

# IUS ECCLESIAE

RIVISTA INTERNAZIONALE DI DIRITTO CANONICO

Vol. XVII - Num. 1 - Gennaio-Aprile 2005

PONTIFICIA UNIVERSITÀ DELLA SANTA CROCE  
GIUFFRÈ EDITORE

Pagina bianca

## SOMMARIO

### DOTTRINA

P.G. CAROZZA, <i>The Universal Common Good and the Authority of International Law</i> .....	3
J. FORNÉS, <i>La libertà religiosa in Europa</i> .....	29
J.L. GUTIÉRREZ, <i>I laici, la politica e il martirio</i> .....	55
L. NAVARRO, <i>Diritto e volontà di associazione dei fedeli</i> .....	75

### GIURISPRUDENZA

TRIBUNALE DELLA ROTA ROMANA. <i>Reg. Aprutini seu Marsorum</i> . Nullità del matrimonio. Timore. Esclusione dell'indissolubilità e della prole. Difetto di forma. Sentenza definitiva. 12 giugno 2003. Caberletti, Ponente (con nota di G.M. CORSI, <i>L'interpretazione delle norme sulla supplenza di facoltà per assistere al matrimonio</i> ) .....	103
TRIBUNALE DELLA ROTA ROMANA. <i>Reg. Aprutini seu Piscarien. - Pinnen</i> . Nullità del matrimonio. Errore sulla persona. Incapacità ad assumere gli oneri coniugali essenziali. Esclusione dell'indissolubilità. Esclusione della prole. Sentenza definitiva. 11 dicembre 2003. Bottone, Ponente (con nota di C. TAMMARO, <i>Qualche breve osservazione storico-giuridica circa il significato dell'espressione «actus positivus voluntatis» nella simulazione del consenso matrimoniale</i> ) .....	163

### NOTE E COMMENTI

A. BAMBERG, <i>Vacances et obligation de résidence de l'évêque diocésain. Réflexion autour de l'interprétation de canons</i> .....	199
C.J. ERRÁZURIZ M., <i>I matrimoni misti: approccio interordinamentale e dimensioni di giustizia</i> .....	221

## RASSEGNA DI BIBLIOGRAFIA

*Note bibliografiche.*

- H. FRANCESCHI F., *Realismo giuridico e ordinamenti matrimoniali* (a proposito del libro di G. LO CASTRO, *Matrimonio, Diritto e Giustizia*)..... 249

*Recensioni.*

- AA.VV., *Iglesia, Estado y Sociedad Internacional. Libro homenaje a D. José Giménez y Martínez de Carvajal* (F. Chica Arellano) ..... 265
- D. CENALMOR, J. MIRAS, *El Derecho de la Iglesia. Curso básico de Derecho canónico* (F. Puig) ..... 268
- R. DOMINGO (ed.), *Juristas universales* (J. Miñambres) ..... 271
- I.C. IBÁN, M. GONZÁLEZ, *Textos de Derecho Eclesiástico (Siglos XIX y XX)* (J. Ferrer Ortiz)..... 274
- M. PACHECO GÓMEZ, *La separación de la Iglesia y el Estado en Chile y la diplomacia vaticana* (C. J. Errázuriz M.)..... 278
- F. PUIG, *La esencia del matrimonio a la luz del realismo jurídico*(C. Tammaro) 285
- M. TKHOROVSKYY, *Procedura per la nomina dei Vescovi. Evoluzione dal Codice del 1917 al Codice del 1983* (J. Miñambres) ..... 288

## DOCUMENTI

*Atti di Giovanni Paolo II.*

- Lettera *Durante l'ultima cena* per il riconoscimento della personalità giuridica canonica pubblica a Caritas Internationalis, 16 settembre 2004 (con nota di J. Miñambres, *Status giuridico-canonico di Caritas Internationalis*)..... 293

*Atti della Santa Sede.*

- PONTIFICIO CONSIGLIO PER I TESTI LEGISLATIVI, *Nota circa la validità dei matrimoni civili celebrati nel Kazakhstan nel periodo comunista, 13 maggio 2003* (con nota di M. A. Ortiz, *La validità del matrimonio civile celebrato da battezzati nella Chiesa ortodossa*)..... 303

## COLLABORATORI DI QUESTO FASCICOLO

ANNE BAMBERG, Docente di Diritto canonico - Faculté de Théologie catholique de Strasbourg (Francia).

PAOLO G. CAROZZA, Associate Professor of Law - Notre Dame Law School (USA).

CARLOS JOSÉ ERRÁZURIZ M., Ordinario di Teoria fondamentale del Diritto canonico - Pontificia Università della Santa Croce.

JUAN FORNÉS, Catedrático di Diritto canonico e Diritto ecclesiastico dello Stato - Universidad de Navarra (Spagna).

JOSÉ LUIS GUTIÉRREZ, Ordinario di Diritto canonico - Pontificia Università della Santa Croce.

LUIS NAVARRO, Ordinario di Diritto della Persona - Pontificia Università della Santa Croce.

Hanno collaborato anche: F. CHICA ARELLANO, G.M. CORSI, J. FERRER, H. FRANCESCO, J. MIÑAMBRES, M.A. ORTIZ, F. PUIG, C. TAMMARO.

**Pagina bianca**

*Dottrina*

Pagina bianca

PAOLO G. CAROZZA

THE UNIVERSAL COMMON GOOD AND THE AUTHORITY  
OF INTERNATIONAL LAW

I. The Basic Theoretical Dilemma of Modern International Law. — II. The Universal Common Good. — III. International Legal Authority Today. — IV. The Responsibilities of States for International Law and Institutions.

«If we are to avoid descending into chaos ... we must rediscover within States and between States the paramount value of the natural law, which was the source of inspiration for the rights of nations and for the first formulations of international law»<sup>(1)</sup>. These words, which John Paul II addressed to the diplomatic corps accredited to the Holy See, provide the starting point for serious reflection on and renewal of Catholic thought regarding international law at the beginning of the 21<sup>st</sup> century. Modern international law did indeed first take root in the fertile soil of natural law thinking, and from its firm stand on that ground the Catholic Church has consistently provided international law with strong intellectual and moral foundations. Yet, despite that constant tradition, the Holy Father rightly spoke of need to *rediscover* of the value of the natural law between States, for it is undoubtedly the case that the dominant currents of juridical thinking today at least ignore and often reject theories of natural law as viable bases for judging the value and authority of international law in the contemporary world. To reinvigorate and reassert the distinctive contribution of the Church to international law for the 21<sup>st</sup> century thus coincides with a return to some the first principles of natural law.

---

(1) Address of John Paul II to the Diplomatic Corps, 13 January 2003.

I propose here, therefore, to begin by raising some basic questions about the foundations and ends of modern international law from the perspective of the Catholic intellectual tradition. What is «authoritative» about international law and international legal institutions in the contemporary world, seen in the light of natural law reasoning and in the light of the concrete global realities of the beginning of the 21<sup>st</sup> century? In particular, I would like to examine carefully the proposition that international law and international legal institutions should be considered to have a special moral status in the contemporary global order in virtue of the existence and requirements of the universal common good.

### I. *The Basic Theoretical Dilemma of Modern International Law.*

To begin to ask about Catholic thought and international law requires first setting aside some of the basis premises of legal positivism that prevail in legal theory today. If we are to consider international law to be «law» in any significant sense at all, we must be able to claim reasonably that it provides grounds for constraining and directing the behavior of states, the principal subjects of that law. Yet, contemporary theories of the modern international legal system have consistently had difficulty articulating and defending the basis for that authority. How can a system of norms that emerges exclusively from the will and narrowly-conceived self-interest of states also stand outside those states as an objective reason for limiting and controlling them? To the extent that the ultimate source of authority of international law is regarded merely as the actual behavior and the consent of states, every attempt to ground the authority of international law has become an exercise in obscuring the circularity of the argument. That prevailing positivism of modern international legal theory is typically sustained either by an intellectual sleight-of-hand and deliberate truncation of the question of the ultimate authority of law (as in Kelsen), or else by reducing the phenomenon of law to a sociological reality without real *normative* force (as in Hart). It is no wonder that in this intellectual and moral vacuum, the most theoretically attractive post-positivist accounts of international law today, both in Europe and in the United States, consistently conclude that it is nothing other than a linguistic game, a discursive construct to clothe the reality of raw willfulness and self-interest with the illusion of ne-

cessity and legitimacy. If the state, considered as a purely sociological reality, is all that there is at the foundations of international law, then there is ultimately no real reason or truth to it, and what passes for law becomes a form of violence toward what is truly human. As John Paul II has observed,

Human values, moral values, are at the basis of everything. Law cannot set them aside, neither in its objectives nor in its means... [T]he whole history of law shows that law loses its stability and its moral authority, that it is then tempted to make an increasing appeal to constraint and physical force, or on the other hand to renounce its responsibility — in favor of the unborn or the stability of marriage, or, on the international plane, in favor of entire populations abandoned to oppression — whenever it ceases to search for the truth concerning man<sup>(2)</sup>.

As these words imply, the reductive positivist account of law has never characterized the Catholic intellectual tradition. Instead, Catholic thinking about law has consistently pointed to another way of understanding law, including international law, as part of a more comprehensive moral enterprise that fully engages the meaning and end of the human person. In particular, the classical natural law account characteristic of Catholic thought has consistently understood the paradigmatic definition of law to be tied to the good of the human person through its necessary orientation to the *common good*. Aquinas considered law to be «nothing else than a rational ordering of things which concern the common good»<sup>(3)</sup>, and that insight has formed part of the constant core of classical natural law thinking to the present day — John Finnis, for instance, regards the word «law» in its focal meaning to refer primarily to «rules made ... for the common good of [a] community»<sup>(4)</sup>. Catholic magisterial teaching is no less clear on this point. The Catechism of the Catholic Church, drawing on the *Pastoral Constitution on the Church in the Modern World* and on John XXIII's *Pacem in Terris*, affirms

---

(2) Address of John Paul II to the Participants in the 9<sup>th</sup> World Congress on Law, 24 September 1979.

(3) *Summa Theologiae* I-II, qu. 90, a. 4.

(4) J. FINNIS, *Natural Law and Natural Rights* (1980), p. 276.

that all civil and political authority is exercised legitimately only when it seeks the common good of the community, and that laws contrary to that moral order are not binding in conscience<sup>(5)</sup>.

With respect to contemporary international law, however, this lucid connection between the authority of law and the common good raises at least two broad and important questions. First, how are we to understand the scope and content of the common good when we are speaking of the whole of the global order? And second, what exactly is the relationship of that common good which grounds the authority of law to the existing rules and institutions of international law? Both are critical to any effort to judge the authority of international law in the contemporary world from within the tradition of Catholic thought.

## II. *The Universal Common Good.*

The common good, generally, is understood in Catholic teaching to comprise «the sum total of social conditions which allow people, either as groups or as individuals, to reach their fulfillment more easily»<sup>(6)</sup>. Finnis provides a definition — widely accepted among other theorists of natural law — which is more nuanced but substantially similar: «a set of conditions which enables the members of a community to attain for themselves reasonable objectives, or to realize reasonably for themselves the value(s) for the sake of which they have reason to collaborate with each other (positively and/or negatively) in a community»<sup>(7)</sup>. The latter definition usefully highlights the need for us to determine what is the relevant «community» referred to whenever we speak of the common good. In connection with international law, we need to ask whether there is in fact *any* meaningful community about which one can speak of a common good.

At a basic level, the answer to that question within the Catholic intellectual tradition is clear. According to Aquinas, «the whole multitude of human beings is to be considered as like one community»<sup>(8)</sup> — by implication, therefore, having a unified common

<sup>(5)</sup> Catechism of the Catholic Church, 1897-1912.

<sup>(6)</sup> *Gaudium et Spes* 26.

<sup>(7)</sup> J. FINNIS, *Natural Law and Natural Rights* (1980), p. 155.

<sup>(8)</sup> See J. FINNIS, *Aquinas: Moral, Political and Legal Theory* (1998), p. 115 n. 60.

good. And since Francisco de Vitoria, Catholic thinking about the common good has had an even more explicitly global dimension, in recognition of the common destiny of all of humanity. Out of his deep reflections on the Spanish encounter with the peoples of the New World, Vitoria expanded the Thomistic notion of the common good to incorporate explicitly into it the *ius gentium*, the law of nations. In his *relecciones* Vitoria repeatedly analogized the whole world to a single commonwealth, in which all of humanity shares in a single common good<sup>(9)</sup>.

The most forceful modern expression of that idea comes from *Pacem in Terris*, the touchstone for all subsequent references to the «universal common good». In his encyclical, John XXIII was in some senses prophetic — or, more accurately, he showed the wisdom that allows a great truth to be grasped through the presence of small signs. For from the perspective of the 21<sup>st</sup> century, where even the word «globalization» is an inadequate label for the ever-growing material interconnectedness of the world, the prevailing international order of 1963 seems rather quaintly traditional. Yet, John saw clearly that in light of increasing economic interdependence, travel, information exchange and the growing collaboration and association among human communities generally, «no state can fittingly pursue its own interests in isolation from the rest»<sup>(10)</sup>. He went on to observe that:

No era will ever succeed in destroying the unity of the human family, for it consists of men who are all equal by virtue of their natural dignity. Hence there will always be an imperative need — born of man's very nature — to promote in sufficient measure the universal common good; the good, that is, of the whole human family<sup>(11)</sup>.

In this powerful combination of a deeply rooted, unchanging truth about human nature, together with an acute diagnosis of the contingent realities of the modern world, John's notion of the «universal common good» proved to be like seed scattered on rich fields:

---

<sup>(9)</sup> See J. MORRIS, *The Contribution of Francisco de Vitoria to the Scholastic Understanding of the Principle of the Common Good*, 78 *The Modern Schoolman* 9 (November 2000).

<sup>(10)</sup> *Pacem in Terris* 131.

<sup>(11)</sup> *Pacem in Terris* 132.

it has sprouted up in many places and contexts, and especially in much Catholic thinking and writing about the world economy in this era of globalization. In the fortieth year of *Pacem in Terris*, John Paul II reminded us on numerous occasions of the basic idea of the universal common good — that is, that the common good of humanity today has to be worked out in significant respects on an international plane<sup>(12)</sup>.

Nothing in this essay is aimed at denying the centrality of that «common good of humanity»; indeed, its existence and importance is a basic premise of the rest of the discussion here. It is helpful, however, to look more carefully and critically at the varying uses of the concept of a universal common good in Catholic, especially magisterial, thought from *Pacem in Terris* onwards<sup>(13)</sup>. Doing so, one perceives immediately some important ambiguities or internal tensions in the idea. Let me identify briefly four of them that would benefit from significant further thought and elaboration.

First, we may note that in *Pacem in Terris* itself, including the passages quoted earlier, the universal common good is presented as *both* a function of a material, historically contingent interdependence of human beings through the expansion of social and economic interactions, *and also* as an expression of the ontological unity of the human family, an «imperative need born of man's very nature»<sup>(14)</sup>. These two are not in conflict: it is because of the antecedent, ontological unity of the human family and a common human nature that interaction and interdependence are capable of generating that affective bond characteristic of the common good as a concrete reality. The important point is that the universal common good is not reducible merely to one or the other source. It requires material interaction and exchange that generates a heightened recognition of what we share as members of a common human family and that in turn leads to an increased acceptance of our moral responsibilities toward one another as we strive for a

---

<sup>(12)</sup> E.g., *Pacem in Terris: A Permanent Commitment*, Message of His Holiness Pope John Paul II for the Celebration of the World Day of Peace, 1 January 2003.

<sup>(13)</sup> Hereinafter I take the idea of the «universal common good» to include those conceptions of the common good which, even if not explicitly denominated «universal», are in any event considered to have significant international dimensions.

<sup>(14)</sup> *Pacem in Terris* 130-132.

common goal. Merely empirical observation of increased contact among human associations is not sufficient, nor is a bare abstract assertion of a universal human nature that does not become in fact a shared *experience* of our humanity.

Second, focusing only on one side of that initial duality — the ontological unity of the human family — we can find our understanding of it enriched greatly by the profoundly intriguing and innovative treatment of the idea of the common good in *Sollicitudo Rei Socialis*. There, John Paul II exhorts all believers to dedicate themselves to the common good, or (borrowing from Paul VI) to «the full development of the whole individual and “of all people”»<sup>(15)</sup>. But he describes that commitment as an exercise of *solidarity*, understood as a virtue leading members of a common society to recognize and respond to one another as persons. In other words, in John Paul II’s thought, the affective aspects of the universal common good described earlier, which are the expression of the fundamental unity of human nature, must be acquired as the fruits of conversion away from sin, including «structures of sin», and toward «a firm and persevering determination to commit oneself to the common good; that is to say to the good of all and of each individual, because we are really responsible for all». The ontological reality of the human family must therefore be made into a real commitment to the good of our neighbor by the transformation of our hearts, with the help of divine grace. «The same criterion is applied by analogy in international relationships», continues the Holy Father. «Interdependence must be transformed into solidarity»<sup>(16)</sup>.

Returning now to the other side of the initial duality identified earlier, the material interdependence of individuals and communities in the contemporary world, a third question about the universal common good arises: whether the national community or the international community is the paradigmatic one for purposes of determining the common good. In the hope and anticipation of the perfect community — that is, heaven, in which all the aspects of human flourishing are ultimately fulfilled — we naturally desire and seek to realize on earth a community capable of securing the

---

<sup>(15)</sup> *Sollicitudo Rei Socialis* 38.

<sup>(16)</sup> *Sollicitudo Rei Socialis* 38-39.

whole ensemble of conditions that favor the flourishing of each individual in it. Such a «complete community» is the paradigm for the common good. In recent centuries, natural law theory has considered the national community to be paradigmatic in this sense<sup>(17)</sup>. The basic point of *Pacem in Terris*, however, which is shared by subsequent Catholic teaching and by virtually every observer of global realities today, is that in crucial ways the nation-state is incomplete as a political community<sup>(18)</sup>. It cannot secure certain of the basic goods of the individuals within it, except by collaboration with other states in the international community. Whether we point to the threat of lawless violence such as terrorism, environmental degradation or financial stability and security, it is obvious that nation-states are not capable of realizing the common good of their people in isolation from coordinated activity with other states.

What John XXIII and subsequent observers of these basic facts do not explicitly address is whether such a reality today therefore shifts the locus of the paradigmatic community to the international plane rather than the national one. In other words, given the increasingly apparent «incompleteness» of national or statal political communities, must we regard the global community as now representing the central political instantiation of our tangible aspirations to completeness, and look to it as the principal association responsible for all aspects of individuals' flourishing? That seems implausible, at least in the present state of the world, for several reasons. First, it would contradict the clear teaching of the Church elsewhere, including in *Pacem in Terris* itself, that whatever international public authority that may exist or be created should not be some sort of super-state<sup>(19)</sup>. If the global community were to be considered the paradigm of the complete community, an aspiration to something very much like a «super-state» would seem to be a natural corollary. Second, even if even if international cooperation is a necessary supplement to the capacity of

---

(17) See R. GEORGE, *Natural Law and the International Order*, in D. MAPEL & T. NARDIN eds., *International Society: Diverse Ethical Perspectives* (1998), p. 54, 60-61.

(18) See, e.g., D. HOLLENBACH, S.J., *The Common Good and Christian Ethics* (2002).

(19) See *Pacem in Terris* 141.

nations to realize the common good of their people, nevertheless the international «community» simply does not exist at present as a real, affective community of *persons* — it is so only tenuously and indirectly, through states (and increasingly through other non-statal transnational associations and activities). That is in part a contingent assessment of current realities, one that could to a certain extent be overcome with time and the education of our humanity, with the cultivation of the virtue of solidarity referred to earlier. But in some important sense even a more mature and virtuous dedication to the common good of the global community would not be likely to displace fundamentally our primary association with smaller and more local communities as the principal locus in which we seek completeness and happiness, because of the specific historical, familial, linguistic and other cultural constituents of concrete, real, human lives. Even when we seek and become conscious of the universal good, it is through the particular — just as we know the ultimate Good, Christ himself, not first through an abstract universal ideal but rather through the human encounter with a person who ate and drank and had friends in a specific time and place.

In short, then, even though the idea of a universal common good does imply that the capacity of the nation-state to secure the common good is conditioned and made relative by its increased interdependence with other communities, more local communities have not been supplanted, nor are they likely to be in the foreseeable future, as the paradigmatic «complete» community in the modern world.

An additional basis for that conclusion has to do with a fourth and final question about the universal common good. As other Catholic thinkers have also pointed out, *Pacem in Terris* is somewhat ambiguous regarding the principal subjects of the universal common good. On the one hand, John XXIII seems to point to equal and autonomous states as the relevant agencies involved. On the other hand, he articulates in a significant way — indeed in an unprecedented way up to that point in papal teaching — a comprehensive understanding of individual human rights as the specification of the content of the universal common good. There is, in short, a certain tension between the rights of individuals and the rights of nations within the idea of the universal common good. Which has priority? Although *Pacem in Terris*

does not make this clear, both sides of that divide receive greater attention and development in the thought of John Paul II. More than any other pope, he has embraced the language of human rights as a way to articulate the fundamental requirements of justice and dignity<sup>(20)</sup>. Equally, he has developed and proposed a deep appreciation for the value of nations and cultures, and emphasizes the necessity to take into account «the cultural and national dimension» in seeking an adequate understanding of the human person. «At the heart of every culture lies the attitude a person takes to the greatest mystery: the mystery of God», he says in *Centesimus Annus* (21). «Different cultures are basically different ways of facing the question of the meaning of personal existence». For this reason, the Pope defends what he calls «the struggle for culture and for national rights». More clearly than in *Pacem in Terris*, then, we can see that the Catholic understanding of the universal common good needs to be oriented both toward the good of persons as expressed through the recognition and protection of their individual rights and also toward the good of persons as embodied in the integrity of their cultures and nations.

Although I have necessarily brushed over these complex questions with barely a few broad strokes, we should be able to draw a few general conclusions. First, as one scholar of Catholic conceptions of the common good recently pointed out:

The official teachings [regarding the universal common good] are, indeed, remarkable for their endorsement of ideas which, if not contradictory, at least stand in tension with one another. Thus the community in question is portrayed as both a society of nations and a single global polity; the common good appears to be at once an affective reality and a structural task; it is presented as a distinctively Christian concept and as a matter of reason accessible to all; and

---

<sup>(20)</sup> See generally G. FILIBECK ed., *I diritti dell'uomo nell'insegnamento della chiesa, da Giovanni XXIII a Giovanni Paolo II* (2001).

<sup>(21)</sup> *Centesimus Annus* 24. See also Address of His Holiness Pope John Paul II to the 50<sup>th</sup> General Assembly of the United Nations Organization, 5 October 1995.

as a principle it appears to function both in a spiritual and a social scientific context<sup>(22)</sup>.

We must conclude, at a minimum, that the renewal of Catholic thinking about the authority of international law will require considerably more and careful thought about the exact nature and effect of the «universal common good». In the interim, we will need to be careful not to assert the existence or consequences of the universal common good in too facile and mechanical a way, but instead with some modesty about its possible implications.

Even exercising such prudence, however, certain additional conclusions also suggest themselves, given that the principal object of law is to help attain the common good, and the object of international law is to secure the universal common good, or the transnational aspects of the common good. To begin with, we should limit the scope of international law to those aspects of the good of human communities that are truly shared — both in the sense of addressing needs and desires arising out of our common nature as members of the human family and also in the sense of addressing the tangible ways that life among more local communities is materially interrelated and interdependent. Put another way, international law must not be allowed to advance an abstract ideology but must instead serve a real human experience.

Moreover, given the continued priority of local communities as the paradigmatic locus of our concrete human experience of the common good, international law should be regarded as strictly subsidiary — that is, its aim is to assist the realization of the common good in national and other smaller communities by addressing those common coordination problems that cannot reasonably be fulfilled by the several states acting separately. That is to say, in other words, that the principle of subsidiarity should strictly allocate the responsibility for seeking the common good among national law and international law<sup>(23)</sup>. The presumption of a subsidiarity-oriented perspective is that national and other more local associations should be allowed the greatest possible freedom to

---

<sup>(22)</sup> W.A. BARBIERI JR., *Beyond the Nations: The Expansion of the Common Good in Catholic Social Thought*, *The Review of Politics*, Vol. 63 (2001), p. 723, 737.

<sup>(23)</sup> See P. CAROZZA, *Subsidiarity as a Structural Principle of International Human Rights Law*, 97 *American Journal of International Law* 38 (2003).

realize their ends for themselves, while international law intervenes only to assist the smaller entities, not to replace or supplant their roles. Even while making one of the most strenuous pleas for international law anywhere in magisterial Catholic teaching, John XXIII recognized the critical way that the principle of subsidiarity must dictate limits on international authority<sup>(24)</sup>.

Thirdly, John Paul II's development of the idea that the common good, including the international aspects of the common good, is a consequence of the exercise of the virtue of solidarity should make us more sensitive to the role that international law might play as a pedagogical tool, and might conversely in some circumstances make us more skeptical of, or at least cautious about, the more coercive manifestations of international law. Consider, for example, the Universal Declaration of Human Rights. Both in the process of its formulation and in its aspiration as a «common standard for humanity» it has contributed significantly to the transformation of hearts and minds in the service of a universal common good. Not without cause has John Paul II referred to it as «one of the highest expressions of the human conscience of our time»<sup>(25)</sup>. But in 1948 it was deliberately kept as a non-binding, educative instrument, without formal juridical authority. Had it been presumed to be a fully binding legal instrument, one can only imagine how quickly it would have failed — unless backed by massive coercive force, in which case one can only imagine how surely it would have contributed to imperialism and oppression. The point is that attentiveness to the need to cultivate the affective dimensions of the universal common good may well lead us to value a more restrained and expressive role for international law, including perhaps with respect to such basic matters as, for example, the use by nation states of the death penalty. Let me stress emphatically that this is not merely a way of saying that international law ought not to «matter». The great value that some Catholic legal scholars have traditionally placed on pedagogically expressive law has in recent years been validated by serious empirical study of its effects as well<sup>(26)</sup>.

---

(24) *Pacem in Terris* 140-141.

(25) Address of His Holiness Pope John Paul II to the 50<sup>th</sup> General Assembly of the United Nations Organization, 5 October 1995.

(26) See M.A. GLENDON, *Abortion and Divorce in Western Law* (1987); R.

Finally, our brief reflection on the content of the universal common good should serve as a reminder that the authority of international law must be measured against its orientation toward the good of persons situated in their social and cultural contexts. Where it is not substantively directed toward both human rights and the integrity of cultures and nations, it cannot bind in conscience.

As general as these principles may be, they already have some capacity to guide our reflections on international law. In light of an adequately differentiated understanding of the universal common good, is it within the proper authority of international law to address and seek to control the problems of nuclear non-proliferation, the destruction of the ozone layer, or the freedom of navigation on the high seas? Undoubtedly. What about corruption in national political-economic systems and spoliation of national wealth? Here the principles of subsidiarity and solidarity suggest that corruption and spoliation might legitimately come within the proper scope of international law in some cases, but not always, and may better do so as part of an educational process of «soft law» as much as through «harder» measures. With respect to contemporary human rights law, the question can be even more delicate. There would seem to be no question that the universal common good would require international intervention where human rights violations are massive, systematic, or threatening to international order. But by contrast, some of the recent interventions of the United Nations Human Rights Committee, the supervisory organ created by the International Covenant on Civil and Political Rights, far exceed the bounds of the universal common good: for instance, in Poland, the Committee has claimed, human rights requires the state to provide more adequate sexual education to schoolchildren; with respect to the United States, the Committee has charged that the political tradition of many states that require judges to be elected rather than appointed violates human rights; in Chile, the state's special relationship with the Roman Catholic and Orthodox Christian churches is said by the Committee to violate human rights; in Australia, according to the Committee, the

---

COOTER, *Expressive Law and Economics*, Berkeley Olin Program in Law & Economics, Working Paper 38 (1998), available at <<http://repositories.cdlib.org/blewp/38>>.

criminalization of homosexual conduct violates the Convention's human rights standards; and in multiple countries, the Committee has taken aim at restrictions on abortion and divorce as violations of the rights of women under the Covenant. These examples are inconsistent with international law's proper orientation toward the universal common good for either one or both of two reasons. In some cases, they represent interpretations and understandings of «human rights» that are contrary to basic moral truths about the human person. In others, they disregard the freedom and integrity of local communities to make certain fundamental choices about the way that they understand proper relationships of political morality — that is, they do not respect seriously the diversity and authenticity of human culture.

### III. *International Legal Authority Today.*

The latter example shows us, more generally, that in addition to thinking hard about the contours and content of the universal common good, we must also ask the second question with which we began our analysis: what is the relationship of the universal common good to the existing rules and institutions of international law? In particular, to the extent that international law is a good and necessary instrument in the service of a universal common good, who has authority over its creation, development and enforcement?

Classical international law is a system of diffuse, horizontal authority. The law is created by the interaction of states with one another. In the case of customary law, the legal rule emerges as the behavior of states coalesces around a practice that works to address the actors' mutual need to coordinate their behavior (including through the «negative coordination» of mutual restraint). This presents each state with a rational reason to adhere to the rule: the reasonable belief that the whole community of states (including ones own) will be better off if all respect the shared norm directing their action. Treaty law can essentially be said to be an extension of this pattern of rule-creation, with the addition to it of the institutionalized practice of making and adhering to promises.

Even such a highly compressed summary of the emergence of international legal rules is sufficient to permit two important observations about classical international law. First, because the rules

of law emerge in important part out of the accepted practices of states, there is a significant lack of clarity between state behavior that constitutes a violation of international law and state behavior that implicitly amends the existing rule and proposes a new rule of action for the community. Many clear examples of this dynamic can be identified. For instance, the assertion by some states (notably the United States) of territorial sovereignty over the continental shelf in the 1950s was in some sense a violation of the previously-existing rule of international law, but by doing so the United States also proposed to amend the rule by offering an alternative norm reasonably capable of universal application; and in fact the behavior and intent of other states quickly coalesced around that practice, establishing a new rule of international law. The second observation is that in this system of horizontal authority, when there are actors who do not behave in accordance with the rules established for the mutual benefit of the community — as there are with respect to every rule of law in the world as it is — the coercive force needed to maintain and restore order is also diffusely distributed among all the states that constitute the legal system.

Both of these observations share a common element: they show that the international legal system has traditionally regarded the responsible exercise of state power to be an integral part of the system. In generating norms that direct the actions of states to mutually beneficial practices, in successfully adapting them to new conditions and needs, and in making them effective, the power of states makes the international rule of law possible. Of course, the power of states can also be used to disrupt or destroy the rule of law where it is directed against the common good. But the point here is that there is traditionally no *necessary* structural opposition between force — the projection of power — and law in the international system. The issue is whether force is being used with moral responsibility, and thus in the service of the ongoing viability of the rule of international law, or against it.

Since up to this point I have been describing the classical Westphalian model of international society, it is reasonable to ask whether such observations are still apt today. Surveying the landscape of international law at the outset of the twenty-first century, the most decisively significant difference between the structure of the contemporary international legal system and that of the classi-

cal Westphalian order is the pervasive presence and role of international institutions. Starting in 1918, the international community began to turn consistently to institutions to try to address some of the structural weaknesses of international law and politics. Why? A system that relies on individual states interacting with one another to create law and to maintain it is clearly not a very efficient one. Especially as the requirements of global order grew increasingly complex in the twentieth century, and as the number of significant actors participating in the international legal order expanded, it became increasingly difficult for states operating in the classical model to coordinate their behavior for the mutual benefit of all. In part, then, the turn to institutions was to provide fora for sustained interaction and to establish processes by which the subjects of international law can more effectively coordinate their actions for the benefit of their common good. For our purposes here, however, that is a relatively uninteresting reason, because it does not, on its own, do anything in principle to alter the primary authority of states over international law, including the way that they may legitimately exercise responsibility through the reasonable uses of their power.

A more difficult and provocative question, and one much more relevant to our goal of judging international law from the perspective of Catholic thought, is whether the creation and existence of international legal institutions fundamentally alters or even replaces the primary authority of states in the international legal system. Put more simply, should international legal institutions be presumptively deemed to have greater authority over the creation, application and enforcement of international law than states interacting acting severally do? Of course, merely as a matter of positive law states could bind themselves to follow the formal authority of an international institution in some way. But on what basis might it be said that international institutions, merely by their existence in and incidence on the international order, ought to be regarded as *authoritative* makers, interpreters and enforcers of international law? (By «authoritative» here I mean, specifically, regarded as having authority such that a subject of the law — typically a state and its leaders, and indirectly their constituencies — ought at least *prima facie* to accept the source of the law as itself providing a rational reason for the subject to conform its behavior to the rule established by that institution, and to accept enact-

ments of those international institutions as presumptively binding in conscience?) This, arguably, would be one way of understanding John XXIII's well-known endorsement, in *Pacem in Terris*, of a «general authority equipped with world-wide power and adequate means for achieving the common good»<sup>(27)</sup>.

To address that question, at this point we can return more explicitly to the natural law premises of the Catholic intellectual tradition, including those in our prior discussion of the universal common good. In the context of natural law reasoning, for international institutions to have such presumptive legal authority would require satisfying two conditions: that such institutions can reasonably be relied upon to seek the common good; and that they can reasonably be expected to achieve it effectively. The first of these conditions is more obviously within the tradition of natural law reasoning — it merely expresses a corollary of the principles articulated by St. Thomas and referred to earlier, which have been consistently affirmed in natural law theory and in Catholic teaching to his day: that the sole purpose of civil authorities is to serve the common good, and that «laws and decrees passed in contravention of the moral order ... can have no binding force in conscience» (to use the specific formulation of *Pacem in Terris*)<sup>(28)</sup>. The second condition perhaps is slightly less self-evident but no less certain. John Finnis summarizes it well, drawing together both classical natural law principles and modern insights about law and political authority, and so is it worth quoting him at some length:

Authority (and thus the responsibility of governing) in a community is to be exercised by those who can in fact effectively settle co-ordination problems for that community. This principle is not the last word on the requirements of practical reasonableness in locating authority; but it is the first and most fundamental.

The fact that the say-so of a particular person or body or configuration of persons will in fact be, by and large, complied with and acted upon, has normative consequences for practical reasonableness; it affects the responsibilities of both ruler and ruled, by creating certain exclusionary rea-

---

<sup>(27)</sup> *Pacem in Terris* 137-138.

<sup>(28)</sup> *Pacem in Terris* 51.

sons for action. These normative consequences derive from a normative principle — that authority is good (because required for the realization of the common good) — when that principle is taken in conjunction with the fact that a particular person, body, or configuration of persons can, for a given community at a given time, do what authority is to do (i.e., secure and advance the common good) <sup>(29)</sup>.

Are these conditions satisfied by international legal and political institutions in the world today? Given the functional differentiation and specialization of international institutions, and the resulting limitations on the scope of any putative authority they may have, it is of course necessary to ask that question in specific contexts, and the answer may differ substantially if we are considering, say, the Universal Postal Union or the Organization for Security and Cooperation in Europe or the World Trade Organization. In the case of at least some important international institutions, however, we would have good reason to question whether the two conditions are satisfied in any substantial way. Consider, for instance, the most central and comprehensive institution of the contemporary international legal order: the United Nations Organization.

The words of the Preamble to the U.N. Charter provide an eloquent articulation of certain fundamental aspects of the universal common good and of reasons for cooperating through this international institution for the advancement of that common good:

We, the peoples of the United Nations, determined to save succeeding generations from the scourge of war, which twice in our lifetime has brought untold sorrow to mankind, and to reaffirm faith in fundamental human rights, in the dignity and worth of the human person, in the equal rights of men and women and of nations large and small, and to establish conditions under which justice and respect for the obligations arising from treaties and other sources of international law can be maintained, and to promote social progress and better standards of life in larger freedom, and for these ends to practice tolerance and live together in peace with one another as good neighbours, and to unite

---

<sup>(29)</sup> J. FINNIS, *Natural Law and Natural Rights* (1980), p. 246.

our strength to maintain international peace and security, and to ensure, by the acceptance of principles and the institution of methods, that armed force shall not be used, save in the common interest, and to employ international machinery for the promotion of the economic and social advancement of all peoples, have resolved to combine our efforts to accomplish these aims<sup>(30)</sup>.

It is evident from this that the stated goals of the 50 states that established the U.N. in 1945 were intimately related to the common good of all nations. This is also the fundamental reason for the Holy See's consistent support in principle for the United Nations<sup>(31)</sup>.

Has the United Nations in fact been faithful to its responsibility for seeking the universal common good? We do not have the space here for a comprehensive assessment of all the multitude of United Nations activities over the past sixty years, but we are all familiar enough with the basic outlines of its history know that its record is mixed. There certainly have been occasions where it has acted clearly and decisively in harmony with the requirements of the universal common good — in conflict prevention and peace-keeping throughout the world, in fostering economic development and the judicious use of the world's finite resources, in facilitating more peaceful and just political transitions in countries such as El Salvador or South Africa. No less clearly, however, we are forced to recognize the ways in which the instrumentalities of the United Nations, both through action and omission, consistently fail to serve the universal common good and in fact frequently act in direct contravention of the moral law. Its agencies systematically undermine the right to life of the unborn and the integrity of the family, including through the promotion of coercive population control. Its committees and subsidiary organs accommodate and indeed at times privilege manifestly evil political regimes. At all levels, it is sometimes prone to silence and inaction in the face of massive oppression in significant parts of the world. Even some of the United Nations' more notable «successes» are laced with ac-

---

<sup>(30)</sup> Charter of the United Nations Organization, Preamble.

<sup>(31)</sup> See, e.g., *Centesimus Annus* 21, Address of His Holiness Pope John Paul II to the 50<sup>th</sup> General Assembly of the United Nations Organization, 5 October 1995.

tions and omissions evidencing positive harm to the common good — the example of East Timor is a case in point, where the ultimate good of U.N. assistance and intervention only followed many years of neglect as well as a positively harmful impact on the situation.

The very ambiguous factual record of the United Nations' service of the common good is buttressed by an assessment of the motivations of its members in many cases. In other words, aside from whether they have in fact succeeded in serving substantive justice, could we conclude that the states acting through the United Nations are at least *seeking* the universal common good? Again, a single judgment to cover all the actors and all their situations is not possible. But is it irrefutable that many of the actors in the institution are governments that massively violate the fundamental rights of their people — the same human rights that (as we saw earlier) contemporary Catholic thought regards to constitute the principal specifications of the universal common good. It simply is not reasonable to presume that those actors will act in furtherance of the universal common good internationally while engaged in large-scale denials of justice and the common good at home. Moreover, in a period where the Popes from John XXIII to John Paul II, and Catholic thought generally, has consistently increased its appreciation for the value of democracy and citizen participation in the political order<sup>(32)</sup>, we must recognize that the U.N. (like international institutions generally) is seriously deficient in this respect. It tends to radically separate international law and politics from the participatory democratic processes of internal constitutional orders<sup>(33)</sup>. Can such a system be reasonably and consistently expected to desire the universal common good — «something that cannot be determined without reference to the human person»<sup>(34)</sup> — or will it instead be more prone to turning into what John Paul II referred to as «a burdensome system of bureaucratic control which dries up the wellsprings of initiative and creativity»<sup>(35)</sup>?

---

(32) See, e.g., *Centesimus Annus* 46-47.

(33) Cf. J.H.H. WEILER, *Governance without Government: The Normative Challenge to the Global Legal Order*, paper presented to the IX<sup>th</sup> Plenary Session of the Pontifical Academy of Social Sciences, May 2003.

(34) *Pacem in Terris* 139.

(35) *Centesimus Annus* 25.

Recognizing nevertheless that the original inspiration of the United Nations and many of its current goals and activities are indeed motivated by a broad intention to seek and to realize the universal common good, the second question also comes into play. Is the institution reasonably regarded as effective in its exercise of authority, such that the rules it established will in fact be complied with and acted upon? The most central norm of the U.N. Charter was intended to be the Security Council's control of the use of armed force in the international arena, and the limitation of unilateral force to instances of self-defense, so that «armed force shall not be used, save in the common interest», to quote the Charter again. Several hundred international conflicts later — almost every one neither in self-defense nor authorized by the Security Council — the evidence is clear that the organization is not effective in restraining the use of force. Has it been any more effective in affirmatively *authorizing* the use of force where necessary to protect and preserve the universal common good with which it was entrusted? Perhaps it would be too controversial to cite the paralysis of the Security Council in the Iraq case in this regard, so let us turn to a less contested example. The world recently marked the tenth anniversary of the Rwandan genocide. The prevention or limitation of genocidal violence surely is a paradigmatic example of what it means to exercise responsibility for the universal common good. Yet, not only was the Security Council incapable of authorizing force to prevent the violence in Rwanda that its members were fully aware of, but we now also know that the U.N. even affirmatively ordered its officers in Rwanda *not* to intervene to do anything about the killing that was going on before their eyes. Nor does it seem that lessons learned from the Rwandan failure are providing any basis for confidence in the ability and willingness of the U.N. to address, for example, the horrific violence and abuse going in Sudan at present.

Such failures are incontrovertible. Among other observers, the popes from John XXIII to John Paul II have consistently acknowledged that «[t]he United Nations ... has not yet succeeded in establishing, as alternatives to war, effective means for the resolution of international conflicts»<sup>(36)</sup>. Where an institution such as the

---

<sup>(36)</sup> *Centesimus Annus* 21.

United Nations, or more specifically the Security Council, manifestly is ineffective in acting to further the most basic responsibilities which it has been in some way entrusted by the subjects of its putative authority, then basic principles of natural law suggest that its rules are not authoritative. To be precise, this is not to deny that some acts of the Security Council are not formally valid purely as a matter of posited law. Nor am I arguing that the U.N. is incapable, in certain specific circumstances, of arriving at decisions that ought to be regarded as generating moral obligations for states. Moreover, there may often be extra-legal reasons of prudence and diplomacy that favor compliance with U.N. decisions. The claim here is narrow but important: by «not authoritative» I mean that the mere *fact* of its decisions does not provide an exclusionary *moral* reason for the subjects of that «law» to be bound in conscience to comply with and act upon it.

In the case of the Security Council, specifically, this conclusion is implicitly acknowledged by those scholars of international law who have argued that the Charter of the U.N. should not be deemed to preclude the unilateral use of military force in those circumstances where the Security Council has had the opportunity to act but has failed to do so, and where the use of force is in fact necessary to secure the common good of the international community. Put another way, the failure of international institutions to satisfy the basic conditions necessary for the exercise of legitimate political and legal authority means that the preexisting authority of the several states in the classical international legal system is essentially preserved.

#### IV. *The Responsibilities of States for International Law and Institutions.*

That point in turn brings us to one final inquiry: in light of these observations about the relationship of international institutions and the universal common good, what are the responsibilities of states with respect to those institutions today? Given that existing institutions of international law do in certain significant cases serve to realize the universal common good, but are at the same time not necessarily authoritative in the sense that we have been discussing, then I believe we can draw three interrelated conclusions.

First, where international institutions are intended to secure (some aspect of) the universal common good and are in fact oriented toward that common good, and where they can reasonably be expected to be effective in achieving that aim, then the individual states as subjects of international law have a clear moral duty to cooperate with those institutions. Second, where the institutions and the rules emerging from them are generally intended to serve the common good but are incapable of doing so either because of the limitations of the normative content of the law or because of the functional shortcomings in the operation of the institution, then states have a responsibility to seek the reform of that institution to help accomplish more effectively its basic purposes. That conclusion presupposes that the positive reasons for the institutions — the human aspirations for peace, development, justice, etc. which generated them to begin with — are still present and capable of generating the unity and cooperation necessary to pursue the common aim in question. The words of the Preamble of the Charter of the United Nations, quoted earlier, provide a lucid example of such conditions, where the deep desires of the human heart that inspired the initiative remain alive even when the institution has fallen far short of the ideal. Finally, where the institutions do fail to secure the universal common good but individual states of the international order have the effective power to advance it independently of the coordination functions of the international institution, then those states have a duty to act on behalf of the common good of the human family (conditioned, of course, by their other moral obligations, such as the recognized requirements of the moral law for the just use of military force).

We can return to the example of genocide and humanitarian intervention to illustrate this dynamic. Several times in recent decades the community of nations has been presented with acute humanitarian crises in which genocide has been threatened or carried out. What is the respective duty of states and international organizations to intervene in the territory of sovereign states, including by military force if necessary, to prevent or bring to an end such grave violations of the basic requirements of human dignity? Such humanitarian intervention could in principle be authorized by the Security Council, provided that it finds the violations at issue to constitute threats to or breaches of peace within the meaning of the U.N. Charter. If it were to do so, then the member states of

the international community would have not only a positive legal obligation but also a moral obligation to cooperate with the U.N. to bring an end to the humanitarian crisis. This would be consistent with the aspiration of the states constituting the U.N. «to unite our strength to maintain international peace and security, and to ensure ... that armed force shall ... be used ... in the common interest». In fact, however, on several occasions the Security Council proved to be incapable of so acting, despite that lofty goal. In some cases it has been argued that the positive law prohibits it (for instance, if «threats to peace» were considered to exclude humanitarian problems with only domestic dimensions); more often, the practical functioning of the institution rendered it ineffective (for example, the voting arrangements of the Security Council paralyzed it, or it did not have the financial and logistical means to respond). In such cases, those states who have the material possibility to effect a change of the institution to overcome its limitations and thereby help secure the common good have an obligation to seek such reforms. Failing such reforms, however, or pending their realization, the genocide remains and the universal common good is thus objectively and gravely harmed. In such situations, where a state or group of states has the power to act effectively, we would have to conclude that rather than allow the humanitarian crisis to persist, to the harm of our common humanity, those states not only may but indeed must act. Arguably, this described the situation justifying NATO intervention in Kosovo without U.N Security Council authorization. Borrowing from a statement of the Holy See Secretariat of State, we can say that the more powerful countries of the world «must assume their particular responsibility for the universal common good and that of all humanity opening to a worldwide horizon»<sup>(37)</sup>.

As in the classical model of international law described earlier, we may recognize that in each of these examples, the responsible and moral use of state power is thus consistent with the rule of law. It is, in fact, *necessary* to the realization of the fundamental end of law in the international arena, whether exercised in coop-

---

<sup>(37)</sup> Ethical Guidelines for International Trade, September 2003. That this statement was made in the context of international trade does not in any way limit its relevance to other contexts.

eration with international institutions, or in the reform of such institutions, or in the absence of effective institutions.

That conclusion may make us somewhat uncomfortable as well. Especially in viewing the problem of the universal common good from the perspective of Catholic thought and experience, we will be acutely aware of the implications of our human weakness and sin, i.e., the risk of abusing power and of seeking our self-interest at the expense of the good of the other. We rightly should be conscious of our capacity for evil, for the mature Christian judgment is not a utopian one, not an ideological one, but one intensely concerned with the real, in the totality of its factors. But this is not, in the Christian experience, a definitive obstacle to our efforts to construct a civilization based on the universal common good. It does imply, instead, that our action in law and politics needs to be founded on a true education, an education of the human heart to recognize and act with constant regard for the mystery, meaning and truth of the human person. That is what John Paul II has been teaching us in characterizing the universal common good as the fruit of a transformation of our hearts and minds. And that *is* in our experience a truly realistic position, because we have encountered in the flesh the One who makes that transformation possible.

**Pagina bianca**

JUAN FORNÉS

## LA LIBERTÀ RELIGIOSA IN EUROPA (\*)

1. Introduzione. — 2. L'Europa e la libertà religiosa. — 3. Il Diritto ecclesiastico nell'Unione Europea. — 4. Sei esempi illustrativi di regolazione indiretta del diritto alla libertà religiosa: *a)* Questioni lavorative; 1) Il principio di parità e la libertà religiosa; 2) Riferimento ad alcuni aspetti dell'organizzazione dell'orario di lavoro; *b)* Attività di radiodiffusione televisiva; *c)* Il trattamento dei diritti d'autore; *d)* I dati personali; *e)* Un appunto sul patrimonio storico-artistico. — 5. Relazioni istituzionali tra l'Unione Europea e le confessioni religiose: la prospettiva della Costituzione europea.

### 1. *Introduzione.*

«L'Europa... cos'è l'Europa?» Questa domanda, come informava il cardinale Ratzinger in una riunione dedicata alla materia che qui ci occupa, era posta con enfasi e reiteratamente da uno dei partecipanti al sinodo Episcopale sull'Europa. E proseguiva: «Dove comincia, dove finisce l'Europa? Perché, ad esempio, la Siberia non appartiene all'Europa, sebbene essa sia abitata principalmente da europei, che vivono e pensano in maniera chiaramente europea? Dove si perdono i confini dell'Europa nel Sud della comunità degli Stati russi? Dove corre la sua frontiera asiatica? Quali isole sono Europa, quali invece non lo sono, e perché?» E rispondeva a questi interrogativi mettendo in risalto che «l'Europa è solo secondariamente un concetto geografico: l'Europa non è un continente nettamente afferabile in termini geografici, ma è un concetto culturale e storico»<sup>(1)</sup>.

---

(\*) Conferenza tenuta in occasione del solenne Atto accademico per la celebrazione di San Raimondo di Peñafort alla Facoltà di Diritto Canonico. Pontificia Università della Santa Croce. Roma, 13 gennaio 2005.

(1) J. RATZINGER, *Europa, política y religión*, conferenza tenuta il 28 novembre

In effetti, come è stato sottolineato in più di una occasione, e come ricordava Fontán a proposito di «Europa e Cristianesimo»<sup>(2)</sup>, lo stesso Erodoto (ca. 480-424 a.C.), il «padre della storia», conosceva ed utilizzava il nome Europa, anche se affermava di ignorare l'origine di tale denominazione dato che, secondo lui, non esistevano dati che ne specificassero la provenienza. In ogni caso, «la prima Europa che l'Antichità conobbe fu quella greca, che dall'Ellade in oriente si espandeva all'Italia, alla grande colonia di Marsiglia e a quelle più modeste dell'Iberia. In seguito, l'Europa fu quella della Roma repubblicana, della cultura grecoromana di espressione latina che, con centro in Italia, si estendeva dalla Tracia alle Alpi, abbracciando il sud dell'attuale Francia e le province iberiche, e che raggiunse la sua massima estensione con la conquista delle Gallie e lo sbarco in Britannia di Giulio Cesare. Nelle sue prime fasi, i confini dell'Impero furono il Reno e il Danubio fino alla loro foce, nelle province della «Germania inferior» e della Dacia. Infine, a partire dal secolo IV, per Europa si intende l'Europa cristiana, che in seicento anni arriverà a comprendere tutto il continente. Questa è l'Europa che avrà seguito nel resto dell'Età Media e in quella Moderna fino al giorno d'oggi, per molto che siano secolarizzati nell'attualità i popoli e gli stati»<sup>(3)</sup>.

Ma, storia a parte, nella questione cristianesimo ed Europa bisogna anche tenere in considerazione la condizione oggettiva dell'odierna realtà sociale. E in questo senso si può riscontrare che la maggior parte dei cittadini dell'attuale Unione sono cristiani. Dalla cultura cristiana derivano, oltre al calendario, le feste e le più solide usanze e tradizioni familiari. L'anticristianesimo e l'ateismo belligerante ricordano semplicemente epoche passate e impianti ideologici ormai antiquati. La libertà religiosa è un principio condiviso da tutti. E il dualismo cristiano, cioè la netta distinzione tra

---

2000 nell'ambito del Ciclo «Conversaciones sobre Europa» presso la Delegazione di Baviera a Berlino. Traduzione in spagnolo in «Nueva Revista», 73, enero-febrero, 2001, pp. 67 s. Si può trovare nella raccolta di R. NAVARRO-VALLS e R. PALOMINO, *Estado y Religión. Textos para una reflexión crítica*, 2ª ed., Barcelona, 2003, pp. 371 ss. In termini simili si esprimeva nella conferenza tenuta il 13 maggio del 2004 su *Europa. I suoi fondamenti spirituali ieri, oggi e domani*, alla biblioteca del Senato della Repubblica Italiana (vid. in *Zenit*, 19 maggio 2004).

(2) A. FONTÁN, *Europa y Cristianismo*, in ABC, 2 de octubre de 2003, p. 3.

(3) *Ibid.*

Politica e Religione, tra ordine temporale e ordine spirituale, enunciato nella parola evangelica — rendete a Cesare ciò che è di Cesare e a Dio ciò che è di Dio — e vigorosamente ricordato da Gelasio nel secolo V, ha finito per essere comunemente accettato<sup>(4)</sup>.

## 2. *L'Europa e la libertà religiosa.*

Ma abbiamo appena detto che il principio di libertà religiosa è un principio condiviso da tutti. È veramente così? La risposta, dal mio punto di vista, è: sì, anche se con eccezioni e sfumature.

Possiamo affermare — come si è detto, dalla prospettiva della posizione che lo Stato adotta rispetto al fattore religioso<sup>(5)</sup> — che in Europa esiste un determinato modello comune di relazioni tra lo Stato e la religione, costituito sempre sulla base della tutela e difesa del diritto alla libertà religiosa. Modello che può essere definito attraverso tre caratteristiche fondamentali: *a)* neutralità dello Stato rispetto alle questioni religiose individuali, per cui le leggi costituzionali e i trattati e le convenzioni internazionali garantiscono l'imparzialità del potere pubblico e l'obbligo a rispettare la libertà di professare le proprie credenze religiose, senza discriminazioni basate sulla religione; *b)* il rispetto dell'autonomia interna delle confessioni religiose; e *c)* la presenza di norme legali che stabiliscono limiti all'esercizio del diritto alla libertà religiosa nelle sue manifestazioni collettive per motivi di ordine pubblico, di moralità, di salute o, infine, di protezione dei diritti e delle libertà altrui.

«Ovviamente, questo modello normativo presenta anche delle varianti. Queste varianti sono in relazione soprattutto con il livello con cui si facilitano le attività dei gruppi religiosi. Le differenze tra uno Stato e l'altro sono perfino ancora più importanti in materie quali l'efficacia civile del matrimonio religioso, l'insegnamento della religione nelle scuole pubbliche e il finanziamento pubblico dei gruppi religiosi. (...) Tuttavia, queste varianti sembrano riflettere differenti livelli di cooperazione dei poteri pubblici con le istituzioni religiose, più che una totale assenza di cooperazione. In al-

(4) Cfr. *ibid.*

(5) Cfr. S. FERRARI, *The New Wine and the Old Cask. Tolerance, Religion and the Law in Contemporary Europe*, in «Ratio Juris», vol. 10, n. 1 (1997), pp. 77-79.

tre parole, esistono diverse versioni di un modello comune, più che un modello alternativo»<sup>(6)</sup>.

In questo senso, e come dicevo in precedenza, esistono eccezioni e sfumature rispetto all'accettazione generalizzata del principio di libertà religiosa. Basti ricordare il «Rapporto 2004 sulla libertà religiosa»<sup>(7)</sup>, che raccoglie in 438 pagine un'analisi della situazione di questo diritto umano fondamentale in tutto il mondo, paese per paese. Per quanto riguarda l'Europa<sup>(8)</sup>, si sottolinea, ad esempio, come in Albania, dopo tre decenni di regime comunista, con la nuova costituzione la libertà religiosa sia sostanzialmente rispettata dalle forze politiche al potere. Le relazioni tra le diverse comunità sono buone e nessuna denominazione religiosa gode di uno status speciale. Tuttavia, nessuno dei tre gruppi religiosi maggioritari — mussulmani, ortodossi e cattolici — è riconosciuto come personalità giuridica.

In Bielorussia esistono ostacoli legislativi e burocratici che rendono legittima l'attività religiosa, ma praticamente impossibile da professare per molte comunità religiose minoritarie.

La difficile situazione nell'ambito del rispetto dei diritti umani ha indotto una delegazione della Commissione statunitense sulla Libertà Religiosa Internazionale ad effettuare una visita in questo paese per osservarne e valutarne il clima esistente.

I risultati sono stati raccolti in un Rapporto, pubblicato nel maggio del 2003, nel quale i membri della delegazione hanno evidenziato che «la libertà religiosa è ampiamente ristretta in Bielorussia». Tra i principali ostacoli che limitano la libertà religiosa, spiccano la negazione della registrazione statale alle comunità religiose, la proibizione per le comunità non registrate di riunirsi in maniera sistematica presso uno stesso luogo, la negazione dell'auto-

<sup>(6)</sup> Cfr. *ibid.*

<sup>(7)</sup> *Zenit*, 28 giugno 2004. Rapporto redatto dalla sezione italiana di ACS (istituzione pontificia di assistenza alle comunità cristiane). Attilio Tamburini, direttore di questa sezione (Aiuto alla Chiesa che Soffre), nel presentare il testo alla stampa, a Roma, il 25 giugno 2004, ha riconosciuto che si tratta di un rapporto unico nel suo genere, poiché redatto «da una associazione cattolica che si preoccupa per la situazione dei credenti di tutte le confessioni religiose, in quanto il diritto alla libertà religiosa è un diritto naturale» (*ibid.*).

<sup>(8)</sup> Cfr. *Zenit*, 10 luglio 2004, che qui viene riprodotto parzialmente, insieme ad altri dati, commenti provenienti da altre fonti e osservazioni di carattere personale.

rizzazione a costruire, acquistare o affittare locali per finalità religiose e la restrizione dei diritti dei lavoratori religiosi stranieri.

La Chiesa ortodossa gode di uno status privilegiato rispetto alle altre confessioni religiose — comprese quelle riconosciute come religioni tradizionali nella legge del 2002 — quali il cattolicesimo, l'islamismo, l'ebraismo e il luteranesimo.

Il 22 dicembre del 2002, in Bulgaria è stata approvata una legge sulle religioni che riconosce alcuni privilegi alla Chiesa ortodossa, concessi in quanto rappresentante della maggioranza dei quasi 8 milioni di abitanti.

Secondo questa nuova legge, tutte le comunità religiose, ad eccezione di quella ortodossa, sono obbligate legalmente a registrarsi presso la Corte Municipale di Sofia per essere riconosciute dallo Stato e per poter professare il culto pubblicamente.

La legge ha suscitato le proteste delle diverse comunità religiose, e in particolare della comunità mussulmana.

In Francia, il divieto all'utilizzo di simboli religiosi nelle scuole nasce in un contesto culturale di difesa della laicità, principio costitutivo della Repubblica dal 1789 (art. 10 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino).

La Chiesa cattolica si è opposta a questa proibizione. L'arcivescovo di Parigi, il cardinale Jean-Marie Lustiger, aveva ammonito la Commissione Stasi a non toccare il fragile equilibrio mantenuto dalla Francia fin dalla legge del 1905 sulla separazione tra Chiesa e Stato<sup>(9)</sup>.

Ad ogni modo, la relazione della «Commissione di riflessione sull'applicazione del principio di laicità nella Repubblica» dell'11 dicembre 2003, di Bernard Stasi, e successivamente la Legge sulla laicità e l'utilizzo di segni religiosi nei luoghi pubblici del 15 marzo 2004, hanno sottolineato che per rispetto alla libertà di coscienza, vengono proibiti nelle scuole, nei collegi e nei licei i se-

---

(9) È interessante ricordare, in questa sede, che Nicolas Sarkozy, presidente dell'UMP (partito al governo in Francia), propone nel suo libro *La Repubblica, le religioni, la speranza*, pubblicato nel 2004, una riforma della legge del 1905, affinché lo Stato possa finanziare edifici destinati al culto. «Credere che lo Stato — assicura nel proprio libro — possa rimanere completamente indifferente al fatto religioso è in contraddizione con la realtà». E aggiunge: «Il diritto di vivere la propria religione è importante quanto il diritto di associazione, la libertà di espressione o il diritto alla presunzione d'innocenza» (cfr. *Acprensa*, 144/04, del 10 novembre 2004, pp. 1-2).

gni che manifestano un'appartenenza religiosa o politica. Qualsiasi sanzione sarà adottata dopo aver invitato l'alunno a rispettare questi obblighi. Tale disposizione sarà inseparabile dall'esposizione dei motivi: i segni religiosi proibiti sono i segni vistosi, quali possono essere una grande croce, il velo o la kippah. Non si considerano segni che manifestano un'appartenenza religiosa i segni discreti, quali ad esempio medaglie, piccole croci, stelle di David o piccoli Corani.

Tutto ciò ha messo in evidenza, a mio giudizio in maniera appropriata, che «in definitiva, si è scommesso su un ritorno alla *laïcité de combat* dei tempi passati, un meccanismo di protezione della neutralità ideologica dello spazio pubblico francese — che, paradossalmente, è proposta come una sorta di religione di Stato — per mantenerlo al margine di qualsiasi tipo di rivendicazione comunitaria (in questo caso, quella islamica). Per difendere la libertà di coscienza di tutti i francesi, l'esercizio della libertà religiosa degli alunni mussulmani (e dei loro genitori) nell'ambito educativo è dichiarato, *ex lege*, in stato di eccezione. Auguriamoci che l'esempio non si diffonda»<sup>(10)</sup>.

In effetti, la questione degli indumenti religiosi è stata posta anche in Belgio<sup>(11)</sup>, Svezia e Germania.

Nell'ultimo paese citato la questione è stata posta da una professoressa mussulmana che indossava il velo in una scuola

---

<sup>(10)</sup> I. JIMÉNEZ-AYBAR, *La cuestión del velo islámico*, in «Diario de Navarra», 5 Septiembre 04, p. 17. Si possono anche vedere, a tal riguardo, gli studi di S. CAÑAMARES, *Las manifestaciones externas de religiosidad en el ordenamiento jurídico español: el empleo de simbología religiosa*, in AA.VV., *El ejercicio de la libertad religiosa en España: cuestiones disputadas* (coord. por A. DE LA HERA, A. MOTILLA y R. PALOMINO), Madrid, 2003, pp. 177 ss., in particolare quanto si riferisce alla simbologia religiosa nell'esperienza comparata (Francia, Svizzera, Germania, Italia, Belgio, Gran Bretagna, ecc.) a pp. 193 ss. e F. PÉREZ-MADRID, *Inmigración y libertad religiosa*, Madrid, 2003, in particolare, pp. 68 ss., 96 ss.

<sup>(11)</sup> In questo paese, il Consiglio per le Pari Opportunità ha stimato, nel settembre del 2003, che la questione del «velo religioso» debba essere affrontata coerentemente con il suo significato; vale a dire che, se questo indumento viene indossato come espressione di una scelta personale o come strumento di emancipazione, dovrà essere tollerato. Ma se il suo utilizzo è una manifestazione dell'oppressione del proprio contesto natale, le autorità pubbliche dovranno applicare le misure necessarie per vietare l'uso di questo indumento (cfr. F. PÉREZ-MADRID, *La incidencia de la Constitución española de 1978 en las diferentes disciplinas jurídicas. Constitución y Derecho Eclesiástico del Estado*, Barcelona, 2004, *pro manuscripto*).

pubblica. Il Land Baden-Württemberg ha proibito il suo ingresso nel plesso scolastico con indumenti religiosi, decisione che è stata confermata dal Tribunale Federale Amministrativo. In seguito, il Tribunale Costituzionale ha emesso una sentenza contro la proibizione dell'uso di indumenti religiosi nelle scuole. Malgrado ciò, la coalizione di governo capeggiata dal Partito Socialdemocratico ha deciso, agli inizi del 2004, di proibire l'utilizzo del velo islamico, del crocifisso cristiano e della «kippah» ebraica da parte di docenti, forze di polizia, giudici e altri rappresentanti o impiegati del settore pubblico. Per contro, il Tribunale Federale tedesco ha deliberato a favore di una dipendente mussulmana che era stata licenziata dalla padrona del negozio perché indossava il velo islamico. Il Tribunale ha ordinato che la dipendente venisse riassunta, poiché l'interesse del negozio, tenendo in considerazione il timore di possibili reazioni negative da parte della clientela, doveva essere ponderato alla luce del diritto alla libertà religiosa dell'impiegata<sup>(12)</sup>.

Per di più, riferendoci sempre a questo stesso paese, la Conferenza Episcopale Tedesca ha pubblicato un documento di 278 pagine inerente alla libertà religiosa e, in particolare, al rapporto tra cristiani e mussulmani nello stato di diritto.

Il documento si propone di favorire nei cattolici una maggior consapevolezza della propria identità, e una testimonianza senza timori della propria fede. Attualmente in Germania vivono più di 3

---

(12) Cfr. *ibid.* «Dagli esempi citati — sottolinea argutamente l'autrice — bisogna trarre alcune conclusioni. Ci troviamo realmente di fronte ad un vero cambiamento qualitativo e quantitativo nello scenario della convivenza, in cui le possibilità di incontro tra individui e culture sono sempre più ampie. La *globalizzazione* non è esclusivamente un concetto di risonanza economica, ma implica anche altre conseguenze strettamente connesse alla dignità umana e ai diritti universali. Allo stesso tempo, da istanze molto diverse, si è messo in guardia dalle molteplici manifestazioni di intolleranza, da alcune patologie sociali che si manifestano in diverse discriminazioni, anche religiose, o in attacchi ai luoghi di culto di diverse confessioni. Ma la soluzione non può essere la restrizione di un diritto fondamentale. In questo senso, Weiler, un costituzionalista professore dell'Università di New York, afferma che, per lo Stato, la scelta di astenersi non è più neutrale dell'adozione di qualsiasi forma di simbolismo religioso (J.H.H. WEILER, *Una Europa cristiana*, Madrid, 2003, p. 65). Una questione aperta e che, come si vede, si porrà con sempre più frequenza nella nostra società europea» (*ibid.*).

milioni di mussulmani, dei quali 800.000 sono ragazzi di età inferiore ai 18 anni.

Il documento elenca i problemi che derivano dalla coesistenza, in particolare il confronto tra la legge statale e la legge islamica. Vengono anche affrontati i problemi legati all'apertura delle moschee, e quelli di natura alimentare, familiare, quelli inerenti alla sepoltura e al ruolo della donna nel contesto familiare.

In Italia, come è noto, l'iter per l'approvazione di una legge sulla libertà religiosa rimane in sospeso, soprattutto a causa dell'opposizione della Lega Nord. Questo partito politico teme infatti che la legge darebbe un riconoscimento all'Islam, favorendo così la diffusione di movimenti terroristici di ispirazione radicale, una preoccupazione condivisa da gran parte della popolazione.

Rimane, in effetti, il problema del come affrontare un quadro sociale e culturale in continuo mutamento in seguito al processo di immigrazione di persone di cultura e religione diverse da quelle della maggioranza degli italiani.

Il 21 maggio 2004 il Parlamento della Repubblica Ceca non ha ratificato l'accordo tra lo Stato e la Santa Sede firmato il 25 luglio 2002. I 110 deputati su 177 che hanno votato sfavorevolmente appartenevano al partito comunista ricostituito dopo il crollo del regime, al partito civico democratico di ispirazione conservatrice e al partito socialdemocratico che governa il paese.

In Russia, nel corso del 2003 e nei primi mesi del 2004, si è registrato un notevole miglioramento nell'ambito del rispetto della libertà religiosa. Un osservatore superficiale può avere l'impressione di una forte influenza del Patriarcato sulle massime cariche dello Stato, che causerebbe difficoltà ai gruppi religiosi minoritari. In realtà, è proprio l'amministrazione presidenziale a cercare di utilizzare lo strumento religioso.

Molti osservatori fanno presente che con Putin sono iniziati dei cambiamenti sistematici nell'atteggiamento verso l'Ortodossia. Si nota il tentativo di coinvolgere la Chiesa ortodossa in importanti progetti politici, quali il processo di unione con la Chiesa ortodossa all'estero, i cui fedeli si contano principalmente tra gli emigranti russi negli Stati Uniti, e il riavvicinamento all'Ucraina<sup>(13)</sup>.

---

<sup>(13)</sup> Possiamo anche sottolineare che pur non potendosi registrare molti progressi nella promozione del dialogo tra la Santa Sede e il Patriarcato di Mosca, alcuni

Per quanto riguarda la Slovacchia, l'attuale legislazione si basa sul Concordato tra la Santa Sede e lo Stato del dicembre 2000, e su un successivo accordo stipulato nell'aprile del 2002 tra Stato e chiese minoritarie, che prevede l'indipendenza e la libertà di espressione per le comunità che l'hanno sottoscritto e un sostegno finanziario per le loro attività. L'accordo firmato dal presidente Rudolf Schuster e dal primo ministro Mikulas Dzurinda è stato definito dal teologo luterano slovacco Igor Kiss un fatto storico che favorirà una migliore «coesistenza ecumenica» tra le chiese.

In Spagna l'insegnamento della religione nelle scuole pubbliche sarebbe dovuto cambiare in seguito alla Legge organica di qualità dell'educazione del 23 dicembre 2002 e dei decreti del 27 giugno 2003. Gli studenti avrebbero potuto scegliere tra l'insegnamento della religione cattolica e corsi «non confessionali» di storia delle religioni che sarebbero stati impartiti da docenti di storia e di filosofia scelti dallo Stato. In seguito al cambiamento di governo, verificatosi nel marzo del 2004, la riforma scolastica è stata bloccata.

Per quanto riguarda la Turchia, all'inizio del 2003 il governo ha approvato una serie di modifiche volte a rafforzare il rispetto dei diritti umani e delle libertà personali.

È prevista una maggior libertà per le organizzazioni religiose e le associazioni straniere, soprattutto quelle non mussulmane.

Tuttavia, i passi da compiere sono ancora numerosi e complessi. La costituzione laicista, ereditata dagli anni '20, impone alle istituzioni un atteggiamento di distacco dalla religione. Inoltre, i mussulmani moderati puntano ad ottenere un maggior spazio di manovra per la comunità islamica maggioritaria, che per molto tempo è rimasta esclusa dalla gestione del potere.

---

viaggi, come quello realizzato dal cardinale Walter Kasper, presidente del Pontificio Consiglio per l'Unità dei Cristiani, hanno aiutato a riprendere il dialogo. La visita del cardinale è la prima visita, negli ultimi quattro anni, di un alto rappresentante della Chiesa cattolica. In tale occasione sono stati concordati anche progetti di interscambio tra accademie teologiche ed altre istituzioni culturali e formative ortodosse e cattoliche.

A nessuno dei cinque sacerdoti cattolici espulsi dalla Russia nel corso del 2002 è stato permesso di rientrare nel Paese. Tuttavia, per sopperire alle necessità della comunità cattolica presente in Russia, è stato concesso l'ingresso ad altri sacerdoti (cfr. questa informazione e questi dati nella pubblicazione citata *supra*, nella nota 8).

La Chiesa cattolica subisce restrizioni nelle sue attività di evangelizzazione. In questo senso, è interessante ricordare come i vescovi cattolici tedeschi, in un documento pubblicato nel 2004, sottolineano che debba esigersi la libertà religiosa per l'ingresso della Turchia — che dal 1963 ha regime di Stato Associato all'UE —, nell'Unione Europea. In effetti, la Conferenza Episcopale tedesca ricorda i requisiti stabiliti dal Consiglio Europeo a Copenhagen nel 1993, ai quali devono adeguarsi i candidati all'ingresso nell'Unione Europea. Tra essi, si contempla la « completa garanzia dei diritti umani » che, ovviamente, comprendono « la piena libertà religiosa individuale e corporativa ».

Tuttavia, la relazione del commissario europeo per l'Ampliamento dell'Unione Europea, Günther Verheugen, dava testimonianza, nel novembre del 2003, di violazioni dei diritti umani in Turchia; violazioni che comprendevano le restrizioni applicate ai sacerdoti e ai religiosi, le cui comunità non hanno diritti di proprietà, sono prive di personalità giuridica e non possono ricevere o impartire formazione religiosa.

Perciò, la Conferenza episcopale tedesca aggiunge che coloro che adottano le decisioni dell'Unione Europea devono « assumere seriamente i criteri che loro stessi hanno formulato a Copenhagen ». La mancanza di tutela dei diritti umani e, concretamente, della libertà religiosa in Turchia, comprovata dalla Commissione Europea nel 2003, trae con sé una particolare urgenza affinché l'Unione Europea continui a ritenere « la libertà religiosa come un diritto fondamentale dell'uomo, e che essa sia rispettata come segno di identità fondamentale dello Stato democratico di Diritto di tipo europeo »<sup>(14)</sup>.

Ma la questione chiave continua ad essere, come è stato osservato con perspicacia<sup>(15)</sup>, la difficile compatibilità tra l'islamismo e

<sup>(14)</sup> Cfr. in *Acepresa* 128/04, 6 octubre 2004, p. 2, che qui si riporta parzialmente. Per lo più, il 98% dei 71 milioni di abitanti della Turchia sono mussulmani, anche se solo il 10% dichiara di praticare la propria religione. Da quando Atatürk instaurò la repubblica nel 1923, l'esercito controlla il governo e, attraverso il governo, i 75.000 imam. La Turchia è uno Stato laico, che in questo modo controlla la religione islamica. Ci sono 100.000 cristiani in Turchia, dei quali 11.000 sono cattolici. Di questi, gli assiri e gli armeni sono riconosciuti come religione, e il resto appartiene ufficialmente ad una « religione straniera ». C'è, infine, libertà di culto, ma rimane in sospeso il riconoscimento giuridico della Chiesa cattolica (cfr. *ibid.*, p. 2).

<sup>(15)</sup> F. DE ANDRÉS, *¿Puede estar Turquía en el club europeo?*, in « *Acepresa* » 133/04, 20 octubre 2004, p. 3.

il sistema sociale e politico europeo, che «affonda le proprie radici nel cristianesimo». Nonostante ciò, come è stato evidenziato con chiarezza nella campagna mediatica a favore della candidatura turca promossa nel Regno Unito, con accenti di carattere pragmatico, ma incidendo in una questione di fondo che non è banale, «se nell'ultimo testo della Costituzione — sostengono gli analisti britannici — l'Unione Europea ha deciso di rinunciare alla propria identità cristiana, perché l'ambito dell'Unione deve essere limitato solamente agli antichi regni cristiani invece di rompere gli schemi per ampliare il proprio mercato economico? In altre parole, perché deve essere un esclusivo club europeo se ha smesso di considerarsi un club cristiano (sebbene tutto l'Oriente insista nell'identificare Occidente e cristianesimo)?»<sup>(16)</sup>.

Ma abbiamo già fatto riferimento esplicito all'Unione Europea. Ritengo, per tanto, che dobbiamo centrare l'attenzione nel Diritto comunitario o, per essere più precisi, nel Diritto ecclesiastico nell'Unione Europea.

---

<sup>(16)</sup> *Ibid.*, p. 3. «Londra, sotto l'egida laburista o sotto la bandiera conservatrice, difende in realtà i suoi interessi permanenti dalla sua tardiva incorporazione alla Comunità Europea. I britannici diffidano di qualsiasi progetto di unione politica europea — caldeggiata oggi dall'asse franco-tedesco —, che considereranno sempre come una minaccia continentale per le isole. E un ottima maniera di sabotarla è proprio quella di permettere l'ingresso nella UE del primo socio mussulmano, quasi completamente estraneo alla tradizione culturale e politica europea» (*ibid.*). Comunque, e come è stato fatto notare, a mio parere a ragione, «se le argomentazioni per aprire le porte al regime di Ankara sono solo economiche, perché non farlo anche con l'Ucraina o la Bielorussia, che oltretutto hanno molte più credenziali europee e che hanno in comune con la UE più valori rispetto alla Turchia?» (*ibid.*, p. 2).

È interessante ricordare anche che, nell'Assemblea Plenaria della Commissione degli Episcopati della Commissione Europea (COMECE), celebrata a Bruxelles il 18 e 19 novembre 2004, sebbene si sottolinei che «decidere se la Turchia possa iniziare negoziati mirati al suo ingresso nell'Unione Europea nel futuro sia una questione politica, e non religiosa», si aggiunge anche che, «in ogni caso è importante che la Turchia rispetti i diritti umani fondamentali, per esempio l'uguaglianza delle donne, la libertà di espressione ed associazione e la libertà religiosa». Per questo i prelati avvertono che «si deve ponderare la convenienza dell'apertura dei negoziati con la Turchia fino a quando i diritti fondamentali, tra i quali la libertà religiosa, non siano completamente rispettati in questo Stato». Perciò la COMECE propone che prima delle negoziazioni per l'ingresso della Turchia vengano garantiti i diritti di libertà religiosa e lo status delle minoranze secondo il Trattato di Losanna del 1923 (cfr. in *Zenit* del 24 novembre 2004).

### 3. *Il Diritto Ecclesiastico nell'Unione Europea.*

Com'è risaputo, il Diritto comunitario è un sistema giuridico sovrastatale, sovranazionale, che tuttavia costituisce un vero diritto interno degli Stati dell'Unione. Le sue caratteristiche possono essere riassunte in questi tre punti fondamentali: in primo luogo, il diritto comunitario è di applicazione diretta in ogni Stato membro; in secondo luogo, è un ordinamento in grado, tra le altre cose, di creare direttamente diritti e doveri per i cittadini; e, infine, il diritto comunitario è un diritto che prevale sul diritto nazionale di ogni Stato membro<sup>(17)</sup>.

Per quanto riguarda le possibili fonti di Diritto ecclesiastico in questo ordinamento, bisogna osservare che, per il momento, non esistono norme specifiche sulla proiezione civile del fattore religioso nel territorio dell'Unione europea, in gran parte per la finalità essenzialmente economica che aveva in origine<sup>(18)</sup>. Ciò nonostante, si farà riferimento anzitutto alle disposizioni in materia contenute nel *Diritto primario*, integrato da Trattati e accordi negoziati direttamente tra i governi degli Stati membri; e in secondo luogo, al *Diritto derivato*.

Il Trattato dell'Unione approvato a Maastricht nel 1992, e modificato nella riunione di Amsterdam del 1997, stabilisce nel suo art. 6 che l'Unione si basa sui principi di libertà, democrazia, rispetto dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e dello Stato di diritto. D'altra parte, l'Unione si impegna a rispettare i diritti fondamentali così come vengono garantiti nel Convegno di Roma del 1950 e così come risultano dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, come principi generali del Diritto comu-

---

(17) Cfr. F. GONZÁLEZ NAVARRO, *Derecho administrativo español*, I, Pamplona 1987, p. 353. Cfr. anche *ibid.*, p. 354. *Vid.*, in materia, E. GARCÍA DE ENTERRÍA-T.R. FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho administrativo*, I, Madrid, 1989, pp. 173-183.

(18) Tra gli altri, vid. G. ROBBERS, *Estado e Iglesia en la Unión Europea*, in «Estado e Iglesia en la Unión Europea», Baden-Baden 1996; A. CASTRO JOVER (ed.), *Iglesias, confesiones y comunidades religiosas en la Unión europea*, San Sebastián 1999; A. FERNÁNDEZ CORONADO, *Posibilidades de un sistema supranacional de Derecho eclesiástico en el marco de la Unión Europea*, in «La armonización legislativa de la Unión Europea», II, Madrid 2000, pp. 79 ss.; *Code Européen. Droit et religions* (dir. S. BERLINGÒ), Milano 2001; AA.VV. (A. Fernández-Coronado, dir.), *El Derecho de la libertad de conciencia en el marco de la Unión Europea: pluralismo y minorías*, Madrid, 2002.

nitario<sup>(19)</sup>. Infine, la Dichiarazione 11 del Trattato di Amsterdam del 1997 indica che «l'Unione Europea rispetta e non pregiudica lo status di cui godono negli Stati membri, in virtù del diritto nazionale, le chiese e le associazioni o comunità religiose»<sup>(20)</sup>.

Dobbiamo menzionare anche la Carta Europea dei Diritti fondamentali approvata a Nizza nell'anno 2000<sup>(21)</sup>, che raccoglie in un unico testo, per la prima volta nella storia dell'Unione Europea, l'insieme dei diritti civili, politici, economici e sociali dei cittadini europei e di tutte le persone che vivono nel territorio dell'Unione. Nell'art. 10 si menzionano la libertà di pensiero, di coscienza e di religione e il diritto all'obiezione di coscienza, d'accordo con le leggi nazionali che ne disciplinano l'esercizio<sup>(22)</sup>. Benché sia privo di valore vincolante, è stato inserito nel Trattato della Costituzione Europea, nel quale d'altra parte si fa riferimento, come vedremo in seguito, allo status delle chiese e delle comunità religiose (art. I-52).

Rispetto al *Diritto derivato* — Regolamenti, Direttive, Decisioni, Raccomandazioni e Dettami —, anche qui non esistono disposizioni specifiche sul fatto religioso, ma — non poteva essere diversamente — vengono fatte menzioni concrete in diverse regolamentazioni<sup>(23)</sup>.

---

(19) D'altra parte, il Trattato di Amsterdam del 2 ottobre 1997 (cfr. art. 2,7) introduce l'articolo secondo il quale «il Consiglio, per unanimità, su proposta della Commissione e previa consultazione al Parlamento Europeo, potrà adottare misure adeguate per combattere la discriminazione basata su sesso, origine razziale o etnica, religione o convinzioni personali...» (si può trovare nella raccolta di J. FORNÉS-M. BLANCO-B. CASTILLO-F. PÉREZ-MADRID, *Legislación eclesiástica*, 6ª ed., Aranzadi, Pamplona, 2004, p. 53).

(20) Si può trovare nella raccolta citata nella nota precedente, p. 54.

(21) *Vid.* nella raccolta di J. FORNÉS-M. BLANCO-B. CASTILLO-F. PÉREZ-MADRID, *Legislación eclesiástica*, cit., pp. 55 ss.

(22) Inoltre, nell'art. 14,3 si riconosce il diritto dei genitori di provvedere all'educazione e all'istruzione dei propri figli secondo le loro convinzioni religiose, filosofiche e pedagogiche; nell'art. 21 si proibisce la discriminazione fondata sulla religione; e nell'art. 22 l'Unione dichiara di rispettare la diversità religiosa. In merito al suo carattere giuridico e alla sua applicazione, *vid.* l'art. 51, che si può trovare nella raccolta citata nella nota precedente. Su questo argomento, *vid.* M. BLANCO, *El derecho de libertad religiosa. Reflexiones en torno a la Carta Europea de derechos fundamentales*, in AA.VV., *Territorialità e personalità nel Diritto canonico ed ecclesiastico*, Budapest 2002, pp. 839 ss.

(23) È il caso del Regolamento (CE) n. 2201/2003 del Consiglio del 27 novem-

Per quanto riguarda la giurisprudenza, il Tribunale di Giustizia delle Comunità Europee si è pronunciato in materia di diritti umani e, concretamente, su alcuni casi relativi alla libertà religiosa, sebbene l'abbia fatto, in generale, in maniera indiretta<sup>(24)</sup>. Conviene invece ricordare che il Tribunale Europeo dei diritti umani, con sede a Strasburgo, competente per l'adempimento delle norme in materia di tutela dei diritti umani e delle libertà fondamentali, si è pronunciato in diverse occasioni su argomenti inerenti alla tutela del diritto alla libertà religiosa<sup>(25)</sup>.

Ebbene, con la struttura giuridico-normativa dell'Unione europea, qui tracciata a grandi linee, il diritto alla libertà religiosa resta,

---

bre 2003 relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione di risoluzioni giudiziali in materia matrimoniale e di responsabilità parentale, che abroga il Regolamento (CE) n. 1347/2000 (DOCE del 23 dicembre 2003).

<sup>(24)</sup> Cfr. J.M. GONZÁLEZ DEL VALLE, *Derecho eclesiástico español*, 5ª ed. actualizada por M. Rodríguez Blanco, Madrid, 2002, pp. 62 s. Dà notizia dei casi *Ivonne van Duyn vs. Home Office* (4 dicembre 1974), *Vivien Prais vs. Consejo de las Comunidades Europeas* (27 ottobre 1976), *Baghwan* (196/87), *Rosmaalen v. Bestuur* (300/84) e *Association Église de scientologie de Paris* (14 marzo 2000).

<sup>(25)</sup> Vid. J. MARTÍNEZ-TORRÓN, *El derecho de libertad religiosa en la jurisprudencia en torno al Convenio europeo de derechos humanos*, in «Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado», 1986, pp. 403-496; ID., *La protección internacional de la libertad religiosa*, in AA.VV., *Tratado de Derecho eclesiástico*, Pamplona, 1994, pp. 141-239; ID., *La libertad religiosa en los últimos años de la jurisprudencia europea*, in «ADEE», 1993, pp. 53 ss.; ID., *The European Court of Human Rights and Religion*, in «Law and Religion», Oxford 2001, pp. 185 ss. Come esempio illustrativo è forse utile ricordare il noto caso *Kokkinakis*, del 25 maggio 1993. Vid., infatti, *Cour Européenne des Droits de l'Homme, Affaire Kokkinakis c. Grèce* (3/1992/348/421), in «ADEE», 1993, pp. 625-651. In materia, vid. J. MARTÍNEZ-TORRÓN, *La libertad de proselitismo en Europa*, in «Quaderni di diritto e politica ecclesiastica», 1994/1, p. 69; F. PÉREZ-MADRID, *La tutela penal del factor religioso en el Derecho español*, Pamplona 1995, pp. 200-202; M<sup>a</sup>.J. CIÁURRIZ, *El derecho de proselitismo en el marco de la libertad religiosa*, Madrid 2001. Altri casi sono stati: *Hoffmann c. Austria* (23 giugno 1993), *Otto Preminger-Institut c. Austria* (13 luglio 1995), *Manoussakis e altri c. Grecia* (26 settembre 1996), *Wingrove c. Regno Unito* (25 novembre 1996), *Pentidis e altri c. Grecia* (9 giugno 1997), *Larissis e altri c. Grecia* (24 febbraio 1998), *Tsavachidis c. Grecia* (21 gennaio 1999), *Riera Blume e altri c. Spagna* (14 ottobre 1999), *Serif c. Grecia* (14 dicembre 1999), *Tbilimmenos c. Grecia* (6 aprile 2000), *Associazione liturgica ebraica Chàare Shalom Ve Tsedek c. Francia* (27 giugno 2000), *Hasan e Chaush c. Bulgaria* (26 ottobre 2000), ecc. Vid. J. MARTÍNEZ-TORRÓN, *La protección de la libertad religiosa en el sistema del Consejo de Europa*, in AA.VV., *Proyección nacional e internacional de la libertad religiosa*, Madrid 2001, pp. 89-131; E. RELAÑO, *La protección internacional de las minorías religiosas*, Madrid, 2003, in particolare, pp. 291 ss.

generalmente, al margine, dato che non è regolato, né contemplato, direttamente. Esistono tuttavia norme che, rimandando ad altri temi, fanno riferimenti concreti alla questione religiosa, o che — indirettamente ma inevitabilmente — stabiliscono nessi che nuociono all'esercizio di questo diritto fondamentale. Vediamo, in questo senso, sei esempi relativi alle seguenti questioni: *a)* questioni lavorative; *b)* aspetti connessi ad alcuni mezzi di diffusione e opinione pubblica; *c)* il trattamento dei diritti d'autore; *d)* i dati personali; *e)* e, infine, un rapido cenno sul patrimonio storico-artistico.

4. *Sei esempi illustrativi di regolazione indiretta del diritto alla libertà religiosa.*

*a) Questioni lavorative.*

1) *Il principio di parità e la libertà religiosa.*

Il 27 novembre 2000 il Consiglio dell'Unione Europea ha adottato una Direttiva, nel cui primo articolo si indica chiaramente che il suo obiettivo è «stabilire un quadro generale per la lotta alle discriminazioni fondate sulla *religione* o le convinzioni personali, gli handicap, l'età o le tendenze sessuali, per quanto concerne l'occupazione e le condizioni di lavoro al fine di rendere effettivo negli Stati membri il principio della parità di trattamento»<sup>(26)</sup>. E già nei considerandi precedenti si sottolinea che la discriminazione basata su diverse motivazioni, tra le quali, la «religione o convinzioni personali (...) può pregiudicare il conseguimento degli obiettivi del Trattato CE, in particolare il raggiungimento di un elevato livello di occupazione e di protezione sociale, il miglioramento del tenore e della qualità della vita, la coesione economica e sociale, la solidarietà e la libera circolazione delle persone». Pertanto, «a tale scopo, si dovrà proibire in tutta la Comunità qualsiasi discriminazione diretta o indiretta basata su religione...»<sup>(27)</sup>, tra le altre.

È interessante osservare come in questa norma si impieghi una terminologia, che in qualche modo si è ormai generalizzata, sulle

---

<sup>(26)</sup> Direttiva 2000/78/CE del Consiglio, del 27 novembre 2000, relativa alla definizione di un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e condizioni di lavoro (DOCE del 2 dicembre 2000). Il corsivo è mio.

<sup>(27)</sup> *Ibid.*, considerandi 11 e 12.

cosiddette discriminazioni « dirette » o « indirette », cosa che, indubbiamente, può supporre un ampliamento del concetto stesso di « discriminazione ». Così, nell'articolo 2 della Direttiva si indica che si deve intendere per « principio della parità di trattamento l'assenza di qualsiasi discriminazione *diretta* o *indiretta* basata su uno dei motivi di cui all'articolo 1 ». E si aggiunge che sussiste una discriminazione *diretta* quando una persona è trattata, o semplicemente potrebbe esserlo, meno favorevolmente rispetto ad un'altra in una situazione analoga per uno dei motivi menzionati; mentre « sussiste discriminazione *indiretta* quando una disposizione, un criterio o una prassi apparentemente neutri possono mettere in una posizione di particolare svantaggio le persone che professano una determinata religione o una ideologia di altra natura, le persone portatrici di handicap, le persone di una particolare età, o di una particolare tendenza sessuale, rispetto ad altre persone... »<sup>(28)</sup>.

D'altra parte, dalla prospettiva della dimensione istituzionale della libertà religiosa, si contempla la possibilità di una differenza di trattamento basata sulle esigenze specifiche dello status giuridico proprio delle chiese e delle confessioni religiose. In questo senso, già nell'esposizione dei motivi si sottolinea che « l'Unione Europea, nella sua Dichiarazione n. 11 sullo status delle chiese e delle organizzazioni non confessionali, allegata all'Atto finale del Trattato di Amsterdam, ha riconosciuto espressamente che rispetta e non pregiudica lo status previsto nelle legislazioni nazionali per le chiese e

---

<sup>(28)</sup> *Ibid.* Nei numeri 4 e 5 dell'articolo 2 si segnala che « qualsiasi ordine volto a discriminare persone per uno dei motivi indicati nell'articolo 1 è da considerarsi discriminazione ai sensi del paragrafo 1 » e che « la presente Direttiva lascia impregiudicate le misure previste dalla legislazione nazionale che, in una società democratica, sono necessarie alla sicurezza pubblica, alla tutela dell'ordine pubblico, alla prevenzione dei reati, e alla tutela della salute e dei diritti e delle libertà altrui ». Il corsivo nel testo è mio.

Sul piano del Diritto comunitario derivato, il 27 novembre 2000, il Consiglio ha approvato una decisione con la quale si stabilisce il programma d'azione comunitario per combattere la discriminazione (2001-2006) (DOUE L 303/23 del 2 dicembre 2000, p. 23). Questo programma è destinato a promuovere misure di lotta contro la discriminazione diretta, indiretta, molteplice o semplice fondata, tra le altre cose, sulla religione o su convinzioni personali (art. 1). Il programma sarà applicato tra il 1 gennaio e il 31 dicembre 2006 nei paesi membri e, quando lo vogliano e sempre se rispettano le condizioni richieste, nei paesi della AELS/SEE (Associazione Europea del Libero Scambio/Spazio Economico Europeo).

le associazioni o comunità religiose degli Stati membri, e che rispetta inoltre lo status delle organizzazioni filosofiche e non confessionali. In tale prospettiva, gli Stati membri possono mantenere o prevedere disposizioni specifiche sui requisiti professionali essenziali, legittimi e giustificati che possono essere imposti per svolgere un'attività lavorativa»<sup>(29)</sup>.

Di conseguenza, l'articolo 4 della Direttiva, tra le altre cose, stabilisce che «gli Stati membri potranno mantenere nella propria legislazione nazionale (...), o prevedere in una futura legislazione (...) disposizioni in virtù delle quali (...) una differenza di trattamento basata sulla religione o sulle convinzioni personali non costituisca discriminazione laddove, per la natura di tali attività, o per il contesto in cui vengono espletate, la religione o le convinzioni personali rappresentino un requisito essenziale, legittimo e giustificato per lo svolgimento dell'attività lavorativa, tenuto conto dell'etica dell'organizzazione. Tale differenza di trattamento verrà applicata rispettando le disposizioni e i principi costituzionali degli Stati membri, nonché i principi generali del Diritto comunitario, e non potrà giustificare una discriminazione basata su altre motivazioni».

E il processo normativo cui si allude conclude, chiaramente dall'ottica della proiezione istituzionale della libertà religiosa, che «le disposizioni della presente Direttiva non pregiudicano il diritto delle chiese e delle altre organizzazioni pubbliche o private la cui etica è fondata sulla religione o sulle convinzioni personali, e che agiscono in conformità delle disposizioni costituzionali e legislative nazionali, di esigere dalle persone che sono alle loro dipendenze un atteggiamento di buona fede e di lealtà nei confronti dell'etica dell'organizzazione»<sup>(30)</sup>.

---

(29) Direttiva 2000/78/CE, *cit.*, considerando 24. Vid. anche il considerando 23.

(30) *Ibid.*, art. 4. È interessante anche quanto viene previsto in particolare per l'Irlanda del Nord. Nel considerando n. 34 si afferma infatti che «la necessità di promuovere la pace e la riconciliazione tra le principali comunità dell'Irlanda del Nord richiede l'inserimento di disposizioni specifiche nella presente Direttiva». E così, nell'articolo 15 si prescrive: «1. Per far fronte alla sottorappresentazione di una delle principali comunità religiose nei servizi di polizia dell'Irlanda del Nord, le disparità di trattamento in materia di assunzione in tali servizi, anche per quanto riguarda il personale ausiliario, non costituiscono una discriminazione, in quanto siffatte disparità di trattamento sono espressamente autorizzate dalla legislazione nazionale. — 2. Per mantenere un equilibrio nelle opportunità di impiego per il corpo docente nell'Ir-

2) *Riferimento ad alcuni aspetti dell'organizzazione dell'orario di lavoro.*

In questo ambito delle questioni lavorative bisogna anche ricordare, come esempio illustrativo, una Direttiva del 4 novembre 2003, relativa ad alcuni aspetti dell'organizzazione dell'orario di lavoro<sup>(31)</sup>.

In essa si stabiliscono le disposizioni minime di sicurezza e salute relative a questa materia. La direttiva si applica ai periodi minimi di riposo quotidiano, di riposo settimanale, di ferie annuali, di pausa e di durata massima settimanale del lavoro e, infine, a determinati aspetti del lavoro notturno, del lavoro a turni e del ritmo di lavoro. E si applicherà, così come è prescritto nell'articolo 1, «a tutti i settori di attività, privati e pubblici», salvo — e questo è ciò che ci interessa rilevare in questa sede — alcune particolari attività, tra cui quelle elencate nell'articolo 17: «Nel rispetto dei principi generali della protezione della sicurezza e della salute dei lavoratori, gli Stati membri potranno stabilire delle eccezioni a quanto disposto negli articoli 3, 4, 5, 6, 8 e 16 quando, a causa delle caratteristiche speciali dell'attività esercitata, la durata dell'orario di lavoro non è misurata e/o predeterminata o quando possa essere determinata dagli stessi lavoratori, e in particolare quando si tratti di: (...) c) *lavoratori nel settore liturgico delle chiese e delle comunità religiose*»<sup>(32)</sup>.

Come possiamo notare, appare ancora una volta l'inevitabile considerazione della tipicità del fattore religioso e della necessità di un'adeguata tutela del diritto alla libertà religiosa nella sua proiezione sociale e nella sua prospettiva istituzionale.

---

landa del Nord e contribuire nel contempo al superamento delle divisioni storiche tra le principali comunità religiose presenti, le disposizioni della presente Direttiva connesse alla religione e alle convinzioni personali non sono applicabili all'assunzione degli insegnanti nelle scuole dell'Irlanda del Nord, in quanto ciò è espressamente autorizzato dalla legislazione nazionale».

<sup>(31)</sup> Direttiva 2003/88/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 4 novembre 2003, concernente taluni aspetti dell'organizzazione dell'orario di lavoro (DOCE del 18 novembre 2003).

<sup>(32)</sup> *Ibid.*, art. 17, 1. Gli articoli dal 3 al 6 si riferiscono al riposo giornaliero, alle pause, al riposo settimanale e alla durata massima settimanale del lavoro; l'articolo 8 riguarda la durata del lavoro notturno; il 16 la determinazione dei periodi di riferimento. Il corsivo nel testo è mio.

E in questo senso, vale ora la pena ricordare un'altra disposizione normativa nella quale appare, con singolare rilievo, quanto ho appena sottolineato: la Direttiva del 30 giugno 1997 sull'esercizio delle attività televisive.

*b) Attività di radiodiffusione televisiva.*

In questa Direttiva si ordina che gli Stati membri dell'Unione Europea facciano sì che le trasmissioni televisive «non contengano alcun incitamento all'odio basato su differenze di razza, sesso, *religione* o nazionalità»<sup>(33)</sup>. E segnala anche che gli Stati devono adottare le misure atte a garantire che le trasmissioni delle emittenti televisive soggette alla loro giurisdizione non contengano programmi che possano «nuocere gravemente allo sviluppo fisico, mentale o *morale* dei minorenni e, in particolare, programmi che contengano scene pornografiche o di violenza gratuita»<sup>(34)</sup>. Infine, si prevede anche la trasmissione di programmi specificamente religiosi in relazione, concretamente, con la questione della pubblicità: «Non potranno — si prescrive tassativamente — essere inserite pubblicità né televendite durante la *trasmissione di funzioni religiose*. I notiziari e le rubriche d'attualità, i documentari, i *programmi religiosi* e i programmi per bambini, la cui durata programmata sia inferiore ai trenta minuti, non potranno essere interrotti dalla pubblicità o dalla televendita»<sup>(35)</sup>.

Il problema deriva, come ogni osservatore attento può notare, non tanto dalla mancanza di regolazione normativa, o dall'assenza di trattamento specifico del fattore religioso ma, in generale, dallo scarso interesse ad applicare le norme esistenti e dall'assenza di risorse giuridiche efficaci — meccanismi sanzionatori — per l'osservazione di queste norme<sup>(36)</sup>.

---

<sup>(33)</sup> Direttiva 97/36/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 30 giugno 1997 che modifica la Direttiva 89/552/CEE del Consiglio relativa al coordinamento di determinate disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri concernenti l'esercizio delle attività televisive (DOCE del 30 luglio 1997), art. 22-bis. Il corsivo è mio.

<sup>(34)</sup> *Ibid.*, art. 22. Il corsivo è mio.

<sup>(35)</sup> *Ibid.*, art. 10,5. Il corsivo è mio.

<sup>(36)</sup> In merito a questa materia, e in particolare nell'ambito del Diritto spagnolo, nel luglio del 1994 è stata inserita nell'ordinamento la direttiva meglio conosciuta come «Televisione senza frontiere», norma che autorizza l'autorità ad applicare sanzioni per iniziativa propria o a seguito di denuncia di privati o di associazioni,

c) *Il trattamento dei diritti d'autore.*

Un altro caso nel quale è stata chiaramente tenuta in considerazione la specificità del fattore religioso è quello della regolamentazione dei diritti d'autore e della diffusione dei dati personali.

Così, nella direttiva del 22 maggio 2001, che affronta il tema della tutela giuridica dei diritti d'autore e di altri diritti connessi nel mercato interno, con particolare attenzione alla società dell'informazione<sup>(37)</sup>, si prevede un trattamento specifico — di maggior ampiezza e con meno restrizioni e condizionamenti — nei due casi seguenti: 1°) «nel caso di riproduzione a mezzo stampa, comunicazione al pubblico o messa a disposizione di articoli pubblicati su argomenti di attualità economica, politica o *religiosa*, o di opere radiotelevisive o di altri materiali dello stesso carattere, se tale utilizzo non è espressamente riservato, e sempre che ne venga indicata la fonte, incluso il nome dell'autore; o nel caso di utilizzo delle opere o di altri materiali in occasione del resoconto di un avvenimento attuale nei limiti di quanto giustificato dallo scopo informativo e sempre che si indichi, salvo in caso di impossibilità, la fonte, incluso il nome dell'autore»; 2°) «quando si tratti di un utilizzo durante celebrazioni *religiose...*»<sup>(38)</sup>.

---

e che stabilisce che le catene televisive, pubbliche e private, non possono mandare in onda programmi né spazi di autopromozione «che contengano scene pornografiche o di violenza gratuita» tra le 6.00 e le 22.00, oltre ad altre precisazioni su questa stessa linea. Tuttavia, queste norme non vengono osservate. Perciò, dieci anni più tardi, vale a dire nel 2004, il Difensore del Popolo, Enrique Múgica, ha presentato una formale protesta in Parlamento, nella sua relazione annuale, e ha chiesto al governo di fissare meccanismi sanzionatori nei casi in cui l'autocontrollo delle varie catene televisive non sia efficace. Alcuni propongono la creazione di un Consiglio dell'Audiovisivo in ambito statale (già esiste in Catalogna), indipendente dal governo; altri propendono per un modello di co-regolamentazione concordata tra il governo e le catene televisive (cfr. Commento di A. Fijo in «Aceprensa», 144/04, del 10 novembre 2004, pp. 5 s.).

<sup>(37)</sup> Cfr. art. 1 della Direttiva 2001/29/CE del 22 maggio del Parlamento Europeo e del Consiglio dell'Unione Europea sulla armonizzazione di taluni aspetti del diritto d'autore e dei diritti connessi al diritto d'autore nella società dell'informazione (DOCE del 22 giugno 2001 e 10 gennaio 2002).

<sup>(38)</sup> Infatti: nell'art. 5,3 si dice che «gli Stati membri hanno la facoltà di disporre eccezioni o limitazioni ai diritti di cui agli articoli 2 e 3...», tra gli altri, nei casi menzionati nel testo, nel quale il corsivo è mio. E gli articoli 2 e 3 affermano:

Articolo 2. Diritto di riproduzione. Gli Stati membri riconosceranno il diritto esclusivo di autorizzare o proibire la riproduzione diretta o indiretta, temporanea o permanente, in qualsiasi modo o forma, in tutto o in parte: a) agli autori, delle proprie

*d) I dati personali.*

Per quanto riguarda la tutela delle persone fisiche per ciò che concerne il trattamento dei dati personali e la libera circolazione di questi dati, bisogna sottolineare che la Direttiva del 24 ottobre 1995 contempla, ancora una volta, la tipicità propria delle convinzioni religiose, che devono quindi essere considerate all'interno dei «categorie particolari di trattamento». E così, nell'articolo 8, si stabilisce che gli Stati membri devono proibire il trattamento dei dati personali che rivelano «le convinzioni religiose», sebbene questo non si applichi quando la persona interessata abbia prestato il proprio consenso esplicito; o quando il trattamento sia necessario per salvaguardare l'interesse vitale della persona interessata o di un terzo, nel caso in cui l'interessato sia nell'incapacità fisica o giuridica di esprimere il proprio consenso; o quando il trattamento sia effettuato, nell'ambito del suo scopo lecito e con garanzie adeguate, da una fondazione, un'associazione o qualsiasi altro organismo la cui finalità sia, tra le altre possibilità, *religiosa*, sempre che riguardi esclusivamente i propri membri e le persone che abbiano

---

opere; *b*) agli artisti, interpreti o esecutori, delle fissazioni delle loro prestazioni artistiche; *c*) ai produttori di fonogrammi, delle loro riproduzioni fonografiche; *d*) ai produttori delle prime fissazioni di una pellicola, dell'originale e delle copie delle loro pellicole; *e*) agli organismi di diffusione radiotelevisiva, delle fissazioni delle loro trasmissioni, indipendentemente dal fatto che esse siano effettuate su filo o via etere, comprese le trasmissioni via cavo o via satellite.

