jurisprudence façonna le concept d'«Eglise requérante», ce qui représente une progression importante par rapport à l'époque où la jurisprudence de Strasbourg excluait les personnes morales du bénéfice de la protection de l'article 9. Le revirement remonte toutefois déjà à 1977⁽²⁸⁾.

1. *La nomination et la révocation d'un ministre du culte ou la privation de l'une de ses fonctions, sans ingérence de l'Etat.*

Les trois arrêts qui vont maintenant retenir notre attention se situent dans le cadre de la religion islamique et concernent le poste de mufti, en Grèce ou en Bulgarie. Avec *Serif c. Grèce* (1999), il s'agit de pourvoir au poste de mufti de Rhodope, devenu vacant. L'Etat grec nomme un mufti. Suite au décès de celui-ci, il en nomme un second par intérim, qui est ensuite confirmé par le Président de la République. Par ailleurs, des musulmans du lieu organisent des élections dans les moquées: Ibrahim Serif, le requérant, est élu. On se retrouve donc en présence de deux muftis de Rhodope, l'un nommé par l'Etat, l'autre répondant aux vœux des musulmans locaux. La question se corse encore du fait que, quatre jours avant ces élections, un décret-loi devait modifier le mode de désignation des muftis et être ensuite adopté par le parlement avec effet rétroactif, validant ainsi le décret-loi au moment des élections effectuées. Le requérant, avec d'autres musulmans, introduit alors un recours devant le Conseil d'Etat pour contester la légalité de la

(28) Cf. *X et l'Eglise de scientologie c. Suède*.

nomination de son concurrent, mais en vain. De son côté, le procureur de Rhodope engage une procédure pénale à l'encontre de M. Serif, en application des articles 175 et 176 du code pénal, pour usurpation des fonctions d'un ministre d'une « religion connue » et port en public de l'habit d'un tel ministre sans en avoir le droit. Condamné en correctionnelle puis en appel, le requérant se pourvoit en cassation sans succès. La Cour européenne se rallie à la thèse du requérant: il y a lieu de distinguer les *fonctions religieuses* du mufti et ses *fonctions administratives et judiciaires* qui concernent l'Etat. La condamnation du requérant pour les faits constatés constitue une ingérence dans l'exercice de son droit de manifester sa religion collectivement, en public, par le culte et l'enseignement. Cette ingérence n'est pas justifiée notamment en ce que « l'Etat n'a pas besoin de prendre des mesures pour garantir que les communautés religieuses demeurent ou soient placées sous une direction unique » (§ 52) et « le rôle des autorités en pareilles circonstances ne consiste pas à éliminer la cause des tensions en supprimant le pluralisme mais à veiller à ce que les groupes concurrents se tolèrent les uns les autres » (§ 53). Il y a donc eu violation de l'article 9.

L'arrêt *Hassan et Tchaouch c. Bulgarie* (2000) apporte de l'eau au moulin de l'autonomie organisationnelle des communautés religieuses. Voici les faits. Alors qu'en 1992, M. Hassan, le premier requérant, est élu grand mufti et fait adopter les nouveaux statuts de l'organisation des musulmans dans ce pays, trois ans plus tard, il est destitué de ses fonctions au profit de M. Gendjev, élu à son tour par une faction rivale. L'équipe du nouveau grand mufti n'entend pas constituer une autre confession musulmane en Bulgarie, mais souhaite remplacer M. Hassan et ses collaborateurs. De fait, celle-ci s'impose, occupe le bâtiment abritant l'organisation des musulmans et contrôle la gestion des biens de cette dernière. Sur le plan juridique, le décret R-12, signé par le vice-premier ministre, entérine la faction dirigée par M. Gendjev comme unique confession musulmane en Bulgarie. C'est en vain que M. Hassan introduit un recours auprès du parquet général, puis, avec l'appui de M. Tchaouch, saisit la Cour suprême. En dépit d'une reconnaissance tardive par la Cour suprême de ce que la confession religieuse dont le requérant était le grand mufti avait acquis légalement la personnalité juridique et n'en avait pas été privée ultérieu-

rement, et donc du caractère illégal du refus d'enregistrement, l'obstruction du Gouvernement, sans doute redevable pour une part à des facteurs politiques, se poursuit. Il faudra attendre un changement de majorité intervenu en 1997 pour que les deux grands muftis soient sommés de s'entendre au sein d'une conférence nationale de l'ensemble des musulmans mais le projet se bloque. MM. Hassan et Tchaouch défendent alors les droits de la première organisation musulmane en Bulgarie devant la Cour européenne, qu'il saisissent à titre personnel.

La Cour constate que l'organisation des requérants a été contrainte par l'Etat de se placer sous une direction unique. Celui-ci a ainsi porté atteinte à la liberté des fidèles de manifester leur religion, alors que, comme l'arrêt *Serif* (§ 52) l'avait déjà relevé, l'Etat n'a pas à prendre des mesures en vue d'assurer une direction unique à une communauté religieuse donnée. En outre, la destitution des dirigeants religieux, l'expulsion des bâtiments, la privation forcée du contrôle des biens, le non enregistrement des statuts, constituent également une ingérence dans l'organisation interne de la communauté musulmane et dans le droit des requérants à la liberté de religion protégée par l'article 9. La Cour vérifie ensuite si cette ingérence n'est pas justifiée: il n'y a pas d'ingérence «prévues par la loi» en ce qu'il manque, à tout le moins, la «qualité de la loi» (arbitraire, pouvoir d'appréciation illimité, insuffisante précision et de prévisibilité: § 86). Elle épingle, de surcroît, le refus répété du Conseil des ministres d'exécuter les arrêts rendus par la Cour suprême. Eu égard à ces constats, elle estime inutile de poursuivre l'examen des griefs et déclare la violation de l'article 9, ce qui ne l'empêchera pas de retenir aussi la violation de l'article 13 de la Convention.

Agga c. Grèce (2002) pose la question suivante: l'Etat grec a-t-il le droit d'interdire l'exercice de ses fonctions à un mufti qui, tout en ayant été élu à ce poste au sein de sa confession religieuse, n'a cependant pas été nommé par l'Etat et, dès lors, ne répond pas au statut légal de mufti? Au regard du droit grec, un mufti doit être désigné par les autorités civiles, car il exerce des fonctions judiciaires, voire administratives, importantes et ne saurait par conséquent être simplement élu par la population. Mais, comme dans l'affaire *Serif*, ce qui est reproché au requérant est, en définitive, d'avoir émis des messages à contenu religieux, ce qui re-

lève de la compétence religieuse du mufti (et n'est pas de nature administrative ni judiciaire). Voilà qui situe donc le litige nettement dans le domaine religieux. La Cour reconnaît, dès lors, l'existence d'une ingérence. Lors de l'appréciation de son éventuelle justification, elle estime superflu de se pencher sur la « prévision par la loi », car d'autres aspects nécessaires à la justification font manifestement défaut, accepte la légitimité du but poursuivi, mais refuse de reconnaître le caractère nécessaire de l'ingérence dans une société démocratique⁽²⁹⁾.

2. *L'octroi de la personnalité juridique civile à une confession religieuse.*

L'affaire mettant aux prises l'*Eglise catholique de la Canée* avec la Grèce (1997) découle d'un fait en soi plutôt banal. Attenant à un ancien couvent de capucins, la cathédrale du diocèse de Crète (du XIII^e siècle) fait l'objet d'un usage cultuel ininterrompu depuis 1879 au moins. En 1987 se produit un fait décisif: deux voisins de la cathédrale démolissent un des murs d'enceinte d'une hauteur de 1,20 mètre et percent dans leur immeuble une fenêtre donnant sur la cathédrale. Bien vite, il apparaît que l'intérêt de la cause dépasse les aspects matériels du litige et pose la question de l'octroi de la personnalité juridique civile d'une confession religieuse sans laquelle l'Eglise catholique se voit dans l'impossibilité d'ester en justice devant les tribunaux grecs pour assurer la défense de ses intérêts. Le procès va donc se centrer sur l'article 6. Mgr Franghiskos Papamanolis, l'évêque catholique, n'agit pas en son nom propre mais en sa qualité de représentant de l'Eglise catholique de la Canée: le recours est introduit par une « Eglise requérante ». Cette dernière soutient que l'Etat hellénique n'a jamais mis en doute la personnalité juridique de l'Eglise catholique, pas plus que celle de ses paroisses, tant du point de vue des tribunaux que de la pratique administrative. Un ensemble d'éléments (également contractuels et fiscaux) avait généré au fil du temps un climat de sécurité juridique auquel l'Eglise requérante pouvait légitimement se fier. Par ailleurs, une tentative tardive de se mettre en règle par rapport aux pre-

⁽²⁹⁾ Concernant cet arrêt, voir R. SARACINO, *Il caso Agga c. Grecia. Una nuova tappa nell'elaborazione di una giurisprudenza CEDU sulla libertà religiosa*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 12 (2004), p. 575-581.

scriptions du droit interne en vue de l'acquisition de la personnalité juridique de la part de l'Eglise requérante aurait risqué d'être interprétée comme un aveu qui aurait pu conduire à une invalidation d'innombrables actes juridiques accomplis dans le passé. Sans compter que le transfert des biens (subséquent à cette reconnaissance éventuelle) à la personne juridique nouvellement constituée pourrait aussi s'avérer problématique. En conclusion, l'Eglise requérante n'avait guère de possibilité d'obtenir la personnalité juridique civile. Or l'impossibilité d'avoir accès au tribunal qui en découle, notamment pour la défense de ses biens en cas de litige, constitue une véritable restriction de ses droits. La Cour épouse cette thèse fondée sur le fait que la Grèce avait toujours reconnu la personnalité juridique de l'Eglise catholique et que rien ne laissait présager le revirement survenu. Etant donné qu'il a été porté atteinte à la substance même de ce droit, la Cour considère qu'il y a eu violation de l'article 6 § 1 de la Convention (cf. §§ 41-42). En outre, elle estimera qu'il y a une violation de l'article 14 combiné avec l'article 6 § 1 (cf. § 47).

Dans *Eglise métropolitaine de Bessarabie et autres c. Moldova* (2001), les requérants sont, à la fois, une Eglise requérante et des fidèles de cette Eglise à titre personnel. En l'occurrence, les requérants sont conjointement l'Eglise métropolitaine de Bessarabie et douze ressortissants de cet Etat. A leurs yeux, le refus de reconnaissance par les autorités moldaves porte atteinte à leur liberté de religion et d'association et l'Eglise requérante est, en outre, victime de discrimination fondée sur la religion. La défense du Gouvernement moldave consiste manifestement en une tentative de déplacement du litige du terrain religieux vers le domaine politique, assimilant cette confession qualifiée d'« orthodoxe schismatique » aux intérêts politiques roumains. La reconnaissance de celle-ci risquerait de déstabiliser l'unique Eglise orthodoxe existant actuellement en Moldova et de provoquer des tensions internes, voire de menacer l'intégrité du territoire national.

La Cour reconnaît le bien-fondé de la thèse des requérants et admet que le système de reconnaissance appliqué en l'espèce a provoqué une ingérence dans la liberté religieuse garantie à l'article 9 § 1. Elle vérifie ensuite la justification de l'ingérence. Elle reconnaît que l'ingérence poursuivait un « but légitime »: contrôler le caractère religieux, prévenir des activités nuisibles, veiller à la sécu-

rité publique. Pour évaluer la nécessité, la Cour rappelle, comme dans *Serif*, § 53, le devoir de neutralité et d'impartialité, la condamnation de la violence ainsi que le rôle dévolu à l'Etat. Il ne lui revient pas « d'enrayer la cause des tensions en éliminant le pluralisme, mais d'assurer que des groupes opposés l'un à l'autre se tolèrent » (§ 116). Elle souligne également l'incompatibilité avec l'article 9 d'un système d'autorisation préalable purement discrétionnaire portant sur l'exercice de la liberté religieuse elle-même. Si l'Etat dispose de marges d'appréciation, celles-ci sont toutefois soumises au contrôle des juges européens. Enfin, elle précise que ledit article doit s'interpréter à la lumière de l'article 11 sur la protection de la vie associative et de l'article 6 sur la protection juridictionnelle de la confession religieuse. Après avoir ainsi déblayé le terrain, la Cour s'attache au point le plus sensible de son argumentation: y a-t-il proportionnalité aux buts poursuivis? Dans les circonstances du pays, conclut-elle au § 129, une confession religieuse non reconnue « ne peut ni s'organiser ni fonctionner. Privée de personnalité morale, elle ne peut ester en justice pour protéger son patrimoine, indispensable à l'exercice du culte, tandis que ses membres ne peuvent se réunir pour poursuivre des activités religieuses sans enfreindre la législation sur les cultes ». La Cour rappelle les actes d'intimidation auxquels les requérants ont été soumis et vis-à-vis desquels ceux-ci, suite à l'absence de protection légale, n'ont pas pu se défendre. Elle déclare, enfin, un traitement discriminatoire (sans justification objective et raisonnable) de l'Eglise requérante par rapport à d'autres associations culturelles. La verdict coule de source: « le refus de reconnaître l'Eglise requérante a de telles conséquences sur la liberté religieuse des requérants qu'il ne saurait passer pour proportionné au but légitime poursuivi ni, partant, pour nécessaire dans une société démocratique et qu'il y a eu violation de l'article 9 » (§ 130). Tout en écartant un examen séparé des articles 6, 11 et 14, la Cour conclura, en outre, à la violation de l'article 13 de la Convention.

VI. *Réflexions conclusives: vers un concept de liberté religieuse institutionnelle.*

1) Tout en consacrant la nette émergence de la protection judiciaire de la liberté religieuse, la jurisprudence de la Cour euro-

péenne n'offre, dans cette première décennie d'arrêts en la matière, qu'un éventail assez réduit qui ne permet guère de dresser qu'un portrait sommaire de ce pilier de la démocratie. Les arrêts recensés jettent néanmoins un éclairage satisfaisant sur un certain nombre de manifestations de la liberté religieuse. Par ailleurs, les juges étant par nature peu enclins à élaborer des concepts théoriques, il n'est pas surprenant de n'y trouver ni définition de la liberté religieuse, notamment quant au for interne qui jouit d'une protection absolue, ni liste systématique de ses manifestations. Ce qui l'est peut-être moins, c'est la propension des organes strasbourgeois, dénoncée par d'aucuns, à estimer réunies les conditions nécessaires pour justifier une ingérence étatique. Si elle devait se confirmer, cette tendance risquerait d'être interprétée comme un manque d'impartialité de la part du prétoire. Cependant, notre analyse des arrêts relatifs à l'article 9 nous a enseigné que, si l'on peut, à la rigueur, considérer l'un ou l'autre jugement comme extrêmement favorable à un Etat, par exemple dans l'affaire *Cha'are Shalom*, l'impression générale qui s'en dégage est plutôt celle d'une jurisprudence globalement équilibrée. L'on observera que, sur les 15 arrêts analysés, 10 déclarent une violation de la Convention. Sans doute la palme revient-elle à la Grèce, qui monopolise 7 des 10 condamnations. Ce constat concernant les arrêts doit toutefois être nuancé par la prise en compte des décisions sur la recevabilité. Or un examen de 50 décisions sur la recevabilité (rendues entre janvier 1993 et mai 2004) concernant au moins en partie la liberté de religion révèle que pas moins de 36 d'entre elles déclarent la requête irrecevable.

2) L'éclosion de la liberté religieuse dans la jurisprudence européenne s'est déroulée progressivement, par le dépassement des aspects individuels — protégés pour la première fois dans l'arrêt *Kokkinakis* — pour couvrir aussi ses dimensions collectives, comme ce fut le cas spécialement à partir de *Manoussakis*. Plus récemment, on a vu émerger son élément *institutionnel*, même si celui-ci était déjà bien présent dans la jurisprudence constante de l'ancienne Commission des droits de l'homme, mais sans faire pour autant l'objet d'une véritable construction conceptuelle. Deux droits fondamentaux, à leur tour source d'autres droits humains, reviennent aux groupements religieux comme tels en vertu de l'article 9: le droit de ne pas être privé indûment de *la personnalité ju-*

ridique civile ⁽³⁰⁾ ainsi que le *respect de leur autonomie institutionnelle* ⁽³¹⁾, une autonomie qui présente « un intérêt direct non seulement pour l'organisation de la communauté en tant que telle, mais aussi pour la jouissance effective pour l'ensemble de ses membres actifs du droit à la liberté religieuse » ⁽³²⁾.

3) De l'octroi de la personnalité juridique civile découlent, aux yeux du droit étatique, une série de droits se trouvant en étroite connexion avec la liberté religieuse et qu'« une Eglise ou l'organe ecclésial d'une Eglise peut, comme tel, exercer au nom de ses fidèles » ⁽³³⁾. Les arrêts recensés ont ainsi reconnu les droits d'*organiser des réunions* ⁽³⁴⁾ et d'*ouvrir un lieu de culte* ⁽³⁵⁾, ainsi que celui de *saisir les tribunaux* et bénéficier d'une *protection juridique* ⁽³⁶⁾, notamment d'un *recours effectif* ⁽³⁷⁾, que ce soit pour défendre ses biens ou pour se protéger de tout *traitement discriminatoire* ⁽³⁸⁾, par exemple, concernant l'accès à un tribunal, par rapport à d'autres religions, y compris celle qui jouirait éventuellement du statut de religion dominante. La liberté religieuse institutionnelle rejoint ainsi respectivement les articles 11, 6, 13 et 14 de la Convention européenne, qui assurent sa protection par ricochet.

4) De l'autonomie organisationnelle des communautés religieuses dérivent pour chaque groupement religieux la libre *pratique* ⁽³⁹⁾, la libre *nomination des ministres du culte*, ainsi que, pour ces derniers, le *libre exercice des fonctions spirituelles* (tâches soigneusement distinguées des fonctions administratives et judiciaires susceptibles d'avoir des effets civils ⁽⁴⁰⁾). Plus concrètement, l'ancienne Commission avait déjà consacré la liberté d'imposer une *uni-*

⁽³⁰⁾ Cf. *Eglise catholique de la Canée*, § 40; *Cha'are Shalom Ve Tsedek*, § 72; *Eglise métropolitaine de Bessarabie*, § 105.

⁽³¹⁾ Cf. *Hassan et Tchaouch*, § 62; *Eglise métropolitaine de Bessarabie*, § 118.

⁽³²⁾ *Hassan et Tchaouch*, § 62.

⁽³³⁾ *Eglise métropolitaine de Bessarabie*, § 101.

⁽³⁴⁾ Cf. *Eglise métropolitaine de Bessarabie*, § 105.

⁽³⁵⁾ Cf. *Eglise métropolitaine de Bessarabie*, § 117).

⁽³⁶⁾ Cf. *Eglise catholique de la Canée*, §§ 39-40; *Eglise métropolitaine de Bessarabie*, §§ 101 et 105.

⁽³⁷⁾ Cf. *Hassan et Tchaouch*, § 104.

⁽³⁸⁾ Cf. *Eglise catholique de la Canée*, § 47; *Hassan et Tchaouch*, § 105.

⁽³⁹⁾ Cf. *Eglise métropolitaine de Bessarabie*, § 105.

⁽⁴⁰⁾ Cf. *Serif*, §§ 51-52.

formité doctrinale et rituelle⁽⁴¹⁾ et de faire respecter une *discipline et des règles propres*, la liberté religieuse à l'intérieur des communautés étant bien délimitée à la libre adhésion et au libre départ, tant des membres que des ministres⁽⁴²⁾. D'où découle le droit pour la confession religieuse de *sanctionner* un ministre ou de le *révoquer*, alors que serait en revanche inacceptable le remplacement de l'un des dirigeants religieux imposé par l'Etat⁽⁴³⁾. Par ailleurs, dans les situations de conflit ou de division à l'intérieur d'une même religion, on reconnaît, au nom du pluralisme religieux, la possibilité de la *coexistence à un même poste de ministres du culte issus de courants différents*, si une confession religieuse ou plusieurs factions juge(nt) opportun qu'il en soit ainsi⁽⁴⁴⁾. En effet, en raison de son devoir de neutralité⁽⁴⁵⁾, l'Etat se gardera de se livrer à une appréciation des cultes respectifs et, en cas de tension ou de conflits entre eux, veillera à la tolérance réciproque plutôt que de tenter d'enrayer la cause des tensions par l'élimination du pluralisme⁽⁴⁶⁾.

5) Ceci dit, les constats positifs qui précèdent à l'égard de la jurisprudence de Strasbourg doivent demeurer prudents. En effet, outre les zones d'ombre déjà indiquées (flou concernant la liberté interne, attention très axée sur la justification des ingérences étatiques), les juges européens ne paraissent pas toujours aller suffisamment loin dans leur analyse ou dans la formulation de leur conclusion. En ce sens, il y a lieu de souligner leur *minimalisme décisionnel*, qui a souvent pour conséquence de juger inutile l'examen de la violation de certains articles de la Convention — l'article 9 en a longtemps fait les frais — et va de pair avec une résistance à expliciter certaines prises de positions délicates. L'arrêt *Agga* est à cet égard très éloquent. Alors qu'il se borne à condamner expressément une ingérence de l'Etat dans la liberté que possède un mufti de manifester sa religion par un enseignement religieux, il semble, en réalité, contenir un apport bien plus substantiel et radical, mais non exprimé, que l'on pourrait formuler ainsi:

(41) Cf. *Cha'are Shalom Ve Tsedek*, §§ 73-74; *Eglise métropolitaine de Bessarabie*, § 117

(42) Voir, par exemple, *Spetz et autres c. Suède*, § 2.

(43) Cf. *Hassan et Tchaouch*, §§ 78 et 82.

(44) Cf. *Serif*, § 52.

(45) Cf. *Eglise métropolitaine de Bessarabie*, § 123.

(46) Cf. *Serif*, § 53; *Eglise métropolitaine de Bessarabie*, § 116.

la reconnaissance de l'autonomie des confessions religieuses et de leur liberté de nommer elles-mêmes leurs ministres ainsi que le libre exercice par ceux-ci de leurs fonctions spirituelles, pourvu qu'ils ne débordent pas du champ religieux proprement dit et ne prétendent pas poser d'actes ayant un effet légal. Dans ce domaine-ci comme dans d'autres — par exemple, l'affaire *Thlimmenos* relative à l'éventuelle d'objection de conscience en matière de service militaire —, la Cour gagnerait probablement en clarté et en effet d'entraînement à formuler de manière plus explicite certaines conclusions virtuellement contenues dans ses arrêts.

6) Sur un plan plus technique, l'on notera également la qualification d'«organisation non gouvernementale» attribuée au requérant dans l'affaire *Eglise catholique de la Canée* (§ 30). Sans doute cette solution était-elle la moins inadéquate au regard de l'ancien article 25 de la Convention européenne — devenu l'article 34 — prévoyant que la Cour puisse être saisie d'une requête «par toute personne physique, toute organisation non gouvernementale ou tout groupe de particuliers qui se prétend victime d'une violation (...)». Une Eglise ne présente-t-elle pas moins de différence par rapport à une ONG que par rapport à un quelconque «groupe de particuliers»? Ce nonobstant, ladite qualification juridique prête le flanc à la critique en ce qu'elle ne reflète pas la spécificité des Eglises et communautés religieuses. Si une telle qualification est louable dans le cadre des conditions de saisine de la Cour européenne, l'on se demandera si elle convient de manière générale et sans réserve aux groupements religieux. Cette question, qui ne concerne pas seulement l'Eglise catholique, s'avère complexe, délicate et évolutive, au point qu'il pourrait sembler hasardeux d'y répondre sans tenir compte d'un ensemble d'éclairages nécessaires: depuis les données ecclésiologiques les plus élémentaires jusqu'aux éléments provenant de plusieurs disciplines juridiques (rapports entre Eglises et communauté politique, droit concordataire, droit ecclésiastique comparé, droit international, etc.).

7) Enfin, en ce qui concerne la reconnaissance de la liberté religieuse des Eglises, il y a lieu de mentionner la judicieuse option prise par l'Union européenne dans l'article I-52 de son Traité constitutionnel tout récemment approuvé et qui doit être ratifié par les Etats membres. Elle y traite séparément des Eglises ou communautés religieuses d'une part, et des associations représentatives de la société ci-

vile d'autre part (cf. art. I-47 du Traité), tout en évitant la confusion avec les organisations philosophiques et non confessionnelles, ce qui eût été regrettable (cf. art. I-52 § 2). Elle y reconnaît les rapports existants dans chaque Etat membre entre Eglises et pouvoirs publics. On désigne de la sorte un statut qui sera normalement spécifique — donc différent des ONG — et garanti par les constitutions respectives, voire par des accords ou des concordats conclus entre Eglises et Etats. Si le Traité devait finalement être ratifié, on aurait ainsi franchi une nouvelle étape par rapport aux acquis de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne approuvée à Nice en 2000⁽⁴⁷⁾. Du point de vue de cette étude, l'adoption de l'article I-52 pourrait, en effet, s'interpréter comme une prise de conscience subséquente par l'Union européenne de l'avancée que la jurisprudence de Strasbourg a réalisée en matière de liberté religieuse (y compris institutionnelle) et comme le vœu de respecter les standards européens établis par la Cour dans son interprétation évolutive de la Convention européenne de 1950 (cf. art. II-112 et 113 du Traité). Ne se satisfaisant plus, dès lors, de la déclaration n° 11 annexée au Traité d'Amsterdam, l'Union européenne souhaite ainsi inscrire ce texte dans son Traité instituant une Constitution, laquelle inclut, en outre, un « dialogue régulier » avec les confessions religieuses (§ 3), sans renoncer pour autant au principe de pluralisme ou de neutralité de ses structures politiques. Au contraire, elle met celui-ci en œuvre comme il convient, c'est-à-dire dans le respect de l'autonomie revenant aux communautés religieuses dans leur domaine propre. En effet, le principe de pluralisme ou de neutralité, qui trouve à s'appliquer à tous les niveaux de pouvoirs publics, va de concert, au plan des droits humains fondamentaux, avec la liberté religieuse, y compris dans sa dimension institutionnelle.

JEAN-PIERRE SCHOUPPE

(47) Pour de plus amples développements sur cette question, nous renvoyons à notre article: J.-P. SCHOUPPE, *Les droits fondamentaux dans le futur Traité constitutionnel de l'Union européenne. Questions d'éthique juridique et de liberté religieuse*, in questa *Rivista*, 15 (2003), p. 203-234, spéc. p. 228 et s.

Rassegna di bibliografia

Recensioni

Pagina bianca

Juan Ignacio ARRIETA, *Governance Structures within the Catholic Church*, Gratianus Series, Wilson & Lafleur, Montreal, 2000. p. XXIV + 304.

The various canonical institutions of the Church are a complex array of interdependent realities difficult to explain to the uninitiated. This is especially true of what are considered to be governmental institutions, not only in the manner in which they are juridically structured but also how they relate both to one another and to the other ecclesiastical institutions that are not formally considered governmental. While many studies have been devoted to the endless number of canonical issues surrounding the structures of governance within the Church, the vast majority of books devoted to the topic remain in their original foreign language. An English text on this critical issue is therefore of some considerable significance.

The present book is an English translation of the original Italian text, *Diritto dell'organizzazione ecclesiastica* (Milano, Giuffrè, 1997). As the author himself points out in the preface: «This work contains a part of my course entitled «Ecclesiastical Organization», which I have been teaching for several years in the Pontifical University of the

Holy Cross in Rome. It serves as an introductory course in the first year of graduate studies in canon law». This should be read with a certain caution. The author is one of the Church's leading canonists who has written widely and wisely on many canonical questions, especially those dealing with institutional and structural issues within the Church. In addition, he has the particular benefit of having taught the material over many years. He brings his finely tuned and highly experienced canonical mind to bear on the issues explained and discussed in this book. It will be highly welcomed, not only because it is written by a recognized expert but also because there are a very limited number of canonical text books in English especially on this very significant area in the life of the Church.

The book, written in twelve evenly balanced chapters, has many merits though one in particular needs to be highlighted. From the very beginnings of the process of revising the 1917 Code, the inescapable link between Vatican II and canon law has been constantly underlined both by canonists and the Popes most closely involved in the task. Pope John Paul II in his Apostolic Constitution, *Sacrae disciplinae leges*, explicitly referred to the nexus, *Concilium-Codex*. One of

the critical consequences of this essential link was to place a proper understanding of the juridical structures of the Church within the doctrine of Vatican II. They were to be understood in light of a number of key insights that the Council had developed: the Church as the People of God, the specific pastoral dimension of the Church's mission and therefore of canon law, and the role of authority in the Church which was to be seen especially as a ministry of service.

One of the particular merits of this excellent book is that the juridical structures described and carefully explained in the text are centred on these fundamental insights of Vatican II. In other words, the canonical institutions are presented within their essential theological and doctrinal foundations, a task that is essential to any proper understanding of canon law and a task that the author has handled with particular delicacy and judicious insight.

The author devotes the first three chapters to a number of these fundamental concepts which form the proper theological and conciliar foundations for the more directly canonical chapters that follow. The titles of these first three chapters: Pastoral Ministry, The Pastoral Function and *Potestas Regiminis*, and Pastoral Function and Hierarchical Communities in the Church, all underscore this specific approach both for an understanding of canon law itself as well as the Church's governmental struc-

ture. Without such a solid foundation any approach to the more technical canonical issues would be severely flawed. It is to the credit of the author and to the reader's advantage that he has handled this aspect with care and erudition. Thus, his presentation of the relationship between the ordained and lay ministry within the Church in light of the understanding of what is meant by ecclesiastical power, is a model of careful scholarship made accessible to those who must confront this complex question for the first time.

The remaining chapters follow logically upon the foundations of the «introductory» chapters. After an fine analysis of what is meant by an ecclesiastical office, how it is obtained and how it might be lost, the chapters follow in a consistent fashion: The Supreme Authority of the Church (ch. 5); The Consultative Organs of the Roman Pontiff (ch. 6); The Executive Organs of the Roman Pontiff (ch. 7); The ecclesiastical Circumscriptions (ch. 8); The Office of the Bishop and the Episcopal See (ch. 9); Active and Consultative Organization in the Particular Church (ch. 10); The Parish and Parochial Offices (ch. 11); Supradiocesan Organization (ch. 12).

Each of these chapters deals with a considerable number of fundamental and often complex canonical questions and the author treats them with acumen, explaining not only the obvious aspects of the substantive law as found in the Code and post code documents, but also

highlighting various interpretational difficulties. The presentation is lucid, the concepts are developed with clarity and precision, and the conclusions are logical. The references in the footnotes are also an additional important source for the reader.

There are very few canonists who could adequately attempt a work of this type. Considerable expertise is required: a profound understanding of the canonical tradition, constant study and reflection on specific canonical institutions, a knowledge of current legislation on the same institutions, and experience in analyzing and understanding the various canonical implications of them. It is therefore to our fortune that Professor Arrieta has written this text.

The text, while aimed primarily at graduate students, will also serve others interested in understanding the intricate complexities of the governmental structures of the Church. One hopes that this will not be the only English translation of Professor Arrieta's works and that others will follow.

Brian E. Ferme

P.A. BONNET, C. GULLO (eds.), *Diritto matrimoniale canonico*, volume I, Studi Giuridici LVI, Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano, 2002, p. 568.

L'Arcisodalizio della Curia Romana, come frutto dei consueti ci-

cli annuali di conferenze, da qualche anno ha avviato un percorso di studio sul diritto matrimoniale canonico nel segno degli insegnamenti del Concilio Vaticano II, così come è stato recepito dal vigente Codice di Diritto Canonico latino e della giurisprudenza rotale romana. A seguito della sollecitazione di alcuni canonisti che avevano apprezzato il lavoro svolto negli ultimi anni, si è pensato di riprendere alcuni degli scritti, di aggiornarli e di completare le tematiche mancanti, in modo da costruire un'opera di ampie dimensioni che abbracci l'intera disciplina matrimoniale latina.

Solo chi conosca in profondità la disciplina matrimoniale canonica — come è il caso dei curatori dei tre volumi in cui si è strutturata la pubblicazione — potrebbe intraprendere un'impresa così ambiziosa, a scopo di offrire uno strumento che possa contribuire a proseguire la missione di servizio a cui è chiamato il diritto canonico — particolarmente quello matrimoniale — nella Chiesa del nuovo millennio.

Presentiamo ora il primo dei tre volumi. È diviso in due diverse sezioni, la prima corrisponde alla parte generale, mentre la seconda tratta sugli impedimenti. La parte generale comprende otto capitoli, ognuno dei quali affidati ad un diverso autore. Questi saggi sono del tutto nuovi in quanto non facenti parte del ciclo di riunioni dell'Arcisodalizio.

Il Prof. F. Salerno si occupa di trattare aspetti storici del matrimonio, ad egli è affidato il primo capitolo (*Prodromi medievali del diritto matrimoniale canonico latino*). Se in tutto l'ordinamento canonico esiste una continuità nella tradizione, questa è ancor più palese nel matrimonio, realtà naturale elevata all'ordine della grazia ma non trasformata in qualcosa di diverso. Un richiamo al diritto medioevale in materia matrimoniale, viene legittimato dal fatto che tale costruzione sembra porsi in posizione intermedia tra la proposizione dell'istituto matrimoniale nel primo millennio, e la sua successiva costruzione giuridico-sistemica. Una riflessione sulla costruzione dell'istituto nel medioevo quale è possibile riscontrarla attraverso la lettura delle fonti (normative, dottrinali, liturgiche, ecc.) è utile in quanto in dette fonti sono confluite quelle del periodo precedente, e costituiscono i fondamenti dell'attuale diritto. Nel diritto medioevale troviamo pertanto gli elementi per comprendere le *novità* proposte dalla normativa vigente.

L'autore presenta in primo luogo una sinossi del diritto matrimoniale latino medioevale attraverso un'esposizione comparata delle costruzioni in ambito sia giuridico che teologico, per poi completarla con i diversi interventi del magistero, sia conciliare che pontificio. Da ciò si conclude che l'impostazione decretalistica, pur con le novità tridentine riguardanti il dogma sulla sacramentalità del vincolo cri-

stiano, è rimasta acquisita nella sua sostanza e recepita nei testi codicili del 1917 e del 1983.

Molto opportunamente l'autore precisa, citando recenti discorsi di Giovanni Paolo II, che proprio per il fatto dell'unicità del matrimonio, non si dovrebbe stabilire una scissione tra matrimonio cristiano e quello naturale. Infatti, la Chiesa non ha fatto altro che regolare nel proprio ordinamento giuridico un sacramento che è la stessa realtà naturale del matrimonio assunta a segno di salvezza. Lo sforzo compiuto dall'ordinamento canonico è stato quello di comprendere e sistematizzare la struttura giuridica del matrimonio. Sforzo che ha giovato per anni a tutta la scienza giuridica matrimoniale (civile e canonica).

