

# IUS ECCLESIAE

RIVISTA INTERNAZIONALE DI DIRITTO CANONICO

Vol. XII - Num. 1 - Gennaio-Aprile 2000

PONTIFICIA UNIVERSITÀ DELLA SANTA CROCE  
GIUFFRÈ EDITORE

**Pagina bianca**

## SOMMARIO

### DOTTRINA

J. RATZINGER, <i>I movimenti ecclesiali e la loro collocazione teologica</i> .....	3
J.-P. SCHOUPPE, <i>Convergences et différences entre le droit divin des canonistes et le droit naturel des juristes</i> .....	29
J. LLOBELL, <i>Le parti, la capacità processuale e i patroni nell'ordinamento canonico</i> .....	69

### GIURISPRUDENZA

TRIBUNALE DELLA ROTA ROMANA. <i>Reg. Flamini seu Bononien</i> . Nullità del matrimonio. Grave difetto di discrezione di giudizio. Incapacità di assumere le obbligazioni essenziali del matrimonio. Esclusione della prole. Sentenza definitiva, 24 luglio 1997. Stanckiewicz, Ponente (con nota di Pablo Gefaell, <i>Sulla cumulabilità dei capitoli d'incapacità ed esclusione</i> ).....	101
---	-----

### NOTE E COMMENTI

J.I. ARRIETA, <i>Il sistema elettorale della cost. ap</i> . Universi Dominici gregis.....	137
R. COPPOLA, <i>Processo di globalizzazione e indebitamento estero nella posizione della Santa Sede</i> .....	163
J.-M. GERVAIS, <i>La quarta edizione dell'Enchiridion indulgentiarum</i> .....	173
J. GONZÁLEZ AYESTA, <i>La specificità delle «facoltà abituali» all'interno della delega (can. 132 CIC '83)</i> .....	187
P. PELLEGRINO, <i>La scientia aut opinio nullitatis nel nuovo codice di diritto canonico</i> .....	209

## RASSEGNA DI BIBLIOGRAFIA

*Recensioni.*

P.J. COGAN (ed.), <i>Selected Issues on Religious Law</i> (J.M. Pommarès, o.s.b.) ..	225
A. DEL PORTILLO, <i>Laici e fedeli nella Chiesa. Le basi dei loro statuti giuridici</i> (G. Dalla Torre) .....	230
J. GAUDEMET, <i>Droit de l'Église et société civile (XVIII<sup>e</sup>-XX<sup>e</sup> siècles)</i> (J.-P. Schouppe) .....	232
A. GIANNI, <i>L'insegnamento della religione nel diritto ecclesiastico italiano</i> (F. Mignone) .....	233
J. GOTI ORDEÑANA, <i>Del Tratado de Tordesillas a la doctrina de los derechos fundamentales en Francisco de Vitoria</i> (M. Fazio) .....	237
J. MIRAS, « <i>Praelatus</i> »: <i>de Trento a la primera codificación</i> (A. Filipazzi) .....	239
J. ORLANDIS, <i>La Iglesia en la segunda mitad del siglo XX</i> (P.C. Olmos) .....	241
F.D. VÁZQUEZ GUERRERO, <i>Ética, Deontología y Abogados</i> (J.J. Marcos) .....	243
F. VISCOME, <i>Origine ed esercizio della potestà dei vescovi dal Vaticano I al Vaticano II. Contesto teologico-canonico del magistero dei «recenti Pontefici»</i> (Nota Explicativa Praevia 2) (J.A. Araña) .....	245

## DOCUMENTI

*Atti di Giovanni Paolo II.*

Discorso alla Rota Romana, 21 gennaio 2000 (con <i>nota</i> di B.E. Ferme, <i>The Royal Allocution, 21 January 2000: A Note on the Exercise of the Magisterium</i> ) .....	249
--	-----

*Atti della Santa Sede.*

SEGRETERIA DI STATO, <i>Basic Agreement between the Holy See and the Palestine Liberation Organization</i> , 15 febbraio 2000 (con <i>nota</i> di D.-M.A. Jaeger, <i>L'«Accordo di base tra la Santa Sede e l'Olp»</i> ) .....	260
SEGRETERIA DI STATO, <i>Elenchus privilegiorum et facultatum S.R.E. Cardinalium in re liturgica et canonica</i> , 18 marzo 1999 (con <i>nota</i> di A.S. Sánchez-Gil, <i>L'elenco dei privilegi e delle facoltà dei Cardinali di Santa Romana Chiesa e il loro statuto giuridico</i> ) .....	269
CONGREGAZIONE PER I VESCOVI, <i>Index Facultatum Legatis Pontificiis tributarium</i> , 1986 .....	283
CONGREGAZIONE PER L'EVANGELIZZAZIONE DEI POPOLI, <i>Index Facultatum Legatis Pontificiis in territoriis missionum tributarium</i> , 1999 .....	286

## COLLABORATORI DI QUESTO FASCICOLO

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

RAFFAELE COPPOLA, Ordinario di Diritto ecclesiastico dello Stato - Università di Bari (Italia).

JEAN-MARIE GERVAIS, Ufficiale della Penitenzieria Apostolica.

JUAN GONZÁLEZ AYSTA, Docente di Diritto canonico - Pontificia Università della Santa Croce.

JOAQUÍN LLOBELL, Ordinario di Diritto processuale canonico - Pontificia Università della Santa Croce.

PIERO PELLEGRINO, Ordinario di Diritto ecclesiastico dello Stato - Università di Lecce (Italia).

JOSEPH RATZINGER, Prefetto della Congregazione per la Dottrina della Fede.

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

Hanno collaborato anche: J.A. ARAÑA, G. DALLA TORRE, M. FAZIO, B.E. FERME, A. Filipazzi, P. GEFAELL, D.-M.A. JAEGER, J.J. MARCOS, F. MIGNONE, P.C. OLMOS, J.M. POMMARÈS, A.S. SÁNCHEZ-GIL.

**Pagina bianca**

*Dottrina*

**Pagina bianca**

JOSEPH RATZINGER

I MOVIMENTI ECCLESIALI  
E LA LORO COLLOCAZIONE TEOLOGICA (\*)

I. Tentativi di chiarificazione tramite una dialettica dei principi. — II. Le prospettive della storia: successione apostolica e movimenti apostolici. — III. Distinzioni e criteri.

Nella grande enciclica missionaria *Redemptoris missio* il Santo Padre scrive: «All'interno della Chiesa si presentano vari tipi di servizi, funzioni, ministeri e forme di animazione della vita cristiana. Ricordo, quale novità emersa in non poche Chiese nei tempi recenti, il grande sviluppo dei "movimenti ecclesiali", dotati di dinamismo missionario. Quando s'inseriscono con umiltà nella vita delle Chiese locali e sono accolti cordialmente da vescovi e sacerdoti nelle strutture diocesane e parrocchiali, i movimenti rappresentano un vero dono di Dio per la nuova evangelizzazione e per l'attività missionaria propriamente detta. Raccomando, quindi, di diffonderli e di avvalersene per ridar vigore, soprattutto fra i giovani, alla vita cristiana e all'evangelizzazione, in una visione pluralistica dei modi di associarsi e di esprimersi» (1).

Per me personalmente fu un evento meraviglioso la prima volta che venni più strettamente a contatto — agli inizi degli anni settanta — con movimenti quali il Cammino Neocatecumenale, Comunione e

---

(\*) Riportiamo la relazione tenuta dal Card. Joseph Ratzinger in occasione del *Congresso mondiale dei movimenti ecclesiali*, Roma 27-29 maggio 1998, già apparsa negli Atti del Congresso (cfr. PONTIFICIUM CONSILIUM PRO LAICIS, *I movimenti nella Chiesa*, Città del Vaticano 1999, p. 23-51) e in altre pubblicazioni. Per l'interesse canonistico del contributo, *Ius Ecclesiae* ha ritenuto utile riproporre il testo in questo fascicolo.

(1) N. 72.

Liberazione, il Movimento dei Focolari, sperimentando lo slancio e l'entusiasmo con cui essi vivevano la fede e dalla gioia di questa fede si sentivano necessitati a partecipare ad altri ciò che avevano ricevuto in dono. A quei tempi, Karl Rahner ed altri usavano parlare di «inverno» nella Chiesa; in realtà pareva che, dopo la grande fioritura del Concilio, fossero subentrati gelo in luogo di primavera, affaticamento in luogo di nuovo dinamismo.

Allora sembrava esser in tutt'altra parte il dinamismo; là dove — con le proprie forze e senza scomodare Dio — ci si dava da fare per dar vita al migliore dei mondi futuri. Che un mondo senza Dio non possa essere buono, men che meno il migliore, era evidente per chiunque non fosse cieco. Ma Dio dov'era? E la Chiesa, dopo tante discussioni e fatiche nella ricerca di nuove strutture, non era di fatto stremata e appiattita? L'espressione rahneriana era pienamente comprensibile; rendeva un'esperienza che facevamo tutti. Ma ecco, all'improvviso, qualcosa che nessuno aveva progettato. Ecco che lo Spirito Santo, per così dire, aveva chiesto di nuovo la parola. E in giovani uomini e in giovani donne risbocciava la fede, senza «se» né «ma», senza sotterfugi né scappatoie, vissuta nella sua integralità come dono, come un regalo prezioso che fa vivere. Certo, non mancò chi avvertì ciò come qualcosa che veniva a disturbare dibattiti intellettualistici e progetti di costruzione di una Chiesa totalmente diversa e fatta a propria immagine. E come poteva essere altrimenti? Dove irrompe, lo Spirito Santo scombina sempre i progetti degli uomini. Ma vi erano e vi sono anche difficoltà più serie. Quei movimenti, infatti, mostravano i segni di una condizione ancora infantile. Vi era dato cogliere la forza dello Spirito, il quale però opera per mezzo di uomini e non li libera d'incanto dalle loro debolezze. Vi erano propensioni all'esclusivismo, ad accentuazioni unilaterali, donde l'inattitudine all'inserimento nelle Chiese locali. Dal loro slancio giovanile, quei ragazzi e ragazze traevano la convinzione che la Chiesa locale dovesse elevarsi, per così dire, al loro modello e livello e non, viceversa, che toccasse a loro lasciarsi incastonare in una compagine che talvolta era davvero piena d'incrostazioni. Si ebbero frizioni, di cui, in vari modi, furono responsabili ambe le parti. Si rese necessario riflettere sul come le due realtà — la nuova fioritura ecclesiale originatasi da situazioni nuove e le preesistenti strutture della vita ecclesiale, cioè parrocchia e diocesi — potessero porsi nel giusto rapporto. In larga misura si tratta, qui, di questioni prettamente pratiche, che non vanno spinte troppo in alto nei cieli del teorico. Ma

d'altro canto è in gioco un fenomeno che si ripresenta periodicamente, in forme disperate, nella storia della Chiesa. Esiste la permanente forma basilare della vita ecclesiale in cui si esprime la continuità degli ordinamenti storici della Chiesa. E si hanno sempre nuove irruzioni dello Spirito Santo, che rendono sempre viva e nuova la struttura della Chiesa. Ma quasi mai questo rinnovamento è del tutto immune da sofferenze e frizioni. Ecco quindi che non ci si può certo esimere dalla questione di principio del come si possa individuare correttamente la collocazione teologica dei detti «movimenti» nella continuità degli ordinamenti ecclesiali.