Articolo 3. Diritto di comunicazione al pubblico di opere e diritto di mettere a disposizione del pubblico altri materiali protetti. 1. Gli Stati membri riconoscono agli autori il diritto esclusivo di autorizzare o proibire qualunque comunicazione al pubblico delle proprie opere, su filo o senza filo, compresa la messa a disposizione del pubblico delle proprie opere in maniera tale che qualunque persona possa accedere ad esse dal luogo e nel momento scelti individualmente. 2. Gli Stati membri riconoscono il diritto esclusivo di autorizzare o proibire la messa a disposizione del pubblico, su filo o senza filo, in maniera tale che qualsiasi persona possa avervi accesso dal luogo e nel momento scelti individualmente: *a*) agli artisti, interpreti o esecutori, delle fissazioni delle proprie prestazioni artistiche; *b*) ai produttori di fonogrammi, delle loro riproduzioni fonografiche; *c*) ai produttori delle prime fissazioni di una pellicola, dell'originale e delle copie delle loro pellicole; *d*) agli organismi di diffusione radiotelevisiva, delle fissazioni delle proprie trasmissioni, indipendentemente dal fatto che queste vengano effettuate su filo o via etere, comprese le trasmissioni via cavo o via satellite. 3. I diritti di cui ai paragrafi 1 e 2 non si esauriscono con alcun atto di comunicazione al pubblico o con la loro messa a disposizione del pubblico, come indicato nel presente articolo.

contatti regolari con l'istituzione, proprio a motivo del suo oggetto, e purché i dati non vengano comunicati a terzi senza il consenso degli interessati; o, infine, quando il trattamento si riferisca a dati resi manifestamente pubblici dalla persona interessata o sia necessario per costituire, esercitare o difendere un diritto per via giudiziaria.

Ad ogni modo, la proibizione non verrà applicata anche «quando il trattamento dei dati risulti necessario alla prevenzione o alla diagnostica medica, alla somministrazione di cure o alla gestione di centri di cura, sempre che tale trattamento di dati sia effettuato da un professionista in campo sanitario, soggetto al segreto professionale sancito dalla legislazione nazionale, o dalle norme stabilite dagli organi nazionali competenti, o da un'altra persona ugualmente soggetta ad un obbligo di segreto equivalente»<sup>(39)</sup>.

Si pensi, in tal senso, a tutta l'operatività che queste disposizioni normative hanno in una corretta concezione ed applicazione del diritto all'obiezione di coscienza<sup>(40)</sup>.

e) *Un appunto sul patrimonio storico-artistico.*

Ma se dalle persone passiamo ai beni e alle azioni — riprendendo la sistematica gaiana (*personae, res, actiones*) —, una Direttiva del 27 marzo 1993 sul patrimonio storico-artistico si occupa espressamente dei beni ecclesiastici.

Agli effetti di questa norma si considerano «beni culturali», tra gli altri, quelli facenti parte di «inventari di istituzioni ecclesiastiche», o quegli «elementi aventi più di cento anni che costituiscano parte integrante di monumenti (...) religiosi e provenienti dallo smembramento degli stessi»<sup>(41)</sup>.

<sup>(39)</sup> Direttiva 95/46/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 24 ottobre 1995, relativa alla tutela delle persone fisiche per ciò che concerne la liceità dei trattamenti di dati personali e la libera circolazione di questi dati (DOCE del 23 novembre 1995). Vid. art. 8.

<sup>(40)</sup> Vid. R. NAVARRO-VALLS, *Las objeciones de conciencia*, en AA.VV. (coord. J. Ferrer Ortiz), *Derecho eclesiástico del Estado español*, 5ª ed., Pamplona, 2004, pp. 143 ss., con la bibliografia e la giurisprudenza recensite.

<sup>(41)</sup> Direttiva 1993/7/CEE, del 15 marzo sul Patrimonio storico-artistico. Restituzione di beni culturali usciti illecitamente dal territorio di uno Stato membro (DOL 27 marzo 1993): vid. art. 1 e Allegato.

E prendendo specificamente in considerazione i «beni ecclesiastici», espressamente citati, si stabilisce uno speciale periodo di prescrizione per l'azione di restituzione dei beni usciti illecitamente dal territorio degli Stati membri. E così, nell'articolo 7, si indica che «nel caso di (...) beni ecclesiastici in quegli Stati membri in cui siano sottoposti ad un regime speciale di tutela secondo la legge nazionale, l'azione della restituzione prescriverà un periodo di 75 anni, eccezion fatta per gli Stati membri in cui l'azione non sia prescrivibile o rientri in accordi bilaterali tra Stati membri in cui venga stabilito un termine di tempo superiore ai 75 anni».

5. *Relazioni istituzionali tra l'Unione Europea e le confessioni religiose: la prospettiva della Costituzione europea.*

Nel corso di questa esposizione abbiamo visto come la libertà religiosa, in un modo o nell'altro, sia presente nell'ordinamento europeo e come si tratti, in fin dei conti, di una nozione chiave del suo Diritto. Tutto ciò senza dimenticare che la libertà religiosa deve essere considerata in tutta la sua ampiezza: guardando a tutte le sue virtualità. In una parola, la libertà religiosa non è solo un diritto *personale* o *individuale*, ma ha anche una dimensione *collettiva* o *comunitaria* e una dimensione *istituzionale* ed *organizzativa*.

Questo è quanto si deduce, tra le altre cose, da una attenta lettura del *Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa* sottoscritto proprio qui a Roma dai venticinque paesi dell'UE il 29 ottobre 2004.

Lasciando da parte, in questa sede, la questione del non riferimento esplicito alle radici cristiane nel Preambolo<sup>(42)</sup>, quel che è certo è che, già all'inizio di questo testo, si assicura che l'Europa si

---

(42) Su questa questione si vedano, ad esempio, J.H.H. WEILER, *Una Europa cristiana*, Madrid, 2003; R. PRODI, *Unione Europea, libertà religiosa e confessioni religiose. Problemi e prospettive*, in «Quaderni di diritto e politica ecclesiastica», 2003/2, pp. 318 ss.; AA.VV., *Verso una Costituzione Europea, I-II*, Atti del Convegno Europeo di Studio, Roma 20-23 giugno 2002, a cura di L. LEUZZI e C. MIRABELLI, Lungo di Cosenza, 2003; O. FUMAGALLI CARULLI, *Radici cristiane d'Europa e confessioni religiose nella Costituzione Europea* (Conferenza tenuta al Seminario Internazionale dell'Università Complutense, «Estado y religión en la Constitución española y en la futura Constitución europea», Madrid, 14 maggio 2004), pubblicata in «Revista General de Derecho canónico y Derecho eclesiástico del Estado», 5 (2004), [www.iustel.com](http://www.iustel.com).

ispira ad una *eredità religiosa* che, insieme a quella *culturale e umanistica* è alla base dei *diritti inviolabili e inalienabili della persona*.

E in niente meno che cinque articoli si menziona espressamente la religione e, con essa, il diritto alla libertà religiosa, nelle sue dimensioni *personale, collettiva e istituzionale*. Così, nell'articolo II-70 si proclama che «Ogni persona ha diritto alla libertà (...) di religione». E si aggiunge che «Tale diritto include la libertà di cambiare religione o convinzione, così come la libertà di manifestare la propria religione o la propria convinzione individualmente o collettivamente, in pubblico o in privato, mediante il culto, l'insegnamento, le pratiche e l'osservanza dei riti». Si riconosce anche «il diritto all'obiezione di coscienza» (n. 2). E nell'articolo II-74, che fa riferimento al diritto all'istruzione, si insiste, tra le altre cose, sul «diritto dei genitori di provvedere all'educazione e all'istruzione dei loro figli secondo le loro convinzioni religiose...» (n. 3). Infine, negli articoli II-81 e II-82, l'Unione Europea afferma che «è vietata qualsiasi forma di discriminazione fondata, in particolare, sul (...) la religione o le convinzioni personali...» e «rispetta la diversità (...) religiosa».

Ma soprattutto, a mio giudizio, bisogna sottolineare l'articolo I-52, dove viene messa singolarmente in rilievo la libertà religiosa nella sua dimensione *istituzionale ed organizzativa*: «L'Unione rispetta e non pregiudica — si dice nel n. 1 di questo articolo — lo status di cui godono negli Stati membri, in virtù del Diritto nazionale, le chiese e le associazioni o comunità religiose».

Ciò conferma quello che la dottrina più scrupolosa ha abitualmente segnalato con chiarezza. Vale a dire che, come già abbiamo accennato, insieme agli aspetti *individuali e collettivi* bisogna considerare come necessaria integrazione l'aspetto *istituzionale*. E quindi «si afferma, infatti, l'esigenza di assicurare la libertà delle chiese e delle confessioni religiose, e il riconoscimento della natura propria di ciascuna di esse. Le chiese e le confessioni religiose si presentano come formazioni sociali organizzate, ciascuna di esse caratterizzata dall'identità di fede religiosa». E si aggiunge: «La formazione sociale trascende gli individui che la compongono, è stabile nel tempo, esprime una organizzazione propria e, spesso, un ordinamento proprio»<sup>(43)</sup>.

(43) Cfr. in questo senso C. MIRABELLI, *Strumenti di riconoscimento della libertà*

Tutto ciò porta inevitabilmente con sé la necessità di *relazioni istituzionali e di cooperazione* tra la società giuridico-politica e le confessioni religiose. Una questione diversa sarà invece il sistema attraverso il quale si articoleranno queste relazioni istituzionali, che può essere vario e plasmarsi in molteplici formule tecniche — non sono impensabili, ad esempio, un eventuale concordato o accordo dell'Unione Europea con la Santa Sede, i futuri convegni con altre confessioni religiose, o altre formule analoghe<sup>(44)</sup> —. Ma sempre, in ogni caso, partendo dal principio che ogni confessione ha, in quanto tale, un'indipendenza *originaria*, che non si riduce a un mero ambito di autonomia *concesso* all'interno dell'ordinamento di uno Stato determinato. Insomma, «accettare (...) il livello istituzionale delle Confessioni significa accettare le manifestazioni sociali del fattore religioso così come avvengono in realtà»<sup>(45)</sup>.

---

*e dell'autonomia della Chiesa*. Conferenza presentata all'VIII Congresso Internazionale di Diritto Canonico, Lublino, 13-19 settembre 1993, *pro manuscripto*, p. 1. Vid. anche P. LOMBARDIA-J. FORNÈS, *El Derecho eclesiástico*, in AA.Vv. (coord. J. Ferrer Ortiz), *Derecho eclesiástico del Estado español*, 5ª ed., Pamplona, 2004, pp. 25-27, dove sono raccolti questo testo e le idee qui esposte; J. HERVADA, *Los eclesiasticistas ante un espectador*, 2ª ed., Pamplona, 2002, pp. 61 ss., 137 ss.

<sup>(44)</sup> Sono interessanti in questo senso i vari studi contenuti nel volume di AA.Vv., *Los Concordatos: pasado y futuro. Actas del Simposio internacional de Derecho concordatario*, Almería, 12-14 de noviembre de 2003 (JOSÉ M<sup>a</sup>. VÁZQUEZ GARCÍA-PENUELA, ed.), Granada, 2004, in particolare gli scritti di J.T. MARTÍN DE ÁGAR, *La teoría concordataria desde el punto de vista del derecho canónico actual*, a pp. 129 ss.; R. NAVARRO-VALLS, *Constitución europea y cristianismo*, a pp. 187 ss.; R. GARCÍA GARCÍA, *Los inicios del principio de cooperación en la Unión Europea: el proyecto «un alma para Europa»*, a pp. 387 ss.; M<sup>a</sup> J. GUTIÉRREZ DEL MORAL, *La cooperación de las iglesias y comunidades religiosas en la Unión Europea*, a pp. 417 ss.; F. PÉREZ-MADRID, *Los principios concordatarios en los comienzos del siglo XXI*, a pp. 503 ss.; E. RELANO PASTOR, *Las comunidades y los grupos religiosos en la futura Constitución Europea*, a pp. 519 ss.

D'altra parte, e in relazione a quanto suggerito nel testo, si è puntato sulla dottrina che «sarebbe utile che un trattato costituzionale volto a modellare le istituzioni europee considerasse ugualmente le relazioni tra l'Unione e quelle istituzioni diverse dalle organizzazioni delle comunità politiche. Sarebbe, quindi, possibile concepire una nuova considerazione delle relazioni con le chiese, all'interno del rispetto all'autonomia concessa come espressione istituzionale della libertà di religione» (cfr. C. MIRABELLI, *¿Hacia una Constitución europea?*, in «Europa Infs», n. 42, ottobre, 2002, p. 7); e R. TORFES: «prima o poi bisognerà aspirare alla possibilità di concludere accordi tra l'Unione europea e i gruppi religiosi» (*Le droit de l'Union Européen au regard des relations Église-État*, in AA.Vv., «Traité de droit français des religions», Paris, 2003, p. 362).

Ne consegue che niente risulta più logico che il numero 3 con il quale si conclude l'articolo I-52 del Trattato per la Costituzione Europea: «Riconoscendone l'identità e il contributo specifico, l'Unione mantiene un dialogo aperto, trasparente e regolare con tali chiese e organizzazioni».

C'è da sperare che, come il Romano Pontefice manifestava il 28 ottobre del 2004, proprio alla vigilia della firma del Trattato costituzionale europeo a Roma <sup>(46)</sup>, «l'Unione Europea possa esprimere sempre il meglio delle grandi tradizioni dei suoi Stati membri, operare attivamente in campo internazionale per la pace tra i popoli, ed offrire un aiuto generoso per la crescita dei popoli più bisognosi degli altri Continenti».

---

<sup>(45)</sup> A. BERNÁRDEZ, *La mención de la Iglesia Católica en la Constitución española*, in AA.VV., *Las relaciones entre la Iglesia y el Estado. Estudios en memoria del profesor Pedro Lombardía*, Madrid, 1989, p. 419. Vid. anche ID., *La cuestión religiosa en la Constitución española*, Sevilla, 2000; I. MARTÍN SÁNCHEZ, *El diálogo entre la Unión Europea y las iglesias y organizaciones no confesionales*, in «Revista general de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado», iustel.com, 11 ottobre 2004.

<sup>(46)</sup> Cfr. in Vatican Information Service, 28 ottobre 2004.

JOSÉ LUIS GUTIÉRREZ

## I LAICI, LA POLITICA E IL MARTIRIO

1. Il martirio e il martire: 1.1. Il concetto di martirio; 1.2. Il soggetto del martirio; 1.3. Difficoltà per la proclamazione del martirio di laici. — 2. Il martirio nel contesto della dedizione alle realtà temporali: 2.1. I laici e le attività temporali; 2.2. Laici, azione politica e martirio. — 3. Applicazione delle idee esposte al processo di proclamazione del martirio: 3.1. La prova del martirio; 3.2. Il martirio formale da parte di chi uccide; 3.3. Il martirio formale da parte di chi muore: 3.3.1. L'esercizio di una virtù soprannaturale; 3.3.2. Che cosa significa accettare la morte per la fede?; 3.3.3. La prova dell'odio alla fede e dell'accettazione della morte per la fede.

### 1. *Il martirio e il martire.*

#### 1.1. *Il concetto di martirio.*

Secondo la definizione coniata da Benedetto XIV, il martirio è la morte volontariamente accettata per la fede cristiana oppure per l'esercizio di un'altra virtù in rapporto con la fede<sup>(1)</sup>. È opportuno sottolineare fin d'ora che la professione della fede cristiana non è l'unico motivo del martirio, giacché può esserlo pure la coerenza con la fede manifestata mediante la pratica di un'altra virtù — evidentemente soprannaturale — o, in altri termini, la professione della fede mediante le opere. Basta ricordare le donne proclamate martiri perché ricevettero la morte pur di non cedere nei confronti di coloro che pretendevano di abusare di esse.

---

(1) «Martyrium esse voluntariam mortis perperessionem, sive tolerantiam propter Fidem Christi, vel alium virtutis actum in Deum relatam» (BENEDETTO XIV, *Opus de Servorum Dei beatificatione et Beatorum canonizatione*, Prato 1839-1842, L. III, cap. 11, n. 1). Citeremo in avanti quest'opera con la sigla BENEDETTO XIV, con indicazione del Libro, capitolo e numero.

Tre sono le note che caratterizzano il martirio<sup>(2)</sup> e circa le quali il processo per un'eventuale beatificazione o canonizzazione dovrà permettere di raggiungere la certezza morale<sup>(3)</sup>:

a) Innanzitutto, l'elemento cosiddetto materiale, ossia la morte violenta, sia istantanea sia provocata da privazioni o da maltrattamenti tali da causare il decesso.

b) Con l'elemento materiale appena esposto devono concorrere quelli detti formali. In primo luogo, è necessario che chi infligge la morte compia tale azione per odio alla fede o a una virtù relazionata con la fede in Dio. Occorre avvertire che, nel secolo XX e in genere nel corso della storia, sono poco frequenti i casi di martirio per la fede intesa esclusivamente come assenso alle verità

---

(2) Evidentemente, il martirio è soprattutto una manifestazione di carità: «Martyrium igitur, quo discipulus Magistro pro mundi salute mortem libere accipienti assimilatur, Eique in effusione sanguinis conformatur, ab Ecclesia eximium donum supremaque probatio caritatis aestimatur» (CONC. VAT. II, Cost. dogm. *Lumen gentium*, n. 42/2b). Tuttavia, la testimonianza della fede è sottolineata nella Cost. past. *Gaudium et spes*, n. 21/5: «Huius fidei testimonium praeclarum plurimi martyres reddiderunt et reddunt». Per una visione d'insieme dal punto di vista teologico e giuridico, cfr. S. TOMMASO D'AQUINO, *Summa Theol.*, II-II, q. 124; C.F. DE MATTA, *Novissimus de Sanctorum canonizatione tractatus*, Roma 1678, Pars II, cap. 11 e Pars IV, cap. 21-22 (pp. 83-87 e 402-411); BENEDETTO XIV, L. III, cap. 11-20. Fra gli autori più recenti, cfr. A. KUBIS, *La théologie du martyre au vingtième siècle*, Roma 1968; I. GORDON, *De conceptu theologico-canónico martyrii*, in «Ius Populi Dei. Miscellanea in honorem Raymundi Bidagor», vol. I, Roma 1972, pp. 485-521; E. PIACENTINI, *Concetto teologico-giuridico di martirio nelle Cause di Beatificazione e Canonizzazione*, in «Monitor Ecclesiasticus» 103 (1978), pp. 184-274; ID., *Il martirio nelle Cause dei Santi*, Libreria Editrice Vaticana 1979; B. GHERARDINI, *Il martirio nella moderna prospettiva teologica*, in «Divinitas» 26 (1982), pp. 19-35; ID., *Il martirio nell'attuale «temperies» teologico-giuridica*, in «Studi in onore del Card. Pietro Palazzini», Pisa 1987, pp. 159-175; R. FISICHELLA, *Il martirio come testimonianza: contributi per una riflessione sulla definizione di martirio*, «Studia Urbaniana», Roma 1985; J.L. GUTIÉRREZ, *La certezza morale nelle cause di canonizzazione, specialmente nella dichiarazione del martirio*, in «Ius Ecclesiae» 3 (1991), pp. 645-670; ID., *La certezza morale nelle cause «super martyrio»*, in A. Debinski-W. Bar-P. Stanisz (coord.), «Divina et humana», scritti in onore del prof. Henryk Misztal, Lublin 2001, pp. 559-575; A. FILIPAZZI, *La prova del martirio nella prassi recente della Congregazione delle Cause dei Santi*, Tesi di laurea presso la Pontificia Università della Santa Croce, Roma 1992; J. LISOWSKI, *Konceptja mecenstwa w praktyce Kongregacji spraw kanonizacyjnych*, Wroclaw-Roma 1992.

(3) Circa la certezza morale, cfr. J.L. GUTIÉRREZ, *La certeza moral que debe alcanzarse en las causas de canonización*, in R. Quintana (dir.), «Las causas de canonización hoy. Teología y Derecho», Barcelona 2003, pp. 39-55.

che devono essere credute. La causa che ha mosso a togliere la vita a molti cristiani è stato il loro modo di agire coerente con la fede, che necessariamente si rende manifesto nella vita individuale e sociale. Questa nostra affermazione non deve essere intesa nel senso che siano da considerare martiri quanti danno la loro vita per cause nobili, se queste sono di natura esclusivamente umanitaria o sociale<sup>(4)</sup>. Nella Chiesa sono martiri soltanto coloro il cui modo di agire radicato nella fede e nella carità, ossia la fede manifestata nelle opere, è in contrasto con i principi di quelli che li uccidono, perché sono d'ostacolo per la realizzazione dei loro piani.

c) Il secondo elemento formale, inscindibilmente unito a quello precedente, è l'accettazione volontaria della morte per amore della fede. Ciò non significa che il martire non debba cercare di evitare legittimamente la morte: al contrario, già nei primi secoli gli scrittori ecclesiastici misero in chiaro il dovere di porre in salvo la propria vita, eccettuati i casi di coloro, come avviene per i pastori di anime, la cui presenza fra gli altri fedeli fosse necessaria per sostenerli nella prova. Quegli stessi scrittori riprovarono il modo di comportarsi di quanti temerariamente si erano presentati di propria volontà davanti alle autorità per confessare la fede, e dettero notizia di non pochi casi in cui la predetta imprudenza, che era segno di vana fiducia nelle proprie forze, finì in una triste apostasia.

Quando concorrono le circostanze suaccennate, verificate caso per caso dopo attento studio del processo istruito a questo scopo, il Papa procede ad aggiungere nuovi nomi nel catalogo dei martiri con le cerimonie della beatificazione e, più avanti, della canonizzazione.

## 1.2. *Il soggetto del martirio.*

Può essere proclamato martire solo colui che sia morto nel seno della Chiesa Cattolica, per aver ricevuto il battesimo e perseverato in essa oppure perché il martirio stesso — battesimo di sangue — lo ha incorporato pienamente alla stessa. L'eroismo dei

---

(4) «Patitur etiam propter Christum, non solum qui patitur propter fidem Christi, sed etiam qui patitur pro quocumque opere, pro amore Christi» (S. TOMMASO D'AQUINO, *Super Epistolas S. Pauli Lectura*, vol. I, *Ad Rom.*, c. 8, lect. 7, Torino-Roma 1953, p. 131).

membri di altre Chiese o Comunità cristiane che hanno dato la vita per Gesù Cristo è degno di profonda riconoscenza, ma essi non saranno proclamati martiri — fra le altre ragioni teologiche, perché le stesse loro Chiese o Comunità difficilmente accetterebbero un tale atto da parte della Chiesa Cattolica<sup>(5)</sup>.

Bisogna avvertire che, nelle cause di martirio, si deve tenere conto unicamente della morte inflitta e accettata per amore di Gesù Cristo, senza che sia d'ostacolo il fatto che il servo di Dio abbia commesso qualche errore nel corso della sua vita oppure che sia vissuto in una situazione abituale di peccato<sup>(6)</sup>. In effetti, la

---

(<sup>5</sup>) Cfr. PAOLO VI, Bolla di canonizzazione di S. Carlo Lwanga, Mattia Kalembe e 20 Compagni, martiri dell'Uganda, 18 ottobre 1964: AAS 57 (1965), pp. 693-703; cfr. anche l'omelia tenuta durante la predetta canonizzazione: «Insegnamenti di Paolo VI» 2 (1964), pp. 583-592. GIOVANNI PAOLO II ha fatto parecchie allusioni al sacrificio di quei fratelli: cfr., per esempio, Lett. Ap. *Oriente lumen*, 2 maggio 1995: AAS 87 (1995), pp. 745-774; Enc. *Ut unum sint*, 25 maggio 1995: AAS 87 (1995), pp. 921-982; Discorso del 7 maggio 2000 nella commemorazione ecumenica dei testimoni della fede del secolo XX: «L'Osservatore Romano» 8-9 maggio 2000, pp. 8-9. Vid. in generale P. PEETERS, *La canonisation des Saints dans l'Église Russe*, in «Analecta Bollandiana» 33 (1914), pp. 380-420 e 38 (1920), pp. 172-176; J. BOIS, *Canonisation dans l'Église russe*, in «Dictionnaire de Théologie Catholique», Tomo II-2, Paris 1923, coll. 1659-1672; Y. M.-J. CONGAR, *À propos des saints canonisés dans les Églises orthodoxes*, in «Revue des sciences religieuses» 22 (1948), pp. 240-259; P. DE MEESTER, *La canonizzazione dei Santi nella Chiesa Russa Ortodossa*, in «Gregorianum» 30 (1949), pp. 393-407; G. LARENTZAKIS, *Heiligenverehrung in der orthodoxen Kirche*, in «Catholica» 42 (1988), pp. 56-75; W. KASPER, *Il significato ecumenico della venerazione dei santi*, in «Veritas in caritate», Miscellanea di studi in onore del Card. José Saraiva Martins, Urbaniana University Press, Città del Vaticano 2003, pp. 245-256.

(<sup>6</sup>) «In causis martyrum de necessitate inquiritur in martyrrium, et causam martyrii, nec fortasse refert, utrum quis fuerit antea sceleribus inquinatus, teste Cardinali Bellarmino, aliisque infra referendis, dummodo tamen mortem pro Christo patiantur» (BENEDETTO XIV, L. I, cap. 28, n. 8; si veda anche L. I, cap. 29, nn. 1-2). Parimenti ID., L. III, cap. 15, *De requisitis in Martyre necessariis ante martyrrium*, nn. 7-19, dove afferma: «doctrina Ecclesiae est, ut martyrrium... delet... peccata actualia quoad culpam et poenam... his cohaerenter videmus, Ecclesiam pro martyrribus nec preces, nec Sacrificia offerre Deo, utpote quibus eos cognoscit non indigere... Quae profecto suffragia ab Ecclesia non omitterentur, si ipsa non crederet, per martyrrium deleta fuisse quaecumque peccata quoad culpam et quoad poenam tum temporalem tum aeternam» (nn. 7-8). L'autore, cita, tra gli altri, l'esempio di Santa Afra, la quale «e prostibulo Martyr effecta, suo exemplo comprobavit neminem a spe salutis excludi, qui fructus dignos poenitentiae, etiam post vitam gravioribus criminibus contaminatam, produxerit» (n. 13). Per questo motivo, prosegue Benedetto XIV: «dictum

donazione piena della propria vita, che è il martirio, cancella completamente — c'è in questo una certa analogia con il battesimo — qualsiasi macchia di peccato o di colpa contratta in precedenza. È vero tuttavia che il martirio costituisce una grazia e un dono, concesso generalmente da Dio a coloro che, con la propria vita virtuosa, si sono resi meritevoli di riceverlo (7).

Aggiungiamo qui, e torneremo più avanti sull'argomento, che la proclamazione ufficiale del martirio da parte del Papa presuppone come requisito indispensabile che le prove raccolte nel processo di canonizzazione dimostrino non solo la morte violenta per la fede, ma anche la fama di martirio vigente presso una parte notevole del popolo dei Dio, che ritiene martire la persona di cui si tratti e ricorre alla sua intercessione in richiesta di grazie e favori spirituali o materiali. Questa fama, che dev'essere spontanea, ossia non provocata artificialmente, non costituisce un dato puramente sociologico, ma esprime piuttosto la voce dei fedeli, che in questo modo concorrono con il Papa e con tutta la Chiesa alla canonizzazione o beatificazione (8).

Come abbiamo precisato sopra (n. 1.1), il martirio richiede necessariamente che la causa della morte (vale a dire, l'oggetto, rispettivamente, dell'odio da parte del persecutore e dell'amore da parte di chi dona la propria vita) sia precisamente la fede o la pra-

---

est autem, expedire ad felicem exitum causae Martyrum, sed non est dictum, esse necessarium, ut morum et virtutum ratio habeatur. In aliquo siquidem rei eventu contingere potest, ut aliquis magnis sceleribus obstrictus, si pro fide Christi mortem subeat, Martyrum catalogo adscribi possit» (n. 18); viene qui citato il caso di martiri «qui prius Christum negaverant», come avvenne a Santa Aurea, la quale «exterritam minis Tyranni Mahumetani, ore Christum negasse, et deinde intrepidam et constantem christianae fidei confessione de Tyranno triumphasse, et fuso sanguine culpam suam eluisse; ipsamque tanquam Martyrem coli» (n. 18); e questo perché «quicumque reatus deletus censendus erat per subsequens martyrium» (n. 19).

(7) Cfr. S.-TH. PINCKAERS, *La spiritualité du martyre... jusqu'au bout de l'Amour*, Versailles 2000, specialmente pp. 130-134.

(8) Cfr. J. L. GUTIÉRREZ, *La causa de canonización: contexto canónico y eclesial*, in «Cuadernos del Centro de Documentación y Estudios Josemaría Escrivá de Balaguer» 7 (2003), pp. 42-43. Circa la fama di martirio, vid. F. SCACCHI, *De cultu et veneratione Servorum Dei*, Roma 1639, L. I, Sect. IX, capp. 4 e 5; C.F. DE MATTA, *Novissimus de Sanctorum canonizatione tractatus*, Roma 1678, Pars IV, cap. 19; BENEDETTO XIV, L. II, cap. 39-42; R. ZERA, *La fama di santità. Fondamento morale e rilevanza giuridica*, Crotone 1984; F. VERAJA, *Le cause di canonizzazione dei Santi*, Città del Vaticano 1992, pp. 25-29.

tica di una virtù connessa con la fede ossia, in altre parole, la *fides credendorum vel agendorum*.

### 1.3. *Difficoltà per la proclamazione del martirio di laici.*

Accenneremo qui ad alcune questioni collegate con il martirio di laici. Tuttavia, prima di proseguire, è opportuno esaminare brevemente una questione previa di notevole portata pratica, soprattutto per quanto concerne le persecuzioni religiose più recenti. In effetti, è facilmente verificabile come fino ad ora siano relativamente assai pochi i laici proclamati martiri tra gl'innumerevoli fedeli che furono uccisi ad opera di coloro che militavano nel campo delle ideologie assolutiste e materialiste del secolo XX<sup>(9)</sup>. E questo numero ridotto, risponde a motivi contingenti o è invece motivato da una ragione teologica permanentemente valida?

Se accettiamo come premessa indiscutibile che un laico, come un chierico o un religioso, può dare la vita per la fede, la questione proposta presenta due aspetti certamente connessi, ma che devono essere analizzati separatamente: 1) per quale ragione, fra coloro che furono uccisi nelle persecuzioni religiose del secolo XX, i laici beatificati sono relativamente pochi?; 2) vi è qualche motivo che possa impedire o almeno rendere più difficile la prova del martirio di un laico che abbia subito la morte per la fede?

Per rispondere alla prima domanda, è opportuno porre in evidenza alcuni aspetti:

---

<sup>(9)</sup> Per quanto concerne la persecuzione religiosa in Spagna durante la rivoluzione delle Asturie (1934) e negli anni della guerra civile (1936-1939), tra i 239 martiri proclamati beati (dieci di essi, successivamente, canonizzati) nel tempo trascorso tra la prima cerimonia di beatificazione, celebrata il 29 marzo 1987, fino a tutto l'anno 2000, i laici furono solamente tre: la maestra María Victoria López, l'ingegnere Vicente Vilar e lo zingaro Ceferino Jiménez Malla, detto «il Pelé» (le cerimonie di beatificazione di questi tre laici ebbero luogo rispettivamente il 10 maggio 1993, il 1° ottobre 1995 e il 4 maggio 1997). L'11 marzo 2001 (dopo questa data fino a tutto il 2004 non ci sono state beatificazioni di martiri della persecuzione religiosa spagnola) furono beatificati 233 martiri, tra i quali 44 erano laici, quasi tutti uomini o donne dell'Azione Cattolica dell'arcidiocesi di Valencia; tuttavia, questo caso costituisce un'eccezione, giacché nelle cause di martirio attualmente in studio la proporzione di laici continua ad essere molto bassa. La situazione delle cause di martirio in altre Nazioni nelle quali vi è stata una persecuzione è assai simile a quella che abbiamo descritto.

a) Va ricordato, anzitutto, che le cause di canonizzazione di laici sono relativamente poche. In termini generali, si può dire che gl'istituti religiosi, soprattutto quelli maschili, hanno di solito una postulazione generale, incaricata di promuovere le cause dei propri appartenenti e anche, ma in misura più limitata, di alcuni sacerdoti secolari o laici collegati all'ordine o alla congregazione in qualità di terziari o per un titolo analogo. Non succede così nelle diocesi, fra cui solo alcune — quelle cioè che possono contare su un'organizzazione più articolata — prevedono un dipartimento nella curia dedicato a quelle cause per i propri sacerdoti o laici.

b) Si deve tenere presente, poi, un altro dato: uno sguardo globale ai processi diocesani ancora in fase di studio presso la Congregazione delle Cause dei Santi circa il martirio di laici durante la persecuzione spagnola del 1936-1939 — assai pochi rispetto ai religiosi e, in misura minore, al clero secolare —<sup>(10)</sup>, mostra immediatamente come nella maggior parte dei casi le prove processuali cerchino di dimostrare che quei fedeli laici non si erano intromessi in questioni politiche o sindacali. Accade di frequente che siano presentati come candidati alla proclamazione del martirio — meritevoli, senza dubbio — alcuni che militavano in un'associazione di fedeli, o altri che furono uccisi insieme a un sacerdote rifugiatosi presso di loro, o altri ancora che si erano distinti, durante il periodo di ostilità verso la Chiesa immediatamente precedente l'aperta persecuzione, per aver promosso funzioni pubbliche di culto e incitato altri a parteciparvi, sempre tuttavia con l'affermazione esplicita ch'essi rimasero al margine della politica.

c) In caso di persecuzione, finché non si provi il contrario, si tende quasi istintivamente a presumere che la causa della morte violenta di sacerdoti, religiosi o religiose sia l'odio verso la fede. In effetti, la condizione del sacerdote e quella del religioso, anche se non per gli stessi motivi, esigono una dedizione completa alle funzioni proprie specifiche, il che comporta l'astenersi da attività politiche, economiche e sindacali<sup>(11)</sup>. Avviene così che le deposizioni dei testi circa la causa della morte di un presunto martire coinci-

<sup>(10)</sup> Abbiamo avvertito nella nota precedente che le stesse caratteristiche si presentano nelle cause di martirio di altre Nazioni.

<sup>(11)</sup> Cfr. CONC. VAT. II, Cost. dogm. *Lumen gentium*, n. 31/2, Cost. past. *Gaudium et spes*, n. 43; CIC, cann. 285-287 e 672.

dano quasi sempre nell'affermare che questi si era dedicato esclusivamente al ministero sacerdotale o alle attività connesse con la sua appartenenza a un istituto religioso, senza mai immischiarsi in questioni politiche o sociali.

Sembrerebbe, invece, che rispetto ai laici predomini la presunzione contraria. Un modo di ragionare assai generalizzato parte dal presupposto che l'odio verso quelle persone era o poteva essere motivato dalle loro idee o attività sociali e politiche, e ciò porta a concludere, senza un ulteriore approfondimento della questione e quasi come cosa ovvia, che la causa della loro morte fu di natura politica o sociale e, *pertanto*, non un motivo riconducibile alla fede. È valida questa presunzione? È questo l'argomento che ci accingiamo a esaminare.

## 2. *Il martirio nel contesto della dedizione alle realtà temporali.*

Senza sminuire il valore del martirio di quei laici che dettero la loro vita in un contesto ecclesiale, è necessario chiedersi se coloro che morirono per aver partecipato ad attività sociali, politiche o sindacali possano o non possano essere proclamati martiri.

### 2.1. *I laici e le attività temporali.*

Occorre tener presente che, entro l'ambito della comune chiamata alla santità<sup>(12)</sup> i laici, distinguendosi in questo dai sacerdoti e dai religiosi, debbono cercare la santificazione nel campo, ch'è loro proprio, delle attività temporali. Il Concilio Vaticano II è chiaro a tale riguardo:

«Il carattere secolare è proprio e particolare dei laici. [...]. Per loro vocazione è proprio dei laici cercare il regno di Dio trattando le cose temporali e ordinandole secondo Dio. Essi vivono nel secolo, cioè implicati in tutti e singoli i compiti e affari del mondo [...]. Ivi sono da Dio chiamati a contribuire, quasi dall'interno a modo di fermento, alla santificazione del mondo [...]. A loro quindi particolarmente spetta di illuminare e ordinare tutte le realtà temporali, alle quali essi sono strettamente legati... »<sup>(13)</sup>.

<sup>(12)</sup> Cfr. J.L. GUTIÉRREZ, *La llamada universal a la santidad en el estatuto jurídico del fiel cristiano*, in «Ius Canonicum» 42 (2002), pp. 491-512.

<sup>(13)</sup> CONC. VAT. II, Cost. dogm. *Lumen gentium*, n. 31/2.

A dieci anni di distanza dalla conclusione del Vaticano II, Paolo VI riecheggia questa presa di coscienza nei seguenti termini:

«Il compito primario e immediato dei laici non è l'istituzione e lo sviluppo della comunità ecclesiale — che è il ruolo specifico dei pastori — ma è la messa in atto di tutte le possibilità cristiane ed evangeliche nascoste, ma già presenti e operanti nelle realtà del mondo. Il campo proprio della loro attività evangelizzatrice è il mondo vasto e complicato della politica, della realtà sociale, dell'economia [...]. Più ci saranno laici penetrati di spirito evangelico, responsabili di queste realtà ed esplicitamente implicati in esse, competenti nel promuoverle e consapevoli di dover sviluppare tutta la loro capacità cristiana spesso tenuta nascosta e soffocata, tanto più queste realtà, senza nulla perdere né sacrificare del loro coefficiente umano, ma manifestando una dimensione trascendente spesso sconosciuta, si troveranno al servizio del regno di Dio, e quindi della salvezza in Gesù Cristo»<sup>(14)</sup>.

Gl'insegnamenti di Giovanni Paolo II sono ugualmente chiari in proposito. Mi limiterò a citare tre testi che non hanno bisogno di commento:

«L'indole secolare del fedele laico non è da definirsi soltanto in senso sociologico, ma soprattutto in senso teologico»<sup>(15)</sup>.

«La vocazione dei fedeli laici alla santità comporta che la vita secondo lo Spirito si esprima in modo peculiare nel loro *inserimento nelle realtà temporali* e nella loro *partecipazione alle attività terrene*»<sup>(16)</sup>.

«Per animare cristianamente l'ordine temporale, nel senso detto di servire la persona e la società, i fedeli laici *non possono affatto abdicare alla partecipazione alla «politica»* [...] tutti e ciascuno hanno diritto e dovere di partecipare alla politica. [...] Le accuse di arrivismo, di idolatria del potere, di egoismo e di corruzione che non infrequentemente vengono rivolte agli uomini del governo, del parlamento, della classe dominante, del partito politico; come pure l'opinione non poco diffusa che la politica sia un luogo di necessario pericolo morale, non giustificano minimamente né lo scetticismo né

<sup>(14)</sup> PAOLO VI, Esort. Ap. *Evangelii nuntiandi*, 8 dicembre 1975, n. 70: AAS 58 (1976), pp. 5-76.

<sup>(15)</sup> GIOVANNI PAOLO II, Esort. Ap. post-sinodale *Christifideles laici*, n. 15/9.

<sup>(16)</sup> *Ibid.*, n. 17/1.

l'assenteismo dei cristiani per la cosa pubblica. [...] Una politica per la persona e per la società trova la sua *linea costante di cammino* nella *difesa* e nella *promozione della giustizia*, intesa come «virtù» alla quale tutti devono essere educati e come «forza» morale che sostiene l'impegno a favorire i diritti e i doveri di tutti e di ciascuno, sulla base della dignità personale dell'essere umano»<sup>(17)</sup>.

Possiamo, dunque, ritenere indiscutibile che, oltre a ciò ch'è comune a tutti i fedeli, la condizione di laico comporta come caratteristica teologica propria e peculiare l'inserimento nelle realtà temporali e, all'interno di esse, la partecipazione responsabile alla vita sociale e politica, secondo le circostanze di ciascuno.

## 2.2. *Laici, azione politica e martirio.*

I laici, pertanto, debbono professare la fede, partecipare alla missione della Chiesa e cercare la propria santificazione specificamente<sup>(18)</sup> mediante la loro azione nelle realtà temporali, ivi comprese le attività politiche, sociali e sindacali. Orbene: se si accetta che un laico può e deve professare la propria fede anche nel campo della politica, è giocoforza concludere che nulla vieta la sua proclamazione a martire se egli viene ucciso a causa di tale suo impegno. In questo caso le prove dovranno dimostrare non già ch'egli si astenne dalla partecipazione alla vita pubblica — come occorre fare se si tratta di un sacerdote o di un religioso —, ma che le sue opere e la sua attività, anche di carattere politico, erano radicate nella fede, di modo che il movente di coloro che gli tolsero la vita fu l'*odium fidei*, odio che aveva per oggetto il suo modo di agire pienamente coerente con la condizione di cristiano.

Il Concilio Vaticano II dichiara in maniera lapidaria: «Il cristiano che trascura i suoi impegni temporali trascura i suoi doveri

---

<sup>(17)</sup> *Ibid.*, n. 42/2 e 42/5 (corsivo nell'originale). Cfr. *Catechismo della Chiesa Cattolica*, Libreria Editrice Vaticana 1992, nn. 1913-1915; CONGREGAZIONE PER LA DOTTRINA DELLA FEDE, *Nota dottrinale circa alcune questioni riguardanti l'impegno e il comportamento dei cattolici nella vita politica*, 24 novembre 2002.

<sup>(18)</sup> Ovviamente, essi hanno in comune con gli altri membri del popolo di Dio — chierici o religiosi — la condizione di fedeli cristiani, con i correlativi obblighi e diritti. Per un trattato ormai classico in proposito, cfr. A. DEL PORTILLO, *Laici e fedeli nella Chiesa*, ed. Giuffrè, Milano 1999 (la prima edizione di quest'opera, in lingua spagnola, è del 1969).

verso il prossimo, anzi verso Dio stesso, e mette in pericolo la propria salvezza eterna»<sup>(19)</sup>.

Nella Lettera Apostolica *Novo millennio ineunte*, il Papa ritorna con vigore sull'argomento:

«E come poi tenerci in disparte... di fronte al vilipendio dei diritti *umani fondamentali* di tante persone...? Tante sono le urgenze, alle quali l'animo cristiano non può restare insensibile... La carità si farà allora necessariamente servizio alla cultura, alla politica, all'economia, alla famiglia, perché dappertutto vengano rispettati i principi fondamentali dai quali dipende il destino dell'essere umano e il futuro della civiltà. Tutto questo ovviamente dovrà essere realizzato con uno stile specificamente cristiano: saranno soprattutto *i laici* a rendersi presenti in questi compiti in adempimento della vocazione loro propria [...]. Questo versante etico-sociale si propone come dimensione imprescindibile della testimonianza cristiana: si deve respingere la tentazione di una spiritualità intimistica e individualistica, che mal si comporrebbe con le esigenze della carità, oltre che con la logica dell'Incarnazione e, in definitiva, con la stessa tensione escatologica del cristianesimo»<sup>(20)</sup>.

Se è vero che, per un laico attivamente presente nella vita sociale e politica, *la carità si fa necessariamente servizio alla politica*, e ciò *come conseguenza della vocazione che gli è propria*, secondo l'insegnamento di Giovanni Paolo II nel testo che abbiamo appena citato; se, d'altra parte, il martirio consiste nel dare la propria vita per la fede o per una virtù cristiana, non pare che esista alcuna ragione per cui si debba escludere dalla categoria di vero martirio il caso di un laico che accetta la morte per aver assunto virtuosamente la sua responsabilità umana e cristiana nell'ambito sociale e politico, in corrispondenza con la sua vocazione di fedele laico e avendo cercato di promuovere la giustizia e la dignità personale dell'uomo. «La politica — scriveva Paolo VI — è un modo esigente di mettere in pratica il grave impegno cristiano di servire gli

(19) CONC. VAT. II, Cost. past. *Gaudium et spes*, n. 43/1. È notevole l'insistenza con cui questo documento ricorda che la professione della fede cristiana non solo non allontana i fedeli dall'edificazione del mondo o li spinge a disinteressarsi dai loro simili, ma piuttosto corrobora tali doveri e spinge a compierli: cfr. nn. 20/2, 21/3, 34/3, 39/2, 43/1, 57/1. Vid. anche Decr. *Apostolicam actuositatem*, n. 7.

(20) GIOVANNI PAOLO II, Lett. Ap. *Novo millennio ineunte*, 6 gennaio 2001, nn. 51-52.

altri»<sup>(21)</sup>; e, in riferimento a San Tommaso Moro, proclamato Patrono dei politici, Giovanni Paolo II afferma che la sua vita insegna come l'attività di governo sia anzitutto esercizio di virtù<sup>(22)</sup>.

Potrebbero esporsi considerazioni simili in tanti altri casi di morte violenta. Si pensi, per esempio, ad un giudice<sup>(23)</sup> o ad altro impiegato pubblico minacciato ed eliminato per aver pronunciato una giusta condanna o per aver cercato con mezzi leciti di estirpare il male o di combattere contro organizzazioni che attentano contro il bene comune.

Com'è ovvio, quanto abbiamo finora esposto non dev'essere inteso nel senso che il laico a cui ci stiamo riferendo abbia agito a nome della gerarchia ecclesiastica o in adempimento di ordini da essa impartiti. E la dichiarazione del martirio neppure comporterà un giudizio di valore circa le idee concrete — sempre entro l'ambito del rispetto della dottrina insegnata dal Magistero — liberamente sostenute dal martire nell'esercizio della sua personale responsabilità.

In effetti, l'ordine temporale gode di un'autonomia così descritta nella Costituzione pastorale *Gaudium et spes*:

«Se per autonomia delle realtà create intendiamo che le cose create e le stesse società hanno leggi e valori propri, che l'uomo gradatamente deve scoprire, usare e ordinare, allora si tratta di

(21) PAOLO VI, Lett. Ap. *Octogesima adveniens*, 14 maggio 1971, n. 46: AAS 63 (1971), p. 435. S. JOSEMARÍA ESCRIVÁ afferma in una delle sue omelie: «Un uomo o una società che non reagiscano davanti alle tribolazioni e alle ingiustizie, e che non cerchino di alleviarle, non sono un uomo o una società all'altezza dell'amore del Cuore di Cristo. I cristiani — pur conservando sempre la più ampia libertà di studiare e di mettere in pratica soluzioni diverse, e godendo pertanto di un logico pluralismo — devono coincidere nel comune desiderio di servire l'umanità. Altrimenti il loro cristianesimo non sarà la Parola e la Vita di Gesù; sarà un travestimento, un inganno, di fronte a Dio e di fronte agli uomini» (*È Gesù che passa*, 3<sup>a</sup> ed. italiana, Milano 1982, n. 167).

(22) «Regimen esse prae ceteris virtutis exercitium eius vita nos docet» (GIOVANNI PAOLO II, Motu pr. del 31 ottobre 2000: AAS 93 [2001], p. 78). Il testo prosegua così: «Solido in hoc morali fundamento innitens, vir civilis ille Anglicus publicam operam suam contulit in personam iuvandam, praesertim debilem ac pauperem; sociales contentiones magno aequitatis sensu exsolvit; familiam tuitus est eamque strenue studioseque defendit, integram iuvenum institutionem promovit. [...] Eius sanctitas in martyrio effulsit, at comparata est totam per operis vitam in Deo et proximo deditioe actam» (pp. 78-79).

(23) Cfr. S. TOMMASO D'AQUINO, *Summa Theol.*, II-II, q. 123, a. 5 c.

un'esigenza legittima, che non solo è postulata dagli uomini del nostro tempo, ma anche è conforme al volere del Creatore»<sup>(24)</sup>.

Esistono, pertanto, rispetto alle realtà terrene, leggi e valori loro propri, che sono iscritti nella natura stessa dell'essere umano<sup>(25)</sup> e guidano la sua azione in quest'ambito, vale a dire la legge naturale<sup>(26)</sup>. L'autonomia dell'ordine temporale consiste precisamente nel fatto che le sue leggi e i suoi valori sono comuni a tutti gli uomini e non dipendono dalla giurisdizione della Chiesa, anche se il Magistero può contribuire a chiarire la loro precisa portata.

Dobbiamo notare che queste leggi e questi valori non contengono un programma di soluzioni temporali concrete, ma lasciano uno spazio entro il quale è competente l'autonomia di ciascun uomo nel suo agire temporale, giacché «Dio non lasciò consumata la creazione; consumare quell'opera divina è appunto il compito dell'uomo, dotato nella creazione di intelligenza, libertà e inventiva [...]. L'autonomia dell'ordine temporale non è, pertanto, un vuoto di legge di Dio, ma è invece legge di Dio per le realtà temporali, la quale legge è un appello all'iniziativa dell'uomo»<sup>(27)</sup>. Perciò, nel campo dell'autonomia dell'ordine temporale, vi è un ambito di autonomia di ciascuna persona, la quale, nel rispetto della legge naturale, deve assumere le proprie opzioni guidata dalla coscienza rettamente formata. Se non fosse così, se l'opera della creazione fosse rimasta consumata fin dal primo momento in tutti i suoi aspetti, l'uomo non vivrebbe nella storia, ma sarebbe solo un pezzo

(24) CONC. VAT. II, Cost. past. *Gaudium et spes*, n. 36/2. Cfr. J. T. MARTÍN DE AGAR, *Libertad religiosa civil y libertad temporal en la Iglesia*, in «Las relaciones entre la Iglesia y el Estado. Estudios in memoria del prof. Pedro Lombardía», Madrid 1989, pp. 251-260.

(25) Cfr. GIOVANNI PAOLO II, Discorso al Parlamento italiano, 14 novembre 2002: AAS 95 (2003), pp. 248-254.

(26) Cfr. J. HERVADA, *Vetera et nova. Cuestiones de Derecho Canónico y afines (1958-1991)*, Vol. II, Pamplona 1991, pp. 1299-1337 (*Magisterio social de la Iglesia y libertad del fiel en materias temporales*).

(27) *Ibid.*, p. 1306 (la traduzione italiana è nostra). Poche righe prima l'autore scrive: «Fácilmente puede verse que la autonomía de lo temporal no es una zona vacía de plan divino, ni una esfera indiferente respecto de Dios. Es plan divino, voluntad de Dios. Autonomía de lo temporal no quiere decir que Dios se desentienda de lo temporal, sino que es su voluntad que el hombre sea un colaborador suyo con iniciativa en la magna tarea de consumir la obra de Dios que es la Creación» (*ibid.*, p. 1305).

inerte sul palcoscenico del compimento inesorabile di un piano predeterminato fino all'ultimo dettaglio<sup>(28)</sup>.

È chiaro in proposito l'insegnamento del Concilio Vaticano II, specialmente nella Costituzione pastorale *Gaudium et spes*, nel cui testo leggiamo:

«Spetta alla coscienza dei laici, convenientemente formata, di iscrivere la legge divina nella vita della città terrena. Dai sacerdoti i laici si aspettino luce e forza spirituale. Non pensino che i loro pastori siano sempre esperti a tal punto che ad ogni nuovo problema che sorge, anche a quelli gravi, essi possano aver pronta una soluzione concreta o che proprio a questo li chiami la loro missione: assumano essi piuttosto la propria responsabilità alla luce della sapienza cristiana e facendo attenzione rispettosa alla dottrina del magistero. Spesso sarà la stessa visione cristiana della realtà che li orienterà, in certe circostanze, a una determinata soluzione. Tuttavia altri fedeli altrettanto sinceramente potranno esprimere un giudizio diverso sulla medesima questione, ciò che succede frequentemente e legittimamente. Ché se le soluzioni proposte da un lato o dall'altro, anche oltre le intenzioni delle parti, vengono facilmente da molti collegate con il messaggio evangelico, in tali casi ricordino essi che a nessuno è lecito rivendicare in favore della propria opinione l'autorità della Chiesa»<sup>(29)</sup>.

### 3. *Applicazione delle idee esposte al processo di proclamazione del martirio.*

#### 3.1. *La prova del martirio.*

Tornando ora alle note che caratterizzano il martirio (cfr. n. 1.1), possiamo affermare che, nel caso di un laico, l'elemento materiale — ossia la morte violenta — dovrà essere provato come in qualsiasi altro caso di martirio, senza che la condizione della

<sup>(28)</sup> Cfr. J. SARAIVA MARTINS, *Holiness and Politics*, in «Being Ambassadors to Holy See Today», Roma 2001, pp. 349-356.

<sup>(29)</sup> *Ibid.*, n. 43/2-3. Cfr. J.L. ILLANES, *Fede cristiana e libertà personale nell'azione sociale e politica*, in «Romana» 17 (2000), pp. 298-324, dove l'autore rinvia ad altri titoli della sua vasta produzione in materia. Per uno studio più dettagliato dei testi del Concilio Vaticano II in proposito, cfr. J.L. GUTIÉRREZ, *La Iglesia ante el orden temporal*, in «Las relaciones entre la Iglesia y el Estado. Estudios en memoria del Prof. Pedro Lombardía», Madrid 1989, pp. 213-226.

persona comporti particolari difficoltà. Non pare necessario soffermarsi su questo punto.

Più complessa risulta la prova dell'aspetto formale, sia da parte degli uccisori che, soprattutto, di colui che riceve la morte. Come in qualsiasi altro processo di canonizzazione circa un caso di martirio, dovrà essere provato che sia l'esecuzione sia l'accettazione della morte non furono motivate da cause esclusivamente umane, pur di altissimo valore, ma affondavano le loro radici nell'*humus* della coerenza con la fede, che spingeva il martire a non abbandonare il campo politico nonostante i pericoli e le minacce e parimenti muoveva gli esecutori a cercare la sua morte. Appare evidente la maggiore complessità e difficoltà della prova se si tiene presente che, per un sacerdote o religioso, le prove prodotte per dimostrare ch'egli si astenne da ogni attività politica metteranno in evidenza — per esclusione — che la causa della morte fu la sua condizione sacerdotale o religiosa. Per un laico attivo nella vita politica si dovrà partire invece dalla posizione esattamente contraria: egli svolse un'attività politica, ma si dovrà dimostrare che tale attività era informata dalla fede e dalla carità, di modo che il motivo ultimo della morte violenta fu la pratica di una virtù cristiana e cioè, elevata al piano soprannaturale.

### 3.2. *Il martirio formale da parte di chi uccide.*

Si deve tenere presente che, nel corso della storia, l'odio verso la fede raramente si è presentato allo stato puro e sono assai pochi quelli che hanno dato la vita in difesa di una verità *de fide credenda*. Nella stragrande maggioranza dei casi, i martiri sono stati eliminati perché la loro vita coerente con la fede professata urtava frontalmente contro l'ideologia dei loro uccisori: proprio in questo consiste l'*odium fidei*.

In altre parole, ciò che gli esecutori odiavano non erano certe credenze astratte, ma — nel loro insieme — le opere radicate nella fede, per cui l'odio verso quelle opere comportava necessariamente l'odio verso la loro radice, che in nessun modo può essere considerata un elemento isolato.

In proposito è particolarmente chiaro il caso delle donne proclamate martiri — uccise, quindi, per odio verso la fede — perché non cedettero nei confronti di chi attentava contro la loro castità. L'assassino cercava di soddisfare la propria concupiscenza, e sarebbe difficile pensare che l'odio in forza del quale egli uccise arrivava esplicitamente in quel momento di passione fino alla fede

della sua vittima. Tuttavia, riguardo alle donne che resistettero fino alla morte per difendere la castità e sono state proclamate martiri, nel processo di canonizzazione si ritenne provato che la causa della loro uccisione era stato l'odio verso la fede, vale a dire verso la radice dalla quale procedeva la condotta virtuosa della donna.

Pertanto, non sembra azzardato affermare che la prova dell'*odium fidei* da parte di chi inferisce la morte può ritenersi piena qualora si dimostri che l'atteggiamento della persona uccisa proveniva dall'esercizio di una virtù soprannaturale. È questo l'aspetto che mi propongo di esporre nella sezione che segue.

### 3.3. *Il martirio formale da parte di chi muore.*

Siamo pervenuti a quello che possiamo considerare l'aspetto centrale della questione. Per esporlo, sarà necessario rispondere a tre domande:

- a) Quando si può dire che la condotta di una persona costituisce l'esercizio di una virtù soprannaturale?
- b) Che cosa significa accettare la morte per amore della fede?
- c) Come devono essere provate quella virtù soprannaturale e quella accettazione?

Dedicherò le seguenti tre sottosezioni a profilare brevemente le linee generali di una risposta che certamente richiede un'analisi più dettagliata.

#### 3.3.1. *L'esercizio di una virtù soprannaturale.*

Affinché esista un vero martirio, è necessario che sia soprannaturale la virtù per il cui esercizio si accetta la morte. Per questo motivo, la donna che muore pur di non cedere nei confronti di chi vuole abusare di lei realizza un atto umanamente esemplare e degno di ogni lode, ma non può essere considerata martire se il suo atteggiamento di fronte all'aggressore è frutto esclusivamente di una virtù naturale.

Nel capitolo della sua opera dedicato alla causa del martirio da parte del persecutore<sup>(30)</sup>, Benedetto XIV cita e fa suo il pensiero del Cardinale Lorenzo Brancati di Lauria:

«L'esercizio di un atto di virtù comandato o consigliato dalla fede — che può essere considerato professione della fede *in*

---

<sup>(30)</sup> BENEDETTO XIV, L. III, cap. 13 («De causa martyrii quoad Persecutorem seu Tyrannum»).

*facto* — è vera causa del martirio, se a conseguenza di esso si è uccisi dal tiranno... Per cui l'esercizio di una virtù qualsiasi o l'osservanza di una legge dettata dalla fede è causa del martirio, se per esse si è uccisi dal tiranno»<sup>(31)</sup>.

Si deve tenere presente che la grazia è accompagnata dalle virtù infuse e dai doni dello Spirito Santo. Le virtù infuse completano essenzialmente le virtù naturali, giacché conferiscono la capacità di agire soprannaturalmente, di modo che gli atti di quelle virtù infuse differiscono *in specie* da quegli altri che provengono solo dalle rispettive virtù naturali<sup>(32)</sup>. In termini scolastici, possiamo dire che i predetti atti possono coincidere nel loro oggetto materiale, ma differiscono nel loro oggetto formale<sup>(33)</sup>. Di conseguenza, la morte violenta di chi ha agito con onestà puramente naturale nel campo politico si deve distinguere da quella di un cristiano il cui modo di agire era informato dalle virtù soprannaturali, e che può, pertanto, essere considerato martire.

Ci si pone, tuttavia, una domanda: basta per il martirio la presenza abituale nel soggetto delle virtù infuse, che accompagnano la grazia santificante, o si richiede, invece, un grado elevato nel loro esercizio? Brevemente rispondiamo che è sufficiente la presenza di quelle virtù, di modo che i loro atti siano soprannaturalmente meritevoli, pur non essendo stato raggiunto il grado eroico nel loro esercizio. Certamente, in un processo di canonizzazione dovrà essere provata l'esistenza di tali virtù.

### 3.3.2. *Che cosa significa accettare la morte per la fede?*

Circa l'accettazione volontaria della morte per la fede risulta istruttivo un testo di Benedetto XIV, il quale afferma che è ottima la volontarietà attuale del servo di Dio di accettare la morte per

<sup>(31)</sup> «Exercitium alicuius virtutis praeceptae aut consultae a fide, quae dici potest fidei professio in facto, est vera causa martyrii, si ex illo exercitio accidat per Tyrannum mors... Ergo exercitium cuiuscumque virtutis, vel observantiae legalis dictatae a fide est causa martyrii, si propter ipsas accidat mors a Persecutore» (ID., L. III, cap. 13, n. 2).

<sup>(32)</sup> «Unde manifestum est quod temperantia infusa et acquisita differunt specie; et eadem ratio est de aliis virtutibus» (S. TOMMASO D'AQUINO, *Summa Theol.*, I-II, q. 63, a. 4c).

<sup>(33)</sup> «Quoniam etsi sit idem actus virtutis acquisitae et infusae materialiter: non est tamen idem formaliter» (ID., *In III Sent.*, d. 33, q. 1, a. 2, q. 4 ad 2).

amore della fede, ma è sufficiente la volontarietà virtuale non ritrattata, la quale influisce sull'atto del martirio, come pure è sufficiente la volontà abituale, rimanendo esclusa solamente la volontà interpretativa<sup>(34)</sup>.

D'accordo con ciò, si può ben dire che accetta la morte chi sa che la sua vita è in pericolo se persevera nell'attività politica, ma si sente spinto a continuare nella stessa, in fedeltà a quanto la legge cristiana richiede, per contribuire al bene comune. Anche in questo caso la prova processuale dovrà dimostrare le predette disposizioni, che in taluni casi saranno addirittura corroborate da dichiarazioni esplicite del soggetto in alcune circostanze della sua vita o, forse, nel momento stesso in cui era condotto verso il luogo dell'uccisione.

### 3.3.3. *La prova dell'odio alla fede e dell'accettazione della morte per la fede.*

Ci siamo riferiti finora a ciò che dev'essere provato in una causa di canonizzazione istruita in vista della dichiarazione del martirio, e ci siamo soffermati su quegli aspetti che possono essere in rapporto più diretto con la morte di un fedele laico impegnato nell'azione politica. Per concludere, annoteremo in maniera schematica in che cosa debba consistere detta prova.

Un'avvertenza previa: le prove raccolte dovranno essere tali da far raggiungere a coloro che devono esprimere il proprio voto la *certezza morale* che si tratti di un vero martirio<sup>(35)</sup>.

L'elemento materiale, vale a dire la morte violenta, dovrà essere provato — lo abbiamo già detto — come per qualsiasi altro caso di martirio.

Quanto ai due elementi formali (odio alla fede da parte di chi uccide e accettazione della morte per la fede da parte del martire), abbiamo sostenuto (n. 3.2) che la prova del secondo include in sé quasi necessariamente quella del primo; pertanto, l'apparato probatorio dovrà concentrarsi prevalentemente sull'accettazione della morte per la fede.

---

(34) «De voluntate, seu de acceptione martyrii per voluntatem... Exclusa autem interpretativa... actualis est optima, virtualis sufficit, quae non sit retractata et in-fluat in actum; et sufficere quoque dicendum est habitualem» (BENEDETTO XIV, L. III, cap. 16, n. 5).

(35) Circa il concetto di *certezza morale*, cfr. lo studio sopra citato (nota 3).

Per dimostrare — sempre entro i limiti della certezza morale — che la condotta del candidato alla proclamazione del martirio era soprannaturalmente virtuosa e ch'egli accettò la morte per amore della fede, le prove dovranno mettere in evidenza ch'egli compiva i suoi doveri verso Dio e si comportava da buon cristiano nell'ambito familiare e nell'adempimento dei doveri inerenti al suo lavoro e alla sua attività politica, in cui godeva fama di persona integra e coerente. Si dovrà dimostrare parimenti ch'egli, pur conscio del fatto che tale attività poteva costargli la vita, non l'abbandonava, ritenendo che la sua coscienza cristiana gli esigeva di continuare in essa<sup>(36)</sup>. Non abbiamo fatto allusione a un esercizio eroico delle virtù, ma l'eroismo s'intravede facilmente nella condotta di una persona quale l'abbiamo appena descritta, soprattutto nella sua perseveranza nonostante il pericolo di morte.

La prova sarà corroborata mediante la verifica della fama di martirio (cfr. n. 1.2) nell'ambito entro il quale visse l'interessato. Questa fama esiste quando una parte notevole del popolo di Dio lo ricorda come buon cristiano e onesto nella sua condotta, lo ritiene martire<sup>(37)</sup> e invoca la sua intercessione presso Dio. Se la fama di santità o di martirio è sempre necessaria per una canonizzazione, si può ben dire che possiede una particolare importanza nel caso a cui ci stiamo ora riferendo.

Le idee qui abbozzate puntano verso un necessario approfondimento teologico e giuridico del concetto di martirio, dell'azione del fedele laico nelle realtà temporali e dell'antropologia soprannaturale soggiacente. I passi che si faranno in questo senso contribuiranno senza dubbio a riconoscere con profili sempre più nitidi la funzione che spetta ai laici nella Chiesa e nel mondo.

---

<sup>(36)</sup> «Non si può dimenticare l'influsso positivo che, nel superamento dei sistemi oppressivi, hanno dimostrato il sacrificio e l'azione decisa — eroica fino al martirio — di persone credenti che presero veramente sul serio la responsabilità che incombeva loro nei confronti della comunità politica» (J. ECHEVARRÍA, *Itinerari di vita cristiana*, cap. 18, *Vocazione del cristiano nella società*, Milano 2001, p. 194).

<sup>(37)</sup> In termini non tecnici si può dire che la fama di martirio è la «canonizzazione» da parte del *sensus fidei* del popolo di Dio, la quale costituisce un requisito per la canonizzazione formale proclamata dal Papa.

**Pagina bianca**

LUIS NAVARRO

## DIRITTO E VOLONTÀ DI ASSOCIAZIONE DEI FEDELI (\*)

1. Introduzione. — 2. La volontà associativa nella vigenza del CIC del 1917. — 3. Incidenza del Concilio Vaticano II in ordine ad una rivalutazione del ruolo della volontà del fedele nelle associazioni. — 4. La volontà dei fedeli nelle associazioni nel quadro della normativa del CIC del 1983. — 5. La trasformazione dell'associazione privata in pubblica. — 6. La trasformazione di una associazione pubblica in associazione privata. — 7. Conclusione.

### 1. *Introduzione.*

In seguito alla promulgazione del Codice di diritto canonico del 1983 la dottrina canonica, nel trattare la normativa riguardante le associazioni dei fedeli, ha messo in luce la novità del can. 215<sup>(1)</sup>. In esso, come è noto, si proclama l'esistenza di un diritto

---

(\*) Testo della relazione tenuta al Convegno di studio organizzato dalla Arciconfraternita Scuola Grande di San Rocco, di Venezia, sull'argomento: *La qualificazione giuridica di una confraternita (la scuola Grande di S. Rocco tra Stato e Chiesa)*, celebrato i giorni 18 e 19 giugno 2003.

(<sup>1</sup>) Diverse monografie e congressi sono state dedicati alle associazioni dei fedeli. Cf. LL. MARTÍNEZ SISTACH, *Las asociaciones de fieles*, Barcelona 2000<sup>4</sup>; J. AMOS, *Associations of the Christian Faithful in the 1983 Code of Canon Law: a canonical Analysis and Evaluation*, Washington 1986; W. SCHULZ, *Der neue Codex und die kirchliche Vereine*, Paderborn 1986; W. AYMANS, *Kirchliche Vereinigungen*, Paderborn 1988; L. NAVARRO, *Diritto di associazione e associazioni di fedeli*, Milano 1991; e V. MARANO, *Il fenomeno associativo nell'ordinamento ecclesiale*, Milano 2003. Fra i congressi, vid. *Das konsoziative Element in der Kirche. Akten des VI. internationalen Kongresses für kanonisches Recht, München, 14.-19. September 1987*, a cura di W. AYMANS-K.T. GERINGER-H. SCHMITZ, St. Ottilien, 1989; AA.Vv., *Asociaciones canónicas de fieles. Simposio celebrado en Salamanca*, Salamanca 1987; e *Le associazioni nella Chiesa. Atti del XXX Congresso nazionale di diritto canonico, Trieste, 7-10 settembre 1998*, Città del Vaticano 1999.

di associazione del fedele. Nel Codice del 1917 non vi era un canone simile.

Tale proclamazione, tuttavia, non significa che le associazioni dei fedeli siano una realtà nuova nella Chiesa. Fin dai primi secoli e fino ai nostri giorni (in cui viviamo, con parole di Giovanni Paolo II, una nuova stagione aggregativa dei fedeli laici<sup>(2)</sup>), la presenza di associazioni di fedeli è una costante mai interrotta. In alcune epoche il fenomeno associativo non ha avuto soltanto una grande rilevanza nella vita della Chiesa e dei fedeli, ma anche ha svolto un ruolo quasi insostituibile nella società: oltre ad associazioni nelle quali la componente spirituale predominava, ve ne sono state molte che hanno saputo dare una risposta cristiana a urgenti bisogni sociali.

L'esistenza di associazioni nella Chiesa non è quindi una novità e, di conseguenza, si deve riconoscere che il diritto di associazione del fedele è stato sempre operativo nella società ecclesiale, benché spesso gli stessi titolari di tale diritto non fossero consapevoli di esercitarlo. Essi semplicemente si associavano senza preoccupazioni di natura giuridica.

In che cosa sta allora la novità del CIC del 1983 e del CCEO, dove si trova un testo identico al can. 215<sup>(3)</sup>? È vero che in questi canoni vi è una formalizzazione — proclamazione solenne, ma non tanto precisa<sup>(4)</sup> — del diritto del fedele ad associarsi. La novità fondamentale non si radica tuttavia in tale formalizzazione, stru-

(2) Cf. GIOVANNI PAOLO II, es. ap. *Christifideles laici*, 30 dicembre 1988, n. 29, in EV 11/1726.

(3) I testi dei due canoni, 215 per il CIC, 18 per il CCEO, sono identici: «Integrum est christifidelibus, ut libere condant atque moderentur consociationes ad fines caritatis vel pietatis aut ad vocationem christianam in mundo fovendam utque conventus habeant ad eosdem fines in communi persequendos». Occorre osservare che il Codice dei canoni per le Chiese orientali propone una normativa sulle associazioni molto diversa da quella del CIC. Tale diversità consiste nel fatto che nel CCEO si regolano soprattutto le associazioni pubbliche, lasciando nell'ombra le associazioni private. In questo si assomiglia al CIC del 1917 e alle norme per le Chiese orientali del m.p. *Cleri sanctitate*, del 2 giugno 1957, in AAS, 49 (1957), p. 593-599. Sulle associazioni nel CCEO, vid. G. DALLA TORRE, *Commento al titolo XIII, «Le associazioni dei fedeli cristiani»*, in *Commento al Codice dei canoni delle Chiese Orientali*, a cura di P.V. PINTO, Città del Vaticano 2001, p. 452-462 e J. ABBAS, *Associations of the Christian Faithful in CIC and CCEO*, in *Apollinaris*, 73 (2000), p. 227-244.

(4) Cf. L. NAVARRO, *Diritto di associazione e associazioni di fedeli*, cit., p. 3-4.

mento tecnico necessario, ma che la storia dimostra non imprescindibile per poter esercitare il diritto di associazione.

Il tema che tratterò in queste pagine contribuisce a mettere in luce la innovazione principale della vigente legislazione latina: il ruolo attribuito alla volontà dei fedeli nelle associazioni. Tale ruolo è espressione di un riconoscimento più pieno del diritto di associazione. Un riconoscimento formale di un diritto fondamentale, infatti, non poteva essere poi svuotato di contenuto nella regolazione dei diversi tipi di associazione nella Chiesa. Partire da questo presupposto permette di scoprire che, diversamente da ciò che potrebbe sembrare *prima facie*, la volontà dei fedeli svolge anche un ruolo fondamentale nelle associazioni di natura pubblica.

In ordine ad una migliore comprensione della funzione della volontà dei fedeli nelle associazioni regolate dalla normativa vigente, presenterò prima i tratti fondamentali della situazione del diritto di associazione e della volontà dei fedeli nel CIC del 1917. Poi tratterò brevemente alcuni aspetti della dottrina conciliare che ebbero un maggiore influsso sulla codificazione del 1983. In seguito presenterò, senza soffermarmi sulla distinzione fra pubblico e privato e sul regime delle associazioni pubbliche e private, il modo diverso in cui opera la volontà dei fedeli nelle associazioni private e in quelle pubbliche, indicando alcuni ambiti che esulano dalla capacità decisionale dei fedeli e altri che rientrano in essa. Nelle diverse parti di questo contributo sarà latente la seguente questione: in quale misura la volontà dei fedeli è in grado di innovare l'ordinamento giuridico creando, modificando o estinguendo rapporti giuridici associativi, rapporti quindi con rilevanza giuridica? È davvero operativo il diritto di associazione?

## 2. *La volontà associativa nella vigenza del CIC del 1917.*

La dottrina canonica contemporanea al CIC del 1917 era concorde nell'ammettere che non c'era nessuna proclamazione del diritto di associazione del fedele<sup>(5)</sup>, anche se alcuni autori ritenevano

---

(5) Sul diritto di associazione del fedele nel CIC del 1917 e nella storia continua ad avere un particolare valore il contributo di W. ONCLIN, *Principia generalia de fidelium associationibus*, in *Apollinaris*, 36 (1963), p. 68-76.

che il riconoscimento di tale diritto era implicito<sup>(6)</sup>. Questo era comunque operativo perché i fedeli di fatto avevano la possibilità di associarsi: potevano diventare membri delle associazioni erette o approvate dall'autorità ecclesiastica<sup>(7)</sup>. In alcuni casi, inoltre, essi venivano lodati se esercitavano questo loro diritto nelle associazioni erette o raccomandate dall'autorità ecclesiastica<sup>(8)</sup>.

Gli altri contenuti tipici del diritto di associazione erano ridimensionati o addirittura restavano inefficaci. Il potere costitutivo non spettava ai fedeli, ma all'autorità; il governo dell'ente apparteneva ai fedeli, ma era caratterizzato dalle facoltà di intervento e di controllo dell'autorità ecclesiastica. La costituzione delle associazioni *in Ecclesia* esulava dalle facoltà riconosciute ai fedeli<sup>(9)</sup>. L'associazione non poteva esistere nella Chiesa senza l'atto dell'autorità ecclesiastica. L'erezione e l'approvazione erano atti costitutivi dell'associazione. Un ente privo di tali atti rimaneva fuori dell'ordinamento giuridico proprio perché non rientrava nel quadro della normativa allora vigente. Ciò comportava che gli atti previsti alla co-

(6) Cf. W. ONCLIN, *Principia generalia*, cit., p. 91 e la bibliografia ivi indicata alla nota 96. Occorre segnalare, per completezza, che nei primi stadi dell'elaborazione del Codice del 1917 vi fu una proposta di inserire un testo in cui si formalizzava il diritto del fedele ad associarsi: Can. 6 § 1: «Omnes fideles in Ecclesia pleno iure, servatis servandis, gaudent sese associandi ad finem religiosum vel charitativum». *Primo progetto della commissione di consultori*, gennaio 1908, in Archivio Segreto Vaticano, Fondo CIC, scatola 29. Tale testo fu soppresso nel novembre dello stesso anno dalla Commissione speciale di Cardinali. In materia, vid. S. SAGASTIBELZA, *El derecho de asociación durante el proceso de elaboración del Código de 1917*, Roma 1993. Sugli aspetti organizzativi generali della codificazione del 1917 e il modo in cui i consultori portavano avanti il loro compito, cf. J. LLOBELL-E. DE LEÓN-J. NAVARRETE, *Il libro «De Processibus» nella codificazione del 1917. Studi e documenti*, vol. I, Milano 1999, p. 51-86.

(7) Tali erano le sole associazioni riconosciute nella Chiesa. Cf. can. 686 § 1. Secondo la finalità le associazioni erano divise in Terzi Ordini, confraternite e pie unioni. Inoltre vi erano le Arciconfraternite e le Pie Unioni primarie, le quali godevano di una preminenza sulle altre associazioni (avevano il diritto di aggregazione). Sulla tipologia associativa nel CIC del 1917, cf. L. NAVARRO, *Le forme tipiche di associazione dei fedeli*, in questa *Rivista*, 11 (1999), p. 773-779.

(8) Cf. can. 684 del CIC del 1917.

(9) Poiché, secondo l'ecclesiologia allora vigente, la socialità nella Chiesa si trovava nella Gerarchia e non nei fedeli, gli atti di erezione e di approvazione dell'autorità erano gli unici ad avere un valore costitutivo per le associazioni. Cf. A. DEL PORTILLO, *Ius associationis et associationes fidelium iuxta Concilii Vaticani II doctrinam*, in *Ius canonicum*, 8 (1968) p. 5-6.

stituzione formale dell'ente erano irrilevanti: la loro funzione era solo preparatoria all'atto dell'autorità. L'iniziativa dei fedeli poteva estrinsecarsi in una richiesta di erezione o approvazione, ma non poteva andare oltre<sup>(10)</sup>.

Per quanto riguarda il governo dell'associazione, benché l'intervento dell'autorità ecclesiastica fosse molto intenso, ciò non toglieva che le associazioni fossero governate dagli stessi fedeli, secondo le disposizioni degli statuti. Un minimo di autonomia associativa era presente. Ma gli elementi caratteristici degli enti associativi erano sottratti al dominio esclusivo dei fedeli, in quanto la loro volontà doveva risultare abbinata all'intervento dell'autorità. Gli statuti di tutte le associazioni dovevano essere esaminati e approvati dall'autorità ecclesiastica e in molti casi restavano assoggettati alle modifiche e correzioni dell'Ordinario del luogo<sup>(11)</sup>. L'intervento dell'autorità era richiesto per le nomine dei moderatori e dei cappellani delle associazioni, nelle riunioni associative, in alcune decisioni prese dall'ente<sup>(12)</sup>, e nell'amministrazione dei propri beni<sup>(13)</sup>. Tutte le associazioni, inoltre, erano sottoposte ad un controllo e ad una vigilanza particolarmente intensa da parte dell'autorità<sup>(14)</sup>.

La normativa del Codice pianobenedettino non metteva in luce il ruolo della volontà dei fondatori e dei membri sia nella creazione, permanenza ed estinzione dell'ente, sia nella formazione del vincolo giuridico che unisce i membri fra di loro e ogni singolo membro con l'ente associativo. È significativo che all'autorità ecclesiastica competente sia stato attribuito il potere di sciogliere, mediante l'espulsione, il vincolo di un membro con l'associazione<sup>(15)</sup>,

---

(10) Le associazioni *commendatae* non potevano essere considerate associazioni in *Ecclesia*. Sull'individuazione di quali fossero queste associazioni (che venivano citate unicamente al can. 684), cf. L. NAVARRO, *Le forme tipiche di associazione dei fedeli*, cit., p. 775-776.

(11) Cf. can. 689 del CIC del 1917.

(12) Cf. can. 698 del CIC del 1917. Nelle riunioni delle confraternite spettava all'Ordinario del luogo la presidenza, e in certi casi questi poteva annullare gli accordi presi nelle riunioni straordinarie. Cf. can. 715 del CIC del 1917.

(13) Cf. can. 691 § 1 del CIC del 1917.

(14) Cf. can. 690 del CIC del 1917, che stabiliva come norma generale un diritto di visita dell'Ordinario su tutte le associazioni anche su quelle erette dalla Sede Apostolica. L'ambito di tale visita risultava più limitato nel caso delle associazioni istituite dai religiosi esenti nelle loro chiese.

(15) Cf. can. 696 § 3 del CIC del 1917.

e che l'estinzione dell'associazione dipendesse quasi esclusivamente dall'autorità ecclesiastica<sup>(16)</sup>.

Le associazioni erano concepite come enti creati, controllati e, in parte, governati dalla Gerarchia. Ad esse potevano aderire i fedeli (questa era la manifestazione quasi esclusiva dell'esercizio del diritto di associazione). Si trattava quindi di enti di cui la Gerarchia si serviva per promuovere il culto pubblico della Chiesa, per migliorare la vita cristiana dei fedeli, non soltanto mediante la sequela nel mondo dello spirito di un istituto religioso, ma anche tramite l'esercizio di opere di pietà o di carità. Tali enti erano messi a disposizione dei fedeli, costituivano un'offerta a loro fatta, una strada per il loro progresso spirituale<sup>(17)</sup>. Ciò comportava che in alcune associazioni più che ai vincoli associativi sorti fra i membri si dava preminenza ai beni spirituali che si ricavano in virtù della condizione di membro (preghiere, indulgenze, suffragi dopo la morte). Questioni come l'ammissione di fedeli defunti, di minorenni e di persone assenti (addirittura alla loro insaputa) erano oggetto di decisioni dei dicasteri della Curia romana e di studio da parte della canonistica. In questo clima la partecipazione dei soci agli organi decisionali, alle riunioni dei membri, ecc. poteva anche diventare irrilevante<sup>(18)</sup>.

Il modello associativo che emergeva dalla legislazione canonica del 1917 si presentava idoneo per quelle forme associative che volessero o dovessero essere strettamente unite all'autorità, ma si mo-

---

<sup>(16)</sup> Il can. 102 del CIC del 1917 prevedeva anche l'estinzione se non esisteva durante 100 anni. Ciò poteva accadere se la persona morale restava priva di membri. Passati cent'anni da quel momento, l'autorità poteva dichiararla estinta. Vid. anche can. 699 del CIC del 1917.

<sup>(17)</sup> Sotto questo profilo acquistano una particolare rilevanza, perché sottolineano la preoccupazione per il bene spirituale dei fedeli membri, le norme che regolavano i requisiti per lucrare le indulgenze e per ricevere i benefici spirituali assegnati all'associazione, e la normativa sull'aggregazione delle associazioni (cf. cann. 692, 709, 712 § 3, 720-725 del CIC del 1917). Anche la normativa sulla precedenza fra le associazioni o l'uso delle insegne e vesti, mette in evidenza che la presenza ordinata di queste associazioni nelle processioni e nelle cerimonie liturgiche era considerata un bene per il culto, e quindi le confraternite contribuivano al suo splendore. Cf. cann. 701, 706, 713, 714 del CIC del 1917.

<sup>(18)</sup> Cf. A. BOUDINHON, *Des confréries*, in *Le canoniste contemporain*, 13 (1890), p. 398-406 e 488; e A. TACHY, *Traité des Confréries*, Amiens 1896, p. 221-239.

strava inadeguato per quelle associazioni che intendessero essere dotate di un'ampia autonomia. Perché, come è stato scritto, «le associazioni sorte per iniziativa dei fedeli e non approvate dall'autorità erano come inesistenti per l'ordinamento canonico»<sup>(19)</sup>.

Questa inadeguatezza si manifestò subito: alcune associazioni di fedeli esistenti prima della la promulgazione del CIC, e altre create dopo, non trovarono spazio nel quadro legale e di conseguenza ebbero una situazione giuridica precaria. A colmare alcune lacune contribuì la «*Resolutio Corrientensis*» della S. Congregazione del Concilio, del 13 novembre 1920<sup>(20)</sup>. In essa riemergeva una tipologia delle associazioni che, pur essendo adoperata dai canonisti e ammessa dalla legislazione e dalla prassi pre-codicali, era rimasta quasi occulta nel Codice: la distinzione fra *associazioni ecclesiastiche* (erette o approvate dall'autorità ecclesiastica) e *associazioni laicali*. Queste, secondo la suddetta risoluzione, erano legittime, nascevano da un atto dei fedeli, ed erano da loro governate. L'autorità ecclesiastica esercitava nei loro confronti funzioni di vigilanza e controllo negli stessi ambiti in cui è competente nei confronti dei fedeli singoli<sup>(21)</sup>.

Il riconoscimento delle associazioni laicali operato dalla Congregazione del Concilio si rivelò tuttavia non sufficiente perché tali associazioni avessero una posizione giuridica nell'ordinamento canonico: nella stessa risoluzione si afferma in riferimento alle associazioni laicali, che «*associatio non habet esse ab Ecclesia, nec ab Ecclesia agnoscitur quoad iuris effectus*»<sup>(22)</sup>.

(19) A. LONGHITANO, *Le associazioni dei fedeli*, in AA.VV., *Il diritto nel mistero della Chiesa*, vol. II, a cura del GRUPPO ITALIANO DOCENTI DI DIRITTO CANONICO, Roma 2001<sup>3</sup>, p. 41.

(20) Cf. AAS 13 (1921) p. 135-144. Sulla portata di questa risoluzione si è soffermato di recente V. MARANO, *Il fenomeno associativo nell'ordinamento ecclesiale*, cit., p. 5-11.

(21) «Cum tamen omnes fideles, sive seorsim accepti sive in societatem coadunati, sint subiecti Praelatis ecclesiasticis, et activitas alicuius societatis etiam laicalis, ex fidelibus conflatae, subsit generali vigilantiae Episcoporum, id de Conferentiis quoque Vincentianis tenendum est». S.C. DEL CONCILIO, *Resolutio Corrienten.*, cit., p. 144.

(22) S.C. DEL CONCILIO, *Resolutio Corrienten.*, cit., p. 139. Cf. *Communicationes*, 2 (1970), p. 97-98 e *Communicationes*, 6 (1974), p. 51. Cf. in dottrina A. DEL PORTILLO, *Ius associationis*, cit., p. 7 e 19; e W. SCHULZ, *Le norme canoniche sul diritto di associazione e la loro riforma alla luce dell'insegnamento del Concilio Vaticano secondo*, in *Apollinaris*, 50 (1977), p. 159-160, il quale indica che molte associazioni lai-

3. *Incidenza del Concilio Vaticano II in ordine ad una rivalutazione del ruolo della volontà del fedele nelle associazioni.*

In seguito al Concilio Vaticano II, la normativa sulle associazioni di fedeli doveva subire una profonda trasformazione. Da un lato, l'assise conciliare era riuscita a proclamare il diritto di associazione dei laici nella Chiesa. Basta esaminare il faticoso *iter* che si concluse con la formula «*debita cum auctoritate ecclesiastica relatione servata, ius est laicis consociationes condere et moderari conditisque nomen dare*»<sup>(23)</sup>, per capire la portata della proclamazione conciliare. Da tale analisi si desume che associarsi è un vero diritto, non una facoltà, e nemmeno una concessione fatta dall'autorità ai laici. Un diritto che include sia l'iscrizione nelle associazioni, sia la loro costituzione e il relativo governo. Da sottolineare che mediante l'esercizio di tale diritto si creano nuove entità *nella Chiesa*: perché si tratta di un diritto ecclesiale, che risponde alle esigenze umane e cristiane del laico. Dall'altro lato, si precisava che l'esercizio di tale diritto richiede necessariamente una relazione con l'autorità ecclesiastica, relazione che ammette diverse modalità<sup>(24)</sup>. Ciò avrebbe avuto conseguenze sul modo di classificare le associazioni.

I documenti conciliari, inoltre, hanno fornito i presupposti, l'*humus* nel quale poteva svilupparsi la normativa codiciale. Dal Concilio Vaticano II hanno avuto conferma o sono stati riscoperti la uguaglianza fondamentale dei fedeli, la diversità di funzioni, il ruolo dei laici nella Chiesa, la applicazione alla Chiesa del principio di sussidiarietà, ecc. Risulta impossibile avere una retta com-

---

cali promosse dai cattolici in Germania e che agivano nel campo sociale, restarono in margine al Codice. Cf. anche IDEM, *Problemi di applicazione del diritto canonico in materia di associazioni*, in *Ius in vita et in missione Ecclesiae. Acta symposium internationalis iuris canonici*, Città del Vaticano 1994, p. 867.

<sup>(23)</sup> CONCILIO VATICANO II, Decr. *Apostolicam actuositatem*, n. 19. Sull'argomento, vid. L. NAVARRO, *Diritto di associazione e associazioni di fedeli*, cit. p. 4, nota 2, A. DÍAZ DÍAZ, *Derecho fundamental de asociación en la Iglesia*, Pamplona 1972, p. 80-190, L. MARTÍNEZ SISTACH, *El derecho de asociación en la Iglesia*, Barcelona 1973, p. 212-252 e W. SCHULZ, *Le norme canoniche sul diritto di associazione e la loro riforma alla luce dell'insegnamento del Concilio Vaticano secondo*, cit., p. 157-164.

<sup>(24)</sup> Sul rapporto fra associazioni e autorità ecclesiastica, vid. L. NAVARRO, *El derecho de asociación de los fieles y la autoridad eclesiástica*, in *La dimensión de servicio en el gobierno de la Iglesia*, a cura di A. VIANA, Pamplona 1999, p. 217-240.

preensione del diritto di associazione del fedele c, quindi, del ruolo della sua volontà, se non si riescono a scoprire gli spazi di autonomia del fedele nell'edificazione della Chiesa. Egli non può fare tutto nella Chiesa, perché accanto al principio di uguaglianza vi sono anche il principio di diversità e quello istituzionale<sup>(25)</sup>, ma può fare molto sulla base di quanto ha ricevuto nel battesimo e nella cresima, in virtù cioè della sua condizione di fedele. Nella sua vita ci sono ambiti di autonomia, di libertà, ambiti che non sono assoggettati alla potestà di giurisdizione dell'autorità ecclesiastica: «il fedele ha, non solo campi di autonomia nella sua vita intima personale, ma inoltre nella vita della Chiesa e dell'apostolato. Anche in tali ambiti vi sono legittime sfere di autonomia perfettamente compatibili con la tutela e la promozione del bene comune»<sup>(26)</sup>. Nei confronti di tali ambiti di autonomia, il ruolo dell'autorità ecclesiastica si restringe: svolge una funzione di promozione, di sussidio, di ordinazione delle iniziative al bene comune, evitando quanto possa ledere il bene della Chiesa<sup>(27)</sup>. Si può quindi dire, con Del Portillo, che la funzione della gerarchia, tenendo conto dell'autonomia del fedele, si concretizza, da una parte, nel «regolare le azioni esterne nella loro dimensione intersoggettiva: ordinare lo sviluppo di tali ambiti personali di autonomia al bene comune della Chiesa, e vigilare perché siano rispettati la dottrina e l'ordine; tutto ciò rispettando i diritti soggettivi. D'altra parte, fomentare l'esercizio di tali diritti, con i loro correlativi doveri, fornendo l'orientamento dottrinale ed i necessari sussidi spirituali»<sup>(28)</sup>.

L'esistenza di un ambito di autonomia e di libertà del fedele e l'esigenza di una relazione con la autorità ecclesiastica consentiranno la creazione di un sistema nel quale libertà e autorità agiscono in comunione: in alcuni casi la presenza istituzionale sarà minima, perché si tratta di un ambito dominato dalla libertà deci-

(25) Su questi principi, cf. J. HERVADA, *Diritto costituzionale canonico*, Milano 1989, p. 34-40.

(26) A. DEL PORTILLO, *Laici e fedeli*, Milano 1999<sup>2</sup>, p. 47-48.

(27) Come afferma l'ultimo Concilio ecumenico su un aspetto specifico della missione del fedele nella Chiesa, «spetta alla gerarchia promuovere l'apostolato dei laici, fornire i principi e gli aiuti spirituali, ordinare l'esercizio dell'apostolato medesimo al bene comune della Chiesa, vigilare affinché siano conservati la dottrina e l'ordine». Decr. *Apostolicam actuositatem*, n. 24.

(28) A. DEL PORTILLO, *Laici e fedeli*, cit., p. 57.

sionale e dall'iniziativa del fedele; in altri, la presenza dell'autorità sarà molto più intensa, perché la libera volontà del fedele risulta meno operativa in quell'ambito della vita della Chiesa, perché si tratta di settori più propri della gerarchia<sup>(29)</sup>.

Di conseguenza, sulla base della dottrina conciliare si potevano delineare diversi tipi di regimi giuridici per le associazioni: alcune avrebbero avuto una relazione molto stretta con l'autorità, mentre per altre sarebbe stato sufficiente avere una relazione minima. In tutti i casi tale relazione sarebbe stata espressione della ecclesialità intrinseca dell'ente associativo: ogni associazione avrebbe dovuto avere la relazione con l'autorità che sia propria della sua natura<sup>(30)</sup>.

Tale realtà articolata e complessa sta alla base della nuova normativa associativa e della divisione delle associazioni in pubbliche e private. Nelle associazioni di fedeli si trovano sempre, da un lato, il diritto di associazione del fedele e, dall'altro, una presenza istituzionale pluriforme. Se non ci fossero i fedeli che esercitano il diritto di associazione, non vi sarebbe l'associazione. E viceversa, se non vi fosse un collegamento, pur minimo, con l'autorità non vi sarebbe associazione canonica.

#### 4. *La volontà dei fedeli nelle associazioni nel quadro della normativa del CIC del 1983.*

Tenendo presenti i diversi tipi di associazioni delineate dal CIC, in un primo momento, esaminerò il ruolo della volontà del

(29) Il rapporto fra la gerarchia e i fedeli si concretizzerà da parte dell'autorità nella «necessità di rispettare l'esercizio dei diritti fondamentali dei *christifideles*, e di permettere, parimenti, la più agevole ottemperanza dei doveri fondamentali spettanti ad essi». S. GHERRO, *Diritto canonico (nozioni e riflessioni)*. I. *Diritto costituzionale*, Padova 2002, p. 189.

(30) Lo stesso Concilio, al n. 24 del decr. *Apostolicam actuositatem*, delinea diverse modalità di relazione fra iniziativa apostolica e autorità ecclesiastica. Sulla base di questo testo la canonistica postconciliare fece diverse proposte *de iure condendo*, distinguendo diversi tipi di *incepta* dipendendo dalla relazione più o meno intensa con l'autorità. Cf. Cf. A. DEL PORTILLO, *Ius associationis*, cit., p. 12-20; A. DÍAZ DÍAZ, *Derecho fundamental de asociación en la Iglesia*, cit., p. 80-190; E. MOLANO, *La autonomía privada en el ordenamiento canónico. Criterios para su delimitación material y formal*, Pamplona 1974, p. 257-281; e W. SCHULZ, *Le norme canoniche*, cit., p. 157-164.

fedele *in qualsiasi associazione*. Poi centrerò l'attenzione su ciò che la volontà del fedele *non è in grado* di fare da sola in ambito associativo, senza la corrispondente azione dell'autorità.

Tale trattazione ci conduce a distinguere le modalità in cui opera la volontà dei fedeli nelle associazioni private e in quelle pubbliche.

a) *Aspetti in cui volontà degli associati è operativa.*

In virtù del diritto di associazione formalizzato al can. 215, la volontà dei fedeli è operativa nella costituzione ed estinzione delle associazioni, nel loro governo, nell'iscrizione e nella dimissione dei membri. Ciò accade non soltanto nelle associazioni private di fedeli ma anche in quelle pubbliche, benché in misura e modi diversi.

L'esigenza della presenza della volontà dei fedeli nelle associazioni pubbliche potrebbe risultare sorprendente se non si tiene presente che le associazioni pubbliche sono sempre associazioni, il che presuppone la creazione di un patto di unione fra i diversi membri dell'ente. Come ha messo in rilievo Hervada, «la relazione giuridica associativa è un fenomeno volontario — comunione di volontà — che si mantiene in vita per la perseveranza della volontà. È un *pactum*, il *pactum unionis*»<sup>(31)</sup>. In ogni associazione ci dovrà essere quell'unione di volontà dei fedeli, quell'adesione alla proposta associativa formulata dai fondatori. Tale unione di volontà dovrà persistere, perché se venisse meno, allora l'elemento associativo scomparirebbe.

1) *La costituzione dell'associazione.*

Nel caso delle *associazioni private* è palese la quasi onnipresenza della volontà del fedele. Ma il carattere fondamentale di

---

(31) «Aun cuando la asociación surja de la iniciativa de la jerarquía, si es verdadera asociación el cuerpo social se forma y persiste por la voluntad unificadora de los asociados; en este sentido hablo de poder constituyente. Ese poder se manifiesta también en el acto de fundación, pero es algo que persiste durante toda la vida de la asociación, porque es lo que sustenta su permanencia. En otras palabras, la relación jurídica asociativa es un fenómeno voluntario — comunión de voluntades —, que se mantiene por la perseverancia de la voluntad. Es un *pactum*, el *pactum unionis*. Este ser unión de voluntades, que se traduce en el poder constituyente de los asociados — naturaleza pacticia —, es lo específico del fenómeno asociativo». J. HERVADA, *Pensamientos de un canonista en la hora presente*, Pamplona 1989, p. 175.

tale volontà emerge in modo particolare quando la normativa vigente riconosce che la costituzione dell'ente spetta ai fedeli. La costituzione dell'associazione avviene tramite «un accordo privato»<sup>(32)</sup>; sono i diversi fedeli che creano l'ente, mediante il contratto associativo. Loro decidono liberamente di unirsi, per raggiungere alcune finalità appartenenti all'ambito di autonomia del fedele. Si impegnano a destinare dei beni al raggiungimento delle finalità associative e ad adoperare i mezzi adeguati per le attività sociali. Ma oltre a creare l'associazione, mediante l'accordo delle volontà si stabiliscono vincoli di unione fra i diversi componenti dell'ente.

La novità contenuta nei can. 215 e 299 § 1 sta nel fatto che l'associazione privata nasce *completa, in Ecclesia*, mediante l'accordo privato. Non ha bisogno di nessun atto complementare dall'autorità ecclesiastica. L'eventuale intervento successivo dell'autorità presuppone sempre la costituzione dell'ente.

Pertanto, la *agnitio* dell'ente da parte dell'autorità (prevista al can. 299 § 3 e portata a termine tramite la *recognitio statutorum*) non può ritenersi come costitutiva, ma dichiarativa. L'associazione privata esiste prima della *agnitio*. L'atto dell'autorità consentirà alla comunità cristiana di essere certa dell'esistenza legittima di un nuovo ente nella Chiesa. Perciò l'autorità dovrà semplicemente accertare l'ecclesialità dell'associazione: la sua corrispondenza o compatibilità con la natura della Chiesa. In caso contrario, l'autorità dovrà dichiarare che l'ente non è ecclesiale. Di quanto appena detto si desume che ogni associazione veramente ecclesiale ha un diritto di ottenere l'*agnitio* da parte dell'autorità. Se tale atto fosse negato arbitrariamente, l'associazione avrebbe diritto di presentare ricorso in via amministrativa<sup>(33)</sup>.

Nel caso delle *associazioni pubbliche*, l'intervento della volontà dei fedeli nel momento costitutivo risulta limitato ad alcuni aspetti e presuppone sempre l'atto di erezione dell'associazione come as-

(32) Cf. can. 299 § 1.

(33) Su questo argomento, cf. L. NAVARRO, *Diritto di associazione e associazioni di fedeli*, cit., p. 70-84 e A.M. PUNZI NICOLÒ, *Libertà e autonomia negli enti della Chiesa*, Torino 2001, p. 87-92 e la bibliografia ivi indicata da questi autori. Vid. anche V. MARANO, *Il fenomeno associativo nell'ordinamento ecclesiale*, cit., p. 90-101. Cf. anche LL. MARTÍNEZ SISTACH, *Las asociaciones de fieles*, p. 104-109, il quale attribuisce all'autorità ecclesiastica più discrezionalità nell'*agnitio* dell'associazione.

sociazione pubblica da parte dell'autorità ecclesiastica<sup>(34)</sup>. I fedeli da soli non potrebbero costituire l'associazione pubblica perché non possono attribuire al loro agire come associazione l'ufficialità propria dell'agire *nomine Ecclesiae* caratteristico di tutte le associazioni pubbliche e non possono prefissarsi come scopo o fine associativo una finalità riservata *natura sua* all'autorità. La creazione dell'associazione presuppone che l'autorità conceda la missione di perseguire tale finalità riservata o il mandato ai fedeli di svolgere una certa funzione in nome della Chiesa e ciò avviene tramite il decreto di erezione. Se è vero che non esiste un'associazione pubblica che non sia stata eretta dall'autorità, non è meno vero che l'associazione in quanto tale richiede *natura sua* dei fedeli che si associano (perciò in tutte le corporazioni si richiede che ci sia un minimo di tre persone<sup>(35)</sup>). Altrimenti avremmo il paradosso di un ente associativo, formalmente eretto, ma privo di substrato materiale: una *universitas personarum*, senza persone. È la volontà dei fedeli a creare il *substratum*, il corpo associativo, mediante il *pactum unionis*, che dovrà in linea di massima essere sempre presente nella vita dell'ente<sup>(36)</sup>.

Per tutto ciò, sembra logico ritenere che l'atto costitutivo delle associazioni pubbliche sia un atto complesso, nel quale intervengono necessariamente sia l'autorità che i fedeli<sup>(37)</sup>.

---

(34) Secondo il can. 301 § 3, c'è un'identificazione fra associazione pubblica ed erezione dell'autorità: «*Christifidelium consociationes quae a competenti auctoritate ecclesiastica eriguntur, consociationes publicae vocantur*».

(35) Cf. can. 115 § 2.

(36) Tuttavia, in alcuni casi l'ordinamento giuridico, mediante alcune disposizioni, potrebbe mantenere in vita un ente associativo privo di membri (cf. can. 120). Tale ente sarebbe formalmente un'associazione, ma non materialmente. Sull'estinzione delle persone giuridiche, vid. G. LO CASTRO, *Persona giuridica nel diritto canonico*, in *Digesto delle Discipline Privatistiche. Sezione civile*, vol. XIII, Torino 1995, p. 428-429, e IDEM, *Sub can. 120*, in *Comentario Exegético al Código de Derecho Canónico*, a cura di A. MARZOA, J. MIRAS, R. RODRÍGUEZ-OCAÑA, Pamplona 1996, vol. I, p. 805-809.

(37) «L'esistenza di qualsiasi associazione volontaria presuppone l'esercizio del diritto di associazione da parte di alcuni fedeli, non essendo possibile che la Gerarchia sostituisca questo esercizio, che è la causa fondamentale dell'esistenza giuridica di qualsiasi associazione». C.J. ERRÁZURIZ MACKENNA, *La costituzione delle associazioni dei fedeli*, in *Das konsoziative Element in der Kirche*, cit., p. 485), e; di conseguenza, «la costituzione delle associazioni pubbliche è un atto complesso, cui partecipano costitutivamente la volontà dei fedeli e quella della Gerarchia» (*ibidem*, p. 488).

Unito al momento costitutivo, e derivante anche dalla volontà dei fondatori o dai membri, c'è la *potestas statuendi*: la potestà di darsi delle norme che regolano la vita e l'azione dell'ente. Nel caso delle associazioni *private* gli statuti sono abitualmente preparati e approvati dai membri: i quali dispongono che la loro associazione mantenga la propria identità nel tempo, malgrado il naturale ricambio dei suoi membri e le altre vicissitudini che possa subire. La *recognitio statutorum* o la loro *probatio* <sup>(38)</sup> sono atti dell'autorità ecclesiastica competente successivi alla vigenza degli statuti.

Nel caso delle associazioni pubbliche, invece, gli statuti dovranno sempre aver ricevuto la *probatio* da parte dell'autorità <sup>(39)</sup>. Ciò non preclude che siano i fedeli a elaborare gli statuti o che questi siano predisposti assieme all'autorità ecclesiastica.

## 2) Il governo dell'associazione.

Per quanto riguarda il *governo* dell'ente associativo, questo, sia nelle associazioni pubbliche che in quelle private, spetta agli organi personali o collegiali di direzione. Questi godono di una certa autonomia, entro i limiti previsti dagli statuti. La volontà del fedele membro dell'associazione si manifesterà nelle modalità di partecipazione alla elaborazione delle decisioni e tramite la sua volontà egli concorrerà anche allo sviluppo dell'associazione e alle sua attività. È vero che le associazioni pubbliche sono assoggettate alla superiore direzione (*altiore directione*) dell'autorità ecclesiastica <sup>(40)</sup>, ma ciò non impedisce che la *direzione immediata* dell'ente spetti all'ente stesso <sup>(41)</sup>. Di conseguenza, la volontà dei fedeli determina le scelte, le attività, il modo di amministrare i beni, i progetti sociali ecc., nel rispetto delle norme statutarie. Nel caso delle associazioni pubbliche tale attività di governo è sottoposta a controlli più rilevanti rispetto alle private.