A partire del successivo capitolo si entra negli aspetti dottrinali sull'istituto matrimoniale. Il secondo tratta sull'*Essenza, proprietà essenziali, fini e sacramentalità (cann. 1055-1056)* ed è affidato al Prof. P.A. Bonnet, il quale si è occupato più volte di questa tematica. Il saggio segue lo schema classico nella trattazione della materia, con un esame forse più esaustivo del consueto sulla sacramentalità del matrimonio. Per quanto riguarda l'essenza giustamente si rifà agli aspetti antropologici del matrimonio: la complementarità tra uomo e donna e la inclinazione naturale all'amore di donazione reciproca nella dimensione coniugale come parte integrante della loro vocazione umana. Tra amore coniugale

e matrimonio esiste un legame essenziale in un doppio senso: da una parte, l'amore tra un uomo e una donna diventa coniugale solo con l'impegno matrimoniale; dall'altra, solo l'amore coniugale può costituire il vincolo matrimoniale; vale a dire, solo quell'amore che abbia le caratteristiche dell'amore coniugale (un amore di donazione, indissolubilmente fedele, esclusivo e fecondo) può dar vita al matrimonio.

Questa l'essenza del matrimonio, vale a dire ciò che lo identifica comprendendo tutti e solo gli elementi necessari ad individuarlo e distinguerlo da altri rapporti umani. I fini e proprietà essenziali invece non sono l'essenza del matrimonio, ma si collocano in rapporto necessario con essa. I fini sono il termine del dinamismo del matrimonio. Le proprietà essenziali sono elementi costitutivi della *traditio sui ipsius* coniugale. In questo modo si giunge ad una giustificazione *intrinseca* — come esigenza giuridica propria del rapporto che scaturisce dall'atto del consenso — della *perpetuità* del vincolo, e dell'*indissolubilità* che ne deriva sul piano giuridico. Unità ed indissolubilità sono proprietà di ogni vero matrimonio (cf. CIC, can. 1056), e non solo di quello cristiano.

Per quanto riguarda la sacramentalità, occorre specificare un fatto non del tutto chiarito dall'autore: essa non è propriamente *elemento essenziale* del matrimonio in quanto realtà derivata dalla donazione sponsale, ma costituisce in-

vece un dono che arricchisce il matrimonio con una *dimensione soprannaturale* quando viene celebrato tra due cristiani. Come lo stesso autore ribadisce fin dall'inizio del saggio, la donazione-accettazione tra i nubenti si realizza secondo una prospettiva formale specifica: quella coniugale. I coniugi cristiani non si uniscono in quanto fedeli, ma in quanto uomo e donna. Perciò, sebbene è molto auspicabile una conoscenza il più completa e profonda possibile del matrimonio quale sacramento (vale a dire, come rapporto che è immagine dell'intima unione di Cristo e la Chiesa e ultimamente della stessa Trinità), non sembrerebbe ragionevole l'idea di introdurre le categorie della fede nella comprensione minima che del patto coniugale devono avere i nubenti. La prospettiva *naturale* — che non è *naturalistica* — si rivela utile per comprendere il significato di un adeguato *minimalismo* con riferimento ai requisiti *ad validitatem* per celebrare matrimonio. Insieme a molte intuizioni potenzialmente feconde, il modo di impostare la sacramentalità del vincolo matrimoniale che sembra emergere, lascerebbe a nostro avviso in penombra l'intrinseco valore di ciò che è naturale, e potrebbe inconsapevolmente condurre — in modo paradossale — ad una visione sdoppiata della realtà matrimoniale, nel segregare il vincolo coniugale cristiano da quello che non ha in atto la condizione sacramentale in senso stretto.

Il terzo capitolo (*Il consenso ed il suo oggetto* (can. 1057, 1100 e 1107) è affidato al Prof. P. Pellegrino, Ordinario di Diritto canonico dell'Università di Lecce. Si tratta di un argomento di indubbia portata per una adeguata sistematizzazione del matrimonio in ambito giuridico. Se in effetti, capacità, consenso e forma sono gli elementi costitutivi del negozio giuridico, e il consenso è la causa efficiente del matrimonio (cf. can. 1957 CIC) rilevare quale sia l'oggetto di tale atto di volontà, è indispensabile per una adeguata sistematizzazione del matrimonio in ambito giuridico. Secondo l'autore, e seguendo la tradizione canonica ultimamente rispecchiata nel CIC del 1983, il *bonum coniugum* ed il *bonum prolis* sarebbero da individuare come elementi essenziali dell'oggetto del consenso. A questi due — e secondo altri autori al primo — possono essere ricondotti altri elementi costitutivi della volontà matrimoniale, quale l'amore coniugale.

Il Prof. P. Moneta, dell'Università di Pisa si occupa di affrontare lo *ius connubii* (capitolo 4, *Il diritto al matrimonio* (can. 1058)). A suo avviso, dettando le disposizioni sugli impedimenti, il legislatore ecclesiastico è soprattutto mosso dall'intento di soddisfare esigenze che riguardano non tanto le persone dei coniugi ma la stessa istituzione matrimoniale e la comunità dei fedeli. Così, l'accentuazione degli aspetti personalistici dell'unione, frutto

dell'approfondimento dottrinale del Concilio Vaticano II, è andata di pari passo all'attenuazione dei risvolti sociali, istituzionali e pubblicistici del matrimonio. È così che si spiega la notevole riduzione degli impedimenti stabilita nella nuova legislazione canonica, a favore di un più ampio spazio alla libera esplicazione dello *ius connubii* da parte dei fedeli. Allo stesso tempo, questo orientamento comporta una adeguata valutazione dei diversi capi di nullità matrimoniale, particolarmente dell'incapacità. In effetti, certe ipotesi di ampliamento dei supposti prospettate da un settore dottrinale sembrano delineare un matrimonio in certa misura d'*élite*, che finirebbe per conculcare lo *ius connubii*. L'impostazione scelta dall'autore è quella di mettere in rapporto il diritto fondamentale al matrimonio con i singoli impedimenti e con l'obbligo della forma canonica.

Nel considerare l'impedimento d'impotenza Moneta prende nota degli indirizzi dottrinali che, dopo il Concilio, auspicavano l'accesso al matrimonio per coloro che, essendo consapevoli di non poter realizzare il rapporto coniugale, sarebbero in grado di realizzare una *communitas vitae* fondata sull'affetto e la stima reciproca. Tale ipotesi non ha trovato accoglienza nella legislazione canonica proprio a motivo degli approfondimenti dottrinali sul significato della sessualità umana a conferma dell'essenzialità di tale componente nella donazione della coniugalità che è

specifica del matrimonio. Infine, la considerazione dell'obbligo della forma nel vigente can. 1117 sembra più d'accordo con la nozione del diritto fondamentale al matrimonio, anche se sono da prospettarsi ulteriori approfondimenti.

L'intervento del Prof. Joan Carreras, della Pontificia Università della Santa Croce, riguardante *la giurisdizione della Chiesa sul matrimonio (can. 1059)*, ci sembra particolarmente interessante per i suggerimenti e le proposte avanzati dall'autore. La giurisdizione sul matrimonio è stata intesa spesso dalla prospettiva ordinamentale, cioè facendo riferimento al modo in cui è regolata la famiglia dall'ordinamento civile o da quello canonico, ed è frutto e conseguenza della complessa storia dei rapporti Chiesa-Stato nella spartizione di poteri giurisdizionali. Nel saggio il Prof. Carreras propone invece una comprensione dalla prospettiva della *sovranità* della famiglia in quanto essa è l'unica capace di generare relazioni primigenie nella società. L'ordinamento civile e quello canonico hanno valore vincolante nella misura in cui servono la famiglia e non sono in contraddizione con le norme di diritto naturale da essa derivanti. La giurisdizione della Chiesa sul matrimonio intesa come *auctoritas* in riferimento cioè al sapere e alla verità, quando dichiara norme relative al diritto naturale, ha una proiezione universale. Quando la giurisdizione va intesa come *potestas*, con riferimento al potere e alla capacità di

vincolare la volontà di coloro che ne sono soggetti, la competenza della Chiesa si restringe ai soli cattolici. Il motivo di una tale distinzione è quello di rispettare la libertà fondamentale di ogni persona per quanto riguarda il matrimonio. Imporre norme irritanti o inabilitanti a coloro che — essendo battezzati non sono in piena comunione ecclesiale o non essendo neppure battezzati — non sarebbero in grado di ubbidirle e rispettarle, sembra qualcosa di contrario alla missione di servizio dell'ordinamento ecclesiale.

Questa distinzione sarebbe da applicare all'interpretazione del can. 1117 CIC'83, sui soggetti tenuti a contrarre matrimonio in forma canonica. Il legislatore nel voler vegliare sulla sicurezza giuridica ha stabilito nel can. 1117 CIC 1983 l'esigenza di un atto formale di allontanamento della Chiesa per l'esenzione della forma canonica. Tale misura potrebbe favorire il sopravvento delle apparenze formali e le certezze pubbliche sulle esigenze di giustizia, allorquando ci troviamo davanti a dei battezzati mai educati nella fede, eppure obbligati a rinunciare formalmente ad una appartenenza della quale non si ha la minima coscienza.

La distinzione tra autorità e potestà gioverebbe ad una più equa interpretazione del suddetto can. 1117. Ogniqualvolta i coniugi non siano in grado di osservare la forma canonica (per impossibilità morale o ignoranza invincibile), il canonista può augurarsi che l'eser-

cizio della giurisdizione della Chiesa venga limitato, senza far pesare sui contraenti gli effetti irritanti o invalidanti della legge positiva. Tale interpretazione può rappresentare dei rischi che potrebbero essere limitati attraverso la nozione di « situazione matrimoniale irregolare », intesa non come matrimonio nullo, ma come realtà matrimoniale non (ancora) riconosciuta dalle legittime autorità ecclesiali, e che potrebbero rientrare nella « regolarità » canonica attraverso una sanazione in radice o addirittura mediante un atto di mero accertamento, sempre che ci sia stato dall'inizio un *consensus vere naturalis*.

Il « *favor iuris* » di cui gode il matrimonio (can. 1060-1101 § 1) è stato affidato al Prof. Giuseppe Dalla Torre, il quale esamina l'argomento del *favor matrimonii* partendo dal discorso generale del *favor iuris* e facendo un percorso impeccabile dal punto di vista logico, senza dimenticare le ragioni sostanziali di tale principio nell'ordinamento matrimoniale canonico.

La promessa di matrimonio (can. 1062), cioè l'istituto degli sponsali è l'oggetto del settimo capitolo di questa prima sezione. Si è occupata dello sviluppo Geraldina Boni, Ricercatore confermato presso l'Università di Bologna, in un serio ed esaurente saggio, di ben 83 pagine il quale tratta in modo sistematico la questione in oggetto. Si parte da un obbligato percorso storico in una materia ormai quasi caduta in disuso, per ipotizzare in modo al-

quanto convincente sulla fine del saggio la convenienza di rivalutare questa figura giuridica in ottica propriamente ecclesiale.

Il contributo del Prof. Héctor Franceschi, Straordinario di Diritto matrimoniale della Pontificia Università della Santa Croce, riguarda *La preparazione al matrimonio* (can. 1063-1072). L'autore non si limita ad esaminare le norme codicili, bensì prende in ampia considerazione il recente magistero ecclesiale in questa importante materia: questa impostazione rende il saggio originale e molto più completo. Dopo aver trattato la maturità o capacità minima per celebrare il matrimonio in rapporto alla necessità di preparazione del medesimo (con specifica considerazione della *inclinatio naturalis* e del criterio della pubertà per misurare la discrezione di giudizio sufficiente), si affrontano le disposizioni riguardanti la preparazione al matrimonio in generale, con riferimenti sia al magistero ecclesiale, sia al Codice latino dell'83, per poi giungere all'esame delle fasi di preparazione: quella remota e quella prossima. In quest'ultima fase occorre far riferimento al corso pre-matrimoniale e alla realizzazione dell'istruttoria; qui l'autore affronta le diverse sfide pastorali di questa fase così importante, previa alla celebrazione delle nozze: i divieti di assistere al matrimonio in alcuni casi particolari (can. 1071 CIC '83); l'obbligatorietà dei corsi di preparazione al matrimonio, la di-

mensione pastorale dell'istruttoria pre-matrimoniale; la mancanza di fede dei nubenti e infine la misura della capacità dei contraenti in questa fase, in rapporto a quella che si esige in sede di giudizio sulla validità del vincolo.

La seconda sezione abbraccia l'intero esame degli impedimenti matrimoniali. Non è possibile in questa sede — anche se non sarebbe privo d'interesse — seguire in dettaglio la trattazione svolta dai singoli autori. Ci limitiamo a presentare i diversi temi, con qualche puntuale commento.

L'introduzione riguardante *gli impedimenti in genere*, è affidata a Mons. Gianpaolo Montini, già Difensore del Vincolo Sostituto nel Supremo Tribunale della Segnatura Apostolica, e appena nominato dal Santo Padre Promotore di Giustizia Sostituto presso lo stesso Tribunale. Nel capitolo successivo il Prof. Avv. Sandro Gherro, Ordinario dell'Università di Padova si occupa brevemente del *Divieto al matrimonio stabilito dall'Ordinario ex. can. 1077*. Nonostante la scarsa rilevanza applicativa del canone, poiché si tratta di divieto *ad licetatem*, occorre prenderlo nella dovuta considerazione. Questo lo scopo del saggio, il quale analizza sia la natura giuridica del *vetitum*, sia l'intreccio dei rapporti tra fedeli e autorità ecclesiastica in questa fattispecie. *La dispensa dagli impedimenti (cann. 1070-1082)* è affrontato in seguito dal Prof. Berlingò, Ordinario dell'Università di Messina.

Successivamente si intraprende lo studio specifico dei diversi impedimenti. Il Prof. P. Urbano Navarrete, emerito di Diritto matrimoniale alla Pontificia Università Gregoriana, si occupa di tre di essi: *Aetas (can. 1083)*, *raptus (can. 1089)*, *crimen (1090)*, con interessanti cenni storici. In seguito, il Prof. P.A. Bonnet, approfondisce ampiamente quanto aveva accennato Moneta nella prima parte del libro sull'*impedimento di impotenza (can. 1084 CIC)*. Il secondo contributo di Piero Pellegrino è dedicato all'*impedimentum ligaminis nel diritto matrimoniale (can. 1085, § 1, § 2 CJC e can. 802 § 1, § 2 CCEO)*. L'autore prende in considerazione la natura dell'impedimento per poi incentrare la riflessione sulle tre ipotesi di cessazione: morte del coniuge, dichiarazione di nullità del matrimonio precedente e scioglimento del vincolo nei casi previsti. P. Navarrete affronta poi l'impedimento di *Disparitas cultus (can. 1086)*. Sugli *Impedimenti relativi ai vincoli religiosi: ordo e votum (can. 1087-1088)* tratta Tommaso Mauro, Professore Emerito dell'Università di Roma «Tor Vergata». Infine, l'ultimo saggio è stato condotto da Kenneth E. Boccafola, Prelato Uditore della Rota Romana, relativo a *Gli impedimenti relativi ai vincoli etico-giuridici tra le persone: affinitas, consanguinitas, publica honestas, cognatio legalis (cann. 1091-1094)*.

Da quanto sopra si deduce che, in pratica vengono trattati i diversi argomenti sottolineando alcuni dei punti problematici ad essi inerenti.

Non si può perciò affermare che si tratti di un manuale, né di un trattato in materia: non solo perché alcune lacune ci sono, ma soprattutto perché lo scopo del manuale è fondamentalmente didattico e l'oggetto di quest'opera è invece presentare sotto un profilo critico i problemi del diritto matrimoniale canonico, e offrire risposte — o almeno proposte di studio — a livello scientifico. D'altra parte lo sviluppo di ogni argomento non si svolge con omogeneo approfondimento: mentre ad esempio troviamo un'ampissima trattazione della promessa di matrimonio, si passa abbastanza rapidamente su alcuni importanti impedimenti (l'affinità, la consanguinità, la pubblica onestà e la parentela legale). Sono state peraltro inevitabili, data la natura dell'opera, la diversità terminologica, di metodologia e anche alcune sovrapposizioni e alcune ripetizioni. Queste limitazioni vengono avvertite dai curatori fin dalla presentazione, e sono giustificate proprio dalla volontà di offrire insieme saggi che, da angolature diverse, cercassero soluzioni ad alcuni dei problemi aperti nello studio del matrimonio canonico. La qualità dell'opera viene senza dubbio garantita dall'altezza scientifica delle collaborazioni.

Si tratta dunque di una pubblicazione destinata ad un pubblico già familiarizzato con i diversi argomenti, e provvisto del necessario giudizio critico per distinguere le questioni indiscusse dalle legittime ma sempre personali proposte of-

ferite dai singoli studiosi nei diversi saggi, e per valutarle adeguatamente. D'altro lato non è superfluo sottolineare il fatto che quanto si afferma in questi saggi — come per altro il contenuto dei volumi della collana «Studi Giuridici» ottimamente editi dalla Libreria Editrice Vaticana — non costituisce una sorta di opinione *ufficiale* o *autorizzata* da parte della Santa Sede sui diversi temi trattati. La responsabilità sulle opinioni espresse nei diversi contributi è solo dei singoli autori.

Come ultima considerazione, occorre rilevare che il volume è dedicato in modo molto opportuno al ricordo del Cardinale Vincenzo Fagiolo, già Presidente del Pontificio Consiglio dei Testi Legislativi. Nel testo di omaggio, scritto da Mons. J.M. Serrano, si rileva il suo breve ma proficuo lavoro come giudice rotale, nel quale si è dimostrato particolarmente sensibile ai problemi e sfide del diritto matrimoniale.

Alla fine dell'opera vengono annunciati il secondo e terzo volumi (quest'ultimo comprende anche gli indici generali dell'opera) che saranno prossimamente recensiti nei successivi numeri della nostra rivista.

Montserrat Gas i Aixendri

Antonio G. CHIZZONITI (ed.), *Le carte della Chiesa. Archivi e biblio-*

teche nella normativa pattizia, Il Mulino, Bologna, 2003, p. 368.

Nel primo articolo dell'Accordo tra Italia e Santa Sede del 18 febbraio 1984 venne sancito, com'è noto, il principio di «reciproca collaborazione per la promozione dell'uomo e il bene del Paese». Detto principio, attuato in modi diversi, ha fruttato, tra le altre cose, un'intesa relativa alla conservazione e consultazione degli archivi di interesse storico e delle biblioteche appartenenti ad enti e istituzioni ecclesiastiche, firmata il 18 aprile 2000 dal Ministro per i beni e le attività culturali e dal Presidente della Conferenza episcopale italiana. Da parte statale, è data esecuzione all'intesa con decreto del Presidente della Repubblica del 16 maggio 2000. Da parte ecclesiastica, il decreto del Presidente della Conferenza episcopale italiana del 10 luglio 2000 dispone che l'intesa venga promulgata mediante pubblicazione nel «Notiziario» ufficiale della Conferenza. Il testo dell'intesa costituisce l'oggetto di studio del libro che presentiamo, che «raccolge i risultati di un convegno organizzato dal Cesen (Centro Studi sugli Enti Ecclesiastici) a Roma, nei giorni 2 e 3 aprile 2001 presso il Ministero per i beni culturali e ambientali» (p. 9). Il volume è inserito nella Collana «Religione e società. Studi, testi, ricerche di diritto e storia raccolti da Francesco Margiotta Broglio» del Seminario di storia delle istituzioni religiose e relazioni fra

Stato e Chiesa dell'Università di Firenze.

Questa intesa tra le autorità italiane e quelle ecclesiastiche sugli archivi e le biblioteche costituisce una nuova manifestazione del crescente interesse della Chiesa per la conservazione, il miglioramento e l'uso dei suoi beni culturali. In materia archivistica e biblioteconomica erano già state emanate delle indicazioni canoniche da parte della Pontificia Commissione per i beni culturali della Chiesa: nel 1994, la circolare dal titolo *Biblioteche ecclesiastiche nella missione della Chiesa*; nel 1997, un'altra circolare su *La funzione pastorale degli archivi ecclesiastici*. Lo Stato italiano, poi, non potrebbe prescindere dalla cospicua documentazione conservata, e molte volte anche originata, nell'ambito delle istituzioni ecclesiastiche se volesse apportare la documentazione necessaria allo studio della propria storia e della propria cultura. Come dice la presentazione riportata sulla quarta di copertina del volume «Gli archivi d'interesse storico e le biblioteche appartenenti ad enti e istituzioni religiose costituiscono, per consistenza e interesse, parte considerevole del patrimonio culturale nazionale».

L'intesa del 18 aprile 2000 è divisa in tre parti: la prima si riferisce agli archivi, la seconda riguarda le biblioteche e la terza contiene una norma sull'attuazione dell'intesa e un'altra sulla sua entrata in vigore; vi è anche un allegato con disposizioni relative al censimento delle

biblioteche ecclesiastiche, a quello delle edizioni italiane del XVI secolo, alla bibliografia italiana dei manoscritti in alfabeto latino posseduti dalle biblioteche in Italia e censimento nazionale dei manoscritti, al catalogo degli incunaboli e al censimento delle legature medievali.

Il libro che presentiamo segue lo stesso schema. Dopo la *premessa* del curatore del volume, apre le pagine dedicate ai contributi dottrinali un interessante studio del prof. Cesare Mirabelli su *L'intesa e il sistema delle fonti* (p. 15-27), nel quale vengono affrontate le questioni di teoria generale del diritto che questo tipo di accordi fra autorità statali e confessionali pone nei confronti della possibilità (per alcuni, necessità) di attingere ad un quadro (o piramide) normativo fisso, sia per la fonte di produzione di queste intese, sia per l'indipendenza delle autorità coinvolte, sia per gli eventuali problemi di attuazione in ciascun ordinamento, ecc. Seguono due contributi di carattere generale ma già centrati sulla concreta intesa del 18 aprile 2000: Alberto Roccella, *Conservazione e consultazione degli archivi di interesse storico e delle biblioteche degli enti e istituzioni ecclesiastiche tra ordinamento canonico e ordinamento statale* (p. 29-110); Giorgio Feliciani, *I capisaldi dell'intesa* (p. 111-139).

L'intesa è stata raggiunta dopo un lavoro che ha visto fra i protagonisti i due autori del contributo *I beni culturali: strumenti e prospet-*

tive di collaborazione tra Chiesa e Stato, e cioè Mons. Giancarlo Santi e il prof. Mario Serio (p. 141-155). Allargando un poco la prospettiva dell'intesa, il prof. Francesco Margiotta Broglio ha raccolto delle *Esperienze europee a confronto* (p. 157-163), con interventi di Henri Brincard (Francia, p. 164-168), Rainer Ilgner (Germania, p. 168-171), Santiago Petschen (Spagna, p. 171-179), lo stesso Giancarlo Santi (Italia, p. 179-186), Wolfgang Wieshaider (Austria, p. 186-197) e Noël Treanor in riferimento all'Unione europea (p. 197-206). Segue uno studio di Antonio Chizzoniti su *Le biblioteche ecclesiastiche nella normativa regionale italiana* (p. 207-232, più una *nota bibliografica*, p. 232-236, e un' *Appendice legislativa* per Regioni, p. 237-241) e altri due studi «a quattro mani» sull'attuazione delle disposizioni dell'intesa: Salvatore Italia e Salvatore Palese, *L'attuazione delle disposizioni dell'intesa relative agli archivi di interesse storico*; e Francesco Sicilia e Fausto Ruggeri, *L'attuazione delle disposizioni dell'intesa relative alle biblioteche*.

Il volume si chiude con un' *Appendice* contenente diverse norme riguardanti la materia, inclusa l'intesa del 18 aprile 2000, ma anche quella precedente, del 13 settembre 1996 relativa alla tutela dei beni culturali di interesse religioso appartenenti ad enti e istituzioni ecclesiastiche; e in ambito di produzione canonica, la Circolare n. 3 dell'Ufficio nazionale per i beni

culturali ecclesiastici della CEI sull'intesa, lo schema-tipo di regolamento degli archivi e quello per le biblioteche, del 1995 e del 2002; e inoltre gli Statuti e il Regolamento del Centre National de l'Église de France.

Indubbiamente, il libro curato da Chizzoniti costituisce un punto di riferimento per chiunque debba districarsi nella complicata materia dei beni culturali in Italia, e in modo particolare per coloro che operano nell'area dell'archivistica e della biblioteconomia, soprattutto se collegati a enti ecclesiastici. Gli studi contenuti nel volume offrono anche utili spunti per la comprensione delle esigenze delle autorità statali e di quelle ecclesiastiche nei confronti dei beni culturali che dipendono da queste ultime. E inoltre pongono anche interessanti interrogativi sul sistema delle fonti negli ordinamenti europei, sempre più permeati da norme originate da istanze non statali.

Jesús Miñambres

Raffaele COPPOLA (ed.), *Il matrimonio nel diritto canonico e nella legislazione concordataria italiana. Atti del congresso nazionale di Martina Franca*, Taranto, 2003, p. 479.

Il volume che mi accingo ad esaminare è il frutto di una feconda collaborazione tra la facoltà di giurisprudenza dell'Università di Bari e la Provincia di Taranto. Tale pre-

zioso sforzo interattivo si manifesta già nell'apprezzamento — evidenziato dalla menzionata provincia pugliese — per il suddetto Congresso nazionale, con il conseguente patrocinio nella pubblicazione degli atti e presentazione dei medesimi, indice dell'interesse da parte di una città — come quella di Taranto, ricca di principi tradizionali e culturali ed assai sensibile al radicamento dei valori familiari e spirituali nel tessuto sociale — per l'analisi di una delle tematiche più importanti e significative per lo Stato e la Chiesa cattolica, quale è il matrimonio.

Il testo, curato dal Prof. Raffaele Coppola — docente presso la facoltà di giurisprudenza dell'Università di Bari —, esprime il mai sopito rilievo che il diritto canonico ed ecclesiastico assume, di fatto, nell'ambito della scienza del diritto, sia sotto il profilo teorico che nel campo dell'attuazione pratica e delle relazioni sociali.

L'opera in questione si presenta come una acuta e ragionata riflessione — condotta tanto sul piano dottrinale che su quello giurisprudenziale — circa l'istituto matrimoniale, che costituisce un bene di grande rilievo sia per la comunità civile che per quella ecclesiale; non a caso la Cost. past. *Gaudium et Spes* n. 52 sottolinea la necessità dell'impegno di tutti per il bene del matrimonio e della famiglia e sollecita in tale direzione i coniugi, i genitori, i cristiani e gli esperti delle scienze biologiche, mediche, sociali e psi-

cologiche, nonché i sacerdoti ed i movimenti familiari.

La Chiesa e lo Stato, infatti, cooperano per la difesa del matrimonio e procurano il bene della persona umana quanto più la loro collaborazione è sana e convergente verso la medesima finalità. Il dinamismo politico, da una parte, e quello pastorale, dall'altra, in rapporto ai due rispettivi e sovrani poteri, vanno dunque stimolati ed accresciuti in piena fedeltà agli impegni bilateralmente assunti e sanciti.

Su tali premesse, il Coppola, nella parte introduttiva del volume — particolarmente interessante —, sottolinea adeguatamente l'entità della problematica relativa alla mancata attuazione del Concordato vigente attraverso una legge matrimoniale che sostituisca la legge n. 847/1929. L'irregolarità è data, in questo senso, dal fatto che una legge antecedente, in virtù di una circolare ministeriale, continua ad essere lo strumento applicativo di una norma ad essa successiva nel tempo: in sostanza ci si trova di fronte ad un'inversione del normale criterio cronologico, in virtù della quale la legge d'applicazione non precede il dato da attuare, bensì lo segue.

La legge n. 847, come Coppola fa osservare, non è in grado di adattarsi alle diverse circostanze sociali e culturali, che connotano le variazioni dell'istituto matrimoniale nel tempo in Italia. Si ha, in realtà, un vuoto normativo, frutto dell'adattamento forzato della legge n. 847 all'art. 8 del nuovo Accordo;

peraltro, la necessità di un solido apparato legislativo in grado di recepire i mutamenti dell'istituto in atto e di quelli già consolidati nell'art. 8 del testo concordatario è ancor più sentita in relazione ad una realtà, come quella matrimoniale, rilevante tanto per la legislazione civile quanto per quella ecclesiale.

Nell'esposizione di S.E.R. il Card. M. Pompedda circa l'attività giudiziaria del Tribunale della Rota Romana, oltre alla descrizione della natura delle competenze di detto Tribunale Apostolico, della tipologia delle cause oggetto di giudizio, della costituzione del Collegio Rotale e dei poteri del Decano, della composizione dell'Avvocatura e del funzionamento e delle finalità dello Studio Rotale, viene altresì sottolineata l'origine interessante del termine «*Rota*», che andrebbe individuata — secondo una teoria minoritaria —, nel principio dell'assegnazione delle cause per turno, ovvero per rotazione, mentre per la teoria più accreditata il vocabolo in considerazione deriverebbe da uno speciale scaffale circolare, montato su ruote, che anticamente si trovava nella sala di riunione del Collegio degli Uditori e nel quale venivano inseriti i fascicoli contenenti gli atti delle cause unitamente ai documenti utili per la loro trattazione, in maniera tale che ciascun Uditore, facendo ruotare lo scaffale, poteva avere a portata di mano ogni atto utile e consultare quanto gli interessava. Segue, infine, un'analisi statistica del nu-

mero di cause archiviate negli ultimi anni presso la Rota, di quelle pendenti, del numero di sentenze definitive emesse, dei decreti di conferma e dei casi di gratuito patrocinio concessi a favore dei meno abbienti.

Le relazioni di Mons. L. Stangarone e di Mons. E. Testa, circa l'attività giudiziaria, rispettivamente, dei Tribunali Ecclesiastici Pugliesi e Beneventano, sono un breve resoconto sulla struttura e funzionamento di detti tribunali locali, ovvero sul numero, tipologia delle cause decise ed altri particolari connessi (cause pendenti, capi di nullità, motivi della decisione, durata dei processi, tempo trascorso dalla separazione all'introduzione della causa, condizione socio-economica delle parti, ecc.).

Seguono, nella prima parte del volume, interessanti indagini di natura teorico-pratica circa la disciplina degli impedimenti matrimoniali (Felice Posa: p. 97-106); sull'incapacità a contrarre matrimonio *ex can.* 1095 (Angela Patrizia Tavani: p. 109-129; Maria Luisa Lo Giacco: 133-155); sulla simulazione (Nicola Colaianni: p. 159-185); sull'errore ed il dolo (Marco Ventura: p. 189-197); sul consenso matrimoniale condizionato (Paolo Moneta: p. 201-220); sulla violenza morale (Héctor Franceschi: 223-259); sulla forma canonica (Miguel Angel Ortiz: p. 263-293) condotte sia da autorevoli e qualificati studiosi che da giovani e promettenti autori, dove vengono esaminati aspetti di diritto sostanziale e processuale re-

lativi a questioni vecchie e nuove sull'argomento, senza tuttavia tralasciare un riferimento alle problematiche più rilevanti inerenti al riconoscimento delle sentenze ecclesiastiche nell'ordinamento italiano, anche alla luce dei più recenti orientamenti delle giurisdizioni statali superiori (Corte Costituzionale e di Cassazione).

Nella seconda parte si affrontano, nello specifico, i problemi e le implicazioni civilistiche che la delibazione delle sentenze pronunciate dai tribunali ecclesiastici comporta, accanto al tema delle conseguenze patrimoniali delle dichiarazioni di nullità (F. Finocchiaro: p. 299-318; G. Dammacco: p. 321-343; G. Stano: p. 347-373). Tra questi interventi risulta particolarmente suggestivo — a parere dello scrivente — quello del Prof. F. Finocchiaro, che delinea un breve *excursus* storico relativo all'iter di stipula dei Patti Lateranensi del 1929, circa la questione del riconoscimento del matrimonio canonico nello Stato italiano, ripercorrendo le tappe dello Schema del 21 agosto 1928 (art. 32), di quello del 2 dicembre 1928 (art. 35), fino alla promulgazione della ricordata legge 847 del 1929, in virtù della quale veniva previsto il riconoscimento della giurisdizione esclusiva dell'autorità ecclesiastica sulle cause matrimoniali, ed il principio per cui i matrimoni che erano validi per la Chiesa erano generalmente validi anche per lo Stato e tutti i matrimoni che erano nulli per la Chiesa lo erano anche per lo

Stato. Tuttavia, dopo la seconda guerra mondiale — prosegue il Finocchiaro — e dopo l'entrata in vigore della Costituzione repubblicana, il Concordato Lateranense e la legge matrimoniale del 1929 dimostrarono il loro carattere anacronistico rispetto alla nuova situazione socio-politica che si era venuta a creare. La guerra aveva scombussolato le famiglie, allentando i matrimoni che non avevano retto alle difficoltà dei tempi. Tali gravi situazioni non trovavano alcuna logica sistemazione nell'ordinamento italiano. Questo non ammetteva il divorzio, né consentiva di impugnare la trascrizione civile del matrimonio canonico quando l'attore, ad esempio, adducesse di essere stato incapace di intendere o di volere all'epoca delle nozze. Da ciò derivavano varie manovre, volte ad adire giudici stranieri compiacenti, le cui sentenze, peraltro, difficilmente erano riconosciute nell'ordinamento italiano. D'altra parte, non era agevole rivolgersi ai tribunali ecclesiastici, sia per la lunghezza dei procedimenti, sia per il costo di essi, sia perché non sempre le loro pronunzie — ispirate ad un giusto rigore — potevano venire incontro alle esigenze di vita della parte attrice.

A sua volta, l'entrata in vigore della nuova Carta costituzionale, malgrado la garanzia da essa offerta ai Patti Lateranensi con l'art. 7, metteva in crisi l'assetto dato dalla legge al matrimonio c.d. concordatario. Secondo l'art. 3 della Costituzione, infatti, le leggi non

avrebbero potuto differenziare i cittadini in base alla religione.

Ma il Concordato del 1929, per la parte riguardante il matrimonio, aveva differenziato i cittadini, rispetto all'acquisto dello stato coniugale, fra quanti potevano celebrare il vincolo «*in facie Ecclesiae*», un vincolo disciplinato dal diritto canonico, e chi, invece, poteva contrarre solo il matrimonio civile, disciplinato, anche nella formazione, dalla sola legge dello Stato.