### I. *Tentativi di chiarificazione tramite una dialettica dei principi.*

#### *Istituzione e carisma.*

Per la soluzione del problema si offre anzitutto, come schema fondamentale, la duplicità di istituzione ed evento, istituzione e carisma. Ma allorché si tenta di lumeggiare più a fondo le due nozioni al fine di addivenire a regole in base a cui precisare validamente il loro rapporto vicendevole, si profila qualcosa d'inatteso. Il concetto di «istituzione» si sbriciola fra le mani di chi provi a definirlo con rigore teologico. Che cosa sono, infatti, gli elementi istituzionali portanti che improntano la Chiesa come stabile ordinamento della sua vita? Certo, ovviamente, il ministero sacramentale nei suoi vari gradi: episcopato, presbiterato, diaconato. Il sacramento, che — significativamente — reca il nome di «Ordine», è in definitiva l'unica struttura permanente e vincolante che, diremmo, dà alla Chiesa il suo stabile ordinamento originario e la costituisce come «istituzione». Ma solo nel nostro secolo, verosimilmente per ragioni di convenienza ecumenica, è diventato d'uso comune designare il sacramento dell'Ordine semplicemente come «ministero», onde esso appare dall'unico punto di vista dell'istituzione, della realtà istituzionale. Senonché questo «ministero» è un «sacramento» e pertanto è evidente che viene infranta la comune concezione sociologica di «istituzione». Che l'unico elemento strutturale permanente della Chiesa sia un «sacramento» significa, al contempo, che esso deve essere continuamente ricreato da Dio. La Chiesa non ne dispone autonomamente, non si tratta di qualcosa che esista semplicemente e da determinare secondo le proprie decisioni. Solo secondariamente si realizza per una chiamata della Chiesa; primariamente, invece, si attua per

una chiamata di Dio rivolta a quegli uomini, vale a dire in modo carismatico-pneumatologico. Ne consegue che può esser accolto e vissuto, sempre, solo in forza della novità della vocazione, dell'indisponibilità dello Spirito. Poiché le cose così stanno, poiché la Chiesa non può istituire essa stessa semplicemente dei «funzionari», ma deve attendere la chiamata di Dio, è per questa stessa ragione — e, in definitiva, solo per questa — che può aversi penuria di preti. Pertanto fin dagli esordi è stato chiaro che questo ministero non può essere prodotto dall'istituzione, ma va impetrato da Dio. Fin dagli esordi è vera la parola di Gesù: «La messe è molta, ma gli operai sono pochi. Pregate dunque il padrone della messe che mandi operai nella sua messe!» (Mt 9, 37-38). Si capisce altresì, pertanto, che la chiamata dei Dodici sia stata frutto di una notte di preghiera di Gesù (cfr. Lc 6, 12-16).

La Chiesa latina ha esplicitamente sottolineato tale carattere rigorosamente carismatico del ministero presbiterale, e l'ha fatto — coerentemente ad antichissime tradizioni ecclesiali — vincolando la condizione presbiterale al celibato, che con tutta evidenza può essere inteso solo come carisma personale, e non semplicemente come peculiarità di un ufficio<sup>(2)</sup>. La pretesa di separare l'una dall'altro poggia, in definitiva, sull'idea che il sacerdozio non debba essere inteso in una prospettiva carismatica, ma debba invece essere visto — per la sicurezza dell'istituzione e delle sue esigenze — come puro e semplice ministero che spetta all'istituzione medesima conferire. Per chi vuole così assoggettare il sacerdozio alla gestione amministrativa, con le sue sicurezze istituzionali, ecco che il vincolo carismatico, che si trova nella esigenza del celibato, è uno scandalo da eliminare il più presto possibile. Ma allora anche la Chiesa nel suo insieme viene intesa come un ordinamento puramente umano, e la sicurezza, cui si mira in tal modo, alla fine non è più in grado di dare quello che essa dovrebbe conseguire. Che la Chiesa sia non una nostra istituzione bensì l'irrompere di qualcos'altro, onde è per natura sua *iuris divini*, è un fatto dal quale consegue che non possiamo mai crearcela da noi stessi. Vale a dire che non ci è lecito mai applicarle un criterio pura-

---

(2) Che il celibato sacerdotale non sia una invenzione medievale, ma risalga ai primissimi tempi della Chiesa, lo dimostra in modo chiaro e convincente il Cardinale A.M. STICKLER, *Il celibato sacerdotale*, Libreria Editrice Vaticana, Roma 1994; cfr. anche C. COCHINI, *Origines apostoliques du célibat sacerdotal*, Paris-Namur 1981; S. HEID, *Zölibat in der frühen Kirche*, Paderborn 1997.

mente istituzionale; vale a dire che la Chiesa è interamente sé stessa solo laddove sono trascesi i criteri e le modalità delle istituzioni umane.

Naturalmente, accanto a questo ordinamento fondamentale vero e proprio — il sacramento — nella Chiesa esistono anche istituzioni di diritto meramente umano, in ordine a molteplici forme di amministrazione, organizzazione, coordinamento, che possono e debbono svilupparsi secondo le esigenze dei tempi. Va, però, subito detto che la Chiesa ha, sì, bisogno di siffatte istituzioni, ma se queste si fanno troppo numerose e preponderanti mettono in pericolo l'ordinamento e la vitalità della sua realtà spirituale. La Chiesa deve continuamente verificare la sua propria compagine istituzionale, perché non si appesantisca eccessivamente, non s'irrigidisca in un'armatura che soffochi quella vita spirituale che le è propria e peculiare. È naturalmente comprensibile che, qualora le facciano a lungo difetto le vocazioni sacerdotali, la Chiesa sia tentata di procurarsi, per così dire, un clero sostitutivo di diritto puramente umano<sup>(3)</sup>. Essa può realmente trovarsi nella necessità d'istituire ordinamenti d'emergenza, e se ne è avvalsa spesso e volentieri nelle missioni e in situazioni analoghe. Non si può essere che grati a quanti in siffatte situazioni ecclesiali d'emergenza hanno servito e servono come animatori della preghiera e primi annunciatori del Vangelo. Ma se in tutto questo si trascurasse la preghiera per le vocazioni al sacramento, se qua o là la Chiesa cominciasse a bastare in tal modo a sé stessa e diremmo quasi a rendersi autonoma dal dono di Dio, essa si comporterebbe come Saul, che nella gran tribolazione filistea aspettò bensì a lungo Samuele, ma allorché questi non si fece vedere e il popolo cominciò a disperdersi, perse la pazienza e offrì lui stesso l'olocausto. A lui, che aveva pensato di non poter proprio agire altrimenti in stato d'emergenza e di potersi, anzi doversi permettere di prendere in mano egli stesso la causa di Dio, fu detto che proprio per questo si era giocato tutto: obbedienza io voglio, non sacrificio (cfr. *1 Sam* 13, 8-14; 15, 22).

Torniamo al nostro interrogativo: qual è il rapporto vicendevole tra stabili ordinamenti ecclesiali e sempre nuove insorgenze carismatiche? Non ci dà una soddisfacente risposta lo schema istituzione-ca-

---

(3) Nella *Istruzione su alcune questioni circa la collaborazione dei laici al ministero dei sacerdoti*, pubblicata nel 1997, si tratta ultimamente di questo problema.

risma, giacché la contrapposizione dualistica di questi due aspetti descrive insufficientemente la realtà della Chiesa. Ciò non toglie che da quanto si è detto finora possa desumersi qualche primo principio orientativo:

a) È importante che il ministero sacro, il sacerdozio, sia inteso e vissuto anch'esso carismaticamente. Il prete ha anche lui il dovere d'essere uno « pneumatico », un *homo spiritualis*, un uomo suscitato, stimolato, ispirato dallo Spirito Santo. È compito della Chiesa far sì che questo carattere del sacramento sia considerato e accettato. Nella preoccupazione per la sopravvivenza dei suoi ordinamenti, non le è consentito mettere in primo piano il numero riducendo le esigenze spirituali. Se lo facesse, renderebbe irriconoscibile il senso stesso del sacerdozio. Un servizio mal compiuto danneggia piuttosto che giovare. Blocca la via al sacerdozio e alla fede. La Chiesa deve essere fedele e riconoscere il Signore come colui che la crea e la sostiene. E deve aiutare in ogni modo il chiamato a restar fedele ben oltre i suoi esordi, a non affogare lentamente nella routine, ma piuttosto a diventare ogni giorno di più un vero uomo dello Spirito.

b) Là dove il ministero sacro sia vissuto così, pneumaticamente e carismaticamente, non si dà nessun irrigidimento istituzionale: sussiste, invece, un'interiore apertura al carisma, una specie di « fiuto » per lo Spirito Santo e il suo agire. E allora anche il carisma può nuovamente riconoscere la sua propria origine nell'uomo del ministero, e si troveranno vie di feconda collaborazione nel discernimento degli spiriti.

c) In situazioni d'emergenza la Chiesa deve istituire ordinamenti d'emergenza. Ma questi ultimi devono intendere sé stessi in interiore apertura al sacramento, ad esso dirigersi, non allontanarsene. In linea generale la Chiesa dovrà mantenere il più possibile esili le istituzioni amministrative. Lungi dall'iperistituzionalizzarsi, dovrà restare sempre aperta alle impreviste, non programmabili chiamate del Signore.