---

<sup>(38)</sup> Cf. can. 299 § 3 e can. 322 § 2. Cf. G. FELICIANI, *Le associazioni di fedeli nella normativa canonica*, cit., p. 692, e L. NAVARRO, *Diritto di associazione e associazioni di fedeli*, cit., p. 70-84.

<sup>(39)</sup> Cf. can. 117.

<sup>(40)</sup> Cf. can. 315. Sull'alta direzione cf. L. NAVARRO, *Diritto di associazione e associazioni di fedeli*, cit., p. 195-202.

<sup>(41)</sup> Cf. G. FELICIANI, *Le associazioni di fedeli nella normativa canonica*, cit., p. 687.

Un ambito tipico nel quale la volontà del singolo membro è presente nelle associazioni è quello delle *elezioni* dei dirigenti. Normalmente gli statuti stabiliscono che ogni membro è in grado di indicare e votare chi, a suo giudizio, dovrebbe occupare un incarico di dirigenza nell'associazione. Nel caso delle persone giuridiche, ma ciò sarebbe applicabile anche alle associazioni prive di personalità, si prevede che gli statuti diano disposizioni sulla convocazione delle elezioni e sul loro svolgimento<sup>(42)</sup>. Nelle associazioni private è esplicitamente indicato che «la stessa associazione sceglie liberamente il presidente e ufficiali, secondo gli statuti»<sup>(43)</sup>. Nelle associazioni pubbliche, però, si prevede che vi sia abitualmente un intervento specifico dell'autorità ecclesiastica nella nomina dei dirigenti. All'autorità ecclesiastica competente spetta infatti almeno confermare colui che è stato eletto dall'associazione<sup>(44)</sup>. La disposizione codiciale mette in luce che la volontà dei fedeli è presupposto dell'atto di nomina dell'autorità<sup>(45)</sup>.

Agli enti in considerazione va applicata la regola «*quod omnes tangit ab omnibus approbari debet*», che riflette un principio tipico degli enti di natura associativa. Le decisioni fondamentali (perché coinvolgono tutti i membri) devono essere approvate da tutti. Il can. 119, 3° aggiunge la clausola, «*uti singulos*». Benché nel quadro del nuovo CIC non risulti sufficientemente approfondita sia la portata di questa regola, che i diritti che toccano a tutti in quanto singoli, nonché il tipo di enti ai quali è applicabile, sembra possibile sostenere che nelle associazioni pubbliche e private di fedeli (anche quelle prive di personalità) ci sono decisioni che possono toccare i diritti dei membri in quanto singoli<sup>(46)</sup>. Per alcuni autori

---

(42) Cf. can. 119, 1°.

(43) Can. 324 § 1.

(44) Cf. can. 317 § 1.

(45) In via eccezionale, si potrebbe anche stabilire negli statuti di una associazione privata che la nomina del suo presidente e degli altri dirigenti spetti all'autorità ecclesiastica. Per essere legittimo, tale sistema di nomina dovrà, da un lato, essere liberamente voluto della stessa associazione, e, dall'altro, accettato dall'autorità competente. Benché questo intervento avvicini l'associazione privata ad un elemento tipico delle associazioni pubbliche, ciò non cambia la natura dell'ente: continua ad essere privato.

(46) Punzi Nicolò ha recentemente descritto queste fattispecie: «È lecito, comunque, immaginare deliberazioni collettive che, approvando — a maggioranza — una modifica statutaria, mutino in modo rilevante la struttura dell'ente associativo o

tali diritti riguardano anzitutto beni spirituali, mentre altri fanno riferimento anche ad alcuni beni patrimoniali<sup>(47)</sup>.

### 3) *L'estinzione delle associazioni.*

Per quanto riguarda l'*estinzione* delle associazioni, la volontà degli associati ha una rilevanza meno palese (perché il CIC non ci si sofferma) che nel caso della costituzione dell'ente. È chiaro che le associazioni private si estinguono quando si scioglie il *pactum unionis*, o si avverano le disposizioni degli statuti al riguardo (decisione dell'assemblea generale con la maggioranza qualificata o che sia presa dagli organi competenti).

Qualora l'associazione abbia ricevuto la personalità giuridica, gli statuti possono prevedere che il presupposto del decreto dell'autorità per il quale si estingue l'ente e la personalità giuridica,

---

la posizione dei singoli all'interno di esso, alterando, insieme con questi elementi, la gestione e il perseguimento di quei beni spirituali che i fedeli partecipanti all'associazione hanno ritenuto di ricercare (e di conseguire) nello stile di vita, nelle norme e nei fini dell'ente stesso». A.M. PUNZI NICOLÒ, *Libertà e autonomia*, cit. p. 111-112. Sulla citata regola e la sua applicazione nel nuovo CIC vid. anche A. BETTETINI, *Riflessioni storico-dogmatiche sulla regola «Quod omnes tangit» e la «persona ficta»*, in *Il diritto ecclesiastico*, 90 (1999) I, p. 645-679, il quale distingue fra gli atti o decisioni prese da tutti non *uti singuli*, ma *uti universi*. Sul can. 119 3°, vid. anche G. LO CASTRO, *Persona giuridica nel diritto canonico*, cit., p. 428, e IDEM, *Sub can. 119*, in *Comentario Exegético al Código de Derecho Canónico*, cit., p. 803-804.

<sup>(47)</sup> A proposito del can. 119 3° ho scritto: «Questa norma, prevista anche nel CIC del 1917 (can. 101 § 1, n. 2), non è di facile interpretazione, perché non è semplice l'individuazione degli atti collegiali che toccano i membri come singoli. L'interpretazione più fondata e convincente sembra la seguente: si richiede l'approvazione di tutti i membri per le decisioni collegiali che hanno per oggetto alcuni diritti dei membri: diritti che avendosi in quanto membri della persona giuridica, esistono in beneficio proprio. Fra questi diritti venivano annoverati nella tradizione canonica, il diritto del canonico alla percezione dei frutti quotidiani e quello del religioso alla conservazione dei diritti riconosciutigli dalla regola dell'istituto a cui appartiene. Tenendo presenti questi esempi, la dottrina canonica ne ha aggiunti altri, quali il diritto del canonico a ricevere i redditi della prebenda; del religioso all'abitazione, al vitto, all'abito, il diritto a ricevere l'istruzione propria dell'istituto; il diritto del membro di una confraternita a ricevere l'assistenza spirituale in vita e gli onori funebri; il diritto alle insegne onorifiche, a precedenza, ecc.». L. NAVARRO, *Persone e soggetti nella Chiesa. Temi di diritto della persona*, Roma 2000, p. 162-163. Sembra che potrebbero includersi nella norma del can. 119 3° i diritti dei membri in quanto partecipanti al potere della persona giuridica (diritti al voto, a candidarsi, a prendere decisioni riguardanti l'estinzione della persona giuridica, ecc).

sia proprio la volontà degli associati di sciogliere l'associazione<sup>(48)</sup>. In questo caso, la volontà degli associati non sarebbe direttamente operativa per l'estinzione, perché, in ultima analisi, sarebbe la stessa autorità ecclesiastica ad aver riferito, approvando gli statuti, alla decisione dei membri il valore di elemento causale sufficiente a decretare l'estinzione della persona giuridica<sup>(49)</sup>.

Nel caso delle associazioni pubbliche, invece, non può esserci estinzione dell'ente se non con l'atto dell'autorità, perché tutte le associazioni pubbliche sono persone giuridiche. L'atto amministrativo, tuttavia, dovrà essere accompagnato dallo scioglimento del *pactum unionis* da parte degli associati che concorrendo con la decisione dell'autorità ecclesiastica estinguono il corpo sociale.

Una fattispecie peculiare sarebbe relativa al caso in cui l'autorità non voglia estinguere l'ente (e la persona giuridica) perché, ad esempio, la ritenga di grande interesse per la Chiesa, mentre tutti gli associati vogliono tale estinzione e perciò abbandonano in massa l'associazione presentando le loro dimissioni: non ci sarebbero membri, non ci sarebbe un corpo sociale, e nemmeno dirigenti. In tale caso, l'ente rimarrebbe in una situazione anomala: da un lato, in virtù della perpetuità delle persone giuridiche<sup>(50)</sup>, l'ente continuerebbe ad esistere — tale esistenza si potrebbe dire «lattente» —, pur privo di membri. Dall'altro, i diritti e doveri dell'associazione sarebbero sempre dell'associazione, perché essi non appartengono ai membri. Dinanzi a tali anomalie, l'autorità dovrebbe adoperarsi per trovare una via di uscita, e tale sarebbe cercare nuovi membri. Altrimenti si vedrà forzata a sopprimere l'ente o a lasciarlo inattivo per un tempo di 100 anni.

Una fattispecie diversa è quella della *soppressione* dell'ente associativo<sup>(51)</sup>. In quanto misura estrema suscettibile di essere presa nei confronti di una associazione, essa spetta esclusivamente all'autorità ecclesiastica. Tramite tale decisione si produce anche lo scio-

---

(48) Cf. can. 120.

(49) Cf. G. LO CASTRO, *Persona giuridica nel diritto canonico*, cit., p. 428-429, e IDEM, *Sub can. 120*, in *Comentario Exegético al Código de Derecho Canónico*, cit. p. 806-807.

(50) Cf. can. 120.

(51) Cf. can. 320 e 326. Cf. L. NAVARRO, *Sub can. 320*, in *Comentario Exegético al Código de Derecho Canónico*, vol. II, p. 499-501 e J.A. FUENTES, *Sub can. 326*, in *Comentario Exegético al Código de Derecho Canónico*, vol. II, p. 538-540.

glimento del patto di volontà, perché in ipotesi viene dichiarato che l'ente non è più nella comunione ecclesiastica. Ciò non esclude che la volontà dei membri dell'ente sia manifestata: loro devono essere ascoltati prima di prendere un tale provvedimento<sup>(52)</sup>.

#### 4) *La ammissione e dimissione dei membri.*

Poiché l'associarsi nella Chiesa non costituisce un obbligo, ma, in conformità al Concilio Vaticano II, un diritto di libertà<sup>(53)</sup>, risulta evidente che l'ammissione nelle associazioni è sempre un atto libero. Nessuno può essere costretto a diventare membro di un ente associativo libero. Nemmeno l'ente associativo concreto ha il dovere di accettare un candidato. Ci deve essere l'accordo delle due volontà. Quella del candidato sarà manifestata all'associazione nelle modalità previste negli statuti (richiesta, patrocinio di alcuni membri, ecc.). In alcuni casi ci potrà essere un tempo di prova per il candidato al fine del quale gli si comunicherà la decisione dell'associazione. L'accettazione sarà presa in conformità alle condizioni richieste dagli statuti, stante, tuttavia, sempre, la discrezionalità decisionale dell'associazione.

L'ammissione comporta sempre un mettere a disposizione dell'ente un ambito della propria autonomia (decido di dedicare un tempo alle attività sociali, mi assoggetto alle disposizioni degli statuti, accetterò le decisioni prese dagli organi direttivi, pagherò una quota, ecc.).

La condizione di membro si può perdere sia perché il membro decida di abbandonare l'associazione o perché venga espulso<sup>(54)</sup>.

La prima fattispecie è frutto della sua volontà di recedere dall'associazione e di rompere i vincoli associativi che lo legavano ad essa e ad altre persone.

Nell'altra fattispecie, il membro viene espulso dall'ente. Tale decisione dovrà essere presa sulla base delle disposizioni statutarie e per cause gravi. In certi casi l'espulsione deriverà dalla condizione personale se questa (ad. es. essere incorso in sanzioni canoni-

<sup>(52)</sup> Cf. can. 320 § 3.

<sup>(53)</sup> Cf. J. HERVADA, *Diritto costituzionale canonico*, cit., p. 117. Sull'ammissione e dimissione dei membri, vid. L. NAVARRO, *Sub can. 307, 308, 316*, in *Comentario Exegético al Código de Derecho Canónico*, vol. II, cit. p. 458-462 e 487-489.

<sup>(54)</sup> Cf. can. 308 e 316.

che, trovarsi situazioni ecclesiali irregolari<sup>(55)</sup>) risulti in contrasto con la natura ecclesiale dell'associazione.

b) *Aspetti che esulano dalla volontà degli associati.*

Alcuni atti giuridici riguardanti le associazioni di fedeli dipendono in buona misura dalla volontà dell'autorità ecclesiastica, dalla sua valutazione discrezionale e quindi la sola volontà dei fedeli non è in grado di portarli a termine.

Nel caso delle associazioni private si trovano: la concessione della personalità giuridica, la raccomandazione e la lode, la concessione del titolo di cattolica. Si tratta di atti dell'autorità ecclesiastica che sono preceduti abitualmente da un atto da parte dei fedeli: una richiesta nella quale si manifesta la volontà di ottenere un concreto provvedimento dell'autorità ecclesiastica.

In dottrina si è ipotizzata l'esistenza di un diritto alla personalità giuridica privata, in quanto fondata sul diritto di associazione del fedele<sup>(56)</sup> — ciò che sembrerebbe più giusto dal punto di vista sostanziale —, ma la vigente normativa non lascia spazio a tale interpretazione, almeno da un punto di vista formale. L'autorità ha un margine ampio di discrezionalità nella valutazione dell'opportunità di concedere o meno la personalità a un ente che ne ha fatto richiesta (valuterà l'utilità del fine e la presenza dei mezzi presumibilmente necessari per il raggiungimento del fine sociale). Tuttavia, la realtà sostanziale e la rilevanza dell'associazione potrebbero stare a sostegno di un « diritto » alla personalità: l'importanza oggettiva dell'ente, delle sue attività, il grande numero di membri, il patrimonio, sono elementi che possono rendere necessaria la concessione della personalità. Il rifiuto della concessione stessa potrebbe avere notevoli ripercussioni negative per lo sviluppo dell'associazione.

---

(55) Cf. J. BOGARIN DÍAZ, *Los católicos unidos irregularmente en la ordenación jurídica de las cofradías de nazarenos*, in *Revista Española de Derecho Canónico*, 48 (1991), p. 106-117.

(56) Cf. J.M. GONZÁLEZ DEL VALLE, *Los bienes de las asociaciones canónicas privadas con personalidad jurídica*, in *Das konsoziative Element in der Kirche*, cit. p. 568. Altri come Marano, attribuiscono una legittima aspettativa a ottenere l'erezione in persona giuridica. Cf. V. MARANO, *Il fenomeno associativo nell'ordinamento ecclesiale*, cit., p. 100.

Non rientra neppure nel potere dei fedeli l'estinzione della personalità giuridica privata<sup>(57)</sup>: in proposito sarà sempre necessario l'intervento dell'autorità ecclesiastica.

In seguito tratterò separatamente due possibili trasformazioni di un'associazione che esulano dalla volontà dei fedeli e che, di conseguenza, richiedono sempre un intervento dell'autorità ecclesiastica.

##### 5. *La trasformazione dell'associazione privata in pubblica.*

Un'associazione privata potrebbe voler diventare associazione pubblica, oppure l'autorità ecclesiastica potrebbe ritenere che un'associazione debba essere oggetto di tale trasformazione<sup>(58)</sup>. Sia nel primo che nel secondo caso sono sempre necessarie *due volontà concordi*: quella dell'associazione, manifestata dagli organi competenti, e quella dell'autorità ecclesiastica. Se l'iniziativa proviene dall'associazione, la volontà dell'ente sarà espressione di un diritto di petizione all'autorità ecclesiastica. Nella richiesta si dovranno indicare i motivi in favore del cambiamento.

Tale richiesta comunque non dà diritto ad ottenere il provvedimento richiesto, ma comporta quello di ottenere una risposta chiara e tempestiva (eventualmente dopo ulteriori chiarimenti). Si avrebbe dunque diritto a porre un ricorso amministrativo dinanzi al silenzio dell'autorità.

L'iniziativa che proviene dall'autorità non può imporre la trasformazione dell'ente agli associati: dovrà chiedere il consenso dell'associazione, indicando anche i motivi che giustificano o consi-

---

<sup>(57)</sup> La normativa codiciale prevede alcune situazioni straordinarie in cui la scomparsa e profonda trasformazione del sostrato personale dell'ente non produce automaticamente l'estinzione dell'ente, perché l'ordinamento vuole mantenere in vita la persona giuridica: oltre alla già ricordata permanenza dell'ente anche con 100 anni di inattività, si prevede che un ente associativo collegiale potrebbe rimanere con un solo membro (cf. can. 120).

<sup>(58)</sup> Provvedimenti di questo tipo rientrano fra le azioni proprie della gerarchia nei confronti di associazioni di fedeli. Nel Concilio Vaticano II si indicò esplicitamente che alcune iniziative apostoliche di natura privata potevano essere strettamente collegate all'autorità, tramite il mandato. Cf. CONCILIO VATICANO II, decr. *Apostolicam actuositatem*, n. 24. Queste associazioni con mandato potrebbero essere oggetto di questa trasformazione in associazione pubblica, perché l'autorità vuole unirle ancora più strettamente a sé.

gliano il cambiamento. L'associazione deve evidentemente essere messa al corrente delle conseguenze di tale cambiamento (la ripercussione sull'autonomia dell'ente, i controlli a cui sarà sottoposta, la nuova configurazione canonica dei beni temporali dell'associazione).

6. *La trasformazione di una associazione pubblica in associazione privata.*

Si tratta di una fattispecie ancora più complessa di quella precedente. Essa anche esula dal potere dei fedeli membri dell'associazione e inoltre ha certi limiti intrinseci.

Poiché l'estinzione di una persona giuridica pubblica dipende sempre dall'atto dell'autorità, i membri dell'associazione potranno unicamente chiedere la trasformazione, indicando le ragioni su cui poggia la richiesta<sup>(59)</sup>. La richiesta dovrà essere stata decisa dagli organi competenti, con la maggioranza prevista negli statuti per gli atti straordinari. Un requisito indispensabile per concedere la trasformazione è che la *finalità* dell'associazione non rientri fra quelle che sono riservate per loro natura all'autorità ecclesiastica (la promozione del culto pubblico, l'insegnamento della dottrina cristiana *nomine Ecclesiae* ed altre simili<sup>(60)</sup>). Non può esistere un'associazione privata di fedeli che si proponga il raggiungimento di finalità riservate, perché queste esulano dall'ambito di autonomia del fedele. Perciò se l'associazione pubblica si prefigge finalità non riservate, (quelle del can. 301 § 2), allora risulta possibile la trasformazione. Prendendo anzi spunto dal principio di sussidiarietà sottostante al can. 301 § 2, tale trasformazione è anche auspicabile perché così i

---

(59) Partendo dal presupposto che le confraternite, poiché erano, secondo il CIC del 1917, *personae morales*, «si devono giudicare persone giuridiche pubbliche» nell'attuale CIC, Schulz ha scritto riguardo alla loro trasformazione: «sulla base dei cann. 102 § 1 CIC/1917 e 120 § 1 CIC/1983 una Confraternita non può rinunciare per sua decisione alla propria personalità giuridica pubblica, ma lo può chiedere all'autorità ecclesiastica da cui dipende». W. SCHULZ, *Confraternite: persone giuridiche pubbliche o private?*, in *Raccolta di scritti in onore a Pio Fedele*, a cura di G. BARBERINI, Perugia 1984, vol. I, p. 397. Vid. anche, C. REDAELLI, *Il vescovo di fronte alle associazioni*, in *Quaderni di diritto ecclesiale*, 8 (1995), p. 369-370.

(60) Cf. can. 301 § 1. Martínez Sistach sottolinea giustamente che il fine dell'associazione risulta determinante, per la trasformazione. Cf. LL. MARTÍNEZ SISTACH, *Las asociaciones de fieles*, cit. p. 175-176.

fedeli assumerebbero le proprie responsabilità ecclesiali<sup>(61)</sup>. Se, invece, l'associazione pubblica ha finalità riservate, allora dovrà rinunciare ad esse, per poter diventare associazione privata.

L'autorità dovrà esaminare le ragioni che gli associati allegano per ottenere la trasformazione: dovrà valutare l'opportunità della trasformazione, e se c'è un diritto ad ottenerla o meno. Questa questione risulta estremamente delicata. Sembra che difficilmente un'associazione abbia diritto ad ottenere la privatizzazione, tranne che si possa dimostrare che la finalità dell'ente è stata sempre di natura privata (di quelle che rientrano nell'ambito di autonomia del fedele), e che ha dovuto subire configurazioni giuridiche contrarie o aliene alla natura dell'ente (perché, ad esempio, tale configurazione costituiva l'unico modo di sopravvivenza), senza mai aderire alle conseguenze di tale configurazione<sup>(62)</sup>.

Tenendo presente che nelle associazioni pubbliche non di rado si trovano finalità di natura pubblica assieme a finalità proprie della condizione di fedele, occorrerà analizzare attentamente quale è (ed è stata) la finalità prevalente<sup>(63)</sup>. Tale ricerca dovrà es-

(61) Cf. J.L. GUTIÉRREZ, *Comentario al can. 301*, in *Código de Derecho Canónico*, 6ª ed., Pamplona 2001, p. 245.

(62) Per quanto riguarda le associazioni con diversi secoli di storia, non basta accertare che tale associazione era regolata dalla normativa del CIC del 1917 per concludere che l'associazione debba essere necessariamente pubblica. In alcuni casi sembra che vi sia stata una resistenza ad esaminare più attentamente le vicissitudini storiche dell'ente. Sulla questione vid. P.C. PER I LAICI, *Decreto del 30 novembre 1992*, in *Il diritto ecclesiastico*, 105 (1994) I, p. 265-266 (alla pubblicazione del decreto accompagna un parere di G. DALLA TORRE, *Le associazioni di fedeli tra «ius vetus» e «ius novum»* (Parere sulla natura giuridica delle misericordie portughesi), in *Il diritto ecclesiastico*, 105 (1994) I, p. 255-265); P.C. PER I LAICI, *Decreto del 15 settembre 2000*, in *La naturaleza pública de las Hermandades y Cofradías en una resolución y decreto del Pontificio Consejo para los Laicos*, in *Estudios Eclesiásticos*, 76 (2001), p. 135-138. Sui criteri per assegnare le associazioni ecclesiali esistenti alle categorie del nuovo CIC, vid. W. SCHULZ, *Le associazioni nel diritto canonico*, in *Il diritto ecclesiastico*, 99 (1988), 3-4, p. 374-378.

(63) Sembra logico il criterio stabilito dalla Segnatura Apostolica in una sentenza del 24 aprile 1999: «Nemine igitur licet, nec auctoritatis ecclesiasticae, eis qualificationem tribuere quae antea conditioni prorsus contradicat. Pari autem modo consociationis non est arbitrarie et ad nutum suum mutare naturam ob fines qui intrinseci haud sunt consociationis ipsius substantiali vitae, prout ex historia clare desumi possit et debeat». Citato in P.C. PER I LAICI, *Decreto del 15 settembre 2000*, in *La naturaleza pública de las Hermandades y Cofradías en una resolución y decreto del Pontificio Consejo para los Laicos*, in *Estudios Eclesiásticos*, 76 (2001), p. 137.

sere fatta non solo sulla base delle norme giuridiche che hanno regolato l'ente (i diversi statuti, bolle papali, ecc.), ma anche avendo riguardo della vita: le attività portate a termine, l'amministrazione del patrimonio (per quali finalità sono stati usati i beni), gli atti di culto o le attività ad esso collegate<sup>(64)</sup>. Il risultato di tale analisi determinerà in grande misura se l'associazione ha un diritto alla privatizzazione.

Se l'iniziativa della trasformazione proviene dall'autorità, il provvedimento non può essere assunto contro la volontà degli associati, perché questi avrebbero dei diritti acquisiti sulla natura dell'ente al quale appartengono. Sono diventati membri di un'associazione con caratteristiche ben precise: finalità, relazione con l'autorità ecclesiastica, modalità di gestione, ecc..

Inoltre, se l'autorità competente e gli associati sono d'accordo nella trasformazione, si dovrà tener presente che tale atto comporta un mutamento della natura dei beni: da beni ecclesiastici si trasformano in beni di un'associazione privata, non sottoposti alle disposizioni del Libro V del codice<sup>(65)</sup>. Ciò significa che si è avvenuto un atto simile all'alienazione: tali beni escono dal patrimonio ecclesiastico. Di conseguenza, qualora il patrimonio ecceda la somma massima prevista dal diritto, occorre ottenere la relativa autorizzazione dell'autorità competente<sup>(66)</sup>. In ogni caso, la volontà

---

(64) Guardare anche la vita dell'associazione costituisce un criterio di valutazione adoperato dallo Stato italiano per determinare il fine prevalente di culto, necessario per includere un'antica confraternita fra gli enti ecclesiastici. Il Consiglio di Stato, «non tanto richiede una ricognizione formale intesa ad appurare quali siano i fini contemplati nelle originarie tavole e quali i mutamenti di scopo approvati nei modi di legge, quanto piuttosto esige un'indagine sulla realtà effettuale, intesa ad accertare (...) l'assetto concreto delle Confraternite, impresso da una prassi, se non proprio secolare, quanto meno stabilmente consolidatasi da gran tempo». CONSIGLIO DI STATO, Parere della Sezione I, 3 aprile 1962 n. 586, (citato da G. FELICIANI-A. ROCCELLA, *Il regime delle confraternite in un recente parere del Consiglio di Stato*, in *Archivio Giuridico Filippo Serafini*, 213 (1993), p. 228-229). Tale parere è stato ribadito nel 1984 e 1986 (cf. *ibid.* p. 229, nota 54).

(65) Cf. can. 1257 § 2.

(66) Cf. can. 1292 § 2. Tenendo presente che la ragion d'essere dell'autorizzazione è quella di proteggere il patrimonio ecclesiastico, sembra logico che, malgrado non vi sia una vera alienazione, perché i beni continuano ad essere proprietà dello stesso soggetto associativo (che ha però modificato la sua natura), si debbano applicare anche quei controlli da parte dell'autorità ecclesiastica perché i beni *non saranno più ecclesiastici*. In questa prospettiva risulta evidente che tali beni sono usciti dal pa-

dei donanti dovrà essere rispettata<sup>(67)</sup>. Ciò può incidere sull'eventuale trasformazione dell'ente e dei suoi beni: alcuni fedeli possono aver offerto dei beni a quell'associazione perché il regime giuridico

---

trimonio ecclesiastico, da quel insieme di beni che appartengono alla Chiesa. Non esigere la citata autorizzazione per questa trasformazione sarebbe un modo di eludere il regime dei beni ecclesiastici che si concretizza in una amministrazione controllata. Sul concetto di patrimonio ecclesiastico e la sua unitarietà, vid. M. LÓPEZ ALARCÓN, *Introducción al Libro V*, in *Comentario exegético al Código de Derecho Canónico*, cit. vol. IV/1, p. 30; J.P. SCHOUPPE, *Elementi di diritto patrimoniale canonico*, Milano 1997, p. 24 e J.T. MARTÍN DE AGAR, *Bienes temporales y misión de la Iglesia*, in *Manual de Derecho Canónico*, 2ª ed. Pamplona 1991, p. 706-707. Sui controlli e licenze nell'amministrazione dei beni ecclesiastici, vid. A. VIZZARI, *L'amministrazione dei beni ecclesiastici*, in *I beni temporali della Chiesa*, a cura del GRUPPO ITALIANO DOCENTI DI DIRITTO CANONICO, Milano 1997, p. 83-86.

Pur trattandosi di un caso molto diverso alla trasformazione di una persona giuridica pubblica in privata, è interessante notare che cambiamenti importanti nella persona giuridica (si trattava una profonda modifica dei suoi organi di governo decisa nel 1967, ma la natura dell'ente restava formalmente immutata) furono considerati come una vera alienazione del patrimonio, benché tecnicamente la proprietà dei beni rimaneva dello stesso ente, e che si avrebbe dovuto ottenere la relativa autorizzazione della Santa Sede per tali cambiamenti. Passati gli anni, in occasione della imminente alienazione di un ospedale proprietà di quell'ente riformato nel 1967, due dicasteri della Curia romana, dopo attento studio, chiarirono, che i beni erano ecclesiastici e che era necessaria la licenza della Santa Sede per l'alienazione: «The authorization of the Holy See is necessary for the sale of St. Louis University Hospital since the provisions of 1967 of appointing a self-perpetuating board of trustees, a majority of whom were not members of the Missouri province of the Society of Jesus, did not constitute an alienation of ecclesiastical goods, whose owner, canonically considered, remains the Missouri province of the Society of Jesus as public juridic person of the Church, and therefore the properties pertaining to St. Louis University are still to be considered ecclesiastical goods». C. FOR INSTITUTES OF CONSECRATED LIFE AND SOCIETIES OF APOSTOLIC LIFE-C. FOR CATHOLIC EDUCATION, Lettera del 28 gennaio 1998, n. 1, in J. REGALI, *Statement Accepting the Sale of St. Louis University's Hospital to a For-Profit Corporation*, 24 febbraio 1998, in *Origins*, March 12, 1998, vol. 27: no. 38, p. 631.

Benché tecnicamente si potrebbe considerare che l'atto di trasformazione di una persona giuridica da pubblica in privata (o viceversa) è costituito da due atti successivi: l'estinzione della persona pubblica, e la costituzione della persona giuridica privata, per economia di procedura sembra più ragionevole ritenere che non vi è una estinzione di un ente ma una modifica, fatta con un solo atto giuridico. Se si accettasse la tesi dei due atti successivi, dal punto di vista patrimoniale ci sarebbero ulteriori problemi: in conformità al can. 123, se non dispongono altro gli statuti, i beni della persona giuridica estinta passano alla persona giuridica superiore (ad es. nel caso di una associazione diocesana, i beni diventerebbero proprietà della diocesi). La nuova proprietaria dei beni, dovrebbe poi alienarli alla nuova persona giuridica privata.

<sup>(67)</sup> Cf. can. 123.

garantiva un controllo dell'autorità ecclesiastica. Altrimenti non li avrebbero donati<sup>(68)</sup>.

Infine, in particolare nel caso degli enti dotati di una storia plurisecolare non si deve trascurare il dovere di rispettare ciò che hanno voluto i fedeli che *prima* sono stati membri dell'associazione. Si devono rendere compatibili, da una parte, la fedeltà alle finalità proprie dell'ente, e, dall'altra, la capacità di progredire e introdurre modifiche. I tratti fondamentali dell'ente devono essere mantenuti. Se si cambiano elementi fondamentali che hanno segnato la vita dell'ente, se si abbandonano tradizioni così consolidate da identificare l'associazione, si rischia di estinguere un ente e creare un'altro. L'associazione non sarebbe più la stessa; sarebbe un'altra.

## 7. *Conclusione.*

Da quanto detto finora si può concludere che la volontà dei fedeli svolge un ruolo fondamentale nelle associazioni canoniche. Dove esiste un'associazione, là c'è la volontà dei fedeli. In alcuni ambiti tale volontà può qualificarsi sovrana: nel quadro della comunione ecclesiastica la volontà dei fedeli determina tutti gli aspetti della nascita, vita ed estinzione dell'ente. In altri ambiti, la volontà dei fedeli ha bisogno dell'azione dell'autorità competente, per poter esser operativa e incidere sulle relazioni giuridiche.

La presenza dell'autorità ecclesiastica risulta comunque necessaria: sia tramite la funzione di governo che protegge l'autonomia del fedele (si pensi alla proclamazione del can. 215), sia mediante altri interventi che avvicinano l'ente associativo alla gerarchia.

L'intreccio salutare fra la volontà dei fedeli e la funzione dell'autorità nelle associazioni, il rispetto reciproco delle proprie funzioni e delle rispettive legittime volontà e aspirazioni, favorito da un fiducioso dialogo, contribuirà a rendere reale quanto auspicato da Giovanni Paolo II nella lett. ap. *Novo millennio ineunte*: «occorre certo che associazioni e movimenti, tanto nella Chiesa univer-

---

(68) Perciò potrà essere necessario distinguere fra i beni: alcuni verranno privatizzati; altri, invece, manterranno la qualifica di ecclesiastico e di conseguenza dovranno essere trasferiti ad un altro patrimonio, a quello di una persona giuridica pubblica, possibilmente con fini simili a quelli dell'ente privatizzato.

sale quanto nelle Chiese particolari, operino nella piena sintonia ecclesiale e in obbedienza alle direttive autorevoli dei Pastori. Ma torna anche per tutti, esigente e perentorio, il monito dell'Apostolo: "Non spegnete lo Spirito, non disprezzare le profezie; esaminate ogni cosa, tenete ciò che è buono" (1 Ts 5, 19-21) »<sup>(69)</sup>.

---

<sup>(69)</sup> GIOVANNI PAOLO II, lett. ap. *Novo millennio ineunte*, 6 gennaio 2001, n. 46.

*Giurisprudenza*

**Pagina bianca**

TRIBUNALE APOSTOLICO DELLA ROTA ROMANA - *Reg. Aprutini seu Marsorum* - Nullità del matrimonio - Timore - Esclusione dell'indissolubilità e della prole - Difetto di forma - Sentenza definitiva - 12 giugno 2003 - Caberletti, Ponente (\*)

**Matrimonio - Consenso - Timore - Fondamento della norma canonica - Relazione tra timore e consenso - Timore « ab intrinseco » e « ab extrinseco » - « Suspicio metus » - Requisiti del timore - Timore indiretto - Prova.**

**Matrimonio - Consenso - Subordinazione dei capi di nullità della simulazione e del timore.**

**Matrimonio - Consenso - Simulazione parziale - Relazione tra il consenso e l'oggetto formale del consenso - Procrastinazione della prole.**

**Matrimonio - Consenso - Simulazione parziale - Esclusione dell'indissolubilità - Nesso tra l'esclusione dell'indissolubilità ed esclusione della prole - Elementi della simulazione.**

**Matrimonio - Consenso - Difetto di forma canonica - Iter storico - Requisiti della valida assistenza.**

**Matrimonio - Consenso - Difetto di forma canonica - Delega della facoltà di assistere - Supplenza di facoltà - Errore comune - Distinzione tra errore ed ignoranza - Errore comune ed errore privato - Errore di fatto ed errore di diritto - Dubbio positivo e probabile - Dubbio di diritto e di fatto.**

*Nel canone 1087 C.I.C. 1917 violenza e timore vengono contemplati in un'unica espressione per indicare la violenza che opera attraverso il timore, ossia il timore che procede, come effetto, dalla violenza. Il fondamento della Legge canonica riguardo alla violenza e al timore è l'offesa grave sia verso la dignità personale del nubente, sia verso la dignità del patto coniugale, poiché viene lesa la libertà nella scelta del proprio stato di vita (cfr. can. 219 C.I.C. 1983). Nel can. 1087 C.I.C. 1917, così come nel nuovo canone 1103, la relazione tra il timore ed il consenso è stabilita dallo stesso Legislatore.*

---

(\*) Vedi, alla fine della sentenza, commento di GINA MARIA CORSI, *L'interpretazione delle norme sulla supplenza di facoltà per assistere al matrimonio.*

Dunque il timore deve essere causa motivante del patto coniugale, per cui si richiede la relazione di causalità tra la coazione e il consenso; quindi si esclude il caso di un connubio contratto unicamente con timore. Il timore, affinché renda irritato il matrimonio deve avere certe qualità e cioè l'estrinsecità, l'ingiustizia, la gravità, l'indeclinabilità (cfr. can. 1087 C.I.C. 1917). Il can. 1087 del Codice pio-benedettino non attribuisce valore al timore «*ab intrinseco*», quello cioè che viene prodotto da una causa interna al paziente, come ad esempio la passione e il rimorso di coscienza, o da una causa esterna, ma non libera, come può essere una circostanza, ad esempio un incendio o una tempesta. Il timore dunque che dirime il matrimonio deve essere «*ab extrinseco*», cioè liberamente incusso da un agente esterno diverso dal soggetto paziente. La Giurisprudenza rotale ritiene essere sufficiente anche la «*suspicio metus*», infatti nel matrimonio l'animo deve essere libero non solo dalla costrizione, ma anche dal timore della costrizione, causato ad esempio dal solo sospetto dell'indignazione dei genitori. Il timore inoltre deve possedere quella gravità tale da turbare l'animo del paziente al punto di diminuire la sua libertà, in modo che il nubente affronti il matrimonio, che ricusa, come mezzo per evitare un male imminente. Ci sono certamente mali assolutamente gravi che possono turbare una persona dotata di normale fermezza; altri mali lo sono relativamente, cioè soggettivamente, considerata l'indole, l'età, le situazioni di famiglia e di luogo relative al paziente. Il vecchio canone esigeva anche l'ingiustizia come requisito del *metus*; nel canone si stabiliva che il timore dovesse essere incusso ingiustamente, cioè dovesse essere soggettivamente ed oggettivamente lesivo del diritto del paziente a determinarsi alle nozze. La dottrina e la giurisprudenza avevano distinto il timore ingiusto nella sua sostanza (quando cioè per timore viene richiesto ciò che non è dovuto per diritto), da quello ingiusto per il modo (quando in modo ingiusto, es. con percosse, sevizie, minacce, viene richiesto ciò che è dovuto per diritto), da quello ingiusto per la finalità (quando il diritto viene esercitato per ottenere ciò che per diritto non si deve), da quello infine ingiusto in ragione di qualsiasi circostanza che ledesse una legittima norma oggettiva, divina o umana. Il nuovo canone 1103, recependo appieno il Magistero conciliare, non richiede più il requisito dell'ingiustizia per rendere irritato il matrimonio. Altro requisito, richiesto dalla Legge canonica, è quello della indeclinabilità del *metus*, cioè l'impossibilità morale di evitare il male che incombe se non attraverso la scelta del matrimonio. Sia

*il nuovo che il vecchio canone usano la medesima espressione per esplicitare il suddetto requisito. Dopo la promulgazione del M.P. «Crebrae allatae», nel quale si stabiliva, per il diritto matrimoniale orientale, che il «metus indirectus» non rendeva irritato il matrimonio, sia in dottrina che in giurisprudenza si era fortemente discusso se anche nella legislazione canonica latina fosse necessario il timore direttamente incusso per estorcere il consenso, o fosse sufficiente un timore indiretto, incusso da un agente esterno non per estorcere il consenso matrimoniale ma per ottenere un altro effetto. La Giurisprudenza rotale ritenne che anche il «metus» indiretto rendesse irritato il matrimonio: tale principio è stato recepito nel can. 1103 del nuovo Codice. Il timore deve inoltre essere presente o virtualmente persistente nel momento in cui viene emesso il consenso nuziale, ed inoltre si richiede che il soggetto paziente abbia consapevolezza dell'influsso esterno. Il timore suole essere dimostrato attraverso due procedimenti: indirettamente, dimostrando che esisteva l'avversione alle nozze, e direttamente, provando l'esistenza della coazione; l'avversione non può essere confusa né con l'assenza di vero amore coniugale, né con la semplice esitazione nel celebrare le nozze (cfr. n. 2).*

*Lo stesso matrimonio non può essere nullo sia per il timore che per la simulazione del consenso; infatti il consenso emesso per timore, benché viziato, è un vero consenso, lo stesso non accade per la simulazione, non essendo presente in questo caso il consenso; per cui i due capi di nullità non possono essere proposti insieme, ma nulla impedisce che gli stessi siano proposti in subordine nella medesima causa. Un matrimonio dunque può essere accusato per il capo di simulazione e subordinatamente per il capo del timore. La relazione tra il consenso coniugale, che è atto di volontà (can. 1081, § 2 C.I.C. 1917 e can. 1057, § 2 C.I.C. 1983), e il suo oggetto formale risulta chiaramente già dalla Costituzione «Exultate Dei», emanata dal Concilio fiorentino. In essa si afferma che la causa efficiente del matrimonio è il mutuo consenso espresso per mezzo delle parole; si precisa inoltre che lo stesso consta di tre beni: il primo è quello di accettare la prole e di educarla al culto di Dio, il secondo è quello della fedeltà che i coniugi devono conservare l'uno verso l'altro; il terzo è l'indivisibilità del matrimonio, poiché esso indica l'unione indissolubile di Cristo e della Chiesa. Il Concilio Vaticano II, in una prospettiva maggiormente personalistica, sottolinea il medesimo principio. Il nubente certamente per mezzo del suo consenso è attore o*

autore del patto coniugale, ma l'essenza del matrimonio non dipende dall'uomo ma da Dio (cfr. G.S., n. 48). La «*intentio simulandi*» falsifica dunque il «*segno nuziale*». La procrastinazione della prole non può essere confusa con l'esclusione della prole. La Giurisprudenza rotale pertanto ha enunciato una giusta distinzione tra l'esclusione del *bonum prolis*, anche se temporanea, e la semplice procrastinazione della prole o esercizio della paternità responsabile, sostenendo altresì che una volta stabilita l'esistenza di un vero atto positivo di volontà bisogna interrogarsi circa l'oggetto di questa volontà: se si tratta di una volontà essenzialmente in disaccordo con il «*bonum prolis*», o se si tratta solo di mero abuso dell'esercizio degli atti coniugali, pertinente più all'ordine morale che canonico. Più complessa è la questione riguardo all'esclusione temporanea del «*bonum prolis*»; generalmente si presume che se si rifiuta la prole soltanto temporaneamente, si deve pensare piuttosto all'esercizio della paternità responsabile, se tuttavia l'accettazione della prole viene differita ad un tempo del tutto indefinito, si tratta piuttosto di sostanziale esclusione del «*bonum prolis*». Riguardo il «*bonum sacramenti*» non ci può essere una distinzione tra diritto ed adempimento del diritto, come avviene nel «*bonum prolis*» e nel «*bonum fidei*», poiché l'indissolubilità che il sacramento comporta si riferisce al matrimonio «*secundum se*», e non solo «*in suis principiis*», in quanto, attraverso il patto coniugale, i coniugi si donano e si accettano reciprocamente in perpetuo. Da ciò ne consegue che, mentre è possibile un matrimonio valido senza figli e senza la fedeltà, non può darsi vero vincolo senza l'indissolubilità. Vi può essere certamente un nesso, talvolta anche stretto, tra l'esclusione del «*bonum sacramenti*» e del «*bonum prolis*», e ciò avviene quando l'esclusione della prole concorre con l'esclusione dell'indissolubilità, con la quale il nubente si è riservato l'arbitrio di rompere il vincolo coniugale, qualora il coniugio si rivelasse un fallimento, stabilendo nel contempo di non generare prole. In questo caso la presunzione sta per l'esclusione del diritto agli atti coniugali, aperti alla procreazione, cioè per l'esclusione del «*bonum prolis*». Infatti, sebbene l'esclusione della prole possa essere considerata sotto l'aspetto della temporalità per conseguire una prova di felice coniugio, tuttavia la medesima esclusione diventa perpetua per la prevalente intenzione di sciogliere il vincolo, poiché si viene ad escludere la stessa obbligazione perpetua agli atti coniugali, aperti alla procreazione. Infatti l'esclusione dell'indissolubilità del matrimonio esclude lo stesso oggetto del

*patto matrimoniale da offrire integralmente, che è il diritto perpetuo ed esclusivo in ordine agli atti coniugali diretti a generare la prole. Si richiedono tre elementi per la simulazione, e cioè la volontà, causa efficiente della simulazione, l'atto del volere, cioè la decisione, infine la positività, che fa escludere dal fenomeno simulatorio «l'actus mere negativus». Questi tre elementi si riducono ad uno solo, cioè la reale e vera intenzione del soggetto agente circa l'oggetto del suo stesso atto, infatti se non è presente la volontà di simulare non si ha la simulazione. (cfr. n. 3).*

*Il diritto positivo ecclesiastico richiede, nella celebrazione del matrimonio, alcune solennità che regolano la manifestazione del consenso, dette forma. La forma giuridica, che riguarda direttamente il matrimonio come contratto, si distingue dalla forma liturgica (can. 1119-1120), che comprende i riti e le cerimonie religiose che lo accompagnano, e dalla forma sacramentale, inserita nella manifestazione del consenso. La forma giuridica sostanziale venne stabilita ed esatta, per la valida celebrazione del matrimonio, dal Concilio di Trento, nel celebre decreto «Tametsi» (11 novembre 1563), affinché potesse constare del matrimonio stesso pubblicamente o «coram Ecclesia», e per evitare i cosiddetti matrimoni clandestini. In seguito Pio X, col decreto «Ne temere» (2 agosto 1907) della Congregazione del Concilio, per porre argine ai matrimoni clandestini e regolamentare meglio sia la forma matrimoniale sostanziale (in quanto il Decreto «Tametsi» non era stato promulgato per la Chiesa universale, ma solo per alcuni territori determinati), sia la competenza del parroco dei nubendi (poiché la facoltà di assistere i matrimoni era personale, non territoriale), stabilì: «Sono validi soltanto i matrimoni che si contraggono alla presenza del parroco, o dell'Ordinario del luogo, o del sacerdote delegato da uno di essi, e di soli due testimoni». Il Codice del 1917, al canone 1094, ha recepito pienamente tale decreto. Il nuovo canone 1108, nel primo paragrafo, ripete le stesse parole del vecchio canone 1094, vi aggiunge soltanto la possibile assistenza del diacono. La forma canonica in quanto atto giuridico necessita dei requisiti di cui al can. 124 § 1 CIC 1983 (cfr. 4).*

*Ai fini della valida assistenza sia dell'Ordinario, sia del parroco, il canone 1095 CIC 1917 richiedeva per la validità del matrimonio quattro requisiti «ad matrimonii validitatem»: 1) che l'ufficiale ecclesiastico fosse in legittimo possesso del suo ufficio; 2) che non fosse scomunicato, o interdetto, o sospeso dall'ufficio per sentenza condannatoria o declaratoria; 3) che si trovi nel proprio territorio; 4) che*

*non sia costretto all'assistenza da violenza o da grave timore, ma che sia consenziente e che perciò richieda e riceva il consenso dei contraenti. Nel canone 1108 CIC 1983 non si fa menzione né dell'istituto del beneficio, né dell'assistente al matrimonio costretto da violenza o da timore, poiché oggi la libertà nell'esercizio del proprio «munus» è ritenuta presupposto necessario (cfr. n. 5).*

*La facoltà di assistere validamente può essere data sia ai vicari cooperatori, sia ad altri costituiti nell'ordine sacerdotale. Ai vicari cooperatori può essere concessa sia dal parroco, sia dall'Ordinario, una delega anche generale; ora, nel nuovo canone 1111 § 2 CIC 1983, per la validità della delega generale si esige la forma scritta. Il Codice piano-benedettino stabilì espressamente l'eccezione riguardo ai vicari cooperatori, che, per la parrocchia alla quale erano assegnati, potevano essere delegati generalmente ad assistere sia a tutti i matrimoni, sia a quelli di una certa categoria. Il motivo di questa disposizione era quello di provvedere, in modo più conveniente, alla cura delle anime che si doveva prestare in parrocchia. Il fatto stesso che fossero costituiti vicari cooperatori, non era però sufficiente a farli ritenere delegati ad assistere ai matrimoni. Alcuni avrebbero voluto dedurre il contrario dal can. 476 § 6, ma a torto. Infatti, se questo canone avesse attribuito ai cooperatori la facoltà di assistere al matrimonio, sarebbe stata superflua la delega della quale si parla nel can. 1096 § 1. La delega speciale, che viene concessa ad un sacerdote che non è cooperatore in parrocchia, deve essere concessa per un matrimonio determinato. Solo chi ha una delega generale può però subdelegare nei singoli casi (cfr. n. 6).*

*Nel vecchio Codice, in base al can. 209, la potestà di governo, sia ordinaria che delegata, qualora mancasse in coloro che la esercitavano, veniva supplita sia nel foro esterno che interno. Perché la facoltà di assistere al matrimonio possa essere supplita da parte della Chiesa si deve trattare innanzitutto di errore comune: l'errore è la conoscenza errata della realtà, mentre l'ignoranza è l'assenza stessa di conoscenza. Poiché lo stesso Legislatore attua al can. 15 una distinzione tra l'errore e l'ignoranza, e considerato che le leggi ecclesiastiche sono da intendersi, in base al can. 17, secondo «il significato proprio delle parole considerato nel testo e contesto», il fondamento dell'errore comune può essere attribuito solo all'errore; l'ignoranza, o la non scienza, o lo stato di dubbio, non inducono in errore, ma si richiede un «giudizio positivo erroneo». L'errore comune si ha quando un giudizio falso devia tutta o gran parte della comunità:*

*l'errore comune, cioè, non è l'errore di uno o di pochi, ma l'errore di tutti o di quasi tutti, o di molti nel luogo, ossia nella comunità nella quale viene posto l'atto di potestà di giurisdizione, in modo che lo stesso errore tocchi, «moralmente parlando», tutta la comunità nel senso sopra descritto; la ragione per cui la Chiesa supplisce si trova nella tutela del bene pubblico, e questo non si ha nel caso dell'errore cosiddetto privato in cui o uno o soltanto pochi errano. L'errore comune può essere di fatto, quando esso si verifica in molti fedeli di una comunità o di un luogo, creando una convinzione erronea circa la potestà posseduta da una persona; l'errore comune di diritto si ha quando si verifica uno stato di cose, o una circostanza di carattere pubblico, che attenga in qualche modo all'interpretazione delle norme giuridiche che regolano l'esercizio della potestà, capace di indurre molti in errore. La potestà delegata viene supplita anche quando si tratta di un sacerdote (e nel nuovo codice anche di un diacono cfr. can. 1111 § 1) che abbia il compito stabile di aiutare il parroco nel ministero, o di un sacerdote che è solito assistere il delegato ai matrimoni. Nella dottrina pregressa, la potestà non poteva essere supplita se il sacerdote che assisteva al matrimonio, e che non aveva ricevuto nessuna delega, non svolgeva il suo munus abitualmente in quella comunità, ma interveniva solo per un singolo matrimonio; in tal caso l'errore non poteva essere comune poiché a) un matrimonio nullo per difetto di potestà delegata non era considerato come un male pubblico; b) sia la Rota Romana, sia gli altri Tribunali inferiori, avevano costantemente dichiarato nulli tali matrimoni: cosa che non avrebbero potuto fare se la nullità non fosse stata certa; c) se la Chiesa avesse supplito anche nel singolo caso, sarebbe stata inutile la redazione del can. 1094 che richiedeva, per la validità del matrimonio, la potestà ordinaria o delegata. Il dubbio consiste in uno stato di indeterminazione della mente del soggetto agente sull'aver o meno la facoltà di assistere al matrimonio, o sulla supplenza da parte della Chiesa. Tuttavia, perché la Chiesa supplisca è richiesto un dubbio soggettivo da parte dell'agente circa la facoltà ordinaria a lui pertinente, come ad esempio nel periodo in cui la parrocchia è vacante, o quando il parroco è impedito (cfr. can. 541 § 1), o se il santuario scelto per la celebrazione del matrimonio si trovi entro i confini della sua parrocchia (cfr. can. 518), o circa la facoltà delegata generale a lui concessa. Il *dubium iuris*, nella materia di cui si tratta nel can. 209, si ha quando l'agente dubita se realmente sia in possesso della potestà di giurisdizione necessaria, poiché allo stesso non*

*consta con certezza se, a norma di legge, abbia la potestà di compiere l'atto di giurisdizione di cui si sta trattando in concreto. Certamente in qualche circostanza concreta possono concorrere simultaneamente sia l'errore comune, sia il dubbio positivo e probabile. Per la supplenza di potestà si richiede un dubbio positivo, cioè che sussistano reali ragioni per affermare la potestà, e probabile, cioè che la «ratio» sia di una certa importanza, cosicché la potestà sia probabile sia di diritto che di fatto. Il dubbio negativo si ha quando non si può portare nessuna ragione per affermare la potestà di giurisdizione o per negarla. E questo non differisce dall'ignoranza. Se il dubbio verte sull'esistenza, la forza o l'estensione della legge, tale fattispecie è chiamata «dubium iuris», mentre il «dubium facti» riguarda l'esistenza delle condizioni che la legge richiede affinché l'atto sia valido. Il dubbio sufficiente per supplire la facoltà di assistere al matrimonio si verifica o quando all'agente non consta con certezza se in forza della legge abbia la facoltà di porre l'atto di assistere alla celebrazione del matrimonio, o quando allo stesso non consta con certezza se nel caso concreto si sia verificato il fatto dal quale dipende il valido esercizio della facoltà di assistere (n. 7).*

(Omissis). — FACTI SPECIES. — 1. Aemilius, die 28 februarii 1954 natus, operarius, die 27 aprilis 1980 matrimonium iniit cum Angela, die 29 martii 1957 orta, magistra.

Ipsi anno 1975 fortuito sibi obviam venerant, ac, postquam puellae parentes haesitationes victae sunt, relationem sponsaliciam instauraverunt, quae per quattuor annos ducta est, nonnumquam dissentionibus perturbata.

Puella, una vice tam irata facta est ut anulum sponsalicium proiceret.

Iuxta virum, domina Angela nuptias solummodo ob matris strictas sollicitationes accepit.

Mense iunio anni 1980, quadraginta diebus tantum elapsis a matrimonii celebratione, mulier domum iugalem deseruit atque, non obstantibus conatibus reconciliationis a convento eiusque propinquis peractis, numquam cohabitatio iugalis restituta est.

Die 19 novembris 1980 vir causam civilem instituit pro separatione obtinenda.

Die 11 novembris 1981 dominus Aemilius coram Tribunale Aprutino supplicem libellum porrexit, exostulans declarationem nullitatis sui matrimonii «per i sequenti capi di nullità: 1°) a

norma del can. 1087 § 1 del C.D.C.: “ob vim vel metum mulieri conventae incussum”; 2°) a norma del can. 1086 § 2 in relazione al can. 1013 § 2: “ob exclusum ab eadem conventa bonum Sacramenti”; 3°) a norma del can. 1086 § 2 in relazione al can. 1013 § 1: “ob exclusum ab eadem conventa bonum prolis”».

Die 6 februarii 1982, muliere conventa negante se ad matrimonium coactam esse atque bona sacramenti et prolis exclusivisse, dubium hac sub forma statutum est: «Se consti o no della nullità del matrimonio, in questo caso, per:

1) Violenza o timore incussa (sic!) alla donna a norma del Can. 1087/1. 2) Per esclusione dell'indissolubilità nella medesima convenuta a norma del Can. 1013/2. 3) Per esclusione della prole nella convenuta a norma del Can. 1013/1)».

Partibus auditis, tredecim testibus excussis, ex quibus aliqui ex officio ad Tribunal vocati sunt, altero vadimonio ab actore reddito, die 23 octobris 1984 iudices primi gradus negative ad omnia responderunt.

Anno 1985 vir relationem cum Gabriela G. intexuit, ex qua puer natus est; anno 1987 cum eadem muliere unionem civilem contraxit, et deinde alii duo filioli orti sunt.

Actor ad N. A. T. appellavit, sed, cum per annum et ultra nullus actus processualis positus esset, die 24 maii 1988 R. P. D. Ponens causam pretemptam declaravit.

Ast die 7 maii 1999 vir reassumptionem causae petivit; Turno constituto, die 9 iunii 1999 R. P. D. Ponens decrevit causam reasumendam esse.

Die 25 novembris 1999 dubium hac sub formula concordatum est: «An constet de nullitate matrimonii, in casu, 1) Ob vim vel metum mulieri conventae incussum; 2) Ob exclusa bona sacramenti et prolis ex parte eiusdem mulieris conventae». Actor denuo auditus est, sed mulier conventa, quamvis legitime citata, Tribunal deseruit.

Postquam testis Rev. A., qui celebrationi matrimonii astiteterat, novum vadimonium reddidit, dubium de valida celebratione nuptiarum ortum est; quam ob rem, Cl.mo Patrono ex officio instante, per Decretum Turni diei 11 maii 2001, novum dubium, tamquam in prima instantia iudicandum, concordatum est, ac proinde nova forma dubii sic statuta est: «1) An constet de matrimonii nullitate, in casu, ob metum mulieri conventae incussum, tamquam in secunda instantia; 2) An constet de matrimoni nulli-

tate, in casu, ob exclusa bona sacramenti et prolis ex parte eiusdem conventae, tamquam in secunda instantia; 3) An constet de matrimonii nullitate, in casu, ob defectum formae canonicae, tamquam in prima instantia».

Documenta praenuptialia, a R. P. D. Ponente expetita, Curia Marsorum cum sollertia produxit.

Causa moras passa est ob negligentiam Cl.mi Patroni ex officio partis actricis, qui tandem suo muneri renuntiavit, ac, novo Patrono ab Exc.mo Nostro Decano designato et deinde contradictorio rite peracto, nunc causa definienda est.

IN IURE. — 2. DE METU MATRIMONIUM IRRITANTE. — Consensus, qui «Matrimonium facit» (can. 1081, C.I.C 1917; eadem verba adsunt in novo canone 1057, § 1), debet esse actus plane ac vere humanus; conscius ac liber proinde sit oportet.

Nullatenus humanus esse potest actus sub vi absoluta vel physica elicitus: «Afficere nequit nisi actum externum, et verificatur, quando hic actus ponitur sub coactione physica, cui resistere non possumus, animo prorsus reluctantante aut absque rationis usu. Iam vero talis actus nullum habet moralem iuridicum valorem... Proinde matrimonium sub vi ininitum, est nullum defectu consensus» (P. card. GASPARRI, *Tractatus canonicus de matrimonio*, ed. nova ad mentem C.I.C, vol. II, Typis Poliglottis Vaticanis 1932, n. 832, pp. 48-49).

In canone 103 C.I.C. 1917 «metus» contraponitur «vi» seu violentiae absolutae quae non afficit nisi actum externum corporalem cuique «resisti non potest» et «omnem adimit agendi facultatem» (can. 2205, § 1) ita ut matrimonium ex tali vi celebratum sit irritum ob defectum totalem consensus: «Tolli (...) potest consensus vi absoluta, quae est maioris rei impetus cui resisti non potest, ut si, Titio prorsus dissentiente, eius caput per violentiam in signum consensus inclinatur. Haec inclinatio, actio hominis quidem mere externa, dicenda non est actio humana procedens ex voluntate deliberata; consequenter, nil conferente vim passo, haec coactio consensum prorsus excludit. Deficiente vero consensu, matrimonium non existit» (coram Jullien, decisio diei 11 maii 1935, n. 2, in *RRDec.*, vol. XXVII, dec. XXXV, pp. 299-300).

Consensus defectus habetur etiam per vim psychicam, quippe quae libertatem internam auferat, nubentem impellendo ad unum,

scilicet ad matrimonium recipiendum, quin discretio sufficiens ac necessaria habeatur pro iudicio autonomo efformando.

In can. 1087 C.I.C. 1917 autem «vis et metus» coniunctim sumuntur locutione quae significat vim quae per metum operatur, seu metum qui procedit, uti effectus, a vi.

Libertas nupturientis enim vulneratur, cum facultas eligendi per timorem cuiusdam mali imminenti ab agente libero incussi integra haud maneat; in huiusmodi factispecie vis est moralis aut conditionalis, «quae accipi potest tamquam vis praepotens liberae voluntatis exercita ad determinandas facultates animi seu psychologicae subiecti patientis eum in finem ut iste eliciat atque ideo manifestet aliquem voluntatis actum» (coram Pompedda, decisio diei 27 maii 1970, n. 2, *ibid.*, vol. LXII, p. 549); et huiusmodi vis in mente patientis efficit metum.

Exstant coram se duae voluntates, una fortis et altera debilior, quae cogitur ut suo consilio abrenuntiet; vis in mente patiente imminuit deliberationem atque libertatem eiusdem movet ad eligendum, quamvis cum sufficienti consensu naturali, matrimonium, quod secus non eligeret, ut medium vitandi coactionem.

Fundamentum Legis canonicae de vi et metu est iniuria gravis tum erga dignitatem personalem nubentis tum erga dignitatem foederis iugalis, quia libertas in statu vitae eligendo laeditur (cf. can. 219 C.I.C. 1983).

Metus, qui definitur uti animi commotio vel trepidatio, cuius causa est praepotens vis moralis vel conditionalis, ut matrimonium irriter, certis qualitatibus indutus esse debet, scilicet extrinsecitate, iniustitia, gravitate, indeclinabilitate (can. 1087 C.I.C. 1917).

Relatio inter metum ac consensum a Legislatore expressis verbis statuitur: «Invalidum (...) est matrimonium initum ob vim vel metum gravem ab extrinseco et iniuste incussum, a quo ut quis se liberet, eligere cogatur matrimonium» (can. 1087 C.I.C. 1917); locutio «ob vim vel metum» eadem adest in novo canone 1103).

Ad consensum irritum reddendum necesse quidem est ut in alterutrum contrahentem inferatur vis conditionalis, ast hoc non sufficit, cum metus esse debeat tamquam causa motiva foederis iugalis vel requiratur relatio causalitatis inter coactionem ac consensum, ideoque excluditur casus connubii contracti «cum metu» tantum: «Che nella celebrazione del matrimonio intervenga a carico di almeno uno dei contraenti vera violenza condizionale (...) è necessario ma non sufficiente, perché il matrimonio ne sia reso

nullo: occorre ancora (...) l'esistenza nel caso concreto di un rapporto di causalità tra la coazione e il consenso. Non basta cioè una mera concomitanza tra violenza e matrimonio, ma si richiede che questo stia a quella come effetto e causa» (G. Dossetti, *La violenza nel matrimonio in Diritto Canonico*, Milano 1943, rist. anastatica 1998, p. 502). Oportet ergo ut electio matrimonii sit realis effectus, non mera occasio, metus inlati.

Metus, qui definitur uti animi commotio vel trepidatio, est semper status psychologicus internus; ast can. 1087 Codicis pianibenedictini nullatenus vertit in metum « ab intrinseco », qui inferitur a quadam causa patienti interna, prout habentur e. g. passio, vel phantasia, vel remorsus conscientiae, vel externa, sed non libera, uti sunt belua, tempestas, incendium.

Metus matrimonium dirimens debet esse « ab extrinseco », scilicet incussus libere ab agente qui alius sit ac subiectum metum patiens.

Iurisprudencia tenet sufficere meram metus suspicionem: « « Matrimonium est nullum sive consensus deficiat propter minas et violentias, sive propter suspicionem tantum indignationis parentum » [Coscius, *De separat. tori*, lib. 3, cap. 4, n. 87]. Huius principii rationem affert Sacra Rota coram Ludovisio, dec. 374, n. 18-19. « Iusta metus suspicio pro metu sufficit ex eo quod in matrimonio animus debet esse liber, non solum a compulsione, sed etiam a timore compulsione » (coram Prior, decisio diei 1 maii 1912, n. 6, in *RRDec.*, vol. IV, dec. XVIII, p. 217).

Metus insuper praeditus esse debet ea gravitate quae patientis animum adeo perturbet ut eiusdem libertas valde imminuatur ac nubens matrimonium, quod recusat, accipiat uti medium ad vitandum malum sibi imminens.

Adsunt quidem mala absolute gravia, quae personam constantem, quae scilicet normalem gradum firmitatis assecuta est (cf. S. Th., *Suppl.*, q. 47, a. 2) perturbare valent; alia vero mala relative seu subiective gravia sunt, scilicet attentis patientis metum indole, aetate, sexu, adiunctis familiae ac loci: « malum instans vel futurum debet esse grave pro illa persona, ita nempe ut haec persona facile illud sustinere nequeat. Sunt nonnulla mala, quae gravia ab ipso iure habentur absolute seu pro omnibus hominibus (...) Alia mala maioris momenti pro aliquibus personis gravia possunt esse, pro aliis levia (...) Prudens iudex in singulis casibus videbit, attentis

omnibus circumstantiis, utrum illud malum pro illa persona grave sit, an leve» (P. card. Gasparri, *o. c.*, n. 847, pp. 55-56).

Tertia conditio, quam metus iuxta vetus ius, sub cuius regimine matrimonium in casu contractum est, induere debebat, erat iniustitia, quae tangere poterat substantiam, cum malum comminatum in seipso laesivum habetur, e. g. falsa accusatio de stupro peracto, vel modum, si malum inflictum vel comminatum extra fines recti exercitii potestatis aut officii progreditur: «Metus nuptias non irritat nisi, praeterquam gravis, sit simul iniustus: iniustitia autem habetur sive ratione substantiae (quum nempe metu exigitur quod iure non debetur), sive ratione modi (quum modo iniusto: e. gr., percussionibus, minis, saevitiis, exigitur quod iure debetur), sive ratione finis (quum ius exercetur ad obtinendum quod iure non debetur...), sive ratione cuiuscumque circumstantiae, qua legitima norma obiectiva, divina vel humana, laedatur» (coram Staffa, decisio diei 9 augusti 1951, n. 2, in *RRDec.*, vol. XLIII, dec. LXXXIX, p. 618).

Attamen gravis metus semper iniustus patet sive erga dignitatem personalem nubentis, sive erga dignitatem connubii, quippe quod uti communitas amoris ex libertate oriri debeat.

Attento Concilii Vaticani II summo Magisterio (cf. G.S., n. 26, n. 29, ac praesertim n. 52, in quo explicite quoad matrimonii electionem edicitur: «Parentum vel tutorum est se iunioribus, in fundanda familia, prudenti consilio, ab eis libenter audiendo, duces praebere, caventes tamen ne eos coactione directa vel indirecta ad matrimonium ineundum aut ad electionem compartis adigant»), novus canon 1103 iniustitiam haud exigit pro metu matrimonium irritante.

Tandem alia conditio, quam metus induere debet ut consensum inefficacem reddat, est indeclinabilitas, quae significat impossibilitatem moralem vitandi malum quod minitatur nisi per matrimonii electionem; ambo canones, tum vetus tum novus, statuunt hisce verbis: «a quo ut quis se liberet, eligere cogatur matrimonium».

Post promulgationem M. P. «Crebrae allatae», in quo pro iure matrimoniali orientali statuebatur metum indirectum matrimonium haud irritare («Invalidum quoque est matrimonium initum ob vim vel metum gravem extrinsecus et iniuste *incussum ad extorquendum consensum*», can. 78, § 1, in A.A.S. 1949, vol. XXXI, p. 106) acriter disceptabatur utrum etiam in legislatione canonica

latina necessarius esset metus directe incussus ad extorquendum consensum vel potius satis esset metus indirectus, scilicet metus qui ab agente incutitur intentione non extorquendi consensum matrimonialem patientis, sed obtinendi alium effectum.

Sententia coram Staffa diei 20 aprilis 1956, nixa quidem aliis sententiis antecedentibus, cursum in Iurisprudencia N.O. firmiter peregit, qui in nova Lege expresse agnitus est per verba «etiam haud consulto incussum» (can. 1103): «Usque dum textus can. 1087, § 1 reformetur, censemus, intra limites ab eodem praefinitos, metum quoque indirectum irritare matrimonium» (*RRDec.*, vol. XLVIII, n. 2, p. 375).

Recolatur oportet quod necesse est ut metus actualiter vel virtualiter perseveret momento quo elicitur consensus necnon ut subiectum metum patiens de influxu externo conscientiam habeat.

Metus duplici via probari solet: indirecte, seu probando aversionem a nuptiis exitisse, et directe, nempe demonstrando factum coactionis.

Aversio confundi nequit nec cum simplici absentia amoris veri coniugalis in alteram partem nec cum mera haesitatione pro nuptiis celebrandis, quamvis vehemens praesumptio metus gravi incussi veniat ex gravi aversione in matrimonium: «Secundum constantem iurisprudentiam N.S.O. vehementem praesumptionem metus gravis suppeditat gravis aversio partis contrahentis in matrimonium, quod varias ob causas imponitur. Aversionem autem per se non excludit neque libera instauratio sponsalium, si tamen probetur priorem favorem dein penitus cessasse, neque copula carnalis, quam sponsus ex reluctanti sponsa quasi per vim extorserit. Praeterea plena metus probatio haberi potest sive per argumenta directa, ex se plene probantia, sive per multa elementa et adminicula, quae singillatim non multum valent, sed simul sumpta et perpensa» (coram Felici, decisio diei 10 ianuarii 1956, n. 2, *ibid.*, vol. XLVIII, p. 10).

3. DE EXCLUSIONE BONI PROLIS AC BONI SACRAMENTI. Idem matrimonium invalidum esse nequit ex capite metus atque ex capite simulationis consensus. Nam consensus ob metum elicitus, etsi vitiat, est verus consensus, cum idem non sit de simulato; ideo componi non possunt capita nullitatis matrimonii ex metu atque ex simulatione; nihil vero impedit quomodo duo capita, scilicet metus et simulatio, in eadem causa subordinate proponantur: «Non potest matrimonium simul nullum esse ex capite simulationis et ex

capite metus. Nam simulatus consensus non existit; quod autem ex metu fit, est (...) Nihilominus simulatio et metus non raro in uno subiecto coniunguntur eo sensu quod, dum matrimonium meticulousum ex metu fit, seu metus est causa prima nullitatis, in matrimonio simulato non est causa prima, sed saepius causa secunda, i. e. non causat nullitatem directe, sed causat simulationem, unde sequitur nullitas. Proinde causa nullitatis proponi nequit ex capite metus et subordinate ex capite simulationis, nam sic in primo capite affirmatur consensus, in secundo negatur, quae inter se pugnant; sed potest accusari matrimonium ex capite simulationis, et subordinate ex capite metus, nam sic affirmatur consensus absentia, sed, in quantum haec absentia a Iudice tanquam non satis probata fuerit, adfirmatur consensus, de quo agitur, saltem metu vitiatum esse» (coram Heard, decisio diei 30 decembris 1954, n. 2, *ibid.*, vol. XLVI, p. 963).

In simulatione sic dicta partiali enim natura ipsius consensus foedatur, cum matrimonii aliquod essenziale elementum vel alterutra essentialis proprietas excludatur.

Relatio inter consensum coniugalem, qui est «actus voluntatis» (can. 1081, § 2 C.I.C. 1917 et can. 1057, § 2 Codicis vigentis) eiusque obiectum formale sic plane ex Constitutione «Exultate Dei», a Concilio Florentino prodita, eminet: «Causa efficiens matrimonii regulariter est mutuus consensus per verba de praesenti expressus. Assignatur autem triplex bonum matrimonii. Primum est proles suscipienda et educanda ad cultum Dei. Secundum est fides, quam unus coniugum alteri servare debet. Tertium indivisibilitas matrimonii, propter hoc quod significat indivisibilem coniunctionem Christi et Ecclesiae» (DENZINGER-SCHÖNMETZER, *Enchiridion symbolorum definitionum et declarationum de rebus fidei et morum*, ed. XXXVI, Barcinone etc. 1976, n. 1327, pp. 336-337), et Concilium Vaticanum II, quidem sub specie magis personalitica, eadem agnoscit: «Intima communitas vitae et amoris coniugalis, a Creatore condita suisque legibus instructa, foedere coniugii seu irrevocabili consensu personali instauratur (...) Indole (...) sua naturali, ipsum institutum matrimonii amorque coniugalis ad procreationem et educationem prolis ordinantur (...) Quae intima unio, utpote mutua duarum personarum donatio sicut et bonum liberorum, plenam coniugum fidem exigunt atque indissolubilem eorum unitatem urgent» (G.S., n. 48).

Nupturiens certo certius per suum consensum est actor vel auctor foederis iugalis, sed matrimonii essentia, scilicet obiectum consensus, nullatenus a subiecto humano connubii pendet, quia solummodo «Ipse (...) Deus est auctor matrimonii variis bonis ac finibus praediti» (G.S., n. 48).

Qui proinde excludit connubii ordinationem ad prolem aut perpetuitatem vinculi iugalis, aliud ac matrimonium intendit et solummodo pseudo-matrimonium peragit: «la *intentio simulandi* (...) en cuanto excludora del contenido esencial del matrimonio, *falsifica el signo nupcial*, desintegrando la natural conformidad de la palabra nupcial o signo equivalente con la verdadera voluntad de conyugarse y haciendo que el signo dé a entender al exterior lo que non es realmente la verdad interior» (P.J. VILADRICH, *El consentimiento matrimonial*, Pamplona 1998, p. 213).

Exclusio etiam simulatio nuncupatur, quia habetur difformitas inter voluntatem, quae est interna agentis facultas, et externam manifestationem per verba aut signa aequipollentia peractam (cf. can. 1086, § 1 et can. 1088, § 2 C.I.C. 1917; can. 1101, § 1 et can. 1104, § 2 Codicis nunc vigentis).

Consensus debet esse verus seu internus, nec sufficit externus vel fictus, quamvis non postulatur ut sit explicitus circa omnia quae ad matrimonii substantiam pertinent; satis est vero consensus implicitus, qui nempe in omnia iura atque officia simul vertatur, nullo excepto.

Boni prolis exclusio perpetua esse potest et etiam ad tempus, si ius ad actus per se ad prolis generationem aptos ab obiecto consensus amoveatur.

Cum ius ad actus per se aptos ad prolis generationem (cf. can. 1081, § 2 C.I.C. 1917 et can. 1061, § 1 C.I.C. 1983) sit perpetuum, limitationem temporis nullatenus patitur, nec interruptionem, neque terminos extra quos ius ipsum non obliget, et ad rem summa cum sapientia ac claritate Pius PP. XII docebat: «il diritto derivante dal contratto matrimoniale è un diritto permanente, ininterrotto e non intermittente, di ciascuno dei coniugi di fronte all'altro» (*Allocutio iis quae interfuerunt Conventui Unionis Catholicae Italicae inter Ostetricas habita die 29 octobris 1951*, in A.A.S. 1951, vol. XXXIII, p. 845).

Procrastinatio prolis vero nullatenus cum exclusione ordinationis ad prolem confundi nequit; nam illa tantum exercitium coniugium actuum, etiam nonnumquam illicite, disponit, iure quidem

tradito, cum e contra per exclusionem, etsi tantum ad tempus, nubens ne ullum quidem ius concedere velit, istud subigendo cuidam circumstantiae vel alterius qualitati: «due ipotesi si prestano alla nostra riflessione. Se già nella conclusione del matrimonio almeno uno dei coniugi avesse avuto l'intenzione di restringere ai tempi di sterilità lo stesso *diritto* matrimoniale, e non soltanto il suo *uso*, in modo che negli altri giorni l'altro coniuge non avrebbe neppure il diritto di richiedere l'atto, ciò implicherebbe un difetto essenziale del consenso matrimoniale, che porterebbe con sé la invalidità del matrimonio stesso (...) Se invece quella limitazione dell'atto ai giorni di naturale sterilità si riferisce non al diritto stesso, ma solo all'uso del diritto, la validità del matrimonio resta fuori di discussione» (Pius XII, *ibid.*).

Iurisprudencia N.O. proinde aptam distinctionem constanter peregit inter exclusionem boni prolis, etsi tantum ad tempus, ac simplicem procrastinationem prolis vel exercitium paternitatis responsabilis: «Constabilita existentia veri actus positivi voluntatis, inquirendum est de obiecto istius voluntatis: utrum agatur de voluntate essentialiter incomponibili cum bono prolis, an tantum de aliquo abusu, potius ordinem moralem quam canonicum attingente (...) Ardua ponitur aliquando quaestio de exclusione boni prolis non absolutae, sed ad tempus. Cum homo per rationem agit atque media ad eiusdem iuris exercitium sapienter componi debeant cum sponsorum, adiunctorum, aliorum filiorum necessitatibus, generaliter praesumitur quod si solummodo ad tempus proles renuatur, potius de exercitio paternitatis responsabilis cogitandum est. Si tamen admissio prolis differtur ad tempus omnino indefinitum, agitur potius de substantiali boni prolis exclusione» (coram Erlebach, decisio diei 29 octobris 1998, n. 16, in *RRDec.*, vol. XC, p. 685).

Quoad bonum sacramenti distinctio inter ius et iuris adimplementum dari nequit: ««fides» et «proles» possunt dupliciter considerari. Uno modo, in seipsis. Et sic pertinent ad usum matrimonii, per quem et proles producitur, et pactio coniugalis servatur. Sed indivisibilitas, quam «sacramentum» importat, pertinet ad ipsum matrimonium secundum se: quia ex hoc ipso quod per pac-tionem coniugalem sui potestatem sibi invicem in perpetuum coniuges tradunt, sequitur quod separari non possint. Et inde est quod matrimonium nunquam invenitur sine inseparabilitate: invenitur autem sine fide et prole, quia esse rei non dependet ab usu suo» (S. Th., *Suppl.*, q. 49, a. 3, in corp.).

Exclusio indissolubilitatis absoluta vel hypothetica esse potest; absolute vinculi perpetuitas respuitur, si a nupturiente solutio connubii intendatur, quin ipse quamlibet circumstantiam uti necessariam statuatur; hypotheticæ vero indissolubilitatem excludit qui suo matrimonio valedicere vult, si aliquid ab eodem definitum eveniat.

In casu exclusionis hypotheticæ indissolubilitatis, hypothetica tantum habenda est circumstantia, non autem voluntas simulatoria, quæ quidem absoluta, seu revera posita, esse debet.

Innumerae habentur hypotheses de vinculo frangendo, quæ omnes sumuntur in illa formula «si casus ferat», «si quaedam contingant»; animadvertitur vero cum apto sensu rei quod «formula «si casus ferat non implicat per se «casus» desiderium, sed «casus» cautionem, ideoque, per se, et amorem et spem et conatum servandi matrimonium præsupponere posset» (coram Fiore, decisio diei 18 octobris 1965, n. 6, in *RRDec.*, vol. LVII, p. 679).

Processus animi excludentis hypotheticæ indissolubilitatem, summo cum intuitu psychologico a quodam clarissimo magistro sic describitur: «In effetto dove c'è solo una *intentio* contro il *bonum sacramenti*, e soprattutto dove c'è il patto, è normale che si spera nell'esito felice delle nozze, è possibile che ci sia una vera passione tra gli sposi: solo ci si vuole lasciare una porta aperta per il caso che la vita serbi una delle sue delusioni» (A.C. JEMOLO, *Il matrimonio nel diritto canonico*, ristampa, Bologna 1993, nota 32, p. 291).

Nexus, et nonnumquam quoque strictus, haberi potest inter exclusionem boni sacramenti et boni prolis recusationem: «Cum exclusio prolis concurrat cum exclusione indissolubilitatis, qua nupturiens sibi reservavit arbitrium abrumpendi vinculum, si res male cederent, et interim nullam prolem gignere statuerit, præsumptio stat pro exclusione iuris ad actus coniugales per se aptos ad generationem, seu boni prolis. Nempe, quamvis exclusio prolis sub specie temporalitatis pro consequendo experimento felicis coniugii considerari quodammodo possit, tamen eadem exclusio perpetua evadit ob prævalentem intentionem solvendi vinculum, quia revera excluditur ipsa perpetua obligatio ad actus coniugales per se aptos ad prolis generationem, cum exclusio indissolubilitatis matrimonii excludat ipsum obiectum contractus matrimonialis integre tradendum, quod est ius in corpus perpetuum et exclusivum in ordine ad actus per se aptos ad prolis generationem»

(Reg. Latii seu Romana, coram Ciani, decisio diei 30 octobris 2000, n. 9).

Ad exclusionem perficiendam actus positivus voluntatis requiritur (cf. can. 1086 C.I.C. 1917, can. 1101 C.I.C. 1983); non sufficiunt proinde mera velleitas, sola praevisio «etiam certa diver-tendi» (Aprutina seu Piscarien., coram Palestro, decisio diei 10 iunii 1991, n. 3), voluntas habitualis, scilicet quaedam mens aliena a prole vel a vinculi iugalis perpetuitate, errores quae voluntatem determinare haud valeant (cf. can. 1099 C.I.C. 1983), sed matrimonium oriri nequit solummodo si exclusio per actum positivum voluntatis efficitur.

Tria elementa proinde postulatur, quae unum quidem significant, scilicet subiecti agentis realem ac veram intentionem circa obiectum suipsius actus («Si no hay acción voluntaria de simular, no hay simulación», P.-J. Viladrich, *o. c.*, p. 202): «Il primo riguarda la *voluntas*, poiché solo essa è la causa efficiente, motrice e fonte primaria di ogni simulazione od esclusione (...) Il secondo elemento, cioè l'*actus*, attribuisce alla volontà la forma di *operatio*, di attività volitiva, per cui essa si trasforma nell'atto di volere (...) il quale nel campo psicologico può corrispondere alla «decisione» (...) il terzo elemento, cioè la «positività» (...) fa escludere dal fenomeno simulatorio l'*actus mere negativus*» (A. STANKIEWICZ, *Concretizzazione del fatto simulatorio nel «positivus voluntatis actus»*, in *Periodica* 1998, vol. 87, pp. 280-282).

Probatio exclusionis matrimonii cuiusdam elementi essentialis vel alterutriusque proprietatis essentialis obtinetur duplicem viam sequendo, scilicet directam, quae constat praesumpti simulantis confessione iudiciali atque extraiudiciali, dummodo testibus fide dignis firmata, atque indirectam, circumstantiis efformatam.

Causa simulandi, quae quidem super causam nubendi praevalens esse debet, quasi fulcrum probationis indirectae habetur, cum homo quidem a quodam motivo inductus semper agit vel suam electionem perficit.

Quoad exclusionis probationem Iurisprudencia N.O. concinne ac perclaris verbis sic recolitur: «Exclusio fit non autem per falsas opiniones vel sententias de matrimonii natura, sed per positivum voluntatis actum — qui unus facit consensum — stricte firmissimis probandum argumentis, inter quae cumprimis adsertae exclusionis proportionatum motivum resultet» (una Platien., coram Sciacca, decisio diei 6 decembris 2002, n. 7).

4. DE DEFECTU FORMAE CANONICAE. «Cum matrimonium ex natura rei perficiatur per consensum maritalem inter nupturientes exterius sufficienter manifestatum, independenter a speciali forma manifestationis, ideoque ex iure naturae matrimonium omnino clandestinum sit validum, ex lege positiva possunt in eius celebratione certae solemnitates requiri, quemadmodum accidit in aliis contractibus. Solemnitates in matrimonio contrahendo ex iure Ecclesiae adhibendae recte dicuntur *forma*. Pro duplici respectu, qui matrimonio inest, distinguitur *forma iuridica* quae directe respicit matrimonium ut contractum, et *forma liturgica* quae matrimonium respicit ut rem sacram et sacramentum» (F.X. WERNZ, *Ius canonicum*, ad Codicis normam exactum opera P. Vidal, t. V, ed. 3 a Ph. Aguirre recognita, Romae 1946, n. 523 et n. 524, p. 663).

Forma canonica etiam alia est ac forma sacramentalis «insita nella manifestazione del consenso» (A. Stankiewicz, in *Commento al Codice di Diritto Canonico*, a cura di P.V. PINTO, ed. 2, Città del Vaticano 2001, p. 660).

Forma iuridica a Concilio Tridentino per decretum «Tametsi» prima vice statuta est, ut de matrimonio publice seu coram Ecclesia constare posset ac matrimonia sic dicta clandestina vitarentur: «Qui aliter quam praesente parrocho, vel alio sacerdote de ipsius parrochi seu Ordinario licentia, et duobus vel tribus testibus matrimonium contrahere attentabunt: eos sancta Synodus ad sic contrahendum omnino inhabiles reddit, et huiusmodi contractus irritos et nullos esse decernit, prout eos praesenti decreto irritos facit et annullat» (DENZINGER-SCHÖNMETZER, *Enchiridion...*, o. c., n. 1816, p. 418; cf. N. Schöch, *La solennizzazione giuridica della «forma canonica» nel decreto Tametsi* del Concilio di Trento, in *Antonianum* 1997, vol. LXXI, pp. 637-672; A. Saje, *La forma straordinaria e il ministro della celebrazione del matrimonio secondo il Codice latino e orientale*, Roma 2003, pp. 69-76).

Perdurante labore ad Codicem pianum-benedictinum perficiendum, ob rationem «di porre un argine ai matrimoni clandestini e di determinare meglio la forma matrimoniale sostanziale ed il parroco dei contraenti» (A. SAJE, o. c., p. 120), S. Congregatio Concilii per decretum «Ne temere» diei 2 augusti 1907 edixit: «Ea tantum matrimonia valida sunt, quae contrahuntur coram parrocho vel loci Ordinario vel sacerdote ab alterutro delegato et duobus solis testibus» (DENZINGER-SCHÖNMETZER, *Enchiridion...*, o. c., n. 3469, p. 674), et Codex anno 1917 promulgatus plane recepit il-

lud decretum: «Ea tantum matrimonia valida sunt quae contrahuntur coram paroco, vel loci Ordinario, vel sacerdote ab alterutro delegato et duobus saltem testibus» (can. 1094).

Ex schematibus coetus de matrimonio pro Codice Iuris Canonici recognoscendo patet quod «finis formae canonicae primarius est ut certo constet publice de celebratione, ne scilicet matrimonia clandestina contrahantur» (haec sunt verba Relatoris in conventu diei 9 octobris 1970, in *Communicationes* 1976, vol. VIII, p. 32); novus canon 1108 in paragrapho prima eadem verba canonis veteris repetit, addita tantum possibili diaconi assistentia: «Ea tantum matrimonia valida sunt, quae contrahuntur coram loci Ordinario aut paroco aut sacerdote vel diacono ab alterutro delegato qui assistant, necnon coram duobus testibus».

Forma canonica quidem nititur in natura tum contractuali tum sociali consensus matrimonialis, quippe qui haberi debeat prout actus iuridicus, ad cuius «validitatem (...) requiritur ut a persona habili sit positus, atque in eodem adsint quae actum ipsum essentialiter constituunt, necnon sollemnia et requisita iure ad validitatem actus imposita» (can. 124, § 1 C.I.C 1983).

Praeprimis natura contractualis forma canonicae patet: «Nominine *formae legitimae*, iuridicae, canonicae, veniunt *vae sollemnitates* quae, ex praescripto Ecclesiae, adhibenda sunt, ut matrimonium, quatenus est *contractus*, valide et licite celebretur, adeoque sit iuridice publicum» (G. Payen, *De matrimonio*, vol. III, Zi-kawei 1936, n. 1754, p. 300).

Certo certius non est qui non videat naturam sociale tum hominis tum foederis iugalis, inspectis pondere ac consecrariis connubii in societatem humanam: «la forma giuridica delle nozze rappresenta una conquista di civiltà, poiché conferisce ad esse rilevanza ed insieme efficacia dinanzi alla società, che conseguentemente ne assume la tutela» (Ioannes, Paulus II, *Allocutio ad Romanae Rotae Praelatos Auditores die 21 ianuarii 1999 habita*, n. 4, in A.A.S. 1999, vol. XCI, p. 624); «Officium hoc adsumunt sibi novelli coniuges «coram Deo et Ecclesia» prout eos celebrans commonet, cum consensus in vicem profertur. Huius officii sunt testes quotquot eiusdem ritus sunt participes; ibidem etiam quodam modo Ecclesia ipsa ac societas exhibentur, quae vitales sunt locorum ambitus novae familiae» (Ioannes Paulus II, *Litterae Familiis datae Gratissimam sane diei 2 februarii 1994*, n. 10, in A.A.S., vol. LXXXVI, p. 881); «l'uomo non vive isolato, fa parte

di una società e il matrimonio ha un'importanza sociale, oltre che privata, di estremo rilievo, per cui la sua celebrazione, nell'interesse della comunità e degli stessi sposi e delle loro famiglie, non può non avvenire che in una forma pubblica, secondo le modalità stabilite dalle legge. È questo un principio fondamentale dell'ordinamento canonico e di quello civile negli Stati moderni» (L. CHIAPPETTA, *Il matrimonio nella nuova legislazione canonica e concordataria*, Roma 1990, p. 268).

Attamen praeter huiusmodi fundamentum anthropologicum, Magisterium Ecclesiae hodie etiam exsollit naturam ecclesiologicam formae canonicae; nam ex misterio Ecclesiae quam «Unicus Mediator Christus (...) ut compaginem visibilem constituit et indesideranter sustentat» (*Lumen Gentium*, n. 8), profluit natura ecclesialis formae canonicae: «sacerdos (vel diaconus) qui Matrimonii assistit celebrationi, sponsorum accipit consensum nomine Ecclesiae (...) Praesentia ministri Ecclesiae (et etiam testium) visibiliter exprimit, Matrimonium ecclesiale esse realitatem» (*Catechismus Catholicae Ecclesiae*, n. 1630).

Per foedus iugale christifidelis in novum statum vitae ingreditur, qui in ecclesiali compagine agnoscendus est pro peculiari missione in mundo: «in matrimonio (...) christiano coniuges ad sui status officia (...) roborantur et veluti consecrantur» (can. 1134); «familia christiana in historia Regnum Dei aedificat per easdem illas res cotidianas, quae eius *condicionem vitae* tangunt et definiunt: itaque *in coniugali familiarique amore* — qui secundum insignes suas divitias bonorum et postulatorum universitatis, singularitatis, fidelitatis, fecunditatis impletur — proditur ac perficitur familiae christianae participatio officii sacerdotalis, prophetici, regalis ipsius Iesu Christi eiusque Ecclesiae: amor idcirco ac vita medullam missionis salvificae familiae christianae in Ecclesia et pro Ecclesia efficiunt» (IOANNES PAULUS II, Adhortatio Ap. diei 22 novembris 1981 *Familiaris consortio*, n. 50, in A.A.S., vol. LXXIV, p. 142); «Della volontà dei coniugi, oltre che dinanzi alla comparte, deve constare anche «dinanzi alla comunità» di cui sono membri. Nel momento della prestazione del loro consenso, gli sposi, acquistano, in seno ad essa, uno stato giuridico nuovo, tutelato dalla legge (...) Nel momento della celebrazione del matrimonio, l'uomo e la donna che «si sposano nel Signore», cioè come battezzati, accolti e situati nella comunità ecclesiale non soltanto come persone singole, ma come coppia, «hanno, nel loro stato di vita e nella loro fun-

zione il proprio dono in mezzo al Popolo di Dio» (L.G. 11). Per rendere visibile questa dimensione comunitaria ecclesiale, il can. 1108 § 2 prescrive che, normalmente, alla celebrazione delle nozze «assisti», sia presente in modo attivo e libero, una precisa persona (...) come rappresentante della comunità ecclesiale. Suo tramite, è come se fosse la stessa comunità che interroga gli sposi sulla loro intenzione di legarsi e amarsi per tutta la vita e li ascolta nella loro risposta, raccoglie il loro impegno» (A.M. ABATE, *Il matrimonio nella nuova legislazione canonica*, Roma-Brescia 1985, pp. 137-138).

Sollemnitates a lege positiva Ecclesiae imperatae revera fundamentum obtinent a principio formali consensus: «Il principio formale esige in ogni epoca che la società (la Chiesa) organizzi i modi in cui la celebrazione nuziale possa essere riconosciuta come tale» (J. CARRERAS, *Forma canonica e favor matrimonii in una recente sentenza rotale*, in *Ius Ecclesiae* 1994, vol. VI, p. 207).

5. Cum matrimonium in casu contractum sit sub regimine veteris Codicis Iuris Canonici, normae in isto statutae aspiciendae ac servandae sunt.

Forma celebrationis, in casibus ordinariis, necessaria ad validitatem, et idcirco substantialis, ex duobus constat, scilicet ex praesentia duorum saltem testium, quae satis sit ad testandum manifestum consensum matrimonialem, et ex praesentia parochi loci aut loci Ordinarii aut eorum delegati, quae sit legitima.

Forma substantialis haec ad validitatem servanda est ab illis, qui subiciuntur (cf. can. 1099 C.I.C. 1917); sed etiam ab istis non nisi in casibus ordinariis tenenda manet; a lege enim (cf. can. 1098 C.I.C. 1917) alia forma peculiaris, extraordinaria nuncupata (cf. A. SAJE, *o. c.*, pp. 135-167), ad validitatem sufficiens, conceditur, quae potest matrimonium valide et licite contrahi etiam coram solis testibus.

Ad validitatem adsistentiae sive Ordinarii sive parochi in lege tempore matrimonii in casu vigente quattuor habebantur necessaria (cf. can. 1095, § 1 C.I.C. 1917): 1) ut illi canonicam beneficium possessionem vel canonicum initium coepissent, si in officio sine beneficio erant; 2) ut non fuissent excommunicati, vel interdicti vel suspensi ab officio per sententiam condemnatoriam aut declaratoriam; 3) aut adstitissent matrimonio intra fines sui territorii; 4) ut

adsistentes nec vi nec metu gravi constricti exquirerent et exciperent consensum.

In novo canone 1108, § 2 etiam natura ecclesialis formae canonicae eminet: «Assistens matrimonio intelligitur tantum qui praesens exquirat manifestationem contrahentium eamque nomine Ecclesiae recipit».

In eadem norma ne ulla quidem mentio fit de beneficio, cum huiusmodi institutum haud amplius in Ecclesia exstet.

Nihil dicitur de assistente vi ac metu constricto, sed libertas in suo munere exercendo cuilibet nunc agnoscitur prout necessaria.

Principium competentiae territorialis denuo statuitur (cf. can. 1111, § 1), admissa quidem competentia personali (cf. can. 1110).

6. Ordinarii et parochi, eisque in officio aequiparati, qui uti testes qualificati matrimonio assistunt, competentiam ex officio obtinent; ipsi vero alium sibi substituere possunt.

Rectius de licentia potius quam de delegatione agitur: «Sicut (...) assistentia ab ipso substituente praestita non est vere actus *iurisdictionis*, ita etiam concessio facultatis non est delegatio proprie dicta seu transmissio iurisdictionis, ideoque *licentia* potius quam delegatio (can. 1095, § 2) vocatur. Attamen interdum dicitur etiam *delegatio* (cfr. cc. 1094, 1096, § 1), quia fit reapse ad normam delegationis eique fere ac verae delegationi applicantur principia» (F. M. CAPPELLO, *Tractatus canonico-moralis de sacramentis*, vol. III, ed. 3, Taurinorum Augustae-Romae 1933, n. 672, p. 760).

Facultas validae adsistentiae praestandae non nisi ab eis, qui actu valent assistere, concedi potest. Facultas dari potest tum vicariis cooperantibus, tum aliis in ordine sacerdotali constitutis. Vicariis cooperantibus concedi potest sive a paroco sive ab ordinario, delegatione etiam generali; nunc in novo canone pro delegationis generalis validitate exigitur forma scripta (cf. can. 1111, § 2).

Codex pianus-benedictinus «statuit expresse exceptionem quoad *vicarios cooperatores*, qui pro paroecia, cui addicti sunt, *generaliter* delegari possunt, scil. ad assistendum sive omnibus sive certae categoriae matrimoniis. Ratio huius dispositionis est, ut aptius consulatur curae animarum in paroecia exercendae. Eo ipso quod vicarii cooperatores constituuntur, nequaquam censendi sunt delegati ad assistendum matrimoniis. Nonnulli contrarium deducere voluerunt ex can. 476, § 6; sed immerito. Nam si iste canon tribueret cooperantibus facultatem assistendi matrimonii, super-

flua foret delegatio de qua est sermo in can. 1096, § 1» (F. M. Cappello, *o. c.*, n. 674, pp. 764-765; cf. coram De Jorio, dec. diei 26 novembris 1969, n. 3, in *RRDec.*, vol. LXI, p. 1050; coram Bruno, dec. diei 27 aprilis 1979, n. 5, *ibid.*, vol. LXXI, p. 229).

Quae vero conceditur sacerdoti, qui non sit cooperator in paroecia, non nisi personae aliquo modo, e. g. per designationem nominis aut officii seu ecclesiae, determinate, licet non cognitae, et pro determinato matrimonio conceditur; matrimonium «*determinatur* nomine contrahentium, aut eorum officio aut et loco celebrationis» (M.F. CAPPELLO, *o. c.*, n. 674, p. 764).

Nihil prohibet quominus parochus vel ordinarius personam determinet ita: licentiam petitam concedo tibi primum, Rev. Petre, et, in tui defectu, Rev. Paulo, illoque deficiente, Rev. Marco, et ita porro; persona enim hoc in casu est determinata; ast «*invalida est licenta data sponsis sibi eligendi sacerdotem, quem maluerint*» (P. CERATO, *Matrimonium a Codice I. C. integre desumptum*, ed. IV, Patavii 1929, p. 158).

Delegatio vero expressa postulatur, «*o sea manifestada oralmente, o por escrito, o por algún otro signo equivalente manifestativo de la voluntad positiva del delegante de conceder la delegación; pues la delegación es un acto jurídico, y estos actos non se realizan sin voluntad de realizarlos. Por lo tanto, no basta la voluntad interpretativa ni la delegación interpretativa o presunta. Pero tampoco se requiere que la delegación sea explícita; pues el término «expresa» no se contrapone a «implicita», sino a «tácita», «presunta» o «interpretativa». Basta, por lo tanto, que la delegación sea implícita*» (L. MIGUÉLEZ DOMÍNGUEZ, in *Comentarios al Código de Derecho Canónico*, B. A.C.-Madrid 1963, vol. II, p. 657; cf. etiam coram Wynen, decisio diei 30 iulii 1941, nn. 14-18, in *RRDec.*, vol. XXXIII, dec. LXVIII, pp. 726-730; coram Heard, dec. diei 9 decembris 1953, n. 2, *ibid.*, vol. XLV, p. 755; coram Lefebvre, dec. diei 27 martii 1965, n. 3, *ibid.*, vol. LVII, p. 303).

Tantummodo «*generaliter delegati possunt in singulis casibus subdelegare*» (F. M. Cappello, *o. c.*, n. 674, p. 765).

7. Facultas assistendi matrimonio ex analogia cum iurisdictione suppletur in casu erroris communis et in dubio positivo et probabili, ad mentem can. 209-C.I.C. 1917 et can. 144 Codicis vigentis.

Responsio Pontificiae Commissionis Interpretationis Codicis Iuris Canonici diei 26 martii 1952 («Resp. V. I. An praescriptum can. 209 applicandum sit in casu sacerdotis qui, delegatione carens, matrimonio assistit. R. Affirmative», in AAS, vol. XXXIV, p. 497) agnovit canonem 209 applicandum esse etiam ad matrimonia, quod iurisdictio N. O. iam perficiebat (cf. coram Wynen, dec. diei 1 februarii 1937, n. 5, in *RRDec.*, vol. XXIX, dec. VIII, pp. 59-60; coram Jullien, dec. diei 24 maii 1939, nn. 4-6, *ibid.*, vol. XXXI, p. 310-312).

In actu iurisdictionis ordinariae aut delegatae, etiam numquam concessae, iurisdictionis suppleta a lege Ecclesiae his verbis datur: «In errore communi aut in dubio positivo et probabili sive iuris sive facti, iurisdictionem supplet Ecclesia pro foro tum externo tum interno» (can. 209 C.I.C. 1917), et in paragrapho secunda novi canonis 144 additur explicita mentio ad facultatem assistendi matrimoniis: «Eadem norma applicatur facultatibus de quibus in cann. (...) 1111, § 1»; huiusmodi institutum suppletivae iurisdictionis sic perbelle definitur: «Supplere *iurisdictionem* est conferre in singulis actibus, necessariam ad valide agendum potestatem quam Superior vel iudex qui agit, neque ex officio neque ex delegatione obtinet. Quare neque ante actum neque post illum potestas illa existit et Superior vel iudex recte dicitur carere potestate (sc. *habitualiter*), etsi actum sine potestate non ponat» (A. VERMEERSCH-I. CREUSEN, *Epitome Iuris Canonici*, t. I, Mechliniae-Romae 1963, n. 322, p. 304).

Ut facultas suppleri possit praepriis agi debet de errore, seu de iudicio falso, qui quidem aliud est ab ignorantia, quippe quae sit carentia cognitionis, quamvis ista nonnumquam fons erroris habeatur: «Si autem contrahentes et ii qui adsistunt matrimonio nesciunt sacerdotem matrimonio assistentem egere delegatione, nec habent notitiam alicuius muneris quod in paroecia ille exerceat vel in loco celebrationis (v. gr. cappellanus sanctuarii), ex quo cogitare valerent, sicuti alii in communitate, illum matrimoniis assistere posse, casus esset ignorantiae necessitatis alicuius tituli (officium, licentia) ad assistentiam matrimonialem. Ignorantia non confunditur cum errore. Deesset nempe fundamentum *erroris communis*» (R. BIDAGOR, *De applicatione C. 209 ad assistentiam matrimonii*, in *De matrimonio coniectanea*, Roma 1970, p. 191); «Ut autem Ecclesia suppleat potestatem assistendi matrimonio, requiritur error communis. *Error* imprimis, non ignorantia; ille definitur falsum rei

iudicium, dum haec est carentia cognitionis» (coram Teodori, decisio diei 31 martii 1949, n. 5, in *RRDec.*, vol. XLI, p. 147; cf. etiam coram Mattioli, dec. diei 2 maii 1957, n. 2, *ibid.*, vol. XLIX, p. 379).

Quoad matrimonii celebrationem autem aliquis animadvertit: «Les fidèles aujourd'hui ignorent qu'un prêtre a encore besoin d'une concession de pouvoir pour agir. L'ignorance n'est pas erreur, mais le devient lorsque ils jugent que, étant prêtre, et plus encore, agissant dans telles circonstances, il a le pouvoir! Il me semble que tout prêtre agissant publiquement comme tel, par exemple revêtant l'aube dans une église, se place toujours dans des circonstances induisant en erreur commune» (F.J. URRUTIA, *Les norme générales*, Paris 1994, n. 794, p. 229); attamen non est qui non videat hanc praesumptionem tantum in ordine sociologico manere, quin ad criterium iuridicum pervenire possit.

Cum leges ecclesiasticae intelligendae sint «secundum proprium verborum significationem in textu et contextu considerata» (can. 17 C.I.C. 1983) atque cum ipse Legislator distinctionem ostendat errorem inter et ignorantiam (cf. can. 15 C.I.C. 1983), fundamentum erroris communis solummodo errori tribui potests, et nullatenus ignorantia seu nescientia neque status dubii sufficit ut in errorem inducat, sed requiritur «*judicium positivum errorenum*» (G. MICHIELS, *De potestate ordinaria et delegata*, Parisiis 1964, p. 298).

Pro supplenda iurisdictione, ideoque pro facultate assistendi matrimonio, error sit communis oportet; huiusmodi peculiaritatis pertinet tum ad subiectum errans tum ad facultatis suppletiae finem.

Error fit communis si iudicium falsum quamdam communitatem deflectat: «*Error communis*», idest, non error unius vel alterius aut paucorum, sed error «vulgo» habitus, error omnium vel fere omnium vel saltem multorum in loco seu in communitate in qua ab agente actus iurisdictionis ponitur, ita ut attingat communitatem moraliter loquendo totam» (G. MICHIELS, *o. c.*, p. 298), et ratio istius notae essentialis, ut suppleta iurisdictione habeatur, invenitur in bono communitatis tuendo: «Quia est publica auctoritas quae supplet defectum iurisdictionis (...) certe requiritur error communis: jus enim utilitati communi prospicere intendit» (G. MICHIELS, *o. c.*, p. 299; cl.mus Auctor hanc sententiam refert a: LEGA, *De iudiciis ecclesiasticis civilibus*, I, n. 355); «*Error communis*, non

autem *privatus*, quia Ecclesia supplet ratione boni publici seu communis, quod profecto locum non habet quando unus vel alter sive pauci dumtaxat errant» (F.M. CAPPELLO, *o. c.*, n. 670, p. 758).

Error communis esse potest de facto, qui de facto exstat in multis, erronee putantibus quemdam facultate frui; error communis nuncupatur de jure, si habeatur talis status rerum per se aptus ut multi fallantur.