L'anacronismo della normativa del 1929 sarebbe stato ulteriormente accresciuto nel corso degli anni '70. In questi anni, infatti, la divaricazione tra i due ordinamenti venne resa più radicale ed evidente con la legge n. 898/1970, che consentiva lo scioglimento del matrimonio per divorzio; nel frattempo in sede amministrativa e giudiziaria valeva, per i matrimoni canonici, ancora la vecchia legge matrimoniale del 1929, così come veniva emendata dalle sentenze della Corte Costituzionale n. 32 del 1971 e n. 16 e 18 del 1982 e ciò anche dopo il nuovo Accordo del 1984, nelle parti in cui non veniva abrogata dal relativo art. 8 (legge n. 121/1985). Oggi, sulla scia dei citati mutamenti, il matrimonio c.d. concordatario non è un istituto che, da parte dello Stato, imponga ai coniugi un vincolo indissolubile. Si tratta semplicemente di un accomodamento diretto a realizzare un aspetto del principio della libertà religiosa (dei cattolici), e perciò lontano da imporre costrizioni. Ma

questa nuova visione dei rapporti sociali e civili, che privilegia l'individualismo e l'edonismo, si accompagna a problemi d'altra indole, molto seri, che sono stati sollevati da una parte della stessa società: le istanze — in taluni Paesi europei, peraltro, accolte — per il riconoscimento giuridico delle convivenze di fatto, sia omosessuali che eterosessuali, riconoscimento che vorrebbe, in qualche misura, accostare tali rapporti al ruolo che «*ab immemorabili*» è riservato al matrimonio.

Finocchiaro conclude la sua esposizione osservando che la risposta alle istanze in questione dimostrerà, nei prossimi anni, se sarà rafforzato o indebolito il significato delle norme sul matrimonio, quale che sia la strada — civile o religiosa — in cui il vincolo sia costituito. Se la risposta fosse nel senso di riconoscere una tutela alle accennate convivenze particolari, essa sarebbe un ulteriore aspetto del tramonto dell'Occidente europeo.

Completano, infine, il volume in questione alcune brevi indagini mirate circa ulteriori questioni essenziali inerenti al contratto matrimoniale, o riguardo a particolari prerogative del consorzio coniugale, come la sessualità e conoscenza nel matrimonio, la condizione potestativa, ecc. (L. Troccoli: p. 379-382; S. Martucci: p. 385-389; F. Lozupone: 393-405; G. Fontana: 409-412; L. Liberti: p. 415-422; R. Santoro: 425-431; D. Mariani: p. 435-442; A. Chirico: p. 445-455), o su determinati aspetti canonistici del

matrimonio (Mons. P.V. Pinto: p. 461-467), nonché ecclesiastici (P. Moneta: p. 471-479).

In conclusione, l'opera è un'illustrazione chiara e completa della normativa sull'istituto del matrimonio nell'ambito del diritto canonico, e della regolamentazione degli aspetti inerenti alle relazioni Stato-Chiesa in materia, vagliate alla luce dell'interpretazione sia dottrinale che giurisprudenziale.

Ci si trova di fronte ad una raccolta di saggi molto interessante e per l'ampio panorama di questioni che affronta e per la profondità e dettaglio con cui si esaminano i concreti argomenti su cui è centrata l'indagine. La presente pubblicazione si presenta perciò sicuramente come uno strumento teorico-pratico molto utile per tutti gli studiosi dell'istituto matrimoniale (insegnanti, cultori della disciplina, operatori dei tribunali ecclesiastici) in quanto costituisce una sintesi aggiornata e sistematica dell'intera disciplina sull'argomento.

Ciro Tammaro

Péter ERDŐ, *Egyházjog*, terza edizione rielaborata ed ampliata, Szent István Társulat, Budapest, 2003, p. 878.

Per gli antichi, solo l'uomo di stato era degno e capace di descrivere la politica e i fatti decisivi della *res publica*. Descrivere la storia, o opinare su essa, era il privile-

gio di coloro che avevano rivestito la carica di consoli, comandato eserciti, ed amministrato province a volte più grandi di parecchi stati europei moderni. Uomini, cioè, che avevano fatto la storia, prima di osare descriverla.

Accanto a questi autori, come Cesare e Tacito, c'erano anche i cosiddetti «grammatici», che passavano le loro vite negli archivi statali e nelle grandi biblioteche, raccogliendo, conformando e ordinando gli abbondanti dati storici, le storiette e gli aneddoti che poi arricchivano le opere dei grandi storici, ai quali servivano. A volte, anche qualcuno di loro pubblicava resoconti dei suoi studi, come Suetonio con la sua «Vita dei dodici primi cesari». Ma i lettori di allora, di questi «grammatici» non aspettavano niente di più che qualche informazione supplementare di fatti già descritti dai grandi storici.

«Ci vuole un uomo di stato per descrivere la storia», opinava anche Voltaire, «perché bisogna conoscere gli uomini per distinguerli, e partecipare nel governo, o avere le qualità proprie a questo gran mestiere, per far risaltare le risorse».

Sembra che ciò che vale per l'antichità vale, fino ad un certo punto, anche per il nostro tempo: pensiamo solo agli scritti di Kissinger, di De Gaulle e, soprattutto, di Churchill. Vale per la storiografia, ma anche per altri aspetti del servizio alla società, per esempio, per la giurisprudenza, ed anche per il diritto della Chiesa. Anche qui sono

spesso gli uomini pratici, fatti per governare, i più capaci ad elaborare l'essenziale, e che per questo sono anche i migliori insegnanti, per lo meno laddove si richiede chiarezza e visione dell'insieme, volontà di trovare soluzioni adatte per problemi stringenti, e non tanto la discussione di un'infinito di problemi teorici.

Un esempio pratico per tutto ciò è anche «Egyházjog», l'opera di Péter Erdő che ci proponiamo di descrivere. Quando nel 1992 appariva la prima edizione di questo manuale di diritto canonico, l'Autore era un professore quarantenne che, nella natale Ungheria, voleva fondare un'università indipendente da quella statale, ancora profondamente segnata dal marxismo ufficiale. Oggi, la sua «Università Cattolica Péter Pázmány» ha quattro facoltà, — Teologia, Diritto, Filosofia e Scienze informatiche — ed Erdő stesso è arcivescovo di Budapest, primate d'Ungheria e cardinale della Chiesa.

Le qualità di governare, la visione dell'insieme, la comprensione dell'essenza dei problemi, ma anche la capacità di riunire caratteri divergenti e tendenze varie in uno sforzo comune per il bene di tutti — tutto ciò s'intravede nelle imprese, ma anche nei numerosi scritti di Erdő, come in «Egyházjog».

Come tante altre opere di questo canonista poliglotta e produttivo, «Egyházjog» è scritto con vigorosa chiarezza e visione di insieme: qualità fondamentali per un

manuale che, anzitutto, si dirige a coloro che s'iniziano alla giurisprudenza, non solo agli studenti del diritto civile, ma anche di teologia, e a molti sacerdoti e laici al servizio della Chiesa che, dopo anni di pratica professionale, vengono inviati dai loro vescovi per formarsi ulteriormente nell'Istituto postgraduale di Diritto Canonico dell'Università Cattolica di Budapest, per poi meglio aiutare le loro chiese particolari. Questi alunni provengono dalle diocesi ungheresi, ma anche delle minoranze magiare dei paesi vicini, specialmente dalla Slovacchia, dalla Romania e dalla Serbia.

Nel manuale di Erdö, oltre alla chiarezza dei concetti e delle spiegazioni, risalta il giudizio sereno ed equilibrato sulle diverse correnti, opinioni e scuole canonistiche esistenti. Al contrario di altri, Erdö non si limita a citare gli autori di una sola scuola (appunto, la sua), ma cita tutte le voci più importanti su ogni argomento. La sua facilità per le lingue permette all'Autore di seguire in prima persona le discussioni in italiano e tedesco, ma anche in francese ed inglese, e così troviamo nel manuale le voci italiane più autorevoli, i discepoli di Mörsdorf e Lüdicke, la scuola di Pedro Lombardía, autori dell'ambito spagnolo, anglosassoni e francesi.

Bisogna risaltare l'erudizione storica dell'Autore che si rispecchia anche nel manuale, nell'introduzione storica e anche nella descrizione dello sviluppo di molte istituzioni canoniche.

La terza edizione è stata notevolmente ampliata: da 694 a 878 pagine. Sono state introdotte le nuove norme giuridiche vigenti, nella parte storica è stata inclusa la storia del Codice Orientale. Invece, la parte dedicata al diritto dei religiosi è molto breve, perché nella stessa collana dell'Istituto di Diritto Canonico è stato pubblicato in ungherese il manuale di Domingo Andrés sugli istituti di vita consacrata e sulle società di vita apostolica. Inoltre, manca il diritto patrimoniale, in quanto è diritto ecclesiastico, non canonico. Comunque, in ungherese esiste il manuale di diritto patrimoniale di Géza Kuminetz, discepolo di Erdö e suo successore nella direzione dell'Istituto Canonico di Budapest. È in lavoro un manuale più ampio anche di questa materia.

Nel manuale di Erdö, il maggior numero di pagine è, in parte, conseguenza tecnica di una nuova scrittura tipografica, più leggibile, ma che ha bisogno di più spazio. La terza edizione è più maneggevole, il sommario (*tartalom*), molto più chiaro. L'aggiunta di un indice analitico (*tárgymutató*) rappresenta un notevole aiuto agli studenti, anche perché le parole-chiavi elencate si riferiscono non alle pagine, ma ai numeri dei paragrafi. Infatti — come nel caso del Catechismo della Chiesa Cattolica — la terza edizione di «Egyházmegye» numerava ogni paragrafo del testo. L'indice letterario (*irodalom*, la bibliografia), è stato ampliato notevolmente e contiene indicazioni

sommarie, ed anche qualche commento sull'utilità pratica di alcune opere, utilissimo per chi si inizia nell'uso della letteratura canonistica internazionale.

Nel testo, le note in calce sono ampie. Qui però dobbiamo annotare che generalmente, mancano i riferimenti alla letteratura apparsa dopo il 1992, anno della pubblicazione della prima edizione: nel caso di un'ulteriore edizione, sarebbe certamente utile tenere presente la letteratura del decennio trascorso.

Anzi, una buona occasione per questa rielaborazione potrebbe essere la traduzione dell'opera a qualche lingua occidentale, per esempio, in italiano. Pensiamo che, in poco tempo, «Egyházzog» diventerebbe uno dei manuali più usati dai giovani canonisti.

Philipp Ernst Gudenus

Javier FERRER ORTIZ (ed.), *Derecho eclesiástico del Estado español*, EUNSA, Pamplona, 2004, p. 327.

Es habitual que los libros de texto recomendados en las aulas universitarias conozcan frecuentes ediciones o reimpressiones, en ocasiones motivadas por exigencias editoriales o criterios mercantiles más que por razones científicas. No es el caso de esta nueva edición de uno de los principales manuales de referencia de Derecho Eclesiástico del Estado, publicado por EUNSA, y que alcanza ya su quinta edición.

Desde su primera edición, en 1980, esta obra es de obligada consulta para quienes pretendan acercarse al Derecho eclesiástico español, ya sea para conocer una institución propia de este ámbito jurídico, ya sea como punto de partida de una investigación más amplia sobre alguna de las materias que lo integran. No obstante, las diferencias entre la primera edición y la que ahora ve la luz son muy notables, hasta el punto de que podríamos decir que estamos ante un libro totalmente renovado, en el que no es fácil reconocer aquél de casi veinticinco años atrás. Y es que la situación del Derecho eclesiástico también ha variado profundamente.

Cuando se publicaba el primer Manual de Derecho Eclesiástico de EUNSA, que también fue el primero de su género publicado en España, el Derecho eclesiástico todavía pugnaba por encontrar acomodo entre las cada vez más numerosas ramas jurídicas, y, paralelamente, en el mundo académico. La extensión de la edición de 1980 venía determinada por estas circunstancias. Había que recoger en el Manual todo el Derecho eclesiástico, con una finalidad docente y práctica, pero que, al mismo tiempo, contribuyera a afianzar la todavía vacilante autonomía de este sector del ordenamiento jurídico. En otras palabras, había que mostrar de una manera tangible que el Derecho eclesiástico existía, y que había razones más que suficientes que avalaban su

carta de naturaleza. Desde entonces, la situación del Derecho eclesiástico ha cambiado de manera sustancial, y si todavía se advierten algunas incertidumbres en torno a esta disciplina, no es menos cierto que se debe a motivos coyunturales o políticos, o, en todo caso, ajenos a la ya consolidada posición de esta rama del saber jurídico.

Las sucesivas ediciones del Manual han sido un fiel reflejo de esta evolución, y han tratado de dar respuesta a las necesidades de cada momento. Ha dejado de ser el cuasi-tratado de las primeras ediciones para aproximarse cada vez más a un libro de texto del alumno, adaptado a las exigencias de los planes de estudios y a los nuevos planteamientos docentes. Posiblemente sea éste uno de los grandes méritos del Manual, y uno de los motivos por los que no sólo ha sobrevivido a una auténtica avalancha de manuales, sino que continúa siendo uno de los más conocidos y difundidos, también más allá de nuestras fronteras. Cada nueva edición ha sido mucho más que una simple revisión y puesta al día de los contenidos, tarea sin duda meritoria, pero insuficiente para conservar toda su actualidad. Esta quinta edición es el resultado de una amplia labor de investigación, en la que se mantienen las líneas de las ediciones anteriores: se incorporan las corrientes doctrinales y jurisprudenciales más recientes, con un amplio aparato bibliográfico, conservando la apertura intelectual que caracterizó esta obra

desde sus inicios. Y ello, sin olvidar la verdadera pretensión de sus autores, que no es otra que ofrecer un Manual que cumpla con su función. Los autores de los diversos capítulos son los mismos de la edición precedente, y se respeta, igualmente, el esquema general del texto, e incluso el formato externo; pero también son abundantes las nuevas aportaciones.

En primer lugar, continúa esta edición con la disminución del número de páginas, siguiendo la tendencia iniciada en la edición de 1993. No se trata, en este caso, de reducir el contenido, sino de ofrecer una síntesis más aquilatada de los temas tratados. Esta síntesis, por otra parte, hace ganar a la obra en claridad sistemática, como muy bien refleja el índice, en el que se han suprimido subapartados, y se han modificado algunos de los enunciados, lo que permite una visión de conjunto de su contenido posiblemente más completa, en una primera aproximación al Manual. El hecho de que se trate de una obra colectiva, en la que se han respetado los planteamientos de cada autor, hace particularmente difícil este intento, que no siempre se resuelve con éxito. En este caso, la coautoría no hace perder unidad al volumen, y tras este logro se adivina la ardua y callada tarea del coordinador, con frecuencia inadvertida, pero imprescindible para obtener un resultado armónico y coherente.

En segundo lugar, la clave de lectura del libro siguen siendo

los principios informadores del Derecho eclesiástico español, que desde los mismos inicios de su formulación han constituido un punto de referencia en la elaboración de los temas que integran el contenido del Derecho eclesiástico. Dentro del respeto a este enfoque, se ofrecen en esta edición algunos aspectos novedosos, de los que daremos cuenta brevemente.

El libro consta de once capítulos, con la misma sistemática tradicional de las ediciones anteriores, buscando así servir mejor a su finalidad de Manual de la asignatura, y huyendo de experimentos que no son fácilmente admisibles en este género. El carácter didáctico prima claramente sobre otras consideraciones científicas, y así, se encuentran en cada tema las habituales referencias a la evolución histórica de las instituciones — en algunas lecciones considerablemente reducida respecto de las ediciones anteriores —, la definición de los conceptos básicos, con una exégesis convincente de los textos legales y el desarrollo puntual de las principales posiciones doctrinales y jurisprudenciales.

El capítulo primero mantiene en lo esencial su estructura; se reduce el análisis histórico, sobre todo de la época medieval, conservando, por el contrario, una amplia referencia a los elementos que permiten entender la actual construcción de la libertad religiosa en el mundo occidental. Se suprime el apartado sobre «factor religioso y constitucionalismo europeo», que

con más lógica se traslada al capítulo segundo, que trata de las fuentes del Derecho eclesiástico español. No obstante, la ubicación sistemática del epígrafe ahora denominado «El Derecho eclesiástico en la Unión Europea» no es quizá la más adecuada. En efecto, se incluye dentro del apartado relativo a las «fuentes pacticias», cuando el Derecho comunitario, como el propio autor reconoce, es un sistema jurídico supraestatal, pero constituye un «verdadero Derecho interno» de los Estados (pág. 63). En todo caso, responde a principios diferentes a los convenios internacionales y a los acuerdos con las confesiones religiosas.

El capítulo tercero, sobre los principios informadores, ha ganado en claridad expositiva y sistemática. Se han suprimido apartados, posiblemente redundantes, cuyo contenido ha sido subsumido en otros, y permite, de este modo, una visión general más completa del tema.

El capítulo cuarto lleva por título «La tutela de la libertad religiosa». Con ligeros retoques, mantiene la distribución temática de la edición anterior, aunque hubiera sido preferible un tratamiento de la libertad religiosa del menor a continuación — o, en todo caso, independiente — de los distintos ámbitos de protección de este derecho.

En el capítulo sobre objeciones de conciencia, el Profesor Navarro-Valls acierta a dar respuesta a los nuevos retos de esta figura

jurídica, tras las modificaciones legislativas de los últimos años. Suprimido el servicio militar obligatorio, quedaba en parte sin contenido la principal manifestación de la objeción de conciencia, expresamente recogida en el texto constitucional. Sin embargo, esta figura jurídica ha adquirido una importancia creciente en otros sectores, y su operatividad en un futuro no muy lejano posiblemente tenga un alcance mayor de lo que hoy imaginamos. Estos y otros sugerentes planteamientos mantienen la plena actualidad de esta parte del Derecho eclesiástico.

Las confesiones y entidades religiosas, que se estudian en el capítulo sexto, son uno de los ejes del Derecho eclesiástico. Sin duda es un mérito del Profesor López Alarcón ofrecer nuevas propuestas en una materia que parece haber agotado todos los enfoques posibles. Las cuestiones más complejas que suscita este tema se abordan con rigor, aunque en ocasiones hubiera sido deseable un tratamiento un poco más extenso de problemas que aparecen sólo enunciados. También es notoria la ausencia de un epígrafe destinado al Registro de Entidades Religiosas; pese a que no lo olvida al referirse a la inscripción, posiblemente la relevancia del Registro reclame un tratamiento mínimamente diferenciado, sobre todo si se tiene presente a los principales destinatarios del Manual, los alumnos, para quienes el Registro es algo desconocido en el

momento de abordar el estudio del Derecho eclesiástico.

El capítulo séptimo lleva por título «Régimen económico, patrimonial y fiscal» — de las confesiones, se sobreentiende —. Sin embargo, su contenido es principalmente el régimen patrimonial y fiscal. Sorprendentemente, no se trata la financiación directa de las confesiones, que tal vez sea la cuestión más problemática y conflictiva del régimen económico, y que habría debido incluirse aún a costa de prescindir de aspectos — como las pías voluntades, por ejemplo — que hoy han perdido el interés que pudieron tener en otra época.

En el capítulo sobre los ministros de culto, se hace una exhaustiva exposición de su estatuto jurídico. Tal vez la atención que se dedica a este tema sea desproporcionada, no sólo por su contenido intrínseco, sino por la relevancia que tiene — o mejor, que quizá ya no tiene — en el conjunto del Derecho eclesiástico. Más equilibrado, en este sentido, parece el capítulo noveno, sobre asistencia religiosa, pese a la dificultad que conlleva exponer todo un conjunto heterogéneo de fuentes de origen diverso sin llegar a abrumar al lector.

El capítulo décimo, relativo a la enseñanza, guarda una adecuada proporción entre el régimen vigente y la necesaria referencia histórica; de manera inesperada, el autor hace también una amplia incursión en la libertad de prensa y medios de comunicación. Aun cuando las

limitaciones de espacio imponen ceñirse al Derecho vigente, sin dar lugar a muchas disquisiciones, el riesgo que se asume es que requiera pronto una actualización; y, en este caso, esa exigencia parece haber llegado quizá antes de lo que el propio autor podía prever al revisar y actualizar el tema de la enseñanza.

Concluye el Manual con el capítulo sobre el matrimonio religioso, de obligada inclusión en los manuales de Derecho eclesiástico, pero de difícil tratamiento dados los abundantes y distintos factores que intervienen en la configuración del sistema matrimonial y en la delimitación de su régimen jurídico. Como era de esperar, en este capítulo tan sólo se analizan aquellas cuestiones que son estrictamente de Derecho eclesiástico, con abundantes remisiones a las obras de Derecho matrimonial para un análisis más profundo de sus diversos elementos y perspectivas.

El balance netamente positivo de esta nueva edición del Manual no impide aludir a dos aspectos que contribuirían a mejorar una obra de su altura científica. Primero, es llamativa la ausencia de un capítulo sobre la libertad religiosa como derecho, máxime cuando hay todo un capítulo dedicado a la libertad de enseñanza y otro a la tutela de este derecho; sin duda, la tutela es un aspecto importante de la libertad religiosa, pero no deja de ser sólo una parte de su régimen jurídico. Ciertamente, son numerosas las re-

ferencias a la libertad religiosa a lo largo del texto — no podía ser de otro modo —, pero la omisión de su tratamiento de conjunto es, cuando menos, inusual. Segundo, parece conveniente un ajuste de la extensión dedicada a unos y otros temas, en función de la relevancia que van adquiriendo en el Derecho eclesiástico; sería deseable que se dedicara un poco más de espacio a las confesiones religiosas, volviendo incluso a la consideración separada de las confesiones y de los entes eclesiásticos menores, lo que permitiría recoger las numerosas aportaciones doctrinales y jurisprudenciales de los últimos años. Al mismo tiempo, el lector no se vería sorprendido si se incluyeran en un mismo capítulo la asistencia religiosa y el régimen de los ministros de culto, o si la enseñanza se tratara como un aspecto de la libertad religiosa. En definitiva, no son sino sugerencias para una — próxima, espere-mos — nueva edición del Manual.

*M^a del Carmen Garcimartín
Montero*

Dominique LE TOURNEAU, *Le Droit Canonique*, 3^a edición actualizada, PUF, Col. *Que sais-je?*, n. 779, París, 2002, p. 127.

Es raro encontrar una presentación realmente breve y suficientemente completa del Derecho Canónico; sobre todo para quien

no se conforma con un artículo enciclopédico y desea obtener, a partir de la lectura de pocas páginas, una idea precisa de la historia, naturaleza, principios, finalidad y principales normas contenidas en el *Corpus Iuris Canonici*, sin necesidad — al menos en un primer momento — de recurrir a un Manual de Derecho Canónico. Le Tourneau ha logrado realizar esta magnífica síntesis en una obra que, bajo la pequeñez externa de sus apariencias (formato libro de bolsillo), esconde una rica exposición de la existencia y la formación del DC, de las Normas Generales, de la conformación jurídica del Pueblo de Dios, de las Funciones de enseñar y santificar de la Iglesia, del Derecho Penal y Procesal, tanto en la Iglesia latina cuanto en las Iglesias orientales.

Los capítulos de este libro — bien equilibrados entre ellos — son densos y, sin hacer perder agilidad a la lectura, cuentan con abundantes referencias al CIC, al CCEO, a la Const. Apost. *Pastor Bonus*, y a otros documentos magisteriales.

Destaco la formidable presentación sucinta de las fuentes del Derecho Canónico realizada en el Iº capítulo; y el intento de hacer redescubrir las normas y principios cristianos que durante mucho tiempo rigieron también la sociedad civil.

La primera edición de esta obra (1988) fue profundamente reformada en 1997 gracias a la excelen-

te y amplia incorporación del estudio del CCEO. La edición que nos ocupa, por su parte, ha actualizado toda la bibliografía y ha reestructurado parcialmente el IIIº capítulo, dedicado al Pueblo de Dios, para poner en mayor relieve y exponer en forma más precisa la dimensión particular de la Iglesia. De hecho, este capítulo resulta especialmente elaborado. El mismo, después de mostrar con gran claridad la igualdad fundamental de todos los fieles, y los derechos y obligaciones que derivan de su estatuto común y particular, presenta la jerarquía eclesiástica en su dimensión universal y particular, explicando luego los tipos de circunscripciones eclesiásticas y la organización de la diócesis.

Dentro de las apretadas condiciones que impone toda síntesis, creo que pueden caber las siguientes observaciones: El capítulo IIº — dedicado a las Normas Generales — necesitaría algunas explicaciones más, ya que resulta un tanto árido. En el capítulo IIIº hubiera sido muy conveniente hacer una muy breve referencia a dos documentos: a la Carta de la Congregación para la Doctrina de la Fe *Communio in notio* (1992), que no obstante su carácter teológico tiene innegable repercusión en la interpretación y aplicación del término «comunión» utilizado por el Derecho Canónico; y al Motu Proprio de Juan Pablo II *Apostolos Suos* (1998), sobre la naturaleza teológica y jurídica de las Conferencias Episcopales. Y en el

capítulo IV^o — sobre el *munus docendi* — falta la incorporación de las modificaciones introducidas en ambas codificaciones por el Motu Proprio *Ad tuendam fidem* (1998). Creo, también, que hubiera resultado beneficioso añadir al libro un último capítulo con consideraciones finales y con algún comentario sobre la actualidad del Derecho Canónico.

Independientemente de estas u otras cuestiones menores que pueden escapar a la síntesis, el autor de esta obra ha logrado ofrecer una vasta, satisfaciente y coherente visión global del Derecho Canónico; y a la vez, resaltar su carácter de auténtico Derecho, su necesidad como elemento intrínseco en la constitución de la Iglesia, y su finalidad peculiar: contribuir a la salvación de las almas.

Este libro es sumamente útil para ampliar la cultura general del lector no especializado en el tema, y también para la gente de Iglesia que desea realizar una rápida, eficaz y actualizada revisión de sus conocimientos sobre el contenido esencial del Derecho Canónico en vigor en Oriente y Occidente.

Rubén Darío Ruiz Mainardi

Roberto MAZZOLA, *La pena latae sententiae nel diritto canonico: profili comparati di teoria generale*, Memorie della Facoltà di Giuri-

sprudenza di Alessandria, Cedam, Padova, 2002, p. 345.

Nell'ambito di un rinnovato interesse per gli studi vertenti sul diritto penale canonico, che ha già prodotto un consistente numero di contributi recenti, si inserisce il volume recensito, che tratta un argomento quantomai problematico e complesso quale quello delle pene *latae sententiae*, figure peculiari del diritto canonico latino e oggetto di notevole dibattito e discussione sia in sede di revisione della codificazione pio-benedettina, che nella redazione del *Codex canonum Ecclesiarum Orientalium*. Il volume è diviso in due parti, a loro volta rispettivamente articolate in tre capitoli, a distinguere i due momenti salienti della riflessione dell'A. La prima parte, dal titolo «Profili ecclesiologici e lineamenti dottrinali delle pene *latae sententiae*», si centra soprattutto sui profili sostanziali della figura, mentre la seconda, «I fattori di efficacia delle pene *latae sententiae* nell'ordinamento canonico», si muove in un ambito, per così dire, di operatività concreta. La prima parte della ricerca prende le mosse da un'analisi delle pene *latae sententiae* entro la «generale economia penale della Chiesa, così come è andata mutando nei suoi profili ecclesiologici fra gli estremi temporali delle due codificazioni della Chiesa latina e la più recente codificazione delle Chiese cattoliche orientali» (p. 6). L'A. si sofferma sugli indirizzi ecclesiologici soggiacenti alla codifi-

cazione del 1917 e le prospettive aperte dal Vaticano II e dai principi di riforma del codice. Sebbene fosse unanime il desiderio che l'ordinamento giuridico canonico rispecchiasse maggiormente l'aspetto misterico e sacramentale del Popolo di Dio, allo stesso tempo differenti sensibilità e impostazioni si sono grosso modo sostanziate in due diverse correnti che hanno animato il dibattito sulla riforma del diritto penale e più concretamente sulla sorte delle pene *latae sententiae*: da un lato chi ne desiderava la completa abolizione, facendo sì che il diritto penale si svolgesse solo entro l'ambito del foro esterno e chi ne vedeva ancora necessaria la presenza, sebbene ridotte di numero. In realtà il dibattito coinvolgeva questioni ben più di fondo di cui le pene *latae sententiae* erano uno degli indicatori più significativi: peccato-delitto, pena-penitenza, finalità della pena canonica, ecc. erano le questioni sottostanti che peraltro non furono risolte in modo omogeneo, per cui l'esito codiciale non ha fatto altro che rispecchiare questa incertezza di fondo anche se, sostanzialmente, non pare che sia stato modificato più di tanto l'impianto di fondo del codice pio-benedettino. Il secondo capitolo della prima parte, si sforza di trovare gli elementi teologico-giuridici in grado di offrire una giustificazione adeguata alle pene *latae sententiae* mediante un avvicinamento tra il concetto di pena e quello di penitenza. L'ultimo capitolo della prima parte, al-

larga il discorso da un ambito prettamente ecclesiale a quello della teoria generale della pena in cui possono essere trovati utili punti di comparazione tra il sistema penale canonico e quelli di derivazione statale.

La seconda parte del volume, fissa l'attenzione sulle implicazioni che l'operatività delle pene *latae sententiae* comporta nel vigente ordinamento canonico latino, esaminando questioni relative all'imputabilità, ai limiti di applicazione della pena automatica sulla base delle condizioni del soggetto, alla sua vincolatività in foro interno e in quello esterno, alla sua remissione. Ci si trova di fronte ad un volume molto stimolante, riccamente corredato da utili indicazioni bibliografiche che attestano il lavoro di ricerca e di riflessione dell'A., che offre una proposta di reinterpretazione delle pene *latae sententiae* alla luce di una più stretta connessione tra momento teologico e giuridico. Certamente, come tutte le proposte innovative, può prestarsi anche a considerazioni critiche che in ogni caso non tolgono merito al lavoro dell'A. ma anzi ne sottolineano il valore. Nel breve spazio della presente recensione, vorrei segnalare, in estrema sintesi, solo alcuni punti. Le pene *latae sententiae* non compaiono nella tradizione latina come frutto di un approfondimento teologico del binomio pena-penitenza ma intorno all'XI-XII secolo proprio nel momento di differenziazione tra le due strade (e difatti mancano nella

tradizione orientale che ha vissuto una differente evoluzione storica), differenziazione che non significa separazione ma diversità di piani di intervento della Chiesa di fronte al peccato-delitto; sono infatti una manifestazione della nascente elaborazione giuridica, attraverso la *potestas iurisdictionis* e che man mano è giunta sino a noi. Non vi è dubbio che l'aspetto societario-istituzionale della Chiesa abbia assunto nel corso degli ultimi secoli una preponderanza che può essere andata a scapito della dimensione comunitaria e spirituale, ma anche la dimensione societario-istituzionale è dimensione essenziale e non accessoria della *communitas fidelium*. Ed è in quest'ambito che si colloca e si sviluppa il diritto penale accanto alla via penitenziale e disciplinare, delle quali condivide, pur senza identificarsi, la medesima prospettiva salvifica. Il ministero pastorale dell'autorità ecclesiastica, posto a servizio dell'identità della Chiesa e dei diritti dei fedeli, opera anche coattivamente nei confronti di coloro che volontariamente ledono, mediante azioni anti-giuridiche particolarmente gravi, la disciplina ecclesiale, attraverso l'imposizione di pene canoniche che si configurano come divieti, proibizioni e privazioni, ossia strumenti efficaci anche se il soggetto vi si oppone. Il vigente codice latino, valorizzando opportunamente la responsabilità dei Pastori, offre loro una vasta gamma di possibilità di intervento al fine di evitare il più possibile che si debba giungere al-

l'imposizione di una pena canonica, nell'ottica di un tempestivo ravvedimento dell'autore del delitto. E quand'anche l'imposizione della pena fosse inevitabile, lascia ampio margine al giudice o al superiore affinché possa modularla nel modo più conveniente al fine di ottenere il ristabilimento della giustizia, la riparazione dello scandalo e il ravvedimento del reo (cf. can 1341), finalità generali di ogni pena canonica sia essa medicinale che espiatoria. In questo senso le pene *latae sententiae*, che si distinguono non per il loro contenuto ma solo per il meccanismo di applicazione, proprio nel loro automatismo destano più di una perplessità giacché impediscono l'intervento graduale e personale del Pastore, non solo in sede di inflizione della pena ma anche nella prospettiva della loro remissione, dal momento che sono conosciute solo dal soggetto e fino a quando il soggetto non ne manifesti la presenza, i Pastori ne risultano estranei, quando invece è loro compito promuovere attivamente il recupero del fedele gravato da una pena. Non solo, ma non convince neppure l'apparente responsabilizzazione dell'autore del delitto quanto alla loro «autoapplicabilità» e ciò perché in realtà ciò non si risolverebbe che in un giudizio incerto e individualista (*nemo iudex in causa propria*) laddove anche la stessa economia sacramentale prevede la sottoposizione a Dio, mediante la Chiesa, del proprio peccato e del proprio pentimento.

Senza dimenticare, infine, il fondato dubbio, stante le attuali disposizioni codiciali in tema di cause attenuanti, di una loro realistica operatività al di là di una semplice carica dissuasiva che connota i comportamenti delittuosi colpiti da dette pene. Concludendo, il volume offre molti spunti di riflessione ed è merito dell'A. di non essersi sottratto ad un serio lavoro di ricerca in un campo spinoso ma al contempo emblematico delle oscillazioni che pervadono l'evoluzione del diritto canonico.

Davide Cito

Javier OTADUY, *Fuentes, interpretación, personas. Estudios de Derecho Canónico*, Navarra Gráfica Ediciones, Pamplona, 2002, p. 608.

Sotto tre sezioni diverse — fonti, interpretazione e persone — vengono raccolte ventuno articoli che Javier Otaduy, Ordinario di Parte Generale e di Diritto della Persona nella Facoltà di Diritto Canonico dell'Università di Navarra, ha pubblicato durante questi ultimi vent'anni in diverse riviste e opere collettive. Salvo piccole modifiche non sostanziali negli scritti meno recenti, questi lavori sono stati raccolti come apparvero nella prima pubblicazione.

Nel capitolo delle fonti si trova in primo luogo il testo del commento generale (non dei singoli canoni) ai Titoli sulla legge e sulla

consuetudine che l'autore scrisse per il *Comentario Exegético* di Pamplona; da esso emergono problematiche molto care all'a., come quella sul senso formale della legge canonica o quella sul fondamento del valore normativo della consuetudine. Un altro studio è quello specifico sulla nozione di legge nella codificazione del 1983. Seguono due scritti circa il rapporto tra legge universale e legge particolare che, per quel che conosco, oserei affermare che costituiscono l'analisi più completa che sotto il profilo tecnico sia stata finora condotta sulla questione dopo l'entrata in vigore dell'attuale Codice. Il quinto studio è sulla comunità quale fonte di diritto, che riporta una riflessione su questa difficile questione in dialogo con la dottrina più recente, senza dimenticare però le posizioni della dottrina tradizionale. Concludono questa sezione i lavori dedicati all'analisi delle caratteristiche delle norme statutarie, di cui al can. 94, allo studio della potestà normativa delle Conferenze episcopali e alla ricezione codiciale della legislazione postconciliare.