#### *Cristologia e pneumatologia.*

Ma ora si pone l'interrogativo: se istituzione e carisma sono solo parzialmente considerabili come realtà contrapposte e quindi il binomio non fornisce che risposte parziali alla nostra questione, si danno forse altri punti di vista teologici che meglio ad essa si attagliano? Nella teologia contemporanea emerge sempre più chiaramente la contrapposizione di visione cristologica e visione pneumatologica

della Chiesa. Donde si asserisce che il sacramento è correlato alla linea cristologico-incarnazionale, a cui poi dovrebbe affiancarsi la linea pneumatologico-carismatica. A questo proposito è giusto dire che si deve far distinzione tra Cristo e Pnema. Per contro, come non è consentito trattare le tre Persone nella Trinità come una comunione di tre dèi, ma le si deve intendere come un unico Dio nella relativa triade delle Persone, così anche la distinzione fra Cristo e Spirito è corretta solo se grazie alla loro diversità riusciamo a meglio intendere la loro unità. Non è possibile comprendere rettamente lo Spirito senza Cristo, ma nemmeno Cristo senza lo Spirito Santo. «Il Signore è lo Spirito», ci dice Paolo nella *Seconda lettera ai Corinzi* (3, 17). Ciò non vuol dire che i due siano *sic et simpliciter* la stessa realtà o la medesima Persona. Vuol dire, invece, che Cristo, in quanto è il Signore, può esserci, fra noi e per noi, solo in quanto l'Incarnazione non è stata la sua ultima parola. L'Incarnazione ha compimento nella morte in Croce e nella Resurrezione. È come dire che Cristo può venire solo in quanto ci ha preceduti nell'ordine vitale dello Spirito Santo e si comunica tramite lui e in lui. La cristologia pneumatologica di san Paolo e dei discorsi di addio del *Vangelo di Giovanni* non sono ancora penetrati a sufficienza nella nostra visione della cristologia e della pneumatologia. Eppure la nuova presenza di Cristo nello Spirito è il presupposto essenziale perché vi siano sacramento e presenza sacramentale del Signore.

Ecco quindi che ancora una volta si avvivano di luce il ministero «spirituale» nella Chiesa e la sua collocazione teologica, che la tradizione ha fissato nella nozione di *successio apostolica*. «Successione apostolica» non significa affatto — come potrebbe sembrare — che diventiamo, per così dire, indipendenti dallo Spirito grazie all'ininterrotto concatenarsi della successione. Esattamente al contrario, il vincolo con la linea della *successio* significa che il ministero sacramentale non è mai a nostra disposizione, ma deve esser dato sempre e di continuo dallo Spirito, essendo per l'appunto quel Sacramento-Spirito che non possiamo farci da noi, porre in atto da noi. A tanto non è sufficiente la competenza funzionale in quanto tale: è necessario il dono del Signore. Nel Sacramento, nel vicario operare della Chiesa per mezzo di segni, Egli ha riservato a sé stesso la permanente e continua istituzione del ministero sacerdotale. Il legame quanto mai peculiare fra «una volta» e «sempre», che vale per il ministero di Cristo, qui si fa oltremodo visibile. Il «sempre» del sacramento, il farsi pneumaticamente presente dell'origine storica in tutte le epoche

della Chiesa, presuppone il collegamento all'ἔφραπαξ, all'irripetibile evento originario. Il legame con l'origine, con quel paletto saldamente piantato nella terra che è l'evento unico e non ripetibile, è imprescindibile. Mai potremo evadere in una pneumatologia sospesa in aria, mai lasciarsi alle spalle il solido terreno dell'Incarnazione, dell'operare storico di Dio.

Viceversa, però, questo irripetibile si fa partecipabile nel dono dello Spirito Santo, che è lo Spirito di Cristo risorto. L'irripetibile non sprofonda nel già stato, nella non ripetibilità di ciò che è passato per sempre, ma reca in sé la forza del rendersi presente, giacché Cristo ha attraversato il «velo [della] carne» (Eb 10, 20) e pertanto nell'evento irripetibile ha reso accessibile ciò che sempre permane. L'incarnazione non si ferma al Gesù storico, alla sua *sarx* (cfr. 2 Cor 5, 15)! Il «Gesù storico» diviene importante per sempre proprio perché la sua carne viene trasformata con la Resurrezione, sì che ora egli può, nella forza dello Spirito Santo, farsi presente in tutti i luoghi e in tutti i tempi, come mirabilmente mostrano i discorsi di commiato di Gesù nel *Vangelo di Giovanni* (cfr. particolarmente 14, 28: «Vado e tornerò a voi»). Da questa sintesi cristologico-pneumatologica è dato attendersi che per la soluzione del nostro problema ci sia di reale aiuto un approfondimento della nozione di «successione apostolica».

#### *Gerarchia e profezia.*

Prima di approfondire queste idee, va brevemente menzionata una terza proposta interpretativa del rapporto fra stabili ordinamenti ecclesiali e nuove fioriture pneumatiche: oggi vi è chi, rifacendosi all'interpretazione scritturistica di Lutero nella dialettica fra Legge e Vangelo, contrappone volentieri la linea cultico-sacerdotale a quella profetica nella storia della salvezza. Alla seconda sarebbero da ascrivere i movimenti. Anche questo, come tutto quello su cui abbiamo riflettuto finora, non è del tutto erroneo, ma, ancora una volta, è oltremodo impreciso e perciò inutilizzabile in questa forma. Il problema è troppo vasto per esser trattato a fondo in questa sede. Anzitutto andrebbe ricordato che la legge stessa ha carattere di promessa. Solo perché tale, Cristo ha potuto adempierla e, adempiendola, al tempo stesso «abolirla». Nemmeno i profeti biblici, in verità, hanno mai messo fuori corso la Torà, anzi, al contrario, hanno inteso valorizzarne il vero senso, polemizzando contro gli abusi che se ne facevano. È rilevante, infine, che la missione profe-

tica sia sempre conferita a persone singole e mai sia fissata in un «ceto» o *status* peculiare. Tutte le volte che (come di fatto è avvenuto) la profezia si presenta come uno *status*, i profeti biblici la criticano con durezza non minore di quella che usano con il «ceto» dei sacerdoti veterotestamentari<sup>(4)</sup>. Dividere la Chiesa in una «sinistra» e una «destra», nello *status* profetico degli ordini religiosi o dei movimenti da una parte e nella gerarchia dall'altra, è un'operazione a cui nulla nella Scrittura ci autorizza. Al contrario è qualcosa di artefatto e di assolutamente antitetico alla Scrittura. La Chiesa è edificata non dialetticamente, bensì organicamente. Di vero, quindi, c'è solo che si danno in essa funzioni diverse e che Dio suscita incessantemente uomini profetici — siano essi laici o religiosi, oppure anche vescovi e preti — i quali le lanciano quell'appello che nel corso normale dell'«istituzione» non attingerebbe la forza necessaria. Personalmente, ritengo che non sia possibile intendere, a partire da questa schematizzazione, natura e compiti dei movimenti. E questi stessi sono ben lontani dall'intendersi in tal modo.

Il frutto delle riflessioni esposte finora è quindi piuttosto scarso ai fini della nostra problematica, ma non per ciò privo d'importanza. Non si arriva alla meta se come punto di partenza verso una soluzione si sceglie una dialettica dei principi. Invece di tentare per questa via, a mio avviso conviene adottare un'impostazione storica, che è coerente con la natura storica della fede e della Chiesa.

## II. *Le prospettive della storia: successione apostolica e movimenti apostolici.*

### *Ministeri universali e locali.*

Chiediamoci dunque: come appare l'esordio della Chiesa? Anche chi dispone di una modesta conoscenza dei dibattiti sulla Chiesa nascente, in base alla cui configurazione tutte le Chiese e comunità cristiane cercano di convalidarsi, sa bene che sembra un'impresa disperata poter arrivare a un qualche risultato muovendo da un simile interrogativo di natura storiografica. Se ciononostante

---

(4) La contrapposizione classica tra profeti inviati da Dio e profeti come istituzione si trova in *Amos* 7, 10-17. Una situazione analoga si verifica in *1 Re* 22 nel contrasto tra i quattrocento profeti e Michea; egualmente in *Geremia*, ad es. 37, 19; cfr. anche J. RATZINGER, *Natura e compito della teologia*, Jaca Book, Milano 1993, 104-106.

mi azzardo a prenderne le mosse per cercare a tastoni una soluzione, ciò avviene col presupposto di una visione cattolica della Chiesa e delle sue origini, che per un verso ci offre una solida cornice, ma per l'altro ci lascia aperti degli spazi di ulteriore riflessione, che sono ancora ben lunghi dall'essere esauriti. Non sussiste alcun dubbio che, a partire dalla Pentecoste coloro che assumono più direttamente il mandato missionario di Cristo sono i Dodici, che ben presto troviamo denominati anche *apostoli*. Ad essi è affidato il compito di recare il messaggio di Cristo «fino agli estremi confini della terra» (At 1, 8), di andare a tutte le genti e di fare di tutti gli uomini dei discepoli di Gesù (cfr. Mt 28, 19). L'area loro assegnata è il mondo. Senza delimitazioni locali essi servono alla creazione dell'unico Corpo di Cristo, dell'unico popolo di Dio, dell'unica Chiesa di Cristo. Gli apostoli erano non vescovi di determinate Chiese locali, bensì, appunto, «apostoli» e, in quanto tali, destinati al mondo intero e all'intera Chiesa da costruirvi: la Chiesa universale precede le Chiese locali, che sorgono come sue attuazioni concrete<sup>(5)</sup>. Per dirla ancor più chiaramente e senza ombra d'equivoci: Paolo non è mai stato vescovo di una determinata località, né ha mai voluto esserlo. L'unica spartizione che si sia avuta agli inizi, Paolo la delinea nella *Lettera ai Galati* (2, 9): noi — Barnaba ed io — per i pagani, essi — Pietro, Giacomo e Giovanni — per gli ebrei. Senonché di questa bipartizione iniziale si perde ben presto ogni traccia: anche Pietro e Giovanni si fanno inviati ai pagani e immediatamente varcano i confini d'Israele. Giacomo, il fratello del Signore, che dopo l'anno 42 divenne una sorta di primate della Chiesa ebraica, non era un apostolo.