Pro iurisdictione suppleta error de iure et in actu primo seu virtualiter communis sufficit, cum habeatur quaedam circumstantia, et quidem publica, capax ad inducendos plures christifideles in errorem: «Quae sententia, post Codicis evulgationem a pluribus, quibusdam tamen contradicentibus, amplexa, tute retinenda videtur, attentis gravibus rationibus adductis, attento pariter fine legis et mente Legislatoris, qui in canone 209, silentio sublatis pluribus controversiis olim agitatis hac de materia, ut de tituli colorati necessitate, voluit dare legem quae nullum locum praestare dubiis» (coram Jullien, decisio diei 24 maii 1939, n. 7, in *RRDec.*, vol. XXXI, p. 313); «non omne factum publicum tale est ut natura sua inducat multos in errorem (...) Quapropter, imprimis valde iuvat perpendere utrum annon munus illud, quod absque iurisdictione exercetur, respondeat iuridicae ac publicae, non privatorum, necessitati. Nec ad errorem inducendum sufficit mera adsistentia alicuius sacerdotis alicui matrimonio» (coram Pompedda, decisio diei 17 aprilis 1972, n. 2, *ibid.*, vol. LXIV, p. 175); «Error autem communis etiam iuxta tenorem novae legis scaturiatur oportet e facto publico, quod natura sua aptum sit inducendi communitatem fidelium ad credendum matrimonio assistentem facultate ad hoc necessaria revera potiri (...) Quare ut suppletio sortiatur suum effectum requiritur ut matrimonio assistens, sacerdos vel diaconus, munus aliquod, etiamsi auxiliare, in paroecia vel in aliquo sanctuario exercent, quod saltem in apparentia inducere valet fideles in persuasionem de legitimo possessu ab illo necessariae facultatis» (coram Stankiewicz, decisio diei 15 decembris 1992, n. 17, *ibid.* vol. LXXXIV, p. 672); «Istud (...) publicum factum, quod uti fundamentum assumitur, constare potest, et quasi coalescere et robur accipere, ex connexis circumstantiis, dum et ipsae publicae sint seu pluribus adstantibus notae. Si igitur tale fundamentum desit error communis virtualis, seu in actu primo non habetur quia factum non habet virtutem inducendi in errorem communitatem (...) igitur cuique patet ad mentem sive veteris sive novae normae canonicae

errorem communem non posse spectare factum singulare sed respicere debere fundamentum iurisdictionis, quae supponitur in aliquo, cum de facto desit» (coram Exc.mo Pompedda, decisio diei 14 februarii 1997, n. 10 et n. 11, *ibid.*, vol. pp. 107-108).

Quoad assistentiam matrimonio Ecclesia supplet potestatem ordinariam, v. gr. in casu parochi putativi vel eidem aequiparati.

Potestas delegata suppletur etiam quando agitur de sacerdote (et in novo iure etiam de diacono, cf. can. 1111, § 1) qui habet munus stabile adiuvandi parochum in ministerio, vel de sacerdote qui solet matrimoniis assistere delegatus.

Potestas vero suppleri nequit si sacerdos matrimonium assistens, nulla delegatione recepta, suum munus in illa communitate habitualiter non reddit, sed tantummodo ad unum singulare matrimonium sine delegatione venit; et in casu error nullatenus communis esse potest quia «a) unum matrimonium nullum ex defectu potestatis delegatae non consideratum fuit ut malum publicum; b) tum Rota Romana tum cetera tribunalia constanter declararunt nulla talia matrimonia: quod agere non potuissent nisi certa esset nullitas (...); c) Si Ecclesia suppleret in casu singulari, iam ad nihil redigeretur c. 1094 qui ad matrimonii valorem requirit potestatem ordinariam vel delegatam: nam numquam deesset potestas ab Ecclesia suppleta» (E.F. REGATILLO, *Institutiones Iuris Canonici*, ed. quinta adaucta, vol. I, Santander 1956, pp. 281-282); «in praxi regulariter non verificatur error communis de facto, ac proinde regulariter non suppletur iurisdictionis defectus, quando agitur de agente extraneo communitati ignoto, de quo communitati non constat» (G. MICHIELS, *o. c.*, p. 319).

Cum sacramentum quid publicum in Ecclesia habeatur (cf. Conc. Oecumenicum Vat. II, Const. De sacra Liturgia *Sacrosanctum Concilium*, nn. 7, 9,10), etiam in casu singulari matrimonii initi coram sacerdote, qui in communitate nuptiarum celebrationis suum munus habitualiter non exercet, et nullatenus legitima delegatione ornatus est, celebratio minime prout quid privatum censi potest, ac proinde ratio boni communis etiam hac in circumstantia ferenda est pro potestate supplenda: «Dal momento che si afferma la dimensione ecclesiale (sociale) delle nozze, con un minimo di coerenza si deve accettare che la difesa della sua validità è pure un bene per tutta la Chiesa» (J. CARRERAS, *a. c.*, p. 211); attamen, attempto quod institutum formae canonicae est res potius disciplinariae quam dogmatica (cf. N. SCHÖCH, *a. c.*, pp. 650-652, 670-671), di-

sciplina Ecclesiae ad nihil redderetur, si in quolibet defectu potestatis Ecclesia suppleret; ac tandem recolatur oportet reapse bonum commune servandum respicere communitatem concretam seu particularem, quippe quae haberi debeat paroecia (cf. can. 216, §§ 1-2 C.I.C.-1917; canones 515, § 1 et 518 Codicis nunc vigentis), ac proinde tantum ab ista communitate species ac mensura boni communis oritur.

Quidam censent ad errorem communem inducendum satis esse celebratio in ecclesia: «en circunstancias normales de celebración de un matrimonio — en un oratorio o iglesia, con la presencia de la familia y los amigos, habiendo mediado proclamas y expediente prematrimonial — siempre ha lugar la suplencia, tanto porque se da error común *de iure* — el que el sacerdote salga revestido y dispuesto a asistir al matrimonio es un hecho capaz de inducir a error — como *de facto*, porque la mayoría de los asistentes pensarán que realmente posee facultad de asistencia» [J.M. GONZÁLEZ DEL VALLE, *Derecho matrimonial según el Código de 1983*, 4 ed., Pamplona 1988, p. 141] Todas estas circunstancias forman un ambiente en virtud del cual la gente piensa generalmente que se trata de la celebración válida de un auténtico matrimonio» (A. NITA, *La suplencia de la facultad de asistir al matrimonio en caso de error común, a la luz de la jurisprudencia de la Rota Romana*, in *Ius Canonicum* 1999, vol. XXXIX, pp. 705-706); ast error communis non tantum in locum vertit, sed praeprimis in personam assistentis, ob eiusdem putativum munus vel habitualement rationem gerendi in illo loco; nam forma canonica sistit in principiis territorialitatis necnon exclusivitatis (cf. U. NAVARRETE, *Questioni sulla forma canonica ordinaria nei Codici Latino e Orientale*, in *Periodica* 1996, vol. LXXXV, p. 511), quae quidem attinent ad personas in definito territorio officium exercentes legitime vel tantum putative.

Alii tandem censent in quolibet casu defectus facultatis delegatae pro assistendo matrimonio, ac proinde etiam in factis specie assistentis communitati omnino extraneo, valere suppletionem ob dubium positivum et probabile, cum pro nunc ad rem unanimis doctrina haud habeatur: «La Iglesia suple la carencia de facultad en los casos de duda positiva y probable, como afirma ese mismo canon 144 § 1, y este principio es aplicable al canon 1111 § 1, según el mismo canon 144 § 2. Hay duda positiva y probable acerca de que la Iglesia supla la facultad delegada de asistir a un matrimonio en el caso de un error común de derecho, aun cuando el sa-

cerdote o diácono asistente non tenga ningún título de competencia relacionado con la celebración de ese matrimonio, dado el número y autoridad de los autores que propugnan esta doctrina y los argumentos en que la apoyan. Luego la Iglesia suple la carencia de delegación en todos los casos de error común de derecho sobre la facultad de asistir a un matrimonio» (E. OLIVARES D'ANGELO, *Error común de derecho y asistencia al matrimonio*, in *Estudios Eclesiásticos* 1994, vol. 74, p. 717); attamen huiusmodi sententia nullatenus accipi potest, cum in norma de potestate suppleta agatur non de quaestione in doctrina disputata, sed de dubio inhaerenti ipsi subiecto agenti: «Agitur sane de dubio, quod consistit in statu indeterminationis mentis, vel magis proprie, in statu fluctuationis inter utramque contradictionis partem de habita vel minus assistendi matrimonio facultate aut de suppletionem ex parte Ecclesiae. Attamen ut Ecclesia suppleat, requiritur dubium subiectivum determinati agentis de facultate ordinaria ad eum pertinente, ut puta tempore vacationis paroeciae vel si parochus sit impeditus (cf. can. 541, § 1), aut si sanctuarium pro celebratione matrimonii selectum intra fines eius paroeciae inveniatur (cf. can. 518); vel de concessa ei facultate delegata generali» (coram Stankiewicz, decisio diei 15 decembris 1992, n. 18, in *RRDec.*, vol. LXXXIV, p. 672); «*Dubium juris*, in materia de qua agitur in can. 209, tunc habetur, quando agens dubitat num reapse jurisdictione necessaria polleat, quia ipsi non constat cum certitudine omnimoda num *ad normam juris, vi legum* jurisdictionis concessionem et exercitium ordinantium, potestatem habeat ad ponendum jurisdictionis actum de quo in concreto agitur» (G. MICHELS, *o. c.*, p. 356); certo certius in quadam circumstantia concreta una simul concurrere possunt tum error communis tum dubium: «En caso concreto, pueden concurrir el error común y la duda positiva y probable, y la validez del acto resulta de uno y otro motivo (...) Se trata de dos requisitos distintos y normalmente concurrentes, aunque no siempre, porque puede haber una situación de error común sin que exista la duda positiva y probable en el sujeto que ejerce la potestad. Por tanto, es suficiente el error común con la certeza del sacerdote de la falta de delegación, o también la duda de derecho o de hecho por parte del sacerdote sin que haya error común por parte de los otros destinatarios de la potestad» (F. LÓPEZ ILLANA, *La suplencia de la facultad de asistir al matrimonio*, in *Forma jurídica y matrimonio canónico*, ed. R. Rodríguez Ocaña, Pamplona 1998, p. 145).

Dubium, quod definiri solet uti «status mentis inter duas aut plures sententias haerentis» (A. VERMEERSCH-I. CREUSEN, *o. c.*, n. 322, p. 306), necessarium ac sufficiens pro potestate supplenda est solummodo dubium positivum, seu «si ad affirmandam iurisdictionem ratio adest» (*ibid.*) et probabile, scilicet «si ratio alicuius momenti seu gravis est: ita ut probabilis sive iure, sive facto sit iurisdictionem» (*ibid.*); dubium vero negativum habetur «si ad affirmandam iurisdictionem ratio nulla afferri potest, neque certa ad negandam. Ab ignorantia actuali non differt» (*ibid.*).

Si dubium vertit circa existentiam, vim aut extensionem legis, huiusmodi species vocatur dubium iuris, cum dubium facti pertineat ad «existentiam condicionum quas lex certo requirit ut actus sit validus» (*ibid.*).

Dubium sufficiens ad supplendam facultatem assistendi matrimonii «obvenit vel quando agenti cum certitudine non constat num vi legum habeat facultatem ponendi actum adsistentiae matrimonii celebrationi vel quando eidem cum certitudine non constat num in casu concreto verificetur factum, a quo pendet validum facultatis assistendi exercitium» (coram Exc. mo Pompedda, decisio diei 14 februarii 1997, n. 12, in *RRDec.*, vol. LXXXIX, p. 108).

Defectus formae canonicae probatur tum per documenta authentica tum per depositiones iudiciales: «Ad demonstrandum nuptias contra huiusmodi Codicis praesciptum celebratas fuisse, valde proderunt tum scriptum celebrati matrimonii documentum, quod publicam fidem facit, et praestat probationem probatam (...) tum etiam iurata declaratio parochi, vel sacerdotis adsistentis, qui est testis qualificatus, itaque *solus* probare potest (can. 1791), tum denique aliorum testium depositiones attestantium de circumstantiis celebrati coniugii» (coram Felici, decisio diei 1 februarii 1955, n. 3, *ibid.*, vol. XLVII, p. 112).

IN FACTO. — 8. DE VI ET METU MULIERI CONVENTAE INCUSSO. — Mulier conventa in sessione pro dubii concordatione, in prima instantia peracta, peremptorie negaverat «di essere arrivata al matrimonio perché costretta».

In suo vadimonio ipsa deinde fassa est crebras difficultates perdurante consuetudine sponsalicia affuisse ob viri fastidiosam indolem et saltem unam intermissionem evenisse: «Fummo fidanzati cinque anni. Parecchie volte litigammo e il fidanzamento fu anche interrotto. I motivi sembravano futili, ma il comportamento di lui

me lo rendeva indisponente e notavo che era troppo nervoso. Emilio è nervoso, piuttosto chiuso».

Puella etiam a sua domo sponsum depulit, et anulum sponsalium proiecit: «In un'altra circostanza successiva volli essere più decisa e cacciai Emilio da casa gettandogli dietro la fedina di fidanzamento».

Certo certius quaedam aversio in puella inerat, sed ipsa confessa est se sensu miserationis captam esse, postquam Aemilius in accessum epilepsiae inciderat: «Durante un litigio Emilio ebbe una crisi nervosa molto forte, perse i sensi per circa dieci minuti e faceva anche bava dalla bocca. Eravamo soli e non l'ho mai detto ai miei. Io in precedenza gli avevo detto che non lo volevo più, quando si riebbe implorava di non lasciarlo. In quel momento non insistetti a lasciarlo»; ast vir nullatenus agnoscit se epilepsia laborare.

Actor autem in novissimo vadimonio gravissima refert, quae prorsus alia sunt ac mulieris aversio; nam ipse locutus est de consuetudine praenuptiali amore imbuta atque addit se numquam dubitavisse de puellae felicitate in consuetudine servanda: «Prima del matrimonio non mi è mai venuto il dubbio che Angela non fosse contenta della nostra relazione (...) Angela, almeno di fronte a me, non ha mai detto di non volere il matrimonio (...) ci sono state intimità prematrimoniali fatte certamente con amore».

Actor in libello enarrat se a muliere certiolem factum esse, consuetudine coniugali nuper fracta, de metu in eandem incusso: «Un giorno di giugno (erano trascorsi appena 40 giorni dalle nozze!) (...) Angela fece le valigie e a mia insaputa se ne andò dalla casa coniugale (...) Allibito, quella sera stessa mi recai a casa A. (...) parlai con Angela cercando di convincerla a tornare a casa, ma essa rifiutò recisamente (sic!) ed accusò sua madre di aver lei la colpa dei suoi guai in quanto era stata lei a costringerla a sposarmi contro la sua precisa volontà. Si richiamò espressamente all'episodio della rottura del fidanzamento quando mi aveva licenziato buttandomi addosso l'anello, e dichiarando che era stata proprio sua madre ad obbligarla con le sue pressantissime insistenze a riprendere, dopo una settimana, la relazione con me».

Conventae mater una voce pingitur prout mulier fortis atque imperiosae indolis praedita: «La mia futura suocera aveva un carattere forte, autoritario e da lei dipendevano tutte le decisioni che si prendevano in casa».

Ast ipse actor excludit minas a puellae matre adhibitae esse ut filia matrimonium iniret: «Io non credo che la mia futura suocera, per indurre la figlia a sposarmi, abbia fatto ricorso ad un obbligo o a delle minacce: conoscendo la mia laboriosità, avrà usato parole per convincere Angela a contrarre matrimonio con me».

Quapropter nulla coactio patrata est, et puella tantum morem parentis gessit, cum ipsa, actore fatente, semper oboediens matris placitis ac fortasse ingenua patefieret: «Tutte le volte che la mamma parlava, Angela non aveva alcunché da obiettare e obbediva, non perché avesse paura della mamma, ma perché era una sempliciona e credeva a tutte le cose che la mamma diceva»; sed, attentis ipsis verbis actoris, potius de nimio affectu quam de metu agebatur.

Ac tandem in novissimo vadimonio reddito in nostro iudicii gradu actor tantum asserit quod puellae matris nuptias proposuit, quin ipse verbum quidem feciat de illius iussu vel coactu: «È stata la madre di Angela a proporre il matrimonio, dicendo che, frequentandoci ormai da alcuni anni, era arrivato il momento giusto per sposarsi (...) era sempre la madre di Angela a suggerire il matrimonio; Angela non parlava quasi mai e quando parlava del matrimonio non faceva altro che acconsentire al pensiero della madre. La madre di Angela diceva che era ora di sposarsi».

Vir solummodo suam opinionem de habituali matris coërcitione in filiam, quae autem contendebat se liberam esse: «A mio giudizio Angela era pilotata da sua madre: io facevo notare ad Angela questa mia impressione ma lei negava che fosse vero perché diceva di fare di testa propria».

Testes ab actore inducti solummodo pingere valent indolem imperiosam puellae matris: «La madre di lei è una che comanda» (Antonius C.); «la mamma (...) autoritaria» (Victoria B.); «La mamma è autoritaria. Il papà non conta nulla» (Dominicus C.).

Consobrinus conventae, Rev. A., ex officio excussus, censet matrem puellae in filiam auctoritatem exercuisse ac conventam aversione in matrimonium affectam esse: «La mamma è una donna (...) impicciona e chiacchierona e per lei, data la mentalità di tante mamme (*omissis*), fatto il fidanzamento è fatto anche il matrimonio. Perciò ha certamente influenzato la situazione perché arrivasse a concludersi con le nozze (...) L'avversione a questo matrimonio in lei si acuiava perché il fidanzato le ripeteva sempre: «Da sposata ti domerò io». Certamente non ebbe il coraggio di tirarsi indietro

perché la mamma invece di incoraggiarla in questa direzione era tutta orientata e decisa a preparare le nozze»; testis autem, prout clare patet, deductionem perficit, quae ex indole conventae matris ad eiusdem coactionem procedit, quam conventa, de cuius credibilitate idem testis fidem facit, prorsus negat: «Mamma non ha mai usato pressioni su di me» (P.C.), et a sorore hoc plane firmatur: «Non mi risultano pressioni. Certamente i miei genitori non l'hanno costretta (...) Mamma vedeva sempre una sistemazione ed il bene della figlia in questo matrimonio» (Ornella A.).

Recte proinde iudices primi gradus animadverterunt in casu defecisse probationem coactionis et metus ab externo incussi ac potius quam aversionem tantum haesitationem emersisse.

#### 9. DE EXCLUSIS BONIS SACRAMENTI ET PROLIS A MULIERE CONVENTA.

In sessione ad litem contestandam conventa suam mentem tum quoad bonum sacramenti tum quoad bonum prolis palam ostendit asseverans «di non aver avuto riserve sulla indissolubilità e nella prole».

Et in sua depositione sub iure iurando reddita hoc plane firmat: «È assolutamente falso che io abbia fatto delle riserve contro l'indissolubilità e la prole» (P.C.).

Ipsa quidem suam mentem divortio faventem agnoscit, cum in plebis scito in Italica natione habito ipsa suffragium pro lege servanda dedisset (cf. P.C.).

Actor in manifestam contradictionem incidit; nam in primo vadimonio ipse, modo prorsus assertivo, contenderat sponsam exclusionem hypotheticam indissolubilitatis ostendisse: «lei mi rispondeva che, se non fossimo andati d'accordo il divorzio avrebbe sistemato ogni faccenda» (P.A.), ast in novissimo vadimonio coram Ponente reddito prorsus alia refert, autumans se numquam audivisse mulierem loqui contra bonum sacramenti: «Angela non parlò mai con me in favore del divorzio in generale; al momento non ricordo se Angela abbia ipotizzato il divorzio per il nostro matrimonio» (P.A.).

Actoris propinqui referunt conventam mentem pro divortio patefecisse: «nei frequenti dissapori io la richiamai dicendo che se succedeva così prima del matrimonio cosa sarebbe successo durante il matrimonio: lei rispose: "non mi importa perché tanto c'è il divorzio"» (Antonius C., pater actoris); «Una volta che lei rispose male a Emilio (...) io le feci notare che non stava bene (...)

lei non rispose, però ricordo che in un'altra circostanza precedente aveva detto: "tanto c'è il divorzio"» (Victoria B., mater actoris); «Una volta prima del matrimonio (...) il discorso andò sul matrimonio e sulla riuscita del matrimonio lei disse che se le cose andavano male non se ne preoccupava perché c'era il divorzio» (Dominicus C.); agitur vero de locutionibus prorsus vagis, quibus puella utebatur fortasse ad suam libertatem servandam a viri propinquorum immissionibus, ac per se nullatenus illa verba sufficiunt ad actum voluntatis positivum probandum contra bonum sacramenti, quia ex illis solummodo intentio habitualis vel placita generica patefiunt.

Quamvis dubium de felici exitu connubii mulier sensierat, at tamen ipsa sperabat consuetudinem aequo animo ductam fore, ac proinde nulla causa proxima simulandi sponsae erat: «La convivenza non fu mai pacifica, neppure per un momento. Prima di sposare io lo prevedevo ma mi assicurava il fatto che Emilio mi diceva che mi voleva bene e speravo che le previsioni non si avverassero» (P.C.).

Testis ex officio excussus, Rev. A., refert: «non ha mai accettato di essere accusata di aver esclusa l'indissolubilità e la prole».

Mulier etiam iterum fassa est se prolem a connubio nullatenus exclusivisse; in sessione pro litis contestatione enim patefecit «di non aver avuto riserve (...) nella prole» et in vadimonio iam elata plane ac clare firmavit: «È assolutamente falso che io abbia fatto delle riserve contro (...) la prole» (P.C.).

Conventa tandem autumat exercitium iuris ad actus per se aptos ad prolis generationem semper servatum esse: «Usammo bene del matrimonio anche se non ci fu gravidanza. D'altra parte la convivenza durò solo quaranta giorni» (P.C.).

In suo primo vadimonio actor exclusionem prolis ex parte mulieris patefacere haud valuit, et immo consilium mulieris pro prole generanda agnoscit: «quanto ai figli, mi tacitava, dicendomi che, eventualmente fossero venuti, avremmo dovuto tutti e due dedicarci alle loro cure in ogni cosa» (P.A.); ipse tantum conventae celeritatem ad seipsam abluendum, statim ac actus coniugalis positus erat, inspexerat: «Quando si concedeva, voleva che il rapporto fosse sbrigativo e, avutolo, scappava subito al bagno per farsi dei lavaggi, onde evitare il concepimento. Questo è stato un metodo costante» (P.A.).

In nostro iudicii gradu vir, quamvis de mulieris cura in seipsam lavandi post intimitatem sexualem (cf. P.A.) denuo locutus est, tamen tantum Angelae intentionem sobolem procrastinandi ad lucem tulit: «Prima del matrimonio Angela mi diceva che era sua intenzione aspettare alcuni anni prima di avere un bambino (...) Angela non mi ha mai detto i motivi per cui voleva aspettare prima di avere un bambino né ha dichiarato condizioni particolari, né ha stabilito dei tempi» (P.A.), et immo quid addit ex quo patet mulierem ante nuptias numquam, etiam illius ratione habita sese gerendi in intimitate, bonum prolis respuisse a futuro coniugio: «ci sono state intimità prematrimoniali fatte certamente con amore (...) Angela non ha mai espresso preoccupazioni di restare incinta» (P.A.).

Testes auxilium pro exclusione boni prolis ex parte mulieris afferre nequaquam valent. Actoris pater enim tantum post nuptias de Angelae intentione a filio certior factus est, sed causam simulandi prorsus ignorat et ultra actoris elata procedit, cum iste tempore sponsalicio numquam recepisset intentionem sponsae contra generationem prolis: «Mio figlio mi disse dopo il matrimonio e prima di iniziare questa causa che Angela prima del matrimonio gli diceva che non voleva figli. Non so il perché» (Antonius C.); etiam testis Salvator F., matrimonio iam inito, ab actore notitias suscepit quoad mulieris sobolis recusationem: «ho saputo dal marito dopo il matrimonio che la moglie non voleva i figli fin da prima del matrimonio (...) il marito di ritorno dal viaggio di nozze mi disse che la moglie non li voleva e non si concedeva pienamente nei rapporti intimi e stava attenta a non avere figli e ricorreva anche a lavaggi antifecundativi».

Mulieris ratio sese gerendi post actum coniugalem per se tantum haud rectum usum coniugii ostendit, et solummodo una cum aliis indiciis firme probatis ad actum positivum voluntatis contra bonum prolis remittere potest.

Alii testes vel referunt locutiones prorsus vagas aut notitias tantum serotinas quoad sobolem procrastinandam hauserunt; mater actoris enim contendit conventam fastidium contra filios gignendos plerumque ostendisse: «Lei stessa mi diceva abitualmente: "a che servono i figli? danno solo fastidio, uno deve godersi la vita e da sposata non li voglio avere"» (Victoria B.); Angelae aversionem erga pueros animadvertit frater actoris: «ho sempre notato in Angela una avversione per i bambini perché da fidanzata mai ha preso in braccio o giocato con mio figlio piccolo e se il marito prendeva il piccolo

in braccio lei lo prendeva in giro» (Aemilius C.); testis Rodulphus B. ex auditu scivit conventae fuisse intentionem prolis generationem procrastinandi: «Mia moglie mi disse che aveva saputo da Angela che, almeno per i primi tempi, lei non voleva figli».

Testes proinde, quippe qui ultra viri asseverationes de bono prolis excluso nonnumquam procedant, solummodo voluntatem interpretativam assecuti sunt, et ipsi una cum actore facta plura, certa, univoca adducere haud valent, ex quibus mulieris voluntas simulandi probari possit.

Iure meritoque proinde iudices primi gradus decreverunt: «L'atto di volontà attribuito alla convenuta di esclusione dell'indissolubilità e della prole dal matrimonio, negli atti istruttori non trova elementi (...) probanti (...) Gli stretti familiari (padre, madre, fratello) risultano coalizzati nell'attribuire alla Convenuta il proposito di voler ricorrere al divorzio, qualora fosse fallito il matrimonio, e di non volere figli. Tutti gli altri (...) o lo negano o non sanno nulla (...) L'Attore smentisce platealmente se stesso (...) Il padre dell'Attore (...) la madre (...) e il fratello (...) presumono di saperne più della direttamente interessata, e le attribuiscono quello che essa nega categoricamente. Ragion per cui (...) non resta che ritenere l'esclusione sia dell'indissolubilità che della prole una pretestuosa invenzione concordata dalla parte attrice, una traballante incastellatura che abbiamo visto crollare rovinosamente al solo confronto con la coerente posizione della parte convenuta».

10. DE DEFECTU FORMAE CANONICAE. Matrimonium celebratum est in basilica (*omissis*) dicata, intra fines paroeciae (*omissis*) in dioecesi Marsorum, coram Rev.do A., mulieris consobrina, qui una cum invitatis in ecclesiam pervenit ubi alter sacerdos ex congregatione (*omissis*) debebat, munitus quidem facultate assistendi matrimonio Aemilii et Angelae, quam receperat a parrocho, tunc absente.

Statim ac in ecclesiam Rev.dus A. ingressus est, alter sacerdos, ad nuptias delegatus, confestim exivit ecclesiamque reliquit, quia ab onere celebrandi matrimonium prorsus sublatum se habuit, putans se concedere rem omnino acceptam tum Rev.do A. tum sponsis, muneri suo abrenuntiando.

Ex actis productis patet quod matrimonio astiterat Rev.dus A., delegatus a Parrocho paroeciae (*omissis*); exemplar actus originalis matrimonii enim refert: «Oggi ventisette aprile dell'anno mil-lenovecentottanta alle ore 12.30 dinanzi a me Sac. Don A. delegato

per questo atto dal Parroco di (*omissis*) nella detta Chiesa Parrocchiale, et Rev.dus A. se subsignavit prout delegatum.

In statu documentorum, quae coram Curia Marsorum producta erant pro licentia Ordinarii obtinenda, adest adnotatio delegationis a Rev.do L. datae Rev.do A. eadem die celebrationis matrimonii; at tamen nescitur an huiusmodi delegatio praebita fuisset ante vel post nuptias, cum die 19 aprilis 1980, scilicet tempore in quo status documentorum coram Curia Marsorum productus erat, Rev.dus L. nesciebat quinam futurus esset presbyter matrimonio assistens.

Testes autem, in primo gradu excussi, sponte sua de inopinato intercurso Rev.di A. notitiam praebuerunt, cum iam ad nuptiis assistendum paratus erat quidam presbyter congregationis (*omissis*).

Candide pater actoris refert quod, consuetudine iugali iam fracta, ipse Rev. A. de celebratione matrimonii loquens circumstantiam valde gravem recolat: «venne da me, di nascosto della zia, (che è la mamma di Angela) perché voleva sapere la verità di un fatto e cioè che quando venne a (*omissis*), invitato dagli zii per benedire le nozze, trovò in Chiesa un sacerdote della Congregazione di (*omissis*) che si stava preparando per lo stesso rito e che gli disse di essere stato invitato dalla sposa un mese prima e, vista la presenza di don A., lui ne fu contento e se ne andò perché aveva da fare» (Antonius C.); eandem circumstantiam refert mater actoris, quamvis ipsa, dissimiliter a suo viro, asseverat tum presbyterum congregationis (*omissis*) tum Rev.dum A. a sponsa vocatos esse: «nel mese di agosto del 1980 venne da me don A. cugino di Angela per dirci che voleva interessarsi per mettere pace (...) Seppi allora che don A. invitato da Angela a benedire le nozze, (questo a me lo diceva sempre) arrivato in Chiesa trovò pronto anche un sacerdote della Congregazione di (*omissis*), pure invitato dalla cugina a benedire le nozze (...) Il religioso se ne andò contento perché quel giorno doveva andare a pranzo dal Vescovo» (Victoria B.).

Actor, qui certo certius in re canonica atque in ritibus ecclesiasticis peritus haud est, ac proinde quoad factum celebrationis sui matrimonii prorsus fide gaudere videtur, in nostro iudicii gradu enarrat quod presbyter sodalis Congregationis (*omissis*), ex Parochi Rev.di L. mandato, nuptiis assistere debebat: «Aveva ricevuto l'incarico di celebrare il nostro matrimonio un sacerdote dell'Istituto di (*omissis*); era parroco allora di Alba Don L., ormai deceduto. Don L. aveva celebrato un altro matrimonio prima del nostro e doveva andare in un'altra parrocchia di cui era anche parroco. Non

so dire se lui abbia potuto vedere Don A. prima che celebrasse il nostro matrimonio» (P.A.).

Rev.dus A., testis quidem in iudicio uti qualificatus habendus, quoad adiuncta ritus nuptialis lucem affert; ipse enim iam in primo vadimonio recolit paratum ad matrimonio assistendum fuisse presbyterum ex Congregatione (*omissis*): «Fui io a benedire le nozze. Intervenni perché da tempo mi avevano detto che volevano che io le benedicessi. Però quando arrivai trovai un sacerdote dell'Istituto di (*omissis*) che si apprestava a presiedere la celebrazione. Solo quando seppe che ero cugino della sposa mi cedette il posto ed io, senza fare alcuna questione con i miei zii, accettai la gentilezza che quel sacerdote mi fece» (Rev. A.), et in nostro iudicii gradu testis candide confessus est se ne ullam quidem delegationem recepisse: «Il parroco non era presente, il sacerdote della Congregazione di (*omissis*) se ne è andato prima della messa ed io non mi sono posto il problema della delega, imbarazzato per la situazione creatasi» (Rev. A.).

Certo certius Parochus solummodo presbytero ex Congregatione (*omissis*) delegationem concessit; nam irrationale haberi debet incommodum presbytero ad alia officia incumbenti ferre, si presbyter a sponsa vocatus nuptiis expedite astabat.

Delegatione generali presbyter ex Congregatione (*omissis*) minime gavisus esse videtur, cum vicarius cooperatore paroeciae sub iurisdictione Rev.di L. nullatenus videretur; nam ex notitiis cum sedulitate ab Exc.mo Episcopo Marsorum die 14 octobris 2001 latis, haud constat quemdam sodalem illius Congregationis in illo tempore officium vicarii paroecialis in qualibet paroecia Dioceseos Marsorum recepisse.

Ex lege canonica sub cuius imperio matrimonium in casu celebratum est, solummodo vicariis cooperatore delegatio generalis pro assistendis matrimoniis concedi poterat (cf. can. 1096, § 1 C.I.C. piani-benedictini), et quidem potestas iurisdictionis delegata subdelegari poterat tantummodo ex concessione expresse facta (cf. can. 199, § 4 C.I.C. piani-benedictini); probatio vero quod nulla delegatio generalis presbytero ex Congregatione (*omissis*) data erat eminet ex annotatione scripta a Rev. L., attestante eundem Rev.um L. «Delegava a celebrare il presente matrimonio il Sac. Don A.», sed hoc, nuptiis iam celebratis evenit, cum ipse Rev. A. fassus est se ne ullam quidem delegationem postulavisse nec recepisse, saltem telephonio utendo.

In casu error communis nullatenus haberi potuisset, cum ipsius fundamentum aberat; nam Rev. A., alii Dioecesi ascriptus, scilicet Dioecesi Triventinae, ne ullum munus in paroecia (*omissis*) gerebat; simplex titulus sponsae propinqui quamlibet efficaciam praebere nequit pro errore communi efformando.

Tandem patet ex confessione iudiciali Rev.di A. ne ullum quidem dubium vel iuris vel facti quoad facultatem assistendi matrimonio Aemilii ac testis qualificati consobrinae illum perturbavisse, ita ut hoc sufficeret ad potestatem suppletam eidem afferendam.

Rev.dus A. proinde matrimonio adstitit nulla praeditus facultate, scripta aut verbali, ne tacita quidem, quia parochus, absens, alium sacerdotem delegaverat, nullatenus facultate generali fruente, et ille parochus praesentiam Rev.di A. prorsus ignorabat, nec adiuncta necessaria pro potestate suppleta affuerunt.

11. Quibus omnibus tum in iure tum in facto perpensis, Nos infrascripti Patres Auditores de Turno, pro Tribunali sedentes et solum Deum prae oculis habentes, Christi nomine invocato, declaramus, decernimus et definitive sententiamus, ad proposita dubia respondententes: **NEGATIVE AD PRIMUM, NEGATIVE AD SECUNDUM, AFFIRMATIVE AD TERTIUM, IDEO CONSTARE DE NULLITATE MATRIMONII, IN CASU, DUMTAXAT OB DEFECTUM FORMAE CANONICAE, TAMQUAM IN PRIMO IUDICII GRADU.**

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

Romae, in sede Romanae Rotae Tribunalis, die 12 iunii 2003.

*Jordanus Caberletti, Ponens*  
*Gregorius Erlebach*  
*Iosephus Sciacca*

---

### **L'interpretazione delle norme sulla supplenza di facoltà per assistere al matrimonio**

La sentenza *coram* Caberletti si occupa magistralmente di diversi capi di nullità; i capi presi in esame sono stati il timore e l'esclusione dell'indissolubilità e della prole da parte della donna con-

venuta, ed il difetto di forma. Data la vastità e la complessità dottrinale e giurisprudenziale dei capi trattati ci limiteremo a commentare e a fare qualche breve considerazione solo sul capo di nullità concernente il difetto di forma, in quanto la parte *in iure* fa riferimento ad interessanti posizioni dottrinali recenti sulle quali è opportuno riflettere.

Non può ritenersi, com'è noto, che la forma di celebrazione necessaria *ad validitatem* sia richiesta solo per dare pubblicità e certezza giuridica dell'avvenuta celebrazione nuziale<sup>(1)</sup>: «la sua esigibilità può quindi considerarsi il punto di incontro di tre principi basilari del sistema matrimoniale, quali la centralità del consenso<sup>(2)</sup> il *favor matrimonii* ed il retto esercizio dello *ius connubii*»<sup>(3)</sup>.

L'illustre Ponente, nella sentenza in esame, dopo aver ripercorso l'iter storico del predetto istituto<sup>(4)</sup>, coglie in profondità come l'applicabilità della forma canonica trovi fondamento nella natura antropologico-sociale e liturgico-sacramentale delle nozze; infatti, richiamando *in primis* l'Allocuzione pontificia di Giovanni Paolo II alla Rota Romana del 21 gennaio 1999, — «la forma giuridica delle nozze rappresenta una conquista di civiltà poiché conferisce ad esse rilevanza ed insieme efficacia dinanzi alla società che conseguentemente ne assume la tutela»<sup>(5)</sup> —, il ponente completa la sua analisi teologica esaminando i Documenti conciliari ed

(1) Si veda R. NAVARRO VALLS, *La expresión legal del consentimiento matrimonial*, in *Estudios de Derecho Matrimonial*, Madrid 1977, p. 272 ss.

(2) «Sufficiat solus secundum leges consensus eorum, de quorum quarumque consensu et coniunctionibus agitur: qui solus si defuerit, cetera etiam eum cum ipso coitu celebrata frustantur» (NICOLAS I, Decreto *De matrimonio*, in *Mansi*, vol. XV, col. 446); «ex rei natura solus consensus sufficeret ad matrimonialem contractum incundum» in una sent. c. PINNA del 28 giugno 1957, in *SRRD*, vol. XLIX, p. 537, n. 3.

(3) M.A. ORTIZ, *La forma canonica quale garanzia della verità del matrimonio*, in *Ius Ecclesiae*, 15 (2003), p. 373.

(4) A tal proposito si vedano: Concil. Trident., *De reformatione matrimonii*, *Mansi*, vol. XXXIII, col. 152-153; N. SCHÖCH, *La solennizzazione giuridica della «forma canonica» nel decreto «Tametsi» del Concilio di Trento*, in *Antonianum* 71 (1997), pp. 637-672; J. BERNHARD, *Le décret Tametsi*, in *Revue de droit canonique* 30 (1980) p. 233.

(5) IOANNES PAULUS II, *Allocutio ad Romanae Rotae Praelatos Auditores d. 21 ianuarii 1999 habita*, n. 4, in *AAS*, 91 (1999), p. 624. È interessante la precisazione contenuta nella stessa Allocuzione pontificia dove si afferma: «sorge qui talora l'equivoco secondo il quale il matrimonio è identificato o comunque confuso con il rito formale ed esterno che lo accompagna».

il Magistero pontificio: «Oltre al fondamento antropologico, il Magistero della Chiesa anche oggi mette in evidenza la natura ecclesiale della forma canonica; infatti dal Mistero della Chiesa, che Cristo Unico Mediatore costituisce quale compagine visibile, (...) profuisce la natura ecclesiale della forma canonica»; è per questo motivo che «il sacerdote (o diacono), che assiste alla celebrazione del matrimonio, accoglie il consenso degli sposi a nome della Chiesa (...) la presenza del ministro della Chiesa (e anche dei testi) esprime visibilmente che il matrimonio è una realtà ecclesiale» (*Catechismo della Chiesa Cattolica* n. 1630) <sup>(6)</sup>. Nel momento della prestazione del consenso, attraverso il patto coniugale, i nubendi entrano in un nuovo stato di vita, anche giuridico, tutelato dalla legge, che viene riconosciuto dalla comunità ecclesiale, di cui sono membri per la loro peculiare missione nel mondo: inoltre «i coniugi vengono rafforzati per gli uffici del proprio stato e consacrati» (can. 1134) <sup>(7)</sup>.

---

<sup>(6)</sup> Sent. c. CABERLETTI del 12 giugno 2003, *Aprutini seu Marsorum*, n. 4, sent. 61/03, prot. n. 14.496: «Attamen praeter huiusmodi fundamentum anthropologicum, Magisterium Ecclesiae hodie etiam exsollit naturam ecclesiologicam formae canonicae; nam ex misterio Ecclesiae quam «Unicus Mediator Christus... ut compaginem visibilem constituit et indesinenter sustentat» (*Lumen Gentium*, n. 8), profluit natura ecclesialis formae canonicae: «sacerdos (vel diaconus) qui Matrimonii assistit celebrationi, sponzorum accipit consensum nomine Ecclesiae... Praesentia ministri Ecclesiae (et etiam testium) visibiliter exprimit, Matrimonium ecclesiale esse realitatem» (*Catechismus Catholicae Ecclesiae*, n. 1630)»; Il Catechismo della Chiesa Cattolica al n. 1631 ribadisce inoltre: «poiché il matrimonio è uno stato di vita nella Chiesa, è necessario che vi sia certezza sul matrimonio (da qui l'obbligo di avere dei testimoni); — il carattere pubblico del consenso protegge il «Sì» una volta dato e aiuta a rimanervi fedele»; cfr. inoltre IOANNES PAULUS II, *Exhort. Apost. Familiaris Consortio*, 22 novembre 1981, in *AAS* 74/1 (1982) n. 56; inoltre IOANNES PAULUS II, *Litterae Familiis datae Gratissimam sane*, diei 2 febbraio 1994, n. 10, in *AAS* 86 (1994), p. 881.

<sup>(7)</sup> Sent. c. CABERLETTI del 12 giugno 2003, cit., n. 4: «Per foedus iugale christifidelis in novum statum vitae ingreditur, qui in ecclesiali compagine agnoscendus est pro peculiari missione in mundo: «in matrimonio (...) christiano coniuges ad sui status officia... roborantur et veluti consecrantur» (can. 1134)»; si veda anche la sentenza c. STANKIEWICZ del 15 dicembre 1992 dove si afferma: «Quapropter forma canonica ad consensus matrimonialis efficaciam iuridicam per legem ecclesiale statutata est non tantum propter functionem pragmaticam et positivam ordinis publici et socialis in Ecclesia, quam potius ad dignoscendam eius indolem ecclesiale et sacramentalem, cum consensus nuptialis nucleum centrale et essenziale signi sacramentalis constituat» in *RRD*, vol. LXXXIV, p. 666, n. 5.

«Le solennità quindi richieste dalla legge positiva della Chiesa hanno il loro fondamento nel principio formale del consenso»<sup>(8)</sup>, il quale esige che in ogni epoca «la società (la Chiesa) organizzi i modi in cui la celebrazione nuziale possa essere riconosciuta come tale» (cfr. n. 4)<sup>(9)</sup>.

Non sembra dunque possibile che detta forma canonica divenga un ostacolo alla fondazione del matrimonio<sup>(10)</sup>, con conseguente necessità di equilibrio tra l'esigenza di perseguire il *favor matrimonii* e l'esigenza di certezza giuridica.

La revisione della normativa codiciale sulla forma canonica — tenute presenti le sollecitazioni, contenute nelle *animadversiones* che i Vescovi avevano inviato durante i lavori preparatori del Concilio, a sopprimere la forza irritante della forma canonica<sup>(11)</sup> — è stata guidata dal proposito di evitare il più possibile le nullità matrimoniali per difetto di forma<sup>(12)</sup>. A tal proposito il Legislatore ha reso l'istituto più flessibile: basti far riferimento ai can. 1117; 1111; 1112; 1116; 1127, § 2 CIC del 1983.

---

(8) Sent. c. CABERLETTI del 12 giugno 2003, cit., n. 4: «Sollemnitates a lege positiva Ecclesiae imperatae revera fundamentum obtinent a principio formali consensus: «Il principio formale esige in ogni epoca che la società (la Chiesa) organizzi i modi in cui la celebrazione nuziale possa essere riconosciuta come tale» (J. CARRERAS, *Forma canonica e favor matrimonii in una recente sentenza rotale*, in *Ius Ecclesiae* 1994, vol. VI, p. 207)»; si veda M.A. ORTIZ, il quale distingue la forma canonica dal principio formale, esso: «es inherente a la dimension de justiticia y social del amor conyugal, que, por un lado, es realidad también jurídica, y, por otro lado, no se agota en los conyuges sino que se abre a otras comunidades personales más amplias: la familia, la sociedad, la Iglesia» in *Sacramento y forma del matrimonio. El matrimonio canónico celebrado en forma no ordinaria*, Pamplona 1995, pp. 179-186; *Ibidem* in *La forma canonica quale garanzia della verità del matrimonio*, op. cit., p. 375.

(9) Cfr. J. CARRERAS, *Las bodas. Sexo, fiesta y derecho*, Madrid 1998, p. 83.

(10) M.A. ORTIZ in *La forma canonica quale garanzia della verità del matrimonio*, op. cit., p. 379: «I sistemi matrimoniali o la legislazione positiva non sono altro che sistemi di formalizzazione della struttura giuridica del matrimonio e della sua celebrazione (...) questi sistemi (...) regolano e ordinano lo *ius connubi* (...) anche con dei requisiti *ad validitatem* (...) formalizzano, ma non creano né il matrimonio né la sua giuridicità».

(11) A questo proposito confronta l'ampia nota n. 48 di ricerca di M.A. ORTIZ, *La forma canonica quale garanzia della validità del matrimonio*, op. cit., p. 389.

(12) «Matrimonia invalida non sunt multiplicanda» (Cfr. PONTIFICIA COMMISSIO IURIS CANONICI RECOGNOSCENDO, *Relatio complectens syntheses animadversionum ab Em. mis Patribus Commissionis ad novissimum Schema Codicis Iuris Canonici exhibiturum, cum responsionibus a Secretaria et Consultoribus datis*, Typ. Pol. Vat. 1981, pp. 252-261).

Deve quindi ritenersi che sia l'istituto della delega che quello della supplenza di facoltà, ai cui aspetti peculiari è fatto ampio cenno nella sentenza *de qua*, debbano rispondere a detto proposito, e mirare quindi a difendere il matrimonio dal rigore tecnico giuridico mediante un'equilibrata gestione di detti principi.

La sentenza in esame mette in evidenza alcuni dei contrasti che sussistono tra giurisprudenza rotale e parte della dottrina più recente circa l'interpretazione delle norme sulla supplenza di facoltà, che è « uno degli istituti più direttamente connessi con il *favor matrimonii*, tramite la *fictionis iuris* di ritenere che nelle fattispecie previste dal Legislatore (errore comune di fatto o di diritto e il dubbio positivo e probabile del canone 144) la stessa Chiesa supplisce il difetto di facoltà di assistere al matrimonio prevista nel can. 1108 »<sup>(13)</sup>.

Il principio del *favor matrimonii* esige dunque che questi canoni vengano interpretati estendendo al massimo la supplenza di giurisdizione, rispettando il senso della norma contenuta nel can. 1108.

Si precisa inoltre nella sentenza che, essendo il matrimonio *in casu* celebrato sotto il regime del vecchio Codice di diritto canonico, devono essere osservate le norme in esso stabilite. Si afferma che « la forma della celebrazione, nei casi ordinari, è necessaria per la validità ed è perciò sostanziale, e sono tenuti all'osservanza di essa i soggetti di cui al can. 1099 C.I.C. 1917 »<sup>(14)</sup>.

Con detta decisione — ricordati i principi che regolano la forma della celebrazione ed evidenziate la precipua natura ecclesiale — si precisa che l'Ordinario del luogo ed il Parroco, che assistono al matrimonio quale « *testis qualificatus* », ottengono la competenza in forza dell'ufficio e possono concedere la delega ad altri sacerdoti entro i confini del proprio territorio per l'assistenza al matrimonio.

Nella normativa vigente al tempo della celebrazione del matrimonio, per quanto concerne la fattispecie presa in esame, la delega poteva essere data sia ai vicari cooperatori<sup>(15)</sup> sia ad altri costituiti

---

<sup>(13)</sup> Cfr. M.A. ORTIZ, *La forma canonica quale garanzia della verità del matrimonio*, op. cit., pp. 397-398.

<sup>(14)</sup> Sent. c. CABERLETTI del 12 giugno 2003, cit., n. 5: « Forma substantialis haec ad validitatem servanda est ab illis, qui subiciuntur (cf. can. 1099 C.I.C. 1917) ».

<sup>(15)</sup> Per quanto concerne la supplenza di facoltà riguardo ai vicari cooperatori si possono confrontare le sentenze: c. JULIEN del 24 maggio 1939, in *SRRD* vol. XXXI,

nell'ordine sacerdotale; il sopracitato Codice «stabilì espressamente l'eccezione riguardo ai vicari cooperatori che svolgevano la loro funzione in parrocchia; essi potevano ricevere una delega generale sia per assistere a tutti i matrimoni che solo a quelli di una determinata categoria»<sup>(16)</sup> (cfr. can. 1096 CIC 1917). Viene ricordato altresì il principio secondo il quale la delega speciale, che viene concessa ad un sacerdote determinato, che non è cooperatore in parrocchia, deve essere concessa per un matrimonio determinato<sup>(17)</sup> (cfr. n. 6).

Riguardo alla natura dell'atto di assistenza al matrimonio<sup>(18)</sup>, la sentenza ripercorre le posizioni della giurisprudenza e della dottrina classica, e conclude che tale atto, pur non essendo un atto di giurisdizione in senso stretto, tuttavia partecipa della natura giurisdizionale «sicut (...) assistentia ab ipso substituente praestita non est vere actus iurisdictionis, ita etiam concessio facultatis non est delegatio proprie dicta seu transmissio iurisdictionis, ideoque licentia potius quam delegatio (can. 1095, § 2) vocatur. Attamen interdum dicitur etiam delegatio, quia fit reapse ad normam delegationis eique fere ac verae delegationi applicantur principia (cfr. cann. 1094; 1096 § 1)»<sup>(19)</sup>. La facoltà di assistere al matrimonio (per

---

p. 313, nn. 8-9; c. POMPEDDA del 17 aprile 1972, in *SRRD*, vol. LXIV, p. 175, n. 2; c. STANKIEWICZ del 15 dicembre 1992 in *RRD* vol. LXXXIV, p. 671, n. 16; c. DE FILIPPI del 9 novembre 2000, in *Monitor Ecclesiasticus* (2004), p. 323, n. 5.

<sup>(16)</sup> Sent. c. CABERLETTI del 12 giugno 2003, cit., n. 6: «statuit expresse exceptionem quoad vicarios cooperatores, qui pro paroecia, cui addicti sunt, generaliter delegari possunt, scil. ad assistendum sive omnibus sive certae categoriae matrimoniis».

<sup>(17)</sup> Cfr. CPI, 13 dicembre 1923, *Circa assistentiam matrimonii* (can. 1096 §1) in *AAS* 16 (1924), p. 115; ed il can. 1111, § 2 CIC 1983; cfr. sent. c. GRAZIOLI del 21 luglio 1938 in *SRRD*, vol. XXX, p. 454, n. 3.

<sup>(18)</sup> Si veda a questo proposito l'ampio studio di V. DE PAOLIS, *Delega e suppletiva di potestà per assistere al matrimonio*, in *Diritto matrimoniale canonico*, vol. III, LEV 2005, p. 59-62.

<sup>(19)</sup> Sent. c. CABERLETTI del 12 giugno 2003, cit., n. 6; si vedano anche le sentenze c. GRAZIOLI del 17 settembre 1942: «Assistentiam matrimonii non esse actum iurisdictionis quidquid dicant auctores, qui saltem iurisdictionis sensu latissimo et prorsus improprio eam accendere autumant», in *SRRD*, vol. XXXIV, p. 832; c. MANY, del 9 luglio 1918, in *SRRD*, vol. X, p. 79, n. 2; c. CANESTRI del 10 maggio 1952, in *SRRD*, vol. XLIV, p. 288, n. 2; c. MASALA del 25 marzo 1974, in *SRRD*, vol. LXVI, p. 210, n. 48; F.M. CAPPELLO, *Tractatus canonico — moralis — de sacramentis*, vol. III, ed. 3<sup>a</sup>, Taurinorum Augustae-Romae 1933, n. 672, p. 760. Sulla potestà ordinaria e delegata cfr. L. BENDER, *Potestas ordinaria et delegata*, Roma-Parigi-New York-Tournai 1957, p. 306.

analogia con la potestà di giurisdizione) è soggetta alle norme che regolano la delega, la subdelega, la cessazione e la supplenza.

La stessa facoltà, per analogia con la potestà di giurisdizione, viene supplita nel caso di errore comune o nel dubbio positivo e probabile<sup>(20)</sup>.

Come viene ricordato nella sentenza, «la risposta del 26 marzo 1952 data dalla Pontificia Commissione per l'interpretazione del Codice riconobbe l'applicabilità del can. 209 C.I.C. 1917 anche alla facoltà di assistere al matrimonio, principio peraltro che già la giurisprudenza rotale applicava»<sup>(21)</sup>. Il nuovo codice, al can. 144, ha recepito appieno detto principio. Il ponente nel ragionamento *in iure* opera la distinzione tra l'errore che si ritiene consista in un «*falsum rei iudicium*», e l'ignoranza che viene definita come «*caerentia cognitionis*»<sup>(22)</sup>. Nella dottrina pregressa si consideravano

<sup>(20)</sup> Sent. c. CABERLETTI del 12 giugno 2002, cit., n. 7: «*Facultas assistendi matrimonio ex analogia cum iurisdictione suppletur in casu erroris communis et in dubio positivo et probabili, ad mentem can. 209-C.I.C. 1917 et can. 144 Codicis vigentis*»; circa la facoltà di assistere al matrimonio si veda J. REED, *Error communis in actu assistendi matrimonio*, in *Periodica*, 48 (1959) p. 552: «*quamvis actus assistendi matrimonio non sit actus iurisdictionis, ut sententia fere unanimis tenet, aliis de iurisdictione sensu lato loquentibus, tamen vix umquam dubitatum est quin huic assistentiae, ut effectus proprius haberentur, applicari posset principium suppletionis ab errore communem*»; cfr. L. LESSIUS, *De iustitia et iure caeterisque virtutibus cardinalibus libri quatuor*, Parisiis 1606, Lib. 2, cap. 29, n. 67.

<sup>(21)</sup> Sent. c. CABERLETTI del 12 giugno 2003, cit., n. 7: «*Responsio Pontificiae Commissionis Interpretationis Codicis Iuris Canonici diei 26 martii 1952 («Resp. V. I. An praescriptum can. 209 applicandum sit in casu sacerdotis qui, delegatione carens, matrimonio assistit. R. Affirmative*», in *AAS*, vol. XXXXIV, p. 497) agnovit canonem 209 applicandum esse etiam ad matrimonia, quod iurisdictionis N. O. iam perficiebat (cf. coram WYNEN, dec. diei 1 februarii 1937, n. 5, in *RRD*, vol. XXIX, dec. VIII, pp. 59-60; coram JULLIEN, dec. diei 24 maii 1939, nn. 4-6, *ibid.*, vol. XXXI, p. 310-312)». Anche il WILCHES, *De errore communi in iure romano et canonico*, Romae 1940, p. 202, già affermava: «*etsi assistentia matrimonialis actus iurisdictionis dici nequeat, tamen applicatio can. 209 testi qualificato tuto admitti potest, sive evolutionem historicam doctrinae de errore communi, sive normas, quae C.I.C. continentur inspiciamus*»; cfr. sent. c. WYNEN del 30 luglio 1941, in *SRRD*, vol. XXXIII, pp. 721-722, n. 6; c. BRUNO, del 24 maggio 1980 in *SRRD*, vol. LXXII, p. 117, n. 4; c. CANALS del 26 novembre 1969 in *SRRD*, vol. LXI, pp. 1062-1063, n. 6.

<sup>(22)</sup> Nella sentenza c. ABBO del 15 aprile 1970 si afferma: «*Error essentialiter consistit in positivo iudicio rei veritati haud respondendi; ideoque sedulo distinguendus est ab ignorantia, quae est defectus iudicii circa rem vel negotium de quo agitur*» (in *SRRD*, vol. LXII, p. 364, n. 3). L'ignoranza dunque, qui viene definita non come una

senza distinzione l'errore comune e l'ignoranza comune; nel Codice piano-benedettino il diritto positivo ecclesiastico ha stabilito diversamente<sup>(23)</sup>. Nella sentenza *de qua*, sulla scia della tradizione giurisprudenziale<sup>(24)</sup> si ammette che l'ignoranza talvolta può essere fonte di errore.

In proposito si può aggiungere che nel Codice del 1983, al canone 126, affrontando il tema dell'errore che può inficiare l'atto giuridico, e riprendendo il disposto del *can.* 104 del Codice del 1917, il Legislatore non distingue tra errore ed ignoranza ai fini della nullità dell'atto, alle condizioni ivi riportate. Anche nel *can.* 15 si parla in egual modo sia dell'errore che dell'ignoranza.

Inoltre, tra le circostanze che escludono l'imputabilità, o rendono la violazione della legge o del precetto non passibile di alcuna pena, né di altro provvedimento punitivo, secondo il *can.* 1323, figurano ignoranza, inavvertenza, errore circa la legge o il precetto.

Comunque, anche nel canone da ultimo richiamato, all'ignoranza incolpevole è equiparato l'errore. Potrebbe quindi sostenersi, anche sulla base del disposto di detti canoni, che sia possibile applicare l'istituto della supplenza oltre che in caso di errore, in caso di ignoranza incolpevole, perché ad esso equiparabile.

Venendo quindi alla questione *princeps* affrontata dal ponente, si rileva come, in giurisprudenza e nella dottrina consolidata, la supplenza di giurisdizione avvenga in primo luogo nell'*error communis*<sup>(25)</sup>, che la sentenza in esame ritiene si verifichi «si iudicium fal-

---

carezza di conoscenza ma come un difetto di giudizio circa il fatto o il negozio di cui si tratta; la posizione gnoseologica in questa distinzione è di tutt'altra portata.

<sup>(23)</sup> Cfr. SUAREZ, *De poenitentia*, disp. 29, sect. VI, n. 7; L. LESSIUS, op. cit., n. 67, *Nec obstat*; sent. c. JULLIEN del 24 maggio 1939, in *SRRD*, vol. XXXI, p. 311, n. 6: «Re quidem vera, olim promiscue usurpabatur ignorantia communis et error communis».

<sup>(24)</sup> Nella pratica l'errore e l'ignoranza sono congiunti, infatti si afferma in una sent. c. PECORARI, del 23 dicembre 1942, in *SRRD*, vol. XXXIV, p. 840, n. 6: «error et ignorantia saepissime promiscue accipi solent»; ed in una sent. c. FIORE del 9 febbraio 1962, in *SRRD*, vol. LIV, p. 34, n. 2: «Attamen, firmo principio quod ex ignorantia saepe error, atque ex error non raro ignorantia sequatur».

<sup>(25)</sup> Possiamo precisare per maggior chiarezza che l'errore dei partecipanti, anche se numerosi, ad una celebrazione nuziale non viene tenuto in considerazione senza l'errore della comunità del luogo; si veda la sent. c. SABATTANI del 4 dicembre 1962, in *SRRD*, vol. LIV, pp. 642-643, n. 7. Infatti «non consideratur existimatio eorum qui mi-

sum quamdam communitatem deflectat ed aggiunge che la «ratio istius notae essentialis, ut supplita iurisdictio habeatur, invenitur in bono communitatis tuendo». Il ponente poi, citando la sentenza *coram* Stankiewicz del 15 dicembre 1992, precisa «error autem communis (etiam iuxta tenorem novae legis) scaturitur oportet e facto publico, quod natura sua aptum sit inducendi communitatem fidelium ad credendum matrimonio assistentem facultate ad hoc necessaria severa potiri» (cfr. n. 7). Nelle argomentazioni *in iure* viene riferita l'opinione dottrinale di Urrutia secondo il quale «(...) l'ignoranza non è l'errore, ma lo diventa nel momento in cui (i fedeli) giudicano che un tale, essendo prete, ed ancora di più, agendo in tali circostanze abbia il potere di agire. Mi sembra che ogni prete che agisca pubblicamente come tale, per esempio vestendo l'abito talare dentro una chiesa, si pone sempre in circostanze che inducono all'errore comune»<sup>(26)</sup> il ponente però obietta che «questa presunzione rimane solamente nell'ordine sociologico senza che ciò possa pervenire ad un criterio giuridico»<sup>(27)</sup>.

Nella sentenza in esame si fa una distinzione tra l'errore comune *de iure* e l'errore comune *de facto*<sup>(28)</sup>: l'errore comune *de iure*, o *in potentia*, o *in actu primo*, si può avere anche se uno solo erri, e può verificarsi anche per un solo caso<sup>(29)</sup>. Per questo tipo di errore è sufficiente che sia presente il fondamento<sup>(30)</sup>, un fatto cioè capace di indurre in errore tutti i fedeli moralmente presi;

---

nistrum adierunt, sed existimatio fidelium in loco». Cfr. G. D'ANNIBALE, *Summa Theologiae Moralis*, Romae 1891, vol. I, p. 45.

<sup>(26)</sup> F.J. URRUTIA, *Les normes générales*, Paris 1994, n. 794, p. 229. La traduzione è nostra.

<sup>(27)</sup> Sent. c. CABERLETTI del 12 giugno 2003, cit., n. 7: «attamen non est qui non videat hanc praesumptionem tantum in ordine sociologico manere, quin ad criterium iuridicum pervenire possit».

<sup>(28)</sup> A questo proposito confronta l'ampia nota di A. NITA n. 117 in *La supplecia de la facultad de asistir al matrimonio en caso de error común, a la luz de la Jurisprudencia de la Rota Romana*, in *Ius Canonicum* 34 (1999), p. 683.

<sup>(29)</sup> Cfr. sent. c. WYNEN del 1 febbraio 1937, in *SRRD*, vol. XXIX, p. 60, n. 6: «errorem in hac materia non vocari communem aut paucorum secundum quod multi aut pauci eum adierint, qui legitima potestate destitutus est, sed posse verificari hypothese erroris communis etiam in casu quo pauci, immo unus dumtaxat eum, ideoque unus dumtaxat practice erraverint».

<sup>(30)</sup> «fundamentum seu factum publicum habeatur» in R. BIGADOR, *De interpretatione can.* 209, in *Monitor Ecclesiasticus*, 77 (1952), p. 412; si vedano le sentenze: c. PASQUAZI del 16 dicembre 1958, in *SRRD*, vol. L, p. 686, n. 5; c. WYNEN del 22 aprile

l'«errore *de facto*» si verifica quando la comunità di fatto erra<sup>(31)</sup>, per l'«errore *de iure*» basta che ci sia la possibilità fondata di tale errore, anche se molti di fatto non errano<sup>(32)</sup>.

La sentenza, confermando la linea giurisprudenziale consolidata sostiene: « Affinché dunque la supplenza di potestà di giurisdizione abbia effetto, si richiede che l'assistente al matrimonio, sacerdote o diacono, eserciti un qualche *munus*, anche se di aiuto, in parrocchia o in qualche santuario, che, almeno in apparenza, possa indurre i fedeli nella persuasione che egli abbia il legittimo possesso delle facoltà necessarie; questo fatto pubblico, assunto come fondamento, può essere chiaro e rafforzato da circostanze connesse, purché anche le stesse siano pubbliche e siano note a molti presenti. Se dunque tale fondamento manca, l'errore comune virtuale<sup>(33)</sup> non si ha poiché il fatto non ha la capacità di indurre in errore la comunità; dunque è chiaro, sia secondo le vecchie che le nuove norme canoniche, che l'errore comune non può riguardare un singolo fatto, ma deve riguardare il fondamento della potestà di giurisdizione che si suppone presente in qualcuno, mentre di fatto essa manca<sup>(34)</sup>. Circa l'assistenza al matrimonio, la Chiesa supplisce la potestà ordinaria, come nel caso del parroco putativo o a lui equiparato. La potestà delegata viene supplita anche quando si tratta di un sacerdote (e nel nuovo codice anche di un diacono, cfr. can. 1111, § 1) che abbia il compito stabile di aiutare il parroco nel ministero<sup>(35)</sup>, o di un sacerdote che è solito assistere il

---

1954 in *SRRD*, vol. XLVI, p. 322-323, n. 6; c. PUCCI del 19 giugno 1968, in *SRRD* vol. LX, p. 479, n. 7.

<sup>(31)</sup> Cfr. sent. c. ABBE del 15 aprile 1970, in *SRRD*, vol. LXII, p. 363, n. 3.

<sup>(32)</sup> «error seu falsum iudicium dici potest comune etiam si plures non sint qui errant. Sufficere enim potest quod pauci sint imo unus tantum vel alius quia considerari debet factum peculiare ex quo oritur falsum iudicium fidelium. Neque requiritur quod de facto plures iam erraverint; sufficit quod plures fideles in errorem incidere possint (...) et cum sit quaestio facti, attendendae sunt circumstantiae, potissimum erroris fundamentum, ratio agendi sacerdotis, paroecianorum opinio» in F.M. CAPPELLO, *De matrimonio*, Roma 1961, n. 671; cfr. sent. c. MATTIOLI del 2 maggio 1957 in *SRRD*, vol. XLIX, p. 379, c. PINNA del 28 giugno 1957 in *SRRD*, vol. XLIX, p. 638.

<sup>(33)</sup> Si veda la sent. c. FIORE del 9 febbraio 1962 in *SRRD*, vol. LIV, p. 34, n. 2.

<sup>(34)</sup> Si veda la sent. c. DI FELICE del 5 marzo 1977 in *SRRD*, vol. LXIX, p. 91, n. 3.

<sup>(35)</sup> Generalmente la giurisprudenza rotale esige un *munus* stabile in un luogo: cfr. sent. c. LEFEBRE del 27 marzo 1965 in *SRRD*, vol. LVII, p. 309, n. 22; c. TEODORI dell'11 giugno 1949 in *SRRD*, vol. XLI, p. 291, n. 9; in una sent. c. EGAN del 16 mag-

delegato ai matrimoni»<sup>(36)</sup>. «Nella prassi normalmente non si verifica l'errore comune di fatto, e quindi non si supplisce al difetto di potestà di giurisdizione, quando si tratta di un agente estraneo alla comunità, ossia di un ministro che non opera abitualmente presso quella comunità»<sup>(37)</sup>. L'errore dunque deve riguardare un sacerdote cui i fedeli sono soliti rivolgersi. Secondo la decisione «poiché il sacramento del matrimonio viene considerato un «*quid*» pubblico nella Chiesa, anche nel caso di un singolo matrimonio, celebrato dinanzi a un sacerdote che non esercita abitualmente il suo compito di assistere alle nozze, e non è provvisto di nessuna delega legittima, questa celebrazione non può essere minimamente considerata un qualcosa di privato. Perciò anche in questa circostanza la *ratio* del bene comune può essere richiesta per supplire la potestà»; il ponente, proseguendo la sua analisi citando il Carreras, sembrerebbe voler rafforzare il concetto precedentemente espresso «dal momento che si afferma la dimensione ecclesiale (sociale) delle nozze, con un minimo di coerenza si deve accettare che la di-

---

gio 1975, in *SRRD*, vol. LXVII, pp. 401-402, n. 14, tuttavia si afferma: «(...) non suppleri per errorem communem nisi sacerdos quidam necessitudine cum paroecia fulciatur».

<sup>(36)</sup> Sent. c. CABERLETTI del 12 giugno 2003, cit., n. 7: «“Quare ut suppletio sortiatur suum effectum requiritur ut matrimonio assistens, sacerdos vel diaconus, munus aliquod, etiamsi auxiliare, in paroecia vel in aliquo sanctuario exercent, quod saltem in apparentia inducere valet fideles in persuasionem de legitimo possessu ab illo necessariae facultatis” (coram STANKIEWICZ, decisio diei 15 decembris 1992, n. 17, ibid. vol. LXXXIV, p. 672); “Istud (...) publicum factum, quod uti fundamentum assumitur, constare potest, et quasi coalescere et robur accipere, ex connexis circumstantiis, dum et ipsae publicae sint seu pluribus adstantibus notae. Si igitur tale fundamentum desit error communis virtualis, seu in actu primo non habetur quia factum non habet virtutem inducendi in errorem communitatem... igitur cuique patet ad mentem sive veteris sive novae normae canonicae errorem communem non posse spectare factum singulare sed respicere debere fundamentum iurisdictionis, quae supponitur in aliquo, cum de facto desit” (coram Exc.mo Pompèdda, decisio diei 14 februarii 1997, n. 10 et n. 11, ibid., vol. pp. 107-108). Quoad assistentiam matrimonio Ecclesia supplet potestatem ordinariam, v. gr. in casu parochi putativi vel eidem aequiparati. Potestas delegata suppletur etiam quando agitur de sacerdote (et in novo iure etiam de diacono, cf. can. 1111, § 1) qui habet munus stabile adiuvandi parochum in ministerio, vel de sacerdote qui solet matrimoniis assistere delegatus».

<sup>(37)</sup> Sent. c. CABERLETTI del 12 giugno 2003, cit., n. 7: «“in praxi regulariter non verificatur error communis de facto, ac proinde regulariter non suppletur iurisdictionis defectus, quando agitur de agente extraneo communitati ignoto, de quo communitati non constat” (G. Michiels, *o. c.*, p. 319)».

fesa della sua validità è pure un bene per tutta la Chiesa»; tuttavia lo stesso ponente — «considerato tuttavia che l'istituto della forma canonica è un fatto più disciplinare che dogmatico» — conclude che «la disciplina della Chiesa ne risulterebbe svuotata se essa supplisse qualsiasi difetto di potestà<sup>(38)</sup>; bisogna ricordare che il bene comune da conservare riguarda una comunità concreta, cioè particolare, quale deve essere considerata la parrocchia (cfr. can. 216, §§ 1-2 CIC 1917; can. 515, § 1; can. 518 CIC 1983), per cui soltanto da questa comunità scaturisce la natura e la misura del bene comune»<sup>(39)</sup> (cfr. n. 7)<sup>(40)</sup>.

È quindi applicata, in detta sentenza, la distinzione tra bene pubblico e bene privato, perché la supplenza di facoltà sarebbe destinata a proteggere il bene pubblico della Chiesa e non il bene particolare del singolo fedele (distinzione tra errore comune ed errore particolare).

Riassumendo, dunque, la giurisprudenza rotale e la dottrina classica sostengono che nel caso di mancata delega speciale, per un

---

<sup>(38)</sup> Cfr. E.F. REGATILLO, *Institutiones Iuris Canonici*, ed. V, vol. I Santander 1956, pp. 281-282; confronta ciò che asserisce il ponente in questa stessa decisione al n. 7.

<sup>(39)</sup> Precisiamo che nel caso in cui la comunità avesse «un fondamento per essere indotta a pensare con ragione che quel sacerdote possa assistere non solo a quel determinato matrimonio ma a tutti i matrimoni che si celebrassero in parrocchia» in questa ipotesi pur essendoci stata la celebrazione di un solo matrimonio (in questo caso un bene privato) si ritroverebbe un interesse comune, pubblico, in F. BERSINI, *Errore comune e assistenza al matrimonio*, in *Monitor Ecclesiasticus* 99, (1974), p. 101.

<sup>(40)</sup> Sent. c. CABERLETTI del 12 giugno 2003, cit., n. 7: «Cum sacramentum quid publicum in Ecclesia habeatur (cf. Conc. Oecumenicum Vat. II, Const. De sacra Liturgia *Sacrosanctum Concilium*, nn. 7, 9,10), etiam in casu singulari matrimonii initi coram sacerdote, qui in communitate nuptiarum celebrationis suum munus habitualiter non exercet, et nullatenus legitima delegatione ornatus est, celebratio minime prout quid privatum censi potest, ac proinde ratio boni communis etiam hac in circumstantia ferenda est pro potestate supplenda: «Dal momento che si afferma la dimensione ecclesiale (sociale) delle nozze, con un minimo di coerenza si deve accettare che la difesa della sua validità è pure un bene per tutta la Chiesa» (J. Carreras, *a. c.*, p. 211); attamen, attento quod institutum formae canonicae est res potius disciplinaris quam dogmatica (cf. N. Schöch, *a. c.*, pp. 650-652, 670-671), disciplina Ecclesiae ad nihil redderetur, si in quolibet defectu potestatis Ecclesia suppleret; ac tandem recolatur oportet reapse bonum commune servandum respicere communitatem concretam seu particularem, quippe quae haberi debeat paroecia (cf. can. 216, §§ 1-2 C.I.C. 1917; canones 515, § 1 et 518 Codicis nunc vigentis), ac proinde tantum ab ista communitate species ac mensura boni communis oritur».

matrimonio determinato, non si possa invocare la supplenza di facoltà, perché non è in questione il bene comune, bensì soltanto il bene particolare degli sposi<sup>(41)</sup>; mancherebbe inoltre il cosiddetto *titulus coloratus*<sup>(42)</sup>, mancanza che induce in errore poiché non risulterebbe coinvolta la comunità nel suo complesso, ma soltanto alcuni fedeli che non rappresentano il bene pubblico tutelato<sup>(43)</sup>. Già comunque nella dottrina classica Wilches sosteneva che la dottrina sull'errore comune doveva essere applicata anche «si agatur de uno solo matrimonio, ad cui assistendum aliquis sacerdos delegatus esse putatur, licet in respectiva parocchia nullum exerceat munus stabile»<sup>(44)</sup>.

Teniamo però presente che i casi di difetto di delega speciale sono i casi più frequenti perché sono quelli celebrati dal sacerdote amico o parente degli sposi. In questi casi — nei quali il sacerdote assistente non abbia chiesto ed accettato la delega speciale<sup>(45)</sup> — la Chiesa non supplisce perché si tratterebbe di un bene privato<sup>(46)</sup>, e di un errore particolare, non comune.

(41) Si precisa in una c. HEARD del 26 aprile 1958, in *SRRD*, vol. L, p. 286, n. 9, che «l'error communis idem sonat ac error communitatis, nec confundendus est cum errore individuali, personali, peculiari»; cfr. anche la sent. c. PINTO dell'11 dicembre 1972, in *SRRD*, vol. LXIV, p. 757, n. 4: «Unica et adeguata ratio ob quam Ecclesia defectum potestatis supplet est exigentia boni communis promovendi vel mali communis vitandi. Non ergo ob bonum mere privatum».

(42) Si veda a proposito del *titulus coloratus* lo studio di V. DE PAOLIS, *Delega e supplenza di potestà per assistere al matrimonio*, in *Diritto matrimoniale canonico*, vol. III, LEV 2005, p. 69, in particolare la nota n. 44; p. 70, n. 4.

(43) Si veda lo studio di V. DE PAOLIS, *Delega e supplenza di potestà per assistere al matrimonio*, in *Diritto matrimoniale canonico*, vol. III, p. 74, in particolare la nota n. 50.

(44) Cfr. sent. c. WYNEN, 22 aprile 1954 in *SRRD*, vol. XLVI, p. 323, n. 7; nella medesima sentenza di seguito si afferma «quam sententia Delcherd, post publicam interpretationem authenticam canonis 209 confirmavit (*Nouvelle Revue Théologique*, 1952, p. 1087 ss.)»; per quanto concerne l'opinione di Wilches cfr. *De errore communi*, Romae 1940, p. 208.

(45) La questione della supplenza della facoltà delegata *ad casum*, di un sacerdote che senza avere un compito stabile nella parrocchia, assiste solo occasionalmente al matrimonio, divide gli autori; a questo proposito confronta l'ampia nota di NITA n. 173 in *La suplencia de la facultad de asistir al matrimonio*, op. cit. p. 695.

(46) «Unica et adeguata ratio ob quam Ecclesia defectum potestatis supplet est exigentia boni communis promovendo vel mali communis vitandi. Non ergo ob bonum mere privatum» (sent. c. PINTO, 11 dicembre 1972, in *SRRD*, vol. LXIV, p. 757, n. 4); «ratio supplendi deficientem iurisdictionem, seu bonum communem, non existit si quis

Va merito al ponente di aver messo in luce, nella sentenza, le recenti opinioni dottrinali di alcuni studiosi<sup>(47)</sup>, ed in particolare viene riportata criticamente l'opinione di González del Valle, il quale sostiene che per indurre all'errore comune sia sufficiente la celebrazione in chiesa, in quanto, «in circostanze<sup>(48)</sup> normali di svolgimento del rito nuziale, con la presenza della famiglia e degli amici, avendo pubblicato gli avvisi ed espletato le pratiche prematrimoniali, la supplenza ha sempre luogo, sia perché si dà l'errore comune «*de iure*» (il fatto che il sacerdote sia vestito dei paramenti sacri e disposto ad assistere al matrimonio è di per se stesso una circostanza atta ad indurre in errore), sia l'errore «*de facto*» (perché la maggior parte di coloro che assistono al matrimonio pensano che il sacerdote possieda realmente la facoltà di assistenza)<sup>(49)</sup>, e che si tratti quindi di una celebrazione valida di un autentico matrimonio. Inoltre nell'argomentazione *in iure* si cita il pensiero del Nita il quale afferma che «tutte queste circostanze formano un ambiente in virtù del quale la gente pensa generalmente che si tratti di una celebrazione valida di un autentico matrimonio»<sup>(50)</sup>. Il ponente, in una sintesi dialettica, obietta che «l'errore comune può vertere non tanto sul luogo, quanto soprattutto sulla persona dell'assistente<sup>(51)</sup>, a causa del suo incarico putativo o per il modo abituale di comportarsi in quel luogo»<sup>(52)</sup>, e, richiamandosi al Navarrete, sostiene che «la forma canonica si

---

sacerdos, in loco celebrationis matrimonii nullum munus stabile habens, uni soli matrimonio assistat» (sent. c. WYNEN del 22 aprile 1954, cit.).

<sup>(47)</sup> Cfr. J. CARRERAS, *Forma canonica e favor matrimonii in una recente sentenza rotale*, in *Ius Ecclesiae*, 6 (1994), pp. 179-215; cfr. anche A. TANASINI, *Forma del matrimonio*, in AA.VV., *Matrimonio e disciplina ecclesiastica*, Milano 1996, p. 124.

<sup>(48)</sup> «Si prae oculis habeatur plures circumstantiae antecedentes et concomitantes celebrationem huius matrimonii (uti diximus initum fuit praesentibus in ecclesia quibusdam sacerdotibus illi ecclesiae parociales addictis, et cum suetis externis solemnitatibus) habeantur facta publica quae facile in errorem inducere poterant plures. Quare si defuit (quod negamus) licentia parochi, defectus licentiae suppletus fuit ab Ecclesia» (c. PASQUAZI del 16 dicembre 1958, in *SRRD*, vol L, p. 689, n. 10).

<sup>(49)</sup> J. M. GONZÁLEZ DEL VALLE, *Derecho matrimonial según el Código de 1983*, 4 ed. Pamplona 1988, p. 141. La traduzione è nostra.

<sup>(50)</sup> A. NITA, op. cit., pp. 705-706. La traduzione è nostra.

<sup>(51)</sup> Si vedano le sentenze: c. SABATTANI del 21 dicembre 1956, in *SRRD*, vol. XLIX, pp. 990-992, n. 10; c. MASALA del 25 marzo 1974, in *SRRD*, vol. LXVI, p. 213, n. 8.

<sup>(52)</sup> Sent. c. CABERLETTI del 12 giugno 2003, cit., n. 7: «ast error communis non

basa sul principio della territorialità e dell'esclusività, che riguarda le persone che esercitano legittimamente, o soltanto in modo putativo<sup>(53)</sup>, l'ufficio<sup>(54)</sup> in un territorio definito»<sup>(55)</sup>.

È tuttavia da rilevare in proposito che detto orientamento dottrinale, non condiviso in sentenza, fa riferimento incidentalmente al luogo di svolgimento del matrimonio, volendo piuttosto evidenziare che nella usuale e comune opinione della comunità dei fedeli si dà per scontato che in tale luogo non possa che svolgersi una celebrazione pienamente conforme ai dettami della chiesa, stante la presunzione di regolarità della cerimonia assicurata dalla presenza di un sacerdote nel luogo sacro, in assenza del parroco locale.

Non trattasi quindi di errore sul luogo, ma di errore scaturente dalla concomitante presenza nel luogo sacro a tanto deputato di un sacerdote vestito dei paramenti sacri, comunque riferito al coacervo di tali elementi.

In tal caso il problema principale non è peraltro la distinzione teorica tra errore ed ignoranza<sup>(56)</sup>, quanto la qualificazione giuridica della ipotesi concreta sopra richiamata, perché, se è vero che spesso i fedeli non sanno neppure che il sacerdote che non sia parroco od ordinario del luogo deve chiedere la delega (con stato di ignoranza e non di errore nei confronti della legge), è, tuttavia, fondamentale

---

tantum in locum vertit, sed praeprimis in personam assistentis, ob eiusdem putativum munus vel habitualement rationem gerendi in illo loco».

<sup>(53)</sup> Cfr. sent. c. MASALA del 25 marzo 1974, in *SRRD*, vol. LXVI, p. 213, n. 8: «hic toties contingit, quoties factum externum et publicum certo existit, ex quo fideles, licet pauci illud cognoverint, rationabiliter concludere possint v.c. illum sacerdotem debita frui potestate matrimonio assistendi, aliique praeterea ad eandem conclusionem perventuri essent si factum cognoscerent, quia adiuncta talia sunt ut quemlibet in errorem inducere valeant, ut e. g. in casu parochi putativi».

<sup>(54)</sup> cfr. sent. c. TEODORI dell'11 giugno 1949 in *SRRD*, vol. XLI, p. 291, n. 9.

<sup>(55)</sup> Sent. c. CABERLETTI del 12 giugno 2003, cit., n. 7: «nam forma canonica sistit in principiis territorialitatis necnon exclusivitatis (cf. U. Navarrete, *Questioni sulla forma canonica ordinaria nei Codici Latino e Orientale*, in *Periodica* 1996, vol. LXXXV, p. 511), quae quidem attinent ad personas in definito territorio officium exercentes legitime vel tantum putative». M.A. ORTIZ, *La forma, Il Diritto matrimoniale canonico*, vol. III, LEV 2005, pp. 45-46, afferma: «D'altra parte, l'errore può riferirsi non soltanto alla competenza materiale (se l'assistente gode di tale facoltà, ordinaria o delegata) ma anche a quella territoriale: se il luogo dove viene esercitata la facoltà appartiene o meno al territorio della parrocchia».

<sup>(56)</sup> Cfr. H. FRANCESCHI, *Forma canonica e supplenza di facoltà in alcune decisioni rotali recenti*, in *Ius Ecclesiae*, XIV (2002), p. 214.

che detta ignoranza può comunque trarre in errore gli stessi fedeli nel caso concreto, nella misura in cui sono certi, in buona fede, che il sacerdote che celebra il matrimonio sia competente a tanto.

Sarebbe quindi auspicabile un ripensamento giurisprudenziale sulla troppo rigida distinzione effettuata, in detta sentenza, tra errore ed ignoranza (con impossibilità di applicare la supplenza quando si è verificata quest'ultima); infatti, come avviene nella maggior parte dei casi<sup>(57)</sup>, i fedeli, che si trovano in circostanze normali all'interno di una celebrazione (in una chiesa, essendo state fatte le pubblicazioni matrimoniali ed il corso matrimoniale), ignorano se il sacerdote debba o meno avere una autorizzazione o delega. Inoltre non è necessario — e non si richiede — che i fedeli sappiano che il sacerdote abbia la facoltà di assistere al matrimonio, questa infatti è una conoscenza di carattere tecnico che gli stessi di solito non posseggono, e non sono nemmeno tenuti a possedere: certamente nel loro *habitus* mentale pensano e credono positivamente, anche se erroneamente, che, poiché il sacerdote sta presenziando il rito nuziale, lo stesso abbia tutti i requisiti di competenza per farlo<sup>(58)</sup>.

Secondo la dottrina classica, finché l'ignoranza rimane sul piano speculativo poco interessa alla Chiesa, poiché essa non influisce, se non in astratto, sul danno comune, per ovviare il quale la Chiesa stessa intende supplire la mancanza di giurisdizione. Ciò che conta è l'ignoranza pratica, cioè quell'ignoranza che in concreto porta gli individui davanti al sacerdote per la celebrazione del loro matrimonio, e che nel caso pratico si trasformerebbe in giudizio, cioè che il sacerdote possa assistere al proprio matrimonio<sup>(59)</sup>. Ora, poiché tutta la comunità può fare tale giudizio pratico, il quale ha il fondamento nella realtà a motivo dell'ufficio che ricopre il sacerdote, ciò giustifica l'errore comune, e quindi la supplenza della giurisdizione da parte della Chiesa. Altro dunque è l'ignoranza che non ha alcun fondamento nella realtà, per la quale la Chiesa non intende supplire la mancanza di giurisdizione, altro è l'ignoranza che ha, almeno virtualmente, tale fondamento, e che in

(57) Cfr. H. FRANCESCHI, *op. cit.*, pp. 200-220.

(58) Cfr. sentenza del Tribunale del *Vicariatus Urbis*, c. OCHOA del 1 marzo 1976, in *Ephemerides Iuris Canonici* vol. 36 (1980) p. 182, n. 10.

(59) Cfr. J. REED, *Error communis in actu assistendi matrimonio*, in *Periodica*, 48 (1959) pp. 569-670.

pratica può equipararsi all'errore; questa ignoranza entra nell'ipotesi del fatto pubblico virtualmente noto a molti.

Anche se l'errore è diffuso in tutta la comunità per il singolo caso, non si può dire comune in quanto il danno che da esso deriva è particolare, e la Chiesa non intende subordinare il bene comune al bene particolare di un determinato matrimonio<sup>(60)</sup>; infatti si sostiene che, nel caso in cui la comunità dei fedeli fosse indotta a ritenere, senza fondamento, che quel determinato sacerdote avesse la giurisdizione di assistere a molti matrimoni, tale convinzione sarebbe da attribuirsi non all'errore ma all'ignoranza comune « di coloro i quali ritengono che ogni sacerdote, per il fatto stesso di essere sacerdote, possa validamente assistere ai matrimoni, senza bisogno di particolare delega »<sup>(61)</sup>. Inoltre si è sempre ritenuto che quando l'errore, anche se esteso a tutta una comunità, influisce sul danno privato, non si può dire comune, e la Chiesa in tal caso non supplisce la giurisdizione.

Lo *status quaestionis* dunque è questo: cosa si debba intendere per bene comune, cioè se il bene comune riguardi solo la comunità, o anche il singolo matrimonio da salvaguardare non appartenga solo al bene privato dei coniugi, ma costituisca, quale Chiesa domestica<sup>(62)</sup>, punto centrale nella vita della Chiesa e faccia parte quindi del bene comune della comunità ecclesiale<sup>(63)</sup>.

Bisognerebbe dunque superare, nel caso del matrimonio, detta distinzione tra bene comune e bene privato, atteso che il salvataggio di un matrimonio farebbe parte comunque del bene comune,

<sup>(60)</sup> F.M. CAPPELLO, *De matrimonio*, Romae 1961, n. 471; sent. c. MATTIOLI, 21 dicembre 1959, in *SRRD*, vol. LI, p. 640.

<sup>(61)</sup> F. BERSINI, *Errore comune e assistenza al matrimonio*, in *Monitor Ecclesiasticus*, op. cit., p. 101.

<sup>(62)</sup> Cfr. sent. c. STANKIEWICZ del 15 dicembre 1992 in *RRD*, vol. LXXIV, p. 666, n. 5: « Consensus enim nuptialis, sicut Magisterium Pontificium nos docet, « fonda la Chiesa domestica e costituisce una realtà sacramentale dove si uniscono due elementi: un elemento spirituale come comunione di vita nella fede, nella speranza e nella carità; e un elemento sociale come società organizzata, gerarchizzata, cellula vivente della società umana elevata alla dignità del « sacramentum magnum », la Chiesa di Cristo, dove essa si inserisce come Chiesa domestica » (IOANNES PAULUS II, *Allocutio ad S. R. Rotae Tribunalis* del 28 gennaio 1982, n. 5 in *AAS* LXXIV (1982) 451) ».

<sup>(63)</sup> J.I. BAÑARES, *Comentario al can. 1056*, in AA.VV. (A. MARZOA, J. MIRAS, R. RODRÍGUEZ OCAÑA), *Comentario exegetico al Código de Derecho Canónico*, vol. III, 2ª ed. Pamplona 1997, p. 1053.

purché il difetto sia di carattere tecnico giuridico, purché siano rispettate le esigenze di pubblicità e di ecclesialità che costituiscono la *ratio* della forma canonica (cfr. can. 1108) e purché la mancanza di facoltà non sia dovuta proprio ad una specifica volontà di inosservanza della legge ecclesiastica<sup>(64)</sup>.

Si afferma che la supplenza di facoltà opera nei casi di errore comune e di dubbio positivo e probabile, non invece nei casi di ignoranza o di nescienza, nei quali non si fa un giudizio vero o falso sul possesso o meno della facoltà, ma semplicemente si ignora che debba esserci<sup>(65)</sup>.

Facciamo una breve considerazione: in un decreto c. Sable, *Tolosana*, del 2 dicembre 1997, non pubblicato, riportato in un articolo di Franceschi<sup>(66)</sup>, si sostiene che la Chiesa supplirebbe, e il matrimonio sarebbe valido, persino nel caso di delega concessa dall'ordinario del luogo o dal parroco competente ad un delegato ritenuto sacerdote ma in realtà non tale, in questo caso «*defectum supplet*»; nel predetto decreto vengono riportate le tesi di alcuni autori classici che sostengono che la delega della facoltà di assistere al matrimonio a un sacerdote scomunicato sarebbe valida, benché illecita, poiché si avrebbe il comune errore di crederlo sacerdote, benché lo stesso non sia in comunione con la gerarchia: «per l'assistenza al matrimonio si ritiene che la Chiesa supplisca la mancanza di giurisdizione se la persona che ricopre l'ufficio per un vizio occulto non sia insignita dell'ordine sacro»<sup>(67)</sup>. Il dibattito dottrinale in corso è incentrato quindi sul perché non sia possibile — attraverso una interpretazione estensiva — applicare l'istituto della supplenza là dove ci si trovi di fronte a tutti i requisiti necessari — legittimo consenso, pubblicazioni, sacerdote — ma in assenza solo della delega speciale non posseduta.

<sup>(64)</sup> Cfr. M.A. ORTIZ, *La forma canonica quale garanzia della verità del matrimonio*, op. cit., p. 400.

<sup>(65)</sup> «Nescientia est simplex carentia scientiae; sed ignorantia proprie est nescientia eorum quae quis aptus scire debet. Error autem addit approbationem falsi» (S. THOMAS, *De Malo*, I, q. 101, a. 1, ad 2; I-II, q. 6, a.8 in c.).

<sup>(66)</sup> H. FRANCESCHI, op. cit., p. 204.

<sup>(67)</sup> L. BENDER, *Forma giuridica celebrationis matrimonii: commentarius in canones 1094-1099*, Romae 1960, nn. 82-83; si veda DE SMET, *De sponsalibus et matrimonio*, Brugis 1927, n. 109, nota 3; si veda F. BERSINI, *Problemi sollevati dalla vicenda del falso sacerdote «Don Luigi Sala»*, in *Perfice munus*, 44 (1969), p. 664.

Il ponente passa poi ad illustrare l'orientamento dottrinale secondo il quale si ritiene che «in qualsiasi difetto della facoltà delegata per assistere al matrimonio, e perciò anche nella fattispecie dell'assistente al matrimonio del tutto estraneo alla comunità, valga la supplenza a causa del dubbio positivo e probabile»<sup>(68)</sup> e, non avendosi per ora una dottrina unanime, circa questo punto, cita Olivares D'Angelo il quale sostiene che «nel dubbio positivo e probabile la Chiesa supplisce la facoltà delegata di assistere ad un matrimonio nel caso di errore comune di diritto, persino quando il sacerdote o diacono assistente non abbia nessun titolo di competenza relazionato con la celebrazione di questo matrimonio, dato il numero di autori che propugnano questa dottrina e gli argomenti su cui la poggiano. Inoltre la Chiesa supplisce la carenza di delega in tutti i casi di errore comune di diritto circa la facoltà di assistere ad un matrimonio»<sup>(69)</sup>. La Chiesa, dunque, potrebbe supplire nei casi, come quello della fattispecie presa in esame, nei quali la mancanza di delega non intaccherebbe il valore ecclesiale delle nozze ed il consenso sponsale scambiato all'interno di una celebrazione liturgica. A ciò il ponente obietta che «una tale tesi non può essere accolta poiché non si tratta di una questione disputata in dottrina, ma del dubbio inerente allo stesso soggetto agente»<sup>(70)</sup>. Si ripercorre nella sentenza la giurisprudenza e la dottrina classica circa il suddetto istituto; sappiamo che «un'interpretazione rigorista riserva l'errore comune al giudizio della comunità e il dubbio all'opinione del teste riguardo alla propria competenza»<sup>(71)</sup>; a tal proposito ci si chiede perché la supplenza della facoltà di delega non possa operare nel caso in cui il sacerdote non ha un dubbio positivo e probabile di diritto o di fatto circa la propria compe-

---

(68) Sent. c. CABERLETTI del 12 giugno 2003, cit., n. 7: «Alii tandem censent in quolibet casu defectus facultatis delegatae pro assistendo matrimonio, ac proinde etiam in factispecie assistentis communitati omnino extraneo, valere suppletionem ob dubium positivum et probabile, cum pro nunc ad rem unanims doctrina haud habeatur».

(69) OLIVARES D'ANGELO, *Error común de derecho y asistencia al matrimonio*, in *Estudios Eclesiásticos* 74 (1994), p. 717. La traduzione è nostra.

(70) Sent. c. CABERLETTI del 12 giugno 2003, cit., n. 7: «attamen huiusmodi sententia nullatenus accipi potest, cum in norma de potestate suppleta agatur non de quaestione in doctrina disputata, sed de dubio inhaerenti ipsi subiecto agenti».

(71) M.A. ORTIZ, *La forma canonica quale garanzia della verità del matrimonio*, op. cit., p. 401.

tenza, ma forse, agendo con leggerezza, erra credendo di possedere quella facoltà, oppure non se ne pone affatto il problema.

Sembra, in conclusione, auspicabile, per garantire la validità di matrimoni celebrati in buona fede e con la volontà di contrarre un valido matrimonio, nell'osservanza di quanto stabilito dall'ordinamento ecclesiastico, una interpretazione meno strettamente formalistica della legislazione positiva in proposito, recependo alcune delle innovazioni proposte dalla dottrina al riguardo, e superando la interpretazione della normativa *ad validitatem* effettuata dalla prevalente giurisprudenza, confermata nella sentenza in esame, garantendo in tal modo una maggiore applicabilità dei principi dello *ius connubii* e del *favor matrimonii*.

*Gina Maria Corsi*

TRIBUNALE APOSTOLICO DELLA ROTA ROMANA - *Reg. Aprutini seu Piscarien. - Pinnen.* - Nullità del matrimonio - Errore sulla persona - Incapacità ad assumere gli oneri coniugali essenziali - Esclusione dell'indissolubilità - Esclusione della prole - Sentenza definitiva - 11 dicembre 2003 - Bottone, *Ponente* (\*)

**Matrimonio - Consenso - Errore (nozione) - Errore sulla persona - Concetto di persona nel can. 1097 § 1.**

**Matrimonio - Consenso - Incapacità ad assumere le obbligazioni essenziali del matrimonio - gravità della causa psichica ostativa - criterio cronologico.**

**Matrimonio - Consenso - Esclusione dell'indissolubilità (diverse ipotesi) - Invalidità del consenso revocabile o temporaneo.**

**Matrimonio - Consenso - Significato dell'espressione «atto positivo di volontà» - Prova dell'esclusione.**

**Matrimonio - Consenso - Esclusione della prole - Oggetto della limitazione del consenso - Differenza tra «procreatio prolis» e «spes prolis».**

*L'errore, in senso canonico-matrimoniale, è un falso giudizio del contraente avente ad oggetto un «quid» riguardante il matrimonio che egli intende celebrare, accompagnato dalla convinzione che la realtà corrisponda all'immagine da lui percepita, mentre invece tale corrispondenza oggettivamente non esiste, il che è fonte di invalidità del consenso matrimoniale. In particolare, l'errore sulla persona, previsto dal can. 1097 § 1, più che viziare il consenso, ne impedisce in radice la formazione e l'esistenza, in quanto oggetto principale di quest'ultimo sono i contraenti considerati nella loro ben definita e circoscritta individualità ed identità. Per quanto concerne il significato da attribuire al termine «persona», va detto che la dottrina tradizionale ritiene che vada inteso in senso fisico, di modo che l'errore riguardi la mera identità dell'altro contraente, intesa fisicamente. Secondo un'altra parte della dottrina più recente, l'errore sulla persona*

---

(\*) Vedi alla fine della sentenza nota di CIRO TAMMARO, *Qualche breve osservazione storico-giuridica circa il significato dell'espressione «actus positivus voluntatis» nella simulazione del consenso matrimoniale.*

*invalidante il matrimonio non potrebbe essere limitato all'errore circa l'identità fisica dell'altro nubente («error in corpore obiecti»), bensì dovrebbe essere esteso all'errore circa gli elementi essenziali che identificano la persona della controparte nella sua integrità. In altre parole, l'errore sulla persona andrebbe interpretato come errore sulle proprietà essenziali della persona nella sua dimensione globale — spirituale, morale, sociale — («error in substantia obiecti»). Ma quando si tratta dell'«error in persona» previsto dalla norma, non è consentito attribuire ai termini usati dal Legislatore un significato estraneo alla tradizione canonistica. Altrimenti, la distinzione tra i due paragrafi del can. 1097 sarebbe superflua.*

*Come è noto, l'incapacità ad assumere gli oneri essenziali del matrimonio consiste nell'impossibilità originaria di adempiere le obbligazioni fondamentali legate al consorzio coniugale. Tale incapacità trova la sua «ratio» in virtù del principio di diritto naturale, insito nella «6 Regula Iuris in VI<sup>o</sup>» — «Nemo potest ad impossibile obligari» — che indica l'assoluta irrilevanza dell'impegno assunto dal soggetto che non sia in grado a priori di eseguirlo. Inoltre, l'incapacità deve derivare da anomalie psichiche, o, comunque, da cause ostative legate alla sfera psichica; ciò significa che le situazioni che possono provocare questo difetto nella capacità non si riducono alle cause, di natura psicopatologica (cioè alle infermità in senso tecnico), ma investono anche particolari stati della personalità e del suo sviluppo che turbano il grado di autodominio della propria libertà nel governo di se stessi, sebbene non meritino una diagnosi psichiatrica. Peraltro, nel processo esecutivo della volontà attuativa, è necessario un nesso di causalità tra la causa psichica e l'impossibilità di adempiere, di modo che questa risulti l'effetto di quella. Va tenuto presente che la norma canonica — il can. 1095 — menziona esplicitamente il termine «incapacità» a contrarre matrimonio, per cui la mera «difficoltà» a prestare il consenso coniugale ed a realizzare una vera comunione di vita e di amore, non rende nullo il matrimonio. Il fallimento dell'unione coniugale, in particolare, non è mai in sé una prova per dimostrare tale incapacità dei contraenti, i quali possono aver trascurato o usato male i mezzi sia naturali che sovranaturali a loro disposizione, oppure non aver accettato o sopportato i limiti inevitabili ed i pesi — ahimè, talvolta dolorosi — della vita coniugale, sia per mancanza di volontà, sia per lievi patologie che non intaccano la sostanziale libertà umana, sia, infine, per deficienze di ordine morale. Inoltre, anche l'eventuale — autentica — impossi-*

*bilità di adempiere, sopravvenuta alla celebrazione del matrimonio, non può in alcun modo incidere sulla capacità di assumere, dato che detta impossibilità deve verificarsi nel momento dello scambio del consenso da parte dei contraenti, per rendere le nozze invalide. In questo senso, il requisito dell'antecedenza, intesa come precedente biografico che perdura fino al momento dell'atto del contrarre, è requisito essenziale per la misura dell'incapacità contemplata nel can. 1095 n. 3.*

*L'esclusione dell'indissolubilità (« bonum sacramenti ») è una figura di simulazione parziale che, incidendo su una proprietà essenziale del matrimonio, ne elide l'essenza stessa, quindi rende nullo il consenso nuziale. I contraenti, infatti, per costituire un vincolo coniugale valido, devono dare ed accettare nella sua integrità e totalità l'oggetto del consenso matrimoniale. Di conseguenza, un consenso revocabile, o prestato solamente a tempo determinato o indeterminato, non è efficace a costituire un legame sponsale valido, in quanto ricusa la prerogativa imprescindibile della perpetuità del coniugio. D'altro canto, chi esclude condizionatamente l'indissolubilità, si propone di rescindere il vincolo coniugale al verificarsi ipotetico di un evento futuro ed incerto. In realtà, il nubente in questo caso intende contrarre effettivamente un vero matrimonio, tuttavia fa dipendere la propria permanenza in perpetuo insieme con la comparte da una determinata circostanza contingente ed eventuale. In questi casi, la dottrina talvolta parla di esclusione ipotetica, o di atto positivo ipotetico, ma in realtà si tratta di una definizione impropria, perché non è ipotetica l'esclusione, e dunque il consenso dal quale sorge il vincolo, bensì solo la decisione, eventualmente rinviata nel tempo, di risolvere tale vincolo. Colui che, dunque, nel momento di emettere il consenso, si propone con volontà positiva di sciogliere il vincolo immediatamente, dopo un certo tempo determinato o indeterminato, oppure nel caso in cui si avveri un concreto evento futuro, esclude sempre in modo assoluto l'indissolubilità. Infatti, chi vuole contrarre un matrimonio senza la proprietà dell'indissolubilità, non vuole un vero matrimonio, ma uno pseudo-matrimonio. Pertanto, l'oggetto della sua volontà — unico — è un vincolo dissolubile.*

*Si capisce, dunque, che l'atto positivo di volontà, in tale contesto, altro non è che un processo intenzionale attivo ed univoco, che riguarda l'esclusione della proprietà essenziale dell'indissolubilità, il che si oppone all'inerzia o passività della volontà. Non paiono fondate, perciò, quelle teorie che si appellano al concetto di « volontà*

prevalente» per spiegare la dinamica interna dell'atto positivo di volontà, in quanto non si comprende come nel medesimo soggetto possano coesistere due volontà contrarie, dal concorso delle quali emerga con carattere prioritario e predominante una di esse. Ma la difficoltà reale sta nell'individuare l'atto positivo di volontà escludente: questo, ad esempio, differisce dall'atto dell'intelletto che si rappresenti la possibilità del divorzio. La semplice previsione razionale non basta per rendere irritato il matrimonio. L'espressione «positivo», riferita all'atto di volontà, indica che non invalidano il matrimonio la volontà abituale contraria all'indissolubilità, l'errore circa l'indissolubilità, la mera volontà interpretativa, la previsione delle difficoltà e del probabile insuccesso dell'unione coniugale, un desiderio vago ed incerto di un legame dissolubile, le idee divorzistiche, ecc. L'atto positivo di volontà, sotto l'aspetto probatorio, deve avere la sua fonte in una causa grave e proporzionata, che abbia indotto il nubente a contrarre un vincolo dissolubile, prevalendo così sulla causa che lo spinge a non mettere fine al rapporto con la comparsa e a non evitare le nozze. Le circostanze antecedenti, concomitanti e susseguenti assumono un rilievo essenziale per individuare — valutate nel loro complesso — quale fosse la reale intenzione dei contraenti all'atto dell'emissione del consenso. Sono altresì molto importanti la confessione giudiziale delle parti; quella extragiudiziale unita alle dichiarazioni dei testimoni, fatte «tempore non suspecto».

Il consorzio di tutta la vita che viene costituito tra l'uomo e la donna in virtù del patto matrimoniale, nella sua dimensione ontologica si caratterizza per la «ordinatio ad prolem» (can. 1055 § 1), con inerenti i diritti-obblighi essenziali, i quali non solo incidono sullo stato di vita matrimoniale («matrimonium in facto esse»), ma già sono presenti dal principio nel costituirsi del matrimonio («matrimonium in fieri») in quanto entrano nell'oggetto formale del consenso, e quindi non possono essere esclusi sotto pena di nullità del vincolo nuziale. La costante tradizione canonica ha individuato, in tale contesto, il diritto-dovere essenziale «ad actus coniugales modo naturali ponendos», e, cioè, «ad actus aptos ad proles generationem» come coessenziale al «foedus matrimoniale». Tuttavia, tale diritto-dovere non si identifica in una «procreatio effectiva» (e cioè in uno «ius ad prolem»), bensì in una mera «spes prolis»: coincide, in definitiva, con il diritto «ad procreationem potentialem» (cd. «ius ad procreativitatem»), giacché il figlio non è qualcosa di dovuto — e non può essere considerato, dunque, un bene di proprietà dei

*coniugi — ma è piuttosto un dono — il più grande e gratuito — del matrimonio, testimonianza vivente della donazione reciproca dei suoi genitori. La sterilità del contraente, perciò, non può mai limitare, sotto tale prospettiva, il consenso matrimoniale.*

(*Omissis*). — FACTI SPECIES. — 1. Elisa et Maximus, ambo in familia solidis catholicis principiis educati, primo obviam venerunt anno 1978 in coetu iuvenum apud Piscariensem paroeciam quam frequentabant.