La sezione intitolata «interpretación» comprende cinque studi. Il primo, pubblicato per la prima volta nel 1984, si riferisce alla natura e funzione dell'allora Pontificia Commissione per l'interpretazione del Codice; benché si presenti sostanzialmente come un ampio commento al m. p. *Recognitio iuris canonici*, lo studio tratta approfonditamente della natura del-

l'interpretazione autentica *per modum legis*, sicché conserva attualità anche dopo la promulgazione della cost. ap. *Pastor bonus*. Il secondo lavoro è dedicato più in generale all'interpretazione della legge, e consiste sostanzialmente in una discussione con parte della dottrina canonistica contemporanea sui punti più sentiti attualmente circa l'attività ermeneutica della norma ecclesiastica. Un altro lavoro è dedicato specificamente all'analisi, sotto il profilo formale, di due interventi alquanto atipici («note esplicative») del Pontificio Consiglio per l'interpretazione dei testi legislativi. Il terzo scritto di questa sezione, pur avendo la sua origine in una recensione agli atti di un congresso sull'enciclica *Fides et ratio*, offre delle considerazioni circa alcuni riflessi che sul lavoro canonistico può avere la menzionata enciclica. L'ultimo studio di questa sezione relativa all'interpretazione è dedicato all'approfondimento di un concetto che è chiave in questa materia: la ricezione.

La parte dedicata alle «persone» raggruppa una serie di studi di cui lo stesso a. riconosce una certa eterogeneità. Fa parte di questa sezione un articolo relativo al concetto giuridico di persona e al suo rapporto con la nozione di fedele, in cui, oltre all'esame dei cann. 96 e 204, si studia la nozione di capacità giuridica nel diritto canonico. Un altro lavoro ha come oggetto la nozione di territorialità e personalità; in esso non si tratta tanto di un'analisi dell'organizzazione ecclesia-

stica attuale, quanto di una riflessione sul significato di queste categorie concettuali. Il terzo di questa sezione ha come titolo i diritti dei fedeli ed è una riflessione sull'argomento alla luce dei numerosi interventi dottrinali che sul tema si sono succeduti a partire dal congresso internazionale di Friburgo del 1980. Un altro studio ha come tema specifico il vincolo parrocchiale del fedele e quindi l'esame del suo contenuto e della cura pastorale ordinaria. Segue un lavoro riguardante l'estinzione del vincolo matrimoniale in seguito alla morte di uno dei coniugi, in cui si risponde ad un intervento assai peculiare di qualcuno che difendeva la persistenza del vincolo ma la possibilità della sua dispensa. Un altro studio inquadrabile nella disciplina del diritto matrimoniale, ma nel quale si studia la questione dell'irretroattività di un'interpretazione di una legge inabilitante, è quello relativo alla validità del matrimonio dei mormoni con cattolici. Infine, i due ultimi scritti di questa sezione hanno dei motivi storici ben precisi: uno è dedicato al commento del primo decreto emanato dalla Conferenza episcopale spagnola e l'altro all'erezione della prelatura dell'Opus Dei.

Alla problematicità intrinseca di ogni recensione, di ogni tentativo, cioè, di riassumere in poche righe il pensiero di un autore, si aggiunge in questo caso una duplice difficoltà, e cioè che, da un lato, l'opera contiene lavori molto vari, ognuno dei quali meritevole di una

propria rassegna, e, dall'altro, il fatto che lo stesso autore ha già scritto la recensione «autentica», difficilmente superabile, nel Prologo e in ognuna delle brevi introduzioni che precedono i singoli scritti. Nel Prologo, l'a. spiega, non senza un fine senso umoristico, la ragione, i motivi e le incertezze che hanno accompagnato alla decisione della pubblicazione della raccolta. In queste pagine affiora lo spirito universitario che ha animato l'attività scientifica di Javier Otaduy: un approccio critico nello studio della dottrina scientifica e un continuo dialogo con i colleghi. La conseguenza è che nei suoi scritti c'è sempre un'idea originale sottostante, la quale può non essere del tutto condivisa dal lettore, ma risulta sempre suggerente.

Preoccupa l'a. la possibile mancanza di unità della raccolta. Dalla breve rassegna del contenuto, si può osservare come, in effetti, le tematiche studiate siano molto diverse fra di loro, ma a ben guardare, è possibile scorgere una profonda unità derivata, valga l'ovvietà, dall'unico autore. È una raccolta di studi elaborati durante vent'anni di attività universitaria, che, come può ben comprendere chi esercita la professione in questo terreno, sono per la maggior parte il risultato della necessità di far fronte ad impegni contingenti, ma è possibile rinvenire un'unità soggiacente a questi lavori, non certo nella loro tematica, ma nella metodologia adoperata e negli stessi intenti di fondo.

Otaduy si presenta come discepolo di Pedro Lombardía, e ciò si nota in diversi aspetti, di cui sottolineerei la preoccupazione per il rigore tecnico nelle questioni giuridiche trattate, nonché lo stesso impegno ad un settore del diritto della Chiesa, che presuppone l'adozione del metodo sistematico nel suo studio e la sua conseguente divisione in branche, quale è la Parte Generale del Diritto Canonico e il Diritto della Persona.

Lo studio della Parte Generale ha portato l'a. a godere di una speciale conoscenza e sensibilità giuridica che gli permette di affrontare certi argomenti puntuali di speciale importanza pratica o di grande attualità nell'ambito canonistico con il rigore proprio di chi è abituato a riflettere sulle nozioni basilari della scienza giuridica. Ciò è palese negli studi dedicati a temi matrimoniali, ma anche, per esempio, nel modo di impostare la riflessione sui concetti di territorialità e personalità, facendo notare la relatività intrinseca di questi concetti.

Lo stesso Otaduy riconosce di aver sempre cercato di evitare che la preoccupazione tecnica lo conducesse al tecnicismo. Forse ci è riuscito grazie alla sua preoccupazione di carattere più sostanziale, e cioè la ricerca del bene della Chiesa. È evidente questo suo interesse non solo in alcuni lavori riguardanti direttamente la dottrina cattolica (come, per esempio, quello sul concetto teologico e giuridico della ricezione), ma anche in altri in cui prende la difesa della

disciplina ecclesiastica costituita, che vede talvolta un po' maltrattata. Vero è che questo lodevole pensiero può forse condurlo in qualche studio ad una, per certi versi forse eccessiva, comprensione e legittimazione di qualche aspetto del sistema stabilito (penso, ad esempio, alle sue posizioni sul tema dell'interpretazione autentica o ad altre questioni relative all'interpretazione del testo legale), sebbene non manchino nella sua opera rilievi critici a certe scelte tecniche dell'autorità ecclesiastica che, proprio perché posti in tono positivo da chi vuole difendere la disciplina ecclesiastica ed è un buon conoscitore di essa, hanno una speciale incisività. Comunque, anche quando un determinato lavoro non convince del tutto, resta sempre la convinzione che l'a. abbia saputo trasmettere un'idea originale, poggiata in una vasta conoscenza della dottrina e del diritto positivo.

Otaduy ha voluto esternare nel Prologo i suoi dubbi sull'opportunità o meno di pubblicare questa raccolta e, per quanto essi siano ragionevoli, è da complimentarsi con lui per esserci deciso a portarla a termine, poiché offre al lettore in un unico volume un materiale di grande pregio e di facile consultazione. Certamente non tutti gli studi ivi contenuti saranno dell'interesse di tutti i canonisti, ma penso che la maggior parte di essi, proprio perché hanno come oggetto argomenti basilari del diritto della Chiesa, trattati peraltro in maniera profonda e solida, dovreb-

bero essere ben conosciuti dagli studiosi del diritto canonico, qualunque sia il campo di specialità di cui si occupino.

Eduardo Baura

Bruno PIGHIN, *Il seminario di Concordia-Pordenone*, Seminario Diocesano di Concordia-Pordenone, Pordenone, 2004, p. 633.

Il seminario diocesano di Concordia fu eretto nell'anno 1704, in Portogruaro, e trasferito nel 1919, per disposizione della Santa Sede, in forma provvisoria a Torre di Pordenone, e quindi alla città di Pordenone, a partire del 1920. Questo volume arriva, dunque, al compimento del tri-centennale della creazione di questo Seminario, e rappresenta, anzitutto, un tributo di gratitudine ad una istituzione che ha forgiato il clero diocesano.

Il volume non è però di natura celebrativa, ma di rigorosa ricostruzione storica di un dilatato decorso. Si tratta inoltre del primo risultato di un progetto più ampio. Il volume che presentiamo prende in considerazione la storia dell'istituto dal momento della sua nascita fino al trasferimento della sede a Pordenone. Un secondo volume, attualmente in preparazione, ci consegnerà la storia del seminario attraverso le vicende proprie del secolo XX^o, e in particolar modo

del Concilio Vaticano II e del periodo post-conciliare.

L'autore del libro, Vicario giudiziale della diocesi di Concordia-Pordenone, è docente all'Istituto di Diritto Canonico San. Pio X di Venezia; da anni insegna teologia morale e diritto canonico a Pordenone, ed è autore di varie monografie e articoli, tra cui, di recente, un *Manuale di etica teologica* e *I Fondamenti della Morale cristiana*.

Il suo lavoro è consistito principalmente in una ricerca sulle fonti originali custodite in vari archivi, attingendo anche da alcuni precedenti lavori parziali sull'argomento. L'autore ha avuto la fortuna di lavorare in un momento sostanzialmente tranquillo, e con una distanza temporale dai fatti più delicati oggetto del suo studio che consentono maggiore libertà di analisi e di valutazione della documentazione esistente. L'autore ha saputo approfittare di questa circostanza per integrare lo studio con l'uso di un materiale documentale in buona parte inedito procedente da archivi diocesani (l'Archivio Storico Diocesano di Concordia-Pordenone, l'Archivio Capitolare di Concordia-Pordenone), o dall'Archivio Segreto Vaticano.

Il volume sviluppa lungo sei distinte parti perfettamente inquadrata nel tempo in riferimento ai grandi periodi culturali e storici disegnati dall'autore, senza digressioni e in corrispondenza col contesto storico della Chiesa o degli Stati europei.

La prima parte del libro è dedicata al lungo processo di gestazione, nell'allora diocesi di Concordia, dell'indicazione decretata il 15 luglio 1563 dal Concilio di Trento nel can. *Cum adolescentium aetas* della sessione XXIII. Il citato canone prevedeva che in ogni diocesi venisse istituito dal vescovo un apposito collegio per la formazione delle persone destinate al ministero sacerdotale. Ebbene, questo decreto venne applicato nella diocesi di Concordia solo 140 anni dopo la sua promulgazione, e ciò malgrado il tenace impegno dei vescovi succedutisi nella sede episcopale, e le insistenti indicazioni che giungevano dalla Santa Sede.

Nella parte seconda del libro viene articolatamente descritto il periodo di istituzionalizzazione del Seminario, comprese le vicende relative alla sua erezione canonica, alla sistemazione materiale e dotazione economica, e quindi alla definizione dei primi Regolamenti interni che dovevano segnare l'indirizzo formativo dei giovani chierici. Questo periodo ripercorre sostanzialmente l'episcopato di due vescovi provenienti da Venezia che diedero slancio all'istituto del seminario, contribuendo in vario modo al suo consolidamento.

La parte terza percorre l'arco temporale di un secolo, ricco di avvenimenti locali e internazionali che influirono non poco nello sviluppo del Seminario, a partire dal 1760. Questa è anche l'epoca dell'invasione napoleonica, che segnò la fine della repubblica di Venezia,

e l'inizio di momenti difficili per il Seminario, prima di tutto con la confisca da parte dei francesi dell'eredità Zappetti — sostegno finanziario dell'istituzione depositato nella Zecca di Venezia —, e in seguito, con l'inizio dell'occupazione austriaca che segnò un forte incremento delle ingerenze da parte delle autorità governative. È un periodo nel quale, con l'arrivo delle idee risorgimentali, cominciarono a prendere forza le divisioni nel clero diocesano, tra i seguaci delle nuove idee di unità nazionale e quanti guardavano piuttosto all'Impero austro-ungarico.

Il periodo studiato in questa parte del libro si chiude con la proclamazione del Regno d'Italia e la conquista del Veneto e del Friuli nella terza guerra di indipendenza, nel 1866, all'inizio dell'episcopato di Nicolò Frangipane, e in un contesto dottrinale particolarmente delicato, a soli due anni dell'enciclica «Quanta cura» e del «Sillabo», che avevano condannato gli errori propri della modernità, e con essa le idee rosminiane alle quali erano vicini diversi docenti di spicco del seminario.

Il periodo successivo copre la prima parte dell'unità italiana fino al pontificato di San Pio X. Si tratta di un lasso di tempo particolarmente delicato per la Chiesa, soprattutto per i suoi rapporti con l'autorità del Regno, e che diede subito inizio ad una legislazione eversiva che aboliva il foro ecclesiastico, incamerava i beni degli istituti soppressi, laicizzava le opere

pie, dichiarava la leva obbligatoria per i chierici, e dava inizio ad una sistematica espulsione della Chiesa dall'ambito della scuola. Allo stesso tempo, è anche un periodo che vide moltiplicarsi le concrete manifestazioni di unità e sintonia con la Sede di Roma, attraverso la puntuale informazione sui fatti, o la sollecita attuazione delle indicazioni giunte da Roma.

Una intera parte del volume, la quinta, è riservata alla storia del seminario durante il periodo di S. Pio X, tra il 1903 e il 1914. Due sono principalmente le questioni che emergono in questo momento, intimamente collegate fra di loro e in relazione col Seminario. In primo luogo, il dibattito teologico e disciplinare attorno al modernismo, e al suo influsso nocivo nella cristianità. In secondo luogo, il nuovo indirizzo proveniente da Roma circa la formazione e la disciplina nei Seminari.

L'ultima parte del libro è riservata all'agitato e breve periodo che, iniziato con l'elezione di Benedetto XV, il 3 settembre 1914, si concluse anni dopo col trasferimento della sede del Seminario a Pordenone. Un periodo difficile, segnato da sciagurati eventi bellici, e da incontrollate emozioni che tale genere di situazioni riescono purtroppo a configurare nell'animo umano.

Lo scoppio della Grande Guerra colse inizialmente l'Italia in situazione di non belligeranza. Ma già nella primavera del 1915 l'attività scolastica del seminario dovette

concludersi precipitosamente a causa dell'inizio delle ostilità. Il clero e i seminaristi in età militare vennero mobilitati, e la stessa sede del Seminario a Portogruaro precettata dall'esercito e adibita ad uso di ospedale (476).

Con la rotta di Caporetto, il 24 ottobre 1917, inizia infatti una sfrenata fuga della popolazione civile dalle città, e in particolare da Portogruaro, che trascina con sé i principali esponenti del clero e dei ceppi più alti della società. Il vescovo mons. Isola, il segretario personale e la maggioranza dei sacerdoti diocesani rimasero tuttavia ai loro posti, cercando di provvedere alle necessità spirituali dei fedeli, e talvolta anche a quelle organizzative e materiali, dettate dal quasi totale smantellamento della struttura civica.

La ritirata da Portogruaro dell'esercito invasore, all'inizio di novembre 1918, diede però occasione ad un tragico e ingiusto evento strettamente legato col seminario e con la vita diocesana. Nelle prime ore successive alla ripresa della città da parte delle truppe italiane, il vescovo venne ingiustamente accusato di collaborare con l'occupante austriaco per fatti che soltanto mettevano in rilievo l'esercizio celante del ministero, senza distinzione di gruppi o nazionalità. Dopo una umiliante perquisizione nel vescovato, il vescovo e i suoi assistenti vennero tacciati di essere «affamatori del popolo, austriacanti». Cacciato a calci dal palazzo, che venne dato al saccheggio

e derubato di quanto conteneva — compreso il denaro dato in custodia al vescovo da alcune famiglie della città che si erano date alla fuga l'anno precedente —, il vescovo venne percosso, oltraggiato e trascinato fuori di casa e della città. Un cappellano militare riuscì alla fine a strapparli dalla folla e a metterlo al sicuro.

Non venne ignorato dal vescovo l'atteggiamento di alcune persone della città che si erano date da fare per tergiversare a danno del vescovo la normale attività pastorale di un rappresentante di Cristo, che aveva esercitato il ministero anche nei confronti dei fedeli appartenenti all'esercito di occupazione, o aveva cercato di evitare alla Chiesa le requisizioni dei soldati in armi. Né il mancato soccorso di alcune autorità civili ben a conoscenza del limpido e pastorale atteggiamento del vescovo durante l'anno di occupazione degli austriaci.

Dal saccheggio dell'episcopato rimase danneggiato anche il seminario, del quale si poté unicamente salvare la biblioteca.

Anche se il vescovo riuscì a far aprire una inchiesta in riparazione della giustizia infranta, e a tutela della sua «dignità di vescovo e di italiano», la gravità dei fatti lo persuase ad attivarsi per trasferire la sede vescovile e il Seminario da Portogruaro a Pordenone: un trasferimento che veniva da tempo consigliato per ragioni pastorali, e per lo sviluppo della città di Pordenone. Così venne subito inteso dalla Santa Sede, sia dal prefetto

della Congregazione Concistoriale, card. Gaetano De Lai, che dallo stesso Papa Benedetto XV.

A seguito di tutto ciò, la sede del seminario diocesano venne provvisoriamente installata, nel corso accademico 1919-1920, nella residenza del cotonificio veneziano di Torre di Pordenone, per poi trasferirsi definitivamente nella nuova proprietà di villa Scholl, il cui acquisto era caldamente incoraggiato da Roma.

L'autore ha svolto un lavoro accurato e molto ben documentato sulla storia del Seminario, e le abbondanti e belle illustrazioni che il libro contiene, accompagnano il lettore attraverso i diversi momenti del lungo percorso. L'editoria ha scelto, infine, una veste tipografica di primo livello che fa onore al contenuto e alla fatica del lavoro.

Juan Ignacio Arrieta

REGIONE ECCLESIASTICA LOMBARDIA. OSSERVATORIO GIURIDICO LEGISLATIVO REGIONALE, *Regioni e confessioni religiose. Atti del seminario di studio. Milano, 12 aprile 2002*, Centro Ambrosiano, Milano, 2003, p. 120.

Prima di affrontare i contenuti del seminario di studio su «Regioni e Confessioni religiose», è opportuno soffermarsi sul soggetto che l'ha promosso: l'Osservatorio Giuridico Legislativo Regionale della Regione Ecclesiastica lom-

barda. In proposito, la prefazione dell'allora Responsabile, ora Vescovo Ausiliare e Vicario Generale dell'Arcidiocesi di Milano, Mons. Carlo Redaelli, è assai utile per conoscere finalità ed attività intra — ed extra-ecclesiali di questo organismo, «il primo in Italia, se si eccettua l'analogo organismo sorto a livello nazionale presso la Conferenza Episcopale Italiana» (p. 9); di esso viene anche pubblicato in appendice lo statuto (cfr. pp. 93-96). Il tema trattato nel seminario dà regione dell'esistenza e dell'azione di una tale istituzione, ormai presente anche in altre regioni ecclesiastiche italiane.

Come ricorda Mons. Redaelli, «la riforma del titolo V della Costituzione, avvenuta con legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3, con la redistribuzione di competenze tra Stato e Regioni; la vicenda, discussa ed emblematica, della legge lombarda sugli oratori; la predisposizione di un nuovo statuto regionale, sono state occasioni che hanno reso ancor più urgente questo convegno» (p. 11). Esso ha inteso affrontare alcuni quesiti: «come le Regioni si rapportano con le confessioni religiose? C'è una possibilità d'incontro: solo se prevista da leggi dello Stato, quindi solo all'interno di ipotesi quadro? Solo su materie specifiche o in generale su tutte le materie di competenza religiosa?» (p. 22).

Nella prima relazione del seminario, il prof. Giorgio Pastori, dell'Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano, ha trattato il

tema del rapporto tra Regioni e Confessioni religiose nel nuovo ordinamento costituzionale (cfr. pp. 25-34. In appendice si trova il nuovo testo del Titolo V della Parte II della Costituzione italiana, a seguito dell'approvazione delle leggi costituzionali 22 novembre 1999, n. 1 e 18 ottobre 2001, n. 2: cfr. pp. 85-92). Il docente ha illustrato il nuovo assetto delle competenze di Stato e Regioni, soffermandosi in particolare sulla riserva all'esclusiva legislazione dello Stato dei rapporti tra la Repubblica e le Confessioni religiose. Per comprendere tale norma, il relatore distingue tra i « rapporti di garanzia o di libertà » (cioè quelli « ordinati a garantire e proteggere la libertà intesa come indipendenza della Chiesa cattolica o come autonomia delle altre Confessioni » (p. 28) e i « rapporti di collaborazione/partecipazione fra istituzioni pubbliche e Chiesa cattolica o altre Confessioni religiose » (che « corrispondono ad un rapporto che la Chiesa o le singole Confessioni, nella loro indipendenza o autonomia, intendono recare o che viene loro richiesto o consentito di recare dalle istituzioni pubbliche al perseguimento delle finalità costituzionali e delle altre finalità di pubblico interesse » (pp. 30-31). Per quanto riguarda il primo tipo di rapporti, « l'intervento regionale non può riguardare altro che aspetti organizzativi ed operativi, di attuazione di una disciplina sostanziale di tali rapporti necessariamente unitaria sul piano nazionale »

(p. 29). Invece, l'altro tipo « resta vincolato nel suo fondamento, nei suoi principi di metodo, per i profili religiosi alla legislazione costituzionale e statale specifica in sede nazionale, ma poi può essere disciplinato secondo la rispettiva competenza statale o regionale per materia » (p. 31). Il prof. Pastori conclude la sua relazione, riferendosi ad ambiti e modalità (in particolare l'intesa o l'accordo) della disciplina di regionale su materie oggetto di rapporti di collaborazione fra le Regioni stesse e le Confessioni religiose.

Nella seconda relazione del seminario, il prof. Giacomo Garancini, dell'Università Statale di Milano, si è soffermato sui « modelli di rapporto Regione e Confessioni religiose a partire dalle esperienze attuate e alla luce della nuova normativa (cfr. pp. 37-52). Egli analizza anzitutto la questione della legittimazione delle Regioni ad emanare provvedimenti legislativi o amministrativi in « materia ecclesiastica », che, alla luce dell'Accordo di revisione del Concordato del 1984 e del nuovo Titolo V della Costituzione, si può considerare come autonoma e non delegata dallo Stato. Ad esso è data competenza sulla « materia generale relativa allo *status* della (o di) Confessione religiosa (garanzia dei diritti di libertà, separazione, autonomia), mentre sarà la Regione ad avere competenza in relazione al *modus* o ai vari *modi* di attività » (p. 43). Quanto alla legittimazione della controparte religiosa, si fonda an-

ch'essa sull'Accordo di revisione del Concordato, sugli articoli 7 ed 8 della Costituzione, ma anche sul fatto che le Confessioni religiose possono essere considerate tra le «formazioni sociali», di cui parla l'art. 2 della Costituzione. Per il relatore il concetto di «materia ecclesiastica», oggetto delle relazioni fra Regioni e Confessioni religiose, è di carattere «trasversale», in quanto tocca ambiti più ampi della «materia concordataria». Essa va affrontata con quel metodo della bilateralità, che, usato a livello statale, può e deve esserlo anche a livello regionale. Tale metodo può concretizzarsi in diversi procedimenti che portano a varie tipologie di legislazione regionale direttamente o indirettamente ecclesiastica. Nella legge regionale lombarda sugli oratori del 2001 — circa la quale il volume offre un'appendice di documenti (cfr. pp. 105-120) — coesistono queste «diverse forme di procedimento legislativo regionale in materie direttamente o indirettamente ecclesiastiche» (p. 49). Dopo aver toccato la questione della discriminazione di trattamento nei riguardi di Confessioni che hanno o meno sottoscritto un'intesa con lo Stato, il relatore evidenzia i possibili pericoli di frammentazione e diversificazione eccessiva fra Regioni, fra Confessioni e all'interno dello Stato, che possono derivare dal proliferare di intese regionali non coordinate. L'auspicio finale del relatore riguarda l'inserimento negli Statuti regionali di norme circa

la procedura di formazione del diritto ecclesiastico regionale e sulle modalità di rapporto delle Regioni con le Confessioni religiose.

Nella parte conclusiva il volume riporta gli interventi sulle due relazioni da parte di politici, ecclesiastici ed esperti di diritto, intervenuti all'incontro. Le conclusioni del seminario sono state tratta da Mons. Attilio Nicora, oggi cardinale, il quale ha messo in guardia da alcuni possibili «debolezze» soggiacenti al rapporto Regioni-Confessioni ed ha fatto cenno al ruolo della Conferenza Episcopale italiana sotto questo profilo.

Questo seminario di studio — per usare un'espressione plastica dello stesso Mons. Nicora — ha permesso di scoprire «un masso sotto il quale c'è una vita complessa e magmatica» (p. 82). Due anni dopo il seminario tenuto a Milano, si può confermare che il rapporto fra Regioni e Confessioni religiose acquisisce un'importanza ed anche una complessità sempre maggiori, per cui sarà bene continuare a dedicargli attenzione e studio.

Antonio Filipazzi

Ciro TAMMARO, *La posizione giuridica dei fedeli laici nelle prelature personali*, Studia Antoniana, n. 48, Antonianum, Roma, 2004, p. 249.

La presente monografia costituisce il frutto del lavoro di dottorato in diritto canonico dell'A., conclu-

sosi nel 2003 presso il Pontificio Ateneo Antonianum, sotto la direzione del Prof. David Maria Jaeger. In precedenza egli aveva conseguito la Laurea in Giurisprudenza presso l'Università Federico II di Napoli.

La struttura del testo, così come tutta la sua stesura, si raccomanda per chiarezza e linearità. Dopo un'introduzione in cui viene spiegato l'ordine dell'indagine, questa si snoda in tre capitoli. Nel primo, «Evoluzione storico-giuridica», si offrono le premesse sulle circoscrizioni personali prima del Codice del 1983, sulla funzione dei laici nella Chiesa e sulla posizione dei laici nelle prelature personali, prendendo in considerazione il Concilio Vaticano II, la normativa post-conciliare e l'iter di formazione del successivo Codice latino. Il secondo capitolo, dal titolo «Il dibattito della dottrina in relazione alla disciplina codiciale», costituisce il centro della ricerca. In effetti, alla luce della questione sul rapporto di giurisdizione tra il Prelato di una prelatura personale e i fedeli laici, si affrontano i problemi ermeneutici relativi ai canoni 294 e 296, specialmente sul perché il primo non menziona i laici tra coloro che compongono le prelature personali, e sul senso della «cooperazione organica» di cui al secondo di quei canoni. Vi è anche il tentativo di delineare meglio la convenzione prevista dal canone 296, e si studia la posizione giuridica dei fedeli laici in altri ambiti ecclesiali. Infine, il libro si chiude con il capitolo III circa «L'espe-

rienza giuridica della prima prelatura personale», esaminando dunque il diritto particolare che regge la Prelatura dell'Opus Dei.

Nella conclusione si trova ben sintetizzato il percorso intellettuale dell'intero studio. Anzitutto, si precisa la natura delle prelature personali, evidenziando la piena legittimità di un concorso di giurisdizione sugli stessi fedeli laici che integrano il popolo della prelatura, e la diversità intercorrente tra la giurisdizione diocesana e quella prelatizia d'indole personale. È proprio ciò che consente di comprendere perché i laici appartengono ad una prelatura personale (essi sono i destinatari dell'opera pastorale), e perché siano illegittime le interpretazioni strette dei canoni 294 e 296. Per quanto riguarda il tema centrale della sua ricerca, e cioè la partecipazione di alcuni fedeli laici alle prelature mediante la modalità delle convenzioni previste dal can. 296, Tammaro conclude così la sua esposizione: «l'atto di adesione dei laici alle prelature personali, come atto contrattuale libero, e tipicamente "laicale", esprime e concretizza, appunto, questo ruolo attivo dei laici nella Chiesa, che tanti benefici ha già arrecato e ancora in futuro arrecherà al bene delle anime» (p. 245).

L'A. è consapevole di affrontare un argomento che è stato già ampiamente esaminato in dottrina (cfr. p. 8). Oltre agli aspetti che egli cerca di approfondire, ritengo che la lettura di quest'opera confermi proprio l'utilità dell'approccio tipico delle tesi dottorali. In effetti, si

offre uno *status quaestionis* molto ben elaborato, in cui si evita il mero accumulo di materiale, sapendo invece scegliere quello che è davvero più rappresentativo delle posizioni circa ogni argomento. Si evita così uno dei rischi più caratteristici delle tesi, quello di esporre senza ordine né discernimento, e perciò in modo piuttosto pesante e ripetitivo, il contenuto delle opinioni degli autori consultati. D'altra parte, Tammaro ha saputo assumere la sfida di prendere posizione dinanzi ad ogni questione, rifuggendo da ogni eclettismo di comodo.

Inoltre, ed in ciò sta a mio avviso il principale merito di questa ricerca, l'A. è in sintonia con quel realismo epistemologico che è costitutivo della vera scienza giuridica. Benché l'analisi si soffermi spesso sui testi, soprattutto su quelli codicili, lo sguardo va alla stessa realtà, e pertanto anche al contesto della legge che aiuta a comprendere tale realtà. In questo modo si evita l'insidia del letteralismo, ossia di quell'atteggiamento ermeneutico in cui sembra che elementi testuali come la mera assenza di una parola o un cambiamento redazionale d'indole puntuale possano determinare il mutamento dell'essenza stessa di un istituto giuridico.

Essendo perfettamente d'accordo con la tesi di fondo dell'A., ci sono ovviamente aspetti secondari del suo scritto su cui avrei dei dubbi. Mi limito ad uno. A pp. 116 s. si legge: «La giurisdizione del Prelato, infatti, non si pone in antitesi con quella del Ve-

scovo diocesano, bensì al suo servizio; le specifiche attività pastorali nei confronti dei fedeli laici realizzate dalle prelature personali hanno lo scopo di completare e perfezionare, in ambiti specifici, l'ordinaria cura delle anime, allorché questa venga attuata in maniera inadeguata o insufficiente dalle strutture diocesane; esse non hanno un obiettivo separato ed indipendente; il loro fine è esclusivamente quello di contribuire alla realizzazione dei fini propri delle Chiese particolari». La sostanza di queste affermazioni mi pare ineccepibile. Tuttavia, non mi convince l'idea secondo cui, per giustificare l'esistenza di prelature personali o realtà pastorali simili, occorrerebbe presupporre l'inadeguatezza o l'insufficienza delle strutture diocesane. Ritengo che la ricchezza della vita ecclesiale superi sempre qualsiasi struttura organizzativa, per cui le strutture complementari (e anche le realtà associative) possano esserci anche nella più perfetta ed efficace organizzazione diocesana.

In conclusione, si può certo affermare in questo caso in modo veritiero quanto a volte si dice come formula di mera cortesia: si tratta di un primo libro che fa ben sperare nel futuro dell'A. nella ricerca canonistica.

Carlos J. Errázuriz M.

Carmela VENTRELLA MANCINI, *L'elemento intenzionale nella teoria ca-*

nonistica del reato, Collana di Studi di Diritto Canonico ed Ecclesiastico, Giappichelli Editore, Torino, 2002, p. 156.

Come indicato dall'A. nella premessa, il volume «intende offrire un contributo alla determinazione dell'elemento intenzionale nell'ambito della teoria canonistica del reato». Ed invero l'elemento intenzionale ha costituito uno dei grandi apporti che la riflessione teologica e giuridica della Chiesa ha dato alla nascita del diritto penale occidentale che ha profondamente innovato alle tradizioni ereditate dai diritti altomedioevali. Il volume si apre con un capitolo dedicato all'imputabilità così come si presenta nell'attuale elaborazione canonistica, e che sostanzialmente non offre elementi di grande novità rispetto al dettato del codice del 1917 dal momento che si ripropone in continuità con una dottrina consolidatasi nei secoli, in cui concetti quali lo *scandalum* e la struttura dell'uomo quale soggetto libero e responsabile sono i pilastri su cui si è andato costruendo il diritto penale della Chiesa. Il secondo capitolo, dal titolo «Le fonti dell'imputabilità giuridica», si sofferma in modo analitico, attingendo in modo consistente ed opportuno a fonti decisive per l'elaborazione del pensiero giuridico canonico quali soprattutto il Decreto di Graziano e la *Summa Theologiae* di S. Tommaso d'Aquino, sul dolo quale espressione prevalente della volontarietà delit-

tuosa nelle sue differenti gradazioni e manifestazioni, e sulla colpa, manifestazione anch'essa di una riprovevole condotta morale e pertanto rilevante, a certe condizioni, nell'ordinamento penale. Da rilevare, inoltre, l'interessante ricostruzione della preterintenzionalità, risalendo fino alla patristica del IV secolo, in cui la rilevanza morale dell'azione *versantis in re illicita* offre la base per una sua ricaduta in ambito giuridico penale. Il terzo capitolo è di tipo più marcatamente storico giacché, soffermandosi specificamente sui *Libri duo de synodalibus causis et disciplinis ecclesiasticis* di Reginone di Prüm, il Decreto di Burcardo di Worms e il *Tractatus de penitentia* del Decreto di Graziano l'A., focalizzando la sua attenzione sull'elemento intenzionale, fulcro di tutta la costruzione morale e giuridica del delitto, va esaminando momenti significativi e peculiari di questa centralità, quali i delitti di sola volontà, il *conatus delicti*, il delitto frustrato. La stretta connessione tra la dimensione morale e quella giuridica, fa sì che nel diritto canonico assuma un rilievo del tutto singolare la *voluntas* del reo anche ai fini della colpevolezza e della punibilità, laddove il delitto non consumato per motivi indipendenti dalla volontà del soggetto risulti essere, nella tradizione classica, un delitto perfetto, mentre al contrario la desistenza volontaria può escludere la colpevolezza e la punibilità. A questo proposito, tuttavia, si può osservare come l'A.,

nel richiamare la dottrina classica, a volte non la distingue adeguatamente dalla sua evoluzione successiva. In altre parole, senz'altro la vigente normativa affonda le sue radici nella tradizione che si è andata elaborando a partire soprattutto dal secolo XI, in cui le nozioni di peccato e di delitto, prima interscambiabili, si vanno a poco a poco distinguendo senza peraltro separarsi, ma al tempo stesso il diritto penale va con il tempo assumendo i contorni di un sistema giuridico diretto principalmente alla tutela del bene pubblico, da qui la rilevanza sempre maggiore del cosiddetto *scandalum*, lasciando soprattutto al cammino penitenziale e disciplinare il compito di provocare e accompagnare la conversione del reo. E difatti, ad esempio, il can. 1328 oltre a non considerare consumato il delitto che effettivamente non si realizzò, indipendentemente dalla causa che ne abbia interrotto l'esecuzione, prevede un trattamento abbastanza simile sia nel caso di delitto frustrato che di desistenza volontaria. L'ultimo capitolo, come peraltro manifestato dall'A. non vuole essere una sorta di conclusione, ma centra la sua atten-

zione da un lato sulla personalità del soggetto, e dall'altro esamina le cause di esclusione della punibilità con particolare riferimento allo stato di necessità. In questo ambito, l'A. si richiama soprattutto alle ricerche a lungo condotte dal prof. Coppola sull'inesigibilità che opera come limite alla doverosità di un comportamento laddove, parafrasando in termini semplicistici la questione, il diritto non può considerare delittuoso, con la sua carica di disapprovazione, un fatto che la morale non considera esigibile. Concludendo questa breve nota, non si può che apprezzare il lavoro svolto dall'A. poiché, non solo si è addentrata nel terreno non facile della ricerca delle radici storiche di una tematica risultata poi così rilevante non solo per il diritto canonico, ma altresì perché aiuta a non perdere di vista che il diritto penale, se fondato su una corretta antropologia, mette al centro della sua attenzione la persona umana che, nel caso poi del diritto ecclesiale, è un fedele redento da Cristo e chiamato alla salvezza.