---

(5) Cfr. CONGREGAZIONE PER LA DOTTRINA DELLA FEDE, *Lettera «Communionis notio» su alcuni aspetti della Chiesa intesa come comunione. Testo e commenti*, Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano 1994, n. 9, 29-31; cfr. anche la mia introduzione, *ibid.*, 8-12. Più ampiamente ho presentato questa realtà nel mio piccolo libro *La Chiesa. Una comunità sempre in cammino*, Edizioni Paoline, Cinisello Balsamo (Milano) 1991, 30-31 e 55-74. Di fatto sia nella Scrittura che nei Padri la precedenza dell'unica Chiesa, dell'unica Sposa di Cristo, nella quale si prolunga l'eredità del popolo di Israele, della «figlia» e della «sposa» Sion, nei confronti della concretizzazione empirica del popolo di Dio nelle Chiese locali è così evidente che mi riesce difficile comprendere come si sia potuto tanto spesso metterla in dubbio. In proposito, basti consultare l'opera di H. de Lubac *Catholicisme* (1938) o la sua *Méditation sur l'Eglise* (1954<sup>3</sup>) o i meravigliosi testi che H. Rahner ha raccolto nel suo libro *Mater Ecclesiae* (1944).

Anche senza ulteriori considerazioni di dettaglio, possiamo affermare che quello apostolico è un ministero universale, rivolto all'umanità intera, e pertanto all'intera unica Chiesa. Dall'attività missionaria degli apostoli nascono le Chiese locali, le quali hanno bisogno di responsabili che le guidino. A costoro incombe l'obbligo di garantire l'unità di fede con la Chiesa intera, di plasmare la vita interna delle Chiese locali e di mantenere aperte le comunità, al fine di consentir loro di crescere numericamente e di recare il dono del Vangelo ai concittadini non ancora credenti. Questo ministero ecclesiale locale, che agli inizi compare sotto molteplici denominazioni, acquisisce a poco a poco una configurazione stabile e unitaria. Nella Chiesa nascente, quindi, esistono con tutta evidenza, l'uno accanto all'altro, due ordinamenti che, pur avvenendo indubbiamente passaggi dall'uno all'altro, sono nettamente distinguibili: da una parte, i servizi delle Chiese locali, che vanno via via assumendo forme stabili, dall'altra, il ministero apostolico, che ben presto non è più riservato unicamente ai Dodici (cfr. *Ef* 4, 10). In Paolo si possono distinguere nettamente due concezioni di apostolo: da un lato, egli dà forte risalto alla unicità specifica del suo apostolato, che poggia su di un incontro con il Risorto e che pertanto pone lui sullo stesso piano dei Dodici. Dall'altro, prevede — per esempio nella *Prima lettera ai Corinzi* (12, 28) — un ministero di apostolo che trascende di molto la cerchia dei Dodici: anche quando nella *Lettera ai Romani* (16, 7) egli designa Andronico e Giunia come «apostoli», a essere presente è questa concezione più ampia. Una terminologia analoga la troviamo nella *Lettera agli Efesini* (2, 20), laddove, parlando degli apostoli e dei profeti quale fondamento della Chiesa, certamente non ci si riferisce solo ai Dodici. I profeti di cui parla la *Didaché*, all'inizio del secondo secolo, sono intesi con tutta evidenza come un tale ministero missionario sovralocale. Tanto più interessante è che di essi si dice: «Sono i vostri sommi sacerdoti»<sup>(6)</sup>.

Possiamo dunque muovere dall'idea che la compresenza dei due tipi di ministero — l'universale e il locale — perduri fino al secondo secolo inoltrato, cioè fino all'epoca in cui ci si chiede già seriamente chi sia ora detentore della successione apostolica. Vari testi ci fanno rendere conto che la compresenza dei due ordinamenti fu ben lon-

---

(6) *Didaché* 13,3, in: A. QUACQUARELLI (a cura di), *I Padri apostolici*, Città Nuova, Roma 1976, 37.

tana dal procedere senza conflitti. La *Terza lettera di Giovanni* ci mostra con evidenza una situazione conflittuale di questo genere. Ma quanto più venivano raggiunti — così come erano accessibili allora — gli « estremi confini della terra », tanto più diveniva difficile continuare ad attribuire agli « itineranti » una posizione che avesse un senso; può darsi che abusi del loro ministero abbiano concorso a favorirne la graduale sparizione. Ormai spettava alle comunità locali e ai loro responsabili — che nel frattempo avevano assunto un profilo ben netto nella triade di vescovo, presbitero, diacono — il compito di propagare la fede nelle aree delle rispettive Chiese locali. Che al tempo dell'imperatore Costantino i cristiani assommassero a circa l'otto per cento della popolazione di tutto l'impero e che alla fine del quarto secolo fossero ancora una minoranza è un fatto che mostra quanto grave fosse quel compito. In tale situazione i capi delle Chiese locali, i vescovi, dovettero rendersi conto che ormai erano diventati loro i successori degli apostoli e che il mandato apostolico pesava tutto sulle loro spalle. La consapevolezza che i vescovi, i capi responsabili delle Chiese locali, sono i successori degli apostoli, nella seconda metà del secondo secolo trova configurazione perspicua in Ireneo di Lione. La determinazione che egli dà dell'essenza del ministero episcopale include due elementi fondamentali.

a) « Successione apostolica » significa anzitutto qualcosa che per noi è ovvio: garantire la continuità e l'unità della fede, e ciò in una continuità che noi definiamo « sacramentale ».

b) Ma a tutto questo è legata anche un'incombenza concreta, che trascende l'amministrazione delle Chiese locali: i vescovi ora devono curare che si continui ad attuare il mandato di Gesù, quello di fare di tutti i popoli dei discepoli suoi e di recare il Vangelo sino ai confini della terra. A loro — e Ireneo lo evidenzia vigorosamente — incombe di far sì che la Chiesa non diventi una sorta di federazione di Chiese locali giustapposte le une alle altre, ma mantenga invece la sua universalità e unità. Essi devono continuare il dinamismo universale dell'apostolicità<sup>(7)</sup>.

Mentre all'inizio abbiamo accennato al pericolo che il ministero presbiterale possa finire con l'essere inteso in senso meramente istituzionale e burocratico e che se ne dimentichi la dimensione carismatica, ora si profila un secondo pericolo: il ministero della succes-

(7) Cfr. J. RATZINGER, *La Chiesa. Una comunità sempre in cammino*, cit., 61-65.

sione apostolica può intristirsi nell'espletare servizi al mero livello di Chiesa locale, perdendo di vista l'universalità del mandato di Cristo; l'inquietudine che ci spinge a portare agli altri il dono di Cristo può estinguersi nella immobilità di una Chiesa saldamente sistemata. Per dirla in termini più drastici: nel concetto di successione apostolica è insito un qualcosa che trascende il ministero ecclesiastico puramente locale. La successione apostolica non può mai esaurirsi in questo. L'elemento universale, che va oltre i servizi da rendere alle Chiese locali, resta una necessità imprescindibile.

*Movimenti apostolici nella storia della Chiesa.*

Questa tesi, che anticipa il risultato finale del mio discorso, dobbiamo ora approfondirla un poco e concretizzarla ulteriormente sul piano storiografico. Essa, infatti, ci conduce direttamente verso la collocazione ecclesiale dei movimenti. Ho detto che, per ragioni disparatissime, nel secondo secolo i servizi propri della Chiesa universale a poco a poco scompaiono e il ministero episcopale li assume tutti in sé. Per molti aspetti questo fu uno sviluppo non solo storicamente inevitabile, ma pure teologicamente indispensabile; grazie ad esso emersero l'unità del sacramento e l'intrinseca unità del servizio apostolico. Ma — come si è detto — fu anche uno sviluppo che comportava dei pericoli. Fu perciò del tutto logico che già nel terzo secolo apparisse nella vita della Chiesa un elemento nuovo che si può tranquillamente definire come un *movimento*: il monachesimo. Si potrà obiettare che il primo monachesimo non ebbe alcun carattere apostolico o missionario e che, al contrario, sia stato fuga dal mondo in isole di santità. Agli inizi è indubbiamente accertabile la mancanza della tensione missionaria, direttamente orientata alla propagazione della fede in tutto il mondo. In Antonio, che ai nostri occhi si staglia come figura storica nettamente individuabile agli esordi del monachesimo, l'impulso determinante è la volontà di perseguire la vita evangelica, la volontà di vivere radicalmente il Vangelo nella sua interezza<sup>(8)</sup>. La storia della sua conversione ha una sorprendente analogia con quella di san Francesco d'Assisi. Sono identici gli impulsi che riscontriamo nell'uno e nell'altro: a prender seriamente e rigoro-

---

(8) Cfr. ATHANASE DI ALEXANDRIE, *Vie d'Antoine*, a cura di J.M. Bartelink, Cerf, Paris 1994 (Sources chrétiennes, 400) e, nell'introduzione di questa edizione, soprattutto il paragrafo: «L'exemple de la vie évangélique et apostolique», 52-53.

samente alla lettera il Vangelo, a seguire Cristo in povertà totale e a conformare tutta la vita alla sua. L'andar nel deserto è un evadere dalla struttura fortemente compaginata della Chiesa locale, l'evadere da una cristianità che a poco a poco si è sempre più adattata ai bisogni della vita mondana, per entrare in una sequela senza «se» né «ma». Ma insorge allora una nuova paternità spirituale, che non ha, certo, alcun carattere direttamente missionario, ma che integra quella dei vescovi e dei presbiteri con la forza di una vita vissuta in tutto e per tutto pneumaticamente<sup>(9)</sup>.

In Basilio, che conferì un'impronta definitiva al monachesimo orientale, vediamo poi, nei suoi contorni più netti, la problematica con la quale si fanno confronti oggi parecchi movimenti. Egli non intese affatto creare una sua propria istituzione da affiancare alla Chiesa istituzionale. La prima e vera e propria regola che egli abbia scritto, voleva essere — per dirla con von Balthasar — non una regola di religiosi, bensì una regola ecclesiale, l'«enchiridion del cristiano risoluto»<sup>(10)</sup>. È quanto avviene all'originarsi di quasi tutti i movimenti, anche e soprattutto nel nostro secolo: si ricerca non una particolare comunità, bensì il cristianesimo integrale, la Chiesa che, obbediente al Vangelo, viva del Vangelo. Basilio, che in un primo tempo era stato monaco, accettò l'episcopato, sottolineandone vigorosamente la carismaticità, l'unità interiore della Chiesa vissuta dal vescovo nella sua vita personale. La vicenda di Basilio è analoga a quella dei movimenti odierni: egli dovette ammettere che il movimento della sequela radicale non si lasciava fondere totalmente nella realtà della Chiesa locale. Nel secondo tentativo di una regola, quella che il Gribomont denomina «il piccolo Asketikon», compare la sua idea di movimento come «forma intermedia tra un gruppo di cristiani risolti, aperto alla totalità della Chiesa, e un ordine monastico che si va organizzando e istituzionalizzando»<sup>(11)</sup>. Lo stesso Gribomont vede nella comunità monastica fondata da Basilio un «piccolo

<sup>(9)</sup> Sul tema della paternità spirituale vorrei rinviare a un'opera, breve ma significativa, di G. BUNGE, *Geistliche Vaterschaft. Christliche Gnosis bei Evagrius Pontikos*, Regensburg, 1988.