Sese placuerunt iuvenes et relationem instituerunt quae ad decem annos protracta est etiamsi, ex Elisae narratione, videretur potius illam interesse in relatione ducenda habuisse, quae alternis vicibus passa est quamquam iuvenes numquam matrimonium celebrandum excluserunt.

Corona doctorali in medicina adepta mulier matrimonium celebrare a viro petiit qui, interim, stabile munus exercendum invenerat.

Sic, mutua concordia, partes nuptias celebraverunt die 14 octobris 1989 in ecclesia paroeciali (*omissis*) in civitate atque dioecesi Piscariensi.

Convictus coniugalis, inde a nuptiali itinere, difficultatibus passus est atque infelicem habuit exitum de quo partes sibi invicem causam tribuunt.

Intolerabili facta vita communi atque nulla ex coniugio enata prole partes ad separationem pervenerunt anno 1993, quae a civili magistratu firmata est die 7 octobris 1994.

Divortium, expleto legali tempore, pronuntiatum est die 1 augusti 1997.

2. Iam die 10 octobris 1993 mulier Tribunali ecclesiastico Regionali Aprutino libellum direxerat ad petendam sui coniugii declarationem nullitatis ob errorem in persona viri atque ob exclusionem boni sacramenti ex parte suipsius.

Admisso libello, dubium iuxta petita ab actrice concordatum est die 1 decembris 1993 acriter sese opponente convento.

Instructoria inita est qua expleta, die 1 martii 1996, ex actricis petitione, additum est dubium de incapacitate conventi assumendi onera coniugalia, deinde nova instructoria facta est per auditionem novorum testium et acquisitionem relationis peritalis.

Conventus, qui numquam suam relaxavit oppositionem, etiam ad Rotam Romanam recursum interposuit per suum patronum adversus decretum Ponentis statuens in interrogatorio partium et testium tantummodo praesentem esse posse patronum partis deponentis vel quae testes induxit, minime patronum alterius partis.

Recursus iste reiectus fuit a Decano die 1 aprilis 1995 sicut petitio de avocatione causae ad Rotam Romanam inde a prima instantia, quae reiecta est decreto diei 29 aprilis 1996.

Tandem, omnibus expletis explendis, die 6 aprilis 2000, aditum Tribunal sententiam edidit votis actricis secundam ex omnibus allatis capitibus.

3. Appellavit vir ad Rotam Romanam apud quam Turnus Noster, decreto diei 18 ianuarii 2001, sententiam primae instantiae haud confirmavit pluribus in ipsa detectis defectibus, sed causam remisit ad ordinarium examen alterius gradus.

Accepto Decreto, pars actrix Nostro Apostolico Foro notum fecit se non amplius in iudicio intervenire velle.

Conventus, factus diligentior, causam prosequi decisit atque dubium concordatum est die 10 maii 2001.

Suppletiva instructio facta est per auditionem conventi diligentioris et quorundam testium, qua expleta, conventus diligentior per suum patronum petiit ut, tamquam in prima instantia, dubium adderetur de exclusionem boni prolis ex parte mulieris, quod concessum est per Turni decretum diei 7 februarii 2002. Insuper peritia confici iussum est.

Nunc, omnibus expletis explendis et memoriis defensionalibus acceptis, Nobis decidendum est an constet de matrimonii nullitate, in casu, ob errorem in persona ex parte mulieris, ob exclusionem indissolubilitatis ex parte eiusdem, ob incapacitatem conventi assumendi onera coniugalia, in secunda instantia et, tamquam in prima instantia, ob exclusum bonum prolis ex parte mulieris.

IN IURE. — 4. *De errore in persona*. — Can. 1097 § 1 vigentis Codicis Iuris Canonici statuit: «Error in persona invalidum reddit matrimonium».

Error est falsum iudicium de aliqua re, seu prout scriptum legitur in Wernz-Vidal (*Ius Canonicum. T.V, Ius matrimoniale*, 1946, pag. 596, n. 464) «apprehensio rei falsa vel aestimatio unius pro alio, in quo non habetur conformitas intellectus cum re», at-

que « Nomine erroris venit falsa rei apprehensio. Addit ergo ignorantiae fallax iudicium de obiecto, in quo voluntas fertur ».

Error, qui intellectus respicit cum sit proprius illius facultatis, potest esse *iuris*, si versetur circa naturam, proprietates essentielles, bona matrimonii, *facti*, si respicit personam, qualitates, motiva.

Cum voluntas dirigi haud possit nisi in obiectum cognitum et prout est cognitum, error semper in eandem influit, attamen non omnes actus per errorem positi nulli dicendi sunt sed tantum illi in quibus ex iure naturae consensus deficit, vel positiva lege inefficax redditur.

Etenim erronea notio producere potest actum voluntatis in ipsa fundatum.

5. Quamquam quidam adsunt auctores qui tenent errorem de quo in can. 1097 § 1 sese referre ad ampliorem notionem personae desumendam a complexu qualitatium socialium et moralium praesertim quae ipsam identificare valeant, communi sententia tenet supradictum canonis paragrahum sese referre ad errorem circa identitatem physicam personae. Legimus in una coram Stankiewicz « conceptus personae, de qua in can. 1097 § 1 cavetur, videlicet in qua error cadere potest, aliud esse nequit nisi concretae personae humanae seu physicae » (*RRDec.*, vol. LXXXVI, pag. 59, n. 5). Consonat Pompedda « id clarissima luce patet, nempe verbum « persona » unam significationem in lege canonica, quod nostra interest in praesentiarum, necnon in doctrina praeseferre, nempe individuum physicum ab aliis distinctum » (*RRDec.*, vol. LXXXIV, pag. 53, n. 2).

Conceptus, enim, personae, non est confundendus cum personalitatis conceptu « Quin immo si conceptus personalitatis in locum personae physicae in can. 1097 § 1 substitueretur, talis interpretatio personae omnino superfluum redderet legem firmatam nullitatis sanctione tum quoad errorem dantem causam contractui circa qualitatem personae directe et principaliter intentam (can. 1097 § 2), tum quoad deceptionem dolosam, errorem secumferentem, circa alterius partis aliquam qualitatem consortium vitae coniugalis suapte natura graviter perturbantem (can. 1098). In utroque enim casu, ad instar erroris in persona (can. 1097 § 1), omnino sufficeret simplex error in qualitate communi aliquo modo incidenti in quamdam personalitatis speciem, utpote qui exsereret discrepantiam inter voluntatem ex erroris influxu efformatam et

voluntatem hypotheticam seu interpretativam, quae scilicet haberetur si error non adesset, hoc est absque requisitis, de quibus in can. 1097 § 2 et 1098 nominatim cavetur» (c. Stankiewicz, *RRDec.* vol. LXXXVI, pag. 59, n. 7).

Auctoritative confirmatur a Romano Pontifice qui in allocutione Praelatis Auditoribus Rotae Romanae diei 30 ianuarii 1993 affirmavit «in materia dell'«error facti», specificatamente ove si tratta di «error in persona» ai termini usati dal Legislatore non è consentito attribuire un significato estraneo alla tradizione canonistica» (*L'Osservatore Romano*, 31 gennaio 1993).

Quoad probationem, haberi potest sive directe ex confessione errantis a testibus fide dignis confirmata, sive indirecte per criterium reactionis cum subiectus de errore certus factus sit.

6. *De incapacitate assumendi onera coniugalia.* Matrimonium facit partium consensus (can. 1057) ex divina voluntate irrevocabilis. Consensus est actus humanus ad quod eliciendum simul concurrant oportet sive intellectus, sive voluntas, sive alia psychica elementa, quae simul interagentes subiectum capacem eligendi reddere possint.

Ut patet, ad validum matrimonialem consensum praestandum in primis contrahens usu rationis pollere debet, sed profecto non sufficit. Requiritur ut in ipso capacitas adsit recte aestimandi obiectum matrimonialis contractus, una cum suis iuribus et officiis, non tantum intellectuali modo, sed etiam in concreto utpote bonum pro seipso persequendum, quae capacitas iudicii discretio constituit de qua in can. 1095, 2.

7. Attamen neque iudicii discretio sufficit. Ad validum, enim, matrimonium contrahendum etiam aliud elementum adsit oportet, id est capacitas contrahentis ad praxim deducendi onera suscepta (can. 1095, 3) seu facultas disponendi de obiecto mutuae traditionis-acceptationis per assumptionem obligationum matrimonialium essentialium. «Nemo est, enim, qui non videat non idem esse id quod requiritur et sufficit ad ponendum actum, etiam implexum, quale consensum matrimonialem ac id quod necesse est existere ut consecraria pacti in rem deducantur in perpetuo» (c. Serrano, *RRDec.*, vol. LXXXIII, pag., 415).

Incapacitas de qua in canone ex causis naturae psychicae originem ducat oportet, id est ab aliqua personalitatis perturbatione,

ab aliqua abnormi inclinatione vel deordinatione, quae non directe oritur ex aliquo gravi defectus actus humani, sed quia contrahens, integris manentibus iudicii discretione atque libertate interna, facultate caret disponendi de obiectu contractus. «È vero che il canone non ha usato il termine anomalia, ma non possiamo non riconoscere che la fattispecie implica una condizione ostativa (ob causas), sia perché ci troviamo di fronte ad un'ipotesi di eccezione alla regola generale comune a tutti gli uomini per diritto naturale abili al matrimonio, sia perché è richiesta una causa psichica impeditiva e quindi numericamente anomala» (M.F. POMPEDDA, *Annotazioni sul diritto matrimoniale nel nuovo Codice Canonico*, in *Studi di diritto matrimoniale canonico*, Milano 1995, pag. 318).

Haec causa naturae psychicae gravis esse debet et praesens momento quo nuptiae celebrantur. Non sufficiunt mala voluntas, laeves vitiositates quae vitam coniugum difficiliorem reddere possint, sed tales quae moraliter impossibilem vel intolerabilem illam reddere esse debent.

Adsit insuper oportet relatio causalis inter incapacitatem et causam naturae psychicae «Quae aequat affirmare nedum necessitatem existentiae verae comprobataeque causae naturae psychicae, sed etiam eiusdem indubium influxum capacitatem auferentem» (c. Funghini, *RRDec.*, vol. LXXXVIII, pag. 15, n. 7).

Clare ex verbis canonis patet quatenam sint obligationes quae contrahens momento quo nuptiae celebrantur capax assumendi sit oportet et qualificantur per verbum «essentiales». Plures enim matrimonium obligationes secumferre potest, sed non omnes de essentia sunt etiamsi inserviant ad pacificum et feliciorem convictum ducendum. Relevant tantum quae proprietates et bona matrimonii respiciunt, id est, «ea qua personarum atque operum coniunctio, qua coniuges adiutorium et servitium mutuum sibi praestant natura sua ordinantur» (cfr. Const. Gaudium et Spes, n. 48) impossibile reddere possunt. «Haec personarum et operum integratione deficiente, impossibile fit vitae communio seu consortium vitae coniugalis in quo matrimonium essentialiter consistit (cfr. can. 1055, § 1)» (c. Pinto, Hagulstaden et Novocastren, die 30 maii 1986).

8. *De exclusione boni sacramenti.* Matrimonium, qui unice per consensum perficitur, auctorem habet ipsum Deum a quo recipit sive fines essentialia qui sunt bonum coniugum et proles generationem et educationem, sive proprietates essentialia quae sunt unitas

et indissolubilitas et ideo liberae pactioni contrahentium subtrahitur. Docet Constitutio «Gaudium et Spes»: «hoc vinculum sacrum, intuitu boni, tum coniugum tum prolis, tum societatis, non ex arbitrio humano pendet. Ipse vero Deus est auctor matrimonii, variis bonis ac finibus praediti» (n. 48).

Ut matrimonium valide celebrari possit contrahentium consensus extendatur oportet ad omnes et singulos fines matrimonii et omnes atque singulas eiusdem proprietates, prout a Deo statutum est, eo sensu quod omnes comprehendantur in voluntate contrahentis momento quo consensus traditur, nullo fine aut proprietate exclusis.

Qui in consensu tradendo aut non contrahendi, aut non sese obligandi voluntatem habet vel aliquem matrimonii finem excludit aut essentialem proprietatem, invalide contrahit simulationem patrans.

Attamen matrimonium est contractus praesumptionibus munitum et, adversus simulationem, stat praesumptio in can. 1101 § 1 statuta «Internus animi consensus praesumitur conformis verbis vel signis in celebrando matrimonio adhibitis». Ideo, cum constet de celebratione rite peracta, tenendum est contrahentes verum et validum matrimonium celebrasse.

Sicut in celebrando matrimonio positivus actus voluntatis requiritur quin sufficiat intentio habitualis, eo minus interpretativa, ita ad simulationem habendam positivus actus requiritur, quin sufficiat mens alicui fini vel proprietati essentiali contraria, vel carentia intentionis. Etenim «Ad hoc essenziale elementum significandum lex utitur inaequivoco verbo «positivo voluntatis actu» quo radicitus removetur habitualis voluntas proprietatibus essentialibus matrimonii contraria, voluntas interpretativa, immo et praevisio difficultatis et probabilis infelicis exitus matrimonii, merae animi inclinationes, iterati sermones de fastidio vel intolerabilitate vinculi indissolubilis, ideae divortio faventes» (c. Funghini, *RRDec.*, vol. LXXXVII, pag. 77, n. 2).

9. Bonum sacramenti est indissolubilitas, ideo consensus revocabilis e solum ad tempus praestitus, haud validum est ad verum matrimonium constituendum quia ius perpetuitatis coniugii denegat. Indissolubilitas, suapte natura, distinctionem inter ius et exercitium iuris non admittit ideoque voluntas contrahentis tantum contra indissolubilitatis obligationem dirigi potest. Indissolubilitas tam

arcte connectitur cum matrimonio ut idem absque indissolubilitate concipi nequaeat atque, uti docemur ab adhortatione «Familiaris Consortio», n. 20, ipsam in personali plenaque donatione coniugum radicitus incidere.

10. Probatio simulationis facilis haud evadit quia agitur de probanda mente contrahentis contraria verbis et signis publice et coram testimoniis prolatis, attamen non impossibilis. Hoc efficitur si quaedam simul concurrant: confessio simulantis sive iudicialis, sive extraiudicialis tempore non suspecto facta, apta causa, gravis saltem pro simulante, sive proxima sive remota, confirmatio testium fide dignorum, circumstantiae antecedentes, concomitantes et subsequentes matrimonio ex quibus genuinae mentis contrahentis confirmatio haberi possit.

11. *De exclusione boni prolis.* «Indole sua naturali, ipsum institutum matrimonii amorque coniugalis ad procreationem et ad educationem prolis ordinatur iisque veluti suo fastigio coronatur» (Gaudium et Spes, n. 48). Haec doctrina, a Concilio Oecumenico Vaticano II aptioribus verbis disposita, nova non est sed continuo ab ecclesia declarata, et iam in Vetere Codice continebatur (can. 1013). Novus Codex Iuris Canonici, in can. 1055 statuit «Matrimoniale foedus quo vir et mulier inter se totius vitae consortium constituunt, indole sua naturali ad bonum coniugum atque ad prolis generationem et educationem ordinatum, a Christo Domino ad sacramenti dignitatem inter baptizatos evectorum est».

Qui, ergo, positivo voluntatis actu, prolis generationem e matrimonio in perpetuo excludit, validum matrimonium contrahi nequit.

12. Obiectum mutuae traditionis-acceptationis, quae ex can. 1057 § 2 foedus irrevocabile matrimonii constituit, aliud esse non potest nisi ius perpetuum et exclusivum in ordine ad actus per se aptos ad prolis generationem. Non datur, enim, ius ad prolem, sed ius ad actus, naturaliter positos ex quibus, naturali consecratio prolis generationem sequi possit. Ad rem monet Pompedda (*RRDec.*, vol. LXXVI, pag. 191, n. 5) «Per matrimonium non datur ius ad prolem, quae est finis matrimonii seu ad quam natura sua scilicet indole naturali ordinatur matrimonium, sed tantummodo ad actus per se aptos ad prolis generationem» quia «ordina-

tio rationem dicit cum abstracto instituto, idest cum fine generali a Creatore omnium rerum Ordinatore sive per sexum distinctionem sive per facturam organorum specificorum sive per instinctuum roborem rationabiliter et effective praestituto. Ex qua ordinatione speciem suam accipit actus coniugalis».

Consonat Instructio Congregationis pro Doctrina Fidei «*Donum Vitae*» diei 22 februarii 1987, (AAS 80, pag. 97), in qua legimus «*Matrimonium tamen minime coniugibus confert ius ad filium habendum, sed ius dat dumtaxat ad actus naturales ponendos, qui per se ad procreandum ordinantur*».

His attentis, habetur validum matrimonium etiam sine genita prole, cum matrimonium vitiet tantum positiva determinatio voluntatis ius ad actus coniugales naturali modo comparti non tradendi, quia hoc aequivalet matrimonium privandi elemento essentiali.

Ordinatio ad prolem implicat obligationem debitum reddendi et generationem non impediendi.

Si quis praesumat sibi reservandi, pro lubitu et arbitrio, si et quatenus et quando prolem forte generandi, iuribus compartis omnino neglectis et spretis, seipsum fontem iuris unicum in re coniugali tenens, irritum reddit matrimonium quia hoc genus agendi non solum denegationem iuris compartis constituit, sed etiam denegationem eidem iuris traditionis.

Quoad probationem sufficiat quae diximus de exclusione boni sacramenti.

IN FACTO. — 13. *De errore actricis in persona viri*. De capite erroris in persona pauca. Remittimus ad ea quae in decreto remissionis causae ad ordinarium examen scripsimus quae clarissime demonstrant sententiam appellatam primae curae caequivocis fundatam esse.

Adest enim in appellata sententia confusio magna inter errorem in persona (can. 1097 § 1) et errorem in qualitate personae directe et principaliter intenta (can. 1097 § 2). Dubium, enim, concordatum est de errore in persona, dum instructoria ducta est de errore in qualitate personae relate praesertim ad fidelitatem. Idem invenitur in pars iure sententiae.

Confusio ista, iam per se, sufficit ad fundamentum capitis destruendum.

Insuper sententia appellata affirmative edixit de errore mulieris in personalitate viri, sed «*personalitas non est persona sed quid*

personae quod qualitas adumbratur» ita ut duae notiones inter se confundi neque commutari possint.

«Etiamsi», scribebamus «dubium vertisset in qualitate viri directe et principaliter intenta, minime ex actis apparet fidelitatem a muliere fuisse prae viro intentam». Ad hoc firmandum sufficiat prae oculis habere descriptionem indolis viri, praesertim sub negativa quam d.na Elisa de convento facit, ex quibus perfecte scatet illam virum, cum suis defectibus plene cognovisse.

Clare, e contra, apparet, mulierem virum voluisse quem optabat illa qualitate praeditum.

14. Quoad errorem in persona viri acta causae minime elementa continent e quibus probari possit eiusmodi error.

Declarationes, enim, mulieris actricis nullo modo demonstrant ipsam errore passam esse circa conventi identitatem. Ad hoc excludendum sufficiat memorare relationem inter partes per decem circiter annos ante matrimonium ductam esse et ideo, vix et ne vix quidem, sermo institui potest de errore in persona ad normam iuris intento.

Nec aliter deducitur ex declarationibus viri conventi, ex quibus patet partes ante nuptias bene sese cognovisse.

Ex depositionibus testium in causa inductorum neque quidquam innui potest quod, etsi a longe, referre possit ad hunc suppositum errorem in persona viri ex parte actricis.

Insuper ex actis percipere non datur quamdam reactionem mulieris actricis circa detectum errorem in persona conventi.

15. *De incapacitate viri assumendi onera coniugalia.* In primis, de hoc capite loquendo, prae oculis tenendum est conventum semper psychica et psychologica valetudine gavisum esse, praeter physicam. Numquam sub curationibus psychologorum vel psychiatrum fuit neque anomalia aliqua affectum fuisse praedicatur.

Circa peculiarem (strana) indolem viri, quae ab actrice eiusdem testium affirmatur, a convento et a testibus ab ipso inductis negatur, tantum actis prae oculis habitis nullum certum argumentum hauriri potest. Actrix, nempe, probabiliter exaggerat quaedam elementa minus positiva indolis viri ad suam thesim firmandam amplificando, vir sese defendere vult. Hoc, tamen, non significat elementa omnino deesse ex quibus auxilium ad attingendam veritatem hauriri possit.

Nihil mirum, si a testibus a convento inducti optimam opinionem habemus de eiusdem intelligentia onerum matrimonialium atque de eiusdem capacitate illos assumendi.

His attentis deliberate omittimus hos testes citare, sed tantum depositiones testium ab actrice inductorum examini breviter submittimus, semper prae oculis habentes notulam gravitatis causae psychicae quae adsit oportet cum de incapacitate sermo est.

Ex depositionibus testium ab actrice inductorum nihil momentosum eruitur ex quo incapacitas viri assumendi onera coniugalitatis erui possit.

Maria, amica actricis a plurimis annis, varia enarrat de modo sese gerendi conventi, sed non de scientia propria deponit, quia omnia ab actrice audivit et, insuper, agitur de problematibus inter partes exortis tempore vitae communis quae potius denotant difficultatem initialem vitae communis quam incapacitatem ex parte conventi.

D.na Michaela fere eadem ac praecedens testis refert sed momentum maximum tribuit supposito viri adulterio, quod vera fuit causa ruinae matrimonii, minimum tribuens aliis circumstantiis et assertae incapacitatis viri.

De testimonio matris et patris actricis prae oculis tenendae sunt possibles exaggerationes intuitu filiam in causa adiuvandi, utcumque potius de difficultatibus ipsi loquuntur in mutua relatione ducenda.

Depositio R. d.ni Caroli est omnino generica et vaga, idem dicendum est de depositione testis Nicolaidis quae dicit conventum «certamente ha una personalità strana» quin quidquam addat ad suam affirmationem roborandam. Idem dicendum est de teste Armando qui nullum concretum elementum refert circa affirmatam immaturitatem conventi, dum Antonius nihil scit de quaestione hac.

16. Rebus sic stantibus ad relationes peritorum recurrendum est ad lucem habendam circa consistentiam capitis huius adducti de incapacitate viri assumendi onera coniugalitatis.

Duae in actis prostant relationes peritales, prima apud Tribunal Aprutinum confecta a doct. Brunone altera apud Nostrum Apostolicum Forum a claro Prof. Petro.

Doct. Bruno thesim sustinet conventum, tempore quo nuptiae celebratae sunt, tali immaturitate affectum fuisse quae ipsi praepe-

diverit capacitatem instaurandi «con sufficiente afflato il cosiddetto "bonum coniugum"».

Peritus, tamen, admittere cogitur conventum bene apteque omnia cetera officia implevisse ita ut videatur agi de arbitraria conclusione ex infelici exitu matrimonii deprompta, quia communis opinio inter psychologos et psychiatras est severam anomaliam vel perturbationem, ad incapacitatem fundandam assumendi onera coniugalia aptam, etiam in aliis vitae humanae provinciis reflecti, etiamsi non pari severitate.

Ne obliviscatur oportet quod coram habemus virum qui semper bona valetudine psychica et psychiatrica gavisus est atque numquam sub curationibus psychologorum aut psychiatrum fuit.

Uterius dubium de veritate conclusionum doct. Bruno oritur in conclusione n. 3 eiusdem periti cum affirmet «Tale condizione poteva influenzare la capacità intellettuale e/o volitiva in ordine al suo consenso matrimoniale». Ex istis verbis etenim non intelligitur num, tempore quo nuptiae celebratae sunt, agebatur de structurali impossibilitate ad relationem nectendam an potius de difficultatibus post nuptias exortis ob partium diversam indolem.

Peritia dubium non solvit atque potius demonstrat eundem peritum certitudinem haud habuisse de ipsius conclusionibus.

17. Prof. Petrus, post inspectum conventum et acceptis «Tests» (Wais, Rorschach, Koch, Wartegg) a prof. S. convento administratis atque discussis, aliter concludit.

Affirmato quod conventus diligentior, praesenti tempore, «esente da patologia di ordine psicotico o francamente psicopatico ...» sese praeberet, quoad affectivitatem scribit «emergono elementi di immaturità che, pur connotandosi ai tests di personalità come particolarmente significativi, non assumono nel contesto complessivo del quadro clinico una rilevanza patologica». Postquam peritus monuit de modo tests interpretandi qui «anche se possono offrire utili indicazioni relativamente alle dinamiche profonde dell'individuo ed ai meccanismi inconsci che consentono talvolta di meglio interpretarne i comportamenti, vanno sempre assunti e confrontati con i dati desunti dalla valutazione clinica globale» prosequitur «Il profilo personologico del convenuto pertanto non evidenzia, allo stato anomalie di natura ed entità tali da potersi prospettare la sussistenza di una patologia psichica e segnatamente di un Disturbo di Personalità».

Ad tempus quo nuptiae partium celebratae sunt sese referens Peritus aperte affirmat «non emergono elementi concreti che possano indicare con certezza morale che il convenuto all'epoca del matrimonio presentava una immaturità affettiva di natura e gravità tali da impedirgli di assumere ed adempiere gli obblighi matrimoniali con grado di sufficiente libertà e responsabilità».

Quamquam Peritus admittit quasdam difficultates in convento ad affectivitatem pertinentes, illas talis gravitatis haud fuisse affirmat ut eidem praepedirent capacitatem vitam coniugalem apto modo instaurandi et ducendi.

Concludere ergo Peritus potest in sede confirmationis peritiae «all'epoca del matrimonio l'immaturità affettiva del convenuto non era di gravità tale da impedirgli di esprimere un valido consenso e, pertanto, d'assumere ed adempiere, gli obblighi matrimoniali».

Ex quibusdam elementis peritus conclusiones istas eruere poterit claris verbis affirmat «Dal complesso degli elementi in atti e sulla base della visita effettuata, ritengo che non vi siano dati a favore dell'incapacità del convenuto di realizzare nel matrimonio, almeno in grado sufficiente, la comunione e l'integrazione con la consorte».

Cum reapse peritia clari Prof. Petri plene cum actis causae cohaereat, nullum de re rationabile dubium superesse potest.

18. *De exclusione boni sacramenti ex parte mulieris.* Caput hoc eo minus fundatum videtur. Iam in libello actrix, postquam plura dixit de indole Maximi et de suis perplexitatibus, claris verbis affirmat «Di fatto non avevo dubbi, anche per le assicurazioni ricevute ripetutamente da Massimo». Ubi dubia non sunt, sed magnus amor, perdifficile est de exclusione indissolubilitatis cogitare. Addit insuper actrix «Io ero contenta del matrimonio con Massimo perché ho sempre creduto che avrei sposato Massimo e che nel matrimonio mi sarei realizzata con lui e che lui avrebbe mantenuto le promesse del matrimonio» ita ut, ex istis claris verbis, neque credi potest ipsam dubia quaedam fovisse de bono matrimonii exitu, praetermittendo dubia ab actrice indicata valde generica esse nec apta ad fundandam tam gravem exclusionem.

Deficit ergo causa proxima simulandi.

Si ad causam remotam mentem ponimus, res non mutant. Actrix numquam fuit mulier agnostica, sed semper paroecias frequentavit, activa fuit in coetus iuvenum paroeciae atque dicit «io ho

frequentato più di un corso di preparazione al matrimonio, una volta un corso organizzato dai focolarini vicino a Roma di un giorno solo; poi nell'immediatezza del matrimonio dei colloqui col mio Parroco Bruno».

Ipsa bene cognoscebat doctrinam ecclesiae de matrimonio et acceptabat (ib) sed dicit «nel mio caso, vedendo il comportamento di Massimo che non mi dava sicurezza...». Attamen mulier sese contradicit quia paulo post affirmat Maximum ipsi certitudinem praebuisse se promissa matrimonialia servaturum.

Magnus amor duxit mulierem ad matrimonium.

19. In depositione conventi omnino excluditur intentio simulationis in muliere si res non bene cessissent. Ipse declarat «A me non risulta in alcun modo che Elisa nutrisse alcun dubbio sulla riuscita del nostro futuro matrimonio (...) nel modo più assoluto Elisa non ha mai fatto alcuna affermazione di rompere il vincolo matrimoniale se il matrimonio non fosse riuscito». Insuper addit «Per me se mi avesse espresso sia implicitamente che esplicitamente tali intenzioni, io non avrei mai accettato un matrimonio che sarebbe risultato a tempo se non addirittura da interrompersi come una bomba ad orologeria e non l'avrei mai sposata».

Affirmat insuper conventus quod omnes qui relationem partium sequebantur bene cognoscebant conventi mentem de hoc.

Haec omnia conventus confirmat in postrema depositione coram Rota Romana cum dicat «(Elisa) non mi ha mai esternato concezioni del matrimonio contrarie alla dottrina della Chiesa e posso affermare che non contemplava il divorzio come soluzione neppure per le convivenze infelici o difficili. Aggiungo che non voleva neppure sentir parlare di «periodo di prova» per vedere se le cose avessero funzionato» quod rationabiliter concordat cum educatione christiana a muliere in familia recepta et servata.

20. Testes ab actrice inducti voluntatem eiusdem indissolubilitatem excludendi si res male cessissent, non confirmant. Maria, amica actricis, simulationem excludit cum dicat «Elisa arrivò al matrimonio nella sicurezza che il marito sarebbe rimasto fedele e avrebbe dimostrato attaccamento alla famiglia». Quod addat testis actricem maritum dereliquisse cum noverit ipsum infidelem fuisse

non ex simulatione, quae numquam adfuit, pendet sed a circumstantiis postnuptialibus.

Omnia amica Michaela confirmat cum dicat actricem, remotis dubiis, statuisset convento nubere quia ipsa «aveva la fiducia che Massimo in base alle sue promesse avrebbe tentato di cambiare».

Quae deponunt parentes actricis ab ipsa actrice dementiuntur.

Nicolaïdis nihil scit de eventualibus reservationibus actricis circa vitae communionem et matrimonium.

Idem dicendum de testibus Caroli, Antonius et Armandus.

Testes a convento inducti nihil referre valent de mulieris simulatione.

Apte ergo concludendum est nulla probatione de hoc capite ex actis erui posse.

21. *De exclusione boni prolis ex parte actricis.* Caput hoc nullitatis introductum est hac in iudicii instantia et respicit suppositam mulieris voluntatem prolem radicitus excludendi e matrimonio.

Attamen, actis attente consideratis, potius de temporanea exclusione agi videtur quae, post discidia et incomprehensiones inter coniuges, facta est definitiva. Si ad verba mulieris actricis in iudicio de re prolata respiciamus, nempe «I nostri rapporti erano cautelati sia con i profilattici da parte di Massimo sia con il calcolo dei giorni fertili che io facevo. Io non volevo aver figli senza aver verificato la stabilità del matrimonio» nihil certum de re eruere possumus, sed potius de temporanea exclusione agi videtur. In prima instantia, etenim, non agebatur de hoc capite, hac in instantia mulier comparere renuit. Quod sub fine suae depositionis mulier affirmet «Non sono nati figli da questo matrimonio perché non li volevo io, né lui li voleva», quoad saltem virum, mendacium sonat.

De re conventus loquens affirmat «...questa richiesta di rinviare la procreazione fu motivata da Elisa, inizialmente per il fisiologico ambientamento della coppia nascente. Successivamente Elisa espresse le sue riserve contro la maternità pensando agli impegni professionali: laurea e poi specializzazione in Neurologia nella quale temeva di contrarre malattie da soggetti di cura». Ut patet semper de dilatione prolis sub initio agebatur quae absoluta denegatio facta est anno 1993. Dicit actor «finché mi disse chiaramente nel periodo di Pasqua ad una mia domanda specifica “Te lo puoi scordare”».

22. Multi testes ex utraque parte nihil de re sciunt. Isti sunt Pater actricis, d.na Nicolaidis, R.D. Antonius, R.D. Armandus, R.D. Carolus, sicut et mater actoris Maria.

Alii de dilatione procreationis loquuntur. D.na Maria dicit «All'inizio del matrimonio entrambi rimandarono la prole perché non avevano una stabilità economica. Durante il matrimonio Elisa capì che non era il caso di avere figli con un marito che non le dava affidamento».

D.na Maria refert de intentione filiae subordinandi «la venuta dei figli alla conclusione dei suoi studi, alla specializzazione, poi resasi conto che la convivenza era impossibile con quel tipo di marito per l'eventuale futura famiglia non li ha più voluti».

Patet igitur exclusionis decisionem post matrimonium captam esse ex difficultatibus severis, saltem pro actrice, in vita coniugali ducenda.

D.nus Moreno loquitur de voluntate differendi prolem ex parte mulieris, sicut Franciscus.

23. Nec sufficit. Ex ipsissimis verbis conventi scimus sub initio 1992 Elisam voluisse filios generare et inde «avemmo il primo rapporto in modo naturale. In tale frangente Elisa risultava essere contenta e sperava di essere rimasta incinta».

Quidquid sit de cogitationibus quas conventus actrici tribuit post forte enatam prolem, clarissime apparet voluntatem actricis prolem generandi non defuisse. Etenim, prosequitur conventus diligentior, «Nell'agosto-settembre 1992 avemmo altri rapporti intimi in cui Elisa pur di essere «inseminata» accettava rapporti coniugali assumendo un atteggiamento puramente passivo che favorisse anche da parte sua al massimo la fecondazione».

Rebus sic stantibus, ab ipso convento diligentiore enarratis, attentis depositionibus testium qui de temporanea dilatione loquuntur additis aptis motivis, non intelligitur quomodo loqui possit de esclusione boni prolis ex parte mulieris.

24. Quibus omnibus tum in iure tum in facto perpensis, Nos infrascripti Praelati Auditores de Turno, pro Tribunali sedentes et solum Deum prae oculis habentes, Christi Nomine invocato, edicimus, declaramus ac definitive sententiamus propositis dubiis respondentibus: *Negative, seu non constare de matrimonii nullitate, in casu, ex ullo allato capite.*

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

Romae, in Sede Tribunalis Apostolici Rotae Romanae, die 11 decembris 2003.

*Angelus Bruno Bottone, Ponens*  
*Gregorius Erlebach*  
*Americus Ciani*

---

**Qualche breve osservazione storico-giuridica circa il significato dell'espressione «actus positivus voluntatis» nella simulazione del consenso matrimoniale**

1. *Premessa introduttiva e rapido sguardo alle forme di estrinsecazione del proposito simulatorio nella tradizione canonica.*

Nella sentenza che precede — *Pars in facto* — e, precisamente, in ordine al capo dell'esclusione dell'indissolubilità, i Giudici sono pervenuti ad una decisione negativa perché hanno ritenuto che l'atto positivo di volontà escludente non fosse chiaramente e sufficientemente provato in giudizio; le motivazioni addotte ineriscono al difetto di *causa simulandi proxima e remota*, e qualificano la confessione giudiziale ed extragiudiziale come, talvolta, generica o contraddittoria.

Nel processo di nullità matrimoniale la prova della volontà escludente risulta, dunque, sicuramente non facile; va tuttavia osservato che il concetto tecnico di atto positivo di volontà — in senso canonico-matrimoniale — è stato creato in tempi relativamente recenti, e precisamente dalla dottrina del Card. Pietro Gasparri<sup>(1)</sup>, che adattando il suo *Tractatus canonicus de matrimonio* al Codice del 1917, ne chiarì il senso in relazione al can. 1086 § 2, come contrasto voluto anche da uno solo dei contraenti tra le pa-

---

<sup>(1)</sup> P. GASPARRI, *Tractatus canonicus de matrimonio*, II, Paris, 1891, p. 23. Nella nota n. 1 l'Autore rinviava, infatti, all'opera del moralista D'Annibale, il quale si occupava della simulazione nei contratti.

role esteriormente proferite, e la carenza di effettiva volontà interna<sup>(2)</sup>.

Viceversa, nella disciplina della simulazione prevista dalla dottrina canonica medievale, la *fictio* unilaterale era frequentemente considerata influente, sul piano probatorio, nel foro giudiziario<sup>(3)</sup>, mentre produceva effetti nel solo foro della coscienza; tale teoria, attraverso il diritto comune, è confluita poi nel diritto civile, che, come è noto, non ammette alcuna ipotesi di simulazione unilaterale, la quale è denominata viceversa — sotto il profilo teorico-giuridico — *riserva mentale* e considerata irrilevante nella pratica negoziale<sup>(4)</sup>.

È chiara, in questo senso, la grande novità introdotta, in campo canonico, dall'interpretazione del Gasparri, secondo il quale la simulazione — pur concepita sempre, tradizionalmente, come divergenza tra dichiarazione esterna e volontà interna<sup>(5)</sup> — consisteva nella limitazione del consenso nuziale all'atto dell'emissione, mediante l'esclusione del matrimonio stesso, o di un suo elemento o proprietà, limitazione che comportava l'invalidità del vincolo coniugale, rilevante sia nel foro esterno che interno. Peraltro, l'efficacia invalidante della simulazione, secondo tale accezione, si verificava a prescindere dall'eventuale *mendacium*, ossia indipendentemente dalla mala fede del simulante, ed, in questo senso, era in linea con il diritto romano che ammetteva anche la rilevanza giuridica della simulazione non dolosa<sup>(6)</sup>.

Di fronte alla necessità della prova giudiziaria dell'atto positivo di volontà escludente nella simulazione unilaterale, richiesta

(2) P. GASPARRI, *Tractatus canonicus de matrimonio*, II, Civitas Vaticana, 1932, p. 36: «Fictio seu simulatio consensus matrimonialis tunc verificatur, quando contrahens externe quidem verba consensum exprimentia serio et rite profert, sed interne illum non habet».

(3) Cfr., ad esempio PANORMITANUS, in X. 4,1,26, n. 8. Per quanto concerne la dottrina degli altri decretalisti e commentatori, cfr. P. HUIZING, *Actus excludens substantiale matrimonii. Crisis doctrinae et Codicis*, in «Gregorianum», 45 (1964), p. 784 ss.; C. SERRANO POSTIGO, *La causa típica en el derecho canónico matrimonial*, Leon, 1980, p. 93-98.

(4) Cfr. F. FERRARA, *Della simulazione dei negozi giuridici*, Roma, 1922, p. 39; F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 1994, p. 900.

(5) Cfr. F. GIL DE LAS HERAS, *El concepto canónico de simulación*, in «Ius Canonicum», 65 (1993), p. 230.

(6) «posse et sine dolo malo aliud agi aliud simulari» (Ulp., D. 4,3,1,2).

anche oggi dal diritto canonico vigente — sulla scia dell'impostazione gasparriana — ai fini di una pronuncia di nullità<sup>(7)</sup>, ci si potrebbe chiedere quale fosse il senso della menzionata irrilevanza della *fictio* unilaterale in foro esterno, sostenuta dalla decretalistica medievale.

Come è noto, la decretale *Tua nos*, di Innocenzo III, sanciva infatti l'irrilevanza, per la validità del consenso matrimoniale, dell'intenzione unilaterale di non acconsentire alle nozze con una data comparte, sull'esempio della tradizione giuridica romana, che reputava inconsistente *in iure* la carenza di volontà interna di uno dei contraenti<sup>(8)</sup> — definita più tardi, si è detto, *riserva mentale* — sebbene mitigando la stessa impostazione romana, giacché limitava detta inconsistenza al foro giudiziale, ossia in ambito probatorio, mentre nel foro interno richiedeva il rinnovo del consenso per adeguare il foro della coscienza a quello esterno<sup>(9)</sup>.

In questa direzione, si insisteva, invece, sulla prova del rifiuto della sostanza o della struttura costitutiva del matrimonio ai fini dell'invalidità del vincolo coniugale; non era tuttavia sufficiente una semplice intenzione interna in quanto tale — in linea con la tesi circa la menzionata irrilevanza della *fictio* unilaterale — ma una volontà contraria alla struttura essenziale del coniugio, che si manifestasse esteriormente con atti o comportamenti chiari e concludenti<sup>(10)</sup>. La dottrina medievale, in particolare, si soffermò sulla questione della necessità del *velle non habere* — che produceva effetto irritante —, piuttosto che del *non velle habere*<sup>(11)</sup>; molto più diffusa fu, d'altra parte, l'opinione dell'esigenza di una vera e propria condizione contro la sostanza del matrimonio, e ciò sempre in linea con l'esperienza giuridica romana, che riteneva la condizione, come elemento accidentale del negozio giuridico, idonea per eccel-

(7) Cfr. CIC 1983, can. 1101 § 2.

(8) Cfr. M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1990, p. 228; A. GUARINO, *Diritto privato romano*, Napoli, 1988, p. 352-353.

(9) Cfr. PANORMITANUS, in X. 4,1,26, n. 6: «debet tamen sacerdos in foro animae illum inducere ut consentiat de novo, et sic ut purget dolum ab eo commissum, et ut aptet se foro judiciali».

(10) P. M. ABELLÁN, *El fin y la significación sacramental del matrimonio desde S. Anselmo hasta Guillermo de Auxerre*, Grenada, 1939, p. 22-23.

(11) Cfr., ad esempio, HUGUCCIO, *Summa*, in C. 32, q. 2, c. 4: «Et nota quod si qui contrahunt quod non habent voluntatem habendi prolem, non impeditur matrimonium; si vero sic quod habeant voluntatem non habendi, impeditur matrimonium».

lenza ad incidere sull'efficacia di qualunque contratto — e perciò anche di quello matrimoniale — limitandone l'operatività e quindi modificandone gli effetti<sup>(12)</sup>. In particolare, fu Gregorio IX, con la decretale *Si condiciones*, che affermò la rilevanza canonica della condizione — purché manifestata mediante testimoni — contraria alla sostanza del coniugio<sup>(13)</sup>.

Tuttavia, la semplice condizione unilaterale doveva essere agevolmente dimostrata in foro esterno, con prove, indizi o presunzioni; la difficoltà, talvolta, di pervenire a tale genere di dimostrazione condusse, in diversi casi, ad esigere l'esistenza di un *pactum* o di una *conventio*, e dunque a conferire rilevanza giuridica alla sola condizione bilaterale formulata dai contraenti mediante un accordo concluso tra loro. Tale indirizzo prendeva le mosse ancora una volta dall'opinione, diffusa tra i giureconsulti romani, secondo cui sia la condizione sospensiva che quella risolutiva avevano il loro senso e motivo di esistere in un'intesa bilaterale tra i contraenti, che si dimostrava l'unico strumento adatto a rendere rilevabile in maniera indiscutibile la limitazione dell'efficacia contrattuale nel foro giudiziario<sup>(14)</sup>.

Tale teoria divenne tanto condivisa dai canonisti, che Innocenzo IV la consacrò con la decretale *Habemus*, generalizzando la necessità della convenzione bilaterale come presupposto per la rilevanza giuridica della condizione<sup>(15)</sup>. Lo stesso Graziano, nel canone *Aliquando* del Decreto, recepiva tale indirizzo, asserendo: «Si ambo tales sint (non consenzienti), coniuges non sunt»<sup>(16)</sup>. Fino al CIC 1917, ed in ogni caso alla dottrina del Card. Gasparri, il dibattito canonistico si concentrò prevalentemente sulle forme della condizione nella limitazione del consenso matrimoniale, qualificando questa come *conditio mente radicata*, *conditio mente retenta*, *conditio in pactum deducta*, ecc., secondo che essa fosse formulata da uno solo dei contraenti, o d'accordo da entrambi<sup>(17)</sup>.

(12) A. GUARINO, *Diritto privato romano*, p. 364-366.

(13) Cfr. PANORMITANUS, in X.4,5,7.

(14) Cfr. A. GUARINO, *Diritto privato romano*, p. 367.

(15) INNOCENTIUS IV, in X.4,5,7, Venetiis, 1570, p. 561-562: «nisi ambo consentiant non impeditur matrimonium».

(16) C. 32, q. 2, c. 7.

(17) Cfr. P. SERAFINI, *Sull'esclusione dei beni essenziali del matrimonio canonico*, Roma, 1962, p. 11-12; P. HUIZING, *Actus excludens*, p. 762-763.

Tuttavia, già S. Tommaso d'Aquino, adoperando il termine *intentio* per indicare l'atto del soggetto di volere un determinato oggetto<sup>(18)</sup>, ossia l'impulso interno di conseguire fattualmente (*actus*) qualcosa che è esterno alla propria sfera di volontà, lasciava intravedere già con chiarezza — in senso teologico-morale — l'esistenza nella dinamica della condotta umana di due componenti non sempre coerenti ed univoche: un elemento soggettivo ed uno oggettivo (la volontà interna e l'azione esteriore).

Il Sánchez, secondo qualche autore<sup>(19)</sup>, avrebbe avuto il merito di attuare una sintesi che equiparava le due figure della *intentio* e della *conditio* (unilaterale), in quanto uguali nella sostanza (in ambedue i casi si trattava di un atto del volere da parte del contraente), ma con una forma giuridica diversa (reale, la prima; condizionale, la seconda) ed avrebbe coniato, in proposito, l'espressione *actus positivus voluntatis* per designare l'essenza comune delle due figure, terminologia ripresa, in seguito, dal Gasparri.

Non a caso, il Codice pio-benedettino, recependo accanto al concetto di simulazione del consenso mediante un atto positivo di volontà (can. 1086 § 2) l'istituto della condizione futura contro la sostanza del matrimonio (can. 1092, n. 2), mostrava di considerare le due ipotesi distinte, quanto meno sotto il profilo giuridico-formale<sup>(20)</sup>.

## 2. *La sentenza coram Many del 1911 e gli sviluppi interpretativi successivi, con riferimento alla valenza del termine «atto positivo di volontà».*

Sul piano giurisprudenziale, l'utilizzazione del termine *actus positivus voluntatis* promossa dal Card. Gasparri ebbe importanti risvolti applicativi. La famosa sentenza rotale coram Many del 21 gennaio 1911, nella *Pars in iure*, faceva formalmente riferimento al

(18) S. THOMAS AQUINAS, *Summa Theologiae*, I-II, q. 12, a. 1.

(19) Cfr., ad esempio, P. FEDELE, *L'essenza del matrimonio canonico e la sua esclusione*, in IDEM, «Studi sul matrimonio canonico», Roma, 1982, p. 122.

(20) Fin dai primi schemi *De matrimonio*, tuttavia, fu sollevata da vari autori la richiesta di sopprimere la fattispecie configurata nel can. 1092, n. 2, perché come si era osservato «hic non agitur de condicionibus veri nominis, sed de actu positivo voluntatis quo elementum essenziale matrimonii excluditur» (*Communicationes*, 3 [1971], p. 78).

concetto di atto positivo di volontà espresso ed effettivo come fonte di invalidità del matrimonio, tanto nel caso della simulazione totale che di quella parziale, nelle loro diverse ipotesi concrete<sup>(21)</sup>. In particolare, essa sancì l'effetto irritante di tale atto della volontà, che non necessariamente doveva assumere la forma di un patto tra i contraenti, ma poteva anche essere meramente unilaterale, purché manifestato all'esterno in una qualche modalità che ne consentisse la prova in foro esterno giudiziario<sup>(22)</sup>.

Secondo tale sentenza, la struttura essenziale dell'atto positivo del simulante non sarebbe stata costituita da due intenzioni discordi, delle quali l'una volesse un simulacro di fatto, ossia desiderasse un'apparenza di matrimonio «quia illum celebrat», mentre l'altra non volesse il vero matrimonio «quia reicit eius substantiam», intenzioni che, dunque, in quanto opposte, «sese mutuo elidunt»; bensì da due volontà, di cui la prima sarebbe stata di natura generale «faciendi nempe contractum», e la seconda di tipo speciale e con un oggetto preciso e particolare «reiciendi nempe hanc vel illam obligationem». Si concludeva, dunque, che «posterior actus certo praevallet priori, eumque tollit, cum sit magis specificus»<sup>(23)</sup>, ricorrendo all'applicazione della 34 *Regula Iuris in VI<sup>o</sup>*, che prevedeva il criterio di specialità, secondo il quale «generi per speciem derogatur», utilizzabile «in toto iure et notanter in contractibus»<sup>(24)</sup>.

Da quel momento in poi, nelle sentenze che seguirono la coram Many, si dichiarò esplicitamente e con maggiore chiarezza che per invalidare il matrimonio era richiesto un atto positivo di volontà per mezzo del quale venissero ricusate le nozze in sé, ovvero tutte le obbligazioni relative al vincolo coniugale, oppure una sola di esse<sup>(25)</sup>.

Dal 1917, anno della promulgazione del Codice pio-benedettino, le sentenze rotali presero a menzionare espressamente il can. 1086 § 2 come fondamento giuridico dell'atto positivo di volontà,

(21) Cfr. c. Many, diei 21 ianuarii 1911, in *RRDec.*, 3 (1911), p. 16 ss.

(22) Detta sentenza prendeva in esame una fattispecie di esclusione dell'indissolubilità, dichiarando esplicitamente che, ai fini della nullità del coniugio, bastava che il contraente che simulava «actu voluntatis actuali vel virtuali, etiam in pactum non deducto, non intendit nisi solubile vinculum» (c. Many, diei 21 ianuarii 1911, p. 17).

(23) *Ibid.*, p. 17.

(24) *Ibid.*, p. 17-18.

(25) Cfr., ad esempio, una c. Sebastianelli, diei 17 februarii 1914, in *RRDec.*, 6 (1914), p. 58.

del quale la condizione o il patto tra i contraenti erano considerate semplici forme di manifestazione, essendo sufficiente, ai fini della nullità del vincolo coniugale, l'*actus positivus* in quanto tale, diretto all'esclusione dell'intero matrimonio o di una o più proprietà o elementi essenziali, da provarsi ovviamente in foro esterno<sup>(26)</sup>. Tale atto positivo di volontà previsto dal can. 1086 § 2 diveniva, dunque, insieme alla *condicio de futuro contra matrimonii substantiam*, contemplata nel can. 1092 n. 2, il presupposto per qualsiasi forma di simulazione del consenso matrimoniale.

Sotto l'imperio del CIC 1983, invece — ma anche vigente il CCEO — il solo concetto di atto positivo di volontà divenne il sinonimo di simulazione o esclusione del consenso (can. 1101 § 2; can. 824 § 2 CCEO), mentre con la condizione disciplinata dal can. 1102 (can. 826 CCEO) si introduceva una diversa tipologia — anche sotto il profilo sostanziale — di consenso matrimoniale viziato.

Il contenuto del termine normativo *positivus voluntatis actus* (menzionato adottando anche la costruzione latina appropriata) è caratterizzato dalla presenza di tre componenti, previste dalla normativa canonica (can. 1101 § 2 CIC; can. 824 § 2 CCEO) che possono sintetizzarsi in questa espressione giurisprudenziale: «tria una simul concurrant necesse est, ut exclusio vim irritantem praeseferat: voluntas, actus, positivus»<sup>(27)</sup>.

La prima componente si riferisce alla causa efficiente dell'atto del volere, presupposto di qualsivoglia forma di simulazione, la quale si oppone all'atto dell'intelletto, che — in quanto mirante alla mera rappresentazione della realtà sul piano razionale — si pone su un livello dimensionale diverso da quello della dinamica della volontà, non potendo, perciò, fungere da motrice funzionale del fenomeno simulatorio<sup>(28)</sup>.

Il secondo fattore, l'*actus*, conferisce alla *voluntas* un connotato empirico ed operativo, trasladola dal piano astratto a quello concreto e dalla prospettiva statica a quella dinamica<sup>(29)</sup>; in defini-

<sup>(26)</sup> Cfr. O. GIACCHI, *Il consenso nel matrimonio canonico*, Milano, 1973, p. 90.

<sup>(27)</sup> Cfr., ad esempio, c. Davino, diei 18 aprilis 1991, in *RRDec.*, 83 (1991), p. 269.

<sup>(28)</sup> Cfr. J. DE FINANCE, *Saggio sull'agire umano*, Città del Vaticano, 1992, p. 37-38.

<sup>(29)</sup> Così A. RONCO, *Introduzione alla psicologia*, I (*Psicologia dinamica*), Roma, 1987, p. 69.

tiva, si tratta di passare dall'ambito del conoscere a quello dell'agire mediante una deliberazione<sup>(30)</sup>.

La volontarietà dell'atto del simulare implica l'ininfluenza di tutti quegli stati dell'intelletto contrari al matrimonio, o alle proprietà e finalità dello stesso, quali le idee, la mentalità, le opinioni, l'errore, il dubbio, le credenze, ecc., in modo da impedire agli stessi il conseguimento di una valenza autonoma; inoltre rende inconsistenti gli stati della volontà che non raggiungono lo spessore di un vero atto intenzionale, come le previsioni, i desideri, le aspirazioni, le prospettive, l'accondiscendenza, ecc., che possono, al più, assurgere al rango di *causa simulandi proxima seu remota*, e ciò per la natura indistinta e nebulosa che rivestono i moventi che ne costituiscono il fondamento<sup>(31)</sup>.

Per quanto riguarda l'ultimo carattere, cioè la *positivitas* dell'atto, va detto che si tratta della nota qualificante tipica dell'atto positivo, consistente nell'obiettivazione dell'effettiva volizione, tramite le dichiarazioni ed il comportamento inequivoco<sup>(32)</sup>, o nell'attitudine alla prova dell'intenzione simulatoria nel foro giudiziario<sup>(33)</sup>.

In realtà, in relazione alla sua essenza volitiva, l'atto positivo è quello realmente posto in essere (dal latino *ponere*)<sup>(34)</sup> o effettivamente espresso<sup>(35)</sup>, o, infine, *elicitus* mediante una specifica determinazione del volere<sup>(36)</sup>. In ogni caso, l'esigenza della positività nell'*actus voluntatis* induce ad estromettere dall'ipotesi simulatoria

<sup>(30)</sup> Ibid., p. 70.

<sup>(31)</sup> S. PANIZO, *Exclusión de la indisolubilidad del matrimonio*, in «Ius Canonicum», 65 (1993), p. 265 ss.; P.J. VILADRICH, *Estructura esencial del matrimonio y simulación del consentimiento. Comentario exegético y técnicas de calificación de las causas de nulidad del c. 1101 del Código de Derecho Canónico*, Pamplona, 1997, p. 22-26.

<sup>(32)</sup> In tal senso E. GRAZIANI, *Volontà attuale e volontà precettiva nel negozio matrimoniale canonico*, Milano, 1956, p. 168.

<sup>(33)</sup> P.J. VILADRICH, *Estructura esencial del matrimonio*, p. 22.

<sup>(34)</sup> Cfr. N. LÜDECKE, *Der Willenbestimmende Irrtum über das Wesen der Ehe nach c. 1099 CIC als eigenständiger Ehenichtigkeitsgrund*, in «Oesterreichisches Archiv für Kirchenrecht», 40 (1991), p. 51.

<sup>(35)</sup> Cfr. Z. GROCHOLEWSKI, *Positivo l'atto di volontà come causa di nullità del matrimonio secondo il can. 1101 par. 2 del nuovo Codice*, in «Questioni Canoniche», 22 (1984), p. 252.

<sup>(36)</sup> Cfr. S. VILLEGIANTE, *L'esclusione del «bonum sacramenti»*, in «Monitor Ecclesiasticus», 115 (1990), p. 361 ss.

*l'actus mere negativus* <sup>(37)</sup>, ossia l'atto che non è stato mai posto, in quanto inesistente. È chiaro, infatti, che l'atto positivo di volontà, proprio perché *positivo*, esiste nella dimensione spaziale e temporale e quindi si contrappone all'atto inesistente.

Inoltre, l'atto di volontà esclude ogni forma di inerzia o passività dell'atteggiamento umano, e quindi qualsiasi ipotesi di omissione intenzionale, venendo distinto, nelle svariate pronunce giudiziarie, dalla semplice *inertia voluntatis* <sup>(38)</sup>, dalla *velleitas* <sup>(39)</sup>, e dalla *intentio interpretativa* <sup>(40)</sup>.

Vale la pena ricordare, infine, anche quegli orientamenti che evidenziano la fermezza dell'atto di volontà escludente, richiedendo ai fini dell'invalidità del matrimonio un *velle non* anziché un semplice *nolle* <sup>(41)</sup>; esigono la sua presenza attuale o virtuale, ma non abituale, al momento di emettere il consenso nuziale <sup>(42)</sup>; escludono l'efficacia invalidante dell'*actus praesumptus* <sup>(43)</sup>, o sottolineano la sufficienza sia della forma esplicita che di quella implicita per simulare: «Actus positivus potest esse sive explicitus sive implicitus: est explicitus si tamquam obiectum directum et immediatum intendit exclusionem essentiae vel proprietatis essentialis matrimonii; est implicitus si tamquam obiectum directum et immediatum aliquid habet, in quo exclusio matrimonii vel eius proprietatis continetur» <sup>(44)</sup>.

### 3. *Brevi considerazioni in ordine alla struttura dell'«actus positivus voluntatis».*

È interessante, a mò di chiusura della presente esposizione, formulare un fugace rilievo circa la questione della struttura costi-

<sup>(37)</sup> Cfr. F.M. CAPPELLO, *De Sacramentis*, V, *De Matrimonio*, Taurini, 1961, p. 530.

<sup>(38)</sup> Cfr. c. Agustoni, diei 21 martii 1986, in *RRDec.*, 78 (1986), p. 410.

<sup>(39)</sup> Cfr. c. Stankiewicz, diei 17 decembris 1993, *ibid.*, 85 (1993), p. 782.

<sup>(40)</sup> Cfr. c. Funghini, diei 22 ianuarii 1986, *ibid.*, 78 (1986), p. 39.

<sup>(41)</sup> Cfr. c. De Jorio, diei 18 februarii 1970, *ibid.*, 62 (1970), p. 155.

<sup>(42)</sup> Cfr. A. STANKIEWICZ, *De iurisprudencia rotali recentiore circa simulationem totalem et partialem (cc. 1101 § 2 CIC; 824 § 2 CCEO)*, in «Monitor Ecclesiasticus», 122 (1997), p. 221 ss.

<sup>(43)</sup> Cfr. *ibid.*, p. 219.

<sup>(44)</sup> Cfr. c. Staffa, diei 21 maii 1948, *RRDec.*, 60 (1948), p. 186.

tutiva dell'atto positivo di volontà simulatoria. Il problema che si pone è se l'atto di volontà si presenti come una realtà autonoma e perfetta, sul piano ontologico e/o dell'efficacia giuridica, oppure debba concorrere, ai fini della nullità del vincolo matrimoniale, con un secondo processo volitivo, di contenuto diverso.

Alcuni studiosi affermano che nel caso della simulazione parziale, l'atto — specifico — di esclusione di una prerogativa o di un elemento essenziale del coniugio debba necessariamente coesistere con un ulteriore conato della volontà — generale — parallelo al primo e di contenuto contrario, finalizzato a contrarre, in apparenza, il matrimonio stesso. Secondo tale teoria<sup>(45)</sup>, essendo i due propositi della volontà concomitanti e di contenuto opposto, si neutralizzerebbero reciprocamente<sup>(46)</sup>.

Nell'ambito di tale costruzione, si evidenzia lo specifico indirizzo dottrinale e giurisprudenziale per il quale, di fronte al presunto intento simulatorio, va individuata l'eventuale *voluntas praevalens*, ossia l'esistenza di una intenzione speciale, diretta ad escludere la *substantia matrimonii* — ossia uno o più elementi o proprietà essenziali del coniugio — prioritaria e derogatoria rispetto alla volontà generale di contrarre il vincolo sponsale, che produrrebbe un effetto invalidante del matrimonio, in base al principio di specialità previsto dalla surrichiamata 34 *Regola Iuris in VI*<sup>o</sup><sup>(47)</sup>.

Ora, l'attendibilità della teoria della concomitanza delle due intenzioni parallele e contrastanti che si estinguono vicendevolmente è stata contestata da parte della dottrina, giacché, secondo quest'ultima, è una contraddizione in termini ipotizzare che il contraente voglia e non voglia contemporaneamente la stessa cosa<sup>(48)</sup>. Questa conclusione è stata tratta, in particolare — si è detto —, per quanto concerne la simulazione parziale, nella quale, da un lato, esiste nel simulante la volontà di contrarre realmente il matrimonio, e dall'altra, l'intenzione positiva di escludere qualche com-

<sup>(45)</sup> Tale orientamento dottrinario si ricollega alla tesi elaborata da Benedetto XIV, relativa all'assorbimento dell'*error privatus* nella *voluntas generalis* di contrarre matrimonio secondo ciò che la Chiesa insegna (cfr. in merito BENEDECTUS XIV, *De synodo dioecessana*, lib. 13, cap. 22, n. 7).

<sup>(46)</sup> Cfr. F. AZNAR GIL, *El nuevo derecho matrimonial canónico*, Salamanca, 1985, p. 362.

<sup>(47)</sup> Cfr. Z. GROCHOLEWSKI, *Positivo l'atto di volontà*, p. 255 ss.

<sup>(48)</sup> E. GRAZIANI, *Volontà attuale e volontà precettiva*, p. 163 ss.

ponente essenziale dello stesso, in maniera tale che la volizione matrimoniale non coincide più con quella contemplata nello schema statuito dalla legge canonica<sup>(49)</sup>.

Per quanto riguarda il caso della simulazione totale, invece, la tesi della doppia volontà riscuote maggiore consenso, perché in tale ipotesi le due intenzioni contemporanee non appaiono contrastanti, in quanto il contraente con la prima vuole un'immagine apparente di matrimonio, ossia una pura finzione, mentre con la seconda — l'atto positivo di volontà escludente — egli mira ad elidere gli effetti della celebrazione nuziale<sup>(50)</sup>.

Viceversa, la teoria della volontà prevalente è stata generalmente ritenuta verosimile ed accettabile, giacché in questo caso non si tratta di attribuire fondatezza logica ad una situazione di prevalenza tra autentiche volizioni confliggenti, bensì ad un'ipotesi di prevalenza tra meri interessi confliggenti, contemporaneamente degni di tutela, a parere del nubente, ma che inducono costui, in ogni caso, a dover scegliere necessariamente quello ritenuto prioritario, in modo che la decisione di simulare prende il sopravvento su quella astratta di contrarre<sup>(51)</sup>.

Ma la tesi più accreditata in dottrina è, comunque, quella che sostiene l'univocità ed autonomia dell'atto di volontà nel processo simulatorio, consistente nell'esclusione del matrimonio stesso o di uno o più elementi costitutivi. Si afferma, infatti, che la volontà umana può essere protesa verso una pluralità di oggetti o di obiettivi, in quanto può aspirare a realizzarli contemporaneamente, ma qualora essi siano incompatibili — come nel caso della scelta tra un matrimonio perpetuo ed uno temporaneo — la decisione concreta potrà riferirsi ad uno solo di essi<sup>(52)</sup>.

Nella stessa direzione, si è peraltro argomentato che la pretesa doppia volontà nel proposito simulatorio altro non è che l'insieme di una rappresentazione razionale del matrimonio, e l'atto di volontà vero e proprio, e non già la somma di due volizioni distinte. Il contraente può decidere di adeguare la scelta nuziale concreta all'immagine intellettuale recepita dal diritto canonico, oppure a

---

(49) Così O. GIACCHI, *Il consenso*, p. 94.

(50) Cfr. P.A. BONNET, *Introduzione al consenso matrimoniale canonico*, Milano, 1985, p. 105.

(51) Cfr. *ibid.*, p. 165.

(52) Cfr. P. HUIZING, *Actus excludens*, p. 763.

quella personale difforme da questo; nel primo caso, contrarrà validamente, mentre, nel secondo caso, il vincolo sarà nullo, ma la volizione effettiva rimarrà pur sempre unica<sup>(53)</sup>.

Infine, nella medesima ottica, si è affermato che nella simulazione del consenso è rinvenibile un unico atto di volontà interno, contrario al matrimonio in sé, o allo schema matrimoniale previsto dalla dottrina della Chiesa; la manifestazione di volontà — il segno nuziale — in quanto tale, non contiene alcuna volontà propria ed indipendente, ma è solo la forma esteriore, *ore tantum seu verbis*<sup>(54)</sup>, che assume quella precipua intenzione interna, con la quale detta forma si presume coerente, fino a prova contraria<sup>(55)</sup>. È chiaro che la validità del vincolo coniugale esige la conformità tra l'intenzione interna e la manifestazione esterna (ossia le parole ed i segni adoperati durante la cerimonia), la quale rimarrà, invece, un'immagine falsa di quel proposito interiore nel caso che il contraente simuli il proprio consenso, interamente o parzialmente, rifiutando il matrimonio *in toto*, o ricusando qualche aspetto imprescindibile dello stesso.

#### 4. *Conclusioni.*

Dall'analisi delle considerazioni che precedono, è possibile pervenire alle seguenti brevi conclusioni, che costituiscono la sintesi dell'*iter* storico-giuridico che si è tentato di delineare.

Il concetto tecnico di atto positivo di volontà — in senso canonico-matrimoniale — è stato creato in tempi relativamente recenti, e precisamente dalla dottrina del Card. Pietro Gasparri, che ne ammetteva la configurabilità come presupposto invalidante del matrimonio anche nel caso della simulazione unilaterale. Viceversa, nella disciplina prevista dalla dottrina canonica medievale, la *fictio* unilaterale era frequentemente considerata ininfluenza, sul piano probatorio, nel foro giudiziario, mentre produceva effetti nel solo foro della coscienza.

---

<sup>(53)</sup> Cfr. O. FUMAGALLI CARULLI, *Intelletto e volontà nel consenso matrimoniale in diritto canonico*, Milano, 1981, p. 193-194.

<sup>(54)</sup> Così P.J. VILADRICH, *Estructura esencial del matrimonio*, p. 17.

<sup>(55)</sup> Cfr. CIC 1983, can. 1101 § 1; CCEO, can. 824 § 1.

Fino al CIC 1917, ed in ogni caso alla dottrina del Card. Gasparri, il dibattito canonistico si concentrò prevalentemente sulle forme della condizione nella limitazione del consenso matrimoniale, qualificandola in maniera varia, secondo che essa fosse formulata da uno solo dei contraenti, o d'accordo da entrambi, tramite un patto.

La famosa sentenza rotale coram Many del 21 gennaio 1911, nella *Pars in iure*, faceva formalmente riferimento al concetto di atto positivo di volontà espresso e positivo come fonte di invalidità del matrimonio, tanto nel caso della simulazione totale che di quella parziale, nelle loro diverse ipotesi concrete. In particolare, essa sancì l'effetto irritante di tale atto della volontà, che non necessariamente doveva assumere la forma di un patto tra i contraenti, ma poteva anche essere meramente unilaterale, purché manifestato all'esterno in una qualche modalità che ne consentisse la prova in foro giudiziario.

Dal 1917, anno della promulgazione del Codice pio-benedettino, le sentenze rotali presero a menzionare espressamente il can. 1086 § 2 come fondamento giuridico dell'atto positivo di volontà, del quale la condizione o il patto tra i contraenti erano considerate semplici forme di manifestazione, essendo sufficiente, ai fini della nullità del vincolo coniugale, l'*actus positivus* in quanto tale, diretto all'esclusione dell'intero matrimonio o di una o più proprietà o elementi essenziali, da provarsi ovviamente in foro esterno. Tale atto positivo di volontà previsto dal can. 1086 § 2 diveniva, dunque, insieme alla *condicio de futuro contra matrimonii substantiam*, contemplata nel can. 1092 n. 2, il presupposto per qualsiasi forma di simulazione del consenso matrimoniale.

Sotto l'imperio del CIC 1983, invece — ma anche vigente il CCEO — il solo concetto di atto positivo di volontà divenne il sinonimo di simulazione o esclusione del consenso (can. 1101 § 2; can. 824 § 2 CCEO), mentre con la condizione disciplinata dal can. 1102 (can. 826 CCEO) si introduceva una diversa tipologia — anche sotto il profilo sostanziale — di consenso matrimoniale viziato.

Il contenuto del termine normativo *positivus voluntatis actus* è caratterizzato dalla presenza di tre componenti, previste dalla normativa canonica (can. 1101 § 2 CIC; can. 824 § 2 CCEO): la volontà, l'atto, la positività. Sono stati, dunque, esaminati tali elementi nel loro significato.

Successivamente è stata rapidamente analizzata la struttura costitutiva dell'atto positivo di volontà. Alcuni studiosi, come si è ricordato, affermano che, nel caso della simulazione, l'atto — specifico — di esclusione di una prerogativa o di un elemento essenziale del coniugio debba necessariamente coesistere con un ulteriore conato della volontà — generale — parallelo al primo e di contenuto contrario, finalizzato a contrarre, in apparenza, il matrimonio stesso. Distinguono, tuttavia, traendone implicazioni diverse, il caso della simulazione totale da quella parziale.

Ma la tesi più accreditata in dottrina è, comunque, quella che sostiene l'univocità ed autonomia dell'atto di volontà nel processo simulatorio, consistente nell'esclusione del matrimonio stesso o di uno o più elementi costitutivi. Si afferma, infatti, che la volontà umana può essere protesa verso una pluralità di oggetti o di obiettivi, in quanto può aspirare a realizzarli contemporaneamente, ma qualora essi siano incompatibili — come nel caso della scelta tra un matrimonio perpetuo ed uno temporaneo — la decisione concreta potrà riferirsi ad uno solo di essi.

*Ciro Tammaro*

**Pagina bianca**

*Note e commenti*

**Pagina bianca**

VACANCES ET OBLIGATION DE RÉSIDENCE  
DE L'ÉVÊQUE DIOCÉSAIN  
RÉFLEXION ATOUR  
DE L'INTERPRÉTATION DE CANONS

I. Vacances et absences de l'évêque diocésain, au risque de vacance du siège. — 1. Droit des clercs aux vacances. — 2. Vacances à l'épreuve de la charge épiscopale — 3. Absences réduites pour l'évêque diocésain. — II. Compréhension et application correcte de la loi. — 1. Des absences obligatoires aux absences injustifiées. — 2. Sollicitude universelle sans détriment pour l'Église particulière. — 3. Un mois d'absence légitime, vacances comprises. — III. À la recherche de moyens pour rappeler à la charge. — 1. Sanctions et interventions d'autorités supérieures. — 2. Courageux et bienveillant sens des responsabilités. — 3. Vers une organisation harmonieuse du temps.

« Puissent les communautés chrétiennes, dans leur attachement pour leurs pasteurs, les soutenir par un salaire honnête, rendant ceux-ci comptables devant elles de leur temps et de leur mode de vie! »

JEAN PAUL II (\*)

Il est parfois intéressant de se pencher sur des canons faciles à comprendre. En effet, ils sont aussi facilement oubliés. Même pour un canon qui n'a apparemment rien de neuf on peut avoir la surprise de découvrir quelque nouveauté non dénuée d'intérêt tant du point de vue ecclésiologique et pastoral que pour la conception même du droit canonique. Lorsque surgit la question du droit aux vacances de l'évêque diocésain on pourrait s'imaginer que tout dévoué au peuple qui lui est confié, oeuvrant de jour, visitant de long en large son diocèse, disponible même tard le soir ou tôt le matin, célébrant avec ferveur dimanches et jours de fête, cet homme ne

---

(\*) *L'Église d'Afrique a l'obligation d'évangéliser le continent. Discours aux évêques du Sénégal, de Mauritanie et du Cap-Vert*, in *La documentation catholique*, 89, 1992, p. 320-322, ici p. 321, n. 5.

puisse jamais s'accorder le repos ou les loisirs dont bénéficient fort heureusement, au moins sous nos latitudes européennes, un grand nombre de personnes. Peut-être est-ce vrai pour beaucoup d'évêques, mais ce n'est pas toujours le cas. Certains trouvent et s'accordent ce bienfaisant moment de repos permettant de reconstituer des forces. D'autres semblent abuser, être à tel point absent que leur siège en paraît vacant. Sans doute serait-il intéressant de mener une enquête systématique auprès d'évêques pour voir comment ils organisent leur temps d'absences et de vacances, mais ce n'est pas le but de la présente étude qui part simplement du droit en vigueur afin de réfléchir à ce propos à l'interprétation du droit canonique et à la question de l'application correcte de la loi ainsi qu'aux moyens qu'elle peut offrir en cas d'abus.

### I. *Vacances et absences de l'évêque diocésain, au risque de vacance du siège.*

Le droit canonique prévoit-il quelque disposition concernant les vacances de l'évêque diocésain? La question peut paraître surprenante surtout lorsque, posée avec un sourire malin au coin de l'oeil, elle est susceptible d'en cacher une autre: celle de l'obligation de résidence de l'évêque diocésain située face à un évêque resenti comme trop souvent absent. Les canonistes savent bien qu'en vertu des canons 395 et 410 les évêques sont tenus de résider dans le diocèse mais qu'ils peuvent s'en éloigner pour quelques fonctions qu'ils ont à exercer hors du diocèse et pour des «vacances», le temps d'un mois, dit-on.

#### 1. *Droit des clercs aux vacances.*

Partant du code de droit canonique de 1983 on a du mal à trouver beaucoup d'informations sur les vacances. Si l'on se reporte au passage traitant des évêques diocésains<sup>(1)</sup>, on constatera que le mot *vacances* (*vacationes*) n'y figure pas. Mais le mot *vacance* (*vacatio*) va paraître dès le chapitre suivant traitant de l'empêchement et de la vacance du siège épiscopal. *Vacatio* et *vacationes*, on est bien

---

(1) Il s'agit de la seconde partie du livre sur *le peuple de Dieu*, précisément à la seconde section, titre I, chapitre II, article II.

d'accord, ce n'est pas la même chose. Pour parler des vacances le code de droit canonique de 1983 préfère d'ailleurs l'expression *feriarum causa* <sup>(2)</sup>. Un canon parmi ceux qui traitent des droits fondamentaux mentionne les vacances des clercs (*clerici*) dont font sans aucun doute partie les évêques. Le second paragraphe du c. 283 dit qu'ils

«bénéficieront (...) tous les ans d'une période de vacances (*feriarum tempus*) convenable et suffisante, déterminée par le droit universel ou particulier» <sup>(3)</sup>.

Selon ce canon le principe de base est clair: un *temps convenable et suffisant* est bel et bien prévu <sup>(4)</sup>. La détermination de ce temps est laissée au droit universel ou particulier. Si l'on peut aisément comprendre que l'organisation concrète des vacances des uns et des autres soit réglée par des dispositions du droit particulier, il est toutefois peu probable que «le nouveau code laisse sagement aux usages locaux ou au droit particulier le soin de régler la question» <sup>(5)</sup> du comput du temps de vacances des évêques. Voyons ce qu'il est possible de trouver au niveau du droit universel en ce qui regarde vacances et absences des évêques: l'évêque diocésain surtout, mais aussi les évêques coadjuteurs ou auxiliaires.

## 2. *Vacances à l'épreuve de la charge épiscopale.*

Pour savoir comment il convient d'honorer l'obligation de résidence et quel est le temps de vacances que peut s'accorder un

(2) On verra plus loin le c. 410. Des expressions semblables se retrouvent au niveau de la paroisse (c. 533 § 2 et 550 § 3).

(3) «Ipsi autem competit ut debito et sufficienti quotannis gaudeant feriarum tempore, iure universalis vel particulari determinato». Ce canon se situe dans le chapitre sur *les obligations et les droits des clercs*, soit au titre III de la première partie du livre II *le peuple de Dieu*.

(4) L'expression utilisée par le canon repose sur le décret conciliaire *Presbyterorum Ordinis*, 20 traitant du ministère et de la vie des prêtres.

(5) L.-E. GHESQUIÈRES, *Vacances cléricales*, in *Catholicisme*, t. 15 (1997), col. 609-610. À vrai dire il conviendrait plutôt de se méfier de certains usages locaux excessifs en matière de loisirs. Le droit canonique, qu'il soit particulier ou universel, n'a guère de raisons de s'aligner sur une culture des loisirs, «Freizeitgesellschaft», comme le dit justement Winfried AYMANS, *Kanonisches Recht. Lehrbuch aufgrund des Codex iuris Canonici, Band II. Verfassungs- und Vereinigungsrecht*, Paderborn, München, Wien, Zürich, Schöningh, 1997, XIX-772 p., ici p. 153.

évêque selon le droit universel en vigueur dans l'Église latine, il est bon de relire les canons 395 et 410. Le c. 395 traite amplement de l'obligation de résidence de l'évêque diocésain et, dès la première lecture, il apparaît comme tout à fait clair dans sa formulation.

« § 1. Même s'il a un coadjuteur ou un auxiliaire, l'Évêque diocésain est tenu par la loi de la résidence personnelle dans son diocèse.

§ 2. Outre la visite *ad limina*, l'assistance obligatoire aux Conciles, au synode des Évêques, à la conférence des Évêques ou toute autre absence pour un office qui lui a été légitimement confié, il peut s'absenter de son diocèse pour une juste cause, mais pas au-delà d'un mois continu ou non, pourvu qu'il ait pris soin que son absence n'entraîne aucun préjudice pour le diocèse.

§ 3. Il ne s'absentera pas du diocèse pour la Nativité, durant la Semaine Sainte et le jour de Pâques, pour la Pentecôte et la fête du Corps et du Sang du Christ, si ce n'est pour une raison grave et urgente.

§ 4. Si l'Évêque s'absente de son diocèse sans motif légitime au-delà de six mois, le Métropolitain en informera le Siège Apostolique; s'il s'agit du Métropolitain, c'est au suffragant le plus ancien de le faire. »

L'édition officielle annotée du code de droit canonique ne mentionne pour ce canon aucune autre source que le c. 338 du code de droit canonique de 1917 qui a une formulation semblable et qui repose lui-même sur d'anciennes sources<sup>(6)</sup>. On pourrait en déduire qu'il n'y a pas grand chose de nouveau sur ce sujet, l'obligation de résidence de l'évêque semblant être une question résolue par la doctrine canonique. Les commentaires du c. 395 du code de droit canonique en vigueur ne s'avèrent d'ailleurs pas particulièrement prolixes; souvent ils se contentent de relever simplement les quelques changements opérés lors de la révision.

---

<sup>(6)</sup> Décret de Gratien, décrétales de Grégoire IX, Concile de Trente et de nombreux textes pontificaux comptent parmi les sources de ce canon. Leur répétition, leur insistance, montre à elle seule que l'obligation de résidence a toujours dû être rappelée.

Il est vrai qu'en comparant le c. 395 à son canon source on peut relever quelques changements rédactionnels mineurs, quelques mises à jour concernant en particulier des institutions inexistantes en 1917. C'est au second paragraphe du c. 338 que l'on trouvera la mention des vacances (*vacationes*) dont ne parle plus le code de 1983. Le code pio-bénédictin précise en effet que l'évêque n'a pas le droit de cumuler ces temps d'absence notamment avec ses vacances de l'année suivante<sup>(7)</sup>. C'est aussi dans ce paragraphe que se trouve un autre changement qui doit être signalé. Si le c. 395 du code de 1983 parle d'une absence maximale d'un mois, le code de 1917 permet que ce même type d'absence *aequa de causa* puisse avoir lieu pour deux mois mais pas au-delà ou, s'il y a plusieurs absences, au total trois mois par an. Si la « juste cause » (*aequa de causa*) figure toujours dans le c. 395 de 1983, les *vacationes* ne sont plus mentionnées. On peut s'en douter, la révision de ce canon n'a pas suscité de grandes discussions. Le changement intervenu au § 3 devra lui aussi être mis sur le compte de la rapidité des moyens de transport et de communication: en 1917 le législateur parle de l'absence de la *cathédrale*<sup>(8)</sup>, en 1983 de l'absence du *diocèse*; en 1917 il englobe tout le temps de l'Avent et du Carême, ce qu'il ne fait plus en 1983.

A l'étude du c. 395 il faut ajouter la lecture du c. 410 où les vacances des évêques sont mentionnées, toujours dans le contexte de l'obligation de résidence.

« L'Évêque coadjuteur et l'Évêque auxiliaire, tout comme l'Évêque diocésain lui-même, sont tenus par l'obligation de résider dans le diocèse; ils ne s'en éloigneront que pour peu de temps, sauf pour une fonction (*officium*) à exercer

---

(7) « quod tamen tempus coniungi nequit sive cum tempore sibi concesso occasione suae promotionis, vel visitationis Sacrorum Liminum, vel assistentiae Concilio, sive cum tempore vacationum anni subsequenti », dit le c. 338 § 2. La note des sources renvoie entre autres au Concile de Trente, session XXIII, de *ref.* c. 1.

(8) L'importance de la présence de l'évêque à la cathédrale est relevée avec insistance dans d'autres documents. On verra par exemple l'exhortation apostolique post-synodale de JEAN PAUL II, *Pastores gregis*, 16 octobre 2003, in *La documentation catholique*, 100, 2003, p. 1001-1058, qui cite au n. 34 la liturgie de la messe chrismale ou l'administration des ordres sacrés, tout comme l'anniversaire de la consécration de la cathédrale et la fête des saints patrons du diocèse.

hors du diocèse, ou pour le temps des vacances (*feriarum causa*) qui ne dépassera pas un mois».

L'interprétation courante de ce canon, qui se situe dans un article sur les évêques coadjuteurs et les évêques auxiliaires, fait porter sa disposition sur les seuls coadjuteurs et auxiliaires, n'appliquant l'incise «sicut et ipse Episcopus dioecesanus» qu'à la seule obligation de résidence et non aux vacances. On lit ainsi que les vacances des coadjuteurs et auxiliaires ne devront pas dépasser un mois. Mais qu'en est-il de l'évêque diocésain? Nul ne conteste qu'il a, comme tous les clercs, un droit fondamental de prendre un temps de repos, de bénéficier «tous les ans d'une période de vacances convenable et suffisante», comme l'exprime le c. 283 § 2. Voyons cependant s'il a droit à un temps de vacances qui certes ne dépassera pas un mois, mais qui est d'un mois. Marquée par la mentalité occidentale, je serais prête à plaider en faveur du mois de vacances, y compris pour l'évêque diocésain, mais le droit canonique ne semble pas aller dans ce sens. Il suffit de porter un regard sur le canon parallèle dans le Code des canons des Églises orientales promulgué en 1990; le c. 217 est libellé comme suit:

«L'Évêque coadjuteur et l'Évêque auxiliaire sont tenus par l'obligation de résider dans l'éparchie; ils ne s'en éloigneront que pour peu de temps, sauf pour une charge (*munus*) à remplir hors de l'éparchie ou pour motif de vacances (*feriarum causa*), qui ne dépasseront pas un mois».

Ici il est tout à fait clair que le canon ne parle de vacances que pour l'évêque coadjuteur et l'évêque auxiliaire et non pour l'évêque éparchial. Comme dans l'Église latine la durée des vacances est d'un mois maximum mais ce temps ne semble pas pouvoir concerner celui qui porte la lourde charge d'une Église particulière. En comparant le c. 410 du code de droit canonique aux c. 533 § 2 et 550 § 3 concernant les curés, on relèvera que pour les curés et les vicaires «les jours d'absence pour la retraite spirituelle» ne sont pas «comptés dans le temps des vacances» qui durent «au maximum un mois»<sup>(9)</sup>. Si pour les évêques le législateur suprême ne mentionne pas les jours de retraite spirituelle, ce n'est sûrement pas parce qu'ils en seraient dis-

(9) Le c. 533 § 2 fixe «ad summum per unum mensem».

pensés, mais vraisemblablement parce que ce temps ne devrait pas augmenter la durée d'absence du diocèse<sup>(10)</sup>.

### 3. *Absences réduites pour l'évêque diocésain.*

Revenons au c. 395 § 2 selon lequel l'évêque diocésain « peut s'absenter de son diocèse pour une juste cause, mais pas au-delà d'un mois continu ou non, pourvu qu'il ait pris soin que son absence n'entraîne aucun préjudice pour le diocèse »<sup>(11)</sup>. On peut partir de l'idée que la législation pour le rite latin considère les vacances comme « une juste cause » puisqu'elle les prévoit explicitement au c. 283 § 2 ainsi qu'au c. 410, du moins pour les évêques coadjuteurs et auxiliaires. On peut aussi admettre que l'insistance du c. 395 § 2 porte surtout sur la durée de l'absence légitime des évêques diocésains: « pas au-delà d'un mois » de manière continue ou discontinue. Par ailleurs le texte prévoit que l'on s'assure que son absence ne porte pas préjudice au diocèse. Et c'est là le noeud de l'affaire. En effet celles et ceux qui cherchent à contester les vacances<sup>(12)</sup> de l'évêque diocésain sont rares, mais, dès lors qu'il est souvent absent, qu'il est absent bien « au-delà d'un mois » et que son absence est mal ressentie, les personnes se font plus nombreuses à le vouloir essentiellement présent et à sa tâche de pasteur du troupeau qui lui a été confié.

<sup>(10)</sup> Certes le nouveau *Directoire pour le ministère pastoral des évêques*. « *Apostolorum Successores* », publié le 22 février 2004 par la Congrégation pour les évêques, ne va pas dans ce sens, mais on ne comprend pas sur quelle norme il entend s'appuyer pour affirmer « que les jours réservés aux exercices spirituels » ne rentreraient « pas en compte dans le mois à disposition de l'Évêque »; cf. l'édition vaticane Città del Vaticano, Libreria Editrice Vaticana, 2004, 317 p., ici p. 180, n. 161. Ce texte ne fait aucune différence entre les diverses catégories d'évêques et comporte plusieurs glissements de sens par rapport au code de droit canonique. Le c. 395 § 2 est aussi cité mal à propos au n. 54, p. 64, car ce canon ne parle ni de repos ni de vacances mais simplement d'une juste cause d'absence.

<sup>(11)</sup> Le c. 395 § 2 dit: « a dioecesi aequa de causa abesse potest non ultra mensem sive continuum sive intermissum, dummodo cautum sit ne ex eius absentia dioecesis quidquam detrimenti capiat ».

<sup>(12)</sup> On lui souhaite plutôt le bonheur de ce temps pour « la recherche, l'investigation, la fouille, toutes activités qui ne peuvent se déployer que dans la liberté de la pensée et de l'action » comme le dit Théo KLEIN dans sa méditation sur les vacances: *Journal de l'été 2002*, in *Études*, 3976, 2002, p. 663-674.

Il ne s'agit pas de la seule présence physique mais d'une présence effective pour les fidèles en assumant personnellement les obligations de sa charge. L'esprit de la loi ne fait pas de doute. Dès les premiers commentaires du c. 395, Thomas J. Green l'exprime clairement: l'obligation de résidence comporte celle d'assumer les diverses responsabilités épiscopales décrites dans les canons et ailleurs<sup>(13)</sup>. Et si, quinze ans après la promulgation du code, des canonistes reprennent l'idée c'est probablement parce qu'ils ont vu une nécessité à répéter et à insister, les choses n'étant dans les faits pas aussi simples<sup>(14)</sup>. On peut se demander si ce sont les expériences négatives<sup>(15)</sup>, où les temps des absences et des vacances de l'évêque diocésain font songer à une durable «vacance»<sup>(16)</sup> de son siège ou de son office, qui ont conduit un dicas-

(13) *The Code of Canon Law. A Text and Commentary*, Commissioned by the Canon Law Society of America, New-York/Mahwah, Paulist Press, 1985, XXVI-1152 p., ici p. 332-333: «The obligation of residence means not simply physical presence in the diocese but also fulfilling the various episcopal responsibilities clarified in the canons and elsewhere». José Luis GUTIÉRREZ commente dans le *Code de droit canonique. Édition bilingue et annotée*, Montréal, Wilson Lafleur, 1990, XXIX-1500 p., à propos du c. 395 et avant de renvoyer au c. 383, p. 262: ...«cependant il faut avoir présent à l'esprit la *ratio legis*: le devoir de résidence émane de la fonction qui revient à l'évêque d'être le principe visible et le fondement de l'unité de l'Église particulière qui lui est confiée. Cette fonction entraîne non seulement le soin pastoral quotidien mais aussi toute une série de tâches concrètes, depuis la disponibilité habituelle de l'évêque pour s'occuper de tous les fidèles et les écouter jusqu'à la visite canonique de toute sa circonscription dans un délai déterminé par le droit (cc. 396-399). Ce devoir primordial constitue le critère qui, en dernier recours, légitime ou non les motifs pour lesquels il peut s'absenter de son diocèse».

(14) Georg BIER dit: «Dabei geht es nicht nur um die bloße physische Präsenz des Bischofs. Der Bischof soll vielmehr im Vollsinn für die ihm anvertrauten Gläubigen da sein; er soll seine Verantwortung für das Gottesvolk und die Aufgaben, die ihm durch sein Amt gestellt sind, persönlich wahrnehmen»; *Münsterischer Kommentar zum Codex iuris canonici*, Münster, Ludgerus Verlag, feuilles mobiles, 1998, 395/3. Voir aussi par exemple Winfried AYMANS, *op. cit.*, p. 349: «Der Nachdruck, mit dem das Gesetz sich dieser Frage zuwendet, ist nicht nur ein Reflex negativer Erfahrungen im Lauf der Kirchengeschichte, sondern zeigt den Ernst, mit dem die tatsächliche Zusammengehörigkeit von Hirt und Herde begriffen wird. (...) Rechtmäßige Abwesenheit folgt aus der Erfüllung von entsprechenden Amtspflichten (vorgeschriebener Rombesuch, Konzil, Bischofskonferenz). Darüber hinaus verlangt Abwesenheit nach einem angemessenen Grund (z. B. Urlaub)».

(15) Cf. Winfried AYMANS, *ibid.*

(16) Selon la table analytique du code de 1983 annoté *Codex iuris canonici... fontium annotatione et indice analytico-alphabetico auctus*, Roma, Libreria editrice vati-

tère de la curie romaine à poser à ce sujet une question au Conseil pontifical pour l'interprétation des textes législatifs. En date du 12 septembre 1996 ce Conseil pontifical va répondre longuement tout en affirmant d'entrée qu'il ne s'agit pas d'un canon qui exigerait une interprétation authentique mais plutôt de questions concernant l'application correcte de la loi.

## II. *Compréhension et application correcte de la loi.*

Il est intéressant de présenter brièvement ce texte passé largement inaperçu, du moins chez les canonistes francophones<sup>(17)</sup>. Le Cardinal Julián Herranz, président du Conseil pontifical pour l'interprétation des textes législatifs, explique de manière dense et précise la question de l'obligation de résidence de l'évêque diocésain<sup>(18)</sup>. Après un bref rappel historique, relevant quelques sources de la norme en vigueur, il répond aux questions posées par le dicastère de la curie romaine. Les deux premières concernent les exceptions qui justifient l'absence de l'évêque du diocèse, en particulier dans le cadre de la conférence des évêques. La troisième question porte sur le calcul du temps des vacances.

### 1. *Des absences obligatoires aux absences injustifiées.*

Les exceptions qui justifient l'absence du diocèse sont établies par le législateur suprême et portent d'abord sur ses déplacements à Rome: visite *ad limina*, Concile, synode des évêques. L'évêque peut encore s'absenter du diocèse pour l'assistance obligatoire à la

---

cana, 1989, p. 649, le mot *vacatio* renvoie, outre les canons sur le diocèse 416-430, aussi aux suivants: « officii, 153 §§ 1 et 2, 154, 158 § 1, 162, 165, 191 § 1; Sedis Apostolicae, 335; (...) parociae, 524, 525, 539, 541 ».

(17) Il ne semble pas non plus avoir inspiré la rédaction du récent *directoire Apostolorum Successores*.

(18) PONTIFICIO CONSIGLIO DE LEGUM TEXTIBUS INTERPRETANDIS, Prot. N. 5125/96, *Obbligo del vescovo di risiedere in diocesi (Circa il canone 395 CIC)*, in *Communiquazioni*, 28, 1996, p. 182-186. On notera que ce passage est précédé d'une réponse du 8 novembre 1996 concernant le c. 961, lui aussi en soi parfaitement clair, mais qui ne trouve toujours pas application correcte et ceci malgré lettre apostolique *Misericordia Dei* du 7 avril 2002. Les deux réponses figurent sous le titre *Notae explicativae* et l'introduction situe les questions: « quaestiones particulares quae propositae erant quaequae verum dubium iuris non secumferebant sed potius ad recte intelligendam legem attinebant », *ibid.*, p. 177.

conférence des évêques ou pour toute autre absence liée à un office légitimement confié. « Praeterquam causa Episcoporum conferentiae, quibus interesse debet, aliusve officii sibi legitime commissi », dit le c. 395 § 2. C'est ici que semble se présenter le problème d'application correcte de la loi puisque le Président du Conseil pontifical pour l'interprétation des textes législatifs va insister sur ce point rappelant que les statuts et règlements des conférences des évêques établissent quand la participation est nécessaire ou grandement utile<sup>(19)</sup>. Et si l'illustre rédacteur ne doute pas que les évêques connaissent la force obligatoire de la norme, il distingue les réunions obligatoires selon les statuts de toutes celles qui ne le sont pas, l'absence du diocèse ne se justifiant que si, selon les statuts tel évêque *doit* participer à la réunion<sup>(20)</sup>. Quant à la question d'autres offices, reprenant le canon, il rappelle qu'il ne peut s'agir d'un quelconque office ou ministère mais uniquement de celui qui a été *légitimement confié* à l'évêque<sup>(21)</sup>. Puis il s'efforce d'illustrer ces propos par quelques exemples. Nous le suivons ci-après presque mot à mot<sup>(22)</sup>, le choix des exemples cités pouvant intéresser au plus haut point des personnes qui se sentent lésées par de trop nombreuses absences de leur évêque diocésain.

Tout d'abord il faut mettre en évidence que certaines activités ministérielles ou académiques, en soi certainement bonnes mais ne relevant pas directement du soin pastoral du diocèse, ne peuvent être comptées parmi les offices légitimement confiés. Partant, le temps passé à ces activités extra-diocésaines, qui n'ont pas été demandées par l'autorité supérieure, devra être pris sur celui des vacances. Sans vouloir fournir de liste exhaustive le Président du Conseil pontifical pour l'interprétation des textes législatifs cite entre autres les exercices spirituels prêchés hors diocèse et à des personnes qui n'ont pas de lien particulier avec le diocèse, les cours et conférences, les rencontres au niveau régional ou national, les

---

(19) On notera que parmi les textes parus depuis cette réponse, la lettre apostolique *Apostolos suos* du 21 mai 1998 rappelle au n. 18 qu'il y a lieu « d'éviter la bureaucratisation des services et des commissions » des conférences des évêques, in *La documentation catholique*, 95, 1998, p. 751-759, ici p. 756.

(20) PONTIFICIO CONSILIO, *op. cit.*, p. 183, n. 2 a). Ceci semble être un bon moyen d'éviter de succomber à la « réunionite ».

(21) *Ibid.*, p. 183, n. 2 b).

(22) *Ibid.*, p. 183, n. 2 fin.

pèlerinages précisant à la fin que la facilité qu'offrent les moyens de communication contemporains permettent ces activités, avec cependant de possibles dommages pour la nécessaire stabilité dans le diocèse.

## 2. *Sollicitudo universelle sans détriment pour l'Église particulière.*

L'exposé se poursuit par d'autres réflexions et précisions qui résultent du bon sens et de la prise en compte du contexte normatif comme de la loi suprême du «salut des âmes»<sup>(23)</sup>. Il est signalé que, vu l'évolution des structures supra-diocésaines, l'obligation de résidence pourrait souffrir si la prudence à limiter ces convocations au *minimum strictement nécessaire* venait à manquer<sup>(24)</sup>. Les charges extra-diocésaines ou supra-diocésaines confiées aux évêques doivent rester proportionnées à leur obligations diocésaines surtout s'il s'agit d'un diocèse connaissant des problèmes pastoraux particuliers. Face à ce problème de gouvernement le rédacteur fait aussi appel à *un courageux sens des responsabilités*, rappelant que les évêques sont supposés donner l'exemple aux prêtres eux aussi tenus à l'obligation de résidence pour des motifs similaires<sup>(25)</sup>. Enfin, un long passage est consacré à la question de la sollicitude de l'évêque pour toutes les Églises, rappelant la position conciliaire au n. 3 du décret sur la charge pastorale des évêques *Christus Dominus*, mais précisant, en s'appuyant sur les canons 375 § 1 et 381 et la constitution dogmatique sur l'Église *Lumen Gentium*, n. 23, que

---

(23) Le cardinal y est revenu lui-même: Julián HERRANZ, *Salus animarum, principio dell'ordinamento canonico*, in *Ius Ecclesiae*, 12, 2000, p. 291-306, ici p. 305: «Voglio dire che l'esatta determinazione del significato tecnico-giuridico dei termini è certamente necessaria, ma questa precisazione deve essere fatta all'interno della più vasta comprensione del contesto normativo e della «*salus animarum*». Per esempio, il dovere di residenza di un Vescovo diocesano — che ha motivato un intervento del nostro Pontificio Consiglio — non si può comprendere e valutare nel suo senso pieno, se non è in ordine al completo e responsabile svolgimento del grave *munus pastorale* che egli ha ricevuto e che richiede un'approfondita conoscenza personale — diretta e sollecita — delle circostanze e problemi dottrinali e disciplinari della sua diocesi».

(24) PONTIFICIO CONSIGLIO, *op. cit.*, p. 183-184, n. 3.

(25) *Ibid.*, p. 184, n. 4; la comparaison avec les curés va également être reprise à la fin, p. 186, n. 6 c) pour affirmer que par analogie les vacances de l'évêque ne peuvent être supérieures au mois.

le premier devoir de l'évêque diocésain consiste à prendre soin de son diocèse<sup>(26)</sup>. Il est clair que l'on doit prolonger ces réflexions par la lecture de l'exhortation apostolique post-synodale *Pastores gregis*<sup>(27)</sup>. On comprendra aisément que la sollicitude pour toutes les Églises, ne peut justifier les absences excessives du diocèse.

### 3. *Un mois d'absence légitime, vacances comprises.*

Le texte du Conseil pontifical pour l'interprétation des textes législatifs passe ensuite à la troisième question qui lui a été posée, à savoir si dans le temps d'absence d'un mois, continu ou non, dont parle le c. 395 § 2, il faut compter celui des vacances. Il apparaît que c'est ainsi qu'il faut le comprendre et que le requiert une application correcte de ce canon. La réponse reprend l'histoire du c. 395 et examine les commentaires de son canon source, le c. 338 du code de 1917, surtout autour de l'expression «*aequa de causa*»<sup>(28)</sup>, que l'on retrouve au c. 395 § 2 où elle est traduite par «pour une juste cause». Le rédacteur continue en situant les vacances parmi les «justes causes», mais il affirme clairement que penser que l'évêque diocésain aurait droit, pour ses vacances, à un supplément de jours d'absence du diocèse constitue une thèse qui manque de fondement<sup>(29)</sup>. Certes la réponse du Conseil pontifical pour l'interprétation des textes législatifs s'en tient au seul c. 395, ne mentionnant pas le c. 410, mais elle affirme avec force que pareille thèse ne trouve pas de fondement dans la tradition disciplinaire de l'Église et serait contraire à l'esprit de la loi qui impose à l'évêque le grave devoir de résider dans son diocèse propre<sup>(30)</sup>.

En résumé, pour appliquer correctement la loi, il faudrait s'en tenir à une absence du diocèse limitée à un mois, en temps continu ou discontinu, vacances comprises. On sait bien entendu que certaines exigences pastorales, des contextes géographiques et politiques spécifiques, tout comme les exigences de l'équité canonique et

(26) *Ibid.*, p. 184-185, n. 5.

(27) JEAN PAUL II, *Pastores gregis*, 16 octobre 2003, en particulier le chapitre V, n. 42 et suivants sur *Le gouvernement pastoral de l'évêque* et le chapitre VI, n. 55 et suivants, intitulé *Dans la communion des Églises*.

(28) PONTIFICIO CONSIGLIO, *op. cit.*, p. 185, n. 6 a).

(29) *Ibid.*, p. 185-186, n. 6 b).

(30) *Ibid.*, p. 186, n. 6 b).

le salut des âmes peuvent amener à des dépassements sans qu'il n'y ait de détrimment pour le peuple de Dieu confié à l'évêque. Entre l'interprétation rigide et les abus de promenades ici et là, le droit canonique permet assurément quelque souplesse. Les questions posées au Conseil pontifical pour l'interprétation des textes législatifs reposent vraisemblablement sur des configurations relevant d'abus. Et, c'est bien lorsqu'il y a abus, ou lorsque le peuple de Dieu ressent l'absence prolongée de l'évêque diocésain comme un abus lui portant préjudice, qu'il s'agit de se demander que dit le droit canonique et quels moyens il offre pour y remédier. En fait, il est peu probable qu'il suffise de dire à l'évêque qu'il ne dispose que d'un mois d'absence légitime pour le rendre présent à son diocèse. Ce sera d'autant plus difficile que l'absence physique pourra être associée à une présence physique effective, mais résultant malgré tout en une absence morale et spirituelle, l'évêque diocésain étant essentiellement occupé « ailleurs » qu'à sa charge pastorale.

### III. *À la recherche de moyens pour rappeler à la charge.*

La question de l'obligation de résidence des clercs n'est en rien nouvelle en droit canonique. Elle a pour but de pallier les excès de clercs baladeurs, délaissant leur charge pastorale au profit d'occupations quelquefois plus lucratives, souvent simplement plus séduisantes. À certaines époques les abus ont été particulièrement graves<sup>(31)</sup>. Ils prennent d'autres formes au temps de la mondialisation<sup>(32)</sup>. Nul n'ignore qu'aujourd'hui les moyens de communication permettent l'évasion, l'abstraction totale de sa charge, tout en demeurant sagement sur place dans sa cure ou dans son diocèse. Déjà Jean Delumeau, parlant des « insuffisances du corps pastoral prétridentin » disait: « on aurait tort de croire de façon simpliste

(31) On verra par exemple le passage des décrétales de Grégoire IX — X 3.4.9 — figurant dans les sources du c. 338 du code de 1917 et intitulé *de clericis non residentibus in Ecclesia vel praebenda*.

(32) Ce n'est pas sans raison que l'instruction de la Congrégation pour l'Évangélisation des peuples du 25 avril 2001, parlant du c. 283 § 1 et mentionnant en particulier les prêtres aux études, « rappelle à tous les évêques et aux prêtres diocésains d'observer strictement le dit canon », *Prêtres des pays du Sud, vos Églises ont besoin de vous*, in *La documentation catholique*, 98, 2001, p. 679-682, ici p. 681 renvoyant à la p. 679, n. 3.

que résidence signifiait forcément conscience professionnelle de la part des pasteurs »<sup>(33)</sup>. Alors à quoi cela sert-il d'obliger le clerc à une résidence précise, de surveiller de près le temps d'absences et de vacances? De quels moyens dispose-t-on en ce qui regarde l'évêque diocésain? Quels instruments du droit canonique pourrait-on mettre en oeuvre et quelle pourrait être leur efficacité?