Davide Cito

Documenti

Pagina bianca

ATTI DELLA SANTA SEDE

PONTIFICIO CONSIGLIO PER I TESTI LEGISLATIVI, **Nota «La funzione dell'autorità ecclesiastica sui beni ecclesiastici»**, 12 febbraio 2004, in *Communicationes*, 36 (2004), pp. 24-32 (1).

NOZIONE DI «BENE ECCLESIASTICO».

1. La Chiesa, per compiere nel mondo la missione ricevuta dal suo Fondatore e Signore Gesù Cristo, ha il diritto nativo di acquistare, possedere, amministrare ed alienare i beni temporali per conseguire i fini che le sono propri (cann. 1254; 1255) (2).

All'interno della Chiesa, poi, ci sono numerosi enti — aventi una propria individualità, derivata dalla diversa costituzione, da una finalità specifica, da un ambito di attuazione —, i quali sono anch'essi capaci di essere titolari dei beni temporali che hanno legittimamente acquistato (cann. 1256; 1259) (3).

L'ecclesialità, comune a tutti questi beni, deriva dalla destinazione ai fini propri della Chiesa. Questo, però, non impedisce che la proprietà appartenga *esclusivamente* a ciascuno degli enti singolarmente considerati.

2. Il diritto canonico riconosce in modo speciale la capacità di essere titolari di beni temporali agli enti cui attribuisce lo status di «persona giuridica».

Le persone giuridiche nella legislazione ecclesiastica (cann. 113-123) (4) possono essere costituite da persone o da beni (can. 115, § I); quelle costituite da persone si distinguono in collegiali o non collegiali (can. 115, § 2) (5). Possono essere, inoltre, pubbliche e private (can. 116) (6). Le per-

(1) Nel testo si fa riferimento al *Codice di Diritto Canonico* (CIC) rinviando in nota le indicazioni in merito al *Codice dei Canonici delle Chiese Orientali* (CCEO).

(2) Cann. 1007; 1009, § 1 CCEO.

(3) Cann. 1008, § 2; 1010 CCEO.

(4) Cann. 920-930 CCEO.

(5) Can. 923 CCEO.

(6) Can. 921, § 2 CCEO.

sono giuridiche « pubbliche » sono quelle che, costituite dalla competente autorità ecclesiastica, compiono a nome della Chiesa il proprio compito in vista del bene pubblico (can. 116)⁽⁷⁾.

Conseguenza del carattere pubblico di questa categoria di persone giuridiche è la norma del can. 1257, § 1⁽⁸⁾; in esso si stabilisce che i beni temporali appartenenti alla Chiesa universale, alla Sede Apostolica e alle persone giuridiche pubbliche nella Chiesa ricevono la qualifica tecnica di « beni ecclesiastici ». Questa qualifica ha un duplice effetto: 1) riconosce la valenza ecclesiale di tali beni; 2) dichiara tali beni sottoposti alla potestà dell'autorità ecclesiastica competente, fermo restando che *la proprietà appartiene alle singole persone giuridiche*.

3. La proprietà dei beni ecclesiastici è, dunque, sempre delle singole persone giuridiche pubbliche, che risiedono in proprio. Tale possesso è condizionato e giustificato dalla destinazione al compimento della missione della Chiesa e, in tal senso, è sottoposto ai *controlli amministrativi* stabiliti dalla legislazione canonica. In senso analogo, le cose sacre, che possono appartenere a persone fisiche o a persone giuridiche private, sono anche esse, in forza del loro carattere sacro, sottoposte ad un regime particolare, il quale modella l'esercizio dei diritti reali, senza però annullare la titolarità dei diritti stessi. In sintesi, il patrimonio ecclesiastico sottoposto alla potestà dell'autorità della Chiesa è distribuito tra le molte persone giuridiche pubbliche, le quali sono le proprietarie dei singoli beni. Recita, infatti, il can. 1256⁽⁹⁾ che « la proprietà dei beni, sotto la suprema autorità del Romano Pontefice, *appartiene alla persona giuridica che li ha legittimamente acquistati* ».

Le leggi canoniche, perciò, prevedono una netta distinzione e autonomia dei vari enti ecclesiastici gli uni rispetto agli altri. Pertanto, secondo l'ordinamento canonico, ad esempio, la « bancarotta » di una parrocchia non comporta che passa essere imputata alla diocesi e debba essere riparata con i beni della diocesi o di un'altra parrocchia. Anche nell'ordinamento civile la « bancarotta » di un ente inferiore non comporta l'intervento dell'ente superiore per il recupero dei beni.

Inoltre, l'eventuale responsabilità oggettiva del Vescovo come persona non dovrebbe comportare l'intervento sui beni della diocesi come ente.

NOZIONE DI « AMMINISTRAZIONE ».

4. Il termine « amministrazione » ha una duplice valenza semantica che non deve indurre in errore. Amministrare, infatti, può signifi-

(7) Can. 921, § 2 CCEO.

(8) Can. 1009, § 2 CCEO.

(9) Can. 1008, § 2 CCEO.

care la funzione propria dell'autorità ecclesiastica — diversa da quella di legiferare e di giudicare — consistente nel porre *atti di governo* nel rispetto della legge. Accanto a questo significato, *appartenente all'ambito del potere di giurisdizione*, ce n'è un altro *di tipo economico*, che mira a conservare, far fruttare e migliorare un patrimonio. Ebbene, è da tener presente che il Legislatore ecclesiastico adopera il termine *in entrambi i sensi*; quando, per esempio, regola l'atto amministrativo nel Libro I sta evidentemente facendo riferimento al *primo concetto* di amministrazione; quando, invece, stabilisce al can. 1279⁽¹⁰⁾ la necessità che le persone giuridiche pubbliche abbiano un amministratore, adopera il *secondo senso* di amministrare.

È importante tenere presente questa distinzione al momento di esaminare il Libro V e in particolare il suo Titolo II su «l'amministrazione dei beni», poiché in esso il Legislatore adopera entrambi i sensi del termine «amministrazione» nei confronti dei beni ecclesiastici. In concreto, quando il can. 1273⁽¹¹⁾ qualifica il Romano Pontefice come amministratore supremo dei beni ecclesiastici, fa riferimento al *potere di giurisdizione del Papa* sulla Chiesa e, quindi, sui beni delle persone giuridiche pubbliche destinati ai fini propri della Chiesa, anziché ad una *funzione amministrativa di tipo economico* basata sul potere dominicale dei beni.

IL VESCOVO DIOCESANO E L'AMMINISTRAZIONE DEI BENI ECCLESIASTICI DEGLI ENTI.

5. Spetta al Vescovo diocesano il potere-dovere di esercitare la tutela sull'amministrazione dei beni appartenenti alle persone giuridiche pubbliche a lui soggette (cf. can. 1276, § 1)⁽¹²⁾ e di vigilare sulle persone giuridiche canoniche nei limiti stabiliti dal diritto (cf. cann. 392, § 2⁽¹³⁾; 325, § 1).

La necessità del superiore controllo è determinata dalla natura stessa dei beni ecclesiastici e dal loro carattere pubblico e perciò non deve essere concepita come limitazione dell'autonomia degli enti ma come *garanzia* dei medesimi, anche in relazione a eventuali conflitti di interesse tra l'ente e chi agisce a suo nome.

Tale dovere di vigilanza comprende alcuni compiti che comportano l'esercizio della potestà esecutiva (ad esempio, licenza per gli atti di straordinaria amministrazione) e di altri compiti che non comportano

⁽¹⁰⁾ Can. 1023 CCEO.

⁽¹¹⁾ Can. 1008, § 1 CCEO.

⁽¹²⁾ Can. 1022 CCEO.

⁽¹³⁾ Can. 201 CCEO.

tano tale potestà (ad esempio, esame dei bilanci, ispezioni amministrative, consulenza tecnica e giuridica).

Il Vescovo affida abitualmente ad altri questi compiti⁽¹⁴⁾.

(14) Circa la rappresentanza canonica degli enti ecclesiastici si tenga presente il principio generale offerto dal can. 118 che recita: «*Rappresentano la persona giuridica pubblica, agendo a suo nome, coloro ai quali tale competenza è riconosciuta dal diritto universale o particolare oppure dai propri statuti; rappresentano la persona giuridica privata coloro cui la medesima competenza è attribuita attraverso gli statuti*». Il principio espresso da tale canone fornisce un valido criterio per l'individuazione dei legali rappresentanti degli enti ecclesiastici: alcuni sono determinati dalla legge, altri dagli statuti o dalle tavole di fondazione. Rileviamo che gli amministratori del patrimonio ecclesiastico non necessariamente si identificano con i rappresentanti legali. Ad esempio: i beni della diocesi sono amministrati dall'economista diocesano sotto l'autorità del Vescovo (can. 494, § 3), ma il rappresentante legale della diocesi è il Vescovo; le persone giuridiche amministrare da organi collegiali hanno una persona fisica come rappresentante legale. Ora ci si chiede: l'Ordinario può supplire i rappresentanti legali diretti degli enti ecclesiastici? In merito all'amministrazione dei beni delle persone giuridiche pubbliche si deve fare riferimento a due canoni: il 1276 e il 1279. Dal disposto di questi due canoni possiamo dedurre che il *Codice di Diritto Canonico* non è orientato e non contiene una norma specifica che attribuisca in modo diretto ed esplicito all'Ordinario il potere di supplenza nella rappresentanza degli enti ecclesiastici, persone giuridiche pubbliche. La norma canonica stabilisce che l'Ordinario può supplire la rappresentanza solo nel caso di negligenza del rappresentante legale, oppure se ciò gli è attribuito dal diritto particolare o dagli statuti. Per quanto riguarda le persone giuridiche private, posto il principio riportato dal can. 1257, secondo il quale i beni temporali delle persone giuridiche private non sono beni ecclesiastici in senso tecnico e sono retti dai propri statuti, in linea generale va affermato che l'Ordinario non può supplire i legali rappresentanti se ciò non è esplicitamente contemplato negli statuti o nei decreti di costituzione. A norma del Diritto canonico l'intervento dell'Ordinario è possibile per i beni donati o lasciati in ordine a cause pie (cf. cann. 325, § 2; 1301). In merito all'ambito giudiziale è necessario riferirsi al can. 1480; in linea generale l'Ordinario nei giudizi, in caso di mancanza o di negligenza, può supplire i rappresentanti legali di qualsiasi persona giuridica a lui soggetta. Di fatto, però, se non può essere rappresentante legale sostitutivo di una persona giuridica privata per i beni come è possibile che intervenga sul piano processuale? Da quanto fin qui indicato sembra che si debbano desumere le seguenti conclusioni in ordine al coinvolgimento nella responsabilità oggettiva del Vescovo, o comunque del Superiore competente, in merito agli atti amministrativi compiuti da un rappresentante legale degli enti ecclesiastici a lui soggetti. Se il legale rappresentante agisce nel proprio ambito di competenza, le sue eventuali negligenze non sono imputabili al suo superiore. Se il rappresentante legale porta a compimento un negozio giuridico contro le direttive del superiore, all'insaputa di questi, la responsabilità dell'atto non può essere imputata al superiore. Se il rappresentante legale agisce con la licenza prescritta del superiore falsificando la documentazione così da indurre in errore la buona fede, il superiore non può essere incolpato. Se il rappresentante legale, manifestando chiaramente i suoi propositi non corretti, agisce con la licenza prescritta del superiore diverrebbe logico un suo coin-

Si tenga presente che all'Ordinario del luogo compere anche l'esercizio della vigilanza sull'attività amministrativa delle associazioni private di fedeli, ai sensi e nei limiti dei cann. 305⁽¹⁵⁾ e 325.

a) *L'amministrazione dei beni delle persone giuridiche pubbliche.*

È necessario fare riferimento a due canoni: il 1276 e il 1279⁽¹⁶⁾.

Nel paragrafo primo del can. 1276⁽¹⁷⁾ va sottolineata, innanzitutto, l'attribuzione all'Ordinario della *vigilanza* sull'amministrazione. Si tratta di vigilanza non di amministrazione. La vigilanza comprende il diritto di ispezione, di esigenza dei conti, di stabilire le modalità di una corretta ed ordinata amministrazione, di dare la licenza per alcuni atti amministrativi di una certa gravità o rilevanza (cf. cann. 1277, 1281, 1285, 1292)⁽¹⁸⁾. La vigilanza non comprende, quindi, il diritto di *supplenza* della rappresentanza.

La seconda sottolineatura va fatta all'espressione finale del paragrafo primo: «salvo titoli legittimi per i quali si riconoscono più ampi diritti» (es. per delegazione pontificia o per statuto).

Già questo paragrafo offre chiare indicazioni: in linea generale l'Ordinario ha solo la vigilanza, salvo che la legge generale (es. per i religiosi) o altri legittimi titoli gli consentano di più.

Il paragrafo secondo del canone 1276⁽¹⁹⁾ attribuisce all'Ordinario anche la potestà di *regolamentare l'amministrazione* dei beni ecclesiastici con istruzioni dettate in conformità al diritto universale e particolare e, tenendo conto dei diritti soggettivi, delle legittime consuetudini e circostanze.

L'applicazione del principio di sussidiarietà da parte del Legislatore canonico crea l'esigenza di colmare gli spazi concessi dal *Codice di Diritto Canonico* alla peculiare disciplina delle Chiese particolari.

L'Ordinario perciò, secondo l'opportunità, può emanare istruzioni per chiarire e precisare i modi e i tempi di attuazione delle leggi in materia di beni ecclesiastici, nello spirito ed entro i limiti del diritto universale, complementare e particolare (Conferenza Episcopale, Assemblea dei Vescovi delle Province ecclesiastiche, leggi diocesane) con effetto per tutte le persone giuridiche a lui soggette.

volgimento di responsabilità. Va infine precisato che una cosa è la responsabilità delle persone, un'altra quella dell'ente.

⁽¹⁵⁾ Can. 577 CCEO.

⁽¹⁶⁾ Cann. 1022; 1023 CCEO.

⁽¹⁷⁾ Can. 1022 CCEO.

⁽¹⁸⁾ Cann. 1031; 1024; 1029; 1036 CCEO.

⁽¹⁹⁾ Can. 1022 CCEO.

In merito al can. 1279⁽²⁰⁾, si tenga presente che il principio enunciato nel canone ha i suoi riflessi sui rapporti che la persona giuridica intrattiene con i terzi, in ordine alla certezza della legittima rappresentanza degli interessi della stessa persona giuridica.

Possiamo dedurre che il *Codice di Diritto Canonico* non è orientato e non contiene una norma specifica che attribuisca in modo diretto ed esplicito all'Ordinario il potere di supplenza nella rappresentanza degli enti ecclesiastici, persone giuridiche pubbliche.

La norma canonica stabilisce che l'Ordinario può supplire la rappresentanza solo nel caso di negligenza del rappresentante legale, oppure, se ciò gli è attribuito dal diritto particolare o dagli statuti.

b) *L'amministrazione dei beni delle persone giuridiche private.*

Posto il principio del can. 1257, secondo il quale i beni temporali delle persone giuridiche private non sono beni ecclesiastici in senso tecnico e «sono retti dai propri statuti e non da questi canoni, a meno che non si disponga diversamente», in linea generale va affermato che l'Ordinario non può supplire i legali rappresentanti se ciò non è esplicitamente contemplato negli statuti o nei decreti di costituzione.

A norma di Diritto canonico l'intervento dell'Ordinario è possibile per i beni donati o lasciati in ordine a cause pie (cf. can. 325, § 2; can. 1301⁽²¹⁾).

IL ROMANO PONTEFICE QUALE SUPREMO AMMINISTRATORE DEI BENI ECCLESIASTICI.

6. È importante cogliere correttamente il significato della sottomissione dei beni ecclesiastici alla suprema autorità del Romano Pontefice e definirne bene il contenuto. È da considerare a questo proposito il disposto del can. 1273, secondo cui «il Romano Pontefice, in forza del suo primato di governo, è il supremo amministratore e dispensatore di tutti i beni ecclesiastici».

Va però subito chiarito che sarebbe assolutamente fuorviante una lettura frettolosa di questo canone che confondesse la funzione del Papa di amministrare i beni ecclesiastici con l'attività caratteristica di un potere di tipo dominicale sulle cose.

7. A conferma di quanto appena esposto c'è lo stesso tenore letterale del can. 1273 che, nell'affermare la funzione del Romano Pontefice di amministratore dei beni ecclesiastici, precisa che esso è in forza del

(20) Can. 1023 CCEO.

(21) Can. 1045 CCEO.

primato di governo (*vi primatus regiminis*). Questa precisazione, inesistente nel correlativo can. 1518 del CIC del 1917, sta ad indicare inequivocabilmente che il Sommo Pontefice *non è il proprietario dei beni*, bensì egli esercita *la potestà di giurisdizione* sui beni ecclesiastici (non una potestà derivata da un diritto reale) che gli è propria quale suprema autorità della Chiesa⁽²²⁾. A tale proposito già S. Tommaso d'Aquino affermava: «*Res ecclesiasticae sunt papae ut principalis dispensatoris, non ut domini et possessoris*»⁽²³⁾.

Si può, quindi, affermare che l'unità del patrimonio ecclesiastico è garantita non solo dai fini, ma anche dal potere, non di proprietà — che rimane alla persona giuridica che li ha acquistati — del Romano Pontefice in virtù del suo avere il supremo governo e la rappresentanza nella Chiesa.

A questo punto sarà di utilità rammentare alcune caratteristiche della funzione e del potere del Romano Pontefice.

LA POTESTÀ DEL ROMANO PONTEFICE.

8. Il can. 331⁽²⁴⁾ stabilisce che «il Vescovo della Chiesa di Roma, (...) in forza del suo ufficio, ha potestà ordinaria suprema, piena, immediata e universale sulla Chiesa, potestà che può sempre esercitare liberamente». Il can. 333, § 1 precisa che «il Romano Pontefice, in forza del suo ufficio, ha potestà non solo sulla Chiesa universale, ma ottiene anche il primato della potestà ordinaria su tutte le Chiese particolari e i loro raggruppamenti; con tale primato viene contemporaneamente rafforzata e garantita la potestà propria, ordinaria e immediata che i Vescovi hanno sulle Chiese particolari affidate alla loro cura».

9. La potestà del Romano Pontefice si configura con tratti molto peculiari, non riscontrabili in altre realtà sociali organizzate. Spetta all'ufficio primaziale un ruolo di unità dell'intera Chiesa, di garanzia di fedeltà al deposito della fede e di promozione missionaria. Tale definizione della potestà primaziale implica anche le limitazioni insite nel suo contenuto. In questo contesto, si comprende come il rapporto fra il Romano Pontefice e le singole Chiese particolari sia del tutto peculiare, fondato su basi teologiche ed ecclesiologiche che impongono un approccio specifico, diverso da quello che si usa nello studio di altre realtà sociali o economiche, pubbliche o private. Concretamente, per quanto riguarda l'esercizio della potestà del Romano Pontefice sulle Chiese particolari conviene sempre tenere presente che si tratta di una potestà a sé, diversa da quella del Vescovo che il Romano Pontefice non sostituisce.

⁽²²⁾ Cfr. *Communicationes* V (1973), 97.

⁽²³⁾ *Summa Theologiae*, II-II, q. 10, art. 1 ad 7.

⁽²⁴⁾ Can. 45, § 1 CCEO.

10. Per quanto riguarda il governo della Chiesa in materia di beni temporali, spetta al Romano Pontefice garantire che essi siano correttamente ordinati al fine loro proprio. La specificità dell'ufficio primaziale si manifesta tra l'altro nella possibilità di intervento, anche diretto (can. 333, § 1)⁽²⁵⁾ nei confronti di qualunque bene ecclesiastico, chiunque ne sia il proprietario, ma solo allo scopo di salvaguardarne l'utilità in rapporto ai fini dei beni temporali della Chiesa (can. 1254, § 2)⁽²⁶⁾.

Addirittura, come avviene nella società civile, anche nella Chiesa la funzione pubblica della proprietà dei beni può legittimare, in casi limite, degli interventi straordinari da parte dell'autorità competente, che potrebbero perfino arrivare all'espropriazione; tale potere, di cui gode il Romano Pontefice, va inteso nel rispetto della natura sopra ricordata della potestà primaziale e delle condizioni di giustizia insite nell'esistenza di una proprietà di cui sono titolari le singole persone giuridiche.

Giova ribadire che il fondamento e la finalità di questo potere di intervento si trovano sempre nella funzione del Sommo Pontefice di provvedere al governo supremo della Chiesa, come sopra descritto, e non nella titolarità del dominio sui beni ecclesiastici; perfino nel caso straordinario dell'espropriazione, si tratta di un intervento *di natura giurisdizionale* (basato sul peculiare potere del Papa sopra descritto), anziché di potere dominicale sulla cosa, proprio perché è una «espropriazione».

GLI ATTI DI GIURISDIZIONE DELLA SANTA SEDE SUI BENI ECCLESIASTICI.

11. Il *Codice di Diritto Canonico* prevede alcuni atti di giurisdizione specifici della Santa Sede nell'esercizio della sua funzione di governo in materia di beni temporali. La Sede Apostolica deve intervenire per la riduzione degli oneri o il trasferimento degli obblighi delle Messe (cann. 1308; 1309)⁽²⁷⁾, o la riduzione, il contenimento o la permuta delle volontà dei fedeli a favore di cause pie, in alcuni casi (can. 1310)⁽²⁸⁾. Tra questi atti di governo merita un'attenzione speciale la concessione di licenza per l'alienazione di alcuni beni ecclesiastici allo scopo di chiarire bene la natura giuridica di questi atti.

12. Il can. 1292⁽²⁹⁾ stabilisce il requisito *ad validitatem* (agli effetti canonici) della licenza della Santa Sede per l'alienazione dei beni ecclesiastici, il cui valore superi la somma massima stabilita dalla Conferenza Epi-

(25) Can. 45, § 1 CCEO.

(26) Can. 1007 CCEO.

(27) Cann. 1052; 1053 CCEO.

(28) Can. 1054 CCEO.

(29) Can. 1036 CCEO.

scopale (can. 1292, § 1)⁽³⁰⁾. In Diritto canonico per licenza si intende la concessione fatta dall'autorità competente ad un soggetto per esercitare una facoltà od un diritto di cui egli è già titolare, ma l'esercizio del quale, per motivi di interesse pubblico, è condizionato a un controllo « esterno » al diritto stesso. In realtà, le licenze, e altri interventi amministrativi di questo tipo, non implicano l'assunzione in proprio del contenuto del progetto per il quale la licenza o il nulla osta sono stati rilasciati.

Quando la Santa Sede accorda la licenza per un'alienazione di beni ecclesiastici, essa non si assume le eventuali responsabilità economiche relative all'alienazione, ma soltanto garantisce che l'alienazione è congruente con le finalità del patrimonio ecclesiastico. La responsabilità derivata dal suo intervento si riferisce esclusivamente al retto esercizio della potestà della Chiesa. *La licenza, dunque, di cui ora si tratta non è un atto di dominio patrimoniale, bensì di potestà amministrativa, mirante a garantire il buon utilizzo dei beni delle persone giuridiche pubbliche nella Chiesa.*

13. In sintesi, poiché la funzione primaziale riguardo i beni ecclesiastici rientra nella sfera pubblica del governo della Chiesa, *il Romano Pontefice non è affatto tenuto a rispondere per le conseguenze degli atti di amministrazione economica posti dagli amministratori immediati dei beni delle diverse persone giuridiche, appunto perché non ne è l'amministratore nel senso del Diritto privato, ma lo è vi primatus regiminis, in forza della sua posizione pubblica nella Chiesa.*

Città del Vaticano, 12 febbraio 2004

PONTIFICIO CONSIGLIO PER I TESTI LEGISLATIVI, **Nota « Elementi per configurare l'ambito di responsabilità canonica del Vescovo diocesano nei riguardi dei presbiteri incardinati nella propria diocesi e che esercitano nella medesima il loro ministero »**, 12 febbraio 2004, in *Communicatio-nes*, 36 (2004), pp. 33-38⁽¹⁾.

I. PREMESSE ECCLESIOLOGICHE.

I Vescovi diocesani reggono le Chiese particolari loro affidate come vicari e legati di Cristo « col consiglio, la persuasione, l'esempio ma anche con l'autorità e la sacra potestà »⁽²⁾.

⁽³⁰⁾ Can. 1036, § 1 CCEO. Tale licenza è richiesta anche per alienare *ex voto* donati alla Chiesa o di cose preziose per arte e per storia.

⁽¹⁾ Nel testo si fa riferimento al *Codex Iuris Canonici* (CIC), rinviando in nota le indicazioni in merito al *Codex Canonum Ecclesiarum Orientalium* (CCEO).

⁽²⁾ CONCILIO VATICANO II, Cost. dogm. *Lumen gentium*, 27; GIOVANNI PAOLO II, Esort. Ap. *Pastores gregis*, 16 ottobre 2003, 43; can. 381 CIC.

I presbiteri, in virtù del sacramento dell'ordine, sono consacrati per predicare il vangelo, pascere i fedeli e celebrare il culto divino, quali veri sacerdoti del nuovo testamento⁽³⁾. Partecipano, secondo il grado proprio del loro ministero, alla funzione dell'unico mediatore Cristo. Ogni presbitero deve essere incardinato in una Chiesa particolare o in una prelatura personale oppure in un istituto di vita consacrata o in una società di vita apostolica che ne abbia la facoltà (can. 265)⁽⁴⁾.

Tra il Vescovo diocesano e i suoi presbiteri esiste una *communio sacramentalis* in virtù del sacerdozio ministeriale o gerarchico, che è partecipazione all'unico sacerdozio di Cristo⁽⁵⁾.

Di conseguenza, il rapporto intercorrente tra il Vescovo diocesano e i suoi presbiteri, sotto il profilo giuridico, è *irriducibile sia al rapporto di subordinazione gerarchica di diritto pubblico nel sistema giuridico degli stati, sia al rapporto di lavoro dipendente* tra datore di lavoro e prestatore di opera.

II. NATURA DEL RAPPORTO DI SUBORDINAZIONE TRA IL PRESBITERO E IL VESCOVO DIOCESANO.

Il rapporto tra Vescovo diocesano e presbiteri, scaturito dall'ordinazione e dall'incardinazione, non può essere paragonato alla subordinazione che esiste nell'ambito della società civile nel rapporto tra datore di lavoro e lavoratore dipendente.

Il legame di subordinazione del presbitero al Vescovo diocesano esiste in base al sacramento dell'Ordine e all'incardinazione in diocesi e non solo per il dovere di obbedienza richiesto, peraltro, ai chierici in genere verso il proprio Ordinario (cf. can. 273)⁽⁶⁾, o per quello di vigilanza da parte del Vescovo (cf. can. 384)⁽⁷⁾.

Tuttavia tale vincolo di subordinazione tra i presbiteri e il Vescovo è limitato all'ambito dell'esercizio del ministero proprio che i presbiteri devono svolgere in comunione gerarchica con il proprio Vescovo. Il presbitero diocesano, però, non è un mero esecutore passivo degli ordini ricevuti dal Vescovo. Egli infatti gode di una legittima iniziativa e di una giusta autonomia.

Per quanto riguarda, in concreto, l'obbedienza ministeriale, essa è una obbedienza gerarchica, limitata all'ambito delle disposizioni che

(3) Cf. Cost. dogm. *Lumen gentium*, 28.

(4) Cf. can. 357 CCEO.

(5) Cf. CONCILIO VATICANO II, Decr. *Presbyterorum ordinis*, 7; Esort. Ap. *Pastores gregis*, 47.

(6) Cf. can. 370 CCEO.

(7) Cf. can. 192, §§ 4-5 CCEO.

il presbitero deve eseguire nell'espletamento del proprio ufficio e che non è assimilabile al tipo di obbedienza che si realizza tra un datore di lavoro ed un proprio dipendente. Il servizio che il presbitero svolge nella diocesi è legato ad un coinvolgimento stabile e duraturo che egli ha assunto, non con la persona fisica del Vescovo, ma con la diocesi per mezzo della incardinazione. Non è pertanto un rapporto di lavoro facilmente rescindibile a giudizio del « padrone ». Il Vescovo non può, come invece il datore di lavoro in campo civile, « esonerare » il presbitero se non al verificarsi di precise condizioni che non dipendono dalla discrezionalità del Vescovo ma che sono stabilite dalla legge (cf. i casi di sospensione dall'ufficio o di dimissione dallo stato clericale). Il presbitero non « lavora » per il Vescovo.

Del resto anche nell'ambito della vita civile esistono rapporti di subordinazione — come ad esempio nella vita militare o nella pubblica amministrazione — in cui i Superiori non sono di per sé giuridicamente responsabili degli atti delittuosi commessi dai loro sudditi.

III. AMBITO DI SUBORDINAZIONE GERARCHICA TRA PRESBITERI E VESCOVO DIOCESANO.

Il vincolo di subordinazione canonica del presbitero con il proprio Vescovo è limitato all'ambito dell'esercizio del ministero e quindi agli atti ad esso direttamente connessi, nonché ai doveri generali dello stato clericale.

a) Il Vescovo diocesano ha il dovere di seguire i presbiteri con particolare sollecitudine e di ascoltarli come collaboratori e consiglieri. Deve, inoltre, difendere i loro diritti e curare che i presbiteri adempiano fedelmente gli obblighi propri del loro stato e che abbiano a disposizione i mezzi e le istituzioni di cui hanno bisogno per alimentare la vita spirituale e intellettuale; inoltre deve fare in modo che si provveda al loro onesto sostentamento e all'assistenza sociale, a norma del diritto (cf. can. 384)⁽⁸⁾.

Tale dovere di premura e di vigilanza da parte del Vescovo è limitato a tutto quanto riguarda lo stato proprio dei presbiteri, ma non costituisce un dovere generalizzato di vigilanza su tutta la loro vita.

Soprattutto da un punto di vista strettamente giuridico-canonico soltanto l'ambito dei generali doveri del proprio stato e del ministero dei presbiteri può e deve essere oggetto di vigilanza da parte del Vescovo.

b) Il Vescovo diocesano, benché da parte del presbitero incardinato non si possa invocare un vero diritto, deve provvedere a conferirgli un ufficio o un ministero da esercitare in favore di quella Chiesa

(8) Cf. *ibid.*

particolare al cui servizio lo stesso presbitero è stato promosso (cf. can. 266, § 1)⁽⁹⁾.

In questo ambito al presbitero è richiesta l'obbedienza ministeriale verso il proprio Ordinario (cf. can. 273)⁽¹⁰⁾ insieme al dovere di adempiere fedelmente quanto richiesto dall'ufficio (cf. can. 274, § 2)⁽¹¹⁾. Responsabile diretto *dell'ufficio*, però, è il titolare di esso e non colui che glielo ha conferito.

Il Vescovo, da parte sua, deve vigilare perché il presbitero sia fedele nell'espletamento dei propri doveri ministeriali (cf. cann. 384 e 392)⁽¹²⁾. Un particolare momento di verifica da parte del Vescovo è rappresentato dalla visita pastorale (cf. cann. 396-397)⁽¹³⁾.

c) Il Vescovo ha il dovere, inoltre, di provvedere all'effettivo rispetto dei diritti che ai suoi presbiteri provengono dall'incardinazione e dall'esercizio del ministero nella diocesi; tra questi si possono ricordare il diritto all'adeguata remunerazione e alla previdenza sociale (cf. can. 281)⁽¹⁴⁾; il diritto ad un congruo tempo di ferie (cf. can. 283, § 2)⁽¹⁵⁾; il diritto a ricevere la formazione permanente (cf. can. 279)⁽¹⁶⁾.

d) Nell'ambito dei doveri dello stato clericale, il Vescovo ha, tra l'altro, il dovere di ricordare l'obbligo dei presbiteri di osservare la perfetta e perpetua continenza per il regno dei cieli e di comportarsi con la dovuta prudenza nei rapporti con persone la cui familiarità può mettere in pericolo l'adempimento di tale obbligo oppure suscitare lo scandalo dei fedeli; al Vescovo spetta giudicare circa l'osservanza di questo obbligo nei casi particolari (cf. can. 277)⁽¹⁷⁾.

IV. AMBITO DI AUTONOMIA DEL PRESBITERO ED EVENTUALE RESPONSABILITÀ DEL VESCOVO DIOCESANO.

Il Vescovo diocesano non può essere ritenuto giuridicamente responsabile degli atti che il presbitero diocesano compia trasgredendo le norme canoniche, universali e particolari.

a) La retta o, al contrario, l'infedele risposta del presbitero alle norme del diritto e alle direttive del Vescovo sullo stato e sul mini-

⁽⁹⁾ Cf. can. 358 CCEO.

⁽¹⁰⁾ Cf. can. 370 CCEO.

⁽¹¹⁾ Cf. can. 371 CCEO.

⁽¹²⁾ Cf. cann. 193, §§ 4-5; 201 CCEO.

⁽¹³⁾ Cf. can. 205 CCEO.

⁽¹⁴⁾ Cf. can. 390 CCEO.

⁽¹⁵⁾ Cf. can. 392 CCEO.

⁽¹⁶⁾ Cf. can. 372 CCEO.

⁽¹⁷⁾ Cf. can. 374 CCEO.

stero sacerdotale non ricade sotto l'ambito della responsabilità giuridica del Vescovo, ma in quello proprio del presbitero, il quale risponderà personalmente dei propri atti anche di quelli compiuti nell'esercizio del ministero.

Tanto meno il Vescovo potrà essere ritenuto giuridicamente responsabile degli atti che riguardano la vita privata dei presbiteri, come l'amministrazione dei propri beni, l'abitazione e i rapporti sociali, ecc.

b) Il Vescovo diocesano potrebbe eventualmente avere delle responsabilità soltanto in riferimento al suo dovere di vigilanza, ma ciò a due condizioni:

— qualora il Vescovo si sia disinteressato di porre in essere gli aiuti necessari richiesti dalla normativa canonica (cf. can. 384)⁽¹⁸⁾;

— qualora il Vescovo, a conoscenza di atti contrari o addirittura delittuosi commessi dal presbitero non avesse adottato i rimedi pastorali adeguati (cf. can. 1341).

IN CONCLUSIONE.