<sup>(10)</sup> H.U. VON BALTHASAR (a cura di), *Die großen Ordensregeln*, Johannes Verlag, Einsiedeln 1994<sup>7</sup>, 47.

<sup>(11)</sup> H.U. VON BALTHASAR (a cura di), *Die großen Ordensregeln*, cit., 48-49; cfr. J. GRIBOMONT, *Les Règles Morales de S. Basile et le Nouveau Testament*, in: K. ALAND (a cura di), *Studia patristica*, vol. 2, Akademic-Verlag, Berlin 1957, 416-426.

gruppo per la vitalizzazione del tutto», e non esita a considerare Basilio «patrono non solo degli ordini impegnati nell'insegnamento e nell'assistenza, ma anche delle nuove comunità senza voti»<sup>(12)</sup>.

È chiaro dunque che il movimento monastico crea un nuovo centro di vita, che non scalza le strutture della Chiesa locale sub-apostolica, ma neppure coincide *sic et simpliciter* con essa, poiché vi opera come forza vivificante, e costituisce al tempo stesso una riserva da cui la Chiesa locale può attingere per procurarsi ecclesiastici veramente spirituali, nei quali si fondono sempre di nuovo istituzione e carisma. Significativo in proposito è che la Chiesa orientale tragga i suoi vescovi dal mondo monastico e in tal modo definisca l'episcopato carismaticamente come un ministero che si rinnova incessantemente a partire dall'apostolicità.

Se si guarda ora alla storia della Chiesa nel suo insieme, vi appare evidente che per un verso il modello ecclesiale locale, decisamente caratterizzato dal ministero episcopale, necessariamente è la struttura portante e permanente attraverso i secoli. Ma esso è altresì percorso incessantemente da ondate di movimenti, che rivalorizzano di continuo l'aspetto universalistico della missione apostolica e la radicalità del Vangelo, e proprio per questo servono ad assicurare vitalità e verità spirituali alle Chiese locali. Di queste ondate, successive al monachesimo della Chiesa primitiva, vorrei tratteggiarne brevemente cinque, dalle quali emerge sempre più nettamente l'essenza spirituale di ciò che possiamo denominare *movimento*, chiarendone così progressivamente la collocazione ecclesio-logica.

1. La prima ondata, la scorgo in quel monachesimo missionario che ebbe la sua massima fioritura da Gregorio Magno (590-604) fino a Gregorio II (715-731) e Gregorio III (731-741). Papa Gregorio Magno intuì il potenziale missionario insito nel monachesimo e lo attivò inviando Agostino (che fu poi arcivescovo di Canterbury) e i suoi compagni agli Angli pagani nelle isole britanniche. In precedenza si era già avuta la missione irlandese di san Patrizio, che spiritualmente affondava anch'essa le sue radici nella realtà monastica. Ecco quindi

---

(12) H.U. VON BALTHASAR (a cura di), *Die großen Ordensregeln*, cit., 57; cfr. J. GRIBOMONT, *Obéissance et Evangile selon S. Basile le Grand*, «La Vie Spirituelle. Supplément» 5 (1952), 192-215; su questo punto, 192.

che il monachesimo diventa il grande movimento missionario che porta alla Chiesa cattolica le popolazioni germaniche, edificando così la nuova Europa, l'Europa cristiana. Armonizzando Oriente e Occidente, nel nono secolo Cirillo e Metodio, fratelli carnali e monaci, recano la fede cristiana al mondo slavo. Da tutto questo emergono nettamente due degli elementi costitutivi di quella realtà che è un movimento.

a) Il papato non ha creato i movimenti, ma è stato il loro essenziale sostegno nella struttura della Chiesa, il loro pilastro ecclesiale. In questo si fa forse visibile come non mai il senso più profondo e la vera essenza del ministero petrino: il vescovo di Roma non è solo vescovo di una Chiesa locale; il suo ministero investe sempre la Chiesa universale. In quanto tale, ha carattere apostolico in un senso del tutto specifico. Deve mantener vivo il dinamismo della missione *ad extra* e *ad intra*. Nella Chiesa orientale era stato l'imperatore a pretendere in un primo tempo una sorta di ministero dell'unità e dell'universalità; non a caso si volle insignire Costantino del titolo di « vescovo *ad extra* » e di « quasi apostolo ». Ma la sua poté essere tutt'al più una funzione suppletiva a termine, la cui pericolosità è evidente. Non è un caso che fin dalla metà del secondo secolo, con l'estinguersi degli antichi ministeri universali, i Papi manifestino sempre più chiaramente la volontà di esercitare in particolar modo questo aspetto di missione apostolica. Papato e movimenti che travalicano l'ambito e la struttura della Chiesa locale vanno sempre, e non per caso, fianco a fianco.

b) Il motivo della vita evangelica, che si riscontra già in Antonio l'Egiziano, agli esordi del movimento monastico, resta decisivo. Ma ora si fa palese che la vita evangelica include il ministero dell'evangelizzazione: la povertà e la libertà del vivere secondo il Vangelo sono presupposti di quel servizio al Vangelo che travalica il proprio paese e la propria comunità, e che — come tra poco vedremo più precisamente — è a sua volta la meta e l'intima motivazione della vita evangelica.

2. Solo sommariamente voglio accennare al movimento di riforma monastica di Cluny, che, determinante nel decimo secolo, si appoggiò anch'esso al papato per ottenere l'emancipazione della vita religiosa dal feudalesimo e dal predominio dei vescovi feudatari. Grazie al confederarsi dei singoli monasteri in una congregazione, esso divenne il grande movimento devozionale e rinnovativo in cui prese

forma l'idea di Europa<sup>(13)</sup>. Dal dinamismo riformistico di Cluny germinò poi nell'undicesimo secolo la riforma gregoriana<sup>(14)</sup>, che salvò il papato dal gorgo delle contese fra i nobili romani e dalla mondanizzazione, intraprendendo la grande battaglia per la libertà della Chiesa e la salvaguardia della sua peculiare natura spirituale, anche se poi l'impresa degenerò spesso in lotta di potere fra Papa e imperatore.

3. Fino ai nostri giorni è vitalmente attiva la forza spirituale di quel movimento evangelico che nel Duecento esplose con Francesco d'Assisi e Domenico di Guzmán. Quanto a Francesco, è del tutto evidente che egli non intendeva fondare un nuovo ordine, una comunità separata. Voleva semplicemente richiamare la Chiesa al Vangelo intero, raccogliere il «popolo nuovo», rinnovare la Chiesa in base al Vangelo. I due significati dell'espressione «vita evangelica» si intrecciano inseparabilmente: chi vive il Vangelo nella povertà della rinuncia all'avere e alla discendenza, deve per ciò stesso annunciare il Vangelo. A quei tempi vi era un urgente bisogno di Vangelo, e Francesco considera compito essenziale suo e dei suoi fratelli annunciare agli uomini il semplice nucleo del messaggio di Cristo. Egli e i suoi volevano essere evangelisti. E di qui risulta poi automaticamente l'esigenza di valicare i confini della cristianità, di portare il Vangelo sino ai confini della terra<sup>(15)</sup>.

Nella sua polemica coi preti secolari che all'Università di Parigi si battevano, quali campioni d'una struttura ecclesiale localistica

---

(13) Sul rapporto fra riforma cluniacense e formazione dell'idea di Europa richiama l'attenzione B. Senger, che fa presente anche l'importanza della indipendenza giuridica e dell'ausilio dei Papi (*Lexikon für Theologie und Kirche*, vol. 2 [1958<sup>2</sup>], 1239).

(14) Anche se P. Engelbert può giustamente dire che «non è constatabile un influsso diretto della [riforma cluniacense] sulla riforma gregoriana» (*Lexikon für Theologie und Kirche*, vol. 2 [1994<sup>3</sup>], 1236), vale comunque l'osservazione di B. Senger secondo cui la riforma cluniacense ha preparato un clima favorevole per la riforma gregoriana (*Lexikon für Theologie und Kirche*, vol. 2 [1958<sup>2</sup>], 1240).

(15) Fondamentali per la comprensione di san Francesco restano le *Fonti francescane*, edite in modo esemplare dal Movimento Francescano, Assisi 1977 (con utilissime introduzioni e indicazioni bibliografiche). Interessante per capire la concezione che gli ordini mendicanti avevano di sé è l'articolo di A. JOTISCHKY, *Some mendicant views of the Origins of the Monastic Profession*, «Cristianesimo nella storia» 19 (1998), 31-49. Questo studioso mostra che gli autori appartenenti agli ordini mendicanti, per esporre l'origine e il significato nella Chiesa, si riferirono alla Chiesa primitiva e in particolare ai Padri del deserto.

grettamente chiusa, contro il movimento di evangelizzazione, Tommaso d'Aquino sintetizzò il nuovo e, insieme, ciò che aveva antica radice dei due movimenti (il francescano e il domenicano) e il modello di vita religiosa che vi aveva preso forma. I preti secolari pretendevano che vigesse solo il tipo monastico cluniacense, nel suo tardivo e irrigidito assetto: monasteri separati dalla Chiesa locale, rigorosamente chiusi nella vita claustrale e dediti unicamente alla contemplazione. Comunità del genere non potevano perturbare l'ordine della Chiesa locale, mentre con i nuovi predicatori era inevitabile che si addivenisse ovunque a situazioni di conflittualità. In questo contesto, Tommaso d'Aquino evidenzia come modello Cristo stesso e, muovendo da lui, sostiene la superiorità della vita apostolica rispetto a un tipo di vita puramente contemplativo: «La vita attiva, che includa agli altri le verità attinte con la predicazione e la contemplazione, è più perfetta della vita esclusivamente contemplativa»<sup>(16)</sup>.