### 1. *Sanctions et interventions d'autorités supérieures.*

Si le premier paragraphe du c. 395 énonce que « l'évêque diocésain est tenu par la loi de la résidence personnelle dans son diocèse », le second paragraphe dit quand il peut s'absenter et le troisième cite une série de jours pendant lesquels « il ne s'absentera pas ». Ce n'est qu'au § 4 qu'est suggéré un moyen d'action pour le cas où « l'évêque s'absente de son diocèse sans motif légitime au-delà de six mois ». Au vu de la durée, on se trouve de fait dans un cas de figure sans commune mesure avec les réflexions faites à très haut niveau autour du c. 395 § 2. À vrai dire on pourrait facilement comprendre que l'estimation de l'application correcte de la loi reviendrait à l'évêque diocésain tant qu'il ne s'absente pas au-delà de six mois. Si face à ce cas visiblement extrême, le « remède » suggéré — à savoir que « le métropolitain en informera le Siège Apostolique » — est aussi faible<sup>(34)</sup>, que pourra alors entreprendre un peuple de prêtres et de laïcs délaissés pendant deux, trois mois par an par son évêque diocésain à l'agenda constamment « surbooké »<sup>(35)</sup>, occupé à de multiples tâches, peut-être en soi intéressantes ou quelque peu utiles, mais relevant pourtant davantage de son « soin » personnel que de celui du diocèse qui lui a été confié? La tâche la plus dure sera sans doute de ne pas se laisser

<sup>(33)</sup> *Le catholicisme entre Luther et Voltaire*, Paris, Presses Universitaires de France, 1971, 358 p. (Nouvelle Clio, 30-bis), ici p. 231.

<sup>(34)</sup> On notera que les délais n'ont pas été révisés proportionnellement pour le § 4 de ce canon. Maladresse plutôt que volonté du législateur, en effet le canon correspondant du schéma de 1980, à savoir le c. 362, a suscité une réécriture signalée dans la *Relatio* comme *ex officio*, laissant ouverte la mention des délais: « *Si Episcopus illegitime abfuerit, de eius absentia Metropolita Sedem Apostolicam certiore faciat; quod si agatur de Metropolita, idem faciat antiquior suffraganeus* ».

<sup>(35)</sup> Expression utilisée pour excuser un évêque qui n'a jamais le temps!

décourager car, quelle que soit la voie empruntée, il y a peu de chances qu'elle aboutisse rapidement.

Il n'est pas sûr que les membres du peuple de Dieu qui s'estiment lésés voudront se tourner vers le livre VI du code de droit canonique concernant *les sanctions dans l'Église*. Certes, pour celui qui viole gravement (*graviter violat*) l'obligation de la résidence le code en vigueur pour l'Église latine prévoit des peines pouvant aller jusqu'à la privation de l'office<sup>(36)</sup>. Mais on sait bien que les procédures pénales canoniques ne comptent pas parmi les formules les plus élégantes. Et, lorsqu'il s'agit du cas de l'évêque diocésain, les fidèles n'osent pas s'engager dans cette voie. Ils mettent généralement très longtemps à se décider car l'image de l'évêque comme représentant du Christ lui-même marque fortement leur esprit. Il faut que les choses soient devenues très sérieuses voire graves avant qu'ils ne réagissent en se tournant vers une autorité supérieure: archevêque métropolitain, nonce apostolique, organe de la curie romaine<sup>(37)</sup>.

Il est certain que, selon le c. 1396, un évêque qui viole gravement l'obligation de résidence peut être puni d'une juste peine et même de la privation de sa charge. En ce qui regarde le fond, on remarquera tout d'abord que le délit ne pourra être constaté que s'il y a violation grave. L'évaluation de la gravité sera sans doute aussi difficile que celle de la «juste peine». Aussi ne concernera-t-elle que la violation de «l'obligation de résidence» et non les absences de la charge pastorale proprement dite. Or on sait que les moyens de communication contemporains permettent aux évêques comme aux hommes d'affaires d'être présents à leur fonction tout en se trouvant à l'autre bout du monde. La terminologie de l'obligation de résidence est dans ce sens tout à fait marquée par l'his-

---

(36) Le c. 1396 stipule ainsi: «Qui viole gravement (*graviter*) l'obligation de la résidence à laquelle il est tenu en raison de son office ecclésiastique sera puni d'une juste peine (*iusta poena puniatur*), y compris, après monition, la privation de sa charge (*officii privatio*)». On notera d'abord que la violation doit être grave, puis que la procédure doit être respectée (voir aussi le c. 196). Il est intéressant de relever que ce canon n'a pas de correspondant dans le code des canons des Églises orientales.

(37) L'expérience montre que les personnes qui peuvent savoir quelle est l'instance compétente sont extrêmement rares, ce qui fait que les recours des fidèles risquent de ne pas aboutir. Si certains seront victimes de quelque «minutante» étroit d'esprit ou simplement dérouté, d'autres risquent de se heurter à l'acceptation de personnes ou à une des nombreuses formes possibles de corruption.

toire et proprement désuète au début du troisième millénaire. Elle ne permet pas de mesurer les absences de la charge qui prennent des formes bien plus subtiles, facilement cachées à travers un ballet de présences-absences dans lequel une mondanité en couvre une autre tout en donnant l'impression de respecter les nécessités du temps<sup>(38)</sup>. Face à ce genre de tableau il est peu probable que le recours au c. 1396 permette d'aboutir.

En ce qui regarde la procédure, il faut savoir qu'elle risque d'être longue. Il s'agit d'un des cas réservés au pape<sup>(39)</sup>, ce qui n'est pas en faveur de la célérité, à moins que l'affaire ne soit d'une gravité extrême. Il faut en effet que le pape lui-même soit saisi ce qui nécessite parfois une enquête préalable elle-même déjà longue. Puis le pape décidera s'il y a lieu de suivre une procédure pénale ou s'il souhaite opter pour une voie non pénale utilisant préceptes, remèdes pénaux, pénitences pour ramener l'évêque sur le droit chemin. Il est entendu que l'évêque doit obéir au pape. Il saura d'ailleurs bien lui-même que la voie pouvant mener à son transfert, à sa démission forcée, voire à la privation de sa charge pourra toujours être suivie s'il s'obstine dans ses choix. Face à des cas difficiles et pour des raisons sérieuses, mais pas aussi graves, l'autorité suprême de l'Église dispose encore d'autres moyens que l'on ne classe pas nécessairement parmi les sanctions mais qui peuvent être interprétés comme des sanctions<sup>(40)</sup>: la nomination d'un évêque auxiliaire avec des facultés spéciales ou bien d'un administrateur apostolique, certes plus mentionnée dans le code de droit canonique mais pas abandonnée dans la pratique du Saint-Siège<sup>(41)</sup>.

<sup>(38)</sup> Cf. *Christus Dominus* qui prévoit bien au n. 16 que les évêques « doivent régler leur vie de manière à correspondre aux nécessités de leur temps », ce qui, comme le montrent les renvois au chapitre 2 de la seconde épître à Timothée, exclut toutefois de suivre « l'air du temps ».

<sup>(39)</sup> Selon le c. 1405 § 1, 3<sup>o</sup>, seul le Pontife Romain a le droit de juger les évêques dans les causes pénales.

<sup>(40)</sup> Sur ces questions on devrait se reporter à l'incontournable étude de John M. HUELS, *The Correction and Punishment of a Diocesan Bishop*, in *The Jurist*, 49, 1989, p. 507-542. Cet article se situe dans un intéressant numéro sur les visites apostoliques; on y trouvera donc encore d'autres travaux concernant le rapport de l'évêque diocésain avec l'autorité supérieure dans le contexte de conflits ou de problèmes de gouvernement.

<sup>(41)</sup> Le cas est mentionné dans le directoire *Apostolorum Successores*, *op. cit.*, p. 83, n. 73.

## 2. *Courageux et bienveillant sens des responsabilités.*

Il apparaît cependant que ce vaste champ de pénitences, de sanctions ou d'interventions palliatives n'a que peu de chances de conduire à l'amendement de l'évêque baladeur. Il est, par ailleurs, rare que le bien de l'Église ou le salut des âmes se trouvent assurés par la punition d'un évêque diocésain. Aussi vaut-il mieux chercher à l'éviter. La voie « diplomatique » est sûrement utile mais encore faut-il éviter de la concevoir comme une voie passive où il suffirait de dire de temps à autre un mot. Avant de concerner l'autorité suprême, cette voie est avant tout à mettre en oeuvre au niveau diocésain lui-même.

Les proches collaborateurs de l'évêque sont de toute évidence les premiers à remarquer ses absences indues ou encore des présences physiques qui sont de fait des absences. Le privilège des hautes situations ne comporte pas que des côtés agréables, mais encore un haut niveau de responsabilité exigeant le courage de nommer les problèmes avant qu'il ne soit trop tard, de contredire les arguments fallacieux, se refusant de minimiser obséquieusement des absences répétées, inopinées ou sans raison apparente, un calendrier ignoré des collaborateurs, l'inaccessibilité régulière voire permanente. Ce n'est pas en palliant petitement l'absence de l'évêque, voire en se réjouissant d'une marge de pouvoir ou de liberté personnelle plus grande, que les proches collaborateurs de l'évêque vont lui rendre service. Bien au contraire, d'un imperceptible relâchement à l'autre, l'ensemble de la structure hiérarchique pâtit de l'absence réelle de chef. Dans les cas les plus graves, il sera difficile d'attribuer la responsabilité totale à l'évêque diocésain lui-même car le silence répété de ses proches collaborateurs en aura bel et bien fait de réels complices.

À vrai dire tous sont concernés, chacun(e) à sa place et selon sa condition particulière. On revendique volontiers les droits des fidèles dans l'Église, oubliant qu'ils ont aussi des devoirs. Si parmi les obligations et droits de tous les fidèles du Christ le code de droit canonique reconnaît la liberté d'expression et d'opinion publique, le c. 212 § 3 n'oublie pas d'énoncer que les fidèles ont « même parfois le devoir de donner aux Pasteurs sacrés leur opinion sur ce qui touche le bien de l'Église »<sup>(42)</sup>. Ce n'est pas être

---

(42) Le c. 212 § 3 est ainsi libellé : « Selon le savoir, la compétence et le pres-

« méchant »<sup>(43)</sup> que de dire à l'évêque diocésain qu'il ne fait pas bien en tel ou tel domaine. Il peut vraiment s'agir d'un devoir, *officium*<sup>(44)</sup>, d'une lourde charge, qui requiert normalement d'y avoir mûrement réfléchi avec « science » et « compétence » et qui, gardant sauve « la révérence due aux pasteurs » tout en prenant en compte leur éventuelle susceptibilité, n'en nécessite pas moins d'être courageux et bienveillant à la fois<sup>(45)</sup>.

Il y a aussi des absences du diocèse qui ne peuvent pas passer inaperçues même dans d'autres diocèses. La régularité de la présence de tel évêque en un lieu déterminé est souvent largement connue. Il est difficile de ne pas savoir qu'il prêche régulièrement en tel sanctuaire. L'évêque du lieu saura pareillement qu'un autre évêque donne des cours ou des conférences dans telle institution, sur le territoire de son diocèse. Si des organisateurs de sessions, misant sur la présence d'un évêque en tant qu'argument « scientifique » ou atout « commercial », peuvent ignorer que la fonction de l'évêque diocésain est d'être le pasteur du troupeau qui lui a été confié, les confrères évêques devraient pour le moins être en mesure de remarquer quelques anomalies et d'entreprendre un dialogue, voire une « correction fraternelle »<sup>(46)</sup>.

---

tige dont ils jouissent, ils ont le droit et même parfois le devoir de donner aux pasteurs sacrés leur opinion sur ce qui touche le bien de l'Église et de la faire connaître aux autres fidèles, restant sauves l'intégrité de la foi et des mœurs et la révérence due aux pasteurs, et en tenant compte de l'utilité commune et de la dignité des personnes ». On sait aussi que lorsque l'avis des fidèles est requis par le droit, ils « sont tenus par l'obligation d'exprimer sincèrement leur sentiment », comme le dit le c. 127 § 3.

<sup>(43)</sup> L'application correcte du c. 212 § 3 ne laisse guère à l'autorité le choix du mépris ou du superbe dédain de toute critique même positive et essentiellement constructive.

<sup>(44)</sup> Il est intéressant de relever que le législateur a ici préféré à la notion d'*obligatio* celle d'*officium*, plus fortement connotée dans le langage canonique.

<sup>(45)</sup> La question n'est pas nouvelle. Dans un passage sur *Le métier d'évêque* le pape Jean Paul I<sup>er</sup> rappelle judicieusement un texte de saint Grégoire le Grand dans la *Regula pastoralis*: « Qu'il n'oublie pas que si tous louent ce qu'il fait de bien, aucun n'ose blâmer ce qu'il fait de mal ». Voir *Les derniers textes de Jean-Paul I<sup>er</sup>. Homélie prononcée à Saint-Jean-de-Latran, 23 septembre 1978*, in *La documentation catholique*, 75, 1978, p. 859-861.

<sup>(46)</sup> Il est vrai qu'il est plus facile de chercher quelque rassurant numéro de canon que de mettre en oeuvre l'un ou l'autre passage des Écritures, par exemple Mt 18,15-16 ou 5,20 et suivants.

On peut sans doute en dire autant de l'autorité suprême<sup>(47)</sup>. Selon le droit en vigueur, il revient à la Congrégation pour les évêques « d'avoir un regard sur l'exercice correct de la charge pastorale des évêques, offrant à ceux-ci ses divers services »<sup>(48)</sup>. Au vu de dérapages notoires successifs et dans l'esprit d'une autorité hiérarchique qui s'entend comme service, il serait parfois judicieux de ne pas oublier l'exercice opportun de la vigilance papale<sup>(49)</sup>. Une fois avertie, même seulement par de « simples » fidèles laïcs<sup>(50)</sup>, il semble indispensable que l'autorité supérieure se donne les moyens d'enquêter réellement, puis de « médiciner », même si le remède qui permet d'éviter les interventions chirurgicales peut sembler amer ou difficile à administrer. Il s'agit pour le moins d'exercer une miséricordieuse pression fraternelle, laborieuse certes, mais sûrement à la portée de pasteurs sensibles à la communion. Courageusement mise en oeuvre dès les premiers signes de récidives, elle peut éviter d'en arriver aux sanctions ou de pallier l'absence du diocèse par la nomination d'un administrateur apostolique ou d'un auxiliaire ou coadjuteur avec facultés étendues et attributions particulières.

### 3. *Vers une organisation harmonieuse du temps.*

Si un des moyens de résoudre les problèmes est de les nommer, il me reste à espérer que ces lignes soient comprises pour une meilleure prise de conscience du détriment que les absences de l'évêque diocésain peuvent infliger à une Église particulière. L'interprétation et l'application du canon sur l'obligation de résidence ne permet ni de faire droit à un temps de « vacances » réel de l'évêque diocésain ni de résoudre les cas difficiles d'absence aussi

---

(47) Le sens des responsabilités situées en amont ne devrait pas être oublié. La prudence s'impose par exemple à l'occasion de la nomination d'un professeur de faculté que l'on peut facilement imaginer ne pas vouloir lâcher recherches ou publications. On sait que ces activités, même peu originales, sont toujours dévoreuses de temps, un temps qui sera volé sur celui du *munus pastorale*.

(48) Constitution apostolique *Pastor bonus* du 28 juin 1988, art. 79.

(49) Voir à ce sujet l'article de Thomas J. GREEN, *The Pastoral Governance Role of the Diocesan Bishop: Foundations, Scope and Limitations*, in *The Jurist*, 49, 1989, p. 472-506, en particulier p. 492-503.

(50) Ils sont bien eux aussi concernés par le c. 212 § 3 situé dans le titre *De omnium christifidelium obligationibus et iuribus*. Voir *supra*, note 42.

fréquente que subtile. Il s'agit en effet de questions d'organisation du temps plus que d'une présence en un lieu de résidence.

Les canons ne parlent pas de vacances pour l'évêque diocésain, bien que la doctrine compte un temps de repos parmi les justes causes d'absence du diocèse. On a tendance à éviter jusqu'à l'expression *vacances* car l'évêque diocésain, dont la responsabilité, à l'instar du Bon Pasteur, ne cesse jamais, ne pourra guère avoir de vacances dans le sens commun. Si l'instrument de travail de la X<sup>e</sup> assemblée générale ordinaire du Synode des évêques parlait encore d'un « temps qui est nécessaire aux vacances »<sup>(51)</sup> l'exhortation apostolique postsynodale *Pastores gregis* n'utilise que l'expression « juste repos » qui, plus est, ne se trouve pas dissociée du « recueillement »<sup>(52)</sup>. La manière dont le pape reprend les idées autour de l'équilibre dans les engagements de l'évêque mérite d'être citée en entier tant elle est pertinente pour le présent sujet:

« L'Évêque prendra donc soin de réaliser de manière équilibrée ses multiples engagements, les harmonisant entre eux: la célébration des mystères divins et la prière privée, l'étude personnelle et les programmes pastoraux, le recueillement et le juste repos. Soutenu dans sa vie spirituelle par ces éléments, il trouvera la paix du coeur en faisant l'expérience de la profondeur de la communion avec la Trinité, qui l'a choisi et consacré. Dans la grâce que Dieu lui assure, il pourra remplir chaque jour son ministère, attentif aux besoins de l'Église et du monde, comme témoin de l'espérance »<sup>(53)</sup>.

Pour chaque évêque diocésain, il s'agit bien d'arriver à une organisation harmonieuse du temps, un temps qu'il a accepté de donner pour l'Église du Christ et qui s'oriente d'abord sur Lui. Ce temps s'harmonisera différemment selon les lieux, les époques, les contex-

---

(51) *L'instrumentum laboris* rendu public le 1<sup>er</sup> juin 2001 et intitulé *L'évêque, serviteur de l'Évangile de Jésus-Christ pour l'espérance du monde*, in *La documentation catholique*, 98, 2001, p. 608-656, dit au n. 56, p. 626: « L'évêque est appelé à cultiver une spiritualité dont la mesure est l'*humanitas* même de Jésus, dans laquelle il puisse exprimer l'aspect divin et humain de sa consécration et de sa mission. Il pourra ainsi se donner un équilibre dans ses engagements: la célébration liturgique et la prière personnelle, la programmation pastorale, le recueil et le repos, la juste détente et le temps qui est nécessaire aux vacances, à l'étude et à la mise à jour théologique et pastorale ».

(52) *Pastores gregis*, n. 23.

(53) *Ibid.*

tes pastoraux... et sera régulièrement soumis à sa réévaluation. Il est impossible de fixer raisonnablement, de manière universelle, quel est le temps qu'un évêque est supposé passer sur le terrain, en voyage ou au repos. Mais on doit pour le moins y réfléchir au niveau des grandes régions d'Églises particulières afin de ne pas être entièrement démunis face à des cas où l'abus devient évident même pour le fidèle habituellement peu informé de règlements ecclésiastiques. C'est dans l'échange fraternel, dans le dialogue ouvert surtout entre évêques, qu'évaluations et ajustements pourront se faire tout en tenant compte des réalités particulières relevant de la région, du diocèse ou encore de la santé voire du tempérament de l'évêque. Cette voie « diplomatique » et profondément « ecclésiale » est aussi la plus apte à ramener un évêque baladeur à la réflexion autour de son lien avec cette portion du peuple de Dieu qui lui est confiée et à laquelle il a accepté de se lier. Il ne s'agit en effet pas de légiférer ou de décréter en vain, et encore moins de punir, mais de rassembler tous les efforts possibles pour aider à se refaire un cœur nouveau et un esprit nouveau<sup>(54)</sup>.

L'obligation de résidence ne créant de loin pas la présence au diocèse ou à la charge pastorale, il apparaît que l'instrument qu'offre la loi canonique, y compris dans l'utilisation extrême de sanctions, semble inefficace pour venir en aide à un diocèse dont l'évêque, occupé à de multiples tâches non liées directement à sa fonction, s'avère de fait absent en dehors de quelques bénédictions et fonctions pontificales médiatisées pour le rappeler au bon souvenir des fidèles. En doctrine les textes ne manquent pas pour arriver à cerner ce que peut signifier l'expression « exercice correct de la charge pastorale des évêques »<sup>(55)</sup>. Il est sûrement conforme à l'esprit de la loi d'y songer lorsqu'on invoque l'obligation de résidence. Immédiatement la lecture du c. 395 s'enrichit sans avoir besoin de rechercher une « interprétation authentique ». La réflexion

(54) Cf. *Éz* 36,26 et *passim* pour l'idée que Dieu ne veut pas la mort du pécheur mais qu'il se convertisse. S'il ne faut pas, comme dit saint Paul dans *1 Tm* 3,7, qu'il « tombe dans l'opprobre et dans les filets du diable », il s'agit, selon saint Pierre *1 P* 5,2, de veiller « non par contrainte (...) mais avec l'élan du cœur ».

(55) *Pastor bonus*, art. 79. Les premières sources sont bien entendu bibliques, l'exercice correct (*rectum*) se faisant à l'exemple du Christ, Bon Pasteur. Avec saint Paul on dirait, suivant la traduction de *2 Tm* 4,5 dans la Bible de Jérusalem: « acquitte-toi à la perfection de ton ministère »!

sur le sens de la loi canonique, dans une optique non « réductionniste » libre de cette « idée du droit canonique très appauvrie »<sup>(56)</sup> que se font tant de personnes à tous les niveaux de la vie de l'Église, constitue à vrai dire la seule voie à travers laquelle on peut trouver des moyens pour rappeler l'évêque à sa charge tout en la lui faisant aimer davantage, non seulement en paroles mais vraiment en actes.

ANNE BAMBERG

---

<sup>(56)</sup> Voir Jean Paul II dans son discours du 24 octobre 2002 aux participants à un congrès du Conseil pontifical pour les textes législatifs, *Le droit canonique, service pastoral des personnes et des communautés*, in *La documentation catholique*, 100, 2003, p. 230-231, ici p. 231, n. 3.

## I MATRIMONI MISTI: APPROCCIO INTERORDINAMENTALE E DIMENSIONI DI GIUSTIZIA (\*)

1. Validità e limiti dell'approccio interordinamentale ai matrimoni misti. — 2. Il matrimonio misto nella sua dimensione giuridica naturale. — 3. Il matrimonio misto nella sua dimensione giuridica soprannaturale.

### 1. *Validità e limiti dell'approccio interordinamentale ai matrimoni misti.*

Ogni matrimonio chiama in causa una pluralità di ordinamenti giuridici, di regola almeno due: quello religioso e quello civile. Nei matrimoni misti, intesi qui in senso ampio (compresa cioè la *disparitas cultus*)<sup>(1)</sup>, si aggiunge spesso l'eventuale ordinamento religioso corrispondente alla parte non cattolica. A sua volta, tra gli ordinamenti coinvolti possono darsi degli intrecci più o meno stretti, ad es. qualora il sistema civile sul matrimonio incorpori quello religioso, come avviene proprio qui in Libano con il cd. statuto personale.

L'ordinamento giuridico canonico evidenzia una crescente consapevolezza circa la convenienza di limitare il proprio ambito

---

(\*) Relazione tenuta nel XII Congresso internazionale di diritto canonico su "Sistema giuridico canonico e rapporti interordinamentali", *Consociatio Internationalis Studio Iuris Canonici Promuovendo*, Beirut, 20-25 settembre 2004.

<sup>(1)</sup> Assumo questa scelta del programma senza voler perciò in nessun modo diminuire la rilevanza della distinzione, davvero fondamentale, tra matrimonio sacramentale (quello tra due battezzati) e non sacramentale (quello tra un battezzato ed un non battezzato). Ciò nonostante, non deve essere neppure dimenticato che il matrimonio non sacramentale possiede già una rilevanza d'indole soprannaturale, che si manifesta tra l'altro nella sua ordinazione a diventare sacramento cristiano mediante il battesimo di tutt'e due le parti. Inoltre, la stessa coincidenza della disciplina (tranne che per quel che riguarda l'impedimento, esistente solo per quelli non sacramentali), evidenzia la comunanza della problematica sottostante nell'ambito della conservazione della fede e della vita cristiana, pur essendoci ovviamente dei gradi assai diversi nella gravità di tale problematica.

d'azione, in ciò che è di diritto umano. In effetti, entrambi i Codici attuali limitano l'obbligatorietà delle leggi meramente ecclesiastiche ai battezzati nella Chiesa cattolica o in essa accolti<sup>(2)</sup>. Ciò non si deve esclusivamente al fatto empirico dell'impossibilità di ottenere l'osservanza di tali leggi da parte dei battezzati non cattolici, ma implica il riconoscimento della validità di altri ordinamenti che possano legittimamente applicarsi ai battezzati non cattolici. Questo riconoscimento è particolarmente chiaro nel caso della disciplina delle Chiese orientali non cattoliche, secondo la dichiarazione inequivocabile del Concilio Vaticano II<sup>(3)</sup>.

Com'è noto, in ambito matrimoniale nel Codice latino si verifica un'ulteriore riduzione rispetto all'esigenza della forma canonica per la validità del matrimonio, all'ambito personale di operatività dell'impedimento di disparità di culto e alla disciplina sui matrimoni misti (in senso proprio), poiché nei tre casi ne è esente il fedele separatosi dalla Chiesa cattolica con atto formale<sup>(4)</sup>. D'altra parte, se un cattolico sia latino che orientale si sposa con un orientale acattolico la forma canonica si esige solo per la liceità, ed è per questo che si attribuisce validità alla celebrazione ortodossa<sup>(5)</sup>.

Il valore degli ordinamenti giuridici matrimoniali cui possano essere sottomessi i battezzati non cattolici, restando sempre salvo il diritto divino, è riconosciuto dai canoni 780 e 781 del Codice orientale<sup>(6)</sup>.

Il primo di essi, nel suo paragrafo secondo, in relazione ai matrimoni tra una parte cattolica ed una parte battezzata acattolica, offre una soluzione diversa da quella del canone 1059 del CIC, nella misura

(2) Cfr. CIC, can. 11; CCEO, can. 1490.

(3) Cfr. decr. *Unitatis redintegratio*, 16.

(4) Cfr. CIC, cann. 1117, 1086 § 1, 1124. Queste eccezioni non sono previste dal CCEO, il che certamente pone dei problemi sotto il profilo dell'esercizio dello *ius connubii* da parte dei fedeli che si trovino in quelle circostanze.

(5) Cfr. CIC, can. 1127 § 1; CCEO, can. 834 § 2. Sulla posizione delle Chiese ortodosse circa la stessa questione, è molto interessante l'informazione offerta da P. SZABÓ, *Matrimoni misti ed ecumenismo. Prospettive del riconoscimento ortodosso dei matrimoni misti con speciale riguardo al caso della celebrazione cattolica*, in *Folia Athanasiana*, 3 (2001), pp. 95-120.

(6) Sulla storia della redazione di questi canoni, cfr. C.G. FÜRST, *Zur Entstehungsgeschichte der cann. 780 § 2 und 781 CCEO im interkonfessionellen und interreligiösen Kontext*, in *Kanon XV: Kirchenrecht und Ökumene. Festgabe für den Metropoliten von Tyrolai und Serention Panteleimon Rodopoulos*, C.G. Fürst-R. Potz-S. Troianos (Hrsg.), Eichenau 1999, 82-97.

in cui non sottomette la parte battezzata non cattolica all'ordinamento della Chiesa cattolica, bensì dichiara applicabile nei suoi confronti quell'ordinamento, ecclesiale o meno, cui essa sia tenuta<sup>(7)</sup>. Ciò significa ammettere che, ovviamente nel rispetto del diritto divino, entrambe le parti siano rette da ordinamenti diversi in ciò che è di diritto umano, pur essendoci un solo vincolo matrimoniale in gioco. Per quanto riguarda il canone 781, concernente l'eventuale giudizio in sede canonica circa la validità di un matrimonio di acattolici battezzati, esso riflette il principio naturale di giustizia che riconosce valore all'ordinamento legittimamente competente per regolare una materia rispetto ad una determinata persona<sup>(8)</sup>.

La viva coscienza della Chiesa cattolica circa la dimensione ecumenica dei matrimoni fra cristiani di diverse Chiese e confessioni ha portato a molti dialoghi istituzionali proprio sui matrimoni misti<sup>(9)</sup>. Sotto il profilo interordinamentale, i frutti più rilevanti di tali dialoghi sono gli accordi tra la Chiesa Cattolica ed altre confessioni, tra cui è noto il *Testo comune per un indirizzo pastorale dei matrimoni tra cattolici e valdesi o metodisti*, approvato dalla Conferenza Episcopale Italiana e dal Sinodo delle Chiese valdesi e metodiste nel maggio 1996<sup>(10)</sup>. Ha avuto anche risonanza l'accordo firmato ad ottobre 1996 dai Patriarchi Orientali, Cattolici ed Ortodossi, del Medio-oriente, che include la questione dei matrimoni misti<sup>(11)</sup>.

---

(7) Sul punto, cfr. P. GEFAELL, *Basi ecclesiologiche della giurisdizione delle Chiese ortodosse sui matrimoni misti con cattolici*, in AA.VV., *La giurisdizione della Chiesa sul matrimonio e sulla famiglia*, Giuffrè, Milano 1998, pp. 127-148.

(8) In un recente documento del Pontificio Consiglio per i Testi Legislativi si ricorda che questo criterio è stato applicato dalla Segnatura Apostolica dal 1970 e con delle apposite *Norme* del 10 maggio 1976 (X. OCHOA, *Leges Ecclesiae*, V, 7206): cfr. *Adnotatio circa validitatem matrimoniorum civilium quae in Cazastania sub communistarum regimine celebranda sunt*, in *Communicationes*, 35 (2003), pp. 207-209. Lo stesso documento, oltre a ribadire la vigenza delle citate *Norme* della Segnatura (cfr. p. 209, d) parla pure di un'applicazione per analogia del canone 781, n. 2 del CCEO all'ambito latino, essendoci una lacuna di legge nel CIC.

(9) Cfr. i cinque volumi apparsi dell'*Enchiridion oecumenicum: documenti del dialogo teologico interconfessionale*, EDB, Bologna 1986.

(10) Il testo ufficiale si trova in *Notiziario della Conferenza Episcopale Italiana*, 30 giugno 1997, n. 5, pp. 147-177. Per ulteriori informazioni, cfr. A. MONTAN, *Matrimoni misti e problemi pastorali*, in AA.VV., *I matrimoni misti*, Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano 1998, pp. 35-45.

(11) Una traduzione italiana del testo ed alcune note di commento si possono

Tuttavia, la prospettiva interordinamentale ha dei limiti nella soluzione dei problemi giuridici. Quando le esigenze dei vari ordinamenti sono coincidenti o armonizzabili non emerge la rilevanza della questione. Invece, essa si fa sentire in tutta la sua gravità quando gli ordinamenti interessati pongono delle esigenze contraddittorie, soprattutto sulle grandi questioni del riconoscimento della forma di celebrazione nonché dell'appartenenza religiosa dell'altra parte e della prole. Come risolvere queste divergenze? La mentalità ordinamentale rinuncia per principio ad una risposta giuridica, poiché non ammette l'esistenza di esigenze reali di giustizia. Se il giuridico è solo quello posto dall'ordinamento (ovviamente si tratta qui di ordinamenti positivi), il conflitto interordinamentale trova unicamente delle vie di uscita metagiuridiche, ossia mediante la ricerca di compromessi in cui una parte o tutt'e due cedono in qualcosa pur di raggiungere un accordo, entro i limiti di ciò che è prescritto o almeno tollerato dal proprio ordinamento.

La necessità del dialogo e degli accordi tra le persone nei matrimoni misti è ovvia. Un matrimonio misto che vive in pace ed armonia è senz'altro un esempio di intesa e di comprensione reciproca. Rimane però in piedi la domanda che come giuristi dobbiamo farci: in quali condizioni tale intesa è giusta? È sufficiente l'accordo mutuo per assicurare tale giustizia?

A questi interrogativi si deve cercare di rispondere con una mentalità che superi la logica del positivismo giuridico, che guardi cioè all'intrinseca realtà delle coppie miste, per trovare in essa ciò che è giusto e ciò che è ingiusto. Altrimenti si rischia di trasformare il diritto, anche quello canonico, in pura ricerca di compromessi: compromessi spesso necessari, purché però — ecco il *punctum dolens* — essi siano giusti, ossia adeguati ai veri diritti di tutte le persone coinvolte.

Le mie riflessioni muovono quindi da queste premesse di realismo giuridico<sup>(12)</sup>, ed intendono identificare i principi fondamentali di giustizia che debbono informare questa complessa materia.

---

trovare in D. SALACHAS, *I matrimoni misti nel Codice latino e in quello delle Chiese orientali cattoliche*, in AA.VV., *I matrimoni misti*, cit. (nt. 10), pp. 86-91. A quanto mi risulta, è tuttora in corso il processo di approvazione e promulgazione delle decisioni dell'accordo da parte dei rispettivi Sinodi patriarcali.

<sup>(12)</sup> Sul realismo giuridico in materia matrimoniale, cfr. J. HERVADA, *Studi sull'essenza del matrimonio*, Giuffrè, Milano 2000; C.J. ERRÁZURIZ, *Presentazione*, *ibidem*,

Divido l'esposizione in due parti, la prima dedicata alla dimensione giuridica naturale del matrimonio misto, e la seconda a quella soprannaturale.

## 2. *Il matrimonio misto nella sua dimensione giuridica naturale.*

Dopo aver spiegato i motivi per i quali la Chiesa sconsiglia di contrarre matrimoni misti, il motu proprio *Matrimonia mixta* di Paolo VI nel 1970, aggiungeva: «Ma poiché è un diritto naturale dell'uomo contrarre matrimonio e generare la prole, la Chiesa con le sue leggi, che dimostrano chiaramente la sua sollecitudine pastorale, provvede a regolare le cose in modo che da una parte sia garantito l'assoluto rispetto dei precetti di diritto divino, dall'altra sia tutelato il predetto diritto a contrarre matrimonio»<sup>(13)</sup>.

Questo testo esprime chiaramente l'esistenza di due dimensioni giuridiche fondamentali: quella del diritto a contrarre matrimonio<sup>(14)</sup>, che si colloca anzitutto sul piano del diritto naturale (che è incluso nel diritto divino), e quella degli specifici «precetti di diritto divino» (vale a dire, di diritto divino positivo) riguardanti il bene della fede di tutti i componenti la famiglia. L'affermazione di entrambe queste dimensioni di giustizia non pone speciali problemi; più ardua è invece la questione di armonizzarle nel caso in cui il fedele voglia esercitare il suo «*ius connubii*» senza rispettare le esigenze di tutela della fede propria e dei figli<sup>(15)</sup>. È possibile in tale ipotesi privarlo dell'esercizio di quel diritto naturale? In altre parole, si può sostenere che in virtù del battesimo tale esercizio possa essere legittimamente limitato dalla Chiesa per esigenze legate alla fede? Ovviamente queste domande si pongono sul piano della giustizia, non della mera opportunità o convenienza.

---

XI-XIX; e F. PUIG, *La esencia del matrimonio a la luz del realismo jurídico*, Navarra Gráfica Ed., Pamplona 2004.

<sup>(13)</sup> 31 marzo 1970, proemio, in *AAS*, 62 (1970), pp. 257-263; la traduzione italiana riportata si trova in *Enchiridion Vaticanum*, 3/2417.

<sup>(14)</sup> Sulla sua rilevanza nell'ordinamento canonico, cfr. la recente monografia di H. FRANCESCHI, *Riconoscimento e tutela dello «ius connubii» nel sistema matrimoniale canonico*, Giuffrè Editore, Milano 2004.

<sup>(15)</sup> Riflette bene questa tensione il titolo di un articolo di U. NAVARRETE, *Matrimoni misti: conflitto fra diritto naturale e teologia?*, in *Quaderni di diritto ecclesiale*, 5 (1992), pp. 265-286.

Al riguardo non suscitano particolari problemi le disposizioni canoniche che si limitano alla sfera della liceità (come la proibizione dei matrimoni con i battezzati non cattolici), giacché esse assumono che talvolta l'esercizio del diritto a sposarsi possa essere ingiusto sotto un determinato profilo, il quale però non intacca il valido esercizio dello « ius connubii ». Trattandosi invece di un impedimento la cui esistenza rende invalido il matrimonio, come succede nel caso dell'unione di un cattolico con un non battezzato, si pone un problema piuttosto serio. È vero che nel Codice latino si è cercato di risolverlo mediante l'esenzione dall'impedimento di disparità di culto nei riguardi dei cattolici separatisi con atto formale dalla Chiesa<sup>(16)</sup>, ma, oltre all'inesistenza di tale eccezione nel Codice orientale, il problema rimane intatto per quel che concerne gli altri fedeli di rito latino che si trovino in una qualsiasi altra situazione di distanza rispetto alla fede o che, pur credendosi praticanti, non vogliano sposarsi in forma canonica per qualunque motivo.

Mi pare problematico che la Chiesa possa privare un fedele dell'esercizio del diritto a sposarsi per motivi d'indole soprannaturale. In tale ipotesi il diritto naturale a contrarre matrimonio sarebbe condizionato *ad validitatem* da esigenze connesse con la fede e la vita cristiana, in modo tale che il battezzato non potrebbe esercitare allora un diritto che altrimenti avrebbe potuto rendere operativo senza difficoltà in quanto persona di natura umana. Ammettere un doppio possibile matrimonio per i battezzati, sarebbe in manifesta contraddizione con il rapporto di continuità esistente tra ordine naturale e ordine soprannaturale. Perciò, ritengo che non resti altra strada percorribile, sul piano della giustizia e non solo di una mera convenienza, che quella peraltro intrapresa già dalla stessa Chiesa (ad es. esimendo dalla forma i cattolici che si sono separati con atto formale dalla Chiesa). Tra le diverse questioni che meritano di essere rivedute a tale luce spicca quella della necessità della forma canonica per la validità (da distinguere rispetto al profilo di liceità, che a mio avviso dovrebbe essere rinforzato, e rimanendo ovviamente in piedi l'esigenza per la validità di una qualche forma pubblica)<sup>(17)</sup>. Sarebbe quindi auspicabile che

---

<sup>(16)</sup> Cfr. can. 1086 § 1.

<sup>(17)</sup> Ho già accennato a quest'argomento in *Contratto e sacramento: il matri-*

l'impedimento di disparità di culto si trasformasse in una proibizione *ad liceitatem*, come già avviene per i matrimoni tra cattolici e battezzati acattolici?

Nel preparare questo intervento ho valutato tale possibilità. Da una parte, il rispetto del diritto naturale a sposarsi mi spingeva fortemente a proporre l'abolizione dell'impedimento in quanto tale; dall'altra, non potevo dimenticare il beneficio derivante dall'impedire che ci fosse il matrimonio nel caso di quei fedeli che pretendono di contrarre delle unioni con alcuni non battezzati, in situazioni che secondo l'esperienza sono purtroppo molto probabilmente destinate al fallimento<sup>(18)</sup>.

La lettura della questione 59 del Supplemento della *Summa Theologiae* di San Tommaso d'Aquino, dove viene esaminato l'impedimento di disparità di culto<sup>(19)</sup>, mi ha aiutato ad uscire da quella perplessità. In effetti, mi ha colpito il modo di ragionare dell'Aquinate nel giustificare l'esistenza dell'impedimento riguardante il matrimonio di un fedele con un infedele. In tal senso, nel corpo del primo articolo si legge: «Il bene principale del matrimonio è la prole da educarsi al culto di Dio. Ma essendo l'educazione un compito comune al padre e alla madre, sia l'uno che l'altra tendono a educare i figli al culto di Dio secondo la propria fede. Perciò se essi sono di fede diversa, l'intenzione dell'uno sarà in contrasto con l'intenzione dell'altra. Quindi non può risultare un buon matrimonio. Ecco perché la disparità di culto impedisce di contrarre matrimonio»<sup>(20)</sup>.

---

*monio, un sacramento che è un contratto. Riflessioni attorno ad alcuni testi di San Tommaso d'Aquino*, in AA.VV., *Matrimonio e Sacramento*, Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano 2004, pp. 43-56. Più diffusamente, si orienta anche nella stessa direzione M.A. ORTIZ, *La forma canonica quale garanzia della verità del matrimonio*, in *Ius Ecclesiae*, 15 (2003), pp. 389-397.

<sup>(18)</sup> Ad es. sui matrimoni tra cattolici e musulmani esiste un'ampia letteratura, tra cui cfr. S. VILLEGIANTE, *Matrimonio cattolico e matrimonio musulmano: due mondi a confronto nel matrimonio dispari*, in *Monitor ecclesiasticus*, 4 (1986), pp. 463-509; M. BORRMANS, *Osservazioni e suggerimenti a proposito dei matrimoni misti tra parte cattolica e parte musulmana*, in *Quaderni di diritto ecclesiale*, 5 (1992), pp. 321-332; AA.VV., *Il matrimonio tra cattolici ed islamici* (Atti del XXIII Congresso nazionale di diritto canonico, Terni, 2001), Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano 2002.

<sup>(19)</sup> Corrisponde alla distinzione 39 del IV libro del Commento alle Sentenze.

<sup>(20)</sup> «Respondeo dicendum quod principalius matrimonii bonum est proles ad

Alcuni testi del secondo articolo della stessa questione, nel quale San Tommaso spiega come sia possibile il matrimonio tra gli infedeli, servono per illuminare la risposta appena riprodotta, confermando che essa si pone sul piano del matrimonio naturale, cioè del matrimonio in quanto «*officium naturae*», secondo la terminologia tommasiana<sup>(21)</sup>. Egli afferma che «la disparità di culto impedisce il matrimonio non per carenza di fede, ma per la diversità di credenze. Poiché la disparità di culto non solo impedisce la perfezione soprannaturale della prole, ma anche quella naturale, cercando di volgere i figli verso mete diverse»<sup>(22)</sup>. Ovviamente ciò

---

cultum Dei educanda. Cum autem educatio fiat communiter inter patrem et matrem, uterque secundum fidem intendit ad cultum Dei prolem educare. Et ideo, si sint diversae fidei, intentio unius alterius intentioni contraria erit. Et ita non potest inter eos esse conveniens matrimonium. Et propter hoc disparitas cultus praecedens impedit ipsum, ne contrahi possit» (*Suppl.*, q. 59, a. 1, in c.; trad. it. di Tito S. Centi, O.P., in S. TOMMASO D'AQUINO, *La Somma Teologica*, traduzione e commento a cura dei domenicani italiani, A. Salani, Roma 1972, vol. XXXI, p. 318).

<sup>(21)</sup> Cfr. *Suppl.*, q. 41.

<sup>(22)</sup> «Disparitas cultus non impedit matrimonium ratione infidelitatis, sed ratione disparitatis in fide. Disparitas enim cultus non solum secundam perfectionem proles impedit, sed etiam primam, dum parentes ad diversa prolem trahere intendunt» (*Suppl.*, q. 59, a. 2, ad 2; trad. it. cit. - nt. 20 - p. 322; come si può vedere, la traduzione interpreta la prima e la seconda perfezione della prole come perfezione naturale e soprannaturale, o della grazia, in perfetta armonia con la dottrina sostenuta dall'Aquinate nel corpo dello stesso articolo).

In un modo che mi pare poco coerente con questa dottrina, S. Tommaso precisa che l'impedimento non esiste nei matrimoni con eretici, poiché ciò che si richiede per il sacramento è il battesimo delle due parti, non la loro fede interiore (cfr. *Suppl.*, q. 59, a. 1, ad 5). In questa risposta cambia certamente il fondamento dell'impedimento, che non si ripone più sul pericolo per il bene naturale della prole, bensì sull'inesistenza tra i coniugi della comune realtà del battesimo. Del resto, mi pare che l'Aquinate si trova in questa difficoltà per il fatto di considerare l'efficacia invalidante dell'impedimento della disparità di culto come direttamente derivante dalla mancanza di battesimo di una delle parti, senza considerare la necessità di un intervento irritante della legge positiva ecclesiastica.

D'altra parte, una volta chiarita la necessità di un intervento della legge positiva, non troverei difficoltà di principio ad ammettere la possibilità di introdurre un vero impedimento invalidante per i matrimoni con un battezzato di un'altra confessione, fondandosi sullo stesso motivo naturale di mancanza di unità nell'educazione della prole. Poiché i problemi sono però generalmente molto minori, non mi pare che sia auspicabile l'attuazione di tale possibilità, che del resto andrebbe contro tutta una linea tradizionale di distinzione tra i due casi, che certamente mette anche in risalto la sacramentalità di ogni matrimonio tra due battezzati.

non toglie che, anche sul piano naturale, il matrimonio con disparità di culto ponga dei problemi per il bene degli stessi coniugi, compresi quelli derivanti per l'appunto dalla questione dell'educazione religiosa dei figli.

In questa prospettiva la disparità di culto si colloca nel novero degli impedimenti matrimoniali canonici allo stesso titolo dell'età, la parentela, ecc. L'efficacia invalidante o dirimente di questi impedimenti comporta, nel caso rispettivo, la mancanza del riconoscimento ecclesiale richiesto per la costituzione del vincolo matrimoniale (restando aperta la possibilità della dispensa per giusta causa, poiché in questo caso la mancanza di riconoscimento non è richiesta dall'essenza del matrimonio). La Chiesa ha potestà di porre impedimenti matrimoniali, come ha insegnato il Concilio di Trento<sup>(23)</sup>. A mio parere, tali limiti del valido esercizio del diritto a sposarsi dei fedeli trovano un chiaro fondamento quando vi sono situazioni d'indole naturale che, per esigenze del bene delle parti, di terzi o dello stesso bene comune, li giustificano. Anzi, e lo dico solo come un'opinione da approfondire ulteriormente, penso che anche gli impedimenti direttamente legati all'ambito ecclesiale, come quelli di ordine, di voto, e di parentela spirituale (in vigore nel Codice orientale: cfr. can. 811), nonostante le prime apparenze contrarie, possono trovare un fondamento sul piano naturale, o meglio, sulle conseguenze naturali di certe realtà soprannaturali. Infatti, gli impedimenti di voto e di ordine rappresentano un modo di tutelare la stessa persona e gli altri interessati dinanzi ad una decisione matrimoniale che è in manifesta contraddizione con un serio e qualificato progetto di vita formalmente assunto in precedenza, e quello di parentela spirituale riguarda un legame che, sorto in ambito ecclesiale, coinvolge anche il piano familiare naturale.

Mi risulta invece problematico che la Chiesa possa introdurre impedimenti per motivi esclusivamente legati all'ordine soprannaturale della salvezza (benché in alcuni impedimenti, come quello di disparità di culto, la contemporanea rilevanza soprannaturale sia più che evidente), in quanto ciò comporterebbe il lasciar di fatto alcuni suoi fedeli senza possibilità di esercizio del loro diritto natu-

---

(23) Cfr. CONCILIO DI TRENTO, Sessione 24<sup>a</sup>, 11 novembre 1563, *Canones de sacramento matrimonii*, can. 4, in *Denzinger-Hünemann*, 1804.

rale alle nozze. Mi accorgo che per questa via potrebbe sembrare che si voglia introdurre una limitazione alla portata della dichiarazione magisteriale tridentina, appena citata, sulla potestà della Chiesa per costituire impedimenti. Nella piena adesione a quell'insegnamento, non ritengo che la questione da me sollevata sia da considerare inclusa nel canone di Trento; ma ovviamente la mia opinione dovrebbe essere oggetto di uno studio più approfondito.

D'altra parte, può risultare paradossale il fatto che nel contempo la Chiesa abbia il potere giuridico di limitare lo « ius connubii » dei fedeli, compresi quelli in situazione di crisi nella loro appartenenza ecclesiale, per ragioni di tipo naturale, ossia alla stregua degli ordinamenti civili. Ritengo però che il paradosso possa sciogliersi se il tutto viene compreso nell'ottica dell'unità e distinzione tra dimensione naturale e soprannaturale della realtà matrimoniale, sempre unica e concreta tra i coniugi. In effetti, la Chiesa è consapevole della rilevanza strettamente sacramentale, e pertanto ecclesiale, del matrimonio naturale tra battezzati. Perciò, mediante le sue leggi ed interventi amministrativi essa tende a favorire e tutelare la valida e fruttuosa celebrazione matrimoniale, compreso ovviamente il suo bene propriamente soprannaturale<sup>(24)</sup>. Tuttavia, qualora questi interventi producessero l'effetto di privare qualcuno dalla possibilità di sposarsi, per ragioni attinenti il piano della fede, si verrebbe a determinare una situazione che mi sembra paradossale, nella misura in cui si stabilirebbe una sorta di sanzione ecclesiale che si porrebbe sul piano dei diritti naturali. Se la Chiesa non esige nessun atteggiamento specificamente soprannaturale per la validità del consenso<sup>(25)</sup>, non riesco a comprendere la congruenza che avrebbe l'esigerlo in sede di impedimenti o di forma.

Con ciò non si vuol dire che possa sorgere per i cristiani un matrimonio privo di rapporto con il proprio essere incancellabile

---

<sup>(24)</sup> Sul *favor matrimonii*, cfr. GIOVANNI PAOLO II, *Discorso alla Rota Romana*, 29 gennaio 2004.

<sup>(25)</sup> Lo ha affermato Giovanni Paolo II in relazione all'esclusione o all'errore determinante circa la sacramentalità del matrimonio: «Per le due figure è decisivo tener presente che un atteggiamento dei nubendi che non tenga conto della dimensione soprannaturale nel matrimonio, può renderlo nullo solo se ne intacca la validità sul piano naturale nel quale è posto lo stesso segno sacramentale» (*Discorso alla Rota Romana*, 30 gennaio 2003, n. 8).

di battezzati. Il vero matrimonio naturale di un battezzato continua sempre ad avere una rilevanza ecclesiale, in virtù della sua stessa sacramentalità attuale (quando l'altra parte è anche battezzata) o potenziale. La sussistenza del legame oggettivo del battezzato con la Chiesa consente di comprendere la legittima esistenza di impedimenti d'ordine naturale, posti dall'ordinamento canonico anche nei confronti dei battezzati più o meno distanti dalla vita ecclesiale. Siccome si tratta di impedimenti che non sono relativi a questa vita ecclesiale, ma che mirano a tutelare beni giuridici naturali, il fedele non viene in alcun modo sanzionato per il suo comportamento in quanto fedele. È perfettamente legittimo che il riconoscimento ecclesiale del matrimonio sia condizionato da alcune esigenze d'indole naturale, dichiarate o poste dalla Chiesa. Quando il fedele eventualmente si riavvicini alla Chiesa, se di fatto la sua unione non è proseguita, egli sarà grato del mancato riconoscimento di quell'unione, giustificato dal fatto che poteva prevedersi di regola come specialmente conflittuale e rischiosa. Se invece l'unione si è consolidata ed essa corrisponde all'essenza del matrimonio, il riconoscimento della Chiesa dovrà essere accordato, anche con la dispensa degli impedimenti di diritto umano, i quali debbono essere dispensati una volta che sia chiaro che i beni giuridici da essi tutelati non sono più in pericolo. Così deve avvenire nel caso della coppia con disparità di culto che, dopo un tempo ragionevole, sia riuscita ad istaurare una vita di normale armonia e stabilità.

### 3. *Il matrimonio misto nella sua dimensione giuridica soprannaturale.*

La giustizia specificamente intraecclesiale è d'indole prevalentemente soprannaturale, concerne cioè anzitutto i beni salvifici, tra cui lo stesso matrimonio in quanto sacramento cristiano. Certamente nella Chiesa va rispettata la giustizia riguardante i beni giuridici naturali, e perciò in essa trova piena applicazione quanto abbiamo detto finora sulla dimensione giuridica naturale del matrimonio. Tuttavia, le esigenze giuridiche proprie della Chiesa in materia matrimoniale si collocano su un piano soprannaturale, di salvezza.

Sotto questo profilo, l'esigenza fondamentale di giustizia per il fedele che si sposa è quella di celebrare e vivere l'unione coniugale nell'ambito della comunione ecclesiale. Tenendo conto dell'essen-

ziale dimensione apostolica dell'essere cristiano, nonché dell'indole duale del matrimonio e del suo costitutivo orientamento ai figli (anche qualora di fatto non vengano), ciò che è giusto in questa materia non può ridursi al dovere di conservazione di se stesso nella comunione, ma implica pure il dovere di testimoniare la fede<sup>(26)</sup> e la vita cristiana dinanzi al coniuge e quello di trasmettere fedelmente tale patrimonio alla prole.

L'obbligo giuridico intraecclesiale di conservare il bene della fede cattolica<sup>(27)</sup> costituisce il primo presupposto affinché il fedele possa vivere la sua fedeltà cristiana ed ecclesiale in ambito coniugale e familiare. A questo proposito giova ricordare che risulta del tutto fuorviante intendere l'attuale ed irrevocabile impegno della Chiesa cattolica nell'ecumenismo e nel dialogo interreligioso come un'attenuazione dell'umile ma ferma affermazione di fede circa l'unicità del Salvatore e della Chiesa da Lui fondata, la quale sussiste nella Chiesa governata dal Successore di Pietro e dai Vescovi in comunione con lui, e in cui si dà la pienezza dei beni ecclesiali della salvezza<sup>(28)</sup>. La consapevolezza dell'esistenza di tanti beni salvifici nelle Chiese e comunità non cattoliche, e anche quella circa i beni naturali d'indole religiosa che si danno tra i non cristiani, rappresenta certamente un dono dello Spirito Santo alla Chiesa, a cui non si può rinunciare. Tuttavia, tale consapevolezza perderebbe la sua genuinità se portasse a relativizzare l'unicità e l'universalità del

---

<sup>(26)</sup> Circa questo dovere, il *Catechismo della Chiesa Cattolica*, nel caso della disparità di culto, si esprime in questi termini: «Nei matrimoni con disparità di culto lo sposo cattolico ha un compito particolare: infatti «il marito non credente viene reso santo dalla moglie credente e la moglie non credente viene resa santa dal marito credente» (1 Cor 7,14). È una grande gioia per il coniuge cristiano e per la Chiesa se questa «santificazione» conduce alla libera conversione dell'altro coniuge alla fede cristiana (cfr. 1 Cor 7,16). L'amore coniugale sincero, la pratica umile e paziente delle virtù familiari e la preghiera perseverante possono preparare il coniuge non credente ad accogliere la grazia della conversione» (n. 1637). Analogamente, e nel più profondo rispetto della libertà del coniuge battezzato non cattolico, la scoperta e l'accoglienza da parte sua della pienezza della fede cattolica con la conseguente incorporazione alla Chiesa cattolica costituisce anche una grande grazia, per nulla contrapposta al vero ecumenismo.

<sup>(27)</sup> Circa questo obbligo del fedele, cfr. C.J. ERRÁZURIZ, *Il «munus docendi Ecclesiae»: diritti e doveri dei fedeli*, Giuffrè, Milano 1991, pp. 102-107.

<sup>(28)</sup> Cfr. LG, 8; cfr. Congregazione per la Dottrina della Fede, dich. «*Dominus Iesus*» circa l'unicità e l'universalità salvifica di Gesù Cristo e della Chiesa, 6 agosto 2000, in AAS, 92 (2000), pp. 742-765.

disegno salvifico in Cristo e nell'unica sua Chiesa, oppure a dimenticare l'intrinseco rapporto di tutti gli elementi di verità e di bene con la loro pienezza esclusivamente cattolica cui tutta l'umanità è convocata.

La dottrina e la disciplina della Chiesa cattolica circa i matrimoni misti si basa su queste affermazioni di base. Solo in tale ottica si può comprendere come la Chiesa richieda che «la parte cattolica si dichiari pronta ad allontanare i pericoli di abbandonare la fede e prometta sinceramente di fare quanto è in suo potere perché tutti i figli siano battezzati ed educati nella Chiesa cattolica»<sup>(29)</sup>. In questa esigenza si scorge un dovere di giustizia da parte del fedele, un dovere cioè correlativo a dei diritti, spettanti alla Chiesa e a tutti gli altri fedeli nel caso della conservazione della propria fede, e alla prole per quel che riguarda il battesimo e l'educazione cattolica nell'ambito della famiglia.

La traduzione pastorale e disciplinare del dovere di vivere il matrimonio secondo la fede ammette una pluralità di forme storiche<sup>(30)</sup>. In primo luogo, esiste la possibilità di impedire di regola la stessa validità delle unioni miste, secondo la soluzione tradizionale per la disparità di culto. Già nel paragrafo precedente ho cercato di giustificare tale possibilità sulla base di esigenze giuridico-naturali, non sembrandomi convincente invece, sul piano della giustizia, che le esigenze soprannaturali, da sole, determinino l'impossibilità di esercitare lo *ius connubii*. A parte la questione della validità, la proibizione del matrimonio misto può essere impostata in diverse maniere: da quella a carattere assoluto o quasi, senza eccezioni o solo in casi rarissimi, fino a quella in cui si concede l'autorizzazione in modo abituale, passando attraverso un'ampia gamma di maggiore o minore difficoltà nell'autorizzare eccezioni.

È indubbio che i Codici attuali, accogliendo la soluzione maturata dopo il Concilio Vaticano II<sup>(31)</sup>, contengono una disciplina

---

(29) CIC, can. 1125, 1°. Lo stesso testo, con qualche differenza meramente redazionale, si trova in CCEO, can 814, 1°.

(30) Cfr. P. ERDŐ, *I matrimoni misti nella loro evoluzione storica*, in AA.VV., *I matrimoni misti*, cit. (nt. 10), pp. 11-22.

(31) Tale soluzione trovò la sua espressione nel motu proprio *Matrimonia mixta* del 1970 (cfr. nt. 13), seguito poi in sostanza dalla legislazione codiciale vigente in materia.

significativamente diversa rispetto a quella del Codice del 1917<sup>(32)</sup>. Com'è ben noto, la differenza principale riguarda le garanzie richieste per autorizzare il matrimonio: mentre prima la parte non cattolica doveva impegnarsi a rispettare la fede di quella cattolica e consentire l'educazione cattolica di tutti i figli<sup>(33)</sup>, ora le garanzie vengono richieste solo alla parte cattolica nei termini già ricordati, dovendosi soltanto informare tempestivamente l'altra parte, così che consti che questa è realmente consapevole della promessa e dell'obbligo della parte cattolica<sup>(34)</sup>.

La portata pratica di questo cambiamento è manifesta. In effetti, nella legislazione precedente si seguiva l'impostazione secondo cui un matrimonio con un acattolico veniva autorizzato solo se al momento delle nozze vi fosse una ragionevole certezza circa la perseveranza del fedele nella fede cattolica, e soprattutto circa l'educazione cattolica della prole. Tale certezza proveniva dalle garanzie di entrambe le parti, e ovviamente esse presupponevano un accordo tra i nubendi. Inoltre, vi era un ulteriore discrezionale apprezzamento da parte dell'autorità ecclesiastica sulla certezza morale relativa all'adempimento delle cauzioni nel caso concreto, senza fare affidamento esclusivamente sulle promesse di entrambi i coniugi<sup>(35)</sup>.

---

<sup>(32)</sup> Cfr. cann. 1060-1065 e 1070-1071 del CIC 1983; cann. 803 e 813-816 del CCEO.

<sup>(33)</sup> Cfr. CIC 1917, can. 1061.

<sup>(34)</sup> Cfr. CIC, can. 1125, 2°; CCEO, can. 814, 2°. Su questo tema, cfr. G.P. MONTINI, *Le garanzie o «cauzioni» nei matrimoni misti*, in *Quaderni di diritto ecclesiale*, 3 (1992), pp. 287-295. L'unico caso in cui si continua adesso ad esigere una dichiarazione della parte acattolica si colloca nell'ambito dello scioglimento del matrimonio in favore della fede, qualora la parte cattolica intenda contrarre o convalidare il nuovo matrimonio con parte non battezzata o battezzata non cattolica. In tal caso, la parte acattolica deve dichiarare che è disposta a lasciare alla parte cattolica la libertà di professare la propria religione e di battezzare ed educare i figli cattolicamente (cfr. Congregatio pro Doctrina Fidei, *Normae de conficiendo processu pro solutione vinculi matrimonialis in favorem fidei*, 30 aprile 2001, art. 5, in *Il diritto ecclesiastico*, 113, 2002, I, pp. 1139-1144).

<sup>(35)</sup> Cfr. CIC 1917, can. 1061 § 1, 3°. Per contro, se la formalizzazione delle cauzioni era impossibile o inopportuna il Sant'Uffizio riconosceva la possibilità di cauzioni equipollenti, cioè non formali, purché fosse assicurato che la parte cattolica avrebbe fatto il possibile per assicurare il battesimo e l'educazione cattolica dei figli. Vi era poi incertezza all'interno dello stesso Sant'Uffizio circa la necessità o meno per diritto divino della certezza morale circa l'efficacia di questi propositi della parte cat-

Invece, al giorno d'oggi bastano le promesse della parte cattolica e la loro comunicazione ed effettiva conoscenza da parte dell'altra. È vero che la concessione della licenza o dispensa richiede una causa giusta e ragionevole<sup>(36)</sup>, per cui si apre uno spazio per una valutazione discrezionale, da mettere in atto specialmente nei casi in cui si avverta un'opposizione della parte non cattolica al contenuto delle promesse di quella cattolica, tale da far presagire speciali difficoltà per una pacifica convivenza matrimoniale<sup>(37)</sup>. Inoltre, pur non essendoci un'opposizione esplicita, possono esistere dei fattori religiosi e culturali che rendano molto probabile il sorgere di gravi problemi sul piano naturale per la coppia e per i figli.

Sul piano soprannaturale sta di fatto che la Chiesa adesso esige di meno per concedere l'autorizzazione a contrarre un matrimonio misto, giacché si ammette la possibilità di accordarla in casi in cui ad es. la parte non cattolica, pur sapendo qual è il dovere del fedele circa l'educazione cattolica della prole, non è disposta ad adeguarsi a ciò, anzi intende anch'essa compiere tutto il possibile affinché i figli vengano educati in un altro modo<sup>(38)</sup>. Può forse

---

tolica. Il problema derivava da casi in cui altrimenti era moralmente impossibile sposarsi, ad es. perché vi erano consuetudini civili che prevedevano l'affidamento dei figli a parenti o tutori non cristiani. Ritengo che la vera ragione per autorizzare quei matrimoni fosse quella di non poter richiedere al fedele la rinuncia a qualsiasi matrimonio. Cfr. G. TOMKO, *Matrimoni misti*, Napoli 1971, pp. 54-56.

<sup>(36)</sup> Cfr. CIC, can. 1125; CCEO, can. 814 (il quale omette l'aggettivo «rationabilis», per la verità ridondante). A questi canoni rimandano i canoni sull'impedimento di disparità di culto: CIC, can. 1086 § 2, CCEO, can. 803 § 3, e lo stesso si desume dalle regole generali circa la dispensa: cfr. CIC, can. 90 § 1; CCEO, can. 1536 § 1.

<sup>(37)</sup> Per questo motivo alcuni autori e Conferenze Episcopali prevedono la possibilità di una dichiarazione della parte non cattolica circa le sue intenzioni: cfr. J.T. MARTÍN DE AGAR, *Norme delle Conferenze Episcopali sul matrimonio misto*, in *Folia Canonica*, 4 (2001), p. 229. Il *Direttorio per l'ecumenismo* (1993) offre delle indicazioni pratiche: «Nei contatti che si avranno con coloro che intendono celebrare un matrimonio misto, si suggerirà e si favorirà, prima del matrimonio, la discussione e, se possibile, la decisione circa il battesimo e l'educazione cattolica dei figli che nasceranno. L'Ordinario del luogo, per vagliare l'esistenza o meno di «una causa giusta e ragionevole», in vista di concedere il permesso del matrimonio misto, terrà conto, tra l'altro, di un rifiuto esplicito della parte non-cattolica» (n. 150; trad. it. in *Enchiridion Vaticanum*, 13/2432-2433).

<sup>(38)</sup> Lo fa presente il *Direttorio per l'ecumenismo* (1993): «bisogna constatare che la parte non-cattolica può essere tenuta a un obbligo analogo in forza del proprio

ritenersi che questo cambiamento disciplinare rispecchi un mutato atteggiamento di fondo della Chiesa cattolica circa i doveri di giustizia specificamente soprannaturali del fedele nei matrimoni misti? <sup>(39)</sup>

È facile collegare questo mutamento con la dottrina del Vaticano II sulla libertà religiosa <sup>(40)</sup>. In effetti, la soppressione delle cauzioni da parte del non cattolico risulta congruente con il rispetto intraecclesiale della sua libertà religiosa in ambito matrimoniale e familiare. Esigere che egli s'impegnasse formalmente a non esporre il coniuge cattolico al pericolo di perversione, nonché ad assicurare che la prole sarebbe stata battezzata ed educata solamente nella fede cattolica <sup>(41)</sup>, appare problematico sotto il profilo del rispetto della sua coscienza. Si pensi ad es. al normale dialogo tra i coniugi circa le loro convinzioni religiose, oppure all'educazione della prole nel caso in cui venga a mancare la parte cattolica.

Ciò nonostante, nelle cauzioni che doveva prestare il non cattolico vi era un nucleo perfettamente compatibile con la libertà religiosa. Ovviamente l'impegno a rispettare la fede del coniuge cattolico, non si oppone al diritto di libertà religiosa del non cattolico, essendoci naturalmente anche lo stesso dovere della parte cattolica nei riguardi di quella non cattolica. Per quanto concerne l'educazione cattolica dei figli, l'eventuale rinuncia a trasmettere l'orientamento educativo più consono alle proprie convinzioni può essere liberamente assunta come condizione per sposare un cattolico. Tale condizione era prima stabilita dalla Chiesa mediante una legge ecclesiastica, ma può essere anche oggi posta dalla stessa parte cattolica, quale modo di garantire la trasmissione della fede ai figli. Ciò però deve avvenire entro termini che possano essere ragionevolmente compresi dal non cattolico, e cioè soprattutto in funzione di quell'unità d'indirizzo educativo di cui hanno bisogno gli stessi figli, e senza perciò pretendere che vi sia un obbligo del

---

impegno cristiano» (n. 150, secondo la trad. it. in *Enchiridion Vaticanum*, 13/2431; cfr. anche n. 151).

<sup>(39)</sup> Su questo argomento rimane molto interessante lo scritto di chi, per i suoi lavori presso la Santa Sede, ha vissuto in prima persona il periodo del cambiamento: J. TOMKO, *Matrimoni misti*, Ed. Dehoniane, cit. (nt. 35), parte I «Promesse e il diritto divino», pp. 25-127.

<sup>(40)</sup> Sulla libertà religiosa della famiglia, cfr. dich. *Dignitatis humanae*, n. 5.

<sup>(41)</sup> Cfr. can. 1061 § 1, 2° del CIC 1917.

non cattolico qualora la parte cattolica non sia più in grado di offrire l'educazione secondo la sua fede. Se tale condizione rappresentasse per il non cattolico un insormontabile problema di coscienza, tenuto conto del suo obbligo di trasmettere la propria fede ai figli<sup>(42)</sup>, resta sempre aperta la possibilità di rinunciare al matrimonio con la parte cattolica.

D'altra parte, è indubbio l'influsso della nuova dottrina ecumenica ed interreligiosa del Concilio Vaticano II sulla disciplina postconciliare circa i matrimoni misti. A monte si trova non solo la chiara affermazione della possibilità della salvezza al di fuori dell'ambito visibile della Chiesa cattolica, ma anche la consapevolezza circa gli elementi di santificazione e di verità esistenti nelle Chiese e confessioni cristiane che non sono nella piena comunione cattolica, nonché l'esistenza di dimensioni di bontà e di verità tra i non cristiani<sup>(43)</sup>. Ovviamente tutto ciò determina un diverso modo di vedere le unioni miste, dal momento che ad es. il fatto che la prole sia o meno cattolica non appare necessariamente come una condizione per la sua eterna salvezza. Tuttavia, non va dimenticato il dovere insopprimibile per la salvezza di cercare la pienezza della verità che unicamente si dà nella Chiesa cattolica, di rimanere in tale verità, e di fare tutto il possibile affinché gli altri la scoprano, per cui malgrado l'influsso complessivo della rinnovata mentalità ecumenica ed interreligiosa in questa materia, non mi è chiaro come ciò possa rappresentare la causa fondamentale del mutamento avvenuto nella disciplina cattolica.

D'altra parte, penso che sia evidente che i matrimoni misti non possano essere visti come una sorta di strumento per la promozione dell'ecumenismo o del dialogo interreligioso. È vero che l'apporto dei matrimoni misti alla causa dell'unità dei cristiani deve essere valorizzato, secondo quanto insegnano i documenti ufficiali della Chiesa dopo il Vaticano II<sup>(44)</sup>. Ma gli stessi documenti, con

---

<sup>(42)</sup> Cfr. il brano cit. a nt. 38 del *Direttorio per l'ecumenismo*, n. 150. Cfr. anche il n. 151.

<sup>(43)</sup> Cfr. cost. dogm. *Lumen gentium*, nn. 15-16; decr. *Unitatis redintegratio* sull'ecumenismo; e dich. *Nostra aetate* sulle relazioni della Chiesa con le religioni non cristiane.

<sup>(44)</sup> In tal senso, con diverse sfumature, cfr. GIOVANNI PAOLO II, esort. ap. *Familiaris consortio*, 22 novembre 1981, n. 78; *Catechismo della Chiesa Cattolica*, nn. 1633-1637; e *Direttorio per l'ecumenismo* (1993), nn. 143-160.

spirito realistico, sottolineano chiaramente gli aspetti problematici. Paolo VI nel motu proprio *Matrimonia mixta* si esprimeva in questi termini: «La Chiesa si rende conto che i matrimoni misti, proprio perché sono conseguenza della diversità di religione e della diversità esistente tra i cristiani, non giovano ordinariamente, tranne alcuni casi, alla ricomposizione dell'unità tra tutti i cristiani»<sup>(45)</sup>. E il Direttorio per l'ecumenismo del 1993 afferma: «La perfetta unione delle persone e la condivisione completa della vita, che costituiscono lo stato matrimoniale, sono più facilmente assicurati quando i coniugi appartengono alla medesima comunità di fede. Inoltre, la concreta esperienza e le osservazioni che scaturiscono da diversi dialoghi dimostrano che i matrimoni misti presentano spesso difficoltà per le coppie stesse e per i loro figli in ordine alla conservazione della fede, all'impegno cristiano e all'armonia della vita familiare. Per tutti questi motivi, il matrimonio tra persone che appartengono alla stessa Comunità ecclesiale rimane per tutte le Chiese, nelle circostanze attuali, l'obiettivo da raccomandare e da incoraggiare»<sup>(46)</sup>.

Di conseguenza, prima della celebrazione del matrimonio, l'impulso ecumenico — e ancor meno l'apertura verso i non cristiani — ovviamente non costituisce un valido motivo che di per sé giustifichi il matrimonio misto. Le difficoltà relative alla fede e allo stesso consorzio matrimoniale non compensano i vantaggi ecumenici o interreligiosi. I fatti poi dimostrano quanto sia difficile evitare gli attriti, il rischio dell'indifferentismo e i pericoli per la stessa armonia coniugale. Anzi, particolari difficoltà di convivenza sul piano religioso si possono presentare proprio quando tutte e due le parti sono ferventi nelle loro convinzioni religiose. Ciò non toglie che, dinanzi alla realtà già costituita dei matrimoni misti, la dimensione ecumenica ed interreligiosa acquisti una peculiare rilevanza. Scoprire e potenziare quanto unisce, creare un ambiente

---

<sup>(45)</sup> Dal preambolo, cit. (nt. 13), p. 257; trad. in *Enchiridion Vaticanum*, 3/2416.

<sup>(46)</sup> n. 144; trad. in *Enchiridion Vaticanum*, 13/2425. Nel n. 27 si legge: «quando membri di una stessa famiglia appartengono a Chiese e Comunità ecclesiali diverse, quando dei cristiani non possono ricevere la comunione con il coniuge o i figli o gli amici, la sofferenza per la divisione si fa acutamente sentire e dovrebbe più fortemente stimolare alla preghiera e all'attività ecumenica» (trad. in *Enchiridion Vaticanum*, 13/2195. Cfr. anche i documenti citati nella nota 38.

che favorisca l'unità dei cristiani, promuovere contatti associativi e tra le diverse confessioni riguardo a questa importante realtà pastorale: tutto ciò fa parte di una novità salutare nell'affrontare questo tema. Bisogna però tener conto della reale divisione purtroppo esistente in quella famiglia, che non può essere ignorata né sottovalutata, e nella quale il cattolico è sempre tenuto a testimoniare con umiltà e ferma coerenza la propria fede, anche per quel che riguarda l'educazione dei figli<sup>(47)</sup>.

Un'altra via per cercare la spiegazione del cambiamento può essere quella di distinguere tra la conservazione della fede del coniuge cattolico, e la questione del battesimo ed educazione dei figli. Infatti, è proprio in quest'ambito che il cambiamento è più rilevante sia in teoria che in pratica. Il Codice del 1917 considerava che tutti e due questi aspetti fossero di diritto divino<sup>(48)</sup>, includendo perciò anche quello relativo ai figli: se ci fosse stato il pericolo della perversione — termine che andava preso nel suo rigoroso senso di perdita del bene prezioso della fede —, si dichiarava che il matrimonio misto era proibito non solo per legge ecclesiastica, ma anche per legge divina.

È stata sostenuta la tesi secondo cui su questo punto ci sarebbe stata una novità sostanziale nell'approccio della Chiesa, nel senso che solo il pericolo prossimo di perdere la propria fede per il coniuge cattolico implicherebbe per lui l'obbligo per legge divina di rinunciare ad un simile matrimonio; il problema dei figli, invece, rientrerebbe nell'ambito dei pericoli remoti per la fede, i quali andrebbero allontanati il più possibile, ma non arriverebbero a rendere illecita la celebrazione del matrimonio in cui si preveda che la prole non sarà battezzata o educata nella fede cattolica<sup>(49)</sup>.

Con i documenti postconciliari sotto mano, mi pare che questa tesi sia difendibile, nella misura in cui risulta almeno compatibile con le loro formulazioni letterali, benché non ci sia

---

(47) Lo mette giustamente in risalto P. GEFANEL, *La educación religiosa de los hijos en los matrimonios mixtos: normativa canónica en Italia y Líbano*, in AA.VV., *Matrimonio. El matrimonio y su expresión canónica ante el III milenio* (X Congreso internacional de Derecho Canónico, Pamplona, 14-19 septiembre 1998), EUNSA — Instituto de Ciencias para la Familia, Pamplona 2000, pp. 177-184.

(48) Cfr. can. 1060.

(49) In tal senso cfr. U. NAVARRETE, *L'impedimento di «disparitas cultus»* (can. 1086), in AA.VV., *I matrimoni misti*, cit. (nt. 10), pp. 120-123.

un'affermazione formale in un senso o nell'altro. Ma resta il problema di fondo: è vero che la formulazione recepita dal Codice del 1917 è da considerarsi superata?

È indubbio che la questione dei figli è quella più rilevante al momento di decidere se formare o meno una famiglia in cui i genitori non siano entrambi cattolici. Non si può invocare semplicisticamente l'amore per giustificare qualunque unione, poiché è chiaro che se l'unione fosse pericolosa per la fede dello stesso contraente cattolico, essa andrebbe da lui evitata in partenza. In effetti, l'amore tra i fidanzati va inteso quale amore della volontà, che integra l'*eros* in una decisione umanamente e cristianamente responsabile. Il diritto a sposarsi potrebbe dunque costituire un fondamento valido per giustificare le nozze quando si preveda che quasi sicuramente la possibile discendenza non sarà cattolica? Veramente non riesco ad ammettere che l'esercizio dell'importantissimo diritto naturale e cristiano a contrarre matrimonio possa essere lecitamente attuato quando comporti la rinuncia a trasmettere ai propri figli la fede cattolica che costituisce il bene maggiore che possa essere loro dato in eredità familiare.

Ritengo che, nonostante l'avvenuto cambiamento legislativo, il cattolico sia tenuto a continuare ad evitare una situazione del genere, e che sia perciò obbligato a rinunciare ad un matrimonio in cui quel suo dovere di trasmissione della fede ai figli fosse gravemente ostacolato da una decisione che poi dipende da lui stesso mediante il consenso matrimoniale (tranne nei casi, in cui quel matrimonio fosse necessario per un grave motivo, come ad es. la prole già avutasi, l'impossibilità morale in determinati contesti sociali di sposarsi in un modo che assicuri l'educazione cattolica<sup>(50)</sup>, ecc.). In questo senso, condivido l'orientamento secondo cui l'obbligo di evitare il pericolo per la fede nei riguardi dei possibili figli sia da considerare di diritto divino<sup>(51)</sup>. Tale obbligo è di giustizia, anzi-

---

<sup>(50)</sup> Questo caso era già previsto dalla prassi del Sant'Uffizio durante la vigenza del CIC 1917: Cfr. G. TOMKO, *Matrimoni misti*, cit. (nt. 35), pp. 52-56.

<sup>(51)</sup> Cfr. W. BERTRAMS, *De matrimoniis mixtis*, in *Nuntius*. S. Congregationis pro Doctrina Fidei nutu et cura editus, 1 (1967), pp. 29-38; e poi incluso in AA.VV., *De matrimonio coniectanea*, Università Gregoriana Ed., Roma 1970, pp. 83-95. Bertrams difendeva la soluzione data al problema dalla Istruzione *Matrimonii sacramentum* della stessa menzionata Congregazione, del 18 marzo 1966, in *AAS*, 58 (1966), pp. 235-239, nella quale si adottava una sorta di posizione sfumata, ma in fondo assai

tutto nei confronti della stessa prole, ma anche rispetto a tutta la Chiesa, e pertanto è un obbligo sia morale che giuridico.

Con ciò resta ancora aperta la questione di trovare il fondamento della nuova disciplina, che non richiede più per la liceità del matrimonio l'esistenza di una ragionevole certezza circa la futura educazione cattolica della prole. Prima di rispondere alla questione sul fondamento, premetto alcune considerazioni d'indole pastorale.

È chiaro che i fedeli sono tenuti a sposarsi secondo la propria fede, e cioè in modo che la famiglia da loro formata sia davvero cattolica. Cosa fare però quando, sottovalutando il bene della fede propria e dell'eventuale prole, i fedeli scelgono un matrimonio pericoloso per la vita cristiana familiare, normalmente anche rischioso sotto il profilo della stessa vita matrimoniale?

La prima e la più importante risposta riguarda l'obbligo della Chiesa di aiutare i suoi figli ad impostare sempre i loro matrimoni nell'orizzonte della fede, nonché ad evitare le unioni problematiche sotto questo profilo. Occorre cercare di rendere i fedeli consapevoli dei problemi inerenti ai matrimoni misti, sia mediante il ministero della parola rivolto alla generalità delle persone, sia nei casi singoli che si presentino. Risulta comodo, ma irresponsabile, evitare questo tema nel nome di un malinteso cambio dell'atteggiamento della Chiesa in materia.

Quando malgrado gli sforzi realizzati si arriva alla conclusione che le parti vogliono contrarre un'unione che è più o meno in contrasto con la sua dimensione giuridica soprannaturale, vi è un minimo che la Chiesa attualmente domanda: la promessa della parte cattolica di essere pronta ad allontanare i pericoli di abbandonare la fede e di fare quanto è in suo potere perché tutti i figli siano battezzati ed educati nella Chiesa cattolica, e la conoscenza di tale promessa da parte dell'altra parte (e purché ovviamente si

---

vicina a quella del Codice del 1917: «Alla stessa parte acattolica si deve far presente il grave obbligo per il coniuge cattolico di tutelare, conservare e professare la propria fede e di far battezzare ed educare in essa la prole che nascerà. E poiché tale obbligo deve essere garantito, anche il coniuge acattolico sia invitato a promettere, apertamente e sinceramente, che non creerà alcun ostacolo all'adempimento di quel dovere. Se poi la parte acattolica pensa di non poter formulare tale promessa senza ledere la propria coscienza, l'Ordinario deve riferire il caso con tutti i suoi elementi alla Santa Sede» (I, § 3, p. 237; trad. in *Enchiridion Vaticanum*, 2/662).

tratti di un vero matrimonio secondo la sua dimensione naturale)<sup>(52)</sup>.

Tornando alla questione sul fondamento, ci si può domandare: perché la Chiesa si accontenta oggi di quel minimo? Per cercare di comprenderlo si deve tener presente che il riconoscimento ecclesiale del matrimonio (che avviene normalmente mediante la forma canonica, ma può anche darsi mediante la convalidazione oppure l'accettazione di altre forme pubbliche da parte della legge canonica) è un atto complesso che normalmente include due aspetti: il riconoscimento dello stesso matrimonio, e il riconoscimento della situazione di comunione in cui si celebra tale matrimonio. Il riconoscimento ecclesiale del matrimonio dei battezzati include anche la situazione di comunione del fedele nella Chiesa, ovviamente solo nei limiti di ciò che è dovuto secondo giustizia. Sotto il profilo giuridico-canonico, nell'ambito del matrimonio e della famiglia la comunione cattolica comporta l'esigenza di preservare la propria fede e di garantire quella della prole. Il divieto dei matrimoni in principio rischiosi per la fede<sup>(53)</sup> implica l'obbligo di sottomettere tali unioni all'autorità ecclesiastica competente, affinché accerti la sussistenza o meno di tale rischio nel caso concreto. Il riconoscimento della comunione dovrà essere concesso se il matrimonio non pone problemi sotto questo profilo.

Se il matrimonio prospettato risulterà invece poco adeguato a vivere e trasmettere la fede, ciò dipenderà anzitutto dalle carenze di fede e di vita cristiana della parte cattolica, la quale non valuterà nella prospettiva soprannaturale la posta in gioco dell'unione che intende contrarre. La Chiesa può e deve fare tutto il possibile affinché i fedeli risolvano favorevolmente tale problema (abbandonando un determinato progetto di unione, o impostandolo bene quando ciò sia possibile), ma quando, malgrado quegli aiuti, il problema sussiste, bisogna pur ricordare il dovere di rispettare il diritto naturale a sposarsi di cui godono i fedeli.

---

<sup>(52)</sup> Cfr. CIC, can. 1125.

<sup>(53)</sup> Sotto quest'espressione ampia intendo includere sia i matrimoni misti in senso proprio, sia quelli con disparità di culto (oltre alla loro problematicità sul piano naturale, che a mio avviso giustifica l'impedimento, essi ovviamente risultano anche rischiosi sul piano della salvezza, e in misura di per sé più consistente rispetto ai matrimoni misti), sia infine i matrimoni di coloro che hanno notoriamente abbandonato la fede cattolica (cfr. can. 1071 § 1, 4° e § 2).

Siffatto rispetto può esprimersi in diverse maniere, a seconda delle varie circostanze. Oltre alle eccezioni previste attualmente per coloro che si sono separati dalla Chiesa mediante atto formale<sup>(54)</sup>, *de lege ferenda* sarei favorevole a non esigere da nessun fedele la forma canonica quale requisito per la validità del suo matrimonio, pur mantenendo con tutta la sua forza il dovere canonico *ad licitatem* di ottenere il riconoscimento pubblico ed ufficiale della Chiesa, nei due aspetti prima indicati.

In effetti, il riconoscimento legale generale, per essere operativamente efficace, deve tradursi in un riconoscimento concreto, mediante un accertamento ecclesiale non solo del matrimonio validamente celebrato<sup>(55)</sup>, ma anche della comunione del fedele con la Chiesa. Al di fuori di riconoscimenti possibili ai soli effetti matrimoniali (ad es. nell'ambito del processo di nullità di un'unione successiva), si deve accertare se il fedele intende effettivamente riprendere la sua vita ecclesiale. Perciò in quel momento si dovrebbero porre le stesse questioni sulla fede sua e della prole che sono previste nella normativa sui matrimoni misti<sup>(56)</sup>.

Il rispetto dello *ius connubii* si esprime anche in un altro modo nell'ambito dei matrimoni misti. A mio giudizio, le minori esigenze previste dall'attuale legislazione ecclesiastica vogliono venire incontro a quei matrimoni che, pur essendo imperfetti sotto il profilo delle esigenze soprannaturali, riuniscono almeno delle ca-

---

(54) Cfr. CIC, cann. 1117, 1086 § 1, 1124. Sulla disciplina del CCEO, cfr. nt. 4.

(55) Se la forma canonica non fosse richiesta per la validità, l'accertamento dello stato libero si renderebbe certamente più complesso, in quanto dovrebbe includere la situazione matrimoniale negli ordinamenti, civili o religiosi, sotto i quali le parti potessero aver contratto un matrimonio in forma comunque pubblica. Se anziché chiedere il riconoscimento dell'unione, volessero contrarre un'altra, considerando invalida quella precedente, allora occorrerebbe un processo giudiziario per la dichiarazione di tale nullità. In alcuni casi, specialmente di matrimonio civile, sarebbe ipotizzabile ricorrere ad un processo più breve rispetto a quello ordinario, poiché sarebbe mancato al tempo della celebrazione il controllo amministrativo in sede ecclesiale, e la presenza di una volontà non veramente matrimoniale potrebbe essere di fatto più frequente nei contraenti. Ovviamente non intendo in questa sede scendere nei particolari, ma unicamente evidenziare alcuni dei problemi che si porrebbero, i quali peraltro non mi sembrano né irrisolvibili né tali da ritenere inopportuna la proposta.

(56) Ciò è contemplato nel caso della sanazione in radice (cfr. CIC, can. 1165 § 2).

ratteristiche che consentono di nutrire una qualche speranza di riuscita sul piano salvifico. Si rinuncia ad esigere di più, perché come regola generale non si pensa che in questi casi sia possibile ottenere subito un atteggiamento diverso. Tale rinuncia è espressione del rispetto dello *ius connubii* del fedele, anche perché altrimenti egli potrebbe facilmente tentare un'unione in forma non canonica, che oggi sarebbe di regola invalida<sup>(57)</sup>.

Nel contempo, penso che si opera secondo un principio di tolleranza, sapendo anche come non di rado i fedeli si trovino attualmente in situazione di ignoranza incolpevole delle esigenze della propria fede in quest'ambito<sup>(58)</sup>. Ovviamente l'atteggiamento pastorale non può essere mai quello di rinunciare ad aiutare positivamente i fedeli cattolici affinché scoprano la pienezza delle esigenze della propria fede in questo campo.

Infatti, l'esigenza del diritto divino rimane intatta, ed è necessario tutelarla con i mezzi adeguati alla situazione odierna. Oggi-giorno, mi sembra che il problema degli impedimenti quali motivi di nullità, debba essere visto in una prospettiva più ampia, di aiuto pastorale ai fedeli<sup>(59)</sup>. La tradizionale dissuasione dai matrimoni misti va ripensata in un contesto di grande delicatezza e apprezzamento della libertà, anche di tolleranza di determinati suoi usi illeciti, ma nello stesso tempo di grande chiarezza e fermezza per illustrare in senso positivo ai fedeli i valori in gioco. Ciò dovrebbe essere oggetto non soltanto degli incontri personali con i fidanzati — momento in cui può essere fatto molto, anche per dissuadere —, ma dovrebbe rientrare nella formazione generale trasmessa a tutti mediante la predicazione e la catechesi, e anzitutto mediante l'educazione in famiglia.

---

(57) Ho già sostenuto questa tesi in C.J. ERRÁZURIZ, *Sul fondamento della disciplina circa i matrimoni misti*, in *Ius Ecclesiae*, 11 (1999), p. 523.

(58) Inoltre, mi sembra che influisca il fatto che può non essere facile conoscere le vere disposizioni delle persone, e che i giudizi al momento di sposarsi sull'esito del progetto matrimoniale e familiare concernono ovviamente il futuro, circa il quale le previsioni sono sempre piuttosto incerte, in quanto gli eventi dipendono in questo caso anzitutto dalla libertà di entrambi i coniugi.

(59) Questa prospettiva viene molto ben sviluppata da J.T. MARTÍN DE AGAR, *Los impedimentos, ¿protección de valores o causas de nulidad?*, in *El matrimonio y su expresión canónica ante el III milenio* (X Congreso Internacional de Derecho Canónico, Pamplona, 14-19 settembre 1998), EUNSA — Instituto de Ciencias para la Familia, Pamplona 2000, pp. 573-585.

In definitiva, non può essere dimenticato il bene della fede su cui si basa tutta la tradizione disciplinare della Chiesa in quest'ambito; e nello stesso tempo si debbono tener presenti le esigenze di rispetto del diritto naturale a sposarsi. In questo modo vanno rispettate le esigenze di giustizia che sono intrinseche alla natura umana e alla Chiesa, le quali stanno alla base dell'ordinamento canonico nonché del riconoscimento che esso dà agli altri ordinamenti giuridici competenti in materia.

CARLOS J. ERRÁZURIZ M.

Pagina bianca

# *Rassegna di bibliografia*

*Note bibliografiche*

Pagina bianca

## REALISMO GIURIDICO E ORDINAMENTI MATRIMONIALI (\*)

Nello studio della realtà matrimoniale, anziché fermarsi all'analisi delle norme concrete che costituiscono un singolo ordinamento giuridico, sia esso civile o ecclesiale, è necessario uno sforzo di comprensione del matrimonio anzitutto come realtà che, al di sopra delle singole concretizzazioni culturali o giuridiche, risponde alla verità della persona umana. Di fronte al sempre maggiore divario tra i sistemi matrimoniali, ed in concreto tra quello canonico e quelli secolari, è necessario fare un'opera di riscoperta del matrimonio come realtà oggettiva, la cui origine e il cui contenuto nella sua essenza non viene determinato dalla volontà arbitraria del legislatore o da una determinata cultura, ma dalla natura delle cose, dalla verità inscritta nella nozione stessa di persona, di sessualità umana, di matrimonio, che si trovano alla base della nostra cultura occidentale.

Il libro di cui ora si fa la presentazione è il frutto di un modo molto concreto di avvicinarsi allo studio e alla comprensione della realtà matrimoniale. Lo stesso titolo *Matrimonio, diritto e giustizia*, sottolinea l'importanza di non perdersi nei meandri delle diverse determinazioni culturali o di diritto positivo della realtà matrimoniale, facendo uno sforzo per capire la natura stessa del matrimonio, anziché oscurarla, in modo tale da poter valutare oggettivamente l'adeguatezza o meno delle singole determinazioni fatte dagli ordinamenti giuridici sul matrimonio e la famiglia. Penso che per capire lo scopo dell'autore possano essere illuminanti le seguenti parole di Giovanni Paolo II nella sua Enciclica *Veritatis Splendor*, nella quale afferma: «Non si può negare che l'uomo si dà sempre

---

(\*) A proposito del libro di GAETANO LO CASTRO, *Matrimonio, Diritto e Giustizia*, Giuffrè, Milano, 2003, p. 299.

in una cultura particolare, ma neppure si può negare che l'uomo non si esaurisce in questa cultura. Del resto, il progresso stesso delle culture dimostra che nell'uomo esiste qualcosa che trascende le culture. Questo "qualcosa" è precisamente la *natura dell'uomo*: proprio questa natura è la misura della cultura ed è la condizione perché l'uomo non sia prigioniero di nessuna delle sue culture, ma affermi la sua dignità personale nel vivere conformemente alla verità profonda del suo essere. Mettere in discussione gli elementi strutturali permanenti dell'uomo, connessi anche con la stessa dimensione corporea, non solo sarebbe in conflitto con l'esperienza comune, ma renderebbe incomprensibile il riferimento che Gesù ha fatto al "principio", proprio là dove il contesto sociale e culturale del tempo aveva deformato il senso originario e il ruolo di alcune norme morali (cf. Matt. 19, 1-9)»<sup>(1)</sup>.

Con questa idea di fondo, l'autore ha raccolto nel volume otto saggi sul matrimonio, alcuni di essi inediti, altri già pubblicati altrove, ma riuniti in questo libro allo scopo di offrire al lettore testi di grande interesse che possano servire a superare il sempre presente rischio di positivismo giuridico che non di rado si scorge nella scienza giuridica dei nostri giorni. Inoltre, l'autore ha approfittato per fare un accurato aggiornamento bibliografico dei diversi saggi, prendendo in considerazione i più recenti sviluppi dottrinali e legislativi riguardo ai temi trattati in essi.

Dato lo spessore di ognuno dei saggi, è veramente difficile presentare un riassunto di ognuno di essi. Per tanto, più che tentare di spiegare in poche parole che cosa vuole dire l'autore nei singoli saggi, prenderò spunto dalle considerazioni fatte dall'autore per commentarle e trarre alcune conseguenze e suggerimenti concreti che possano servire per capire meglio la ricchezza del modello matrimoniale che la Chiesa, con un'esperienza plurisecolare, ha proposto al mondo e, a mio avviso, malgrado le voci che parlano di crisi del matrimonio, può continuare a proporre come l'unico modello etico oggettivo del matrimonio che può rispondere in pienezza alle esigenze della dignità della persona.

Il primo saggio è intitolato *Famiglia e matrimonio nella tempeste della modernità* (p. 1-41). In esso, l'autore fa un'acuta analisi delle cause che hanno portato alla crisi moderna dell'idea di fami-

---

(1) GIOVANNI PAOLO II, Enc. *Veritatis Splendor*, n. 53.

glia. Tra i diversi elementi di questa crisi, molto interessante l'analisi dell'influsso della filosofia hegeliana, la quale da una parte esalta la famiglia ma successivamente la nega nella sua visione storicista e dialettica dell'evoluzione dello spirito, nella quale alla fine lo Stato supererebbe la famiglia (cfr. p. 9-14). Tra le cause endogene della crisi, che qualifica come più corrosive, indica l'individual-narcisismo nelle società contemporanee e il pensiero nichilista, che finisce per confondere il matrimonio con la mera convivenza della vita quotidiana, che è puro caso, divenire, fatto, e non più diritto nel senso più pressante dell'espressione. Caso mai, il matrimonio come istituzione sarebbe imposizione del potere e della forza, non giustizia in senso stretto e realistico. Molto interessante anche l'analisi che fa Lo Castro dello svuotamento degli artt. 2 e 29 della Costituzione italiana a causa di un'interpretazione del termine «naturale» come equivalente a «sociale» (cfr. p. 22-24). Contro queste visioni, l'autore propone una visione cristiana della persona — non dell'individuo —, della famiglia e della società, nella quale sia lo Stato sia la famiglia sarebbero al servizio del perfezionamento della persona.

Non si tratta però di creare un sistema di norme che da solo possa cambiare la cultura giuridica dei nostri giorni perché, come nei primi secoli, il lavoro è arduo e lungo, e per modificare la cultura individualistica dei nostri giorni ci servono non soltanto norme, ma una graduale opera di inculturazione della verità del principio sul matrimonio e la famiglia. L'autore conclude fissando il suo sguardo sul sistema matrimoniale canonico e sul modo in cui oggi viene applicato, mettendo in guardia contro il rischio di strumentalizzare le norme riguardanti la nullità del matrimonio allo scopo di trovare una «soluzione» ai matrimoni falliti, aggirando in questo modo il mandato divino «l'uomo non separi ciò che Dio ha unito». Come esempio concreto di questa strumentalizzazione e cattiva applicazione delle norme canoniche, analizza alcune moderne visioni del matrimonio nella Chiesa che si chiamano personaliste ma che finiscono per negare la verità del matrimonio e la sua indissolubilità, che è un bene per la persona, un autentico bene personalista, e non un semplice obbligo imposto dalla Chiesa a difesa dell'istituzione matrimoniale<sup>(2)</sup>.

---

(2) Sull'argomento, cfr. GIOVANNI PAOLO II, *Discorso alla Rota Romana del 29*

Il secondo saggio ha come titolo *Moderne incertezze sul matrimonio* (p. 43-65). Di fronte alle attuali pretese di equiparazione tra il matrimonio e le convivenze di fatto, persino quelle omosessuali, l'autore si chiede se ci sia o meno qualcosa, oltre gli effetti giuridici, che contraddistingue il matrimonio dalle convivenze. Se non ci fosse, se la differenza riguardasse soltanto gli effetti, alla lunga questa distinzione apparirebbe arbitraria. Di fronte alle pretese di equiparazione delle unioni di fatto al matrimonio, in questo saggio si tenta di capire il perché di queste richieste e le conseguenze della loro accettazione: non si tratta di una specie di nostalgia del passato né tanto meno da un problema linguistico, perché il riconoscimento delle unioni di fatto, che partono dal presupposto del rifiuto della donazione stabile, ci porta allo svuotamento della nozione di matrimonio, a più ragione nel caso di riconoscimento o di equiparazione delle unioni tra persone dello stesso sesso al matrimonio, come è il caso della legge belga del 30 gennaio 2003. La conseguenza di questo riconoscimento o equiparazione sarà, afferma l'autore, la perdita di qualunque oggettività nella nozione di matrimonio: «In realtà è venuta meno né dev'essere più ricercata, un'idea o un'essenza del matrimonio, ed è rimasto solo uno schema legale un plesso di effetti giuridici che il diritto (il legislatore) può liberamente applicare alle più diverse realtà, tendenzialmente trattate come equivalenti» (p. 50). In questo modo, il termine matrimonio perde il suo significato oggettivo divenendo un termine polisemico.

Lo stato attuale degli ordinamenti secolari, afferma Lo Castro, dimostra il fallimento dell'etica laica della rivoluzione francese e

---

gennaio 2004, n. 6, in *AAS*, 96 (2004), pp. 348-352, nel quale dice: «La tendenza ad ampliare strumentalmente le nullità, dimenticando l'orizzonte della verità oggettiva, comporta una distorsione strutturale dell'intero processo. L'istruttoria, in questa prospettiva, perde la sua incisività in quanto l'esito è predeterminato. L'indagine stessa della verità, alla quale il giudice è gravemente obbligato ex officio (cfr *CIC*, can. 1452; *CCEO*, can. 1110) e per il conseguimento della quale si serve dell'aiuto del difensore del vincolo e dell'avvocato, si risolverebbe in un susseguirsi di formalismi privi di vita. La sentenza, poiché al posto della capacità di indagine e di critica verrebbe a prevalere la costruzione di risposte predeterminate, perderebbe o gravemente attenuerebbe la sua tensione costitutiva verso la verità. Concetti chiave come quelli di certezza morale e di libero apprezzamento delle prove rimarrebbero senza il loro necessario punto di riferimento nella verità oggettiva (cfr *CIC*, can. 1608; *CCEO*, can. 1291), che si rinuncia a cercare oppure si considera inafferrabile».

dimostra la totale scissione che si è operata tra sessualità, coniugalità e procreazione, con la conseguente mancanza di un modello etico di matrimonio, come è quello cristiano, che per molti secoli aveva informato la cultura occidentale<sup>(3)</sup>. Il saggio finisce con una considerazione che condivido pienamente riguardo ai danni di un'eccessiva formalizzazione del consenso matrimoniale nell'ordinamento canonico, che porterebbe a ridurre la valutazione sull'esistenza o meno di un vero matrimonio al momento della sua manifestazione formale, senza tener conto, tante volte, di situazioni oggettive che porterebbero a pensare all'esistenza di un vero matrimonio, forse non nel momento della manifestazione formale del consenso, ma in un momento successivo durante la vita matrimoniale. L'autore non lo dice, ma penso che in questo ambito sarebbe molto interessante pensare alla possibilità, esistita durante secoli, di convalidazioni automatiche che facessero sì che un consenso inizialmente nullo potesse diventare valido, come un modo per evitare un'assurda formalizzazione del consenso che finisse per oscurare la sua natura.

Nel terzo saggio, *Patto e rapporto matrimoniale nel diritto canonico* (p. 66-100), l'autore inizia indicando la difficoltà per determinare il significato dei termini *foedus* e *consortium totius vitae* se si parte dal dato normativo, perché il significato dato dal legislatore nel Codice vigente non è univoco. Perciò, nel chiarire la relazione tra il patto coniugale e il rapporto matrimoniale, è necessario attingere da altre fonti, tenendo conto della giuridicità intrinseca del matrimonio e anche del carattere naturale del matrimonio, il quale non viene oscurato o negato dal fatto che il matrimonio tra battezzati sia esso stesso sacramento. Il punto centrale del saggio è la determinazione della relazione tra il momento fondante del matrimonio (atto o *foedus*) e il vincolo coniugale. Nella sua analisi, l'autore fa vedere come nel periodo successivo al Concilio Vaticano II parte della dottrina e della giurisprudenza abbiano esasperato le cose — partendo dalla pretesa di una nuova visione personalista del matrimonio — fino a sostenere che il fallimento matrimoniale sarebbe riconducibile al momento della sua nascita in quasi tutti i

---

(3) Sul perché di questi tentativi di riconoscimento delle unioni di fatto e sulle risposte che si possono dare, cfr. PONTIFICIO CONSIGLIO PER LA FAMIGLIA, *Famiglia, matrimonio e «unioni di fatto»*, Città del Vaticano, 2000, nn. 19-22.

casi, finendo per perdere quella distinzione classica, che si trova all'origine della comprensione del matrimonio nella Chiesa, tra *matrimonium in fieri* e *matrimonium in facto esse*. Inoltre, sostiene, alcuni hanno visto in questa visione personalista una nuova concezione della relazione coniugale che si dovrebbe necessariamente rispecchiare nei requisiti per fondare questa relazione. Su questo l'autore dice che il matrimonio, nella sua identità, è sempre lo stesso, essendoci una sostanziale continuità tra il vecchio e il nuovo codice, non potendo essere altrimenti. Poi, parlando della relazione tra *foedus* e rapporto coniugale, l'autore ricorda ancora una volta come la giuridicità intrinseca del matrimonio non si limiti al momento iniziale ma allo stesso vincolo coniugale, che è un vincolo di giustizia, nel quale c'è un amore dovuto in giustizia, che non dipende dalle concrete vicende della vita coniugale. Allo stesso tempo, ricorda che la sacramentalità del matrimonio e le sue esigenze non si limitano al matrimonio *in fieri*, perché il matrimonio è anche, dice citando Roberto Bellarmino, sacramento *dum permanet*. Concludendo afferma che «il matrimonio non è solo atto, né solo rapporto; ma insieme, e per essenza atto e rapporto: un atto particolare — *foedus* —, e un rapporto particolare — *consortium totius vitae* —. *Consortium totius vitae*, come espressione di un *foedus* fra i coniugi» (p. 99).

Il quarto saggio è intitolato *Matrimonio, giustizia e diritto. Il caso dell'indissolubilità* (p. 101-145). Come in molti altri saggi, l'autore fa un'analisi molto precisa dell'evoluzione delle idee nella cultura e negli ordinamenti giuridici che riesce a spiegare il perché della perdita della nozione di indissolubilità del matrimonio, la quale viene percepita come imposizione estrinseca e come limite alla libertà degli individui<sup>(4)</sup>. In un primo momento, fa vedere come persino in una concezione laica e che non riconosceva l'idea di natura, come quella di Hegel, elementi fondamentali e definitivi di matrimonio fossero la sua indissolubilità e la sua caratteristica monogamica. Questa idea di Hegel si concretizzò in molti degli ordinamenti giuridici secolari del XIX secolo e di buona parte del XX secolo. Questa idea, però, venne stravolta dalle concezioni illuministiche e da una nozione meramente descrittiva della legge con

---

(4) Cfr. GIOVANNI PAOLO II, *Discorso alla Rota Romana del 28 gennaio 2002*, in *AAS*, 94 (2002), pp. 340-346.

un fondamento esclusivamente volontaristico. Di fronte a queste idee, l'autore ripropone una nozione di legge di antica tradizione, che ha le sue radici nei greci e nei romani, secondo cui la legge è *recta ratio imperandi atque prohibendi*. Soltanto questa nozione di legge è capace di postulare un modello oggettivo di matrimonio, il cui contenuto non viene determinato arbitrariamente dalla volontà del legislatore, ma da una realtà che trascende la legge e che determina oggettivamente il contenuto etico del matrimonio.