Considerato:

1) che il vincolo di subordinazione canonica tra i presbiteri ed il Vescovo diocesano (cf. can. 273)⁽¹⁹⁾ non genera una sorta di soggezione generalizzata ma è limitato agli ambiti dell'esercizio del ministero e dei doveri generali dello stato clericale;

b) che il dovere di vigilanza del Vescovo diocesano (cf. can. 384)⁽²⁰⁾, conseguentemente, non si configura come un controllo assoluto ed indiscriminato su tutta la vita del presbitero;

c) che il presbitero diocesano gode di uno spazio di autonomia decisionale sia nell'esercizio del ministero che nella sua vita personale, e privata;

d) che il Vescovo diocesano non può essere ritenuto giuridicamente responsabile delle azioni che, in trasgressione delle norme canoniche universali e particolari, il presbitero compia nell'ambito di tale autonomia;

e) che la particolare natura dell'obbedienza ministeriale richiesta al presbitero non rende il Vescovo «padrone» del presbitero in quanto costui non «lavora» per il Vescovo e che, di conseguenza, non è giuridicamente corretto considerare il ministero presbiterale analogo al rapporto di «lavoro dipendente» esistente nella società civile tra datori di lavoro e lavoratori dipendenti;

⁽¹⁸⁾ Cf. can. 192, §§ 4-5 CCEO.

⁽¹⁹⁾ Cf. can. 370 CCEO.

⁽²⁰⁾ Cf. can. 192, §§ 4-5 CCEO.

f) che la nozione canonica di delitto (cf. cann. 1312 e 1321)⁽²¹⁾ e quella di cooperazione nel delitto (cf. can. 1329)⁽²²⁾ escludono la possibilità di colpevolizzare in qualche modo il Vescovo diocesano per l'azione delittuosa compiuta da un presbitero incardinato nella sua diocesi, al di fuori di casi tassativamente previsti (cf. cann. 384; 1341)⁽²³⁾;

g) che l'ordinamento canonico non contempla la cosiddetta «responsabilità oggettiva», non potendola ritenere titolo sufficiente per l'imputazione di un delitto, ma prevede il «concorso nel delitto», che certamente non si verifica per il solo fatto che il Vescovo sia il Superiore del delinquente:

Questo Pontificio Consiglio ritiene che il Vescovo diocesano in generale e nello specifico caso del delitto di pedofilia commesso da un presbitero incardinato nella sua diocesi in particolare, non ha alcuna responsabilità giuridica in base al rapporto di subordinazione canonica esistente tra essi.

L'azione delittuosa del presbitero e le sue conseguenze penali — anche l'eventuale risarcimento di danni — vanno imputati al presbitero che ha commesso il delitto e non al Vescovo o alla diocesi di cui il Vescovo ha la rappresentanza legale (cf. can. 393)⁽²⁴⁾.

Città del Vaticano, 12 febbraio 2004

(21) Cf. can. 1414 CCEO.

(22) Cf. can. 1417 CCEO.

(23) Cf. can. 192, §§ 4-5 CCEO.

(24) Cf. can. 190 CCEO.

LEGISLAZIONE PARTICOLARE

CONFERENZA EPISCOPALE BRASILIANA, **Statuto della Conferenza episcopale brasiliana**, 19 febbraio 2002, in *Documentos da Cnbb. Coleção Azul*, n. 70 (*).

Capítulo I NATUREZA E MISSÃO

Natureza e fins

Art. 1. — A Conferência Nacional dos Bispos do Brasil (Cnbb) é a instituição permanente que congrega os Bispos da Igreja católica no País, na qual, a exemplo dos Apóstolos, conjuntamente e nos limites do direito, eles exercem algumas funções pastorais em favor de seus fiéis, e procuram dinamizar a própria missão evangelizadora, para melhor promover a vida eclesial, responder mais eficazmente aos desafios contemporâneos, por formas de apostolado adequadas às circunstâncias (cf. cân. 447), e realizar evangelicamente seu serviço de amor, na edificação de uma sociedade justa, fraterna e solidária, a caminho do Reino definitivo.

Missão

Art. 2. — Respeitada a competência e a responsabilidade inalienáveis de cada membro, em relação à Igreja universal e à sua Igreja particular, cabe à Cnbb, como expressão peculiar do afeto colegial:

a) omentar uma sólida comunhão entre os Bispos que a compõem, na riqueza de seu número e diversidade, e promover sempre a maior participação deles na Conferência;

b) ser espaço de encontro e de diálogo para os Bispos do País, com vistas ao apoio mútuo, orientação e encorajamento recíproco;

c) concretizar e aprofundar o afeto colegial, facilitando o relacionamento de seus membros, o conhecimento e a confiança recíprocos,

(*) Vedi nota di J.I. Alonso Pérez, Nova et vetera nella *Conferenza Nazionale dei Vescovi del Brasile*, alla fine del documento.

o intercâmbio de opiniões e experiências, a superação das divergências, a aceitação e a integração das diferenças, contribuindo assim eficazmente para a unidade eclesial;

d) estudar assuntos de interesse comum, estimulando a ação concorde e a solidariedade entre os Pastores e entre suas Igrejas;

e) facilitar a convergência da ação evangelizadora, graças ao planejamento e à Pastoral Orgânica, em âmbito nacional e regional, oferecendo diretrizes e subsídios às Igrejas locais;

f) exercer o magistério doutrinal e a atividade legislativa, segundo as normas do direito;

g) representar o Episcopado brasileiro junto a outras instâncias, inclusive a civil;

h) promover, atenta aos sinais dos tempos, a permanente formação e atualização dos seus membros, para melhor cumprirem o múnus pastoral;

i) favorecer a comunhão e participação na vida e atividades da Igreja, das diversas parcelas do povo de Deus: ministros ordenados, membros de institutos de vida consagrada e leigos, discernindo e valorizando seus carismas e ministérios.

Relacionamento eclesial

Art. 3. — A Cnbb, no âmbito de suas finalidades e competência:

a) manifesta solicitude para com a Igreja e sua missão universal, por meio da comunhão e colaboração com a Sé Apostólica e pela atividade missionária, principalmente «*ad gentes*»;

b) favorece e articula as relações entre as Igrejas particulares do Brasil e a Santa Sé;

c) relaciona-se com as outras Conferências Episcopais, particularmente as da América, e com o Conselho Episcopal Latino-Americano (Celam).

Relacionamento com a sociedade civil

Art. 4. — A Cnbb, animada pela caridade apostólica, relaciona-se com os diversos segmentos da realidade cultural, econômica, social e política do Brasil, buscando uma colaboração construtiva para a promoção integral do povo e o bem maior do País e, quando solicitada, ajudando os Pastores das Igrejas locais.

Art. 5. — A Cnbb trata com as autoridades públicas as questões que interessam ao bem comum e à missão salvífica da Igreja, mantendo o conveniente entendimento com a Nunciatura Apostólica.

Relacionamento com organismos eclesiais

Art. 6. — A Cnbb mantém um relacionamento particular e constante com os organismos que fomentam a comunhão e a solidariedade, em âmbito nacional, entre presbíteros e diáconos, ministros que, em virtude do sacramento da Ordem, são cooperadores especiais dos Bispos na evangelização e na edificação da comunhão eclesial.

Art. 7. — Para fomentar a comunhão e a colaboração pastoral e visando à promoção da evangelização e do bem comum, a Cnbb mantém relacionamento permanente e encontros regulares com outras organizações católicas, que representam, em âmbito nacional, as diversas categorias do Povo de Deus, especialmente com a Conferência dos Religiosos do Brasil (Crb), a Conferência Nacional dos Institutos Seculares (Cnis) e o Conselho Nacional dos Leigos (Cnl).

Diálogo ecumênico e inter-religioso

Art. 8. — A Cnbb mantém diálogo fraterno com outras Igrejas cristãs e comunidades eclesiais presentes no País, na busca da unidade desejada por Cristo Jesus; procura também o diálogo respeitoso com as religiões não cristãs e com aqueles que aspiram sinceramente à verdade e ao bem; colabora com todos para a promoção e defesa da vida e da dignidade humana, o estabelecimento da justiça e da paz num mundo de liberdade e solidariedade.

Capítulo II

CONSTITUIÇÃO E ORGANIZAÇÃO

Membros

Art. 9. — São membros da Cnbb, a partir da posse no ofício e enquanto o ocupam:

- a)* os Bispos diocesanos, os que a eles se equiparam no direito e os Bispos coadjutores;
- b)* os Bispos auxiliares;
- c)* os Bispos titulares que exerçam no Brasil um ofício especial, confiado pela Sé Apostólica ou pela Cnbb;
- d)* os Prelados das Igrejas orientais católicas, com ofícios correspondentes aos das alíneas *a*, *b*, *c*, deste Artigo.

Membros eméritos

Art. 10. — Os Bispos eméritos participam das Assembléias Gerais, de acordo com o Art. 35, e podem ser chamados, por sua competência, a colaborar com a Cnbb, em comissões e grupos de trabalho.

Órgãos constitutivos

Art. 11. — São órgãos constitutivos da Cnbb:

- a) a Assembléia Geral
- b) o Conselho Permanente
- c) a Presidência
- d) o Conselho Episcopal Pastoral
- e) o Secretariado-Geral
- f) os Conselhos Episcopais Regionais
- g) as Comissões Episcopais estáveis constituídas pela Assembléia Geral
- h) o Conselho Econômico
- i) o Conselho Fiscal.

Parágrafo único. Outras comissões e grupos de trabalho, embora não sendo órgãos constitutivos, colaboram com estes na execução das deliberações da Cnbb.

Organismos vinculados

Art. 12. — Para mais eficaz realização de seus objetivos, conta a Cnbb com outras instituições não episcopais a ela vinculadas, que lhe prestam colaboração específica.

§ 1. Para que sejam consideradas vinculadas à Conferência, requer-se de cada uma delas que seja erigida ou aprovada, em sua natureza e fins, pela Assembléia Geral, e conste do seu Estatuto que:

- a) segue as diretrizes da Cnbb;
- b) está relacionada com a Comissão Episcopal Pastoral que a Cnbb lhe designar;
- c) para terem valor jurídico, seus Estatutos, canônico e civil, e as modificações que lhes forem feitas, devem ser aprovados pela Cnbb;
- d) sua diretoria é escolhida ou homologada pela Cnbb;
- e) um membro da Cnbb, por esta aprovado, acompanha em nome dela a instituição, tendo assento e voto ao menos consultivo, junto à direção e Assembléia.

§ 2. As instituições de que trata este Artigo podem pronunciar-se ou agir tão somente em nome próprio, não em nome da Cnbb.

Assessores e peritos

Art. 13. — Para melhor cumprir a sua missão, a Cnbb conta com a colaboração de assessores e peritos, Bispos eméritos e presbíteros, ou outros membros da Igreja, os quais, em razão da preparação específica, experiência pastoral e integridade de vida, são chamados a cooperar, nos diversos órgãos e setores, no âmbito da Conferência Episcopal, ou com dedicação permanente ou em tarefas transitórias.

§ 1. Os subsecretários adjuntos, ecônomo, assessores e peritos nacionais terão sua indicação, determinação de atribuições e tempo de contrato aprovados pela Presidência da Cnbb, ouvido o parecer do Conselho Permanente, e suas nomeações, feitas pelo Presidente da Cnbb.

§ 2. Quanto ao tempo de duração dos contratos para os encargos enumerados acima no § 1, vale o determinado no Art. 17 deste Estatuto;

§ 3. Tais contratos são eventualmente renováveis, se isto for conveniente para a Cnbb.

Art. 14. — Os assessores e peritos, em espírito de fé e de serviço eclesial, agirão em íntima comunhão com os membros da Cnbb, segundo as diretrizes desta e as normas do Regimento que lhes são próprias.

Parágrafo único. São os membros da Cnbb que conservam a responsabilidade pelas decisões, pronunciamentos e documentos da Conferência como tal, valendo para os assessores e peritos, o estabelecido no Art. 73.

Capítulo III NORMAS GERAIS

Normas supletivas

Art. 15. — As normas para as Assembléias Gerais valem, quando for o caso e com as devidas adaptações, para os demais órgãos da Cnbb, na medida em que estes não possuam normas próprias.

Atos e pronunciamentos

Art. 16. — Os órgãos da Cnbb pronunciam-se e agem publicamente, seja em nome próprio, seja em nome de toda a Conferência, somente nos casos e limites estabelecidos neste Estatuto.

Duração dos mandatos

Art. 17. — Salvo caso expressamente excetuado, a duração do mandato nos cargos da Cnbb é de quatro anos, coincidindo com o quadriênio do mandato da Presidência.

Art. 18. — Expirado o tempo de mandato do titular de qualquer cargo, ele continua no exercício de suas funções até a posse do substituto.

Capacidade para cargos

Art. 19. — Para os cargos de que trata o Art. 17, podem ser escolhidos apenas os membros da Cnbb que não o sejam a título transitório, respeitadas as demais exigências estatutárias.

Vacância e substituição

Art. 20. — Ocorrendo a vacância de algum cargo da Presidência ou do Conselho Episcopal Pastoral, durante o decurso do mandato, far-se-á nova eleição, para completar o mandato, na primeira Assembléia Geral após a ocorrência da vaga, cabendo ao Conselho Episcopal Pastoral eleger um responsável interino para o cargo.

Art. 21. — Os cargos dependentes de escolha do Conselho Permanente ou do Conselho Episcopal Regional serão por estes preenchidos, para completar o mandato, em sua primeira reunião após a vacância, cabendo à Presidência do órgão escolher o substituto interino, se necessário.

Direito de voto

Art. 22. — Mesmo pertencendo a um órgão por mais de um título, cada membro tem nele direito a um único voto.

Votações, eleições e deliberações

Art. 23. — Nas votações, quer para deliberações, quer para eleições, deve-se obedecer às normas canônicas e às deste Estatuto.

Parágrafo único - Serão sempre secretas:

- a) as votações para cargos estáveis;
- b) a votação final global dos documentos oficiais da Cnbb.

Art. 24. — Nas deliberações, considera-se aprovada a matéria que obtiver o voto favorável da maioria absoluta dos votantes, salvo disposição especial do direito.

Parágrafo único. O voto « Sim, com emenda » indica aceitação da proposição na sua substância, mas com apresentação de modificação accidental, na forma ou no conteúdo; tal voto é considerado e computado como favorável à proposição, não se aproveitando eventual emenda que contrariar a substância da proposição aceita.

Art. 25. — O modo de eleição, disposto no Art. 43 *b*, aplica-se a todas as eleições na Cnbb, para os titulares de cargos e seus suplentes, salvo expressa exceção ou escolha para encargo eventual.

Reeleição

Art. 26. — É permitida uma única vez a reeleição para exercer o mesmo cargo no quadriênio imediatamente seguinte, salvo o disposto no Art. 43 § 3º.

Capítulo IV
ASSEMBLÉIA GERAL

Natureza e competência

Art. 27. — A Assembléia Geral, órgão supremo da Cnbb, é nesta a expressão e a realização maiores do afeto colegial, da comunhão e coresponsabilidade dos Pastores da Igreja no Brasil.

Parágrafo único. Ao participar da Assembléia Geral, seus membros procurarão, no diálogo e colaboração, a realização dos objetivos da Cnbb, para o bem do povo de Deus.

Art. 28. — Para que na Assembléia Geral cresçam a comunhão e a participação, é indispensável que:

a) nela os Bispos experimentem sua Conferência como o espaço no qual podem encontrar-se entre si, exercendo o múnus de participantes da missão de Cristo Profeta, Sacerdote e Pastor;

b) se envidem esforços sinceros para que sejam ponderados, nas tomadas de posição em nome da Conferência, o sentimento profundo e as convicções de todos, também dos grupos minoritários.

Art. 29. — A Assembléia Geral tratará de assuntos pastorais de ordem espiritual e de ordem temporal e os problemas emergentes da vida das pessoas e da sociedade, sempre na perspectiva da evangelização.

Art. 30. — A Assembléia Geral, nos limites do direito, tem toda a autoridade e competência requeridas para o cumprimento dos próprios fins e dos da Cnbb, especialmente para:

a) aprovar instruções, diretrizes e documentos, inclusive as declarações doutrinárias de magistério autêntico;

b) baixar decretos gerais, nos casos e modos previstos pelo direito;

c) aprovar objetivos, diretrizes e programas para a Pastoral Orgânica, acompanhar e avaliar sua execução;

d) elaborar ou reformar os Estatutos e o Regimento da Cnbb;

e) dar normas e diretrizes para os órgãos e organismos da Cnbb;

f) eleger os responsáveis para os cargos que lhe cabe prover e realizar outras eleições, por decisão própria ou determinação da Santa Sé;

g) constituir ou suprimir as Comissões Episcopais Pastorais, conforme o Art. 70, e outras comissões ou grupos de trabalho, definindo-lhes a composição e atribuições;

- b) erigir ou aprovar as instituições de que trata o Art. 12;
 i) tomar as decisões mais relevantes de ordem patrimonial e determinar as contribuições das dióceses para a manutenção da Cnbb.

Convocação

Art. 31. — A Assembléia Geral reunir-se-á, ordinariamente, uma vez por ano, e extraordinariamente, quando, para fim determinado e urgente, sua convocação for requerida por, no mínimo, um terço de seus membros ou pelo Conselho Permanente.

Parágrafo único. O Regimento especificará a forma de convocação e de preparação das Assembléias ordinárias e extraordinárias.

Temas e Pauta

Art. 32. — Tanto os órgãos da Cnbb como os membros desta podem propor tema para a Assembléia Geral, na forma do Regimento.

§ 1. Cabe ao Conselho Permanente decidir o conteúdo da pauta, a ser comunicada aos membros juntamente com a convocação.

§ 2. A pauta decidida pelo Conselho Permanente tem-se por aceita, salvo destaque contrário, feito segundo o Regimento e aprovado pelo plenário da Assembléia Geral.

Presença e participação dos membros

Art. 33. — Todos os membros da Cnbb são convocados para a Assembléia Geral, como membros desta, e devem a ela comparecer, não se admitindo presença por delegação ou representação.

Art. 34. — Com as ressalvas do direito, têm voto consultivo e deliberativo apenas os membros presentes, podendo os ausentes serem votados.

Participação de outros Bispos

Art. 35. — Devem ser convidados para as Assembléias Gerais, com voto consultivo:

- a) os Bispos eméritos e os outros Bispos, de qualquer rito, em comunhão com a Santa Sé e que tenham domicílio no País;
 b) os Bispos nomeados ou eleitos que ainda não forem membros da Cnbb.

Núncio Apostólico

Art. 36. — Em razão de seu múnus, o Núncio Apostólico será convidado para as sessões da Assembléia Geral.

Sessões ordinárias

Art. 37. — Das sessões das Assembléias Gerais participam ordinariamente somente os indicados nos Arts. 33 a 36 deste Estatuto; nelas disponham de tempo suficientemente longo para o encontro e o diálogo entre si, sem a presença de outros, a fim de reforçarem sua unidade como mestres da fé e partilharem a responsabilidade comum.

Participação eventual de outras pessoas

Art. 38. — Por decisão da Presidência, outros que não os referidos nos Arts. 33 a 36, «poderão, de modo excepcional e em casos especiais, e somente com um voto consultivo, intervir em algumas sessões da Assembléia» (*Carta da Congregação para os Bispos... Prot. No. 763/98*), como assessores ou peritos, ou como convidados por uma razão particular, tal como representar entidades dentre as dos Arts. 6º, 7º, 8º, 12, quando sua presença for de interesse ou significado.

Parágrafo único. Os encarregados de serviços, presentes às reuniões, não têm voz nem voto.

Quorum

Art. 39. — A Assembléia Geral só pode deliberar ou eleger, se estiver presente a maioria absoluta dos membros, salvo *quorum* maior, exigido pelo direito, em razão da matéria a ser votada.

Aprovação do Estatuto canônico

Art. 40. — Tratando-se de elaborar ou modificar o Estatuto canônico da Cnbb, o voto deliberativo compete apenas aos Bispos diocesanos, aos equiparados a eles no direito e aos Bispos coadjutores, requerendo-se, para deliberar, a presença da maioria absoluta dos referidos membros.

Decretos gerais

Art. 41. — A Cnbb pode baixar decretos gerais, com valor de leis, apenas nos casos prescritos pelo direito universal, ou por mandato especial da Sé Apostólica, seja por iniciativa desta, seja a pedido da própria Cnbb.

§ 1. Tais decretos serão válidos, se aprovados em Assembléia Geral, por pelo menos dois terços dos membros da Cnbb.

§ 2. Esses decretos passam a obrigar, depois de reconhecidos pela Santa Sé e promulgados de acordo com o Art. 54 c, entrando em vigor um mês após a data da promulgação, salvo se for estabelecido outro termo.

Declarações doutrinárias autênticas

Art. 42. — Para que possam constituir magistério autêntico e ser publicadas em nome da própria Cnbb, as declarações doutrinárias desta devem ser aprovadas em Assembléia Geral, ou com o voto unânime dos membros Bispos, ou com a maioria de, ao menos, dois terços dos Bispos que têm direito a voto deliberativo; neste último caso, porém, a promulgação deve ser precedida pelo reconhecimento da Santa Sé.

Eleições

Art. 43. — Serão eleitos pela Assembléia Geral:

a) em votações separadas, o Presidente, o Vice-Presidente e o Secretário-Geral da Cnbb, por maioria de dois terços dos votantes, no primeiro ou segundo escrutínio; e, por maioria absoluta dos votantes, no terceiro ou quarto escrutínio; após o qual, não tendo havido eleição, o quinto e último escrutínio se fará entre os dois candidatos mais votados no quarto escrutínio;

b) os presidentes das Comissões Episcopais Pastorais, por maioria absoluta dos votantes, no primeiro ou segundo escrutínio; após o qual, não tendo havido eleição, o terceiro e último escrutínio se fará entre os dois candidatos mais votados no segundo escrutínio.

§ 1. Apenas Bispo diocesano pode ser eleito Presidente ou Vice-Presidente da Cnbb; por isso, cessando aquele ofício, cessa ao mesmo tempo o de Presidente ou Vice-Presidente da Conferência.

§ 2. Somente Bispo pode ser eleito Secretário-Geral.

§ 3. A permanência na Presidência só é permitida por dois mandatos consecutivos.

Aceitação das decisões

Art. 44. — Em virtude do afeto colegial e do bem comum, todos os membros da Cnbb procurarão cumprir as legítimas decisões da Assembléia Geral e abster-se de ato ou pronunciamento públicos contra o decidido, sem detrimento da competência e responsabilidade que lhes são próprias em suas dioceses.

Atas

Art. 45. — As atas da Assembléia Geral serão remetidas à Santa Sé pelo Presidente da Cnbb e editadas, ou ao menos registradas, na publicação oficial da Cnbb.

Capítulo V CONSELHO PERMANENTE

Natureza

Art. 46. — O Conselho Permanente é o órgão de orientação e acompanhamento da atuação da Cnbb e dos organismos a ela vinculados, bem como órgão eletivo e deliberativo, nos limites deste Estatuto.

Art. 47. — O Conselho Permanente procurará, em todas as suas decisões, atividades e pronunciamentos, traduzir fielmente as diretrizes da Assembléia Geral, única instância que lhe pode rever ou contrariar os atos.

Constituição

Art. 48. — Constituem o Conselho Permanente a Presidência, os presidentes das Comissões Episcopais Pastorais e os membros eleitos dos Conselhos Episcopais Regionais, de acordo com o Art. 66.

Competência

Art. 49. — Compete ao Conselho Permanente:

- a)* orientar, apoiar, acompanhar as atividades da Cnbb e dos organismos a esta vinculados, cuidando para que se executem devidamente as decisões da Assembléia Geral e do próprio Conselho Permanente;
- b)* zelar pela observância dos Estatutos e normas da Cnbb e resolver conflitos que envolvam órgãos ou cargos;
- c)* determinar data, local e pauta das Assembléias Gerais e velar para que os temas a serem nelas tratados sejam diligentemente preparados;
- d)* convocar, por iniciativa própria, Assembléia Geral extraordinária, nos termos do Art. 31;
- e)* deliberar sobre qualquer assunto, por delegação da Assembléia Geral;
- f)* tomar decisões inadiáveis, «*ad referendum*» da Assembléia Geral, exceto em questão de competência exclusiva desta;

g) fazer, em nome próprio, declarações ou emitir documentos, quando for do interesse da Igreja ou da sociedade;

h) pronunciar-se ou agir em nome de toda a Cnbb, quando se require um posicionamento desta, no intervalo entre as Assembléias;

i) cumprir o disposto no Art. 70;

j) eleger os membros que lhe cabe escolher: do Conselho Nacional Pró-Santuário de Nossa Senhora, da Conceição Aparecida, das Comissões Episcopais Pastorais, dos Conselhos Econômico e Fiscal, da Comissão de Textos Litúrgicos (Cetel) e de outras comissões ou grupos de trabalho;

k) criar comissões especiais e grupos de trabalho;

l) aprovar as normas de funcionamento dos órgãos nacionais, exceto as da Assembléia Geral;

m) aprovar os Estatutos, canônico e civil, e as modificações que lhes fizerem dos organismos vinculados à Cnbb e aprovar os que, em nome desta, acompanharão tais instituições, nos termos do Art. 12 § 1º;

n) dar o consentimento para os atos de administração extraordinária da Cnbb que excederem o valor indicado no Regimento;

o) aprovar a prestação de contas da gestão financeira e patrimonial, os balanços e orçamentos da Cnbb, após o parecer do Conselho Fiscal, informando disso a Assembléia Geral.

p) aprovar os planos de organização e o regulamento de que trata o Art. 57 k;

q) dar à Presidência da Cnbb o parecer sobre os indicados para os cargos de subsecretários adjuntos, economo, assessores e peritos nacionais;

r) escolher ou homologar, conforme seus Estatutos, os dirigentes das instituições de que trata o Art. 12 e designar-lhes a Comissão Episcopal Pastoral com a qual cada uma estará relacionada;

s) fazer o que compete à Cnbb, conforme os cânones 237 § 2, 312 § 1.2, 313-315, 320 § 2, 830 § 1; 831 § 2, e a legislação complementar brasileira ao Código de Direito Canônico.

Reuniões

Art. 50. — O Conselho Permanente reúne-se, ordinariamente, três vezes ao ano, e, extraordinariamente, para fim urgente, quando for requerida a convocação, no mínimo pela metade de seus membros, ou pela Presidência da Cnbb.

§ 1. O Conselho Permanente só pode deliberar com a presença da maioria dos seus membros.

§ 2. Nas reuniões do Conselho Permanente poderão ser admitidos assessores e peritos, ou outras pessoas, nas condições do Art. 38.

Capítulo VI A PRESIDÊNCIA

Natureza e constituição

Art. 51. — A Presidência é o órgão dirigente e administrativo da Cnbb, constituído pelo Presidente, Vice-Presidente e Secretário-Geral.

Competência

Art. 52. — Cabe à Presidência, em comunhão com os demais órgãos e no respeito à competência de cada um:

a) orientar e acompanhar globalmente a vida e atuação da Cnbb, para atingir seus fins, segundo o Estatuto e as diretrizes da Assembléia Geral e do Conselho Permanente;

b) providenciar, em sintonia com o Conselho Episcopal Pastoral e com a colaboração do Secretariado Geral, a execução das determinações administrativas emanadas da Assembléia Geral ou do Conselho Permanente, bem como secundar o Conselho Episcopal Pastoral, na execução das tarefas que lhe cabem;

c) pronunciar-se ou agir em nome da Cnbb, quando se impuserem decisões urgentes ou declarações inadiáveis, consultando, se possível, os outros membros do Conselho Permanente;

d) tratar com a Santa Sé os assuntos próprios da Cnbb;

e) relacionar-se, em nome da Cnbb, com o Poder Público, de acordo com o Art. 5º.;

f) desenvolver relações de comunhão e cooperação com as Conferências Episcopais e outras entidades eclesiais internacionais, particularmente o Celam;

g) criar comissões especiais e grupos de trabalho, em casos urgentes;

h) dirigir a preparação das reuniões da Assembléia Geral, do Conselho Permanente e do Conselho Episcopal Pastoral, bem como presidir a elas e coordená-las;

i) decidir, para fim urgente, a convocação extraordinária do Conselho Permanente ou do Conselho Episcopal Pastoral;

j) responder pela administração patrimonial e financeira da Cnbb, de acordo com o direito canônico e civil e as normas da Conferência;

k) fazer o que compete à Cnbb, conforme os cânones 316 § 2, 317 § 1, 318, 319, 825 §§ 1-2; 1425, § 4; 1439, §§ 1. 2, 3, e a legislação complementar brasileira ao Código de Direito Canônico;

l) resolver os casos omissos ou duvidosos dos Estatutos da Cnbb, do Regimento, ou das normas de qualquer órgão, «*ad referendum*» do Conselho Permanente;

m) preparar a proposta de pauta das reuniões ordinárias do Conselho Permanente, recebidas as sugestões do Conselho Episcopal Pastoral e dos Conselhos Episcopais Regionais.

Reuniões

Art. 53. — A Presidência reunir-se-á, ordinariamente, uma vez por mês, e, extraordinariamente, por convocação do Presidente, por iniciativa deste, ou por pedido conjunto do Vice Presidente e o Secretário-Geral.

Presidente

Art. 54. — Compete especificamente ao Presidente:

- a)* representar legalmente a Cnbb, eclesíastica e civilmente, e, como tal, praticar os atos pertinentes às suas funções;
- b)* convocar e presidir as reuniões da Assembléia Geral, do Conselho Permanente, do Conselho Episcopal Pastoral e da Presidência;
- c)* promulgar os atos e documentos da Cnbb, editando-os em sua publicação oficial, ou, em casos particulares, por outro meio idôneo;
- d)* baixar decretos singulares administrativos;
- e)* informar cada Assembléia Geral ordinária a respeito da vida e das atividades da Cnbb;
- f)* fazer o que compete à Cnbb, segundo o cânon 1112 § 1, de acordo com a legislação complementar brasileira ao Código de Direito Canônico.

Vice-Presidente

Art. 55. — O Vice-Presidente colabora com o Presidente da Cnbb e o substitui em suas ausências e impedimentos.

Secretário-Geral

Art. 56. — O Secretário-Geral colabora com a Presidência e o Conselho Episcopal Pastoral, na dinamização e coordenação de todos os setores e atividades da Cnbb, conforme as diretrizes da Assembléia Geral e do Conselho Permanente, orientando, para isso, os serviços e funções do Secretariado-Geral.

Art. 57. — Compete ao Secretário-Geral, em entendimento com o Presidente:

- a)* dirigir o Secretariado-Geral e coordenar as suas atividades, superintender administrativamente a sede nacional da Cnbb, seus setores, funcionários e assessores;

b) gerir a administração financeira e patrimonial da Cnbb, coadjuvado pelo ecônomo;

c) cooperar com a Presidência na preparação das reuniões da Assembléia Geral, do Conselho Permanente, do Conselho Episcopal Pastoral e da Presidência, coordenar a realização delas e garantir a redação das atas, dos decretos, das decisões e atos de tais reuniões, levando-os ao conhecimento dos membros da Cnbb;

d) redigir outros documentos cuja elaboração lhe for confiada pelo Presidente da Cnbb, ou pelo Conselho Permanente;

e) comunicar às Conferências Episcopais limítrofes os atos e documentos que a Assembléia Geral ou o Conselho Permanente determinar enviar-lhes.

f) cuidar do relacionamento interno e externo da Cnbb;

g) promover e supervisionar as atividades de informação e divulgação da Cnbb, respondendo pelo setor de comunicação e publicações;

h) responder pelo arquivo documental e histórico da Cnbb, por meio do *Centro de Documentação e Informação da Cnbb*, segundo as orientações da Santa Sé e da própria Conferência;

i) apresentar à Presidência, para aprovação, conforme o Art. 13 § 1º, os candidatos a subsecretários adjuntos e ecônomo;

j) nomear os titulares dos cargos do Secretariado-Geral e contratar os funcionários da Cnbb;

k) propor à aprovação do Conselho Permanente os planos de organização do Secretariado Geral e de administração patrimonial e financeira, inclusive o plano de cargos e salários, como também o regulamento interno, dos quais trata o Art. 63.

Capítulo VII

CONSELHO EPISCOPAL PASTORAL

Natureza

Art. 58. — O Conselho Episcopal Pastoral (Consep) é o órgão executivo das decisões pastorais da Assembléia Geral e do Conselho Permanente e, como tal, promove e coordena a Pastoral Orgânica, em âmbito nacional.

Constituição

Art. 59. — Constituem o Conselho Episcopal Pastoral a Presidência da Cnbb e os presidentes das Comissões Episcopais Pastorais.

Competência

Art. 60. — São atribuições do Conselho Episcopal Pastoral:

- a) coordenar as atividades das Comissões Episcopais Pastorais e de outras comissões, grupos de trabalho e setores de atividade ligados à ação pastoral da Cnbb;
- b) em vista da Pastoral Orgânica, manter relacionamento com os organismos e instituições de que tratam os Art. 6, 7 e 12;
- c) designar grupos de trabalho e assessorias e supervisionar-lhes as atividades.

Reuniões

Art. 61. — O Conselho Episcopal Pastoral tem reuniões ordinárias, a serem definidas no Regimento, podendo ser convocado para reunião extraordinária, pelo Presidente da Cnbb, ou pela maioria de seus membros.

Capítulo VIII

SECRETARIADO-GERAL

Art. 62. — O Secretariado-Geral, a serviço de toda a Cnbb, particularmente da Presidência e do Conselho Episcopal Pastoral, é o órgão permanente executivo que serve à coordenação e intercomunicação, dinamização e eficiência dos órgãos da Cnbb, nacionais ou regionais, e dos organismos a ela vinculados.

Art. 63. — O Secretariado-Geral está sob a responsabilidade e coordenação imediata do Secretário-Geral, com a colaboração dos sub-secretários adjuntos e do ecônomo, e conta para funcionamento, com o seu plano de organização e o da administração financeira e patrimonial da Cnbb, como também com o regulamento interno, para setores e serviços, assessores e funcionários da sede nacional.

Capítulo IX

CONSELHOS EPISCOPAIS REGIONAIS

Natureza e constituição

Art. 64. — A Cnbb funciona, nas regiões delimitadas pela Assembléia Geral, por meio dos Conselhos Episcopais Regionais, formados de todos os membros da Cnbb domiciliados na região.

Parágrafo único. Os Conselhos Episcopais Regionais atuam também por meio de órgãos e entidades por eles instituídos.