Tommaso sa di essere erede delle ripetute rifioriture della vita monastica, che si richiamano tutte alla «vita apostolica»<sup>(17)</sup>. Ma, nell'interpretare quest'ultima in base alla esperienza degli ordini mendicanti, da cui proveniva, egli compie un notevole passo in avanti, proponendo qualcosa che era stato, sì, attivamente presente nella tradizione monastica, ma su cui si era riflettuto scarsamente fino allora. Tutti, a proposito della vita apostolica, si erano richiamati alla Chiesa delle origini. Agostino, per esempio, aveva tratteggiato tutta la sua regola muovendo, in definitiva, dal passo degli *Atti degli Apostoli* in cui si legge che i cristiani erano «un cuore solo e un'anima sola» (4, 32)<sup>(18)</sup>. Ma a questo modello essenziale ora Tommaso d'Aquino aggiunge il discorso d'invio che Gesù tiene agli apostoli in *Matteo* 10, 5-15. La genuina vita apostolica è quella che segue gli insegnamenti di *Atti* 4 e *Matteo* 10: «La vita apostolica sta in questo: dopo aver abbandonato ogni cosa, gli apostoli percorsero il mondo

(16) *Summa theologiae* III, q. 40, a. 1 ad 2. Per una stimolante e chiarificatrice presentazione della posizione di san Tommaso cfr. J.-P. TORRELL, *Tommaso d'Aquino. L'uomo e il teologo*, Piemme, Casale Monferrato 1996, in particolare 95-112.

(17) Cfr. J.-P. TORRELL, *Tommaso d'Aquino*, cit., 111.

(18) Cfr. A. ZUMKELLER, *Zum geistigen Gehalt der Augustinerregel*, in H.U. VON BALTHASAR (a cura di), *Die großen Ordensregeln*, cit., 150-157. Sul significato della regola nella vita e nell'opera di Agostino cfr. G. VIGINI, *Agostino d'Ippona. L'avventura della grazia e della carità*, Cinisello Balsamo 1988, 91-109.

annunciando il Vangelo e predicando, come risulta da *Matteo* 10, dove viene imposta loro una regola»<sup>(19)</sup>. Ecco quindi che questo passo evangelico appare addirittura come regola di un ordine religioso, o, per meglio dire, la regola di vita e missione, che il Signore ha dato agli apostoli, è in sé stessa la regola permanente della vita apostolica, una regola di cui la Chiesa ha perpetuo bisogno. È in base ad essa che si giustifica il nuovo movimento di evangelizzazione.

La polemica parigina tra il clero secolare e i rappresentanti dei movimenti nuovi, nel cui ambito si originarono i testi citati, è di permanente importanza. Un'idea angusta e impoverita della Chiesa, per cui si assolutizza la struttura della Chiesa locale, non può tollerare il nuovo ceto di annunciatori, che dal canto loro, però, trovano necessariamente il loro sostegno nel detentore di un ministero ecclesiale universale, nel Papa, quale garante dell'invio missionario e dell'edificazione dell'unica Chiesa. Ne consegue logicamente il nuovo impulso allo sviluppo della dottrina del primato, che in questo contesto — di là di ogni coloritura legata ai tempi — fu ripensata e ricompresa nelle sue radici apostoliche<sup>(20)</sup>.

4. Giacché qui non si tratta di ripercorrere la storia della Chiesa, ma di comprendere le forme di vita della Chiesa, posso limitarmi a menzionare solo brevemente i movimenti di evangelizzazione del Cinquecento. Fra di essi emergono i gesuiti, che intraprendono la missione mondiale nell'America appena scoperta, in Africa e in Asia; e a essi non sono certo secondo i domenicani né i francescani, grazie al perdurare del loro impulso missionario.

5. Per finire, è a tutti noi ben nota la nuova ondata di movimenti, che si origina nell'Ottocento. Nascono congregazioni specifica-

---

<sup>(19)</sup> *Contra impugnantes Dei cultum et religionem* 4, citato in J.-P. TORRELL, *Tomaso d'Aquino*, cit., 112.

<sup>(20)</sup> Ho illustrato la correlazione fra la disputa sugli ordini mendicanti e la dottrina del primato in uno studio apparso dapprima nella raccolta di studi dedicata a Michael Schmaus (*Theologie in Geschichte und Gegenwart*, Zink, München 1957), che ho poi ripreso con alcune aggiunte nel mio libro *Il nuovo popolo di Dio*, Queriniana, Brescia 1972<sup>2</sup>, 55-80. Y. Congar ha proseguito lo studio da me sviluppato essenzialmente a partire da Bonaventura e dai suoi interlocutori, allargandolo all'insieme delle fonti rilevanti per la questione (cfr. *Aspects ecclésiologiques de la querelle entre médians et séculiers dans la seconde moitié du XIII<sup>e</sup> siècle et le début du XIV<sup>e</sup>*, «Archives d'histoire doctrinale et littéraire du Moyen Âge» 28 [1961], 35-151).

mente missionarie che in partenza mirano, più che a un rinnovamento ecclesiale interno, alla missione nei continenti poco o punto raggiunti dal cristianesimo. Questa volta viene per lo più evitato lo scontro con gli ordinamenti delle Chiese locali, e anzi s'instaura una feconda collaborazione, dalla quale ricevono nuova forza anche le Chiese locali già esistenti, giacché i nuovi missionari sono posseduti dall'impulso alla diffusione del Vangelo e al servizio di carità. Emerge ora con grande rilievo un elemento che, pur non essendo affatto mancato nei movimenti precedenti, può tuttavia sfuggire facilmente all'attenzione dei più: il movimento apostolico del diciannovesimo secolo è stato anche e soprattutto un movimento femminile. In esso, per un verso si pone un fortissimo accento sulla carità, sull'assistenza ai sofferenti e ai poveri: sappiamo tutti che cosa le nuove comunità femminili abbiano significato e significhino tuttora per gli ospedali e per l'assistenza ai bisognosi. Ma un'importanza notevolissima hanno anche scuola e educazione, tanto che nell'armonica combinazione di insegnamento, educazione, carità si fa presente, in tutta la sua gamma, il servizio evangelico. Se dall'Ottocento si getta uno sguardo retrospettivo sui secoli precedenti, si scopre che le donne hanno sempre dato un contributo essenziale ai movimenti apostolici. Si pensi a certe audaci donne del Cinquecento, quali Maria Ward o, per altro verso, Teresa d'Avila, a certe figure femminili del Medioevo, quali Ildegarda di Bingen e Caterina da Siena, alle donne della cerchia di san Bonifacio, alle sorelle di certi Padri della Chiesa e infine alle donne menzionate nell'epistolario paolino e a quelle della cerchia di Gesù. Pur non essendo mai né vescovi né preti, le donne hanno sempre condiviso la vita apostolica e l'espletamento del mandato universale che vi è insito.

*L'ampiezza del concetto di successione apostolica.*

Dopo la scorsa che abbiamo dato ai grandi movimenti apostolici nella storia della Chiesa, torniamo alla tesi da me già anticipata, in seguito all'analisi delle risultanze bibliche: occorre ampliare e approfondire il concetto di successione apostolica, se si vuol rendere giustizia a tutto quello che esso significa ed esige. Che intendiamo dire? Anzitutto, che va saldamente ritenuta, quale nucleo di tale concetto, la struttura sacramentale della Chiesa, nella quale essa riceve sempre di nuovo l'eredità degli apostoli, l'eredità di Cristo. In forza del sacramento, nel quale Cristo opera per mezzo dello Spirito Santo, essa si distingue da tutte le altre istituzioni. Il sacramento significa che essa vive e viene continuamente ricreata dal Signore quale « creatura

dello Spirito Santo». In questa nozione vanno tenute presenti le due componenti del sacramento inseparabilmente congiunte, di cui abbiamo discorso in precedenza: anzitutto l'elemento incarnazionale-cristologico, vale a dire il legame che vincola la Chiesa all'unicità dell'Incarnazione e dell'evento pasquale, il legame con l'agire di Dio nella storia. Ma poi, al tempo stesso, c'è il rendersi presente di questo evento per la forza dello Spirito Santo, cioè la componente cristologico-pneumatologica, che assicura novità e, insieme, continuità alla Chiesa viva.

Con ciò si sintetizza quel che nella Chiesa è sempre stato insegnato come essenza della successione apostolica, il nucleo del concetto sacramentale di Chiesa. Ma questo nucleo è impoverito, anzi atrofizzato, se si pensa solo alla struttura della Chiesa locale. Il ministero dei successori di Pietro fa superare la struttura meramente localistica della Chiesa; il successore di Pietro è non solo vescovo locale di Roma, bensì vescovo per la Chiesa intera e nella Chiesa intera. Incarna perciò un aspetto essenziale del mandato apostolico, un aspetto che non può mai mancare nella Chiesa. Ma nemmeno lo stesso ministero petrino sarebbe rettamente inteso e sarebbe travisato in una mostruosa figura anomala, qualora si addossasse soltanto al suo detentore il compito di realizzare la dimensione universale della successione apostolica<sup>(21)</sup>. Nella Chiesa devono sempre aversi anche servizi e missioni che non siano di natura puramente locale, ma siano funzionali al mandato che investe la realtà ecclesiale complessiva e alla propagazione del Vangelo. Il Papa ha bisogno di questi servizi, e questi hanno bisogno di lui, e nella reciprocità delle due specie di missione si compie la sinfonia della vita ecclesiale. L'era apostolica, che ha valore normativo, dà un risalto così vistoso a queste due componenti, da indurre chiunque a riconoscerle irrinunciabili per la vita della Chiesa. Il sacramento dell'Ordine, il sacramento della successione, è necessariamente intrinseco a questa forma strutturale, ma — ancora più che nelle Chiese locali — è circondato da una molteplicità di servizi, e qui si fa assolutamente non ignorabile

---

(21) L'avversione nei confronti del primato e la scomparsa del senso della Chiesa universale dipendono certamente proprio dal fatto che il concetto di Chiesa universale si trova concretizzato soltanto nel papato e questo, isolato e senza il contesto vivo delle realtà ecclesiali di carattere universale, appare come uno scandaloso monolito, che disturba l'immagine di una Chiesa ridotta a ministeri di Chiesa puramente locale e alla giustapposizione di comunità. Questo però non rispecchia la realtà della Chiesa antica.

anche la parte che nell'apostolato della Chiesa spetta alle donne. In sintesi, potremmo affermare addirittura che il primato del successore di Pietro esiste al fine di garantire queste componenti essenziali della vita ecclesiale e connetterle ordinatamente con le strutture delle Chiese locali.