In uno Stato pluralista nel quale sembra impossibile che ci sia un'unica idea etica di matrimonio, sostiene l'autore, si dovrebbe almeno riconoscere il diritto dei cittadini che così lo volessero di fruire di un regime di matrimonio indissolubile, se tale è la loro idea etica di matrimonio. Ma in seguito afferma che siffatta proposta non è sufficiente, perché il problema non è solo normativo ma è soprattutto etico. Per questo, la proposta di un matrimonio indissolubile alternativo è più comprensibile se ha come scopo non soltanto la soluzione di un problema empirico, ma anche quello di mantenere vivo nell'ordinamento giuridico un principio etico. Va comunque sottolineato che Lo Castro non è totalmente convinto di questa proposta di matrimonio indissolubile alternativo, nella misura in cui lo stesso valore etico che si cerca di affermare alla fine si fa dipendere dalla volontà di coloro che sono sottomessi alla legge, oscurandosi in questo modo l'oggettività del valore etico che si vuole difendere (cfr. p. 120-121).

Da rilevare anche la chiara analisi che fa l'autore dell'interpretazione del termine *porneia* nella tradizione latina e in quella orientale non cattolica e la decisione del Concilio di Trento riguardo alle conseguenze dell'adulterio sul vincolo matrimoniale, nella quale, senza condannare esplicitamente la prassi orientale, si afferma che la Chiesa non sbaglia quando dice che l'adulterio non scioglie il vincolo matrimoniale. Da questa analisi l'autore conclude che, malgrado ci sia un divario nella prassi, sia in Oriente sia nell'Occidente cristiano c'è una stessa nozione di matrimonio. Per contro, nei moderni sistemi giuridici troviamo concezioni opposte circa la stabilità del matrimonio come realtà oggettiva, dandosi in alcuni ordinamenti una perdita totale della nozione giuridica oggettiva del matrimonio, il quale viene persino equiparato con altre realtà che matrimoniali non sono.

Parlando poi del sistema matrimoniale canonico, l'autore afferma — idea che condivido pienamente — che il principio dell'in-

dissolubilità è stato motore di tutta l'elaborazione magisteriale, dottrinale e giurisprudenziale di questo sistema: la grande preoccupazione della Chiesa è stata sempre, e questo si vede con grande forza nel diritto matrimoniale classico, che si celebrassero veri matrimoni, e che si determinasse quando un matrimonio era o meno un vero matrimonio. La nullità non è altro che la constatazione che un matrimonio non è mai stato un vero matrimonio, non la soluzione ai fallimenti matrimoniali, come molte volte ai nostri giorni viene utilizzata. A questo punto, l'autore mette in guardia contro il rischio, certo non teorico, di affermare nella teoria il principio dell'indissolubilità per poi negarlo palesemente nella pratica mediante un abusivo allargamento delle « cause » di nullità del matrimonio, che finisce per negare la validità di quasi tutti i matrimoni, restando il matrimonio una realtà accessibile a pochi eletti, il che sarebbe una gravissima violazione del diritto fondamentale al matrimonio.

Il quinto saggio, *Sulla vocazione giurisprudenziale del diritto della Chiesa e il diritto matrimoniale* (p. 147-171), corrisponde alla presentazione di un volume del Card. Pompedda. In esso, l'autore richiama l'importanza della giurisprudenza intesa come la ricerca della *res iusta* nel diritto della Chiesa. In una società nella quale il pericolo del positivismo giuridico è molto presente, Lo Castro ricorda come lungo i secoli la Chiesa non si sia limitata a dare norme per regolare il matrimonio, ma abbia sempre fatto uno sforzo per comprendere la natura della cose e, da questa luce, poter dare risposte giuste ai singoli casi sottoposti alla sua decisione<sup>(5)</sup>. Anche oggi, quando nella Chiesa esiste un codice costituito da norme di carattere generale emanate dal legislatore, il canonista non si può limitare ad applicare quelle norme senza tener conto della realtà che è alla base di questa normativa, che è frutto dello sforzo plurisecolare della Chiesa per capire il matrimonio, e non una creazione astratta frutto della volontà del legislatore. Altrimenti, i canoni del codice potrebbero essere strumentalizzati allo scopo di trovare una soluzione ai matrimoni falliti mediante delle dichiarazioni di nullità che non rispondono al vero.

---

(5) Su questo modo di vedere il sistema matrimoniale canonico lungo la storia, cfr. H. FRANCESCHI, *Riconoscimento e tutela dello « ius connubii » nel sistema matrimoniale canonico*, Giuffrè, Milano, 2004.

Nel sesto saggio, intitolato *L'idea di matrimonio e i rapporti interordinamentali* (p. 173-216), seguendo la visione ispiratrice di tutta l'opera, che è l'oggettiva giuridicità intrinseca del matrimonio, l'autore, dopo aver constatato la divaricazione tra la concezione canonica del matrimonio e quella civile, propone alcune vie per poter riallacciare il dialogo tra diritto canonico e diritto civile. In questa linea, prendendo spunto dal realismo giuridico, sostiene l'intrinseca giuridicità di ogni relazione, compresa quella di amore propria del matrimonio, nonché la natura dell'amore coniugale come amore promesso e dovuto, il che lo distingue da tutti gli altri rapporti. Per questo, la domanda centrale per determinare la possibilità di un dialogo è se esiste una dimensione ontologica dell'istituto matrimoniale che possa fungere da guida, da norma, per il legislatore, sia esso canonico o civile. Non esita l'autore nell'affermare che in effetti esiste questa dimensione ontologica. Se non ci fosse, dice, «i limiti all'azione umana saranno estrinseci, relativi e provvisori, e potranno sempre, o dovranno, essere rimossi e superati, poiché, consegnandosi il diritto alla storia, viene meno l'idea del limite radicale e assoluto, insuperabile da parte dello stesso legislatore» (p. 198). In questo modo, tutto l'ordinamento matrimoniale diventerebbe determinazione estrinseca o concretizzazione di quello che di fatto la società del momento deciderà che è il matrimonio.

Il problema della separazione tra la concezione del matrimonio negli ordinamenti civili e nell'ordinamento canonico, afferma l'autore, ha la sua radice non solo in idee culturali diverse del matrimonio, ma nella stessa nozione di diritto che si trova alla base degli ordinamenti secolari, un'idea di diritto che non tiene conto dalla intrinseca natura dell'essere umano «come essere sostanziale, che si realizza liberamente nel tempo, nel rispetto dell'idea dell'Essere che l'ha voluto, gli ha dato una struttura (...) essenziale, e lo sostiene nell'essere» (p. 207). In questo senso, Lo Castro richiama la necessità di recuperare l'autentica nozione di libertà e il suo ruolo, perché essa non può diventare il fine ultimo del diritto, scollegata dalla nozione oggettiva di persona. La soluzione al divario tra di essi non è nei trattati né negli accordi interordinamentali, ma nella riscoperta dell'essenza delle cose.

Il settimo saggio, *Il matrimonio fra giurisdizione civile e giurisdizione canonica* (p. 217-264) è, in qualche modo, una dimostrazione di quanto detto nel saggio precedente. I problemi interordi-

namentali in ambito matrimoniale, e non solo, si sono accresciuti negli ultimi tempi, non soltanto a causa della diversità tra ordinamento canonico e ordinamento civile, ma soprattutto a causa del sempre maggiore divario tra mondi culturali, che ha fatto sì che sia difficile trovare una comune idea della vita etica, della giustizia, che permetta l'integrarsi in un comune sentire di vita (cfr. p. 221).

A mio avviso, uno dei punti più interessanti del saggio è l'analisi fatto dall'autore della sentenza della Corte Costituzionale n. 421 del 2 dicembre 1993, che a Lo Castro sembra tuttora convincente (cfr. p. 232-235), individuando i punti di forza del ragionamento della sentenza nel carattere religioso del matrimonio canonico e nel principio di laicità dello Stato, che impedirebbe che il giudice italiano giudichi sulla base di un ordinamento esterno (quello canonico) dato che si tratta di un ordinamento confessionale. Alle volte, invece, la questione della giurisdizione del giudice civile sul matrimonio canonico è stata chiamata in causa in modo strumentale per risolvere problemi di diversità di trattamento economico tra la cessazione di effetti civili mediante la delibazione della sentenza canonica e lo scioglimento del vincolo in via civile. Persino nel caso — negato da Lo Castro — in cui si accettasse che il giudice italiano può entrare a giudicare sulla validità del matrimonio canonico — oltre alla questione della valida trascrizione —, l'ordinamento da applicare dovrebbe essere quello canonico. Ma, sostiene l'autore, nell'ordinamento canonico l'unico giudice competente per dichiarare la nullità è quello canonico, per cui sarebbe una forzatura che un giudice civile dichiarasse la nullità di un matrimonio canonico, qualunque sia l'ordinamento da lui invocato per dichiararla. Il forte divario tra ordinamento canonico e ordinamento italiano si manifesta anche nei problemi che sono sorti con la delibazione delle sentenze canoniche di nullità: non si tratta solo di una questione di diversità normativa, ma piuttosto di una concezione radicalmente diversa del matrimonio.

La soluzione a questi problemi, per tanto, non si troverà mai mediante accordi, a maggior ragione se essi finiscono per estraniare la dimensione religiosa da quella temporale, ma si deve cercare nel loro stesso piano, che è quello della dimensione allo stesso tempo etica e giuridica in cui vive l'uomo concreto, che è allo stesso tempo corporale e spirituale. Per tanto, conclude l'autore, senza una visione unitaria della persona umana, sarà impossibile trovare delle risposte adeguate ai problemi interordinamentali.

L'ultimo saggio è intitolato *Il matrimonio nella scienza dei giuristi* (p. 265-295). In esso, a mio avviso, vengono esplicitate alcune delle idee centrali dell'autore che sono servite come guida per affrontare le diverse problematiche alle quali si è fatto riferimento nei diversi studi di questo volume. Lo Castro, in questo saggio, si domanda se la scienza giuridica sia *scientia legis* o *scientia iuris*. La domanda è importantissima, e ritengo che qui ci sia il nocciolo del pensiero dell'autore sulla natura del matrimonio e del diritto matrimoniale. Se il diritto matrimoniale fosse *scientia legis*, allora ci sarebbe poco da fare per ritrovare una nozione unitaria di matrimonio, perché il divario tra la nozione di matrimonio dell'ordinamento civile e quello canonico non farebbe che aumentare, e da lì le sempre maggiori difficoltà dei giuristi che tentino di ricondurre ad unità sistematica l'insieme normativo sia ecclesiastico sia civile mediante un'opera di riavvicinamento normativo. Ma, sostiene Lo Castro, il diritto è *scientia iuris*, scienza della dimensione di giustizia della realtà, che precede e supera, e fonda, la norma. Perciò, s'impone un ritorno al realismo giuridico come unica strada percorribile per ritrovare l'unità della nozione di matrimonio nella scienza dei giuristi.

La via pattizia seguita dallo Stato e dalla Chiesa in Italia, pensa l'autore, non è servita a ritrovare una visione unitaria del matrimonio in entrambi gli ordinamenti, ma ha avuto per risultato un'economia di atti formali, vale a dire, ha reso possibile che un solo atto di celebrazione del matrimonio potesse produrre effetti sia nell'ordinamento civile che in quello canonico, ma senza consacrare un unico modello di matrimonio. Una delle difficoltà per ritrovare l'unità, e in questo coincido completamente con l'autore, è un'artificiosa distinzione tra ordine temporale e ordine spirituale, secondo la quale l'uno sarebbe esterno all'altro, potendo per tanto ipotizzarsi tra di essi soltanto un rapporto di avversione, o di tolleranza reciproca, o di accordo, ma sempre come fra ordini esteriori. In fin dei conti, la difficoltà si troverebbe nel fatto che la questione è stata concepita come problema politico-giuridico anziché etico-giuridico: al centro della questione non ci sarebbe la persona, che è allo stesso tempo cittadino e fedele, corpo e spirito, ma gli ordinamenti giuridici positivi. L'autore, mettendo al centro proprio la persona, finisce questo saggio riproponendo la visione del matrimonio della Chiesa, ma mettendo in guardia contro le interpretazioni sbagliate che ritengono che questo modello sia prodotto di

un volere autoritativo, per quanto saggio, della Chiesa, e per tanto improponibile al di fuori dell'ambito ecclesiale; o contro quelli che ritengono che il matrimonio dei fedeli (il matrimonio sacramentale) sia un matrimonio diverso da quello naturale, con le sue specifiche esigenze, e non invece il matrimonio naturale, quello iscritto nella natura, benché elevato da Dio a una dignità soprannaturale nel caso dei battezzati, ma sempre matrimonio, vale a dire, quella realtà di donazione uomo-donna, di per sé e intrinsecamente fedele ed esclusivo, aperto alla vita<sup>(6)</sup>. Questa idea di matrimonio, che risponde alla dignità della persona umana, e che ha una dimensione di giustizia intrinseca, è l'unica che ci permetterà di ritrovare l'omogeneità del sistema matrimoniale.

Finisco questa nota citando le parole finali di Lo Castro che, a mio avviso, riassumono l'atteggiamento dell'autore nello studiare la realtà matrimoniale e tutto il sistema giuridico e, allo stesso tempo, possono servire da guida ai giuristi per non perdersi nel loro agire quotidiano da veri giuristi, cioè, da coloro che cercano *il giusto*, che tentano di comprendere in profondità la realtà e la sua dimensione di giustizia, senza limitarsi allo studio tecnico o all'applicazione acritica di norme positive senza cercare la ragione nelle esigenze etiche oggettive della dignità della persona umana. Ecco le sue parole: «la scienza giuridica, nella sua fatica quotidiana, nella sua opera di armonizzazione del disarmonico, farà bene ogni tanto a sollevare in alto il capo per non perdere la meta, per restare confortata dalla sua visione» (p. 295).

Queste parole non riguardano soltanto coloro che si dedicano allo studio della scienza giuridica in ambito secolare, ma riguardano direttamente anche i canonisti e, in modo particolare, coloro che si dedicano allo studio o all'applicazione del sistema matrimoniale canonico. Per superare quella che si potrebbe chiamare una

---

(6) Cfr. GIOVANNI PAOLO II, *Discorso alla Rota Romana del 30 gennaio 2003*, n. 8, in *AAS*, 95 (2003), pp. 393-397: «L'importanza della sacramentalità del matrimonio, e la necessità della fede per conoscere e vivere pienamente tale dimensione, potrebbe anche dar luogo ad *alcuni equivoci*, sia in sede di ammissione alle nozze che di giudizio sulla loro validità. La Chiesa non rifiuta la celebrazione delle nozze a chi è *bene dispositus*, anche se imperfettamente preparato dal punto di vista soprannaturale, purché abbia la retta intenzione di sposarsi secondo la realtà naturale della coniugalità. Non si può infatti configurare, accanto al matrimonio naturale, un altro modello di matrimonio cristiano con specifici requisiti soprannaturali».

«cascata di riduzionismi» nella scienza matrimoniale canonica, che prima si è incentrata nel momento fondazionale del matrimonio, trascurando la comprensione del matrimonio e la famiglia come realtà permanenti, e successivamente ha ridotta la sua prospettiva alla «patologia del consenso» anziché alla sua «fisiologia», è necessario rivolgere lo sguardo al matrimonio nella sua essenza, nel suo essere e nel suo dover essere, sia nel momento fondazionale che come realtà già fondata, perché solo alla luce di questa essenza, che è oggettiva e non dipende dalle diverse comprensioni culturale, si potrà comprendere in tutta la sua ricchezza il sistema matrimoniale canonico, in modo tale da diventare servitori della giustizia, e non invece asservirsi della legge positiva (non più della giustizia) per scopi estranei al fine ultimo dell'ordinamento canonico, che è la salvezza delle anime attraverso il riconoscimento della verità e la ricerca della giustizia oggettiva del caso concreto.

*Héctor Franceschi F.*

**Pagina bianca**

*Recensioni*

Pagina bianca

AA.VV., *Iglesia, Estado y Sociedad Internacional. Libro homenaje a D. José Giménez y Martínez de Carvajal*, Ed. Universidad San Pablo - CEU, Madrid, 2003, p. 655.

Este volumen, publicado con pulcritud por la Universidad San Pablo - CEU de Madrid, ha querido recopilar el testimonio de gratitud de algunas personas representativas en la trayectoria vital de Mons. Giménez y Martínez de Carvajal.

D. José nació en Granada (España) en 1922. Fue ordenado presbítero en 1947. Se licenció en la Facultad de Teología de Granada en 1946. Obtuvo el grado de Doctor en Derecho Canónico en la Pontificia Universidad Gregoriana de Roma en 1952. Se doctoró también en Derecho civil en la Universidad de Granada en 1959.

Como docente, empezó su itinerario en la Pontificia Universidad de Salamanca, impartiendo la materia de Derecho Público Eclesiástico y Derecho Concordatario (1959-1961). Luego, fue Catedrático de Derecho Canónico en la Facultad de Derecho de la Universidad de Oviedo (1961-1962). A continuación, ocupó la plaza de Catedrático de Derecho Público Eclesiástico y Relaciones de la Iglesia y el Estado en la Facultad de Ciencias Políticas

y Sociología de la Universidad Complutense de Madrid (1962-1998). Fue también Profesor de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales en la Universidad San Pablo - CEU de Madrid.

Asimismo, fue Consultor del Episcopado español en el Concilio Vaticano II, Miembro de la Comisión Pontificia para la Reforma del Código de Derecho Canónico, Miembro de la Comisión Negociadora de los Acuerdos España-Santa Sede (1976-1979), Director del Secretariado Nacional para la Formación Religiosa Universitaria, Director del Colegio Universitario San Pablo - CEU de Madrid, Miembro de la Comisión Mixta Iglesia-Estado, Miembro de la Comisión Santa Sede-Estado Español para la interpretación de los Acuerdos España-Santa Sede, Miembro de la Junta de Asuntos Jurídicos de la Conferencia Episcopal Española, Miembro de la Comisión Asesora de Libertad Religiosa del Ministerio de Justicia de España, Miembro de la Comisión Mixta Técnica Gobierno Español-Conferencia Episcopal Española, Miembro de las Comisiones Mixtas de Seguimiento de los Convenios con el INSALUD y con la Consejería de Salud de la Junta de Andalucía sobre asistencia hospitalaria.

El 28 de abril de 1995, el Padre Carvajal — apelación con la que normalmente es conocido este eclesiástico —, recibió de Su Santidad Juan Pablo II la distinción de Prelado de Honor.

Mons. Giménez ha mostrado en todas estas facetas un espíritu de servicio a la Iglesia y a la sociedad que no han pasado desapercibidos. Su labor académica e investigadora ha estado marcada por la rigurosidad científica, por un denodado amor a la verdad, por su espíritu conciliador y por una vertiente pastoral que ha logrado que aquellos que trataban con él no sólo lo considerasen un perito en materias jurídicas sino, sobre todo, un maestro, al tiempo que ellos devenían discípulos a partir de su condición de alumnos.

El Dr. Giménez encarna la figura del profesor preparado, que sabe transmitir sus muchos conocimientos a los alumnos; del investigador aplicado, que lleva al aula, o a las páginas, el fruto de sus indagaciones; del trabajador incansable, que da ejemplo de tenacidad; del consultor perspicaz, que presta su saber y su experiencia a aquellas instituciones que requieren su ponderado criterio; del conferenciante ameno y siempre buscado por la enjundia de su palabra; y del sacerdote abnegado que, con espíritu apostólico, muestra con su vida la potencia salvadora del Evangelio.

Este libro se abre con una extensa nota biográfica de D. José Giménez, redactada por los Profesores de la Universidad San

Pablo-CEU de Madrid, Dra. María Concepción García Prous y Dr. Enrique Madrazo Rivas, Coordinadores de esta miscelánea.

En la parte introductoria, Alfonso Coronel de Palma Martínez-Agulló, Presidente de la Asociación Católica de Propagandistas, evoca el quehacer desarrollado por el Padre Carvajal en diversas instituciones de esta corporación. De igual modo, el Arzobispo de Madrid y Presidente de la Conferencia Episcopal Española, Cardenal Antonio María Rouco Varela, agradece a Mons. Giménez el invaluable servicio que prestó al Episcopado español en el campo jurídico. Luego, el Dr. José Alberto Parejo Gámir, Rector de la Universidad San Pablo - CEU, elogia la actividad académica ejercida por D. José Giménez en este centro, al que se incorporó tras alcanzar el grado de Catedrático emérito en la Universidad Complutense de Madrid. Por último, es nuevamente la Profesora María Concepción García Prous la que describe la vertiente teológica del P. Carvajal, desarrollada peculiarmente en la Escuela de Teología para Seglares del C.E.U.

Tras este pórtico se llega al cuerpo de esta miscelánea, el cual está dividido en tres secciones. Ninguna de ellas presenta un título, lo cual hubiera sido útil e interesante. De todas formas, las temáticas que se acometen en cada uno de los bloques de esta publicación están ligadas a aspectos del Derecho canónico, eclesiástico o internacional, que

son las disciplinas jurídicas cultivadas, en mayor o menor grado, por el Profesor Giménez y Martínez de Carvajal.

Por lo que se refiere a las temáticas canónicas, este volumen contiene una aportación del Dr. José Javier Ezquerro Ubero titulada: «*Las sentencias canónicas de nulidad matrimonial en el reglamento de la comunidad europea de 29 de mayo de 2002*» (pág. 105-129).

En lo concerniente a las relaciones Iglesia - Estado, esta obra presenta las agudas reflexiones del Rev. P. Carlos Corral Salvador, sj (pág. 57-74) y de la Dra. María Luisa Rodríguez Aisa (pág. 263-273).

Sobre la libertad Religiosa, encontramos en este volumen las notables aportaciones del Rev. P. José María Díaz Moreno, sj (pág. 75-104); de la Profesora Isabel Lázaro González (pág. 157-183) y del Dr. Isidoro Martín Sánchez (pág. 211-246).

Por otra parte, son varios los artículos que se concentran en el examen de la actividad pacticia de la Santa Sede. De los acuerdos firmados entre la Santa Sede y el Estado Español, — en los que Mons. Giménez jugó un destacado papel no sólo en su elaboración, como competente asesor de la Nunciatura Apostólica en España, sino también en su aplicación, como miembro de diversas comisiones para el posterior desarrollo de los mismos —, se ocupa el Dr. Mariano Baena del Alcázar (págs. 45-55). De los establecidos con los

Países Bálticos trata el Dr. Santiago Petschen Verdaguer (pág. 247-262). El Catedrático de Derecho Eclesiástico del Estado de la Universidad Complutense de Madrid, Dr. José Luis Santos Díez, analiza los que interesan a Israel, Palestina y algunos Países Africanos (pág. 275-295). Finalmente, Juan José Ruda Santolaria saca a la luz «*algunas reflexiones sobre las relaciones del Perú con la Santa Sede después de 1870*» (pág. 613-634).

La segunda parte de esta publicación, que gira preponderantemente en torno a las relaciones internacionales (pág. 299-536), está enriquecida con los valiosos trabajos de Rafael Calduch Cervera (pág. 299-321), Juan Antonio Carrillo Salcedo (pág. 323-336) y Paloma García Picazo (pág. 351-374), que son de un calado más teórico, y con otros que iluminan cuestiones más precisas, como aquellas, por ejemplo, que afectan al Sahara Occidental (pág. 337-349), a Marruecos (pág. 375-398) o a Timor Oriental (pág. 399-452).

Sobre el factor religioso y su influencia social han escrito en este libro el Dr. Dalmacio Negro Pavón (pág. 539-568), Rafael Navarro-Valls (pág. 569-574), José Peña González (pág. 575-584), Antonio Truyol y Serra (pág. 585-597) y Mons. Lluís Martínez Sistach (pág. 635-655).

Concluyendo, en este libro, el lector podrá descubrir un acervo de variados y rigurosos estudios jurídicos, elaborados todos ellos en

clave de reconocimiento a la acendrada vocación académica y pastoral del Profesor José Giménez a lo largo de sus fecundos años de magisterio.

Que el cálido homenaje de algunos de los amigos, colegas y alumnos de ese insigne sacerdote e investigador, recogido con esmero en esta miscelánea, sirva, no sólo de acicate para hacer avanzar la ciencia jurídica sino, sobre todo, de signo elocuente de merecida gratitud eclesial y universitaria hacia el Profesor que, con su vida y obra, ha sido ejemplo de hombre fiel, sabio y creyente.

*Fernando Chica Arellano*

Daniel CENALMOR, Jorge MIRAS, *El Derecho de la Iglesia. Curso básico de Derecho canónico*, EUNSA, Pamplona, 2004, p. 572.

Il volume in oggetto fa parte della collana *Manuales de Teología* delle *Ediciones de la Universidad de Navarra*, un progetto editoriale che punta a coprire tutti i settori degli studi del Ciclo istituzionale. Gli autori, docenti di Diritto canonico nella suddetta Università, si sono spartiti il lavoro (Daniel Cenalmor è l'autore delle lezioni 1-9, 13-14, 20-28; Jorge Miras delle lezioni 10-12, 15-19 e 29-38), per poi mettere in atto una revisione unitaria ed armonizzata.

Nella premessa del volume si presentano gli obiettivi che gli

autori si sono prefissati: il libro « è stato concepito primariamente come manuale sistematico per il primo Ciclo degli studi teologici; la distribuzione in *parti* punta a facilitare l'adattamento ai contenuti dei programmi dei piani di studi. Si è tentato anche di rendere utile il testo a chi desideri aggiornare la propria comprensione del Diritto della Chiesa oppure cogliere una visione d'insieme dei suoi concetti e contenuti fondamentali » (p. 31).

Prima di valutare fino a che punto sono stati raggiunti questi obiettivi è utile presentare brevemente il contenuto del volume in modo tale di farne apparire la struttura.

L'opera è divisa in tre parti: « introduzione al diritto canonico » (pp. 33-144), « popolo di Dio » (pp. 145-318), e « la missione della Chiesa » (pp. 319-562). La prima parte contiene una riflessione generale sul rapporto tra Chiesa e diritto (pp. 33-64), brevi cenni storici sul diritto canonico (pp. 65-96) e una presentazione delle nozioni attorno alle quali si sviluppa il discorso della scienza giuridica: relazione e persona giuridica, norma e atto giuridico (pp. 97-146). La seconda parte è suddivisa in tre grandi sezioni: una che riguarda i fedeli cristiani (appartenenza al popolo di Dio, principi costituzionali d'eguaglianza e varietà, espressioni del diritto d'associazione) (pp. 147-218), un'altra, più breve, dedicata alla potestà ecclesiastica (pp. 219-240) e una più estesa che ripercorre i diversi aspetti e livelli

dell'organizzazione ecclesiastica (pp. 241-320). La terza parte è articolata per mezzo dei tre *munera* della Chiesa: *munus docendi* (pp. 321-356); *munus sanctificandi* (pp. 357-496), che segue la logica dei sacramenti, e si sofferma in modo particolare su quello del matrimonio (pp. 441-480); e «aspetti particolari» del *munus regendi* (significando che nella parte seconda si sono trattati anche dei temi molto rilevanti in merito a questo *munus*) come il diritto patrimoniale (pp. 497-508), il diritto penale (pp. 509-522), il diritto processuale (pp. 523-546) e i rapporti tra Chiesa e comunità umana e politica (pp. 547-562).

L'obiettivo di servire da manuale per lo studio basilare del diritto della Chiesa ha richiesto agli autori uno sforzo di sintesi non indifferente. Tale sforzo è palese nel tentativo di mantenere insieme chiarezza e precisione, sfuggendo all'indebita semplificazione. Gli autori adoperano diversi metodi per sostenere l'impegno, che vanno dal breve cenno tra parentesi del nome dell'autore che sostiene una determinata posizione quando il riferimento è imprescindibile, ai rilievi bibliografici molto contenuti che riescono a coprire — attraverso una saggia combinazione di opere generali, monografie ed articoli — tutto il perimetro dell'oggetto di studio.

Anche nella prospettiva di essere un sussidio per lo studio iniziale del diritto canonico, va sottolineato che si tratta di un lavoro accurato

di definizione e spiegazione dei diversi contenuti. La citazione dei testi di canoni riguardanti ogni realtà di cui si tratta si fa in modo moderato, solo quando nell'opinione degli autori il testo del canone in questione è il modo d'espressione più chiaro possibile. Si evita così quello che non di rado succede con alcuni testi propedeutici, in cui una lunga successione di citazioni letterali di canoni suscitano alla fine una visione storta della realtà giuridica di cui invece si vorrebbe chiarire il contenuto. Gli autori seguono la sapienza classica che invita a non affidarsi acriticamente alle apparenti definizioni contenute nelle leggi, e s'impongono il difficile compito di scegliere o concepire quelle che gettano luce per capire la realtà giuridica che si vuole spiegare. Questo non è d'ostacolo perché naturalmente si faccia cenno ai canoni (e in generale, alle norme applicabili) che regolano la materia in oggetto, cosa che capita regolarmente nel manuale. Non si perde di vista però l'intensa connessione tra molte espressioni legali e tanti testi del magistero — particolarmente del Concilio Vaticano II — che si presentano con opportunità. Si rivela anche utile l'impiego della diversità tipografica (corsivi, uso di caratteri di misure differenti nel corpo del testo, ecc.) che da un lato fornisce allo studente un primo schema di studio e, dall'altro, serve ad offrire spiegazioni più particolareggiate su determinati punti più rilevanti o che possono richiedere chiarimenti.

Dal punto di vista pedagogico è chiaro che si tratta di una sintesi di notevole valore orientativo. Come capita in questo tipo di libri, è necessaria la guida di un docente: la lettura e lo studio diretti possono avere solo frutti limitati per quelli che non hanno le conoscenze minime. Il lavoro del docente resta in ogni modo agevolato poiché può fare la sempre necessaria selezione degli argomenti più fondamentali o difficili, o dare le chiavi per capire una determinata parte della materia, e poi rimandare allo studio personale del manuale per avere la visione di insieme e quelle nozioni che possono essere comprese attraverso lo studio personale.

Il valore del manuale a cui stiamo facendo riferimento è anche un altro, ed è quello a cui gli autori modestamente fanno cenno nelle parole introduttive: offrire una possibilità di attualizzare la comprensione del Diritto della Chiesa attraverso una visione d'insieme.

A questo riguardo, il merito del testo è quello di presentare una visione d'insieme con un vero fondamento teorico. Un semplice riassunto o una più o meno utile guida pratica o prontuario non danno luogo a una vera visione d'insieme. Questa è solo possibile se è presente ed operante un tessuto di fondo di principi e di concetti che colgono in modo significativo e ragionevole la struttura dell'insieme della realtà che si vuole spiegare. Anche con i limiti derivanti d'essere un'opera prioritariamente indirizzata all'insegnamento, gli

autori mostrano con convinzione che possiedono questa visione strutturata e coerente (accennata nei primi due capitoli). Un segno di quest'unità di base è anche costituito dall'abbondante numero di remissioni interne ad altri parti del volume, che va più in là di un semplice aiuto allo studente e punta a suggerire una lettura d'alto livello accademico.

Deve essere sottolineato che, in alcuni passaggi, il carattere sintetico del testo conduce ad uno stile denso, proprio perché vuole concentrare contenuti d'una grande complessità. Ciò accade in modo particolare nella trattazione d'alcuni argomenti che si possono denominare classici della riflessione canonistica, intorno ai quali la bibliografia è sconfinata, come quelli su alcuni aspetti del matrimonio, ovvero in temi particolarmente nuovi, articolati, o tecnici.

Non può essere tralasciato un carattere di base che ripercorre il volume, consistente in un'equilibrata sensibilità per mantenersi sempre nei parametri d'una impostazione nettamente giuridica, e allo stesso tempo suggerire e distinguere le connessioni con temi teologici, sia quelli che stanno alla base dell'insieme della realtà della Chiesa sia quelli che si trovano nei confini del diritto ecclesiale. Si evita così tanto l'assorbimento del diritto nella teologia come l'impoverimento che deriva dal perdere di vista la diversità di vedute che coesistono nell'affrontare le diverse questioni che riguardano l'essenza

e la vita della Chiesa. La riferita sensibilità procede negli autori, com'è espressa dalle prime righe della presentazione, d'una profonda convinzione secondo la quale il diritto, essendo (in parole di Giovanni Paolo II) *connaturale* alla vita della Chiesa, costituisce un'ordinazione e un'agevolazione dell'azione dello Spirito Santo per il bene comune della Chiesa (cfr. p. 30). Infatti, nel manuale si trovano, accanto al rigore tecnico giuridico, le necessarie sfumature in temi nei quali c'è particolare bisogno di rendere evidente la (sempre) presente dimensione misterica e soprannaturale della Chiesa. E questo si fa evitando invasioni di competenza e quei sincretismi metodologici che conducono alla sterilità tanto dal punto di vista giuridico come da quello teologico, pastorale, ecc.

Dal punto di vista contenutistico, un'opera del genere esige, praticamente ad ogni angolo, di fare scelte opinabili, al servizio della sintesi e della chiarezza. Su questo profilo si possono rilevare aspetti che andrebbero arricchiti. Ne indichiamo due. Per quanto riguarda la presentazione dei doveri e i diritti dei fedeli (pp. 161-174), l'opzione di seguire l'ordine del Codice del Diritto Canonico, appanna il vigore dell'impianto teorico sul principio d'eguaglianza e lo statuto giuridico fondamentale del fedele che si presenta nelle pagine precedenti (pp. 159-161). D'altro lato, data la rilevanza dei processi matrimoniali, anche dal

punto di vista dell'opinione pubblica, servirebbe una spiegazione più approfondita dell'oggetto del processo. Il breve riferimento (appena tre righe a p. 541) alla verità del matrimonio, che inoltre resta oscurato dall'angolazione molto tecnica dei capitoli sul diritto processuale, ci pare scarso, anche se si tiene conto dell'impostazione volutamente pastorale del manuale. Un breve cenno ai Discorsi del Romano Pontefice alla Rota romana su quest'argomento potrebbe essere utile, come lo è stato nella parte dedicata al matrimonio come tale.

In sintesi, siamo davanti ad un'opera pregevole nel suo genere, che può costituire un efficace sussidio per l'insegnamento del diritto canonico, tanto negli studi del Ciclo istituzionale come nel secondo Ciclo. Per i cultori del diritto canonico può rappresentare un'utile e penetrante sintesi sulla quale riflettere, per continuare il lavoro di sviluppo d'una scienza del diritto canonico su basi sistematiche.

*Fernando Puig*

Rafael DOMINGO (ed.), *Juristas universales*, Marcial Pons, Ediciones jurídicas y sociales, S.A., Madrid-Barcelona, 2004, 4 vol. (I, p. 630; II, p. 1008; III, p. 1092 ; IV, p. 864.)

Nell'anno 2002 la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di

Navarra (Spagna) compiva cinquant'anni di esistenza. Nelle sue cattedre avevano insegnato giuristi insigni, tra i quali non pochi canonisti ed ecclesiasticisti di fama internazionale: Pedro Lombardía, Alvaro Del Portillo, Javier Hervada, Amadeo de Fuenmayor, per fornire soltanto alcuni esempi. In occasione di tale anniversario, l'ordinario (*catedrático*) di Diritto romano e Direttore della «Cátedra Garrigues de Derecho global» della Facoltà, già Decano della stessa, Rafael Domingo ha avuto l'iniziativa di compilare una storia biografica della scienza del Diritto. Ne è risultata l'opera che presentiamo, in quattro volumi con più di duemila pagine complessive, circa mille biografie, e con la partecipazione di più di trecento autori.

Il coordinatore dell'opera avverte già nell'Introduzione generale che il titolo non rispecchia con precisione il contenuto dei volumi: né tutti gli autori contenuti nei volumi sono propriamente ed esclusivamente giuristi (vi sono degli storici, dei filosofi, dei teologi, dei sociologi, ecc.), né sono stati presi in considerazione tutti i giuristi di rilevanza universale. La raccolta è stata circoscritta nell'ambito della «famiglia romana», anche se presa nel senso più ampio: diritto continentale europeo, diritto angloamericano, diritto latinoamericano, diritto canadese e scozzese, alcuni diritti asiatici e africani. Sono stati invece escluse le tradizioni giuridiche ebraiche, islamiche, cinesi, ecc. La giustificazione di questa scelta è da

riportare a quella che il curatore dell'opera chiama «la grande sfida della scienza del Diritto in Occidente», vale a dire, l'integrazione dei due sistemi giuridici del *Civil Law* o diritto continentale europeo e del *Common Law* o diritto angloamericano. Entrambi i sistemi possono essere fatti risalire a comuni origini romanistiche, anche se in quello continentale il diritto romano ha lasciato maggior traccia concettuale e in quello anglosassone, invece, maggior influsso nella formulazione delle fonti di produzione giuridica. In termini certamente cari al prof. Domingo, il primo ha sviluppato di più l'aspetto di *potestas*, mentre il secondo ancora oggi poggia di più sull'*auctoritas*.

La carrellata di giuristi è presentata in ordine cronologico, partendo dal II secolo avanti Cristo e arrivando fino alla fine del XX secolo, ed è divisa in sei parti: I. Giuristi romani, da Manius Manilius (ca. 123 a.C.) fino a Doroteo (ca. 565 d.C.); II. Giuristi medioevali, da Yves de Chartres a Sebastian Brant; III. Giuristi dei secoli XVI e XVII, da Udalricus Zasius a Augustin von Leyser; IV. Giuristi del secolo XVIII, da Montesquieu a Joseph Story; V. Giuristi del XIX secolo, da Friedrich Carl von Savigny a Ernst Levy; e VI. Giuristi del secolo XX, da Kelsen a Jan Kordrebski, con un'aggiunta di note biografiche di giuristi spagnoli del secolo XX. Il curatore dell'opera giustifica questa divisione nell'Introduzione (p. 33-35 del I volume)

con motivi diversi per ogni singola scelta, ma avverte anche che la realtà è più ricca di ogni divisione, sempre artificiale benché necessaria.

Per quanto riguarda i collaboratori dell'opera, il prof. Domingo spiega che i criteri di selezione sono andati cambiando lungo la stesura dei diversi contributi, partendo da un'idea celebrativa dell'anniversario della Facoltà e perciò privilegiando coloro che hanno insegnato o sono statati formati in essa, per poi aprirsi sempre di più alla diversità delle origini geografiche man mano che l'idea si concretizzava e acquisiva consensi. In effetti, scorrendo l'elenco dei collaboratori sono molti i nominativi spagnoli, ma abbondano anche quelli italiani, tedeschi, americani del nord e del sud, austriaci, svizzeri, polacchi, olandesi, portoghesi, francesi, scozzesi e perfino finlandesi, ungheresi o giapponesi.

I quattro volumi che compongono l'opera sono presentati in rilegatura rigida (*hardback*) e con carta piuttosto pesante. I primi due comprendono due parti ciascuno e tutti e quattro raccolgono anche delle illustrazioni attinenti agli autori trattati (ritratti, fotografie, manoscritti, incisioni, ecc.). Inoltre vi sono diversi indici: quello generale di tutta l'opera, quello dei collaboratori, quello dei giuristi studiati e l'indice dei nomi.

Ciascuna delle sei parti della divisione cronologica si apre con un'introduzione all'epoca trattata, firmata da diversi autori: la prima

dallo stesso Rafael Domingo, quella medioevale da Antonio García y García e da Francisco J. Andrés, la terza parte da Alejandro Guzmán, il secolo XVIII da Santos M. Coronas González, il XIX da Javier Alvarado, e l'ultima parte sul XX secolo da Antonio-Enrique Pérez Luño. Al loro interno, ogni biografia si apre con il nome *volgare* del giurista in spagnolo seguito dal nome originario nella sua lingua, e nel caso anche da quello latino, fra parentesi e l'indicazione delle date di nascita e di morte. Segue poi la biografia stessa, sempre firmata da chi l'ha redatta, e poi la produzione scritta del giurista biografato (*Obras*) e la bibliografia su di lui (*Bibliografía*).

La grande sfida cui fa riferimento il curatore nell'introduzione all'opera, l'integrazione cioè fra *Civil Law* e *Common Law* rimane tutta da affrontare e da risolvere. Questa piccola enciclopedia dei giuristi illustri che hanno fatto evolvere la scienza del Diritto negli ultimi due millenni può dimostrarsi un'utile arma per combatterla. Ma in realtà tale battaglia è ormai soltanto una parte della grande guerra di garantire un'umanità sempre più giusta. In un contesto sociale in cui il termine *globalizzazione* ha acquisito carta di cittadinanza, la scienza giuridica è chiamata a ripercorrere vie nuove. Le esperienze passate costituiscono un bagaglio indispensabile in questo lavoro originale e avventuroso.

*Juristas universales* costituisce quindi un'opera di riferimento (*re-*

*ference book*) che non può mancare nella biblioteca di chi è impegnato oggi nel mondo giuridico, soprattutto se con un impegno scientifico. Come scrive la prof. Mary Ann Glendon nella prefazione (*Prólogo*), «este trabajo tiene un gran interés para todos los juristas y ha de convertirse, en poco tiempo, en una obra de referencia universal» (p. 30 del I vol.).

Jesús Miñambres

Iván C. IBÁN, Marcos GONZÁLEZ, *Textos de Derecho Eclesiástico (Siglos XIX y XX)*, Boletín Oficial del Estado y Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2001, p. 300.

Esta obra ha venido a enriquecer y completar el conjunto de compilaciones de legislación eclesiástica del Estado español. Considerada habitualmente un género menor en la mayoría de las disciplinas jurídicas, la compilación se convierte en una herramienta imprescindible allí donde falta un código propio. Es lo que sucede con el Derecho eclesiástico, de tal manera que tanto los estudiosos como los estudiantes de la materia necesitan tener a mano, reunidos en un solo volumen de fácil manejo, los textos legales de la disciplina: los primeros para apoyar sus explicaciones de clase y los segundos para seguirlos con mayor aprovechamiento. Esta condición de

complemento natural y necesario del quehacer docente y discente explica tanto su proliferación como su diversidad. Junto a las compilaciones de textos básicos, encontramos otras de mayor complejidad y extensión, incluidas algunas con pretensiones de exhaustividad. Algunas cuentan con numerosas ediciones, en un continuo esfuerzo por mantenerse actualizadas, lo que resulta especialmente arduo ante la heterogeneidad de normas e instancias que integran esta rama del ordenamiento jurídico, en constante evolución. Y todo ello se ve potenciado por el hecho de que, tratándose de colecciones privadas, cada una de ellas depende de su autor en aspectos fundamentales. El compilador selecciona los textos en función de múltiples variables (científicas, didácticas e incluso de conveniencia): el concepto y objeto que atribuya al Derecho eclesiástico, el contenido y extensión del programa de la asignatura que imparta, los objetivos que pretenda alcanzar de los alumnos durante el curso y al final de él, etc. Con estos presupuestos no es extraño que sigan apareciendo nuevas compilaciones aunque, como es lógico —por simple cálculo de probabilidades— cada vez es más difícil que revistan una alta dosis de originalidad.

Pues bien, la compilación que nos disponemos a comentar ha conseguido romper esta tendencia, por la vía de ofrecer una selección de textos de los siglos XIX y XX, que permiten subrayar las implica-

ciones mutuas entre el Derecho y su Historia. Los autores parten de la idea de que el Derecho es un flujo incesante y que no se entiende sino en la Historia, de la que forma parte. El hoy pronto será un ayer, y el Derecho vigente —que es histórico— pronto formará parte del pasado. Con estos presupuestos se comprende que el objetivo que proponen a los alumnos, principales destinatarios de su esfuerzo, es que asimilen una pocas ideas esenciales para poder seguir el flujo del Derecho, ahora y a lo largo de su vida profesional. Por lo demás, y en aras de un doble realismo histórico y actual, el propio Ibán afirma: «Se trata de recoger algunas de las normas principales reguladoras de la posición de la Iglesia católica en nuestro ordenamiento a lo largo de los dos últimos siglos, con la única pretensión de permitir a los estudiantes de Derecho el comprender cuál es el presente y cuál será el futuro. Haciendo referencia también a aquellas normas de aplicación a otras realidades religiosas en nuestro país» (pág. 17). A renglón seguido, continúa explicando que para alcanzar este propósito no es necesario remontarse en la noche de los tiempos —basta partir del inicio del constitucionalismo español—, ni tampoco recoger todos los textos jurídicos —será suficiente una selección de los legislativos—, ni transcribirlos en versión original —basta una versión modernizada— y es que, como dirá más adelante: «Esta obra no tiene

por destinatario a estudiosos de las relaciones de las relaciones Iglesia-Estado en los siglos XIX y XX, o a estudiosos de la regulación de la libertad religiosa en nuestro país» (p. 24).

Se podrá estar de acuerdo o no con las premisas de los autores, pero desde luego no se les puede negar claridad a la hora de exponerlas. *La Parte introductoria* consta de un interesante y sugerente *Estudio preliminar*, donde Ibán responde prácticamente a todas y cada una de las preguntas que pueden surgir ante el examen detenido de la compilación. Luego viene una *Bibliografía jurídica básica* sobre la materia en el período mencionado, para terminar con una sucinta *Cronología* desde 1800 hasta 1999. Así como esta última nos parece un notable acierto, pues contribuye a situar con precisión en el tiempo cada uno de los textos transcritos, la inclusión de la sección bibliográfica no nos merece un juicio tan favorable por considerarla un tanto superflua en un volumen de este género, e incluso, admitida su conveniencia, no se comprende por qué es notoriamente insuficiente y comparativamente desproporcionada por escasa en lo que se refiere a las publicaciones sobre el último cuarto del siglo XX.

*La Parte Documental* contiene la compilación propiamente dicha. Está dividida en tres grandes apartados. El primero de ellos reúne la *Normativa constitucional*, con un criterio exhaustivo y restrictivo al

mismo tiempo. Es decir, figuran todos los textos de esta naturaleza relativos al fenómeno religioso, pero entendido éste en sentido estricto. Los extractos pertenecen a dieciséis textos en total: desde la Constitución de Bayona (1808) hasta la Constitución de 1978, incluidos el Estatuto Real (1834) y las Leyes Fundamentales del Régimen de Franco.

El segundo apartado recopila la *Normativa concordada*. En este caso se ofrece el texto completo de todos los documentos pacticios de mayor relieve, con independencia de su denominación: concordato, convenio, acuerdo o protocolo. Aquí los autores se han permitido una excepción en la acotación temporal de textos, al incluir el Concordato de 1753, lo que es muy de agradecer para la comprensión cabal del siglo XIX, pues estuvo en vigor hasta el Concordato de 1851 e incluso éste mantuvo en vigor algunas de las prerrogativas a favor de la Corona que aquél contenía (art. 44). En cuanto a los textos en vigor, incluye también todos los del máximo rango, es decir: el Convenio sobre reconocimiento a efectos civiles, de estudios no eclesiásticos, realizados en Universidades de la Iglesia (1962), el Acuerdo sobre renuncia a la presentación de Obispos y al privilegio del fuero (1976), los cuatro Acuerdos de 1979 (sobre asuntos jurídicos, asuntos económicos, enseñanza y asuntos culturales, y sobre asistencia religiosa a las Fuerzas Armadas) y el Acuerdo so-

bre asuntos de interés común en Tierra Santa (1994).

El tercer y último apartado está dedicado a la *Normativa unilateral* del Estado español. Aquí es donde encontramos un mayor grado de subjetividad en la selección de los textos, como el mismo Ibán reconoce en el estudio preliminar; pero es también donde se manifiesta en grado superlativo la coherencia de los autores, que mantienen su opción por la historia de principio a fin, asumiendo todos los riesgos. En efecto, diecisiete de los veintinueve textos que han reunido están derogados, pero permiten una comprensión cabal de algunas de las cuestiones más interesantes que jalonan los siglos XIX y XX, de las que no ofrecen una referencia sino el texto íntegro. Entre ellas ocupan un lugar destacado las distintas disposiciones que recortan la libertad de Iglesia católica y de sus entes en materia económica (desamortizaciones, expolios, etc.) y de organización (supresión de órdenes y monasterios), a lo largo del siglo XIX. Aunque la mayor parte de la normativa estatal relativa a la dimensión social e institucional de lo religioso afecta a la Iglesia católica —a favor o en contra, según los casos—, es preciso atender también a las demás confesiones, con independencia de que su presencia sea bastante reducida. Por eso resulta del mayor interés la inclusión de las Leyes de asociaciones de 1887 y de 1964, por las que se rigieron durante bastante tiempo.

La imperiosa necesidad de seleccionar las fuentes ha hecho que algunas normas unilaterales significativas de la época quedarán fuera de la compilación— como las matrimoniales y las penales—, pero su ausencia no desmerece la obra. En cambio, ha sido mucho más arriesgado limitar las normas unilaterales vigentes a solo cuatro: la Ley orgánica de libertad religiosa (1980) y las Leyes 24, 25 y 26/1992, de 10 de noviembre, con sus Anexos respectivos, es decir, los Acuerdos de cooperación con la Federación de Entidades Evangélicas de España, la Federación de Comunidades Israelitas de España y la Comisión Islámica de España. Esta opción reduce sustancialmente las posibilidades de que la compilación pueda ser utilizada en las aulas universitarias como único texto de apoyo para el estudio del Derecho eclesiástico del Estado español, pues muchas de las normas actualmente en vigor han tenido que quedar fuera de ella. Naturalmente esto sucederá o no en función de cuál sea la perspectiva adoptada por el profesor, como hemos apuntado antes.

En el mismo sentido, todavía cabría señalar la ausencia de textos internacionales de derechos humanos, habitual en las demás compilaciones; pero para justificarla valdrían las razones antedichas. Y es que, en definitiva, estamos ante una *compilación histórica*. Aquí radica su originalidad, su principal

característica y su valor específico. Si, como hemos visto, se trata de explicar el Derecho eclesiástico español desde su Historia, es necesario anteponer los textos legales que la recogen y buscar en ellos la clave de comprensión del presente. Por eso mismo, la letra menuda de ésta o aquella disposición, que hoy es y mañana puede ser sustituida por otra, pierde importancia.

Por todo lo anterior, no nos queda sino felicitar a los autores por el excelente trabajo realizado. Al profesor Ibán hay que agradecerle principalmente la idea de elaborar una compilación histórica de Derecho eclesiástico y el meritorio estudio preliminar que contribuye a realzarla y avalorarla adecuadamente; sin olvidar que su apuesta por enseñar esta disciplina tomando como punto de partida su dimensión histórica, va mucho más allá en cuanto interpela a los docentes acerca de qué Derecho enseñar, cómo y por qué. Al profesor González hay que agradecerle nada más y nada menos que haber llevado a término la compilación propiamente dicha: la búsqueda de los textos, su transcripción y tratamiento informático, la revisión y puesta a punto, etc. Y, por último, hay que dar la enhorabuena al Boletín Oficial del Estado y al Centro de Estudios Políticos y Constitucionales por la cuidada y elegante edición de estos *Textos de Derecho eclesiástico (siglos XIX y XX)*, que viene a cubrir una laguna importante en el panorama de las compilaciones de legislación ecle-

siástica publicadas hasta ahora en España.

*Javier Ferrer Ortiz*

Máximo PACHECO GÓMEZ, *La separación de la Iglesia y el Estado en Chile y la diplomacia vaticana*, con la colaboración de Jaime Muñoz Sandoval y Cristóbal García-Huidobro Becerra, Editorial Andrés Bello, Santiago de Chile, 2004, p. 333.

El actual Embajador de Chile ante la Santa Sede, Máximo Pacheco Gómez, confirma con este trabajo su vocación a la docencia y a la investigación, de la que no le han apartado las múltiples tareas de servicio público que ha desarrollado a lo largo de los años en su país y a nivel internacional. Esta vez ha realizado lo que él mismo llama «una antigua idea» (p. 13): investigar en los archivos del Vaticano los documentos relativos a la separación de la Iglesia y el Estado en Chile, una de las principales novedades de la Constitución chilena de 1925, que reemplazó a la que regía en Chile desde 1833.

Se trata indudablemente de un momento de gran interés en la historia de Chile, pues coincide con el fin de una época y el comienzo de otra. En efecto, en el ámbito político se pasa de un régimen parlamentario de gobierno, en el que los partidos tienen el claro protagonismo, a un régimen presiden-

cial, en el que emerge la figura de un Presidente netamente reforzado, que negocia con los partidos. El Presidente Arturo Alessandri Palma es personaje clave en ese cambio, pues es el último Presidente elegido en 1920 en el antiguo régimen parlamentario; y el primero que, al ser reelegido en 1932, logrará hacer funcionar el nuevo régimen, después del período agitado y complejo que se abrió con el pronunciamiento militar de 1924. Por otra parte, en el plano socioeconómico, y con hondo impacto político, son años en los que la concepción liberal del Estado va cediendo frente a las exigencias económicas y jurídicas que plantea la cuestión social, la cual estará claramente en el centro de la vida nacional en todo lo que resta del siglo XX. En suma, se puede decir que en esos primeros decenios del siglo XX está muriendo la sociedad tradicional chilena, con la estratificación social heredada de tiempos coloniales, y se consolida poco a poco, aunque en forma muchas veces traumática e ideologizada, la aspiración a un nuevo orden social que comporte la erradicación de la pobreza y la elevación del nivel cultural de todos los chilenos.

Ahora bien, gracias a la autorización del Secretario de Estado, Cardenal Angelo Sodano, el autor ha tenido acceso a las comunicaciones entre la Nunciatura en Santiago y la Secretaría de Estado relativas a la separación Iglesia-Estado en el período 1920-1926.

El mérito y la originalidad mayores del libro residen justamente en la selección, publicación y traducción al castellano de 49 documentos inéditos, sobre todo los informes del Nuncio, Mons. Benedetto Aloisi Masella, y las respuestas del Cardenal Pietro Gasparri, a la sazón Secretario de Estado. En la preparación de este material y en la revisión de la muy cuidada traducción ha sido coautor Jaime Muñoz, Segundo Secretario de la misma Embajada, muy inclinado a los estudios históricos.

El núcleo de los 49 documentos ha sido adecuadamente enmarcado, para que se comprendan mejor su interés y alcance. Además de un prólogo del historiador Ricardo Krebs que sitúa el libro en la vasta problemática de las relaciones entre poder temporal y poder espiritual en la historia ya bimilenaria del Cristianismo, Pacheco ha escrito un primer capítulo en el que, con ayuda de otras fuentes chilenas ya conocidas, narra los acontecimientos que llevaron a la separación de 1925.

Después del capítulo II dedicado a los documentos, el tercer y último capítulo, cuyo autor es el historiador Cristóbal García-Huidobro, da un paso hacia atrás, para mostrar los antecedentes de la separación, entre los años 1865 y 1920, en los cuales las cuestiones Iglesia-Estado ocuparon a menudo un lugar destacado en la vida pública chilena, con una habitual tirantez entre las posiciones de la Iglesia y de los católicos por un la-

do, y por otro las corrientes proclives a la laicización más o menos radical del país.

Comparto con el autor la dedicación al Derecho, en mi caso al de la Iglesia, y el hecho de no ser especialista en Historia, si bien amante de la misma. No me hallo, pues, en condiciones de emitir juicios específicamente historiográficos, por lo que prefiero concentrarme en algunas reflexiones de conjunto que la lectura de este libro me ha sugerido.

Quisiera partir de una paradoja: ¿cómo es posible que el régimen de relaciones Iglesia-Estado, consagrado en Chile en 1925, fuera percibido por la misma Iglesia como substancialmente favorable y positivo, y que a la vez se tratara de un régimen en neto contraste con la misma posición oficial de entonces por parte de la Santa Sede, claramente a favor de la confesionalidad católica del Estado?

Para responder tal vez convenga empezar por una anotación sobre el procedimiento: a la separación se llegó por la vía del diálogo, ante todo al máximo nivel cuando el Presidente Arturo Alessandri pudo conversar en Roma con el Cardenal Gasparri. En la simplicidad del «papelito» en el que se recogía el resultado de esa conversación y con el que volvió Alessandri a Chile (cfr. p. 35), estaba el fruto de una voluntad compartida por ambas partes, la de poner las bases de una convivencia pacífica que superara los roces y turbulencias pasados.

Se han emitido diversas opiniones acerca de si en 1925 hubo o no un acuerdo concordatario, sobre todo teniendo en cuenta que se cumplieron una serie de condiciones puestas por la Santa Sede, como por ejemplo la expresa derogación del derecho de patronato y demás atribuciones de la autoridad civil en materias eclesiásticas, o el establecimiento de una compensación económica transitoria por parte del Estado a la Iglesia, al suprimirse el presupuesto del culto. Ciertamente no se formalizó un concordato (si bien la posibilidad de éste quedó expresamente contemplada por el art. 72, n. 16 de la Constitución, tal como también había solicitado la Santa Sede), y lo confirma el hecho de que en años sucesivos se trabajara en vista de esa eventualidad que al fin no prosperó (cfr. la carta del Embajador ante la Santa Sede al Arzobispo de Santiago, en pp. 260-261; y los documentos redactados por Mons. Rafael Edwards, descubiertos por Mons. Juan Ignacio González E., de los que se da noticia en p. 50).

Por consiguiente, si por acuerdo concordatario se entiende una norma positiva de origen pacticio, parece claro que no existió. Sin embargo, las negociaciones que precedieron a la separación no fueron fenómenos carentes de relieve jurídico, como una mentalidad de corte positivista, que reduce el derecho a las solas normas positivas, podría inducir a pensar. Las exi-

gencias de verdadera justicia, que desembocaron en una norma emanada unilateralmente por una de las partes, o sea en la Constitución Política de la República de Chile, poseen un valor jurídico intrínseco que es anterior y fundante respecto a esa norma que las declara y determina. Por tanto, si en las negociaciones se hicieron presentes exigencias derivadas de los derechos de la Iglesia católica, que actualmente no dudáramos en situar entre las aspectos colectivos del derecho de libertad religiosa, la ausencia de una norma concordataria no disminuye en absoluto su carácter verdaderamente jurídico, es decir vinculante en justicia para el Estado chileno.

El procedimiento del diálogo evidencia que hubo una plataforma común desde la que conversar: la «separación» no fue percibida como una ruptura, ni mucho menos como una forma de persecución de la Iglesia. Aun más, se pudo poner punto final a la herencia del regalismo, con lo que la libertad de la Iglesia en su propio ámbito se vio subrayada, superándose así una causa de inútiles y penosos conflictos. Es significativo comprobar hasta qué punto algunas personalidades imbuidas de espíritu laicista, como el Presidente Domingo Santa María, habían preferido mantener la unión Iglesia-Estado justamente porque consideraban deseable que la Iglesia siguiera sometida al control del Estado, y temían que sin ese control se habría reforzado el influjo de los católicos en la vida

política (cfr. pp. 305-317, especialmente p. 311).

En los grandes artífices de la solución existió una profunda convergencia, obviamente desde presupuestos doctrinales y prácticos bien distintos. Así, por un lado, para el genio político de Arturo Alessandri Palma, indiscutible protagonista de esta historia, la separación en Chile no era fruto de hostilidad ideológica hacia la Iglesia, sino que aparecía en una línea de relaciones cordiales con ésta, por lo que, a la vuelta de Roma, le decía al Nuncio: «en Chile más que a la separación de la Iglesia del Estado se procederá a la proclamación de la libertad de cultos como sucede en muchos otros países» (p. 175). Era un proyecto que había formulado ya al inicio de su mandato presidencial, movido por un espíritu genuino de tolerancia y libertad (cfr. pp. 25-26). Su perseverancia en ponerlo por obra se conjuga con una marcada flexibilidad en lo que respecta a sus modalidades particulares, al compás de los avatares políticos. Se comprende que el Nuncio afirmara: «el Presidente Alessandri cambia fácilmente de opinión» (p. 235), lo que sin embargo no afectaba para nada a la substancia de la separación.

Por parte de la Iglesia se ha de reconocer que el gran impulso provino de Roma. Ya en 1923 el Cardenal Gasparri sintetizaba en un telegrama al Nuncio lo que sería la postura substancialmente invariable de la Santa Sede. Vale la

pena reproducir íntegramente ese texto: «S. Sede no puede en línea de principio aprobar separación y Arzobispo en nombre del entero episcopado chileno debería eventualmente protestar. Atendidos, sin embargo, no infundados temores que también en Chile se introduzca a futuro separación gravemente dañina libertad y derechos Iglesia, conviene que ahora católicos, mientras estén en grado de influir en el Gobierno, le hagan saber que ellos, aun no aprobando la separación, no harán oposición decidida, con tal que permanezcan salvaguardadas libertad eclesiástica, especialmente acerca enseñanza y matrimonio, sea reconocida personalidad jurídica Iglesia y órdenes religiosas no solamente acerca posesión sus actuales bienes, sino también futuros y sean, en fin, admitidas aquellas garantías en favor religión que V.S., de acuerdo con Episcopado, considerará oportunas. Téngame V.S. informado acerca del desarrollo tratativas, que necesariamente deberán ser muy confidenciales y reservadas» (p. 100).

Al recorrer los documentos resulta fácil compartir el juicio del autor, quien se declara «muy impresionado por la escrupulosidad de los informes del Nuncio y por las oportunas respuestas del Secretario de Estado» (p. 13). Son, en efecto, un ejemplo de buen gobierno, y reflejan un conocimiento a fondo de la realidad concreta del país, con una atención esmerada no sólo a las grandes cuestiones en juego sino también a las formula-

ciones técnicas en las que habían de traducirse su solución, para lo cual recurre al consejo de juristas chilenos de prestigio.

En cuanto al episcopado chileno, y en particular al Arzobispo de Santiago, Mons. Crescente Errázuriz, una mirada superficial podría tal vez considerarlo no suficientemente tenido en cuenta. La oposición del Arzobispo a la separación era patente y enraizada en toda su experiencia vital, que le llevaba incluso a abrumarse y pensar en su posible renuncia ante la perspectiva de una reorganización de la vida eclesiástica sobre bases económicas independientes del erario público (cfr. p. 150, IV). A ello se sumaba en su ánimo la completa paz que había reinado entre la Iglesia y el Estado durante la presidencia Alessandri (cfr. p. 171), debida también al espíritu del mismo Mons. Errázuriz, que subrayaba la unión entre los chilenos por encima de cualquier división de partido (cfr. pp. 252-253). Ciertamente es que había Obispos como el Vicario General Castrense, Mons. Rafael Edwards, que promocionaban la separación (cfr. p. 36); sin embargo, los Obispos en general, y muy especialmente el Arzobispo de Santiago, la miraban con malos ojos (cfr. las cartas de los Obispos al Nuncio en respuesta a sus preguntas sobre la separación, en pp. 161-172).

Nada tiene esto de extraño, si se piensa que por entonces la postura oficial de la misma Iglesia era en pro de la unión con el Estado, y

que la misma Santa Sede, en el recordado telegrama del Cardenal Gasparri, comenzaba por recordar que el Arzobispo, a nombre de todo el episcopado, debía protestar ante esa eventualidad. Resultaba sin duda arduo separarse de un esquema que había acompañado a Chile desde los siglos coloniales y cuyas ventajas, quizá más en el plano de los principios que en la realidad de los hechos, parecían seguir compensando el riesgo, hartamente comprobado en los hechos, de posibles intromisiones estatales en los asuntos eclesiásticos. Además, era muy claro que la «separación», pensando ante todo en el modelo francés, era vista en clave de hostilidad, e incluso de persecución, respecto a la Iglesia (cfr. p. 149).

Por eso mismo, resulta notable la clarividencia con que la Santa Sede captó las características específicas de la separación propugnada por Alessandri, advirtiendo que, si bien no coincidía con lo que seguía pareciendo un ideal, constituía una solución realista y verdaderamente favorable para la Iglesia en aquella coyuntura concreta. En este sentido, resulta evidente que, ante una cuestión tan delicada y que afectaba en realidad a la Iglesia universal, fuera necesaria la voz de Roma para asumir una postura que muy difícilmente los Obispos chilenos hubieran podido adoptar por sí mismos con igual amplitud de horizontes y seguridad en la decisión.

A la vez, es muy de admirar hasta qué punto la Santa Sede se es-

fuerza en contar con el Arzobispo, y especialmente la docilidad con que éste se identifica activamente con las directrices romanas, y termina convencido de que se ha logrado lo mejor que realmente se podía conseguir en el ámbito de las relaciones Iglesia-Estado (cfr. pp. 207-208), por lo que la Constitución de 1925 aparece en su conjunto como un fruto de esa conciliación nacional a la que tanto ha concurrido el mismo Arzobispo (cfr. pp. 252-254). Por lo demás, ante la opinión pública no aparece ninguna contraposición entre la Santa Sede y el episcopado chileno en el asunto de la separación; en cambio, el Arzobispo admite públicamente sin reparos la escueta verdad de que ha sido Roma la que ha zanjado la cuestión en la óptica de la tolerancia del mal menor (cfr. entrevista al Diario *El Mercurio*, 17-IX-1925, cit. por J. PRECHT PIZARRO, *Derecho Eclesiástico del Estado de Chile. Análisis históricos y doctrinales*, Ed. Universidad Católica de Chile, Santiago 2001, p. 104).

Podría quizá alguien pensar que el resultado fue fruto del pragmatismo de la Iglesia y del Estado. Si por pragmatismo se entiende la adopción de soluciones prudenciales, no siempre coincidentes con lo que sería ideal, es obvio que lo hubo en 1925, sobre todo por parte de la Iglesia. Lo pusieron claramente de manifiesto las palabras de Pío XI en el Consistorio del 14 de diciembre de 1925. El Papa afirmaba que, si bien el régimen

que llaman de separación se oponía a la doctrina de la Iglesia y a la naturaleza del hombre y de la sociedad humana a la luz de la fe católica, en Chile en la práctica se trataba de un régimen aplicado de tal manera que, más que rompimiento, parecía haber amigable convivencia, en un estado de cosas en el que el Pontífice esperaba que la Iglesia podría ejercer su misión plena y eficazmente (cfr. AAS, 17, 1925, p. 642).

En cambio, si pragmatismo significa abrir las puertas a cualquier tipo de decisiones inspiradas por su eficacia en las circunstancias del momento, con independencia de su conformidad con la verdad y la justicia, no dudaría en sostener que no hubo ningún pragmatismo de ese género en la solución de 1925. Es claro que había una oposición respecto a una línea teórica favorable a la unión, que correspondía a una herencia muy antigua. No obstante, esa oposición parecía cada vez menos relevante, e iba quedando relegada al plano de unos principios progresivamente más teóricos. La vida iba mostrando que lo justo, también para la Iglesia y su misión salvífica, no pasaba ya por su unión con el poder temporal. Las excepciones a la unión, impuestas por la real imposibilidad de ponerla por obra y por los evidentes peligros que esa unión podía suponer cuando colocara a la Iglesia en manos hostiles a la fe católica o incluso simplemente demasiado ligadas a opciones opinables no compartidas por toda una

nación, se veían todavía como aplicación de un principio de tolerancia. Pero era más y más evidente que se abría paso en los hechos un nuevo enfoque que desembocaría en la doctrina del Concilio Vaticano II acerca de las relaciones Iglesia-Estado y sobre el derecho civil de libertad religiosa.

En 1925 no se había llegado todavía a una formulación doctrinal nítida como ésta de *Gaudium et spes*, n. 76c: «La comunidad política y la Iglesia son independientes y autónomas, cada una en su propio terreno. Ambas, sin embargo, aunque por diverso título, están al servicio de la vocación personal y social del hombre». Sin embargo, la actitud asumida por la Iglesia ante la separación en Chile en 1925 muestra que en la práctica ya estaba en germen la doctrina que luego se clarificaría y desarrollaría, liberándose de incrustaciones históricas superadas. En efecto, el valor de la libertad de la Iglesia, inseparable de la amigable convivencia con el Estado, explica la convergencia entre las partes que negociaron la separación.

Tenía que pasar el tiempo para que se comprendiera que el valor representado entonces por la unión confesional, que era en realidad la conformación de la sociedad y de las instituciones según la verdad del Evangelio, habría de buscarse por el camino de la libertad de la Iglesia en el desempeño de su específica misión evangelizadora, sin necesidad de establecer nexos institucionales con el Estado. Con

el Vaticano II llegaría a su madurez la idea de que esa tarea de cristianización real del ámbito temporal, incluido el político, estaba confiada, como a sus actores propios, a los mismos católicos en el uso de sus derechos en la sociedad civil, sin implicar ninguna postura confesional que supusiera discriminar a nadie en su derecho de libertad religiosa.

Es concorde el juicio positivo que merece la separación de 1925, la cual permitió ante todo un considerable desarrollo de la organización de las diócesis y provincias eclesiásticas. Aunque ciertamente en el siglo XX en Chile la relación entre la esfera religiosa y la política ha sido un tema complejo y no exento de tensiones, las relaciones institucionales entre la Iglesia y el Estado discurrieron por un cauce que aseguraba la legítima independencia de la Iglesia. En el último período, la Iglesia ha tenido que enfrentarse con nuevos problemas jurídicos en sus relaciones con el Estado: los que derivan del aumento de otras confesiones religiosas, especialmente evangélicas, con la necesidad de regular su estatuto mediante una Ley de entidades religiosas, de tal modo que se hiciera ver que el tratamiento jurídico de la Iglesia Católica acorde con su naturaleza propia no supone ningún injusto privilegio; y sobre todo las cuestiones relacionadas con el debate público de problemas jurídicos de gran trascendencia ética, como por ejemplo la ley de

divorcio, que entran de lleno en el terreno de la doctrina católica sobre la fe y las costumbres.

Resulta muy previsible que este último ámbito, en que el terreno de diálogo no es confesional sino de moral natural, siga siendo de mucha actualidad, especialmente en el campo de los bienes fundamentales de la vida humana, la familia y la libertad de enseñanza. Es de esperar que siempre reine el clima de auténtica libertad, respeto y amigable convivencia que se vivió en 1925, para que el aporte de la Iglesia como institución, así como el de los católicos fieles a su fe que actúan en cuanto ciudadanos, sea valorado como se merece en la consolidación de un país a la vez realmente moderno y fiel a sus raíces cristianas, evitándose descalificaciones injustas que pretenden ver intromisiones donde no hay más que legítimo ejercicio de derechos por parte de instituciones religiosas y personas. En este contexto la investigación de Máximo Pacheco, que ayuda a reconstruir fidedignamente ese clima de 1925, cobra aún mayor interés de cara al futuro de Chile, tan ligado como en todas partes a la incidencia de la religión en la vida tanto privada como pública de sus habitantes.

*Carlos J. Errázuriz M.*

Fernando PUIG, *La esencia del matrimonio a la luz del realismo jurídico*, Instituto Martín de Azpil-

cueta, Facultad de Derecho Canónico, Universidad de Navarra, Navarra Gráfica Ediciones, Pamplona, 2004, p. 276.

La questione relativa alla ricerca dell'essenza del matrimonio è, senza dubbio, per la teoria generale del diritto canonico, una tematica di grande importanza, che si è riproposta, con maggiore o minore originalità, in diversi spunti scientifici, a partire dalla prima metà del XX secolo, sia per via della crisi crescente — soprattutto in termini di identità e valore — dell'istituto matrimoniale nelle società civili contemporanee, sia per il notevole contributo dottrinario fornito, in seguito, dalla teologia del Concilio Vaticano II sull'argomento.

L'opera di F. Puig oggetto del presente, breve commento, si manifesta come un'analisi chiara e significativa circa il problema dell'essenza del matrimonio, interpretata alla luce di quella corrente di pensiero che viene definita «realismo giuridico», ossia quel complesso di teorie che si fondano sul pensiero di J. Hervada sull'essenza del diritto, intesa come «ciò che è giusto», ossia come la realtà «in sé stessa giusta» in quanto sacra, poiché promanante direttamente da Dio.

L'applicazione di tale metodo di indagine, in relazione all'istituto matrimoniale, si rivela tuttora grava di frutti e di intuizioni originali nell'ambito della scienza giuridica canonica.

Nell'opera di Puig viene, in via preliminare, presa in esame, per confrontarla con la prospettiva realistico-giuridica, la dottrina dominante nella prima metà del secolo XX, vale a dire quell'insieme di teorie sul matrimonio (Gasparri, Cappello), affermatesi soprattutto durante i lavori preparatori del Codice del 1917, che prendevano le mosse dal concetto di «*ius in corpus*» per individuare l'essenza del matrimonio (definite, nel loro complesso, come «*Giuscorporalismo tradizionale*»), e cioè da un'idea morale e giuridica allo stesso tempo, che si rivelava assai riduttiva, giacché non delineava, né pretendeva di delineare, una teoria giuridica sul matrimonio, ma si rivelava come un mero espediente pratico che consentisse alla Chiesa, in quel preciso momento storico, di affermare la sua giurisdizione in materia di matrimonio dei fedeli cristiani. Il concetto di «*ius in corpus*» si dimostrava, tra l'altro, insufficiente perché poneva in risalto il semplice aspetto del potere-dovere insito nella sfera di azione di ciascuno dei nubendi: potere-dovere reciproco di disporre del corpo dell'altro, esigendo il debito coniugale ed escludendo i terzi da tale relazione duale.

La mancanza di rigore giuridico-scientifico di tale posizione si evidenziava nella palese incongruenza in cui essa incorreva nell'affermare, da un lato, che i fini del coniugio rivestissero un ruolo centrale nell'idea di matrimonio cristiano, e dall'altro, nell'insistere che l'essenza

del matrimonio si riducesse ad un potere di ciascuno dei nubendi sul corpo dell'altro, omettendo altresì di evidenziarne l'origine, dato che un potere non si giustifica mai in se stesso, ma nella fonte che lo legittima. Anche la relazione tra «*matrimonium in fieri*» e «*matrimonium in facto esse*» risultava, in questa prospettiva d'indagine, quasi completamente trascurata, perché non veniva chiarito il nesso logico esistente tra il rispettivo potere-dovere degli sposi e la dinamica costitutiva del legame matrimoniale.

Un secondo filone di pensiero, descritto da Puig, nell'ambito della sua panoramica, si incentra in quel movimento definito come «*giuscorporalismo formale*», ossia in quella serie di approcci teorici — peraltro alquanto eterogenei — proposti alla vigilia del Concilio Vaticano II da alcuni autori (Giacchi, Fedele, D'Avack), che pur conservando l'idea dell'essenza del matrimonio localizzata nello «*ius in corpus*», tentavano di ovviare alla mancanza di rigore scientifico dell'indirizzo precedente, depurando il piano giuridico da quello morale e pastorale, che risultavano in precedenza indistinti.

In sintesi, tale impostazione insisteva sulle relazioni tra essenza e fini del matrimonio, anche se giungeva alla conclusione della natura meta-giuridica di tali fini (di tipo religioso, etico, sociale, ecc.), per affermare la rilevanza giuridica del solo orientamento procreativo dello «*ius in corpus*», e quindi del mero processo generativo.

lista», che nega l'esistenza di un'essenza giuridica nel matrimonio, considerando inesistente la differenza tra realtà matrimoniale essenziale e vita matrimoniale concretamente vissuta. Tale approccio prende di mira, in particolare, la concezione tradizionale sull'essenza del matrimonio per il fatto di concentrarne la spiegazione intorno allo «*ius in corpus*» ed al contrattualismo.

L'altra reazione è quella «teologizzante», la quale, manifestando sfiducia verso la conoscenza razionale, assorbe la realtà matrimoniale naturale in quella sovranaturale fino a negare la prima, rivelandosi, in tal modo, apertamente contraria alla norma canonica, e quindi inaccettabile.

L'opera di Fernando Puig, in conclusione, si manifesta come un'opera completa perché mette in luce — in chiave diacronica e sincronica — il complesso *iter* evolutivo della dottrina circa l'essenza del matrimonio, e come una brillante indagine scientifica, perché riesce ad individuare, su basi logico-razionali, l'originalità ed i pregi teorico-pratici dell'approccio realistico nell'ambito della scienza canonica, nel contesto di un confronto concreto e dettagliato tra gli orientamenti e gli indirizzi dei diversi autori.

Ciro Tammaro

Mykhaylo TKHOROVSKYY, *Procedura per la nomina dei Vescovi. Evolu-*

*zione dal Codice del 1917 al Codice del 1983*, Editrice Pontificia Università Gregoriana, Roma, 2004, p. 272.

Il can. 377 CIC disegna per sommi capi i tratti della procedura ordinaria per la provvista degli uffici episcopali nella Chiesa latina. Ma certamente le indicazioni codicili non sono sufficienti per comprenderne fino in fondo tutte le fasi. Il codice si limita a tratteggiare gli elementi essenziali: il fatto che la nomina spetti al Romano Pontefice, che i modi di provvista preferiti per l'ufficio episcopale siano il libero conferimento e l'elezione non collativa, che i vescovi stessi suggeriscano in diversi modi dei nominativi di candidati, il desiderio di evitare la concessione di diritti di nomina alle autorità civili, la peculiarità della nomina dei vescovi ausiliari (cfr. cann. 377 § 4 e 403), ecc. Le puntualizzazioni concrete delle diverse procedure vengono esplicitate in altre norme di diverso tipo, originando una complessità normativa che costituisce uno degli stimoli che hanno indotto non pochi studiosi ad intraprendere la ricerca approfondita delle procedure di nomina dei vescovi.

La storia della Chiesa ha conosciuto molteplici interventi di diverse persone e da diverse posizioni giuridiche (talvolta anche di forza) nell'individuazione dei candidati all'episcopato. L'autorità della Chiesa ha sempre ribadito la necessità del suo intervento al-

Se apprezzabili risultavano le premesse di tali teorie — lo sforzo finalizzato a recuperare la purezza della forma giuridica —, criticabili apparivano le conclusioni: si individuava l'essenza del diritto nella sua forma, trascurando, di conseguenza, la dimensione personalistica del matrimonio e l'ordinazione finalistica dello stesso.

Con l'avvento del Concilio, si materializzava nella canonistica, sulla scia degli insegnamenti del magistero (in particolare quello di *Gaudium et spes*) la riflessione finalizzata ad evidenziare nell'elemento dell'amore coniugale un aspetto centrale del matrimonio. Tuttavia, le teorie che si affermavano in questo contesto (Navarrete, Fagiolo) conservarono il concetto di «*ius in corpus*» inteso come essenza del matrimonio, accostandovi l'ulteriore elemento dell'amore tra i nubendi, fonte della donazione ed accettazione mutua quali condotte dovute tra gli stessi. Va osservato però che tali costruzioni lasciano a desiderare nel momento in cui postulano un divario logico tra diritto e amore, tra vincolo giuridico e condotte dovute. Perché tali condotte sarebbero «dovute»? Cosa succede se l'amore tra i coniugi non c'è o viene meno in seguito?

Il rischio di tali posizioni, in verità, sta nella loro tendenza a considerare, talvolta, l'amore come un dato di fatto, e, dunque, come il presupposto di esistenza del legame nuziale.

Il realismo giuridico si ricollega direttamente a tale orientamento,

ma, ovviando a tale ultimo inconveniente, risolve l'apparente contrasto tra i due livelli delineando una concezione in cui l'amore è un possibile oggetto del diritto, vale a dire che nella realtà matrimoniale l'amore si manifesta come un qualcosa di oggettivamente dovuto. Questa sintesi — pienamente giuridica — tra diritto e amore viene raggiunta mediante un'intuizione assai originale, per cui l'unione matrimoniale viene intesa come «l'unione nelle nature dei coniugi», espressione che rappresenta la traduzione metafisica e giuridica — seguendo il pensiero di S. Tommaso d'Aquino — dell'*una caro* biblica.

Il realismo giuridico, nel collocare l'unione coniugale nel livello delle due nature — maschile e femminile —, riesce ad individuare una dimensione nella quale si equilibrano sia l'ambito naturale che quello spirituale — entrambi coinvolti — mediante la destinazione naturale, per creazione divina, della mascolinità alla femminilità e viceversa, in quanto categorie complementari. Si tratta, evidentemente, di una destinazione libera, poiché la natura della dimensione coniugale si fonda su di un'istanza razionale e libera, che si esprime nel consenso coniugale.

Puig esamina, in seguito due posizioni/reazioni rispetto alla concezione canonica tradizionale del matrimonio, ed illustra dettagliatamente le ragioni per cui esse meritino di essere ricusate, in quanto teologicamente e giuridicamente inammissibili: la «reazione pastora-

meno per il conferimento del titolo dell'ufficio a ciascun candidato (il che è anche indice della presenza e persistenza degli abusi in materia). Sembra abbastanza logico che, soprattutto laddove la maggioranza della popolazione di un Paese è cattolica, le autorità civili abbiano interesse a conoscere, e qualche volta ad evitare, le nomine che l'autorità della Chiesa intende fare per questi uffici «di presidenza» di una comunità di fedeli che sono anche cittadini. I sistemi attraverso i quali un tale interesse (legittimo, verrebbe da dire, se non si prende l'espressione in senso troppo tecnico) sono stati molteplici e anche nell'attualità presentano non poche sfaccettature diverse.

Il giovane dottore ucraino, autore del presente volume, è stato attratto da tutta questa complessità a svolgere una ricerca proprio sulla designazione dei vescovi nella Chiesa latina. Il lavoro è stato diviso in tre capitoli determinati temporalmente in rapporto alle successive codificazioni: il primo capitolo studia «la designazione dei vescovi nella storia fino al Codice del 1917»; il secondo capitolo, «la designazione dei vescovi dal Codice del 1917 fino al Codice del 1983»; e il terzo capitolo affronta «la designazione dei vescovi nel Codice del 1983». In realtà, la prima parte del lavoro contiene soltanto un'introduzione all'evoluzione storica dell'istituto della nomina dei vescovi; come è logico in un lavoro desti-

nato allo studio della normativa vigente i riferimenti ai precedenti storici non sono particolarmente approfonditi: sarebbe stato impossibile.

Nello studio delle norme vigenti durante la maggior parte del XX secolo (dal 1917 al 1983), l'autore include interessanti riferimenti alle procedure di elezione dei vescovi presenti soprattutto in Austria, Svizzera e Germania. Sempre in questo arco temporale, studia anche l'evoluzione dei diritti di nomina e di presentazione in diversi ambiti geografici.

Per quanto riguarda la normativa attualmente vigente, l'autore offre una visione analitica della preparazione del testo dei canoni che riguardano la designazione dei vescovi. In particolar modo si ferma a descrivere gli interventi previsti da parte delle diverse istanze episcopali: i singoli vescovi, le conferenze episcopali, i compiti dei legati pontifici (cfr. can. 364, 4), ecc. Infine vi sono alcune pagine (p. 211-215) destinate a riassumere le critiche alla procedura rilevate da più autori sia in senso negativo sia in senso positivo; in queste pagine conclusive del lavoro sarebbe stata utile, a nostro avviso, una discussione delle dottrine riassunte con una presa di posizione da parte del Tkhorovskyy e una proposta di soluzioni ai problemi ancora aperti.

Il volume si chiude con un'Appendice (p. 223-241) contenente un riassunto de «L'iter della procedura per la nomina dei vescovi»

nella quale sono raccolte e messe in ordine moltissime informazioni provenienti da testi normativi, da documenti conciliari, da concordati..., seguendo le fasi ideali della nomina di un vescovo dalla elaborazione delle liste, la valutazione dell'idoneità dei candidati, la designazione, l'intervento delle autorità civili, il conferimento del titolo, la consacrazione episcopale, la professione di fede, la presa di possesso, il giuramento di fedeltà al governo (dove previsto) e la pubblicazione ufficiale della nomina.

Completo di bibliografia e diversi indici, il lavoro del Tkhorovskyy costituisce un utile strumento per chi voglia approfondire la procedura della nomina dei vescovi. Sulla quarta di copertina si dà notizia dell'attuale occupazione dell'autore nel servizio diplomatico della Santa Sede. La sua ricerca sarà sicuramente utile per lo svolgimento di quel compito. Ci auguriamo non gli impedisca di continuare a fare delle ricerche in Diritto canonico.

*Jesús Miñambres*

*Documenti*

Pagina bianca

## ATTI DI GIOVANNI PAOLO II

**Lettera *Durante l'ultima cena per il riconoscimento della personalità giuridica canonica pubblica a Caritas Internationalis*, 16 settembre 2004 (L'Osservatore romano, 14 novembre 2004, p. 6) (\*).**

*Al Venerato Fratello*

*Mons. YOUHANNA FOUAD EL-HAGE*

*Arcivescovo di Tripoli del Libano dei Maroniti*

*Presidente di Caritas Internationalis*

1. Durante l'Ultima Cena, alla vigilia della sua Passione, il Signore Gesù ha lasciato una precisa richiesta ai suoi Apostoli: « Vi do un comandamento nuovo, che vi amiate gli uni gli altri, come io vi ho amati » (Gv 13,34). Sorretta da questo mandato, la Chiesa ha annunciato il Vangelo e dispensato la grazia dei sacramenti, sempre preoccupandosi di accompagnare la sua azione con la testimonianza dell'amore.

Così, fin dagli inizi, la vita della comunità cristiana si è caratterizzata per l'esercizio fattivo della carità, espressa in particolare nell'attenzione ai poveri e ai deboli (cfr At 2,42-47). Da quasi due secoli, poi, sono sorti in ambito diocesano e parrocchiale gruppi che hanno successivamente assunto il nome di *Caritas*, perseguendo lo scopo di assistere quanti versavano in stato di necessità. Col tempo essi hanno iniziato a coordinarsi anche a livello nazionale ed internazionale.

Nel contesto dell'Anno Santo del 1950, il mio venerato Predecessore, il Servo di Dio Pio XII, volle dar vita, a Roma, a un organismo che, a livello di Chiesa universale, riunisse le organizzazioni caritative nazionali autorizzate dai rispettivi Episcopati, per favorirne la reciproca conoscenza, coordinazione e collaborazione nello svolgimento dell'attività caritativa e sociale nelle diverse parti del mondo. Anche gli altri miei Predecessori di v.m. hanno seguito con paterno e fattivo interesse la crescita di *Caritas Internationalis*: il Servo di Dio Paolo VI poteva così attestare con soddisfazione che essa « è dappertutto all'opera » (Enciclica *Populorum progressio*, 46).

---

(\*) Vedi nota di J. Miñambres, *Status giuridico-canonico di Caritas Internationalis* alla fine del documento.

2. Nata dall'impulso di questa Sede Apostolica, che poi ne ha seguito e orientato l'attività, *Caritas Internationalis* si configura come una Confederazione di organismi caritativi, in genere *Caritas* nazionali. Tale Confederazione, senza togliere alle *Caritas* nazionali l'autonomia che loro compete, ne favorisce la collaborazione, svolgendo compiti di animazione, coordinamento e rappresentanza. *Caritas Internationalis* è perciò congiunta, per sua origine e natura, con uno stretto vincolo ai Pastori della Chiesa e, in particolare, al Successore di Pietro, che presiede all'universale carità (cfr Sant'Ignazio d'Antiochia, *Ep. ad Romanos*, inscr.) ispirando la sua azione al Vangelo e alla tradizione della Chiesa.

Dalla data della sua costituzione, numerosi e rilevanti sono stati gli interventi che *Caritas Internationalis* ha realizzato, mediante le organizzazioni che la compongono, ottenendo riconoscimento e prestigio anche da parte della autorità civili.

3. Pertanto, a conferma del ruolo ecclesiale svolto da questa benemerita Confederazione, accogliendo la richiesta esplicitamente fatta a tale proposito, in virtù dell'autorità apostolica e a norma del Codice di diritto canonico, concedo a *Caritas Internationalis* la personalità giuridica canonica pubblica (cfr cann. 116-123 del *Codex Iuris Canonici*). Ne confermo gli Statuti e il Regolamento, che dovranno essere interpretati alla luce di quanto stabilito in questo Chirografo. Ogni loro modifica dovrà essere da me confermata, così come l'eventuale trasferimento della sede sociale, che si trova attualmente nell'Urbe.

Per lo speciale legame di *Caritas Internationalis* con la Sede Apostolica, la lista dei candidati sia per la funzione di Presidente che per quella di Segretario Generale della Confederazione dovrà essere sottoposta all'approvazione del Papa, prima di essere ufficialmente proposta al voto definitivo dell'Assemblea Generale.

La Santa Sede, inoltre, acquisiti i pareri opportuni, nomina un Assistente Ecclesiastico, il quale partecipa di diritto all'attività degli Organi istituzionali.

4. Tenendo conto di quanto stabilito dalla Costituzione Apostolica *Pastor Bonus* (cfr art. 146 § 2), affido al Pontificio Consiglio *Cor Unum* il compito di seguire ed accompagnare l'attività di *Caritas Internationalis*, sia in ambito internazionale che nei suoi raggruppamenti regionali. Il Dicastero verrà perciò debitamente informato circa le iniziative della Confederazione ai diversi livelli e parteciperà di diritto alle riunioni degli organi della stessa, nonché alle riunioni per il coordinamento dell'attività promossa da *Caritas Internationalis*. Il Pontificio Consiglio in parola contribuirà a mantenere vivo lo spirito ecclesiale nella Confederazione e, in particolare, vigilerà a che l'attività dei Membri della stessa, svolta in coordinamento internazionale, si realizzi in collaborazione con le Chiese locali interessate e con i loro Pastori. *Caritas Internationalis* avrà infine cura di sottoporre al Pontificio Con-

siglio *Cor Unum*, prima della loro pubblicazione, i testi di orientamento che intende emanare.

5. Inoltre, *Caritas Internationalis* per la sua attività a livello internazionale, soprattutto presso gli Organismi Internazionali e in zone del mondo con particolari difficoltà, farà riferimento alla Segreteria di Stato.

Per questioni specifiche, *Caritas Internationalis* agirà in collaborazione anche con altri Dicasteri della Curia Romana, in particolare con il Pontificio Consiglio della Giustizia e della Pace, il Pontificio Consiglio della Pastorale dei Migranti e degli Itineranti ed il Pontificio Consiglio per gli Operatori Sanitari, in conformità con le competenze per essi stabilite dalla Costituzione Apostolica *Pastor Bonus*.

6. Mentre auspico che questo atto rafforzi i vincoli di comunione di *Caritas Internationalis* con la Chiesa universale, ordino che quanto qui disposto venga fedelmente osservato. Nell'affidare l'impegno e l'attività della Confederazione all'intercessione della Beata Vergine Maria della Visitazione e di San Martino de Porres, che della Confederazione stessa sono i celesti Patroni, imparto a Lei, venerato Fratello, e a tutti i componenti una speciale Benedizione Apostolica.

Da Castel Gandolfo, 16 settembre 2004

*Ioannes Paulus II*

---

### **Status giuridico-canonico di *Caritas Internationalis*.**

L'esercizio della carità verso il prossimo è parte essenziale del messaggio cristiano. Il Romano Pontefice ha voluto iniziare la lettera con la quale conferisce un nuovo statuto giuridico a *Caritas Internationalis* ricordando appunto il comandamento dell'amore: «che vi amiate gli uni gli altri, come io vi ho amati» (Gv 13,34). La realizzazione pratica di questo comandamento si articola in molteplici modi a tutti i livelli della vita della Chiesa, da quello personale a quello associativo, da quello spirituale a quello ecclesiologico e pastorale, ecc. Per quanto riguarda l'interesse del giurista, vivere la carità verso gli altri pone sempre delle domande di giustizia che richiedono interventi giurisdizionali di diverso tipo: organizzativi, legislativi, giudiziari, ecc.<sup>(1)</sup> L'ufficio del Romano Pontefice, vescovo di Roma, capo del collegio episcopale e titolare anche individuale della suprema autorità nella

---

(1) Per alcuni risvolti di questo interesse giuridico nell'esercizio della carità da parte dei cristiani, cfr. J. MÍNAMBRES (a cura di), *Volontariato sociale e missione della Chiesa*, Roma 2002.

Chiesa<sup>(2)</sup>, fa costante riferimento al comandamento della carità, in tutte le espressioni dell'ufficio e in tutte le sfaccettature del comandamento stesso. Fra i diversi modi di attuare il governo pastorale della Chiesa universale, spetta all'ufficio petrino il coordinamento delle attività che riguardano la missione affidatale da Cristo<sup>(3)</sup>. In questo quadro generale va letto l'intervento di Giovanni Paolo II nella lettera del settembre 2004, che accoglie «la richiesta esplicitamente fatta» (n. 3).

### 1. *Alcuni spunti storici.*

Com'è noto, *Caritas Internationalis* trae origine dalla percepita necessità di coordinamento a livello sopra-nazionale dell'operato delle diverse istanze nazionali sorte a partire dagli ultimi anni del XIX secolo. Dopo le prime riunioni nella conferenza che dal 1928 era conosciuta come *Caritas Catholica*, nel 1951, per iniziativa della Segreteria di Stato e concretamente di Mons. Montini (poi Paolo VI), ottenne il primo riconoscimento degli statuti e una prima strutturazione organica. Confluivano nel nuovo soggetto i rappresentanti delle *Caritas* nazionali di Austria, Belgio, Canada, Danimarca, Francia, Germania, Italia, Lussemburgo, Olanda, Portogallo, Spagna, Stati Uniti e Svizzera<sup>(4)</sup>. Nel 1958 la Confederazione assunse la denominazione *Caritas Internationalis*. Nel 1976 acquistò la personalità giuridica civile nello Stato della Città del Vaticano<sup>(5)</sup>.

### 2. *Caritas Internationalis: una confederazione.*

Il chirografo pontificio, riprendendo quanto stabilito negli Statuti, definisce *Caritas Internationalis* come «una Confederazione di or-

---

(2) Le tre dimensioni dell'ufficio primaziale sono focalizzate come centrali per la comprensione dell'ufficio stesso da J.I. ARRIETA, *Diritto dell'organizzazione ecclesiastica*, Milano 1997, p. 220 ss.

(3) Si è soliti parlare di coordinamento in senso tecnico nella scienza dell'organizzazione per descrivere i rapporti fra soggetti dello stesso livello (in questo senso, nella Chiesa si parla di coordinamento fra titolari degli uffici episcopali: cfr. J.I. ARRIETA, *Diritto dell'organizzazione ecclesiastica*, Milano 1997, p. 166-167). Tuttavia, applicando la dottrina dell'organizzazione al diritto canonico, l'autore appena citato fa anche riferimento a un tipo di coordinamento che chiama *verticale o di sovraordinazione*, che vede realizzato per esempio in quello operato dal vescovo con i suoi vicari (can. 473) o nella riunione dei capi dicastero della Curia romana prevista dall'art. 22 della cost. ap. *Pastor bonus*, e che secondo noi potrebbe essere predicato anche dell'ufficio primaziale in molte sue attuazioni.

(4) Per i dati storici, cfr. <http://www.caritas.org> (in inglese, francese e spagnolo).

(5) Il testo del decreto di concessione della personalità giuridica del 1976 e il suo aggiornamento del 1995 sono pubblicati in <http://www.caritas.org>.

ganismi caritativi, in genere *Caritas* nazionali» (n. 2). La scienza giuridica conosce un tipo precipuo di confederazioni: le confederazioni di Stati, che sorgono dall'unione paritaria di soggetti sovrani di diritto internazionale che demandano ad un'istanza centrale, senza rinunciare alla loro autonomia, alcune funzioni pubbliche (soprattutto difesa, ordine pubblico interno, pace fra gli Stati membri, ecc.)<sup>(6)</sup>. Anche nel diritto sindacale è frequente l'uso della figura delle confederazioni, per garantire la maggiore autonomia possibile dei componenti e cercare nello stesso tempo la miglior tutela degli interessi comuni<sup>(7)</sup>.

Analogamente, *Caritas Internationalis*, senza togliere l'autonomia propria alle istanze che la conformano, assume il compito di favorire la collaborazione fra di esse mediante lo svolgimento di funzioni di animazione, di coordinamento e di rappresentanza (cfr. n. 2). La normativa codiciale canonica, infatti, è piuttosto scarna nel riferirsi alle confederazioni; le menziona a proposito dell'erezione di associazioni pubbliche, nel can. 313, e quando tratta le unioni di istituti di vita consacrata, nel can. 582. In nessun caso descrive la figura. Perciò riteniamo che i dati ricavati dalle altre branche del Diritto menzionate possano servire a fissarne i connotati essenziali. E per quanto riguarda il quadro normativo applicabile alla *Caritas*, occorre comunque far riferimento agli statuti e al regolamento che il Papa ha confermato (cfr. n. 3). Il primo articolo degli Statuti definisce *Caritas Internationalis* come una confederazione internazionale di organismi cattolici per l'azione caritatevole e sociale. All'articolo terzo precisa di più la posizione dei suoi membri<sup>(8)</sup> e conferma la sua natura *confederativa*: organismi autonomi, su posizioni paritarie, si aggregano in *Caritas Internationalis* per ottenere alcuni risultati comuni senza rinunciare alla loro autonomia.

---

<sup>(6)</sup> Cfr. G. LUCATELLO, *Confederazione di Stati*, in «Enciclopedia giuridica» VIII, Roma 1988; P. BISCARETTI DI RUFFIA, *Confederazione di Stati*, in «Enciclopedia del diritto» VIII, Milano 1961, p. 854-856.

<sup>(7)</sup> Cfr. F. GUIDOTTI, *Confederazione sindacale*, in «Enciclopedia del diritto» VIII, Milano 1961, p. 844-854.

<sup>(8)</sup> Ecco il testo dell'articolo in spagnolo: «Pueden ser miembros de Caritas Internationalis (...) las organizaciones de caridad de carácter nacional existentes en cada país, aprobadas por los Episcopados respectivos y habilitadas para representar a todas las organizaciones caritativas de la nación, así como las organizaciones católicas nacionales habilitadas por sus Conferencias Episcopales respectivas, o internacionales reconocidas por la Santa Sede, y que se consagran a una acción caritativa al servicio de la promoción humana y del desarrollo. Cuando aún no exista en un país un organismo representativo de todas las obras caritativas de la nación, varias organizaciones caritativas de carácter nacional pueden, a propuesta de su Episcopado, ser elegidas miembros de Caritas Internationalis. Cada país dispone, en Caritas Internationalis, de un solo voto» (<http://www.caritas.org>).

### 3. *Il conferimento della personalità giuridica canonica pubblica.*

Oggetto precipuo del documento pontificio è il conferimento di personalità giuridica canonica alla confederazione già esistente, vale a dire la trasformazione della persona giuridica civile in persona giuridica canonica di natura pubblica. Sono qui incluse due questioni diverse: da una parte, la *trasformazione* dei soggetti giuridici; dall'altra, la questione, più studiata anche se non per ciò più chiara, sulle conseguenze giuridiche della natura *pubblica* della personalità acquistata.

#### a) *La trasformazione dei soggetti giuridici.*

La legge canonica regolamenta la via per l'acquisto della personalità giuridica da parte degli enti di natura associativa (cfr. cann. 116 § 2, 117, 301, ecc.) e dà anche delle indicazioni riguardanti la personalità di quelli di natura fondatizia. Ma la figura della *trasformazione* dello stesso soggetto non è prevista dai canoni del Codice<sup>(9)</sup>. I canoni 120 e seguenti del CIC regolamentano solamente l'estinzione, l'unione o la divisione delle persone giuridiche, e cioè la sparizione o la comparsa di nuovi soggetti nell'ordinamento giuridico. Il legislatore non ha preso in considerazione l'eventualità di cambiamenti dello stesso soggetto, ad esempio da associativo a fondatizio o da privato a pubblico, ecc. Ha previsto soltanto la possibilità di estinzione di uno o diversi soggetti e la nascita di altri.

Nella fattispecie della *Caritas Internationalis* che ora ci occupa, si potrebbe ritenere, in modo alquanto formalistico, che il chirografo crei un nuovo soggetto canonico prima inesistente perché non dotato di personalità giuridica nell'ordinamento della Chiesa. Ma si può veramente dire che un soggetto giuridico nato dalla necessità di coordinamento internazionale di una buona parte dell'azione pastorale della Chiesa, incoraggiato da ufficiali della Segreteria di Stato vaticana, con sede in un palazzo che ospita diversi enti della Curia romana...; si può dire che un tale soggetto non esista nell'ordinamento della Chiesa?<sup>(10)</sup> Sembra necessario riconoscere che l'atto pontificio *trasforma* un sog-

<sup>(9)</sup> Cfr. G. LO CASTRO, *Commento al can. 121*, in «Comentario exegético al Código de Derecho canónico» I, Pamplona 1996, p. 810-813.

<sup>(10)</sup> È molto interessante e sempre più abbondante la dottrina sui soggetti non personificati nell'ordinamento canonico. Cfr., ad es., M. CONDORELLI, *Destinazione di patrimoni e soggettività giuridica nel diritto canonico (contributo allo studio degli enti non personificati)*, Milano 1964; G. LO CASTRO, *Il soggetto e i suoi diritti nell'ordinamento canonico*, Milano 1985; V. PRIETO, *Iniciativa privada y subjetividad jurídica*, Pamplona 1999; A.M. PUNZI NICOLÒ, *Libertà e autonomia negli enti della Chiesa*, Torino 1999; ecc.

getto già esistente, conferendogli nuovo *status* giuridico nella Chiesa, piuttosto che *originare* un nuovo soggetto di diritto. Si pone qui la questione della soggettività degli organismi o enti pubblici ecclesiastici non dotati di personalità giuridica (si pensi, ad esempio, ai diversi istituti pastorali nati in seno alle conferenze episcopali, ecc.). Certamente, il loro *status* giuridico è molto diverso da quello dei soggetti senza personalità che muovono nell'ambito associativo o in quello delle fondazioni (se si ammette la possibilità di esistenza di *universitas rerum* senza personalità nell'ordinamento canonico). Diversità di posizione giuridica che apre un interessante campo alla ricerca, e ripropone questioni teoriche quali, ad esempio, la distinzione fra pubblico e privato nell'ordinamento canonico, la responsabilità dei pastori nei confronti dei diversi soggetti che a volte si pongono come espressioni dell'autorità ecclesiastica, agli obblighi giuridici cui alcuni di questi soggetti possono sottostare, ecc.

b) *Conseguenze giuridiche della personalità canonica pubblica.*

Il conferimento della personalità giuridica canonica pubblica implica che *Caritas Internationalis* diventa anche giuridicamente espressione dell'agire della Chiesa: «le persone giuridiche pubbliche (...) a nome della Chiesa compiano (...) il proprio compito, loro affidato in vista del bene pubblico» (can. 116). Cosa significhi agire *nomine Ecclesiae* è uno degli interrogativi sollevati dalla legislazione canonica latina a cui è più difficili rispondere concretamente, soprattutto se si considera che la Chiesa non può essere ridotta a mera istituzione, o a espressione di potere, o a pura organizzazione. Vi è sempre la dimensione comunitaria che rende molto meno evidenti i confini della sua azione (in fondo, ogni azione di un fedele, da una certa prospettiva è azione della Chiesa)<sup>(11)</sup>. Tuttavia, lungo la legislazione canonica è dato trovare esplicitazioni delle conseguenze della qualifica di persona pubblica che in alcuni casi potrebbero essere riportate all'esigenza di agire «a nome della Chiesa».

1. *Nell'organizzazione interna dell'ente.* Per quanto riguarda le esigenze organizzative interne dell'ente eretto in persona giuridica pubblica (in realtà la norma riguarda propriamente le associazioni pubbliche, ma l'analogia consente l'estensione a tutte le persone giuridiche pubbliche<sup>(12)</sup>), l'autorità ecclesiastica ha un intervento deter-

(11) Cfr. G. LO CASTRO, *Commento al can. 116*, in «Comentario exegético al Código de Derecho canónico» I, Pamplona 1996, p. 793-794.