Competência

Art. 65. — Compete a cada Conselho Episcopal Regional:

- a) fomentar o afeto colegial, o relacionamento, a ajuda recíproca e solidária e a ação comum entre os Bispos da região;
- b) promover a aplicação das diretrizes emanadas da Santa Sé e da Cnbb;
- c) planejar e promover a Pastoral Orgânica regional, em sintonia com a nacional;
- d) coordenar as atividades regionais com as nacionais da Cnbb, mantendo com esta a comunhão eclesial e a corresponsabilidade pastoral;
- e) estudar assuntos de interesse eclesial e social da região, posicionar-se e atuar junto ao poder público, a serviço do bem comum, e dar conhecimento disso à Presidência da Cnbb;
- f) definir a própria organização e normas de funcionamento, por meio de Regulamento, respeitados os Estatutos e o Regimento da Cnbb sobre a matéria;
- g) aprovar as normas do secretariado executivo regional, das comissões e das instituições vinculadas ao Conselho Episcopal Regional;
- h) eleger os membros do Conselho Permanente que lhe cabe escolher;
- i) participar na elaboração da pauta do Conselho Permanente, nos termos do Regimento da Cnbb;
- j) escolher os responsáveis pelos cargos no Conselho Episcopal Regional e escolher ou confirmar, de acordo com as normas, os assessores e os responsáveis pelos setores do secretariado executivo regional;
- k) apresentar candidatos ao Episcopado;
- l) acompanhar a administração ordinária e dar o consentimento para atos de administração extraordinária, de acordo com o direito, quanto aos bens do Conselho Episcopal Regional, ou das instituições a este juridicamente vinculadas.

Participação no Conselho Permanente

Art. 66. — No início do quadriênio de que trata o Art. 17, cada Conselho Episcopal Regional elegerá, dentre seus membros, um ou mais titulares e dois suplentes, para integrarem o Conselho Permanente.

Parágrafo único. Os Conselhos Episcopais Regionais de regiões com até quinze Igrejas particulares elegerão um titular; aqueles de regiões com mais de quinze até trinta Igrejas particulares elegerão dois titulares; aqueles de regiões com mais de trinta, elegerão três titulares.

Colaboração entre Regionais

Art. 67. — Os Conselhos Episcopais Regionais favoreçam o estudo e a ação conjunta em torno de questões e desafios comuns que exigem a reflexão e a cooperação das Igrejas particulares de diversas regiões.

Capítulo X

COMISSÕES EPISCOPAIS E GRUPOS DE TRABALHO

I) Comissões Episcopais Pastorais

Natureza e fins

Art. 68. — As Comissões Episcopais Pastorais, cada qual no seu âmbito, e todas, pelos seus presidentes, no Conselho Episcopal Pastoral, promovem a Pastoral Orgânica nacional, com suas dimensões globais e setores especializados.

Competência

Art. 69. — Cada Comissão Episcopal Pastoral responde pelo estudo, proposta e animação dos programas e projetos do seu âmbito de atribuições, em sintonia com as demais Comissões, para garantia da unidade da Pastoral Orgânica.

Constituição

Art. 70. — Por proposta do Conselho Permanente, a Assembléia Geral fixa, para cada quadriênio, o número de Comissões Episcopais Pastorais, as atribuições e número de componentes de cada uma, tendo em vista as diretrizes da Pastoral Orgânica e as normas da Santa Sé.

Art. 71. — Os integrantes de cada Comissão Episcopal Pastoral são eleitos pelo Conselho Permanente, com exceção do presidente, que será eleito conforme o Art. 43 *b*.

Parágrafo único. Sem prejuízo da qualificação e disponibilidade para o cargo, procurar-se-á garantir uma presença equitativa das regiões do País nas Comissões Episcopais Pastorais e outras comissões ou grupos de trabalho.

Organização

Art. 72. — Cada Comissão Episcopal Pastoral decide sobre sua organização interna, estabelece com o Conselho Episcopal Pastoral o próprio programa de trabalho e o financiamento das atividades e indica

seus assessores, para a aprovação e nomeação, nos termos do Art. 13 §§ 1º, 2º, 3º.

Encaminhamento dos resultados

Art. 73. — As Comissões Episcopais Pastorais, por iniciativa própria, não se pronunciarão nem se posicionarão publicamente, não editarão estudos nem documentos, e suas conclusões, propostas e resultados obtidos são encaminhados ao órgão competente em cada caso, para a devida providência.

II) Comissões especiais e grupos de trabalho

Art. 74. — Para atendimento de seus objetivos, a Cnbb, nos termos deste Estatuto, pode criar outras comissões, estáveis ou não, formadas somente de membros da Cnbb, não enquadradas nos Arts. 68-72 deste Estatuto, ou também grupos de trabalho eventuais, cujos integrantes podem não ser membros da Conferência.

Art. 75. — Toda comissão ou grupo de trabalho está a serviço de um órgão constitutivo da Cnbb.

Parágrafo único. Aplica-se às comissões e grupos de trabalho o estabelecido no Art. 73.

Art. 76. — Cada comissão ou grupo de trabalho estabelece, com o órgão a que serve, o programa de trabalho, a eventual assessoria e o financiamento das atividades.

Capítulo XI

CONSELHOS ECONÔMICO E FISCAL

I) Conselho Econômico

Finalidade e competência

Art. 77. — O Conselho Econômico tem a finalidade e competência que lhe são atribuídas pelo direito canônico e determinadas no Regimento da Cnbb, devendo cooperar, por meio de pareceres e decisões, com os responsáveis pela gestão administrativa e financeira da Conferência.

Art. 78. — Ao Conselho Econômico compete, em particular, dar o consentimento para os atos de administração extraordinária, quando o direito canônico e as normas da Cnbb o exigirem para a validade de tais atos.

Constituição e funcionamento

Art. 79. — O Conselho Econômico organiza-se e funciona de acordo com o Regimento da Cnbb, tendo como membros o Presidente e o Secretário-Geral da Cnbb e três presidentes de Comissões Episcopais Pastorais, escolhidos pelo Conselho Permanente.

Parágrafo único. O ecônomo e dois peritos em direito civil e economia participam das reuniões do Conselho Econômico, com voz, sem voto.

II) Conselho Fiscal

Constituição

Art. 80. — O Conselho Permanente elege, dentre os membros da Cnbb, um Conselho Fiscal, constituído de três titulares e dois suplentes.

§ 1. Os membros do Conselho Fiscal não poderão ser escolhidos dentre os integrantes do Conselho Episcopal Pastoral.

§ 2. O Conselho Fiscal, para o desempenho de sua tarefa, pode convocar peritos e assessores.

Competência

Art. 81. — Ao Conselho Fiscal, após análise cuidadosa, compete dar parecer fundamentado, tanto a respeito da administração financeira e patrimonial, como dos balanços anual e de encerramento de mandato, perante o Conselho Permanente, para a deliberação deste.

Capítulo XII

ADMINISTRAÇÃO DOS BENS

Bens e rendimentos

Art. 82. — As atividades da Cnbb são mantidas pelas rendas de seu patrimônio estável, por campanhas anuais e doações, pelas contribuições das Igrejas particulares e ajudas de outras instituições.

Administração

Art. 83. — Na administração dos bens, sigam-se fielmente as normas do direito eclesiástico universal e particular, a legislação civil pertinente, as diretrizes e normas da Cnbb.

Art. 84. — A Presidência da Cnbb será regularmente informada sobre a gestão patrimonial e financeira da Cnbb e deve ser consultada so-

bre os atos administrativos, inclusive os ordinários, que, em vista da situação econômica da entidade, sejam relevantes.

Atos de administração extraordinária

Art. 85. — Quanto aos atos de administração extraordinária, valem para a Cnbb as normas do direito universal e da legislação complementar para o Brasil, com as determinações do Regimento sobre quem os pode praticar e as condições para a sua validade.

O Ecônomo

Art. 86. — Sob a supervisão da Presidência, por meio do Secretário-Geral, o ecônomo exerce suas funções, dentro dos limites de suas atribuições, cuidando:

- a) da administração ordinária dos bens móveis e imóveis, em particular da sede nacional da Cnbb;
- b) da conservação, rentabilidade e correta utilização do patrimônio;
- c) da administração dos diversos setores e do pessoal, respeitando a justiça social, a legislação trabalhista e previdenciária;
- d) das receitas e despesas aprovadas;
- e) da elaboração do projeto de orçamento e do balanço anuais;
- f) dos atos de administração extraordinária, com o consentimento prévio e a licença dos órgãos competentes.

Capítulo XIII

DISPOSIÇÕES FINAIS E TRANSITÓRIAS

Art. 87. — Este Estatuto canônico, uma vez reconhecido pela Santa Sé e promulgado por decreto do Presidente da Cnbb, entra imediatamente em vigor, no que couber, respeitados contudo os mandatos de todos os cargos, o funcionamento e competência da atual Comissão Episcopal de Pastoral (Cep), bem como a composição do Conselho Permanente, até que, em 2003, no final do quadriênio, a Assembléia Geral realize as eleições pelas novas regras e se constituam o novo Conselho Permanente, o Conselho Episcopal Pastoral e os demais órgãos da Cnbb, de acordo com este Estatuto.

Art. 88. — Este Estatuto poderá ser modificado pela Assembléia Geral, seguindo-se o disposto no Art. 87.

Art. 89. — Para sua ordenada e eficaz aplicação, o Estatuto canônico é particularizado e complementado pelo Regimento.

Art. 90. — Para atender à legislação do País, conta a Cnbb com o Estatuto civil.

Art. 91. — As instituições de que trata o Art. 12 devem, dentro de dois anos a contar da promulgação deste Estatuto canônico, ajustar os próprios Estatutos às novas normas, para aprovação do Conselho Permanente.

Art. 92. — A Assembléia Geral, no prazo de um ano, a contar da promulgação deste Estatuto canônico, promoverá a revisão do Estatuto Civil e do Regimento da Cnbb.

Brasília - DF, 19 de fevereiro de 2002.

Nova et Vetera nella Conferenza Nazionale dei Vescovi del Brasile.

1. La Cnbb e sua articolazione giuridica.

La 37ª Assembleia Geral della *Conferência Nacional dos Bispos do Brasil* (Cnbb) decise nel 1999, in prossimità del cinquantesimo anniversario della sua costituzione, di affrontare una ampia revisione della sua organizzazione e funzionamento, e a questo scopo creò una commissione *ad hoc* per la riforma degli Statuti che avrebbe dovuto tener conto delle nuove esigenze⁽¹⁾. Oltre al comune sforzo di tante Conferenze dei Vescovi sparse per il mondo nell'adempiere le indicazioni date dalla Suprema Autorità attraverso la revisione dei loro Statuti⁽²⁾, vi erano motivazioni più particolari. Dopo trenta anni di esistenza si sentiva il bisogno di superare le omissioni e di incorporare allo Statuto le figure e gli organismi attivati durante questi anni. Il modello organizzativo e di lavoro previsto negli Statuti del 1970 e seguenti era stato alterato, di fatto, da nuove realtà emergenti:

Da una parte si constatava il ricorso ad un nuovo modo di coordinare la Conferenza attraverso un organismo non previsto statutariamente: la riunione tra la Presidenza e la Commissione Episcopale di Pastorale (Cep) a cadenza mensile, che risultava il vero momento di governo della Cnbb anche perché il Consiglio Permanente si riuniva ordinariamente solo una volta l'anno (art. 15, *Statuto* 1970).

Da altra, dalla creazione di nuove commissioni episcopali, che avevano di fatto espropriato e ridotto alcune delle competenze proprie del Consiglio Permanente, risultava che questo non era più il vero centro nevralgico della Cnbb nei periodi tra le Assemblee Plenarie.

⁽¹⁾ CNBB, *Boletim de Imprensa*, n. 06, 2001 luglio 13.

⁽²⁾ Cfr. F. FABENE, *I nuovi Statuti delle Conferenze Episcopali: linee portanti*, in questa *Rivista*, 13 (2001), pp. 561-573.

La 39^a Assemblea Generale della Cnbb approvò il 19 luglio 2001 il testo del nuovo Statuto canonico, che contava 91 articoli. Questo testo era stato inviato alla Congregazione per i Vescovi e, in data 19 febbraio 2002, fu corretto dalla Presidenza della Cnbb seguendo le indicazioni del Dicastero. Il testo già modificato fu approvato il 10 aprile 2002 dalla 40^a Assemblea Generale della Cnbb e il giorno 12 ricevette la revisione (*recognitio*) della Congregazione⁽³⁾. Promulgato dal Presidente della Cnbb il 22 maggio e in seguito pubblicato, è entrato in vigore il 31 maggio 2002⁽⁴⁾.

Il 17 aprile 2002, una settimana dopo dell'approvazione del testo dello Statuto, la stessa Assemblea ha approvato anche un nuovo Regolamento che è entrato immediatamente in vigore⁽⁵⁾.

Il nuovo Statuto canonico della Cnbb conta, dopo il passaggio nel Dicastero romano, 92 articoli divisi in tredici capitoli.

In primo luogo, si rileva che questo nuovo Statuto riesce ad essere più completo del precedente, giacché regola finalmente l'esistenza degli organi che effettivamente strutturano la vita della Conferenza, attribuendo ad essi competenze precise, descrivendone composizione e attribuzioni.

Finalmente la Cnbb, che raggruppa il corpo episcopale più numeroso al mondo — un totale di quattrocentosedici Vescovi⁽⁶⁾ —, adotta una terminologia in consonanza con quella delle altre Conferenze dei Vescovi. Così si chiamano «consigli» agli organi collegiati più importanti, eccezione fatta per l'Assemblea. Si prevedono altri organismi collegiali formati sempre da membri — Vescovi — della Cnbb, ma di costituzione non necessaria; questi, a differenza dei primi, si chiamano «Commissioni Episcopali». In più, si fa riferimento ad altri organismi eventuali ai quali possono partecipare anche soggetti non membri della Cnbb, cioè non Vescovi; questi organismi eventuali si chiamano non più «Commissione», ma semplicemente «Gruppo di Lavoro» (art. 74), per meglio distinguerli dalle Commissioni episcopali.

Ugualmente vengono costituite le «Commissioni Episcopali», talora già esistenti, segnalandosi tra loro le «Commissioni Episcopali Pastorali». Finora all'interno della Commissione Episcopale di Pastorale ogni settore della pastorale era affidato ad un solo Vescovo, assi-

⁽³⁾ CONGREGATIO PRO EPISCOPIS, Prot. n. 829/2000.

⁽⁴⁾ PRESIDENTE CNBB, Decreto n. 01/2002, in: CNBB, *Comunicado Mensal*, n. 560, 2002 aprile, p. 584-678. Anche in: CNBB, *Estatuto Canônico e regimento da Cnbb*, São Paulo, 2002 (CNBB, *Documentos da Cnbb. Coleção Azul*, n. 70).

⁽⁵⁾ PRESIDENTE CNBB, Decreto n. 02/2002, in *Serviço de Documentação*, 35 (2002), p. 164.

⁽⁶⁾ CONFERÊNCIA NACIONAL DOS BISPOS DO BRASIL (Cnbb), *Estatística sobre a Igreja no Brasil*, dati del 9 marzo 2004.

stito da un gruppo di assessori non insigniti del carattere episcopale. Con la creazione delle Commissioni Episcopali, integrate dai soli membri della Cnbb, si riesce da una parte ad evitare di concentrare la responsabilità di un ambito della pastorale in un solo Vescovo e, dall'altro, ad evitare l'intervento troppo diretto di assessori non Vescovi in affari che, per la natura stessa della Cnbb, aspettano ai soli Vescovi.

Risulta di interesse l'inclusione nel testo dello Statuto di organismi già esistenti in precedenza il cui funzionamento non era però regolamentato nello Statuto: il « Consiglio Economico » e il « Consiglio Fiscale ». A sua volta è stato ampliato il capitolo dedicato all'amministrazione patrimoniale, introducendo la figura dell'Economo.

2. *Il testo del nuovo Statuto canonico.*

2.1. *Sulla definizione della Cnbb.*

Una Conferenza Episcopale è il « *coetus Episcoporum alicuius nationis vel certi territorii, munera quaedam pastoralia coniunctim pro christifidelibus sui territorii exercentium* »⁽⁷⁾, cioè il raggruppamento dei Vescovi di un certo territorio allo scopo di esercitare « congiuntamente » alcune⁽⁸⁾ funzioni del loro ministero pastorale.

Per raggiungere questo scopo e mantenere meglio l'unità pastorale della Conferenza, affinché questa fosse un organismo unitario e partecipativo aperto a tutti i Vescovi, si è modificato il ruolo e le competenze di due organismi: le Commissioni Episcopali Pastorali, che finora attribuivano la responsabilità di un settore della pastorale a un solo vescovo e che ora si costituisce in un vero consiglio formato da vari Vescovi; e la valorizzazione dei Consigli Episcopali Regionali, che crescono di numero, di membri e attribuzioni all'interno del Consiglio Permanente.

Si continua a fare menzione di alcuni organizzazioni cattoliche di ambito nazionale che rappresentano le diverse « categorie »⁽⁹⁾ del po-

(7) Can. 447 CIC. La fonte del canone in: SACROSANCTUM CONCILIUM OECUMENICUM VATICANUM II, *Decretum Christus Dominus*, de pastoralis episcoporum munere in *Ecclesia*, 1965 octobris 28, in *AAS*, 58 (1966), pp. 673-701, n. 38, 1 (d'ora in poi, *Christus Dominus*).

(8) Il Decreto conciliar *Christus Dominus*, n. 38, 1, non utilizzava questa restrizione che invece usa il can. 447 CIC. Per approfondire le motivazioni di una tale precisazione, cfr. G. GHIRLANDA, « *Munus regendi et munus docendi* » dei concili particolari e delle conferenze dei Vescovi, in *La synodalité. La participation au gouvernement dans l'Église. Actes du VII congrès international de Droit canonique. Paris, Unesco, 21-28 septembre 1990*, in *L'année canonique, Hors série*, vol. I, 1992, pp. 373-375.

(9) L'utilizzo del termine « categoria » per riferirsi agli *status* di vita dentro della Chiesa sembrerebbe fuorviante. L'idea della « rappresentanza » del popolo di Dio si riscontra anche nel nuovo Statuto della Conferenza dei Vescovi italiana. Cfr. CONFERENZA

polo di Dio (art. 7), benché si riduca drasticamente il loro ruolo rispetto a quanto faceva il precedente testo statutario (art. 40, *Statuto* 1970). In ogni caso queste organizzazioni non formano più parte della Cnbb, né quali organismi sussidiari⁽¹⁰⁾, né quali organismi legati⁽¹¹⁾, né quali organismi non episcopali esterni⁽¹²⁾.

Importantissimo il riferimento agli assessori. Finora essi avevano svolto un ruolo predominante nello sviluppo dei singoli campi di pastorale, per quanto v'era solo un Vescovo a guidare ognuno di essi, essendo decisivo il lavoro degli assessori che li affiancavano, di solito non insigniti del carattere episcopale. Adesso la questione è regolata direttamente negli artt. 13-14, ove si indicano come possibili assessori i Vescovi emeriti e i presbiteri o perfino altri fedeli, a ragione soprattutto della loro preparazione in certe materie. Questi non sono membri della Cnbb e hanno un ruolo ristretto alla loro funzione di assessori, non potendo assumere la responsabilità decisionale che attiene esclusivamente i Vescovi membri della Cnbb. Per ciò l'art. 38 sottolinea che solo in modo eccezionale e per casi singoli si può ammettere la presenza di non membri alle sedute dell'Assemblea Generale, sempre senza voto deliberativo⁽¹³⁾.

2.2. Regole di funzionamento interno.

Si parificano in linea di massima le regole e norme che ordinano l'Assemblea Generale e gli altri organismi della Cnbb (art. 15), per quanto sono applicati — anche per questi — le regole della prima, a meno di specifiche deroghe, in particolare per le elezioni per il conferimento di incarichi (art. 25).

L'art. 23 raccoglie il contenuto del can. 172 *CIC*, facendo menzione espressa del voto segreto per le elezioni alle cariche stabili della Cnbb e per le votazioni dei documenti della Cnbb. A motivo della particolare importanza di questo tipo di votazioni, appare di gran rilievo la riaffermazione dell'obbligo del segreto, anche in riferimento al mandato giuridico imposto nell'art. 28*b*: che in ogni presa di posizione della Conferenza si manifestino i sentimenti profondi e le convinzioni di tutti, anche dei gruppi minoritari.

Di particolare importanza per la Cnbb è anche il riferimento alla ri-elezione (art. 26), che non viene proibita, ma solo limitata alla riele-

EPISCOPALE ITALIANA, *Statuto della Conferenza Episcopale Italiana*, in *Notiziario della Conferenza Episcopale Italiana*, 1998, pp. 273-301, Preambolo, n. 3.

⁽¹⁰⁾ *Estatuto* 1970: Commissione Nazionale del Clero (artt. 30-31), Commissione Nazionale di Pastorale (artt. 32-34), in I. C. IBÁN, *op. cit.*

⁽¹¹⁾ *Estatuto* 1970, Art. 40, in I. C. IBÁN, *Gli statuti delle conferenze episcopali. II. America*, Padova, 1989, pp. 93-102.

⁽¹²⁾ Cfr. *Ante-proyecto de Estatuto*, art. 9.

⁽¹³⁾ Cfr. CONGREGATIO PRO EPISCOPIS, Carta, Prot. n. 763/98.

zione per lo stesso incarico. Questo articolo va letto insieme all'art. 43 § 3°, che non consente di rimanere membro della Presidenza più di due mandati, come successo in passato.

2.3. *Assemblea Generale.*

L'Assemblea Generale raggruppa tutti i membri della Cnbb e costituisce l'organo supremo di essa (art. 27). Nel descrivere la funzione dell'Assemblea Generale, organo supremo della Cnbb con amplissime competenze, lo Statuto si sofferma sulla configurazione teologico-pastorale di essa: così si parla dell'affetto collegiale (art. 27), del bene del popolo di Dio (art. 28), dell'esercizio del triplice *munus* (art. 28b), riferendosi ai Vescovi come Pastori della Chiesa (art. 27) che lavorano sempre nella prospettiva dell'evangelizzazione (art. 29).

L'Assemblea si riunisce ordinariamente una volta l'anno (art. 31). Alle sue sedute assistono tutti i membri della Cnbb, che hanno anche l'obbligo di assistere (art. 33), anche se non si prevede nessuna sanzione nel caso d'inottemperanza di tale obbligo. In più sono invitati — e di conseguenza non hanno l'obbligo dell'assistervi — tutti i Vescovi emeriti o di altri Riti che siano domiciliati nel Brasile e che mantengano la comunione gerarchica, così come i Vescovi già nominati o eletti che non abbiano ancora preso possesso del loro ufficio (art. 35). Questi dispongono la sola voce, non il diritto di voto. Invece, in modo straordinario ed eccezionale, possono essere presenti in alcune sessioni dell'Assemblea con il solo diritto di voce alcuni periti, assessori od invitati la cui presenza, a giudizio della Presidenza, possa essere interessante o significativa a motivo di qualche ragione speciale, come potrebbe essere la rappresentanza delle entità con cui la Cnbb vuole mantenere un dialogo particolare (art. 39).

2.4. *Consiglio Permanente.*

Il Consiglio Permanente è un organismo che, a norma dei cann. 451 e 457 *CIC* sembrerebbe di obbligatoria presenza nelle Conferenze dei Vescovi e con una serie di attribuzioni indispensabili. Tali competenze sono piuttosto ampie, giacché esso diviene il vero organo esecutivo delle decisioni dell'Assemblea plenaria.

In esso confluiscono le Commissioni Episcopali Pastorali, la Presidenza e i Consigli Episcopali Regionali (art. 48). Questa larga rappresentatività può evitare, come segnalato da alcuni autori, il rischio di creare un'oligarchia di Vescovi nella Conferenza⁽¹⁴⁾, particolarmente quando essa è così grande come la Cnbb.

(14) G. FELICIANI, *De las Conferencias Episcopales*, in *Comentario exegético al Código de Derecho Canónico*, II, Pamplona, 1996, p. 979.

Il Consiglio Permanente viene definito con precisione relativamente al suo ruolo e alle sue competenze (art. 49), principalmente per quanto riguarda all'esecuzione delle decisioni dell'Assemblea. In funzione a questo ruolo di straordinaria importanza si chiede ora che si riunisca di norma tre volte l'anno (art. 50), anziché l'unica riunione ordinaria prevista dal testo del 1970.

La composizione del Consiglio Permanente non subisce variazioni sostanziali, tranne che per l'incremento del numero di membri eletti dai Consigli Episcopali Regioni (art. 66). Parrebbe legittimo che nella Conferenza rimanessero palesi le grandi differenze esistenti tra le diverse regioni del Brasile, con Pastori che si trovano davanti a bisogni diversi.

2.5. *Presidenza.*

La Presidenza è costituita dal Presidente, dal Vice-presidente e dal Segretario generale (art. 51), tutti eletti dall'Assemblea Generale a maggioranza di due terzi nel primo scrutinio (art. 43a). Tutti devono essere Vescovi, ma il Presidente e il Vicepresidente possono essere esclusivamente Vescovi diocesani in carica (art. 43 § 1 e 2), adeguandosi a quanto già previsto dal diritto comune⁽¹⁵⁾. Su di loro incidono particolarmente, come sopraddetto, il limite per una sola rielezione a qualunque carico della Presidenza (art. 43 § 3).

La Presidenza è l'organo preposto a dare esecuzione alle determinazioni dell'Assemblea, per relazionarsi sia con gli organismi centrali della Chiesa sia con i poteri pubblici e per dinamicizzare, in somma, tutta la vita interna della Cnbb (art. 52). Si riunisce una volta al mese (art. 53).

2.6. *Consiglio Episcopale Pastorale.*

I presidenti delle singole Commissioni Episcopali Pastorali, insieme alla Presidenza della Cnbb, costituiscono il Consiglio Episcopale Pastorale (Consep) (art. 59). Questo organismo, più ridotto, ha il compito di coordinare ed evitare la dispersione tra le molteplici Commissioni Episcopali (art. 58).

Questo Consiglio, non previsto dal Codice, nasce dalla legittima autonomia che il Codice stesso concede a ogni Conferenza nell'elaborazione degli Statuti (cfr. can. 451 CIC).

Questo Consiglio non può fare dichiarazioni a nome della Cnbb nemmeno nei casi d'urgenza, giacché, a norma del diritto, questa fun-

(15) Cfr. PONTIFICIUM CONSILIUM DE LEGUM TEXTIBUS INTERPRETANDIS, Responsio ad propositum dubium, *Utrum Episcopus Auxiliaris*, 1988 maii 23, in *AAS*, 81 (1989), p. 388; *Apostolos suos*, n. 17.

zione aspetta solo alla riunione plenaria della Conferenza⁽¹⁶⁾. Lo Statuto prevede questa facoltà alla Presidenza nei casi d'urgenza (art. 52c).

Il Consep si configura come un organo esecutivo delle decisioni dell'Assemblea e del Consiglio Permanente, organi a cui presta un servizio (art. 58).

2.7. *Consigli Episcopali Regionali.*

La vastità del territorio della Cnbb ha consigliato la creazione, all'interno della Cnbb, di Consigli Episcopali Regionali. Una tale divisione contribuisce a creare assemblee più ridotte ove i membri possano interagire più agevolmente e trattare i problemi in modo più diretto e personale.

Nella presente riforma i Consigli Regionali divengono nodo del funzionamento della Cnbb, per quanto responsabili di indicare la maggior parte dei membri del Consiglio Permanente, che a sua volta è stato rafforzato passando da riunioni ordinarie una volta l'anno a tre. Questa scelta è il segno di un importante e decisivo passo verso la decentralizzazione della Cnbb, che prenderà nuovi spunti da ogni situazione regionale. Il suo regolamento interno è demandato al testo del Regolamento della Cnbb (artt. 251-278).

2.8. *Commissioni Episcopali e Gruppi di lavoro.*

Va segnalato con particolare rilievo che — e questa è una delle principali innovazioni della riforma — il testo dello Statuto della Cnbb rimedia a una situazione che limitava molto la vita interna della Conferenza. Dal 1958 in poi vi era solo un Vescovo incaricato di tutta un'area di pastorale, ma si faceva affiancare da assessori solitamente non insigniti del carattere episcopale. Una composizione così ridotta per un lavoro così rilevante non trovava, a nostro avviso, giustificazione all'interno di un corpo episcopale così vasto come il brasiliano. Nel nuovo Statuto si dà risposta al bisogno di maggior partecipazione di tutti i Vescovi nelle attività della Conferenza e la Cnbb si allinea con il resto delle Conferenze dei Vescovi: si creano stabilmente le Commissioni Episcopali Pastorali.

Il numero delle Commissioni è fissato dall'Assemblea Generale ogni quadriennio⁽¹⁷⁾ (art. 70). I suoi componenti sono nominati dal Consiglio Permanente, tranne il Presidente, che è eletto direttamente

⁽¹⁶⁾ *Apostolos suos*, n. 23.

⁽¹⁷⁾ Dopo l'approvazione dello Statuto si sono create dieci Commissioni Episcopali Pastorali per: Ministeri ordinati e vita consacrata; Laicato; Azione missionaria e cooperazione interecclesiale; Dottrina della Fede; Animazione biblico-catechetica; Liturgia; Ecumenismo e dialogo interreligioso; Servizio di carità, di giustizia e di pace; Cultura, educazione e comunicazione sociale; Vita e famiglia.

dall'Assemblea Generale; infatti i presidenti di queste Commissioni sono membri di diritto del Consiglio Permanente. Per evitare un'eventuale dispersione derivante dal moltiplicarsi le Commissioni, il coordinamento viene svolto, come sopradetto, all'interno del Consiglio Episcopale Pastorale.

Nessuna di queste Commissioni ha la facoltà di fare dichiarazioni pubbliche (art. 73); solo la Presidenza della Cnbb può farne. Con ciò si vuole sottolineare la natura stessa di coordinamento pastorale delle Commissioni, affinché la Chiesa presente nel Brasile abbia una voce uniforme. In ogni modo va ricordato che solo le decisioni della Assemblea plenaria della Conferenza possono acquisire, a norma del diritto, l'autorità magisteriale che in nessun caso possono avere quelle delle Commissioni⁽¹⁸⁾.

Oltre le Commissioni stabili per la Pastorale il Consiglio Permanente potrebbe creare Commissioni speciali (art. 49*k*). Le Commissioni speciali possono avere carattere stabile o meno, ma devono essere costituite sempre da membri della Cnbb (art. 74). Si può dar vita inoltre a Gruppi di lavoro, ove è consentito partecipare ad alcune persone che non sono membri della Cnbb. Il carattere eventuale e puntuale di questi Gruppi di lavoro evita l'eccessivo coinvolgimento di persone estranee alla Cnbb nelle materie che, per il loro carattere, aspettano ai soli Vescovi. Pare di capire che i membri di questi eventuali Gruppi di lavoro sono distinti, ma non incompatibili, con la carica di assessori e periti che la Cnbb può assegnare a tempo limitato (artt. 13-14). Parrebbe evidente che l'inciso che fa il paragrafo unico relativo a questi ultimi, sulla sola ed esclusiva responsabilità dei Vescovi relativamente ad ogni argomento trattato nella Cnbb, si applica anche a queste Commissioni speciali, che lavorano al servizio di alcuni degli organi costitutivi della Cnbb e che non possono rendere pubblici i loro lavori e documenti se non davanti agli organi che essi coadiuvano.

2.9. *L'amministrazione finanziaria.*

Tre sono le figure che appaiono nell'amministrazione finanziaria della Cnbb. Si tratta del Consiglio Economico, del Consiglio Fiscale e, in fine dell'Economista. Ambedue Consigli si presentano come organismi di controllo dell'amministrazione finanziaria della Cnbb, ma non come i gestori dell'economia della Cnbb. Il Consiglio Economico è integrato dal Presidente e dal Segretario della Cnbb, insieme a tre presidenti delle Commissioni Episcopali designati dal Consiglio Permanente (art. 79). Il loro ruolo principale consiste in dare il consenso per gli atti di amministrazione straordinaria (art. 78). Oltre il con-

(18) *Apostolos suos*, n. 23.

senso previo del Consiglio Economico, gli atti di amministrazione straordinaria necessitano del consenso di altri organi della Cnbb: della Presidenza, del Consiglio Permanente o, perfino, dell'Assemblea Generale, a secondo dal caso⁽¹⁹⁾.

Il compito del Consiglio Fiscale è di carattere ancora più tecnico, poiché deve formulare un parere circa tutta l'amministrazione economica della Cnbb. È integrato da tre membri della Cnbb, nessuno dei quali può partecipare al Consiglio Episcopale Pastorale. Data la natura tecnica del suo controllo si prevede che possa convocare periti o assessori (art. 80 § 2), il che sembrerebbe coerente e non pare turbare in alcun modo l'autonomia e responsabilità episcopale.

Le mansioni dell'Economo sono relative all'amministrazione dei beni della Cnbb (art. 86) e sostituisce la precedente figura del Sottosegretario per gli affari economici. Nulla si dice sui requisiti dell'Economo, in particolare se debba essere Vescovo o meno. In ogni caso l'Economo è subordinato in tutte le sue mansioni alla Presidenza attraverso il Segretario Generale.

È da notare che il testo dello Statuto precedente non si occupava dell'amministrazione dei beni, ma se ne occupava soltanto il Regolamento. Da questo punto di vista la sua inclusione nello Statuto era auspicabile, sebbene non abbia comportato nessuna modificazione a quanto previsto dal Regolamento.

3. *I sacri Pastori non latini nella Cnbb.*

L'Istituto delle Conferenze dei Vescovi viene regolato nel *CIC* per la Chiesa latina (cfr. can. 1 *CIC*) ed è sconosciuto nel *Codex Canonum Ecclesiarum Orientalium*⁽²⁰⁾. Il can. 450 § 1 *CIC* specifica l'appartenenza alla Conferenza dei Vescovi: non prevede l'obbligatorietà della presenza degli ordinari di altri Riti e neanche riconosce loro il voto deliberativo, «*nisi Episcoporum conferentiae statuta aliud decernant*»⁽²¹⁾. Nel Brasile v'è la presenza di tre Eparchie⁽²²⁾ di rito orien-

⁽¹⁹⁾ La descrizione in dettaglio di questi casi si trova nell'art. 24 del Regolamento.

⁽²⁰⁾ *Codex Canonum Ecclesiarum Orientalium*, (CCEO), auctoritate Ioannis Pauli PP. II promulgatus, 18 Octobris 1990, in *AAS*, 82 (1990), pp. 1033-1363.

⁽²¹⁾ Sulla genesi di questo inciso si veda: M. BROGI, *I Cattolici Orientali nel Codex Iuris Canonici*, in *Antonianum*, 58 (1983), pp. 232-235. Effettivamente i testi conciliari (*Christus Dominus*, n. 38, 2) estendevano il diritto di partecipazione alle Conferenze indipendentemente dal Rito — *omnes Ordinarii locorum cuiusque ritus* —, ma è stato il *CIC* a lasciarlo, invece, alla libera determinazione delle proprie Conferenze dei Vescovi.

⁽²²⁾ Eparchia de *Nossa Senhora do Libano de São Paulo*, per i fedeli di Rito Maronita; Eparchia de *Nossa Senhora do Paraíso*, in São Paulo, per i fedeli di Rito Melquita; Eparchia de *São João Batista de Curitiba*, che serve ai fedeli di Rito Ucraino.

tale e un Esarchia⁽²³⁾, oltre che un Ordinariato per i fedeli di Riti orientali⁽²⁴⁾.