A questo punto, a scanso di equivoci, va detto a chiare note che nella storia i movimenti apostolici appaiono in forme sempre nuove, e necessariamente, poiché sono precisamente la risposta dello Spirito Santo alle mutevoli situazioni in cui viene a trovarsi la Chiesa. E quindi, come le vocazioni al sacerdozio non possono esser prodotte, né stabilite amministrativamente, così, men che meno, i movimenti possono essere organizzati e lanciati sistematicamente dall'autorità. Devono essere donati, e sono donati. A noi tocca solo essere sollecitamente attenti a essi, accogliendo grazie al dono del discernimento quanto hanno di buono e imparando a superare quanto vi è di meno adeguato. Uno sguardo retrospettivo alla storia della Chiesa ci aiuterà a constatare con gratitudine che attraverso tutte le difficoltà si è sempre riusciti a dar posto nella Chiesa alle grandi nuove realtà che in essa germogliano. Non si potrà nemmeno, però, dimenticare tutta quella teoria di movimenti che fallirono o portarono a durevoli scissioni: montanisti, catari, valdesi, hussiti, il movimento della Riforma del sedicesimo secolo. E probabilmente si dovrà parlare di colpa da entrambe le parti, se in questi casi alla fine è rimasta una divisione.

### III. *Distinzioni e criteri.*

Quale ultimo doveroso punto di questa relazione, è inevitabile affrontare la questione dei criteri di discernimento. Per potervi rispondere in modo adeguato, si dovrebbe preliminarmente precisare ancora un poco il concetto di «movimento» e forse perfino tentare di proporre una tipologia dei movimenti. Ma ne è ovvia l'impossibilità in questa sede. Ci si dovrebbe anche guardare dal proporre una definizione troppo rigorosa, poiché lo Spirito Santo tiene pronte in ogni momento delle sorprese, e solo retrospettivamente siamo in grado di riconoscere che dietro le grandi diversità esiste un'essenza comune. Tuttavia, quale avvio a una chiarificazione concettuale, vorrei enucleare in tutta brevità tre diversi tipi di realtà individuabili nella storia più recente. Li diversificherei con tre denominazioni: *movimenti, correnti, iniziative di mobilitazione*. Il movimento liturgico

della prima metà del nostro secolo, come pure quello mariano, emerso con forza sempre crescente nella Chiesa fin dall'Ottocento, li caratterizzerei non come movimenti, bensì come correnti, che poi hanno potuto, sì, condensarsi in movimenti concreti, quali le Congregazioni Mariane o i raggruppamenti di gioventù cattolica, ma non vi si sono esaurite. Raccolte di firme per postulare una definizione dogmatica o cambiamenti della Chiesa, d'uso comune oggi, non sono nemmeno essi dei movimenti, ma delle iniziative di mobilitazione. Che cosa sia un movimento vero e proprio, probabilmente lo si può scorgere con la massima chiarezza nella fioritura francescana del Duecento: i movimenti nascono per lo più da una personalità carismatica guida, si configurano in comunità concrete che in forza della loro origine rivivono il Vangelo nella sua interezza e senza tentennamenti riconoscono nella Chiesa la loro ragione di vita, senza di cui non potrebbero sussistere<sup>(22)</sup>.

Con questo tentativo, certo assai insufficiente, di trovare una qualche definizione, eccoci già arrivati ai criteri che, per così dire, possono tenerne il posto. Il criterio essenziale è già emerso del tutto spontaneamente: è il radicamento nella fede della Chiesa. Chi non condivide la fede apostolica non può pretendere di svolgere attività apostolica. Dal momento che la fede è una sola per tutta la Chiesa, ed è anzi essa a produrne l'unità, alla fede apostolica è necessariamente vincolato il desiderio di unità, la volontà di stare nella comunità viva di tutta la Chiesa, per dirla il più concretamente possibile: di stare con i successori degli apostoli e con il Successore di Pietro, cui incombe la responsabilità dell'integrazione tra Chiesa locale e Chiesa universale, quali unico popolo di Dio. Se la collocazione, il luogo dei movimenti nella Chiesa è l'«apostolicità», ecco che per essi in tutte le epoche non può che essere basilare il volere la vita apostolica. Rinuncia a proprietà, a discendenza, a imporre la propria idea di Chiesa, cioè obbedienza nella sequela di Cristo, sono state considerate in ogni epoca gli elementi essenziali della vita apostolica, che naturalmente non possono valere in identico modo per tutti coloro che hanno parte in un movimento, ma che per tutti sono, in modalità diverse, punti d'orientamento della vita personale. La vita apo-

---

(22) Utile per la determinazione dell'essenza dei movimenti è A. CATTANEO, *I movimenti ecclesiali: aspetti ecclesiologici*, «Annales Theologici» 2 (1997), 401-427: in particolare 406-409.

stolica, inoltre, non è fine a sé stessa, ma dona la libertà di servire. Vita apostolica chiama azione apostolica: al primo posto — ancora una volta in modalità diverse — sta l'annuncio del Vangelo: l'elemento missionario. Nella sequela di Cristo l'evangelizzazione è sempre, in primissimo luogo, *evangelizare pauperibus*, annunciare il Vangelo ai poveri. Ma ciò non si attua mai soltanto con parole; l'amore, che dell'annuncio costituisce il cuore, il centro di verità e il centro operativo, deve essere vissuto e farsi così annuncio esso medesimo. Ecco quindi che all'evangelizzazione è sempre legato, in qualsivoglia forma, il servizio sociale. Tutto questo — per lo più grazie al travolgente entusiasmo che promana dal carisma originario — presuppone un profondo incontro personale con Cristo. Il divenire comunità, il costruire la comunità non esclude, anzi esige la dimensione della persona. Solo quando la persona è colpita e segnata da Cristo nel più profondo del suo intimo, si può toccare anche l'intimo altrui, solo allora può aversi riconciliazione nello Spirito Santo, solo allora può crescere una vera comunione. Nell'ambito di questa basilare struttura cristologico-pneumatologica ed esistenziale possono darsi accentuazioni e sottolineature diversissime, nelle quali avviene incessantemente la novità del cristianesimo, nelle quali incessantemente lo Spirito rinnova la giovinezza della Chiesa (cfr. *Sal* 103, 5).

Da qui si fanno visibili tanto i pericoli che esistono nei movimenti, quanto le vie per superarli. Vi è il rischio di unilateralità che porta a esagerare il mandato specifico che ha origine in un dato periodo o in forza di un particolare carisma. L'esperienza spirituale cui si appartiene è vissuta non come una delle forme della vita cristiana, bensì come l'essere investiti dalla pura e semplice integralità del messaggio evangelico: questo può indurre ad assolutizzare il proprio movimento, identificandolo con la Chiesa stessa e intendendolo come la via per tutti, mentre di fatto questa unica via può farsi conoscere in modi diversi. Del pari è quasi inevitabile che dalla fresca vivacità e dalla totalità di questa esperienza nuova derivi continuamente anche il rischio di scontro con la comunità locale: uno scontro in cui può darsi colpa da entrambe le parti, onde entrambe le parti subiscono una sfida spirituale. Le Chiese locali possono esser venute a patti con il mondo in un certo quale conformismo, il sale può diventare scipito, come, nella sua critica della cristianità del suo tempo, a quest'ultima con pungente crudezza rinfaccia Kierkegaard. Anche là dove la distanza dalla radicalità del Vangelo non è arrivata al punto aspramente censurato da Kierkegaard, l'irrompere del nuovo

viene avvertito come perturbativo, tanto più se accompagnato, come non di rado avviene, da debolezze, infantilismi e erronee assolutizzazioni di ogni sorta.

Le due parti devono lasciarsi educare dallo Spirito Santo e anche dall'autorità ecclesiastica, devono apprendere una dimenticanza di sé senza la quale non è possibile il consenso interiore alla molteplicità delle forme che può assumere la fede vissuta. Le due parti devono imparare l'una dall'altra a lasciarsi purificare, a sopportarsi e a trovare la via che conduce a quei comportamenti di cui parla nell'inno alla carità Paolo (cfr. *1 Cor* 13, 4-7). Ai movimenti, quindi, va rivolto un monito: anche se nel loro cammino hanno trovato e partecipano ad altri la totalità della fede, essi sono un dono fatto alla Chiesa nella sua totalità, e alle esigenze di questa totalità devono sottomettersi, per restare fedeli a ciò che è loro essenziale<sup>(23)</sup>. Ma occorre che si dica chiaramente anche alle Chiese locali, anche ai vescovi, che non è loro consentito indulgere ad alcuna pretesa di uniformità assoluta nella organizzazione e nella programmazione pastorale. Non possono far assurgere i loro progetti pastorali a pietra di paragone di quel che allo Spirito Santo è consentito operare: di fronte a mere progettazioni umane può accadere che le Chiese si rendano impenetrabili allo Spirito di Dio, alla forza di cui esse vivono<sup>(24)</sup>. Non è lecito pretendere che tutto debba inserirsi in una determinata organizzazione dell'unità: meglio meno organizzazione e più Spirito Santo! Soprattutto non si può sostenere un concetto di comunione in cui il valore pastorale supremo consista nell'evitare conflitti. La fede è sempre anche spada e può esigere proprio il conflitto per amore di verità e di carità (cfr. *Mt* 10, 34). Un progetto di unità ecclesiale in cui i conflitti fossero liquidati a priori come polarizzazione e la pace interna fosse ottenuta a prezzo della rinuncia alla totalità della testimonianza, ben presto si rivelerebbe illusorio. Non è lecito, infine, che si instauri un certo atteggiamento di superiorità intellettuale per cui si bolli come fondamentalismo lo zelo di persone animate dallo Spirito Santo e la loro candida fede nella Parola di Dio, e non si consenta nient'altro che un modo di credere per il quale il « se » e il « ma » sono più importanti della sostanza di quanto si dice di credere. Per finire, tutti devono lasciarsi misurare con il

---

(23) Cfr. A. CATTANEO, *I movimenti ecclesiali*, cit., 423-425.

(24) Insiste su questo A. CATTANEO, *I movimenti ecclesiali*, cit., 413-414 e 417.

metro dell'amore per l'unità dell'unica Chiesa, che rimane unica in tutte le Chiese locali e, in quanto tale, si palesa continuamente nei movimenti apostolici. Chiese locali e movimenti dovranno, le une e gli altri, costantemente riconoscere e accettare che è vero tanto *l'ubi Petrus, ibi Ecclesia* quanto *l'ubi episcopus, ibi Ecclesia*. Primato e episcopato, struttura ecclesiale locale e movimenti apostolici hanno bisogno gli uni degli altri: il primato può vivere solo tramite e con un episcopato vivo, l'episcopato può salvaguardare la sua unità dinamica e apostolica solo in costante collegamento con il primato. Quando uno dei due è indebolito o sminuito, è la Chiesa tutta a soffrirne.