(12) Sull'uso dell'analogia in diritto canonico, cfr. C.J. ERRÁZURIZ M., *Circa l'equiparazione quale uso dell'analogia in diritto canonico*, in «Ius Ecclesiae» 4 (1992) 215-224.

minante nella nomina delle cariche più importanti: il moderatore e il cappellano o l'assistente ecclesiastico (cfr. can. 317 § 1). La lettera di Giovanni Paolo II al Presidente di *Caritas Internationalis* raccoglie questa previsione della norma del Codice, apportando delle peculiarità già presenti in un protocollo addizionale agli Statuti<sup>(13)</sup>: gli elenchi dei candidati alle cariche di Presidente e Segretario Generale devono essere approvati dal Romano Pontefice prima di essere proposti al voto dell'Assemblea Generale. L'assistente ecclesiastico è nominato dalla Santa Sede (cfr. n. 3). Inoltre, il can. 318 § 2 prevede la possibilità di rimozione del moderatore di una associazione pubblica per giusta causa e dopo aver sentito l'interessato e gli ufficiali dell'associazione, da parte della stessa autorità che interviene nella nomina.

2. *Nella composizione soggettiva dell'ente.* L'erezione in persona giuridica pubblica si riflette anche sulla composizione degli enti associativi: il can. 316 § 1 stabilisce che « non può essere validamente accolto nelle associazioni pubbliche chi ha pubblicamente abbandonato la fede cattolica, chi si è allontanato dalla comunione ecclesiastica e chi è irretito da una scomunica inflitta o dichiarata »; e il secondo paragrafo dello stesso canone aggiunge che deve essere dimesso dall'associazione chi viene a trovarsi in una delle situazioni precedentemente descritte dopo essere stato legittimamente accolto. Queste determinazioni sono estremamente congruenti con la norma che richiede alle persone giuridiche pubbliche di agire *nomine Ecclesiae*. Come può agire a nome della Chiesa chi l'ha abbandonata formalmente o se n'è allontanato o è stato scomunicato? Quanto stabilito dal can. 316 mette nelle mani dell'autorità di riferimento della persona giuridica pubblica (cfr. can. 312) la possibilità di rivedere gli eventuali ricorsi riguardanti queste problematiche. Implicitamente, quanto stabilito dalla norma fa gravare sulla stessa autorità la responsabilità di vigilare perché la composizione dell'ente eretto in persona giuridica pubblica sia congruente con l'agire *nomine Ecclesiae*. Applicato analogamente alla *Caritas Internationalis*, la concessione della personalità giuridica pubblica mette nelle mani della Santa Sede, attraverso il Pontificio Consiglio « Cor Unum » (cfr. n. 4) gli strumenti per meglio garantire la comunione di ciascuna *Caritas* nazionale nell'adempimento della sua missione. La lettera del Papa riassume questo compito del dicastero curiale stabilendo che « contribuirà a mantenere vivo lo spirito ecclesiale nella Confederazione e (...) vigilerà perché l'attività dei Membri (...) si realizzi in collaborazione con le Chiese locali » (n. 4).

---

(13) Il testo del protocollo del 16 maggio 2002 è pubblicato in <http://www.caritas.org>.

3. *Nel controllo dell'attività dell'ente.* La personalità giuridica pubblica implica anche un maggiore controllo dell'attività dell'ente da parte dell'autorità, che può arrivare sino alla designazione di un commissario in circostanze speciali (cfr. can. 318 § 1). In questo senso vanno interpretate le determinazioni del chirografo riguardanti l'informazione al Pontificio Consiglio sulle iniziative della Confederazione e la partecipazione di diritto del Consiglio stesso alle riunioni degli organi confederali e a quelle che coordinano le attività promosse dalla *Caritas Internationalis* (cfr. n. 4). Per lo stesso motivo è richiesto di «sottoporre al Pontificio Consiglio *Cor Unum*, prima della loro pubblicazione, i testi di orientamento che (*Caritas Internationalis*) intende emanare» (n. 4). Inoltre, «per la sua attività a livello internazionale (...) farà riferimento alla Segreteria di Stato» e «per questioni specifiche (...) agirà in collaborazione anche con altri Dicasteri della Curia Romana» (n. 5).

4. *Nella gestione dei beni temporali.* I beni intestati a *Caritas Internationalis* diventano ora beni ecclesiastici<sup>(14)</sup>, perché appartenenti ad una persona giuridica canonica pubblica (cfr. can. 1257), e devono essere amministrati «in nome della Chiesa, a norma del diritto» (can. 1282). In primo luogo, essi vengono vincolati in modo particolare all'ufficio del Romano Pontefice, che ne è il supremo amministratore (cfr. can. 1273)<sup>(15)</sup>. Il cambiamento di natura dei beni impone anche alcuni obblighi specifici, tra i quali spiccano quello di presentare il rendiconto annuale all'Ordinario (cfr. can. 1287) e un particolare rendiconto delle offerte ed elemosine (cfr. can. 319 § 2), quello di seguire i criteri generali per l'amministrazione dei beni ecclesiastici (cfr. can. 1284), delle limitazioni alle alienazioni (cfr. cann. 1291 ss.), ecc. Da un'altra prospettiva, i beni stessi sono protetti da peculiari norme sulla prescrizione (cfr. cann. 1269 e 1270)<sup>(16)</sup>, e *Caritas Internationalis*

(14) Cfr. J. MIÑAMBRES, *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; A. PERLASCA, *Il concetto di bene ecclesiastico*, Roma 1997; V. DE PAOLIS, *I beni temporali della Chiesa. Canoni preliminari* (cann. 1254-1258) e due questioni fondamentali, in AA.VV., *I beni temporali della Chiesa*, Milano 1997, p. 9-41; ID., *Dimensione ecclesiale dei beni temporali destinati ai fini ecclesiali*, in «Periodica» 84 (1995) 77-103.

(15) Su questo argomento, vedi la recente *Nota* del PONTIFICIO CONSIGLIO PER I TESTI LEGISLATIVI, *La funzione dell'autorità ecclesiastica sui beni ecclesiastici*, in «Communicationes» 36 (2004) 24-32; pubblicata anche in «Ius Ecclesiae» 16 (2004). Vedi anche lo studio di F. SALERNO, *L'amministrazione dei beni: la funzione primaziale del Romano Pontefice*, in AA.VV., *I beni temporali della Chiesa*, Città del Vaticano 1999, p. 103-140.

(16) Cfr. fra gli altri, L. NAVARRO, *L'acquisto dei beni temporali. Il finanziamento della Chiesa*, in AA.VV., *I beni temporali della Chiesa*, Città del Vaticano 1999, p. 37-58.

può essere destinataria di fondazioni pie non autonome (cfr. can. 1303)<sup>(17)</sup>. Infine, cambia anche la destinazione dei beni dopo una sua eventuale estinzione: andranno ora «alla persona giuridica immediatamente superiore» (can. 123), vale a dire, alla Santa Sede, visto che gli Statuti non stabiliscono nulla in proposito.

\* \* \*

Il documento pontificio, dunque, rafforza l'inserimento ecclesiale di ambito universale della *Caritas Internationalis* mostrando meglio la sua natura di strumento della pastorale della carità della Chiesa. Ottiene così un maggiore e migliore inserimento dell'attività caritatevole al livello universale nelle Chiese locali, in quanto richiama l'ufficio primaziale. In fine conferisce alla confederazione uno *status* giuridico indubbiamente più consono alle sue origini e alle finalità che si propone, e rende più efficienti le sue istanze di coordinamento di iniziative in tutte le parti del mondo.

Jesús Miñambres

---

<sup>(17)</sup> Cfr. P.G. MARCUZZI, *Le fondazioni pie*, in AA.VV., *I beni temporali della Chiesa*, Città del Vaticano 1999, p. 225-264; A. SOLS LUCIA, *La fundación pia no autónoma en el actual CIC*, in «Revista española de derecho canónico» 50 (1993) 519-552.

## ATTI DELLA SANTA SEDE

PONTIFICIO CONSIGLIO PER I TESTI LEGISLATIVI, **Nota circa la validità di matrimoni civili celebrati nel Kazakhstan nel periodo comunista**, 13 maggio 2003, in *Communicationes*, 35 (2003), pp. 197-210.

Il quesito posto dall'Amministratore Apostolico di Almaty è il seguente: «Se la Chiesa cattolica possa riconoscere il matrimonio civile di battezzati nella Chiesa russo-ortodossa come matrimonio valido non sacramentale, come lo considererebbe la Chiesa ortodossa».

1. Da quanto esposto dall'Amministratore Apostolico, nella sua lettera del 7 febbraio 2003, si evince che si tratta di una problematica più complessa, cioè:

a) di matrimoni contratti civilmente tra persone non battezzate, se *entrambi* hanno successivamente ricevuto il battesimo nella Chiesa ortodossa;

b) di matrimoni contratti civilmente tra persone non battezzate, se *uno* dei coniugi si converte all'ortodossia e viene battezzato nella Chiesa ortodossa;

c) di matrimoni contratti civilmente tra non battezzati, se *nessuno* di essi si battezza e uno, ottenuto il divorzio, attenta un nuovo matrimonio con parte battezzata cattolica o ortodossa;

d) di matrimoni contratti civilmente tra ortodossi ove non fu possibile avere un sacerdote.

2. L'Amministratore Apostolico precisa nella sua lettera che i casi riguardano i matrimoni contratti nel periodo comunista, cioè prima del 1991.

Perciò, prima di rispondere ai quesiti è importante conoscere, almeno in linea di massima, l'ambito socio-culturale del vasto territorio del Kazakhstan (2.717.300 kmq - otto volte l'estensione dell'Italia), con i vari problemi per la stabilità del matrimonio ivi derivanti da tutto un complesso di culture, tradizioni, religioni diverse che si incontrano in quei tempi di cristianizzazione nell'intimità del matrimonio e delle famiglie.

Nel 1991 si contava una popolazione di circa 16.544.000, di cui 40% russi, 36% kazaki, 12% uzbeki, 6% ucraini, 2.5% tedeschi. Religione dominante è l'islam sunnitico. Il più grande numero di cri-

stiani è costituito da russo-ortodossi. La grande maggioranza dei 200.000 cattolici è di rito latino (tedeschi). Nel 1920 il Kazakhstan è stato annesso alla Russia e quale «Repubblica autonoma dei Kazakhstan» faceva parte dell'Unione Sovietica fino all'indipendenza nel 1991. In quel periodo le popolazioni del Kazakhstan hanno vissuto una vertiginosa riforma del diritto matrimoniale e familiare contenente una spiccata tendenza a liberarlo dalle tradizioni per porre fine ai residui di intolleranza religiosa che nel sistema marxista non trovava più tolleranza.

Essendo il problema dei casi matrimoniali prospettati dall'Amministratore Apostolico connesso con la legislazione civile, è necessario conoscere il sistema del matrimonio civile obbligatorio sovietico introdotto nel Kazakhstan nel 1920. In applicazione dei principi della dottrina marxista-leninista secondo il primo Codice della Famiglia (1918) per contrarre matrimonio era sufficiente e necessaria la sola registrazione del matrimonio presso l'ufficio dello stato civile. Il codice proclamava negli articoli 86-87 una illimitata libertà di divorzio con la semplice dichiarazione davanti all'ufficiale dello stato civile. Dal 1926 il codice attuava in pratica, secondo il programma comunista, la piena liberalizzazione e privatizzazione del matrimonio e il passaggio dell'educazione dei figli alla società. La stipulazione del matrimonio e il suo scioglimento furono rimessi alla privata volontà dei contraenti. Il «matrimonio di fatto» era equiparato a quello con registrazione in quanto funzionale nell'eventuale difesa dei diritti dei coniugi e dei figli. Questo ordinamento matrimoniale mirava alla totale scristianizzazione e destatalizzazione del matrimonio e quindi all'introduzione dell'amore libero secondo l'idea dei teorici del marxismo. Ma dopo soli 10 anni questo sistema legislativo mise in evidenza le preoccupanti conseguenze del rilassamento dei costumi. Perciò, con legge dell'Unione del 27 giugno 1936, divenne nuovamente obbligatoria la registrazione del matrimonio e la libertà di divorzio arbitrario fu abolita. E nel 1944, al divorzio fino allora ottenuto solo davanti agli organi amministrativi, subentrò il solo sistema dei divorzi giudiziali per la ragione che «questi hanno un'importanza per l'educazione delle popolazioni al rispetto del matrimonio e della famiglia secondo i principi della morale comunista»<sup>(1)</sup>.

Per la convalida dei presupposti della legislazione dell'URSS e delle Repubbliche dell'Unione, fu promulgata la Legge fondamentale sul matrimonio e la famiglia del 27 giugno 1968 con la quale la prima volta nell'Unione Sovietica è stata unificata la parte essenziale e più importante del diritto matrimoniale.

L'art. 1 enumera i seguenti compiti del diritto di famiglia sovietico:

---

(1) Risoluzione del Soviet Supremo del 16 sett. 1949.

- rafforzare ulteriormente la famiglia sovietica che poggia sui principi della morale comunista;
- educare i figli in organico coordinamento con l'educazione sociale nello spirito di devozione alla patria e alla concezione comunista;
- eliminare definitivamente gli anacronismi dannosi e le tradizionali cattive abitudini relative alla vita familiare.

Questa legge fondamentale vincolante in tutte le parti essenziali anche nelle Repubbliche unite, contiene delle modifiche che riportano ad una linea moderata liberale. La celebrazione del matrimonio avviene davanti all'ufficiale di stato civile, trascorso un mese dalla richiesta degli sposi. Elemento costitutivo è solo la registrazione che è obbligatoria nell'interesse della società e degli stessi coniugi e dei figli<sup>(2)</sup>. Non è prescritta la presenza di testimoni. È escluso il matrimonio per procura come pure il matrimonio in qualsiasi forma straordinaria in territori lontani da organi dello stato civile<sup>(3)</sup>.

Il divorzio è consentito in due forme:

- divorzio per via amministrativa dichiarato dagli organi di stato civile: su richiesta concorde di entrambi i coniugi, purché non abbiano dal matrimonio figli minorenni; su richiesta di un coniuge, se l'altro è stato dichiarato irreperibile o se è stato intedetto per infermità di mente o condannato a pena detentiva per almeno tre anni<sup>(4)</sup>. La registrazione del divorzio avviene dopo tre mesi.

- divorzio giudiziario, su richiesta di uno dei coniugi. La sentenza è pronunciata se i giudici hanno constatato l'impossibilità della continuazione della vita coniugale che non possa essere nell'interesse dei coniugi e dei figli<sup>(5)</sup>.

Queste normative essenziali erano recepite nel Codice sul matrimonio e la famiglia della Repubblica socialista sovietica dei Kazakhstan, in vigore dal 1° gennaio 1970. In seguito all'indipendenza del Kazakhstan (16 dicembre 1991), questo Codice ha subito diverse modifiche ispirandosi ai principi sanciti nella nuova Costituzione del 28 gennaio 1993.

L'art. 14 del Codice sul matrimonio e la famiglia del 1991 conserva il concetto del matrimonio sovietico con quella illimitata libertà di divorzio che deriva dai principi dottrinali del Marxismo, secondo i quali: «il matrimonio è giustificato moralmente se è fondato sull'amore sessuale e fintanto che dura. La fine dell'attrazione reciproca sessuale rende necessaria la separazione»<sup>(6)</sup>. Il codice riconferma l'im-

(2) Art. 6.

(3) Art. 9.

(4) Art. 14, 8.

(5) Cfr. J. PRADER, *Il matrimonio nel mondo*, 2 ed., Padova, 1986, 605-610.

(6) Cfr. ENGELS, *L'origine della Famiglia e dello Stato*, Berlino, 1949, 7.

portante norma che il matrimonio deve essere contratto davanti all'ufficiale di stato civile con il libero consenso delle persone. A norma dell'art. 161 le parti devono presentare all'ufficio di stato civile del luogo di residenza di almeno uno dei contraenti la documentazione da cui risulti la libertà da impedimenti e che siano informati circa la loro salute, e devono indicare quante volte abbiano contratto matrimonio e quanti siano i figli. Dopo che l'ufficiale abbia spiegato loro i diritti e doveri dei coniugi e chiesto il loro libero consenso segue la registrazione<sup>(7)</sup>. È considerato inesistente il matrimonio che non è registrato o che è stato contratto davanti a persona non autorizzata o in qualsiasi forma religiosa. La legislazione non tiene conto del consenso quale elemento costitutivo del matrimonio, ma solo nel senso della libertà di contrarre matrimonio agli effetti del riconoscimento civile con la registrazione. Si tratta di una volontà formale che si esprime con l'adesione a quelli che sono gli effetti civili del matrimonio appena registrato. Nel nuovo codice della famiglia è riconfermata anche la legislazione del divorzio nelle due forme, cioè il divorzio davanti all'ufficiale civile e il divorzio giudiziale<sup>(8)</sup>. Il codice non contiene motivi specifici di divorzio (ad esempio separazione di fatto o motivi di colpa). Criterio generale di norma è la volontà, di entrambi o di uno solo dei coniugi, di porre fine al matrimonio. Nel divorzio giudiziale il giudice tenta la riconciliazione dei coniugi concedendo loro un mese di ripensamento. Se non si sono conciliati, il matrimonio viene sciolto con sentenza di divorzio su volere di una sola parte che dichiara di non voler continuare il matrimonio<sup>(9)</sup>. Si conserva quindi nella legislazione un concetto di matrimonio basato su un amore totalmente libero che apre le porte ad un facile divorzio e a nuovo matrimonio tra divorziati, trascorsi solo alcuni mesi dalla celebrazione del primo.

3. Da quanto esposto appare quale influsso nefasto abbia avuto la legislazione matrimoniale e familiare basata sull'ideologia marxista del libero amore negli Stati dell'Europa orientale. L'esito inevitabile della concezione scristianizzata, liberale e individualistica del matrimonio ha creato un vuoto nei cuori degli uomini. I matrimoni e la famiglia derubati dalla fede in Dio hanno perso il senso dell'amore fedele ed esclusivo e finiscono nelle separazioni, nei divorzi e in nuove unioni tra divorziati. Questa cultura di facili divorzi sovietici formatasi nelle varie generazioni della popolazione ha creato nelle persone un errore fondamentale riguardo al matrimonio legittimo naturale e al matrimonio sacramentale. Quando queste persone divorziate si presentano alla Chiesa con l'inten-

---

(7) Art. 164.

(8) Artt. 35-40.

(9) Art. 39.

zione di contrarre nuovo matrimonio con parte cattolica, sorge il problema della validità del precedente matrimonio contratto sia civilmente, sia in altra forma non cattolica tra non battezzati o tra una parte battezzata ortodossa e una non battezzata. La Chiesa è competente a giudicare sulla validità o meno di matrimoni contratti tra non cattolici, battezzati o non battezzati, se uno di questi desidera contrarre nuovo matrimonio con una parte cattolica<sup>(10)</sup>. Anche i non cattolici sono legittimati a chiedere all'autorità competente della Chiesa cattolica la dichiarazione di nullità del matrimonio<sup>(11)</sup>. Il divorzio civile è senza efficacia davanti alla Chiesa cattolica che mai ha riconosciuto e mai potrà riconoscere, in simili casi, la validità di sentenze di divorzio e il matrimonio di divorziati.

Tuttavia, la Chiesa ha l'obbligo di venire incontro ai nubendi esaminando il problema del loro matrimonio precedente coi seguenti criteri:

a) Qualora risultasse che il matrimonio è stato contratto validamente tra non battezzati o tra un battezzato e un non battezzato, il matrimonio può essere sciolto nel primo caso per privilegio paolino<sup>(12)</sup> e nel secondo dal Romano Pontefice *ex privilegio fidei*, purché lo stesso matrimonio non sia stato consumato dopo il battesimo di entrambi<sup>(13)</sup>.

b) Nell'esame della validità o nullità del matrimonio contratto tra non cattolici si deve conoscere quale sia il diritto dal quale è regolato il matrimonio in concreto.

c) Prima di ogni altra legge, tutti i matrimoni sono sempre regolati dal diritto divino, naturale o positivo, di cui depositaria e interprete è la Chiesa. Oltre alla legge divina, ciascun matrimonio è necessariamente regolato anche dal diritto umano. Dato che l'unione matrimoniale fra un uomo e una donna potrebbe essere valida o nulla, nella mancanza di una prova certa della validità del matrimonio è da osservarsi il principio enunciato nel can. 1060 CIC che «nel dubbio si deve ritenere valido il matrimonio, finché non sia provato il contrario». È questo un principio fondato sul diritto naturale e pertanto applicabile anche al matrimonio tra non cattolici battezzati o non battezzati.

d) Fino a che non consti con certezza morale della nullità del matrimonio le parti devono essere considerate come veri coniugi. Pertanto, se uno di essi passasse dopo il divorzio a un secondo matrimonio, in virtù del can. 1060 CIC deve essere dichiarato nullo, purché la

---

(10) Cann. 1671-1691 CIC.

(11) Cann. 1671 e 1674, 1° CIC.

(12) Cann. 1143 CIC ss.

(13) Questa potestà del Romano Pontefice è confermata e regolata nelle nuove *Norme per lo scioglimento dei matrimoni in favore della fede* della Congregazione per la Dottrina della Fede, del 30 aprile 2001, approvate dal Santo Padre.

causa sia definita secondo procedura giudiziaria nelle dichiarazioni di nullità<sup>(14)</sup>.

e) Il favore della validità del matrimonio cade appena consti, con certezza morale, che la celebrazione non è mai avvenuta o che rimase senza efficacia per la mancanza di qualcuno dei requisiti dovuti in conformità al diritto umano cui erano tenuti i contraenti.

Ciò premesso si può tentare di dare una risposta ai quesiti posti.

4. (Ad 1a): *Il matrimonio contratto civilmente fra due coniugi non battezzati che poi si convertono all'ortodossia e ricevono il battesimo nella Chiesa russo-ortodossa.*

a) Il matrimonio tra non battezzati è regolato, per quanto riguarda i requisiti di sostanza e della forma di celebrazione, insieme al diritto divino, dal diritto civile nazionale o dalle consuetudini legalmente sancite dal diritto cui sono soggette le parti contraenti. Dato come certo questo principio insegnato in dottrina e applicato nella giurisprudenza rotale, il tribunale competente della Chiesa cattolica, su istanza di un coniuge, può accertare e decidere circa la nullità del matrimonio, quando è constatato con certezza morale che è mancato al momento della celebrazione del matrimonio civile un presupposto per la validità del medesimo. In qualche caso raro e chiaro, in determinate circostanze potrebbe essere riconosciuta dalla Chiesa una semplice dichiarazione di nullità pronunciata dal tribunale civile<sup>(15)</sup>.

b) Un problema si presenta, se due non battezzati validamente uniti in matrimonio civile ricevono poi il battesimo cattolico o non cattolico. Si pone il quesito, se con il sopraggiungere del battesimo di ambedue i coniugi, il loro matrimonio diviene automaticamente sacramento in virtù del battesimo. Casi di questo tipo sono divenuti frequenti nei Paesi dell'Europa orientale dopo il crollo del comunismo.

c) Nella Chiesa cattolica sia latina che orientale, l'opinione più comune e più probabile seguita nella giurisprudenza e nella prassi pastorale ritiene che il matrimonio validamente contratto tra due non battezzati, diviene sacramento automaticamente in virtù del battesimo di entrambi, anche nel caso in cui i coniugi siano già separati prima di ricevere il battesimo, poiché con il successivo battesimo essi sono uniti, anche senza saperlo. Dal momento del battesimo di entrambi i coniugi, il matrimonio deve essere considerato come «rato e consumato», se i coniugi dopo il battesimo sono stati uniti nell'atto coniugale<sup>(16)</sup>.

<sup>(14)</sup> Cfr. *Resp. Pont. Comm. Interpr.*, 26 giugno 1947: *AAS*, 39, 1947, 374.

<sup>(15)</sup> Pio XII, *Discorso alla Rota Romana*, 6 ottobre 1946: *AAS*, 36, 1946, 395.

<sup>(16)</sup> Cfr. X. WERNZ-VIDAL, *Ius Canonicum*, t. V, 3. ed. 1946, n. 41; F. CAPPELLO, *Tractatus canonicus-moralis de Sacramentis*, 7 ed. 1961, n. 35; P. ADNES, *De matrimonio*

È dottrina cattolica, costantemente insegnata nel magistero ecclesiastico che la sacramentalità del matrimonio tra battezzati non è una qualità aggiunta al contratto, da cui nasce il vincolo naturale, ma è ad esso così inerente da non poter essere separato<sup>(17)</sup>. È lo stesso contratto coniugale, il mutuo consenso delle parti, legittimamente espresso, già esistente nell'ordine della natura, che, se rimasto integro, diviene sacramento tra battezzati<sup>(18)</sup>. Perciò gli stessi sposi sono i ministri del sacramento: ciò spiega anche il matrimonio contratto in forma straordinaria nei casi previsti dalla legge canonica<sup>(19)</sup>.

d) Nelle Chiese orientali non cattoliche di rito bizantino la situazione è diversa. A partire dalla Novella 89 di Leone il Filosofo (a. 895) la benedizione nuziale del sacerdote è richiesta non soltanto agli effetti della prova del matrimonio, ma è da considerarsi elemento costitutivo del matrimonio assieme al consenso<sup>(20)</sup>.

Tuttavia, fino al secolo XIX, nella Chiesa russo-ortodossa non era opinione prevalente che la benedizione nuziale del sacerdote fosse, assieme al consenso, elemento costitutivo del matrimonio e che il sacerdote fosse il ministro del sacramento<sup>(21)</sup>.

*infidelium qui convertuntur*, in *Periodica*, 67 (1978), 73-80; A. ABATE, *Il matrimonio nella nuova legislazione matrimoniale*, Roma, 1985, 328-329.

<sup>(17)</sup> Can. 1055 § 2 CIC.

<sup>(18)</sup> Can. 1057 § 1 CIC.

<sup>(19)</sup> Can. 1116 CIC; can. 832 CCEO.

<sup>(20)</sup> Cfr. A. HERMAN, *De benedictione nuptiali quid statuerit ius byzantinum, sive ecclesiasticum, sive civile*, in *OCP*, IV, 1938, 211: «Extra dubium manet quoque quod sine benedictione matrimonium prorsus nullum sit et benedictio non solum ad probandum matrimonium, ut in Ecloga, sed ad constituendum matrimonium requiritur». Il grande canonista bizantino, Balsamone (+ 1195) scrive nel suo commento al c. 26 di Basilio: «Hodie matrimonium non solo consensu consistere, sed nisi praecesserit benedictio, neque matrimonium consistere»: *PG* 138, 673. Da questa normativa si spiega che per la costituzione del sacramento del matrimonio si considera necessaria la benedizione nuziale del sacerdote. Il Patriarca ecumenico Metrophanes di Costantinopoli scrive nella sua lettera pastorale, anno 1569: «Que le mariage soient l'un des sept sacrements de l'Eglise, la chose est evidente ... Il est clair, en outre, qu'il n'y pas de mariage sans le consentement des contractants ... D'ailleurs, il y a un signe distinctifs, du mariage, c'est que, des nos jours, le simple consentement ne fait pas le mariage, sans la bénédiction du prêtre ... Voilà donc quels sont les éléments constitutifs du mariage, à défaut desquels, dans Notre Grande Eglise Catholique du Christ de Constantinople, le mariage n'est pas du toute constitué. Quant a l'union tout court qui a lieu sans la bénédiction du prêtre, ce n'est pas un mariage, mais une fornication patente; un abîme, pour les chrétiens orthodoxes, sépare cette union du sacrement de mariage», in *Fonti CICO*, Ser. II, Fasc. IV, *Patriarchatus Constantinopolitani Acta selecta*, Roma 1967, p. 127.

<sup>(21)</sup> Secondo il Codice di Diritto Ecclesiastico russo ortodosso, *Korm\_aja Kniga*, ed. 1650, il sacramento del matrimonio consiste unicamente nel consenso delle parti ma-

Solo dalla fine del secolo XIX è dottrina comunissima nella Chiesa russo-ortodossa che non vi è sacramento del matrimonio senza la benedizione del sacerdote<sup>(22)</sup>. Il noto teologo russo-ortodosso P. Evdokimov scrive che non vi è sacramento del matrimonio senza la partecipazione del sacerdote quale ministro del sacramento del matrimonio. Gli sposi non possono in nessun caso e in nessun senso essere ministri del sacramento<sup>(23)</sup>. Questa normativa è obbligatoria nelle circostanze ordinarie, cioè se due battezzati ortodossi celebrano il matrimonio.

La situazione è alquanto diversa, se due non battezzati o una parte non battezzata e una protestante uniti nel solo matrimonio civile si convertono alla Chiesa russo-ortodossa, ricevono il battesimo unitamente alla cresima e la santa comunione. Le Chiese ortodosse di rito bizantino riconoscono la validità dei matrimoni contratti tra eterodossi o non battezzati che poi si convertono all'ortodossia, purché siano stati contratti secondo il loro diritto proprio<sup>(24)</sup>.

Per il battesimo i coniugi sono uniti a Cristo e diventano membri della Chiesa. Il battesimo fa sì che il patto coniugale legittimo naturale è consacratorio poiché assunto nell'economia della salvezza. Ed è per questo che il matrimonio diviene immagine del mistero dell'unione tra Cristo e la Chiesa. Quando due non battezzati civilmente sposati si convertono all'ortodossia essi, unitamente al battesimo, ricevono anche la cresima e la comunione eucaristica. Nelle Chiese orientali è stata mantenuta questa unità temporale dei tre sacramenti dell'iniziazione anche nell'ammissione degli adulti nella Chiesa. Non segue una celebrazione del matrimonio con il rito sacro, poiché in forza di questi sacramenti dell'iniziazione il matrimonio legittimo viene trasfigurato in sacramento, in immagine dell'unione di Cristo con la sua Chiesa<sup>(25)</sup>. Quindi, questo matrimonio sacramentale ricade sotto le

---

nifestato davanti al sacerdote: « Res huius sacramenti in eo est quod vir et mulier honorabiliter sese unire volunt in communicatione nuptiarum, sine ullo impedimento legali. Forma, seu completio eius, sunt verba nupturientium, coram sacerdote consensum eorum internum manifestantia » (cfr. *Fonti*, Ser. II, Fasc. VII, *Textus selecti iuris ecclesiastici Russorum*, Romae 1944, n. 735; I. \_u\_ek, *Korm\_aja Kniga, Studies of the Chief Code of Russian Canon Law*, OCA, 168, 1064, 262 ss.

<sup>(22)</sup> Cfr. M. JUGIE, *Theologia dogmatica christianorum orientalium ab Ecclesia catholica dissidentium*, III, Paris 1930, 448, 456; J. ZHISMAN, *Das Eherecht der orientalischen Kirche*, Wien, 1864, 161; N. MILASCH, *Das Eherecht der morgenländischen Kirche*, Mostar, 1905, 64.

<sup>(23)</sup> Cfr. EVDOKIMOV, *Sacramento dell'amore*, Bergamo, 1966, 135.

<sup>(24)</sup> Cfr. J. ZHISMAN, *Das Eherecht ... cit.*, p. 162; M. SARUGA, *De notione et dissolutione necnon de fine matrimonii in Ecclesia serbica*, Torino, 1939, 58-59.

<sup>(25)</sup> Il teologo russo-ortodosso J. Meyendorff lo conferma quando scrive: « A non-orthodox couple, baptized if necessary, or only chrismated, or simply presenting their Confession of Orthodox faith, are not "re-married", because their acceptance to

norme cattoliche e se è «rato e consumato», cioè se la consumazione ha avuto luogo dopo il battesimo di ambedue, il matrimonio è assolutamente indissolubile. Se uno dei coniugi battezzati attenta nuovo matrimonio con una parte cattolica o acattolica, questo è nullo. Analoga è la situazione nella fattispecie analizzata al punto seguente.

5. (ad 1b). *Matrimonio civile fra non battezzati, dei quali uno si converte all'ortodossia e riceve il battesimo nella Chiesa russo-ortodossa.*

a) Se uno dei due coniugi riceve il battesimo nella Chiesa russo-ortodossa e il coniuge non battezzato vuole continuare a convivere con il coniuge battezzato, la Chiesa ortodossa riconosce il matrimonio a tutti gli effetti ecclesiastici, senza che i coniugi vengano obbligati a convalidare il matrimonio con il rito sacro. Se invece il coniuge non battezzato rifiuta di continuare la vita coniugale e di coabitare pacificamente con il coniuge battezzato, è applicabile il «privilegio paolino» da parte dell'autorità competente della Chiesa ortodossa. Infatti, nelle Chiese di rito bizantino, al privilegio paolino è fatto riferimento già nel can. 72 del concilio Trullano<sup>(26)</sup>.

b) Se il coniuge non battezzato, ottenuto il divorzio civile, volendo unirsi in nuovo matrimonio con parte cattolica si presenta al parroco presentandogli anche la documentazione della Chiesa ortodossa concernente lo scioglimento del suo matrimonio, il parroco, tramite il proprio Ordinario, riferirà il caso alla Congregazione per la

---

the Eucharist implies that the Church blesses them as husband and wife. The practice of "remarrying" such couples can be due only to a complete misunderstanding of the orthodox doctrine of marriage» in: *Marriage: An Orthodox Perspective*, cit., p. 27.

(26) «Quanto a coloro che, essendo ancora nell'incredulità, prima di essere ammessi nel gregge degli ortodossi, si sono impegnati in un matrimonio legittimo e poi, l'uno di essi avendo scelto la parte migliore, venne alla luce della verità, mentre l'altro fu ritenuto nel legame dell'errore senza volere contemplare i raggi della luce divina, se la sposa non credente vuole coabitare con il marito credente oppure il marito credente con la moglie non credente, che non si separino, poiché, secondo il divino apostolo il marito non credente è santificato da sua moglie e la donna non credente è santificata da suo marito» (cfr. *Fonti CICO*, I, Fasc. I; D. SALACHAS, *La normativa del concilio Trullano*, in *Oriente Cristiano*, 23, 1991, 97-99; G. NEDUNGATT-M. FEATHERSTONE, *The Council in Trullo Revised*, in *Kanonika*, 6, Roma, 1995, 154). Il commentatore e grande canonista bizantino del sec. XII, Balsamone nel commento al can. 72 Trullano dice: «se uno dei due coniugi non acconsente a seguire il coniuge battezzato e vuole separarsi e non coabitare più, allora il matrimonio deve essere sciolto» (cfr. D. SALACHAS, *La normativa del concilio Trullano*, 97-99). Questa normativa è applicata nella Chiesa russo-ortodossa, come è confermato anche in un decreto del Santo Sinodo della Chiesa russo-ortodossa del 12-26 febbraio 1891-92, nel quale viene chiarito qualche dubbio circa l'applicazione del privilegio paolino nel matrimonio contratto tra due ebrei (Cfr. *Fonti CICO*, Ser. II, Fasc. VII, n. 768, p. 241-242).

Dottrina della Fede che deciderà sulla legittimità o meno dell'applicazione del privilegio paolino da parte della Chiesa ortodossa.

6. (ad 1c) *Matrimonio contratto civilmente tra due non battezzati, se nessuno di essi si battezza ed uno, ottenuto il divorzio, ha attentato nuove nozze con un battezzato nella Chiesa cattolica o ortodossa.*

Casi di questo tipo sono frequenti per la diffusa prassi di divorzi nei Paesi ex-comunisti. L'unico rimedio per regolarizzare la situazione di tale matrimonio attentato è la sua convalidazione con lo scioglimento del vincolo naturale tra i due non battezzati. Già l'*Istruzione sullo scioglimento del matrimonio in favore della fede*<sup>(27)</sup> del 1973 prevedeva lo scioglimento in forza della potestà vicaria del Romano Pontefice del matrimonio contratto fra due non battezzati, che rimangono infedeli.

a) Se uno dei coniugi non battezzati ha attentato nuove nozze con una parte cattolica e riconosce a questa la libertà di professare la propria fede e di educare i figli nella Chiesa cattolica, il matrimonio nullo può essere convalidato con scioglimento del vincolo precedente del coniuge non battezzato, concessa da Romano Pontefice.

b) Analoga situazione può esistere nel caso in cui la nuova comparte del non battezzato è un cristiano ortodosso. È norma chiara del magistero ecclesiastico che la facoltà di dispensare dalla legge naturale dell'indissolubilità, ove è possibile, è esclusivamente riservata al Romano Pontefice. La procedura da seguire per accertare l'esistenza dei presupposti richiesti per la validità e la liceità dello scioglimento del matrimonio fra non battezzati, con la permanenza di ambedue nello stato di non battezzati, sono quelle prescritte per la dispensa del vincolo coniugale fra una parte non battezzata e una parte battezzata, cattolica o non cattolica.

7. (ad 1d) *Matrimonio contratto civilmente tra due ortodossi, ove non fu possibile avere un sacerdote.*

a) Se è dimostrato che il matrimonio tra ortodossi o tra una parte ortodossa e una parte battezzata acattolica occidentale poteva essere celebrato senza grave incomodo davanti a sacerdote ortodosso, il matrimonio è nullo per difetto del rito sacro e, su richiesta di una parte, può essere dichiarato nullo dal tribunale cattolico competente a norma del diritto. Atteso il principio dichiarato nel decreto *Unitatis redintegratio* del Concilio Vaticano II che «le Chiese d'oriente hanno il potere di reggersi secondo le proprie discipline»<sup>(28)</sup>, la Segnatura Apostolica, con sentenza del 28 novembre 1970 ha dichiarato nullo, per mancanza

(27) *Ut notum est*, 6 dicembre 1973, in *Enchiridion Vaticanum*, 4, 1786-1791.

(28) UR 16.

del rito sacro, il matrimonio fra due rumeno-ortodossi, contratto solo civilmente. Nelle *Animadversiones* allegate al dispositivo della sentenza è detto che deve essere constatato che il matrimonio è stato celebrato senza la benedizione del sacerdote e che se questo non era presente la mancanza del rito sacro è da attribuire alla impossibilità di avere un sacerdote. Il matrimonio è invalido, invece, nel caso che si poteva avere un sacerdote senza grave incomodo. Questa disposizione è affermata anche in successive decisioni della Segnatura Apostolica e nelle *Norme della Segnatura Apostolica* del 10 maggio 1976 che devono essere osservate nelle decisioni dei tribunali ordinari in queste cause<sup>(29)</sup>.

Si rimanda quindi tacitamente al diritto proprio della Chiesa ortodossa, ma con la riserva che nel caso di impossibilità di avere un sacerdote senza grave incomodo, il matrimonio è da ritenersi valido da parte della Chiesa cattolica, se è celebrato davanti a funzionario civile o comunque davanti a due testimoni. Quindi si riconosce, con tacito rinvio, la disciplina delle Chiese ortodosse per la celebrazione ordinaria del matrimonio, mentre si applica al matrimonio tra ortodossi la legge cattolica sulla forma straordinaria<sup>(30)</sup>.

b) Le Chiese ortodosse di rito bizantino non conoscono l'istituto della celebrazione del matrimonio nella forma straordinaria. Non è riconosciuto valido per la Chiesa il matrimonio « clandestino » celebrato davanti a due o tre testimoni senza la benedizione nuziale del sacerdote<sup>(31)</sup>. Se non è possibile avere un sacerdote, le Chiese ortodosse, riconoscendo ai fedeli il diritto fondamentale di contrarre matrimonio, lo considerano bensì un contratto legittimo, ma per essere sposati con il sacramento è necessaria la presenza della Chiesa tramite il ministero del sacerdote al quale i coniugi devono presentarsi, appena possibile<sup>(32)</sup>.

c) Il Codice dei Canoni delle Chiese Orientali, al can. 781, n. 2, prescrive: « se la Chiesa deve giudicare della validità del matrimonio di acattolici battezzati ... per quanto riguarda la forma di celebrazione del matrimonio, la Chiesa riconosce qualsiasi forma prescritta o ammessa dal diritto al quale le parti erano soggette al tempo della celebrazione del matrimonio, purché il consenso sia stato espresso in forma pubblica e, se almeno una parte è fedele cristiana di qualche

(29) Al n. 1 è detto: « Cum ex certo et autentico documento constiterit de defectu ritus sacri; simulque pari certitudine ex certo et autentico documento vel etiam alio modo legitimo habita, apparuerit partes matrimonium celebrare potuisse coram sacerdote citra grave incommodum, hoc in casu speciali, praetermissis solemnitatibus in iure recensitis, poterit Ordinarius loci, citatis partibus et interveniente defensore vinculi, matrimonii nullitatem decreto declarare » (cfr. X. OCHOA, *Leges Ecclesiae* V, 7206).

(30) Can. 1116 § 1, n. 2.

(31) Cfr. A. COUSSA, *Epitome Praelectionum de Iure Ecclesiastico Orientali*, vol. III, *De Matrimonio*, Roma, 1950, 235; MILASCH, *cit.*, 648; ZHISMAN, *cit.*, 182.

(32) Cfr. ZHISMAN, *cit.*, 182; MEYENDORFF, *cit.*, 26-27.

Chiesa orientale acattolica, purché il matrimonio sia stato celebrato con il rito sacro».

In questo canone non è prevista l'eccezione: «salvo il prescritto del can. ...» sulla forma straordinaria di celebrazione del matrimonio. Per il rispettivo canone orientale, questa eccezione era prevista nel primo schema dell'anno 1978, ma fu successivamente tolta nel coetus dei consultori dallo schema 1980<sup>(33)</sup>, atteso il principio dichiarato dal Concilio Vaticano nel decreto sull'ecumenismo (UR 16) nel quale si riconosce che queste Chiese sorelle orientali hanno ed hanno sempre avuto l'esercizio di vera potestà di giurisdizione — che è nativa nella Chiesa e non derivata da autorità umana — in virtù della quale queste Chiese regolano anche l'istituto matrimoniale con leggi proprie che determinano l'abilità giuridica dei contraenti e la forma della manifestazione del consenso giuridicamente efficace, salvo il diritto divino. Ora, essendo la benedizione nuziale del sacerdote, secondo il diritto delle Chiese orientali, un elemento essenziale del matrimonio sacramento, non può essere celebrato validamente in una Chiesa ortodossa senza l'intervento del ministro sacro.

Perciò un tribunale competente di una Chiesa cattolica orientale, rinviando al diritto della rispettiva chiesa ortodossa, deciderà *pro nullitate matrimonii* anche nel caso in cui a norma del can. 832 CCEO (= can. 1116 CIC) esiste l'impossibilità di avere un competente ministro sacro senza grave incomodo.

d) Il Codice latino non fornisce una normativa analoga a quella del can. 781, n. 2, CCEO. Perciò un giudice competente della Chiesa latina nel dirimere una causa nel caso specifico, seguirà la regola stabilita nelle norme della Segnatura Apostolica. Inoltre è applicabile il principio dell'*analogia legis*: il can. 19 CIC prevede che in mancanza di una espressa disposizione di legge, la causa può dirimersi tenendo presenti «le leggi date per i casi simili».

e) In ogni caso, un tribunale competente ecclesiastico sia latino che orientale, nell'esame di validità di un matrimonio contratto solo davanti a funzionario civile tra battezzati acattolici orientali o tra un battezzato acattolico orientale e un protestante, deve interrogare i coniugi se abbiano avuto l'intenzione di contrarre un «vero matrimonio»<sup>(34)</sup>.

Nelle descritte situazioni, la validità del matrimonio non dipende dall'atto civile, ma dal fatto che le parti hanno manifestato un valido consenso matrimoniale dinanzi a un ufficiale civile e a un secondo testimone, anche nel caso che i coniugi, per ignoranza, abbiano pensato che il loro matrimonio contratto senza sacerdote non fosse valido din-

<sup>(33)</sup> Cfr. *Nuntia* 8, 1979, 7; 10, 1980, 41; 15, 1982, 59.

<sup>(34)</sup> Cfr. can. 1116 § 1 CIC; can. 832 § 1 CCEO.

nanzi alla Chiesa. Il sapere o pensare che il matrimonio è nullo non necessariamente esclude il consenso<sup>(35)</sup>. La validità del consenso delle parti contraenti non dipende da ciò che pensano, ma da ciò che vogliono o non vogliono.

8. In tutte le cause di matrimonio tra non battezzati o tra battezzati acattolici (sopra prospettati dal n. 1 al n. 6), il tribunale ecclesiastico, competente a norma del can. 1673 CIC o can. 1359 CCEO, dovrà applicare le norme del diritto canonico, trattandosi di impedimenti di diritto divino o di vizi del consenso naturale. Trattandosi invece di impedimenti di diritto meramente umano e della forma di celebrazione si dovrà tenere conto del diritto al quale le persone erano soggette al tempo della celebrazione del matrimonio. Negli Stati dell'Ex-Unione sovietica, nel popolo derubato della fede, il matrimonio viene privato dei valori che sono collegati al disegno di Dio e le persone hanno perduto l'esigenza di fondare il matrimonio sull'amore indissolubile e fedele. Si crea, in questa cultura del facile divorzio, un errore radicato sul vero matrimonio che facilmente può assurgere a tale intensità da condizionare e determinare la volontà viziando il consenso fino a volere il matrimonio solo come è inteso nella legislazione civile.

Certo non tutti i matrimoni sono uguali. Ogni matrimonio è un caso a sé. Ogni caso che si presenta deve essere esaminato e definito seguendo la prescritta procedura giudiziale. Potrebbe presentarsi all'autorità cattolica un cristiano acattolico orientale con il documento di dichiarazione di nullità di matrimonio della sua Chiesa ortodossa. Questa sentenza di nullità non può essere riconosciuta senz'altro dalla Chiesa cattolica, non essendo chiarite le diverse questioni teologiche e giuridiche riguardanti la validità del matrimonio sacramentale degli acattolici orientali. Solo in mancanza della forma prescritta dal diritto della propria Chiesa può essere riconosciuta la sentenza dell'autorità competente ortodossa, salvo sempre il diritto divino.

Città del Vaticano, 13 maggio 2003

---

### **La validità del matrimonio civile celebrato da battezzati nella Chiesa ortodossa**

1. *La fattispecie: i matrimoni civili celebrati sotto il regime comunista.*

Dopo la caduta dei regimi comunisti e con la progressiva normalizzazione dell'organizzazione della Chiesa, le autorità ecclesiastiche

---

<sup>(35)</sup> Can. 1100 CIC; can. 823 CCEO.

hanno avuto alcuni problemi riguardanti la validità di matrimoni celebrati nell'epoca della persecuzione religiosa. Infatti, i pastori si sono trovati non pochi fedeli cattolici sposati civilmente (negli anni della dominazione sovietica) che, una volta fallita la precedente unione e ottenuto il divorzio civile, intendono sposarsi canonicamente. Per poter valutare la portata di tali unioni, i pastori hanno dovuto porsi la questione se si dessero i presupposti della forma straordinaria di celebrazione previsti nei cann. 1116 CIC e 832 CCEO: in particolare, i requisiti relativi all'esistenza di un grave incomodo per adire il teste qualificato e l'intenzione di celebrare un vero matrimonio<sup>(1)</sup>.

Si tratta di un problema che, sul piano pratico, può essere di non facile soluzione. Ma la soluzione è ancora meno facile se si deve giudicare la validità di un'unione civile di due ortodossi, questione questa che costituisce l'oggetto del quesito posto al Pontificio Consiglio per i Testi Legislativi dall'Amministratore Apostolico di Almaty, al quale detto Consiglio rispose con la Nota che adesso commentiamo<sup>(2)</sup>.

Prima di dare una risposta al quesito — se si possa riconoscere come matrimonio valido non sacramentale il matrimonio civile dei fedeli ortodossi, « come lo considererebbe la Chiesa ortodossa » —, la Nota offre alcune considerazioni previe. Innanzitutto, premette che darà una risposta articolata, distinguendo se si tratta di matrimoni celebrati da due non battezzati che posteriormente sono stati battezzati nella Chiesa ortodossa (tutti e due o almeno uno dei due) oppure se, senza aver ricevuto il battesimo, intendono sposare — una volta ottenuto il divorzio — un battezzato cattolico o ortodosso, oppure infine se si tratta di matrimoni civili celebrati da ortodossi « ove non fu possibile avere un sacerdote » (n. 1).

L'altra lunga considerazione previa offerta come premessa alla risposta consiste in un'esposizione dell'ambito socio-culturale in cui la popolazione kazaka si è trovata « in quei tempi di scristianizzazione

---

(1) Cfr. A. SAJE, *La forma straordinaria e il ministro della celebrazione del matrimonio secondo il Codice latino e orientale*, Roma 2003, 174-208; cfr. anche G. BONI, *La forma straordinaria di celebrazione del matrimonio canonico*, in AA.VV., *Diritto matrimoniale canonico. Vol. III*, Città del Vaticano 2005, 79-152; M.A. ORTIZ, *La forma*, in *ibid.*, 53-55; J. PRADER, *La forma di celebrazione del matrimonio*, in AA.VV., *Il matrimonio nel Codice dei Canonici delle Chiese Orientali*, Città del Vaticano 1994, 290-295; I. MARTÍNEZ ALEGRIA, *La forma straordinaria del matrimonio canonico. Origen histórico y régimen vigente*, Madrid 1994; P. BIANCHI, *Note in materia di «forma straordinaria» della celebrazione del matrimonio*, in *Quaderni di diritto ecclesiale* 9 (1996) 257-267; J. HENDRIKS, *La forma straordinaria del matrimonio*, in *ibid.*, 239-256.

(2) Sul valore delle Note esplicative del Pontificio Consiglio, cfr. J. OTADUY, *Sobre las «notas explicativas» del Consejo Pontificio para la interpretación de los textos legislativos*, in *Ius Ecclesiae* 9 (1997) 633-645.

nell'intimità del matrimonio e della famiglia» e di mancanza di libertà sofferta sotto il regime comunista<sup>(3)</sup>. In questo n. 2 vengono ricordati, oltre ad alcuni dati statistici del Kazakhstan, i punti salienti del sistema matrimoniale dei paesi comunisti, nel quale spicca la facile concessione del divorzio e il conseguente oscuramento dell'indissolubilità come proprietà essenziale del matrimonio.

## 2. *La giurisdizione della Chiesa sul matrimonio degli acattolici.*

Di seguito la Nota prende in considerazione la giurisdizione della Chiesa sul matrimonio degli acattolici «quando si presentano alla Chiesa con l'intenzione di contrarre nuovo matrimonio con parte cattolica» (n. 3). La competenza della Chiesa sulle unioni di acattolici — che siano battezzati o no — radica in ultimo termine nella sacramentalità primordiale che ha ogni matrimonio, in quanto appartiene al disegno divino della salvezza ed è chiamato a diventare sacramento della Nuova Legge in virtù dell'ordinazione universale dell'umanità alla Chiesa. Ma d'altra parte, in forza della dimensione visibile propria della Chiesa — attualizzata con il battesimo in essa —, l'esercizio della potestà di giurisdizione presuppone l'esistenza di un «punto di connessione» tra la persona che chiede il giudizio giurisdizionale e la Chiesa<sup>(4)</sup>.

Tale «punto di connessione» si riscontra senz'altro quando la Chiesa esercita la sua competenza su unioni di non battezzati — o di battezzati non cattolici — se uno dei contraenti desidera sposare un cattolico (oltre che, evidentemente, se lo stesso contraente diventa cattolico)<sup>(5)</sup>. In questi casi, l'autorità ecclesiastica si riconosce competente per giudicare la validità dei matrimoni celebrati da acattolici<sup>(6)</sup>.

<sup>(3)</sup> Sulle misure dei regimi comunisti in tema di libertà religiosa, cfr. recentemente A. RIOBÓ SERVÁN, *Libertad religiosa y Derecho bajo el comunismo: la experiencia checoslovaca*, in *Ius Canonicum* 44 (2004) 589-647.

<sup>(4)</sup> Cfr. J. HERVADA, *El Derecho del Pueblo de Dios*, III, *Diritto matrimoniale*, Pamplona 1973, 264-273; J. LLOBELL, *La giurisdizione della Chiesa sul matrimonio degli acattolici*, in AA.VV. (a cura di J. Carreras), *La giurisdizione della Chiesa sul matrimonio e sulla famiglia*, Milano 1998, 77-126; J. CARRERAS, *La giurisdizione della Chiesa sulle relazioni familiari*, in *ibid.*, 1-76; M.A. ORTIZ, *Note circa la giurisdizione della Chiesa sul matrimonio degli acattolici*, in *Ius Ecclesiae* 6 (1994) 367-377; R. RODRÍGUEZ-OCAÑA, *Notas al decreto-declaración del S.T. de la Signatura Apostólica: la jurisdicción eclesiástica y los matrimonios de los acatólicos*, in *Ius Canonicum* 34 (1994) 653-659.

<sup>(5)</sup> La presente Nota ricorda anche che i non battezzati e i battezzati non cattolici sono legittimati a chiedere all'autorità ecclesiastica la dichiarazione di nullità del matrimonio (cann. 1671 e 1674, 1 CIC).

<sup>(6)</sup> Cfr. SEGNAURA APOSTOLICA, *Dichiarazione sulla giurisdizione della Chiesa ri-*

Oltre a questi casi<sup>(7)</sup>, c'è un esercizio amministrativo della potestà della Chiesa sul matrimonio degli acattolici, e specialmente dei non battezzati<sup>(8)</sup>. La modalità più caratteristica di tale esercizio è costituita dal «privilegio paolino», più che nell'accezione originaria di 1 Cor 7, 12-15, nell'interpretazione medievale accolta dai cann. 1143-1147 CIC<sup>(9)</sup>. Comunque, anche in mancanza del menzionato «punto di connessione» — quando cioè nessun coniuge si battezza né intende sposare un cattolico — può essere chiesto l'intervento «magisteriale» della Chiesa, se i coniugi chiedono un suo servizio relativo alla loro situazione coniugale. In tali casi, la Chiesa giudica sul matrimonio di acattolici in ragione della materia, *res sacra*, intimamente collegata con il mistero sponsale della Chiesa e la vocazione universale alla santità<sup>(10)</sup>. In tal caso, lungi da un esercizio «pangiurisdizionalista», tale intervento non sarebbe altro che l'esercizio dell'autorità della Chiesa in quanto servizio, che ha di per sé — come «auctoritas» — una dimensione universale<sup>(11)</sup>.

---

*guardo al matrimonio celebrato tra due acattolici*, 28 maggio 1993, in *Ius Ecclesiae*, 6 (1994) 366.

(7) E oltre alla normativa che riguarda l'impedimento di disparità di culto (can. 1086), che comporta anche l'esercizio della giurisdizione su un non battezzato.

(8) Si veda l'eccellente sintesi di J. CARRERAS, *La giurisdizione della Chiesa sul matrimonio*, (can. 1059), in AA.VV., *Diritto matrimoniale canonico. Vol. I*, Città del Vaticano 2002, 217-219, alla quale rimandiamo.

(9) In realtà, poiché nella normativa vigente sul privilegio paolino lo scioglimento del vincolo precedente avviene con la celebrazione del nuovo matrimonio, la fattispecie costituisce un esercizio legislativo della giurisdizione, più che amministrativo, dal momento in cui non è l'autorità ecclesiale a sciogliere il vincolo bensì l'esercizio individuale di un diritto riconosciuto dal magistero della Chiesa: cfr. J. CARRERAS, *La giurisdizione della Chiesa sul matrimonio* cit., 218, con riferimento a J. LLOBELL, *La giurisdizione della Chiesa sul matrimonio degli acattolici* cit., 92-94.

Sulla scia del privilegio paolino, l'ordinamento canonico ha accolto altre forme di scioglimento del matrimonio non sacramentale (quando al meno uno dei coniugi non è battezzato), di natura prettamente amministrativa, conosciute come scioglimento «in favore della fede». Lo scioglimento di questi matrimoni può realizzarsi anche quando queste persone non intendono battezzarsi, sempre che ci sia di mezzo il bene della fede di un cattolico che intende sposare una di esse.

(10) Rimandiamo al nostro *Sacramento y forma del matrimonio*, Pamplona 1995.

(11) Cfr. J. CARRERAS, *La giurisdizione della Chiesa sul matrimonio*, cit., 210-219. Si veda anche la riflessione di Llobell al riguardo, che riprende elementi della costruzione di Hervada e Lombardía sulla positivizzazione della giurisdizione della Chiesa su qualsiasi matrimonio che entra in rapporto con la Chiesa: cfr. J. LLOBELL, *La giurisdizione della Chiesa sul matrimonio degli acattolici* cit., 112-114; J. HERVADA, *El Derecho del Pueblo de Dios* cit., 269-274; P. LOMBARDÍA, *Infieles*, in *Escritos de Derecho Canónico*, 2, Pamplona 1973, 140. Di particolare interesse al riguardo è anche la costruzione di d'Ors sull'esercizio della giurisdizione come *potestas* e come *auctoritas*: cfr. A. D'ORS, *Elemen-*

A questo proposito, non va dimenticato che la competenza della Chiesa sulla realtà matrimoniale è anche una garanzia di salvaguardia dell'identità del matrimonio e della sua fedeltà al disegno originario divino, il che è particolarmente rilevante nei casi come i presenti nei quali una cultura e una normativa anticristiana hanno cercato di snaturare i tratti essenziali del matrimonio, e in particolare la sua indissolubilità. La giurisdizione della Chiesa allora permette di garantire che il matrimonio, nella sua ordinazione giuridica, si adegui alle esigenze della legge naturale e divina apertamente contestate nel sistema matrimoniale statale vigente nei paesi sottoposti all'ideologia marxista.

Per poter espletare questa funzione di servizio, è necessario individuare quale fosse il diritto applicabile ai matrimoni sottoposti al vaglio della Chiesa. Tale questione verrà ripresa alla fine del documento, favorendo una soluzione che costituisce forse la maggior novità della presente Nota, come riprenderemo più avanti.

Nei nn. 4-7 della Nota si offre una risposta abbastanza esauriente ai casi presi in considerazione: il matrimonio contratto civilmente da due non battezzati che posteriormente vengono battezzati nella Chiesa ortodossa (n. 4); quello di due non battezzati quando solo uno di essi si battezza nella Chiesa ortodossa (n. 5); quello di due non battezzati che rimangono tali ma uno di essi intende celebrare nuovo matrimonio con un battezzato (nella chiesa ortodossa o cattolica) (n. 6); e infine il matrimonio civile di due ortodossi «ove non fu possibile avere un sacerdote» (n. 7).

Il numero conclusivo della Nota (n. 8) contiene alcune considerazioni sull'esercizio giudiziario della potestà della Chiesa sugli acattolici. In primo luogo si dice — come era stato segnalato in interventi precedenti della Segnatura Apostolica<sup>(12)</sup> — che in tutte le cause di matrimonio tra acattolici (battezzati o no) il tribunale ecclesiastico, competente a norma del can. 1673 CIC o can. 1359 CCEO, dovrà applicare le norme del diritto canonico, per ciò che riguarda gli impedimenti di diritto divino o i vizi del consenso che abbiano un fondamento nel diritto naturale<sup>(13)</sup>. Per quanto riguarda invece gli impedi-

---

*tos de Derecho Privado Romano*, Pamplona 1992, 37-38; R. DOMINGO, *El binomio «auctoritas-potestas» en el Derecho romano y moderno*, in *Persona y Derecho* 37/2 (1997) 183-185.

<sup>(12)</sup> Cfr. SEGNAURA APOSTOLICA, *Dichiarazione sulla giurisdizione della Chiesa riguardo al matrimonio celebrato tra due acattolici*, 28 maggio 1993.

<sup>(13)</sup> Certo, la questione di quali vizi di volontà attingano la forza invalidante dal diritto naturale e quali ubbidiscano alla volontà del legislatore umano non è affatto pacifica. Si pensi ai dibattiti dottrinali sul fondamento del *metus* e del *dolo*. Cfr. lo *status quaestionis* dottrinale offerto da A.M. PUNZI NICOLÒ, *La volontà coniugale viziata da «vis vel metus»* (can. 1103), in *Aa.Vv., Diritto matrimoniale canonico. Vol. II, Il consenso*, Città del Vaticano 2003, 506-508; cfr. anche M.A. ORTIZ, *Il timore che invalida il matri-*

menti di diritto umano e la forma di celebrazione, «si dovrà tenere conto del diritto al quale le persone erano soggette al tempo della celebrazione del matrimonio».

Di seguito, lo stesso n. 8 fa notare il rischio che la cultura ostile alla verità del matrimonio, imperante sotto il regime comunista, abbia potuto provocare nelle persone la perdita dell'esigenza di fondare il matrimonio sull'amore indissolubile e fedele. Infatti, si può creare, «nella cultura del facile divorzio, un errore radicato sul vero matrimonio che facilmente può assurgere a tale intensità da condizionare e determinare la volontà viziando il consenso fino a volere il matrimonio solo come è inteso nella legislazione civile».

In conclusione del n. 8 e del documento, si fa un cenno a un criterio basilare che ogni giudice ecclesiastico deve tener presente nel giudicare la validità del matrimonio, e cioè che «non tutti i matrimoni sono uguali», e anzi, «ogni matrimonio è un caso a sé». Il che servirà a valutare nella giusta misura l'affermazione del paragrafo precedente, onde evitare una sorta di presunzione di invalidità di tutti i matrimoni celebrati sotto l'influsso di quella cultura anticristiana, quasi ci fosse un'inversione nell'onere della prova, chiedendo di provare l'esistenza di una retta intenzione anziché lo svuotamento della volontà nuziale in forza dell'*error determinans* o dell'eventuale atto positivo di volontà simulatorio<sup>(14)</sup>.

---

*monio e la sua prova*, in *Ius Ecclesiae* 15 (2003) 102-127; *Pontificia Commissio CIC Authentice Interpretando*, Risposta del 23 aprile 1987 sull'applicabilità del canone 1103 ai matrimoni dei non cattolici, in *AAS* 79 (1987) 1132; U. NAVARRETE, *Responsa Pontificiae Commissionis Codicis Iuris Canonici Interpretando*, in *Periodica* 77 (1988) 497-510; J.I. BAÑARES, *El miedo en el matrimonio entre acatólicos. Comentario a la respuesta de la C.P. para la interpretación del CIC, del 23-IV-1987*, in *Ius Canonikum* 30 (1990) 155-162; J.M. VÁZQUEZ GARCÍA-PENUELA, *La necesaria libertad para contraer matrimonio: el c. 1103*, in AA.VV., *El matrimonio y su expresión canónica ante el III Milenio. X Congreso Internacional de Derecho Canónico*, Pamplona 2000, 1023-1031. Sul fondamento nel diritto naturale del dolo e l'eventuale applicazione retroattiva, cfr. C. GULLO, *Riflessioni sulla retroattività del can. 1098*, in *Ius Ecclesiae* 4 (1992) 225-234 e T.J. ZÁRRAGA, *El dolo en el derecho matrimonial canónico y su fundamentación jurídica*, Pamplona 1998, in particolare pp. 282-298, dove commenta anche le Risposte private del Presidente della *Pontificia Commissio Iuris Canonici Recognoscendo*, del 1986 al riguardo.

(14) Si possono ricordare le parole di Giovanni Paolo II nel discorso alla Rota del 1993: «sarebbe grave ferita inferta alla stabilità del matrimonio e quindi alla sacralità di esso, se il fatto simulatorio non fosse sempre concretizzato da parte dell'asserito simulante in un *actus positivus voluntatis* (cfr. can. 1101 § 2); o se il cosiddetto *error iuris* circa una proprietà essenziale del matrimonio o la dignità sacramentale del medesimo non assurgesse a tale intensità da condizionare l'atto di volontà, determinando così la nullità del consenso (cfr. can. 1099)» (in *L'Osservatore Romano* 30 gennaio 1993, p. 5; anche su *Ius Ecclesiae* 5 (1993) 825). Cfr. P. MAJER, *El error que determina la vo-*

E infine, proprio perché il giudice — a motivo della radicalità dello *ius connubii* e del favore di cui gode il matrimonio<sup>(15)</sup> — valuta la portata della volontà matrimoniale caso per caso, prima di riconoscere una dichiarazione di nullità di matrimonio emanata nella Chiesa ortodossa, dovrà verificare che vengono rispettate «le diverse questioni teologiche e giuridiche riguardanti la validità del matrimonio sacramentale». A meno che si tratti di una dichiarazione di nullità per «mancanza della forma prescritta dal diritto della propria Chiesa»: solo in tal caso, si dice, «può essere riconosciuta la sentenza dell'autorità competente ortodossa, salvo sempre il diritto divino».

3. *Il diritto applicabile dall'autorità cattolica. La novità introdotta dall'Istruzione «Dignitas connubii».*

E qui riprendiamo brevemente quanto dicevamo precedentemente riguardo a ciò che costituisce, a nostro avviso, la principale novità del presente documento. Le affermazioni del n. 8 poggiano sul presupposto che il matrimonio dei battezzati ortodossi viene retto, oltre che dal diritto divino, anche dal diritto proprio della Chiesa ortodossa: «si dovrà tenere conto del diritto al quale le persone erano soggette al tempo della celebrazione del matrimonio». In questo modo si sta accogliendo il principio contenuto nel can. 781 CCEO, che stabilisce che qualora un'autorità cattolica debba giudicare validità del matrimonio di due acattolici battezzati, si osserverà il diritto al quale le parti erano tenute al tempo della celebrazione e, per ciò che riguarda la forma di celebrazione, la Chiesa riconosce qualunque forma pubblica prescritta o ammessa dal diritto delle parti, sempre che, se almeno una delle parti era orientale, il matrimonio sia stato celebrato con rito sacro.

Come si sa, il legislatore latino del 1983 non accolse un'affermazione del genere. Malgrado alcune proposte avanzate in tal senso, finalmente il can. 1059 CIC, a differenza della soluzione del CCEO, mantenne un voluto silenzio circa le leggi applicabili nel matrimonio dei battezzati acattolici. La soluzione adoperata ubbidiva alla riluttanza ad ammettere una competenza giurisdizionale delle comunità acattoliche

---

*luntad. Can. 1099 del CIC de 1983, Pamplona 1997, 303-335; cfr. anche M. GAS, Relevancia canónica del error sobre la dignidad sacramental del matrimonio, Roma 2001.*

<sup>(15)</sup> Cfr. recentemente H. FRANCESCHI, *Una comprensione realistica dello «ius connubii» e dei suoi limiti*, in M.A. ORTIZ (a cura di), *Ammissione alle nozze e prevenzione della nullità del matrimonio*, Milano 2005, 1-48; cfr. anche A.S. SÁNCHEZ-GIL, *Il «favor matrimonii» e la presunzione di validità del matrimonio: appunti per la loro chiarificazione concettuale*, in *Ius Ecclesiae* 16 (2004) 321-344, dove commenta il Discorso di Giovanni Paolo II alla Rota Romana del 29 gennaio 2004.

occidentali<sup>(16)</sup>. Infatti, riguardo agli ortodossi, il Decreto conciliare *Unitatis redintegratio* 16 aveva già riconosciuto tale giurisdizione: «il sacro Concilio, onde togliere ogni dubbio, dichiara che le Chiese d'Oriente, memori della necessaria unità di tutta la Chiesa, hanno potestà di regolarsi secondo le proprie discipline, come più consone all'indole dei loro fedeli e più adatte a provvedere al bene delle anime»<sup>(17)</sup>. Malgrado il dettato conciliare, il CIC tacque al riguardo mentre, come abbiamo segnalato, il CCEO ammise espressamente nel summenzionato can. 781 l'esistenza di un diritto proprio delle Chiese ortodosse.

Non ci soffermiamo qui sulle implicazioni ecclesiologiche della soluzione del CCEO e sulla diversa portata dell'accoglienza del diritto applicabile nella chiesa ortodossa e nelle comunità protestanti<sup>(18)</sup>. Gefaell ha fatto notare che nel primo caso si tratta di vero diritto canonico, in forza della «ecclesialità» delle comunità ortodosse, alle quali viene riconosciuta (e non concessa) la potestà giurisdizionale; diversamente, il diritto applicabile ai fedeli protestanti — spesso è il diritto secolare<sup>(19)</sup> — non è propriamente canonico in quanto non poggia sulle stesse basi ecclesiologiche.

---

(16) Cfr. *Communicationes* 9 (1977) 126; PONTIFICIA COMMISSIO CODICI IURIS CANONICI RECOGNOSCENDO, *Relatio complectens syntheses animadversionum ab Em. mis Patribus Commissionis ad novissimum Schema Codicis Iuris Canonici exhibitarum, cum responsionibus a Secretaria et Consultoribus datis*, Typ. Pol. Vat. 1981, 246; M.A. ORTIZ, *Note circa la giurisdizione della Chiesa* cit., 375-376. Navarrete suggerì che la normativa orientale dovrebbe aver servito a supplire la lacuna rimasta nel CIC riguardo il diritto applicabile al matrimonio degli acattolici: U. NAVARRETE, *Ius matrimoniale latinum et orientale. Collatio Codicem latinum et orientalem*, in *Periodica* 80 (1991) 618. Anche Prader era dell'opinione che si fosse creata una lacuna legale nel CIC: cfr. J. PRADER, *Il diritto matrimoniale latino e orientale: studio comparativo*, in AA.VV., *Studi sul Codex Canonum Ecclesiarum Orientalium*, Padova 1994, 69. Diversamente, P. GEFAELL, *Basi ecclesiologiche della giurisdizione delle Chiese ortodosse sui matrimoni misti con cattolici*, in AA.VV., *La giurisdizione della Chiesa sul matrimonio e sulla famiglia*, a cura di Joan Carreras, Roma 1998, 130.

(17) Giovanni Paolo II aveva ribadito che tale riconoscimento non è una concessione della Chiesa cattolica: nella Lett. Ap. *Euntes in mundum* del 25 gennaio 1988 (AAS 80 (1988) 950, n. 10), aveva sottolineato che dal n. 16 di UR «risulta chiaramente la caratteristica autonomia disciplinare, di cui godono le Chiese orientali: essa non è conseguenza di privilegi concessi dalla Chiesa di Roma, ma della legge stessa che tali Chiese possiedono sin dai tempi apostolici».

(18) Come abbiamo segnalato, il can. 780 § 2, 2 CCEO parla anche di un «diritto applicabile» nelle comunità ecclesiali (prevalentemente occidentali) che non hanno un diritto proprio.

(19) Anche per Navarrete il verbo «tenetur» del can. 780 § 2, 2 CCEO relativo al diritto che regge le comunità che non hanno un diritto proprio va interpretato in senso largo, prescindendo dall'eventuale sottomissione alla giurisdizione della Chiesa

Questa conclusione poteva ritenersi vigente anche per la Chiesa latina, malgrado l'assenza di una formulazione espressa, in forza dei rapporti esistenti tra i due Codici integranti l'unico *Corpus Iuris Canonici* <sup>(20)</sup>. Comunque, l'omogeneizzazione delle due normative su questo punto sembrava improcrastinabile, per evidenti motivi di congruenza dottrinale <sup>(21)</sup>.

In ogni caso, la recente Istruzione *Dignitas connubii* sul modo di trattare le cause di nullità del matrimonio <sup>(22)</sup> accoglie, intendendo applicarla a tutta la Chiesa latina, la soluzione contenuta nei cann. 780 e 781 CCEO. L'art. 2 dell'Istruzione riporta il contenuto del can. 780:

« Art. 2. § 1. Matrimonium catholicorum, etsi una tantum pars sit catholica, regitur iure non solum divino sed etiam canonico, salvo art. 3, § 3 (cf. can. 1059).

§ 2. Matrimonium inter partem catholicam et partem baptizatam non catholicam, regitur etiam:

1° iure proprio Ecclesiae vel Communitatis ecclesialis, ad quam pars acatholica pertinet, si haec communitas ius matrimoniale proprium habet;

2° iure, quo utitur Communitas ecclesialis ad quam pars acatholica pertinet, si haec Communitas iure matrimoniali proprio caret ».

Da parte sua, l'art. 4 dell'Istruzione sancisce quale sia il diritto applicabile dai tribunali ecclesiastici competenti <sup>(23)</sup>, quando debbono

dei fedeli battezzati che non hanno una propria potestà di giurisdizione in quanto carenti di successione apostolica; cfr. U. NAVARRETE, *La giurisdizione delle Chiese orientali non-cattoliche sul matrimonio (can. 780 CCEO)*, in AA.VV., *Il matrimonio nel Codice delle Chiese Orientali*, Città del Vaticano 1994, 121.

<sup>(20)</sup> Cfr. P. GEFAELL, *Relaciones entre los dos códigos del único « Corpus iuris canonici »*, in *Ius Canonicum* 39 (1999), pp. 605-626. Nelle nostre *Note circa la giurisdizione della Chiesa* cit., 376 avevamo ipotizzato una soluzione simile sulla base dell'applicabilità dei principi contenuti nei documenti conciliari *Unitatis redintegratio* 16 e *Dignitatis humanae* 4.

<sup>(21)</sup> « Se il canone 780 canonizzasse soltanto quelle norme [le norme delle Chiese ortodosse non contrarie al diritto divino], allora l'accettarle o meno si ridurrebbe ad una questione di mera convenienza. Se, invece, si trattasse del riconoscimento dovuto ad una realtà con titolarità originaria, allora il contenuto di questa norma del CCEO dovrebbe essere introdotta anche nel diritto latino, e il procrastinare immotivatamente la questione non sarebbe corretto » (P. GEFAELL, *Basi ecclesiologiche della giurisdizione delle Chiese ortodosse* cit., 128).

<sup>(22)</sup> PONTIFICIO CONSIGLIO PERI TESTI LEGISLATIVI, *Instructio « Dignitas connubii » servanda a tribunalibus dioecesanis et interdioecesanis in pertractandis causis nullitatis matrimonii*, 25 gennaio 2005.

<sup>(23)</sup> Competenti a norma dell'art. 3, che stabilisce: « § 1. Causae matrimoniales baptizatorum iure proprio ad iudicem ecclesiasticum spectant (can. 1671).

giudicare cause di acattolici, distinguendo in due paragrafi a seconda che si tratti del matrimonio di due acattolici battezzati o di due non battezzati. Nel primo caso, contemplato nel § 1, si propone la soluzione del can. 781 CCEO<sup>(24)</sup>:

«Art. 4. § 1. Quoties iudex ecclesiasticus cognoscere debeat de nullitate matrimonii acatholicorum baptizatorum:

1° quod attinet ad ius, quo partes tempore celebrationis matrimonii tenebantur, servetur art. 2, § 2;

2° quod attinet ad formam celebrationis matrimonii, Ecclesia agnoscit quamlibet formam iure praescriptam vel admissam in Ecclesia vel Communitate ecclesiali ad quam partes tempore celebrationis matrimonii pertinebant, dummodo, si una saltem pars est christifidelis alicuius Ecclesiae orientalis acatholicae, matrimonium ritu sacro celebratum sit».

Il § 2 di questo art. 4 invece esplicita — con una formulazione che non si trova nel can. 781 CCEO — quale deve essere il diritto applicabile nelle cause di nullità di due non battezzati:

«§ 2. Quoties iudex ecclesiasticus videre debeat de nullitate matrimonii initi a duobus non baptizatis;

1° causa nullitatis cognoscitur iure processuali canonico;

2° nullitas autem matrimonii definitur, salvo iure divino, iure quo partes tempore celebrationis matrimonii tenebantur».

Questa soluzione della *Dignitas connubii* completa in un certo senso quanto affermato nel n. 7 della presente Nota, riguardo alla valutazione del matrimonio civile degli ortodossi. Tale numero ha una formulazione — «Matrimonio contratto civilmente tra due ortodossi,

§ 2. Iudex autem ecclesiasticus illas tantum causas nullitatis matrimonii acatholicorum, sive baptizatorum sive non baptizatorum, cognoscit, in quibus status liber unius saltem partis coram Ecclesia catholica comprobetur oportet, salvo art. 114.

§ 3. Causae de effectibus matrimonii mere civilibus pertinent ad civilem magistratum, nisi ius particulare statuatur easdem causas, si incidenter et accessorie agantur, posse a iudice ecclesiastico cognosci ac definiri (can. 1672)».

(24) Can. 781 CCEO: «Si quando Ecclesia iudicare debet de validitate matrimonii acatholicorum baptizatorum:

1 quod attinet ad ius, quo partes tempore celebrationis matrimonii tenebantur, servetur can. 780, § 2;

2 quod attinet ad formam celebrationis matrimonii, Ecclesia agnoscit quamlibet formam iure praescriptam vel admissam, cui partes tempore celebrationis matrimonii subiectae erant, dummodo consensus expressus sit forma publica et, si una saltem pars est christifidelis alicuius Ecclesiae orientalis acatholicae, matrimonium ritu sacro celebratum sit».

*ove non fu possibile avere un sacerdote»* — che può trarre in inganno, perché sembrerebbe che l'unico caso da prendere in considerazione è quello del grave incomodo che — per la legislazione cattolica — legittima la celebrazione in forma straordinaria (cfr. cann. 1116 CIC e 832 CCEO). In realtà, nel citato n. 7 — integrato, dicevamo, col disposto nell'Istruzione *Dignitas connubii* — si offre una soluzione più ampia.

Nel n. 7 della Nota si afferma che, dovendo giudicare circa la validità di un matrimonio civile di due battezzati ortodossi, va applicato il diritto proprio della Chiesa ortodossa<sup>(25)</sup>. Ma, sulla scia della prassi seguita presso la Segnatura Apostolica<sup>(26)</sup> e tenendo presente che non esiste nel CIC un canone simile al can. 781, 2 CCEO, la Nota conclude che si adopererà una soluzione diversa a seconda che l'autorità (cattolica) che giudica la validità del matrimonio sia orientale o latina<sup>(27)</sup>. Se orientale, in forza del can. 781, 2 CCEO (che rinvia formalmente al diritto proprio delle Chiese ortodosse e inoltre stabilisce che se almeno uno dei battezzati acattolici è orientale, si richiede che il matrimonio sia celebrato con rito sacro) dichiarerà nullo il matrimonio senza applicare la norma cattolica sulla forma straordinaria, istituto non previsto dalla legislazione delle Chiese ortodosse.

Invece, se l'autorità che vaglia la validità di tale matrimonio è latina, la Nota che commentiamo ritiene che sia in vigore la prassi che riconosce la disciplina delle Chiese ortodosse per la celebrazione ordinaria del matrimonio e allo stesso tempo « applica al matrimonio tra ortodossi la legge cattolica sulla forma straordinaria » (7, a), per cui dichiarerà nullo tale matrimonio civile solo se non si danno i requisiti della forma straordinaria di celebrazione (impossibilità di adire il teste qualificato senza grave incomodo e volontà veramente matrimoniale).

La menzionata prassi della Segnatura è illustrata — in termini analoghi a quelli adoperati dalla presente Nota — da Prader nella sua monografia *La legislazione matrimoniale latina e orientale. Problemi, interecclesiali, interconfessionali e interreligiosi*<sup>(28)</sup>; in essa, offre altri riferimenti di decisioni della Segnatura e conclude affermando che

(25) Cfr. J. LLOBELL, *La giurisdizione della Chiesa sul matrimonio degli acattolici* cit., 125-126, dove sottolinea il carattere misto della giurisdizione, che la Chiesa condivide con le altre confessioni, sempre che venga rispettato il carattere indissolubile del matrimonio nel disegno divino. L'esercizio della giurisdizione da parte della Chiesa cattolica è sussidiario rispetto alla giurisdizione dell'ordinamento « la Chiesa ortodossa » sotto il cui regime fu celebrato il matrimonio.

(26) Segnatura Apostolica, sentenza del 28 novembre 1970 (cit. in n. 7 da X. Ochoa, *Leges Ecclesiae* V, 6394-6399). Cfr. Z. GROCHOLEWSKI, *Documenta recentiora circa rem matrimonialem et processualem, cum notis bibliographicis et indicibus*, II, Roma 1980, n. 5142.

(27) J. PRADER, *La legislazione matrimoniale latina e orientale* cit., 61.

(28) Cfr. J. PRADER, *La legislazione matrimoniale latina e orientale. Problemi, in-*

«l'istituto della forma straordinaria del matrimonio non è conosciuto nelle Chiese orientali non cattoliche», anche se — riconosce in calce — «ne fa eccezione soltanto la Chiesa nestoriana, la quale secondo una antica fonte del secolo VIII considera valido il matrimonio contratto davanti ai soli testi, se non è possibile avere un sacerdote»<sup>(29)</sup>.

Tale prassi, diversa a seconda che si applichi il diritto latino o quello orientale, costituisce una disarmonia che la formulazione dell'art. 4 § 1, 2 dell'Istruzione *Dignitas connubii* vuole risolvere, cercando di rendere universale il regime orientale al riguardo. Sarebbe infatti che si voglia escludere l'applicabilità della forma straordinaria al matrimonio degli ortodossi, sia da parte del giudice latino che di quello orientale. Ma ciò, come vedremo, non risolve tutti i problemi.

Il n. 7 b) della presente Nota accetta che «le Chiese ortodosse di rito bizantino non conoscono l'istituto della celebrazione del matrimonio nella forma straordinaria». Questa è l'opinione comune, anche se è una regola che ammette qualche eccezione.

Il matrimonio celebrato da due ortodossi senza la benedizione del sacerdote, conclude il n. 7 b), essendo irrilevanti le eventuali circostanze che comporterebbero una celebrazione in forma straordinaria per i codici cattolici, deve essere considerato «un contratto legittimo» ma non un sacramento.

Questa ambiguità, palesata a proposito delle esitazioni della dottrina ortodossa riguardo alla forma straordinaria di celebrazione (in assenza del sacerdote che benedice) ubbidisce al fatto che, nella Chiesa ortodossa, la sacramentalità del matrimonio ha dei connotati diversi rispetto alla comune dottrina cattolica. La dottrina dell'identità tra matrimonio e sacramento è condizionata in parte dal ruolo centrale che la teologia orientale dà al sacerdote benedicente nella celebrazione del sacramento del matrimonio, il che ha dato origine a un certo divario tra la tradizione orientale non cattolica e la tradizione cattolica, soprattutto quella latina<sup>(30)</sup>.

---

*tereclesiali, interconfessionali e interreligiosi*, Roma 1993, 58 s., che riporta altri casi simili e le Norme del 10 maggio 1976 (Ochoa, n. 7206).

<sup>(29)</sup> J. PRADER, *La legislazione matrimoniale latina e orientale* cit., 60 e nota 20, con riferimento a Fonti CICO, Ser. II, Fasc. XV, 183.

<sup>(30)</sup> La teologia sacramentale latina ha sempre sostenuto che i ministri del matrimonio sono gli stessi coniugi; invece, «secondo la dottrina delle Chiese orientali non cattoliche il ministro del matrimonio sacramento (...) è il sacerdote. Il sacramento come azione di Cristo e la Chiesa può avverarsi soltanto attraverso il sacerdote (presbitero o vescovo) che compie il rito nuziale» (J. PRADER, *La forma di celebrazione del matrimonio* cit., 288). Il Catechismo della Chiesa Cattolica ha voluto in qualche modo prendere in considerazione la tradizione orientale, senza dire, però, che il ministro sia il sacerdote: «Secondo la tradizione latina sono gli sposi, come ministri della grazia di Cristo, a con-

Di conseguenza, si afferma che non è ammissibile, per le Chiese ortodosse, la celebrazione di un matrimonio sacramentale senza l'intervento del sacerdote che celebra il rito sacro del matrimonio. Certamente il principio così formulato va ridimensionato nel caso proposto nella presente Nota sotto il n. 4: «se due non battezzati o una parte non battezzata e una protestante uniti nel solo matrimonio civile si convertono alla Chiesa russo-ortodossa». In tal caso, malgrado le affermazioni dottrinali di principio, si ammette che l'unione diventa sacramento con la ricezione del battesimo, la cresima e la comunione eucaristica, e «non segue una celebrazione del matrimonio con il rito sacro», perché l'accettazione all'Eucaristia implica che la Chiesa benedice la coppia come marito e moglie<sup>(31)</sup>.

4. *Per le autorità ortodosse il matrimonio civile dei fedeli può essere considerato valido ma non sacramentale. Problemi nell'accogliere tale prassi e la procedura da seguire da parte dell'autorità cattolica.*

La peculiare espressione del rapporto tra matrimonio naturale e sacramento propria delle Chiese ortodosse si manifesta anche in una prassi alla quale accenna l'Amministratore di Almaty nel quesito rivolto al Pontificio Consiglio. Infatti, per alcuni autori ortodossi, l'unione civile non ha valore sacramentale ma sì come matrimonio naturale<sup>(32)</sup>. La stessa gerarchia ortodossa li ammette come valide unioni non sacramentali; così si legge in una delle conclusioni del Sinodo del Patriarcato di Russia del 1998:

«On December 28, 1998, the Holy Synod of the Russian Orthodox Church regretted to state that some spiritual fathers tend to declar

---

ferirsi mutuamente il sacramento del Matrimonio esprimendo davanti alla Chiesa il loro consenso. Nelle tradizioni delle Chiese orientali, i sacerdoti, vescovi o presbiteri, sono testimoni del reciproco consenso scambiato tra gli sposi ma anche la loro benedizione è necessaria per la validità del sacramento» (CCC 1623 n.v.). Come si sa, nella prima redazione (non ufficiale) del n. 1623 del Catechismo, la formulazione era meno chiara. Si diceva: «Nella Chiesa latina, si considera abitualmente che sono gli sposi, come ministri della grazia di Cristo, a conferirsi mutuamente il sacramento del matrimonio esprimendo davanti alla Chiesa il loro consenso. Nelle liturgie orientali, il ministro del sacramento (chiamato «Incoronazione») è il presbitero o il vescovo che, dopo aver ricevuto il reciproco consenso degli sposi, incorona successivamente lo sposo e la sposa in segno dell'alleanza matrimoniale».

<sup>(31)</sup> Come riportato nella nota 25 del documento che commentiamo, con riferimento a J. MEYENDORFF, *Marriage: An Orthodox Perspective*, New York, St. Vladimir's Seminary Press 1972, 27.

<sup>(32)</sup> Cfr. J. MEYENDORFF, *Marriage: An Orthodox Perspective* cit., 26-27; J. PRADER, *La forma di celebrazione del matrimonio* cit., 288

common-law marriage invalid or demand that spouses, who have lived together for many years but were not married in church for this or that reason, should divorce. Some spiritual fathers do not allow persons who live in unwed marriage to communicate, identifying such a marriage with fornication. The decision adopted by the Synod points out that while insisting on the necessity of church marriage, the Synod reminds pastors that the Orthodox Church also respects common-law marriage»<sup>(33)</sup>.

Allo stesso tempo dunque che ribadiscono la necessità di sposarsi con il rito sacro, le autorità ortodosse — se non altro quelle russe — riconoscono una certa validità «naturale» al matrimonio celebrato secondo le leggi civili, almeno per non respingere le coppie così unite dalla ricezione dell'Eucaristia. A questo riconoscimento si riferisce infatti l'Amministratore Apostolico di Almaty chiedendo se deve riconoscere come matrimonio valido non sacramentale il matrimonio civile dei fedeli ortodossi, «come lo considererebbe la Chiesa ortodossa».

---

<sup>(33)</sup> JUBILEE BISHOPS COUNCIL OF THE RUSSIAN ORTHODOX CHURCH, *Bases of the social concept of the Russian Orthodox Church*, Moscow 13-16 agosto 2000; in <http://www.orthodox.org.ru/sd00e.htm>.

Nei paragrafi precedenti a quello trascritto si legge:

«X. 2. (...) In the period of the Christianisation of the Roman Empire, marriage continued to be validated by civil registration. Consecrating matrimonial unions by prayer and blessing, the Church still recognised a common-law marriage as valid in cases where the church marriage was impossible and did not subject the spouses thus married to canonical prohibitions. Today the Russian Orthodox Church upholds the same practice. (...).

According to the 74th Novella of Justinian (538), a lawful marriage could be sealed by either an *ecclicus* (a church notary) or a priest. This rule was included in the eclogue of Emperor Leo III and his son Constantine (740), and in the legislation of Basil I (879). Mutual agreement between man and woman, confirmed before witnesses, was an important condition of marriage. The Church did not protest against this practice. Only in 893, by Novella 89 of Emperor Leo VI, free citizens were obliged to marry in church. In 1095, Emperor Alexis Comninus extended this rule to slaves. The introduction of obligatory church marriage (9th-11th centuries) meant that the authority transferred the entire legal regulation of matrimonial relations to the jurisdiction of the Church. However, the universal introduction of this practice should not be seen as the institution of the Sacrament of Matrimony, which had existed in the Church from times immemorial.

The order established in Byzantium was also assimilated in Russia with regard to the people of Orthodox confession. By the Decree on the Separation of the Church from the State (1918), church marriage was rendered invalid; formally the faithful were given the right to accept a church blessing after registering a marriage with state. In fact, throughout the long period of the persecution of religion by the state, the celebration of marriage in church remained difficult and dangerous».

Oltre alle autorità ortodosse, anche la maggior parte della dottrina ritiene che i matrimoni civili dei battezzati ortodossi sono veri matrimoni anche se non sacramentali, a ragione della diversità di riflessione teologica sulla sacramentalità del matrimonio. Così conclude Prader: «(nelle chiese ortodosse) è possibile configurare l'esistenza distinta di un matrimonio naturalmente valido e di un sacramento»<sup>(34)</sup>. Altri autori invece, come Salachas, sostengono che «dal IX secolo (...) nella legislazione di tutte le chiese di tradizione bizantina un matrimonio, contratto senza il rito liturgico celebrato dal sacerdote, è stato considerato anche nel campo giuridico come un atto inesistente e perciò del tutto invalido»<sup>(35)</sup>.

Visto che si deve applicare il diritto proprio della Chiesa ortodossa, sembrerebbe che la risposta alla domanda dell'Amministratore di Almaty dovrebbe essere affermativa, il che urterebbe con la dottrina cattolica sull'unicità della realtà matrimoniale<sup>(36)</sup>, che, tra battezzati, è sempre una realtà sacramentale, indipendentemente dalla professione di fede sulla sacramentalità della confessione acattolica<sup>(37)</sup>.

D'altra parte, come si ricorda nel n. 8 della Nota del PCTL, nel valutare le unioni dei fedeli ortodossi, il giudice cattolico deve tener presente il divario d'impostazioni nelle «diverse questioni teologiche e giuridiche riguardanti la validità del matrimonio sacramentale degli acattolici orientali»<sup>(38)</sup>. È chiaro che nell'applicare il diritto proprio

<sup>(34)</sup> J. PRADER, *La forma cit.*, 288; anche A. SAJE, *La forma straordinaria cit.*, 199 con riferimento a N. BIERNACKI, *Ius «ortodoxum» russorum*, Posnaniae 1914, 93.

<sup>(35)</sup> D. SALACHAS, *Il sacramento del matrimonio nel nuovo diritto canonico delle Chiese orientali*, Bologna 1994, 29.

<sup>(36)</sup> Come ha ribadito recentemente Giovanni Paolo II nei Discorsi al Tribunale della Rota Romana degli anni 2001 e 2003, ai quali rimandiamo. Cfr. M. GASIAIXENDRI, *Essenza del matrimonio cristiano e rifiuto della dignità sacramentale. Riflessioni alla luce del recente discorso del Papa alla Rota*, in *Ius Ecclesiae* 13 (2001) 122-145; C.J. ERRÁZURIZ M., *El matrimonio como realidad jurídica natural y sacramental*, in *Folia Theologica* 5 (1994) 19-36.

<sup>(37)</sup> La questione fu posta, durante la codificazione latina, a proposito dell'esclusione e l'errore determinante sulla sacramentalità, per concludere che l'affermazione di non sacramentalità del matrimonio tra i protestanti è irrilevante, a meno che tale convinzione portasse, nel caso concreto, ad un atto positivo escludente o un *error determinans*: «*numquam excludimus quod tale matrimonium inter partem catholicam et protestanticam sit sacramentum; sed hoc valet etiam si partis protestanticae mens est non esse sacramentum; obiective est sacramentum, et fuit semper doctrina*» (Card. Hoffner, in PONTIFICIUM CONSILIUM DE LEGUM TEXTIBUS INTERPRETANDIS, *Acta et documenta Pontificiae Commissionis Codici Iuris Canonici Recognoscendo, Congregatio Plenaria Diebus 20-29 octobris 1981 habita*, Città del Vaticano 1991, 458).

<sup>(38)</sup> L'affermazione del PCTL è da mettere in relazione innanzitutto con alcuni casi in cui la Segnatura Apostolica ha deciso di non recepire alcune dichiarazioni di nul-

delle Chiese ortodosse — e in questo senso il can. 781 CCEO e l'art. 4 § 1, 2 dell'istruzione *Dignitas connubii* stabiliscono che il giudice riconoscerà qualunque forma ammessa nella Chiesa e comunità ecclesiale a cui appartenevano le parti sempre che, se una delle parti era ortodossa, «*matrimonium ritu sacro celebratum sit*» —, ma è altrettanto chiaro che ciò va fatto senza ledere minimamente il diritto divino.

Se si accettano i limiti del diritto divino, secondo la dottrina cattolica il vero matrimonio tra due battezzati è sempre sacramento: in questo senso, l'autorità cattolica non può ammettere un matrimonio «profano» di due battezzati: quindi o lo riconoscerà valido e allora non può non essere sacramento, oppure giudicherà che tale unione non sia un vero matrimonio<sup>(39)</sup>.

La mancanza — o eccezionalità — della forma straordinaria nel regime delle Chiese ortodosse è visto come conferma della scindibilità, nella teologia ortodossa, tra matrimonio e sacramento: quando c'è l'impossibilità di adire il sacerdote che deve benedire il matrimonio, i coniugi possono unirsi in matrimonio «naturale», ma devono ricevere la benedizione per poter essere uniti in sacramento. I fedeli, comunque, anche prima di ricevere la benedizione, possono accostarsi ai sacramenti. Anche senza il grave incomodo, le unioni solo civili sono considerate valide naturalmente, e il fatto di non aver ricevuto la benedizione non impedisce ai coniugi di ricevere i sacramenti.

La teologia orientale cattolica dà anche un peso rilevante all'intervento del sacerdote che benedice il matrimonio. Ma ciò non osta a che si ammetta anche la possibilità di celebrare un vero matrimonio — sacramentale, come non può essere diversamente per i cattolici — nell'impossibilità di ricevere la benedizione, anche se, per non pochi autori orientali, la forma straordinaria di celebrazione (cfr. can. 832 CCEO) non è in armonia con la tradizione e la teologia orientale<sup>(40)</sup>.

---

lità emanate da autorità acattoliche in quanto tali dichiarazioni «ufficializzavano» semplicemente la separazione dei coniugi, costituendo in realtà dichiarazioni di divorzio; cfr. SEGNAURA APOSTOLICA, *Non conceditur petita dispensatio a processu iudiciali istituendo de nullitate matrimonii acatholicorum*, Prot. 22343/90 V.T., 7 gennaio 1991, cit. da J. LLOBELL, *La giurisdizione della Chiesa sul matrimonio degli acattolici* cit., 88.

<sup>(39)</sup> Anche i matrimoni dei non battezzati, pur non essendo "sacramento" in senso stretto, partecipano della sacralità del piano creazionale e salvifico di Dio. Su questo punto, oltre ai riferimenti dottrinali segnalati in altre note, cfr. GIOVANNI PAOLO II, *Allocuzione ai partecipanti al Simposio L'espressione canonica della famiglia fondata sul matrimonio dinanzi al Terzo Millennio*, in *L'Osservatore Romano*, 4 novembre 1994, p. 9, dove cita anche al riguardo un brano della sua *Lettera alle Famiglie* n. 6, a proposito del fatto che naturalmente (*al principio*) la comunità coniugale e la famiglia fondata su di essa sono una speciale e privilegiata rivelazione del Dio Trino e dell'amore sponsale di Cristo.

<sup>(40)</sup> Cfr. J. VADAKUMCHERRY, *Il diritto matrimoniale nei codici orientale e latino*, in

Cercando di trovare una soluzione: si potrebbe ritenere che i due livelli di validità — sacramentale se il sacerdote ha benedetto il matrimonio, «naturale» se non l'ha fatto — ubbidiscono, per la dottrina ortodossa, alla *ratio* dell'istituto della forma straordinaria cattolica? Tenendo presenti le dimensioni dei territori della Russia, non ci si stupirebbe se la «tolleranza» delle autorità ecclesiali riguardo ai matrimoni civili celebrati senza la benedizione abbia avuto origine proprio nella difficoltà di rivolgersi al sacerdote per ricevere la benedizione nuziale.

In ogni caso, tenendo presente il dubbio esistente — sul valore da dare a tali matrimoni civili —, va ricordato il *favor* di cui gode il matrimonio, sancito dai can. 1060 CIC e 779 CCEO<sup>(41)</sup>. Di conseguenza, nel dubbio, dovrebbero ritenersi validi e — per l'autorità cattolica — sacramentali se celebrati tra battezzati.

A ragione delle difficoltà d'interpretazione menzionate, il n. 7 della Nota del PCTL conclude prudentemente che, nei presenti casi (in cui si esamina la validità di un matrimonio celebrato solo civilmente tra battezzati acattolici orientali), il giudice «deve interrogare i coniugi se abbiano avuto l'intenzione di contrarre un *vero matrimonio*» (cfr. cann. 1116 CIC e 832 CCEO sulla forma straordinaria). Infatti, aggiunge il PCTL, la validità del matrimonio non dipende dall'atto civile, ma dal fatto che le parti intendevano dare un valido consenso matrimoniale, indipendentemente dal fatto che i coniugi, per ignoranza, abbiano pensato che il loro matrimonio contratto senza sacerdote non fosse valido dinanzi alla Chiesa (cfr. cann. 1100 CIC e 823 CCEO), poiché «la validità del consenso delle parti contraenti non dipende da ciò che pensano, ma da ciò che vogliono o non vogliono».

Rimane soltanto un'ultima questione<sup>(42)</sup>: con quale procedura dovrà valutarsi la validità o nullità di quest'unione? Riteniamo che,

---

AA.VV., *Il diritto canonico orientale nell'ordinamento ecclesiale*, Città del Vaticano 1995, 156. Per Salachas la previsione della forma straordinaria costituisce una sorta di supplenza della «mancanza della potestà dell'ordine, di modo che anche in mancanza della benedizione sacerdotale del matrimonio, esso sia un vero sacramento» (D. SALACHAS, *Il sacramento del matrimonio nel nuovo diritto canonico delle Chiese Orientali* cit., 208). Cfr. sulla questione A. SAJE, *La forma straordinaria* cit., 198-203.

(41) Cfr. GIOVANNI PAOLO II, Allocuzione alla Rota Romana del 29 gennaio 2004 cit.

(42) In realtà, ci sarebbe ancora un'altra questione da prendere in considerazione: l'eventuale sanazione in radice, sulla quale non ci soffermiamo perché l'impostazione del quesito posto al PCTL e la risposta del Consiglio studia l'unione civile precedente come «obice» per un ulteriore matrimonio con un cattolico. Va segnalato comunque che, nel caso i fedeli sposati civilmente volessero regolarizzare la situazione, se rimangono ortodossi l'unica soluzione è la celebrazione del rito sacro, poiché la Chiesa

alla luce dei dubbi accennati, non basterà l'indagine amministrativa prematrimoniale effettuata dal parroco<sup>(43)</sup>, ma bisognerà seguire un processo giudiziale.

Va notato in primo luogo che, com'è ovvio, tali disposizioni riguardano l'accertamento dell'invalidità delle unioni *dei cattolici* obbligati alla forma canonica ma sposati solo civilmente.

D'altra parte, sia il can. 781 CCEO, sia il n. 8 della Nota che commentiamo, sia infine l'art. 4 dell'istruzione *Dignitas connubii* attribuiscono sempre al giudice e non al parroco la facoltà di pronunciarsi sulla validità dei matrimoni dei battezzati acattolici: «Si quando Ecclesia iudicare debet de validitate matrimonii acatholicorum baptizatorum...»; «Ogni caso che si presenta deve essere esaminato e definito seguendo la prescritta procedura giudiziale»; «Quoties iudex ecclesiasticus cognoscere debeat de nullitate matrimonii acatholicorum baptizatorum...».

Per cui, tenendo anche presente la prassi menzionata nella Chiesa ortodossa russa di riconoscere come «valide» le unioni civili dei suoi fedeli — prassi che sarebbe da vedere se sia condivisa in pieno da tutte le Chiese ortodosse —, sembra che l'accertamento della nullità di questi matrimoni civili va fatto seguendo la procedura giudiziale,

ortodossa non prevede la celebrazione del sacramento del matrimonio senza la benedizione. Se invece i fedeli originariamente ortodossi sono diventati cattolici, sarebbe possibile la *sanatio*, qualora concorresse la causa grave del can. 849 CCEO. L'autorità competente secondo il can. 852 sarebbe, oltre alla Sede Apostolica, il Patriarca o il vescovo eparchiale: «Patriarcha et Episcopus eparchialis concedere possunt sanationem in radice in singulis casibus, si validitati matrimonii obstat defectus formae celebrationis matrimonii iure praescriptae vel aliquod impedimentum, a quo ipsi dispensare possunt, et in casibus iure praescriptis, si impletae sunt condiciones, de quibus in can. 814; in ceteris casibus et si de impedimento iuris divini agitur, quod iam cessavit, sanatio in radice concedi potest la sola Sede Apostolica». Sulle perplessità riguardo alla possibilità di sanare un matrimonio civile, cfr. N. SCHÖCH, *La sanazione in radice dei matrimoni celebrati in forma civile o senza forma pubblica*, in AA.VV., *La giurisdizione della Chiesa sul matrimonio e sulla famiglia* cit., 289-333; si veda anche lo *status quaestionis* della dottrina orientale offerto da P. SZABÓ, *La competenza del vescovo eparchiale per la sanazione in radice del matrimonio. (L'interpretazione del c. 852 del CCEO in considerazione di quello 835)*, in AA.VV., *El matrimonio y su expresión canónica ante el III Milenio* cit., 193-200.

<sup>(43)</sup> Come stabilì prima la Risposta del PCTL del 11 luglio 1984 e poi il can. 1372 § 2 CCEO. Infatti, il can. 1372 CCEO, relativo al processo documentale, aggiunge come § 2 — inesistente nel parallelo can. 1686 CIC — il contenuto della Risposta del PCTL del 1984: «§ 2. Si vero agitur de eo, qui formam celebrationis matrimonii iure praescriptam servare debuit, sed matrimonium attentavit coram officiali civili vel ministro acatholico, sufficit investigatio praematrimonialis, de qua in can. 784, ad comprobandum eius statum liberum». L'istruzione *Dignitas connubii* ha accolto questa soluzione negli artt. 5/3 e 297/2.

possibilmente quella del processo documentale. In tal senso si esprimeva Prader nel 2003, a proposito dei casi di fedeli ortodossi sposati civilmente che successivamente vogliono sposarsi con una parte cattolica: «Dal 1977 le relative cause [degli ortodossi sposati civilmente] vengono definite presso i tribunali ordinari [cattolici] con processo ordinario o, se consti in modo certo del difetto della legittima forma, con processo documentale. Generalmente queste cause, per rimuovere ogni dubbio positivo, sono trattate con processo ordinario»<sup>(44)</sup>.

*Miguel A. Ortiz*

---

<sup>(44)</sup> J. PRADER, *Il matrimonio in Oriente e in Occidente*, 2 ed., Roma 2003, 56. In nota esplicita: «Qualora da un documento, che non sia soggetto ad alcuna contraddizione od eccezione, consti in modo certo della mancanza della legittima forma, cioè del rito sacro, e con pari certezza consti da un documento certo ed autentico o in altro modo legittimo, che le parti potevano ricorrere ad un sacerdote senza grave incomodo, il giudice, citate le parti e con l'intervento del difensore del vincolo, può dichiarare la nullità del matrimonio a norma dei cann. 1686-1688 CIC = cann. 1372-1374 CCEO». Nello stesso senso in ID., *La forma di celebrazione del matrimonio* cit., 294.