Il presente Statuto si è occupato dell'argomento nell'art. 9 *d*), concedendo la condizione di membro ai «prelati delle Chiese orientali cattoliche» con incarichi «correlativi» agli aventi diritto della Chiesa latina. Gli incarichi correlativi a cui fa riferimento l'art. 9 sono i Vescovi diocesani e *gli assimilati*, i Vescovi ausiliari e i Vescovi titolari che esercitano in Brasile un carico a favore della Santa Sede o della stessa Cnbb. L'affidamento della cura pastorale, sia a nome proprio che vicario, emerge come il vero criterio per l'attribuzione del diritto proprio a partecipare alla Cnbb.

La parola «prelato» è utilizzata in diritto canonico in senso tecnico per riferirsi ai titolari dell'affidamento del governo di una Prelatura, che può essere territoriale (can. 370 *CIC*) o personale (can. 295 *CIC*). Non riferendosi notoriamente l'articolo in specie a questa categoria di *gubernatores*, inesistenti nella gerarchia cattolica orientale, lo fa nel senso comune del termine, ovvero riferendosi agli ecclesiastici aventi giurisdizione, indipendentemente del loro grado di ordinazione. Questi sono, secondo il vocabolario tecnico del diritto canonico orientale, i «gerarchi» e, secondo il vocabolario tradizionale del diritto latino, i «presuli». Tali soggetti, come abbiamo segnalato sopra, sarebbero di fatto gli Eparchi e gli Esarchi presenti nel Brasile.

(23) Esarchia Apostolica Armena per l'America Latina e il Messico.

(24) L'Ordinariato per i fedeli di Riti orientali, con sede nell'Arcidiocesi di Rio de Janeiro prende cura dei fedeli di rito orientale che non hanno una gerarchia rituale propria nel Brasile. Non ha un ordinario del proprio Rito, ma un Vescovo di rito latino con questo ufficio cumulativo. Come già segnalava il P. Brogi all'indomani della promulgazione del CCEO (M. BROGI, *Il nuovo Codice orientale e la Chiesa latina*, in *Antonianum*, 66 (1991), pp. 59-60), il caso di questo Ordinariato per i fedeli di Riti orientali, ovvero la presenza di fedeli orientali nelle diocesi latine, è molto più comune che la presenza di altri fedeli in un'eparchia orientale. Questa situazione in cui si vedono immersi tanti fedeli orientali fa sì che si debba tornare a riflettere ancora di più sul valore del can. 214 *CIC* e del can. 17 *CCEO*, che sanciscono il diritto dei fedeli di rendere il culto a Dio secondo le legittime prescrizioni del proprio rito e di vivere secondo la propria spiritualità. Sulla cura pastorale dei fedeli orientali fuori del loro territorio: cfr. C. PUJOL, *Condicio fidelis orientalis ritus extra suum territorium*, in *Periodica de re morali canonica liturgica*, 73 (1984), pp. 489-504; M. THÉRIAULT, *Canonical questions brought about by the presence of Eastern Catholic in Latin areas in the light of the «Codex Canonum Ecclesiarum Orientalium»*, in questa *Rivista*, 3 (1991), pp. 201-232. Per tutto il discorso relativo al concetto di Chiesa particolare nel diritto canonico orientale, cfr. D.M. JAEGER, *Erezione di circoscrizioni ecclesiastiche orientali in territori a popolazione cattolica prevalentemente di rito latino: considerazioni canoniche e presupposti ecclesiologici*, in *Antonianum*, 75 (2000), pp. 499-521.

In relazione al loro voto il canone 450 § 1 *CIC* dice che è consultivo, tranne che gli Statuti delle Conferenze dispongano diversamente⁽²⁵⁾. I presenti Statuti non hanno nessun articolo di carattere generale per definire globalmente la natura del voto dei suoi membri. Mancando quindi un riferimento espresso è da ritenersi che il voto abbia carattere consultivo.

4. *I Vescovi non diocesani nella Cnbb.*

Il Codice di Diritto Canonico prevede l'appartenenza alle Conferenze dei Vescovi di «*omnes in territorio Episcopi dioecesani eisque iure aequiparati*», cioè, tutti i Vescovi diocesani del territorio e gli altri che sono giuridicamente equiparati, ma anche gli assimilati. Oltre a questi il diritto universale estende il diritto di appartenenza ai Vescovi coadiutori, ausiliari e ai titolari che vivono nel territorio con *peculiari munere ab Apostolica Sede vel ab Episcoporum conferentia demandato* (can. 450 § 1 *CIC*).

I Vescovi emeriti non godono di questa appartenenza *de iure* a norma del *CIC*. Questi Vescovi continuano ad essere membri del Collegio episcopale, ma non godono più dell'ufficio pastorale al quale hanno rinunciato; perciò essi continuano ad avere diritto di intervenire al Concilio ecumenico con voto deliberativo (cfr. can. 339 *CIC*) e nei Concili particolari (cfr. can. 443 § 2 *CIC*), giacché lì si manifesta ed esercita la collegialità episcopale, ma non, invece, nell'attività delle Conferenze dei Vescovi, che servono prevalentemente a coordinare l'esercizio di *alcune* funzioni pastorali⁽²⁶⁾, che i Vescovi emeriti non possono esercitare più. La Santa Sede raccomanda però si provveda tuttavia ad informarli sulla vita della Conferenza in modo da avvalersi della loro riconosciuta esperienza pastorale⁽²⁷⁾.

In questo contesto si inquadra l'art. 10 del nuovo Statuto dedicato ai Vescovi emeriti. Da una parte riconosce loro il diritto di partecipare alle Assemblee Generali (art. 35 *a*). Il loro voto è a carattere consultivo e inoltre non hanno l'obbligo di assistenza che aspetta in-

(25) L'eventuale concessione del voto deliberativo ai Vescovi orientali presenti nella Conferenza dei Vescovi attribuisce competenza propria alla Congregazione per le Chiese Orientali nel processo di *recognitio* delle dichiarazioni dottrinali autentiche di esse. Cfr. CONGREGATIO PRO EPISCOPIS, *Epistula Praesidibus Episcoporum Conferentiarum missa nomine quoque Congr. pro Gentium Evangelizatione*, 1999 giugno 21, in *AAS*, 91 (1999), pp. 996-999, n. 4.

(26) Cfr. *Apostolos suos*, n. 10.

(27) CONGREGATIO PRO EPISCOPIS, *Normae In vita Ecclesiae de episcopis ab officio cessantibus*, 1988 octobris 31, in *Communicationes*, 20 (1988), pp. 167-168; *Apostolos suos*, n. 17.

vece agli aventi diritto nella Cnbb (art. 33). In più possono essere anoverati tra gli eventuali collaboratori delle Commissioni Episcopali e Gruppi di Lavoro.

Oltre i Vescovi emeriti, sono invitati tutti gli altri Vescovi domiciliati nel Brasile e in comunione con la Santa Sede⁽²⁸⁾, con indipendentemente dal loro Rito. Questo inciso include i Prelati personali che siano insigniti del carattere episcopale. Devono inoltre essere invitati i Vescovi nominati o eletti che, non ancora ordinati od ordinati che non hanno ancora presso possesso del loro ufficio, e quindi non fanno parte della Cnbb con diritto proprio.

In relazione al Nunzio apostolico l'art. 36 dice che è invitato alle sessioni dell'Assemblea Generale. Nulla si dice sul suo eventuale diritto di voto e sulla sua eventuale natura. Da una parte la norma dell'art. 36 pare ridondante, giacché l'art. 9 c) concede diritto proprio d'appartenenza alla Cnbb ai Vescovi titolari che esercitino in Brasile un incarico affidatogli dalla Santa Sede. Se si accetta allora questa tesi, si evince che, benché lo Statuto non dica nulla sul suo diritto di voto, egli ne gode, a norma del can. 454 § 2 CIC, ma solo a carattere consultivo. Tuttavia esclusivamente nella ipotesi di un Nunzio apostolico non insignito del carattere episcopale dovrebbe essere applicato, a nostro avviso, l'art. 36 e solo allora il Nunzio sarebbe un invitato alla Cnbb, non più un membro di diritto (can. 450 § 2 CIC).

5. *Ricezione dell'Apostolos suos nel nuovo Statuto.*

Uno degli argomenti più importanti della riforma auspicata dagli Statuti delle Conferenze dei Vescovi⁽²⁹⁾ è relativa alla potestà magisteriale delle medesime, ovvero alla possibilità di presentare dottrine con autorità magisteriale.

Il testo in esame si è occupato infatti di questo assunto nell'art. 42. Due sono le modalità riconosciute affinché una dichiarazione relativa alla dottrina possa essere ritenuta di magistero autentico: la prima se tutti i «Vescovi» della Cnbb approvano la dichiarazione a unanimità; la seconda se l'approvazione viene da almeno due terzi dei Ve-

(28) L'inciso relativo alla comunione con la Santa Sede non è, come potrebbe sembrare, protocollare. Cfr. J.I. ALONSO PÉREZ, *Nota al recente Riconoscimento della piena Comunione Ecclesiale dei Membri dell'Unione sacerdotale «San Giovanni Maria Vianney» e la successiva erezione di un'Amministrazione Apostolica Personale*, in *Il Diritto ecclesiastico*, 115 (2003), pp. 175-194.

(29) CONGREGATIO PRO EPISCOPIS, *Epistula... cit.*, n. 12, e il suo commento in: J.I. ARRIETA, *La revisione degli statuti delle conferenze episcopali*, in questa *Rivista*, 11 (1999), pp. 578-582.

scovi «aventi voto deliberativo» ed è poi rivista dalla Santa Sede e questa concede la *recognitio* ⁽³⁰⁾.

Il contenuto di questo articolo della Cnbb è identico a quello di alcune tra le più importanti Conferenze che hanno modificato i loro Statuti dopo l'*Apostolos suos* ⁽³¹⁾. Si noti, però, che quando l'articolo 1 delle Norme complementarie dell'*Apostolos suos* ⁽³²⁾ parla delle dichiarazioni autentiche che non richiedono l'intervento della Santa Sede, ovvero le dichiarazioni unanimi, si fa riferimento solo ai «Vescovi» (*Episcopis membris*); nelle decisioni, invece, ove è l'intervento della Santa Sede a rendersi garante del valore magisteriale delle dichiarazioni che altrimenti non ne avrebbero, la maggioranza richiesta dal diritto è relativa a tutti i «Presuli» (*rectius*: gli aventi voto deliberativo), includendo quindi i membri che non sono insigniti del carattere episcopale. Come è ammesso da autorevole dottrina ⁽³³⁾, la lettura sistematica del n. 22 dell'*Apostolos suos*, l'articolo appena riferito della

⁽³⁰⁾ Sul significato tecnico-giuridico della *recognitio*: P. KRÄMER, *Las Conferencias episcopales y la Santa Sede*, in J. MANZANARES-A. GARCÍA Y GARCÍA-H. LEGRAND (a cura di), *Naturaleza y futuro de las Conferencias episcopales. Actas del Coloquio Internacional de Salamanca*, 3-8 enero 1988, Salamanca, 1998, p. 172 ss.; S. DE CARLO, *Il potere normativo delle Conferenze episcopali*, in questa Rivista, 13 (2001), pp. 168-171.

⁽³¹⁾ CONFERENZA EPISCOPALE ITALIANA, *cit.*, art. 17; CONFERENCIA EPISCOPAL ESPAÑOLA, *Estatutos de la Conferencia Episcopal Española*, in *Boletín de la Conferencia Episcopal Española*, art. 14 § 2. L'importanza di queste Conferenze di Vescovi è palese, ma non meno importante è la *United States Conference of Catholic Bishops* (USCCB), che ha utilizzato una formula diversa. L'articolo 15 degli Statuti della USCCB recita: «In order to constitute an act of the authentic magisterium and be issued in the name of the Conference, doctrinal declarations must be approved in the Plenari Assembly by *unanimous vote of the members*, or by a majority of at least two thirds of the bishops holding a *deliberative vote*. In the latter case, the *recognitio* of the Holy See must precede promulgation (AS 22)» (USCCB, *Statutes, Bylaws, Handbook*, Washington, 2001, p. 13). Il corsivo è nostro. Questa formula non esclude sicuramente nessun membro della Conferenza nelle votazioni dottrinali, se queste raggiungono l'unanimità. Sembrerebbe mantenersi l'esclusione in relazione al grado di ordinazione, secondo alcuna delle letture possibili, per le votazioni ove non si raggiungesse l'unanimità.

⁽³²⁾ *Apostolos suos*, *Norme complementari sulle Conferenze dei Vescovi*, articolo 1: «Ut doctrinales Conferentiae episcopalis declarationes, secundum n. 22 harum litterarum, magisterium sint authenticum et eae ipsius Conferentiae nomine evulgentur, oportet ut ab omnibus Episcopis Conferentiae membris comprobentur, vel postquam eas in plenario conventu duae saltem partes *Praesulum qui ad Conferentiam pertinent* ipsique suffragio deliberativo fruuntur comprobaverunt, ab Apostolica Sede illae recognoscantur». Il corsivo è nostro.

⁽³³⁾ Cfr. G. GHIRLANDA, *Il M.P. Apostolos suos sulle conferenze dei Vescovi*, *cit.*, p. 652-657.

stessa *Apostolos suos*, il n. 3 della Lettera ai Presidenti delle Conferenze dei Vescovi e, ora, i testi degli Statuti delle Conferenze dopo le revisioni dalla Santa Sede, desta alcune perplessità.

La Lettera ai Presidenti delle Conferenze dei Vescovi è un documento che pretende servire di amminicolo per le Conferenze dei Vescovi nel loro compito di adeguare i loro Statuti alle previsioni dell'*Apostolos suos*. Ma l'articolo 3 della Lettera⁽³⁴⁾, riferendosi alle votazioni delle Assemblee generali su dottrina che non raggiungano l'unanimità, afferma che il voto aspetta solo ai «Vescovi» aventi voto deliberativo, escludendo di conseguenza gli altri «Presuli» non Vescovi; questa è la lettura che le anzidette Conferenze hanno accolto nei loro Statuti e che ha ricevuto la *recognitio* dalla Santa Sede.

Orbene, se si accetta che il Legislatore non incorre in contraddizioni interne, non si vede come si possa togliere ai Presuli non insigniti del carattere episcopale il loro diritto a partecipare nel secondo tipo di votazioni a contenuto dottrinale.

Sostenere questa lettura porterebbe, però, a due conseguenze.

La prima sarebbe relativa all'illegittimità non solo del testo suggerito dalla Lettera ai Presidenti delle Conferenze, ma anche del testo Statutario di tutte le Conferenze che hanno accolto questa interpretazione.

La seconda conseguenza sarebbe relativa al normale svolgimento delle votazioni e delle sedute dell'Assemblea Generale. L'unanimità o meno di una votazione non si può prevedere prima di effettuarla, ma soltanto riconoscerla al suo espletamento. Sarebbe coraggioso intendere che si deve restringere la votazione ai soli membri Vescovi ogni qual volta l'Assemblea pretendesse di occuparsi di una dichiarazione dottrinale e che poi, una volta accertata la mancanza di unanimità, si dovrebbe celebrare una seconda votazione sullo stesso argomento includendo, ora sì, gli altri Presuli non Vescovi.

Come si vede, tali conclusioni sono a tal punto gravi che genererebbero un gran disordine nell'intera regolamentazione di fatto delle Conferenze dei Vescovi. Vi sono, però, alcuni elementi che ci fanno dubitare della fondatezza di questa interpretazione.

Si può proporre intendere invece che il Legislatore dell'*Apostolos suos*, quando si è riferito ai «Presuli che appartengono alla Conferenza con voto deliberativo» in questo tipo di votazioni, intendesse ri-

⁽³⁴⁾ «Le dichiarazioni dottrinali della Conferenza, perché possano costituire un magistero autentico ed essere pubblicate a nome della Conferenza stessa, devono essere approvate in Assemblea Plenaria o con il voto unanime dei membri Vescovi o con la maggioranza di almeno due terzi dei *Vescovi aventi voto deliberativo*; in quest'ultimo caso, però, alla promulgazione deve precedere la "*recognitio*" della Santa Sede». Il corsivo è nostro.

ferirsi ai soli Vescovi, nello stesso modo in cui hanno fatto i Dicasteri e le Conferenze. In più ci pare che la lettura dei documenti vaticani e degli Statuti delle Conferenze sarebbe così confacente con l'intero testo e contesto (can. 17 *CIC*) dell'*Apostolos suos*, che ha voluto ordinare l'esercizio congiunto della funzione dottrinale del ministero episcopale nel seno delle Conferenze dei Vescovi. L'efficacia vincolante degli atti del ministero episcopale esercitato congiuntamente in seno alle Conferenze e in comunione con la Sede Apostolica deriva dal fatto che questa ha costituito tali organismi ed ha loro affidato, sulla base della sacra potestà dei singoli Vescovi, precise competenze⁽³⁵⁾. È solo la riserva fatta da parte della Santa Sede a creare un diritto a favore di una certa categoria di Ordinari, che in nessun caso gode di tale prerogativa di esercizio congiunto della funzione dottrinale all'interno delle Conferenze dei Vescovi prima dell'intervento della Suprema Autorità a loro favore.

In principio, non parrebbe che vi fossero differenze di grado magisteriale tra i Vescovi e gli altri Presuli, per quanto tutti loro aventi diritto ad esercitare il magistero ordinario nei Concili ecumenici. L'esercizio del magistero in qualunque altro organismo che non sia di diritto divino è soggetto all'innato diritto della Santa Sede ad ordinarlo. Tale è il caso in specie, cioè l'esercizio congiunto della funzione dottrinale all'interno delle Conferenze dei Vescovi, che la Santa Sede può riservare o meno ai Vescovi e agli altri Presuli o solo ai Vescovi e il diritto a votare in queste votazioni. Non si comprenderebbe però la logica dell'esclusione dei Presuli per le votazioni che raggiungono l'unanimità, come indiscutibilmente fa l'*Apostolos suos*, se poi, eventualmente, fossero inclusi nelle altre votazioni che richiedono solo la maggioranza qualificata. Nell'ambito delle Conferenze dei Vescovi tutto è soggetto all'eventuale riserva o concessione previa fatta a loro favore dalla Suprema Autorità⁽³⁶⁾.

Vi sarebbe ancora una terza lettura possibile del testo in questione, secondo la quale l'uso dei termini «Presule» e «Vescovo» sarebbe equipollente, rispondente in questo contesto a una licenza stilistica. Questo farebbe sì che tutti i Presuli, ovvero tutti coloro ai quali la Santa Sede ha affidato la cura di una Chiesa particolare, indipendentemente del loro grado di ordinazione, abbiano diritto a partecipare e votare nelle decisioni che riguardano la dottrina. Così si parificherebbero le procedure per le votazioni di unanimità a quelle di maggioranza qualificata, evitando le incomprensioni di sopra. Questa lettura si porrebbe nel solco della indiscussa partecipazione di questi

⁽³⁵⁾ *Apostolos suos*, n. 13.

⁽³⁶⁾ In sintonia con la nostra tesi: cfr. J.I. ARRIETA, *La revisione degli statuti delle conferenze episcopali*, cit., p. 580.

altri Presuli nel *munus* magisteriale dei Vescovi, giacché hanno partecipato perfino nei Concili ecumenici (cfr. can. 223 § 1 *CIC* 1917).

Inoltre, la lettura del testo completo dell'*Apostolos suos* potrebbe concorrere a sostenere questa esegesi. Infatti l'*Apostolos suos* usa il termine «Presule» due volte oltre al brano novellato. Una nel n. 16, riferito al contenuto del can. 448 § 2 *CIC* sull'opportunità di costituire Conferenze dei Vescovi in ambito sopranazionale: sarebbe qui palese che quando si riferisce ai «Presuli di Chiese particolari esistenti in diverse nazioni» non vi è nessuna intenzione di distinguere Vescovi da altri Prelati, ma soltanto di evitare di ripetere l'identico termine linguistico in una stessa frase. La seconda occasione in cui appare il termine «Presule» nell'*Apostolos suos* è nel n. 19 e lo si fa proprio per indicare l'uguaglianza tra i Vescovi e i Presuli a loro equiparati nell'ambito del loro ufficio a fronte di una Chiesa particolare.

Pur apprezzando la solidità teologica dei ragionamenti alla base di questa terza ermeneusi, si allontana dal testo e dal contesto di riordino dell'*Apostolos suos*. La saldezza teorica di questa tesi sta a riprovare però altro principio: che, premessa la possibilità di estendere tale diritto a tutti i Prelati, e visto che di fatto lo si riserva ai soli Vescovi, questa «riserva» resta sempre nell'ambito della libertà della Suprema Autorità. Infatti la Santa Sede potrebbe modificare in futuro la sua decisione di riservare tale competenza ai soli Vescovi ed estenderla anche agli altri Presuli come si fa, ad esempio, per le votazioni dei decreti generali nelle Conferenze dei Vescovi (can. 455 *CIC*) e come si è fatto in passato nei Concili ecumenici, senza sminuire né la legittimità né la libertà della decisione.

Al di là di tale questione, è evidente che il fondamento dell'articolo 42 dello Statuto si trova nell'*Apostolos suos*, sostenuto dalle raccomandazioni del Sinodo straordinario dei Vescovi del 1985⁽³⁷⁾, e richiama nuovamente la natura delle Conferenze dei Vescovi quali organismi, prevalentemente, di coordinamento della pastorale.

Il principio alla base di questa tematica è l'insostituibilità della responsabilità personale di ogni Vescovo in relazione alla porzione del popolo di Dio che gli è stata affidata con la *missio canonica*⁽³⁸⁾. Proprio su questa scia trova fondamento il n. 22 dell'*Apostolos suos*, che non fa altro che chiarificare e concretizzare quanto già previsto dal Legislatore universale nel can. 753 *CIC*, in modo che le dichiarazioni

(37) SINODUS EPISCOPORUM (IN COETUM EXTRAORDINARIUM CONGREGATA, 1985), *Relatio finalis, Ecclesia sub verbo Dei mysteria Christi celebrans pros salute mundi*, 1985 dicembre 5, II, C), 8, b), in *L'Osservatore Romano*, 125 (1985), 1985 dicembre 10, suppl. *Sinodo Straordinario Documenti*, n. 7, p. IV.

(38) Cfr. V. FAGIOLO, «Potestas» del vescovo e conferenza episcopale, in questa *Rivista*, 1 (1999), pp. 47-67.

dottrinali delle Conferenze dei Vescovi favoriscano la comunione e preparino eventuali interventi del magistero universale. Qui trova senso la necessità della *recognitio* delle dichiarazioni dottrinali delle Conferenze, con una maggioranza di almeno due terzi degli aventi diritto, ma che non raggiunge l'unanimità, affinché siano espressione della comunione gerarchica che lega i Vescovi al Romano Pontefice.

Il testo dello Statuto non concede a nessuna Commissione, se non al Consiglio Permanente e alla Presidenza della Cnbb, ma a certe condizioni, la facoltà di fare altri tipi di pronunce pubbliche a carattere non magisteriale. Il Consiglio Permanente, l'organo più rappresentativo della Conferenza al di fuori dell'Assemblea Generale, può emanare dichiarazioni a nome proprio (art. 49 g), ma può anche pronunciarsi nel nome di tutta la Cnbb nei periodi intercorrenti tra un'Assemblea e l'altra solo se ciò è necessario (art. 49 b). La Presidenza gode di una certa capacità per pronunciarsi a nome della Cnbb (art. 52 c), ma l'intenzione statutaria è che non si abusì di questa facoltà, perciò si chiede di farne uso solo quando vi sia urgenza e, se possibile, consultando altri membri del Consiglio Permanente.

5. *Ricapitolazione.*

Dalla riforma dello Statuto risulta che gli organismi della Conferenza con competenze più larghe e decisive sono, senza dubbio, l'Assemblea e il Consiglio Permanente, insieme alla Presidenza. Questi hanno un carattere prevalentemente decisionale, mentre altri organismi possono avere tale carattere solo durante gli intervalli in che i primi non sono riuniti, e comunque in misura limitata.

Visto che l'Assemblea si riunisce in seduta ordinaria una sola volta l'anno e il Consiglio Permanente tre, si evince che il loro ruolo decisionale ha un carattere programmatico di segnalazione delle grandi linee di attuazione, ma non di gestione ordinaria dell'attività della Conferenza. Questo ruolo spetta alla Presidenza, che è costituita da solo tre membri, tutti eletti dall'Assemblea Generale. La Presidenza si riunisce di norma una volta il mese; il Consiglio Permanente si riunisce tre volte l'anno in sessione ordinaria; il Consep sei volte l'anno. Questa frequenza nelle riunioni rende possibile la gestione ordinaria della Conferenza da parte di questi organismi.

Il Consiglio Permanente è cresciuto considerevolmente grazie soprattutto all'incremento dei membri che sono eletti dai Consigli Regionali. In questo modo i Consigli Regionali acquisiscono un ruolo più importante all'interno del Consiglio Permanente a detrimento dell'Assemblea.

La creazione delle Commissioni Episcopali Pastorali ha modificato sostanzialmente le attribuzioni delle competenze all'interno della Conferenza, liberando l'Assemblea di tante questioni che adesso si

possono risolvere in modo settoriale. Le Commissioni Episcopali Pastorali sono formate da almeno tre Vescovi che sono eletti dal Consiglio Permanente, tranne il Vescovo presidente, che è eletto dall'Assemblea Generale e ha diritto di partecipare al Consiglio Permanente. Questa importantissima riforma rende la Cnbb un organismo pienamente episcopale anche nel suo funzionamento, relegando l'intervento dei non membri della Cnbb — assessori, periti ed invitati — a compiti assistenziali degli organismi episcopali.

Possiamo quindi parlare di uno Statuto che ha accolto le direttive dell'*Apostolos suos* e che omogeneizza la sua struttura al resto delle Conferenze dei Vescovi, salvando la legittima autonomia che le aspetta in modo da servire meglio ai sacri Pastori della Chiesa che vive ed opera nel Brasile.

José Ignacio Alonso Pérez

Pagina bianca

DOTTRINA

M. BALDUS, <i>Bildungsrechtliche Perspektiven des Religionsunterrichts an öffentlichen Schulen in Europa</i>	563
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
P. DE POOTER, <i>La «mission canonique» et le «mandatum» au sein des universités ecclésiastiques et catholiques. Un jeu de mots ou une distinction plus fondamentale?</i>	595
C. FANTAPPÌ, <i>Per la storia della codificazione canonica (a cento anni dal suo avvio)</i>	41
G. GÄNSWEIN, « <i>Questa è la volontà di Dio: la vostra santificazione</i> ». Considerazioni sul processo di beatificazione e canonizzazione	413
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
J. LLOBELL, <i>Contemperamento tra gli interessi lesi e i diritti dell'imputato: il diritto all'equo processo</i>	363
G. LO CASTRO, <i>Responsabilità e pena. Premesse antropologiche per un discorso penalistico nel diritto della Chiesa</i>	387
J. MIÑAMBRES, <i>Il tributo diocesano ordinario come strumento di governo</i>	619
F. PUIG, <i>Realismo giuridico e dottrina canonistica contemporanea sull'essenza del matrimonio</i>	433
F. VECCHI, <i>Il crocifisso: laicismo iconoclasta e degradazione giurisprudenziale del contenuto di un simbolo</i>	455

GIURISPRUDENZA

TRIBUNALE DELLA ROTA ROMANA. *Matriten*. Nullità del matrimonio. Timore reverenziale. Esclusione dell'indissolubilità. Incapacità di assumere gli ob-

blighi essenziali per cause di natura psichica. Incapacità «relativa». Sentenza definitiva. 25 ottobre 2001. Stankiewicz, Ponente (con <i>nota</i> di H. Franceschi F.)	641
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
TRIBUNALE DELLA ROTA ROMANA. <i>Inter. Bonaëren. seu Moronen</i> . (Argentina). Nullitas matrimonii. Incid. nullitatis sententiae. Decreto. 4 marzo 2004. Turnaturi, Ponente (con <i>nota</i> di F. Pappadia, <i>Circa la competenza del tribunale d'appello nelle cause di nullità del matrimonio ex cann. 1683, 1524 § 1 e 1637 § 3</i>)	681

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
J.M. HUELS, <i>Constitutive Law and Juridic Institutes (C. 86)</i>	711
M. RIVELLA, <i>Problematiche attuali circa il riconoscimento delle associazioni di fedeli in Italia</i>	239
J.-P. SCHOUPE, <i>L'émergence de la liberté de religion devant la Cour Européenne des droits de l'homme (1993-2003)</i>	741
J.-L. TAURAN, <i>La Santa Sede e l'etica internazionale</i>	251

RASSEGNA DI BIBLIOGRAFIA

Recensioni.

J.I. ARRIETA, <i>Governance Structures within the Catholic Church</i> (B. E. Ferme)	773
C. BARRA, <i>Tratado de Derecho Administrativo. Tomo 2, Organización y función pública. La Iglesia</i> (J. I. Arrieta)	477
S. BERLINGÓ, G. CASUSCELLI (eds.), <i>Codice del diritto ecclesiastico</i> (A. Filipazzi)	261
P.A. BONNET, C. GULLO (eds.), <i>Diritto matrimoniale canonico (volume I)</i> (M. Gas i Aixendri)	775
J. CANOSA, <i>Il rescritto come atto amministrativo nel Diritto canonico</i> (F. Chica Arellano)	262

CENTRO STUDI SUGLI ENTI ECCLESIASTICI (CESEN), <i>Codice dei beni culturali di interesse religioso</i> (J. Miñambres)	483
A.G. CHIZZONITI (ed.), <i>Le carte della Chiesa. Archivi e biblioteche nella normativa pattizia</i> (J. Miñambres)	782
R. COPPOLA (ed.), <i>Il matrimonio nel diritto canonico e nella legislazione concordataria italiana. Atti del congresso nazionale Martina Franca</i> (C. Tammaro)	785
A. DE FUENMAYOR, <i>La inspiración cristiana de las leyes. Para una pedagogía del inconformismo ambiental</i> (J. Otaduy)	485
G. EISENRING, <i>Die römische Ehe als Rechtsverhältnis</i> (J. Huber)	265
P. ERDŐ, <i>Egyházjog</i> (Ph. E. Gudenus)	789
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. FANTAPPIÈ, <i>Introduzione storica al diritto canonico</i> (N. Álvarez de las Asturias)	276
J. FERRER ORTIZ (ed.), <i>Derecho eclesiástico del Estado español</i> (M.C. Garcimartín Montero)	792
N. FIORITA, <i>Remunerazione e previdenza dei ministri di culto</i> (J. Miñambres)	488
H. FRANCESCHI F., <i>Riconoscimento e tutela dello «ius connubii» nel sistema matrimoniale canonico</i> (G. Caberletti)	491
J. HERVADA, <i>Coloquios propédeuticos sobre el derecho canónico. 2ª edición corregida y aumentada</i> (B. Esposito, O. P.)	277
J. HERVADA, <i>Pueblo cristiano y circunscripciones eclesiásticas</i> (F. Puig)	499
H. HESS, <i>The Early Development of Canon Law and the Council of Serdica</i> (N. Álvarez de las Asturias)	285
D. LE TOURNEAU, <i>Le Droit Canonique</i> (R. D. Ruiz Mainardi)	798
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
R. MAZZOLA, <i>La pena latae sententiae nel diritto canonico: profili comparati di teoria generale</i> (D. Cito)	798
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
D. MUSSONE, <i>L'Eucaristia nel Codice di Diritto canonico, commento ai can. 897-958</i> (J.M. Pommarès, O. S. B.)	503

J. OTADUY, <i>Fuentes, interpretación, personas. Estudios de Derecho Canónico</i> (E. Baura).....	801
B. PIGHIN, <i>Il seminario di Concordia-Pordenone</i> (J. I. Arrieta).....	804
R. PIZZORNI, <i>La Filosofia del Diritto secondo S. Tommaso d'Aquino</i> (B. Espósito, O. P.).....	297
PONTIFICIO CONSIGLIO PER I TESTI LEGISLATIVI, <i>Vent'anni di esperienza canonica 1983-2003. Atti della Giornata Accademica tenutasi nel XX anniversario della promulgazione del Codice di Diritto Canonico. Aula del Sinodo in Vaticano, 24 gennaio 2003</i> (J. Canosa).....	510
V. PRIETO, <i>Diritto dei rapporti tra Chiesa e società civile</i> (F. Chica Arellano).	301
REGIONE ECCLESIASTICA LOMBARDIA. OSSERVATORIO GIURIDICO LEGISLATIVO REGIONALE, <i>Regioni e confessioni religiose. Atti del seminario di studio. Milano, 12 aprile 2002</i> (A. Filipazzi).....	808
C. SALINAS ARANEDA, <i>Sectas y Derecho. La respuesta jurídica al problema de los Nuevos Movimientos Religiosos</i> (R. Kimble).....	514
C. TAMMARO, <i>La posizione giuridica dei fedeli laici nelle prelatore personali</i> (C. J. Errázuriz M.).....	810
C. VENTRELLA MANCINI, <i>L'elemento intenzionale nella teoria canonistica del reato</i> (D. Cito).....	812
G. M. VIAN, <i>La donazione di Costantino. Potere religioso e potere politico in Italia</i> (N. Álvarez de las Asturias).....	518
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

Atti della Santa Sede.

SEGRETERIA DI STATO, <i>Concordata entre a Santa Sé e a República Portuguesa</i> (con <i>nota</i> di J.I. Alonso Pérez, <i>Appunti per una prima lettura del Concordato del 18 maggio 2004 tra la Santa Sede e la Repubblica Portoghese</i>).....	523
--	-----

PONTIFICIO CONSIGLIO DELLA PASTORALE PER I MIGRANTI E GLI ITINERANTI, Istruzione <i>Erga migrantes caritas Christi</i> (con <i>nota</i> di J. Miñambres, <i>L'ordinamento giuridico-pastorale della missione della Chiesa nei confronti degli emigranti</i>)	546
PONTIFICIO CONSIGLIO PER I TESTI LEGISLATIVI, Nota «La funzione dell'autorità ecclesiastica sui beni ecclesiastici», 12 febbraio 2004	817
PONTIFICIO CONSIGLIO PER I TESTI LEGISLATIVI, Nota «Elementi per configurare l'ambito di responsabilità canonica del Vescovo diocesano nei riguardi dei presbiteri incardinati nella propria diocesi e che esercitano nella medesima il loro ministero», 12 febbraio 2004	825
<i>Legislazione particolare.</i>	
BRASILE, CONFERENZA EPISCOPALE BRASILIANA, Statuto della Conferenza episcopale brasiliana, 19 febbraio 2002 (con <i>nota</i> di J.I. Alonso Pérez, <i>Nova et vetera nella Conferenza Nazionale dei Vescovi del Brasile</i>)	831
<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