Dopo tutte queste considerazioni, è doveroso che alla fine restino soprattutto gratitudine e gioia. Gratitudine poiché è molto evidente che lo Spirito Santo è anche oggi all'opera nella Chiesa e le concede nuovi doni, grazie ai quali essa rivive la gioia della sua giovinezza (cfr. *Sal* 42, 4, nel testo latino della Volgata). Gratitudine per quelle tante persone, giovani e anziane, che aderiscono alla chiamata dello Spirito e, senza guardarsi né attorno né indietro, si lanciano gioiosamente nel servizio del Vangelo. Gratitudine per i vescovi che si aprono ai nuovi cammini, fanno loro posto nelle proprie rispettive Chiese, dibattono pazientemente con i loro responsabili per aiutarli a superare ogni unilateralità e per condurli alla giusta conformazione. E soprattutto, in questo luogo e in quest'ora, ringraziamo Giovanni Paolo II. Egli ci precede tutti nella capacità di entusiasmo, nella forza del ringiovanimento interiore in grazia della fede, nel discernimento degli spiriti, nell'umile e animoso lottare perché siano sempre più copiosi i servizi che si rendono al Vangelo. Egli ci precede tutti nell'unità con i vescovi di tutto il pianeta, che instancabilmente ascolta e guida. Grazie a Giovanni Paolo II, che è per tutti noi guida a Cristo. Cristo vive e dal Padre invia lo Spirito Santo: questa è la gioiosa e vivificante esperienza che ci viene concessa proprio nell'incontro con i movimenti ecclesiali del nostro tempo.

JEAN-PIERRE SCHOUPPE

CONVERGENCES ET DIFFÉRENCES  
ENTRE LE DROIT DIVIN DES CANONISTES  
ET LE DROIT NATUREL DES JURISTES (1)

I. Le droit divin — naturel et révélé — canonique. — 1. Le droit divin, dimension immuable du droit canonique. — 2. L'historicité et la mutabilité du droit canonique. — 3. L'articulation entre le droit divin et le droit humain dans l'Église. — 4. Le droit naturel en droit canonique. — II. Le droit naturel dans l'ordre juridique étatique: un dialogue de sourds? — 1. Un échantillon : le droit naturel dans la doctrine juridique belge. — 2. Perspectives d'avenir pour le droit naturel classique: des références explicites aux manifestations implicites. — III. Réflexions comparatives et conclusives.

L'observateur du phénomène canonique sera sans doute frappé par la continuité dont celui-ci témoigne au travers de ses mutations. D'où ce droit tient-il son aptitude à vivre son historicité et sa mutabilité sans perdre son identité et sa spécificité, non seulement au fil des siècles mais au terme d'un second millénaire? Le plus important facteur de stabilisation du droit du Peuple de Dieu est sans aucun doute le *droit divin*. Cette véritable clef de voûte de la structure juridique de l'Église s'avérera peut-être aussi être une source de réflexion utile aux juristes séculiers, en se prêtant à une comparaison avec le rôle du droit naturel dans l'ordre juridique étatique.

D'où la structure tripartite de cette contribution. Nous commencerons par préciser, au plan *canonique*, les frontières de l'immuable ainsi que l'imbrication de la dimension divine et de la dimension humaine du droit de l'Église. Puis nous aborderons la question

---

(1) Cet article reprend en partie notre contribution au Séminaire interdisciplinaire d'études juridiques sur «L'accélération du temps juridique», organisé par la Faculté de Droit des Facultés universitaires Saint-Louis à Bruxelles.

du droit naturel dans l'ordre canonique. Dans la seconde partie, nous livrerons quelques réflexions sur la place du droit naturel en droit *étatique*, en dialogue avec la philosophie du droit contemporaine. Il y sera notamment question du rôle que pourrait jouer le droit naturel *classique* — souvent éclipsé par le droit naturel rationnaliste des modernes —, y compris dans une société pluraliste, non confessionnelle et sécularisée. Ces portraits des facteurs stabilisateurs primordiaux de deux systèmes juridiques en évolution permettront de tirer, dans la troisième partie, quelques conclusions *comparatives* quant à leur asymétrie apparemment croissante ainsi que sur les effets prévisibles de cette évolution, si elle devait se confirmer, sur la société elle-même.

## I. *Le droit divin — naturel et révélé — canonique.*

S'il y a, indéniablement, une historicité des structures juridiques ecclésiales, leurs modifications s'opèrent dans la continuité, qui se mesure par rapport à un noyau immuable sans lequel l'Église ne serait plus elle-même. Ce noyau est le « critère d'authenticité »<sup>(2)</sup> de toute évolution du Peuple de Dieu. Lorsqu'on le considère du point de vue juridique, il porte l'appellation classique de *droit divin*<sup>(3)</sup>.

### 1. *Le droit divin, dimension immuable du droit canonique.*

Poser la question de l'immutabilité du droit de l'Église revient donc à se demander quel est le droit divin ecclésial. Le droit divin a notamment été défini comme « l'ensemble des facteurs juridiques qui ont Dieu comme auteur et auxquels les normes du droit canonique humain sont subordonnées, de telle sorte que ces dernières manquent complètement de valeur si elles sont contraires au droit divin »<sup>(4)</sup>. La plupart des définitions actuelles soulignent que le droit divin est à la fois « fondement », « principe informateur » et

(2) Cf. P.J. VILADRICH, *El « ius divinum » como criterio de autenticidad en el Derecho de la Iglesia*, in Collectif, « La norma en el Derecho canónico », Pampelune, 1979, p. 33.

(3) En ce qui concerne les études théologiques du concept de droit divin, on consultera avec intérêt Y. CONGAR, *Ius divinum*, in « Revue de droit canonique », 28 (1978), p. 108-122; T.-I. JIMÉNEZ URRESTI, *De la teología a la canonística*, Salamanque, 1993, p. 277 et s.

« clause-limite » du droit humain. Dès lors, il ne faudrait pas se représenter le droit divin comme s'il s'agissait surtout d'un carcan réducteur de la liberté humaine<sup>(5)</sup>. Le *ius divinum* est aussi fondement et principe inspirateur, qui stimule et indique des principes et des orientations, qu'il reviendra au juriste et au législateur de déterminer, mettre en oeuvre, en faisant souvent un véritable travail « inventif ». Comme cette activité humaine se fonde sur un ensemble de réalités juridiques qui sont permanentes dans l'Église, il ne s'agit ni d'une oeuvre purement créatrice — le droit divin est pré-existant — ni d'une simple concrétisation<sup>(6)</sup> de données abstraites. Le « critère d'authenticité » synthétise, en quelque sorte, la trilogie (fondement, principe informateur et clause-limite) qui caractérise le droit divin.

Pour éviter un éventuel malentendu dans la suite de notre réflexion, il y a lieu de préciser que le concept de droit divin doit être préservé de la réduction normativiste qui le menace tout autant que le droit humain. Cette affirmation ne saurait être saisie dans toute sa portée que si on la situe dans le contexte du réalisme juridique classique<sup>(7)</sup>. Sous cet angle, la loi ne peut être confondue avec le droit. Qu'elle soit divine (révélée ou naturelle) ou humaine, canonique ou étatique, la loi ne constitue que la cause, la règle ou la mesure du droit. Le droit est, quant à lui, la chose juste: le bien, la faculté, la prestation... attribué ou reconnu en justice à un titulaire. Que ce soit dans un contexte ecclésial ou séculier, le « sien » de tout titulaire doit lui être donné ou rendu. Alors que le juriste évalue « le juste » et veille à sa protection ainsi qu'à sa réalisation par d'autres, la

(4) P. LOMBARDÍA, *Lecciones de Derecho canónico*, Madrid, 1984, p. 20 (trad. libre).

(5) Cf. G. LO CASTRO, *Il mistero del diritto divino*, in « *Ius Ecclesiae* », 8 (1996), p. 427-463.

(6) Un auteur préconise toutefois l'emploi du terme « concrétisation » du droit divin, voir H. PREE, *The divine and the human of the « ius divinum »*, in Collectif, « *In diversitate unitas* (Monsignor W. Onclin Chair 1997) », Louvain (Leuven), 1997, p. 36 et s.

(7) Pour une présentation actuelle du réalisme juridique classique, voir J. HERVADA, *Introduction critique au droit naturel*, Bordeaux, 1991. Pour une étude de la genèse de cette conception et de son prolongement jusqu'à nos jours, voir J.-P. SCHOUPE, *Le réalisme juridique*, Bruxelles, 1987. Pour une application du réalisme juridique au droit canonique, voir IDEM, *Le droit canonique. Introduction générale et droit matrimonial*, Bruxelles, 1991, en particulier les pages 82-88 sur le droit divin.

personne juste, au sens de la vertu particulière, est celle qui accomplit les actes de justice, donne au « créancier » (pris ici au sens le plus large) ce qui lui est dû, et ajuste de cette manière les rapports entre les sujets.

Si l'on applique cette conception du droit à notre thématique, l'on comprend aisément que, loin de se réduire à la *loi* divine (par exemple, les préceptes du genre « tu ne tueras pas »), le *droit* divin englobe tous les éléments juridiques qui sont permanents selon le dessein divin pour l'Église. Outre les normes ou formulations divino-positives, il comprend aussi les rapports de justice, les structures ecclésiales ainsi que les biens salvateurs qui, en vertu des prescrits de la Raison divine, sont dus en justice au sein de la communauté catholique. Dans cette optique, le droit divin ne se profile plus avant tout comme un ensemble de *règles* immuables. Il apparaît plutôt comme *la totalité des « res iustae », des biens qui, par institution divine, sont dus en justice aux fidèles et, en définitive, à l'Église elle-même.*

Un bon exemple de ce noyau fondamental de la juridicité ecclésiale nous est donné au canon 213 du Code. Cette disposition reconnaît un droit fondamental de tous les fidèles à recevoir des ministres ordonnés l'aide provenant des biens spirituels, surtout de la parole de Dieu et des sacrements. L'annonce authentique de l'Évangile et l'administration des sacrements selon le droit aux fidèles qui y sont bien préparés constituent autant de choses justes d'institution divine. Ces droits divins sont immergés dans des règles et des structures qui, en revanche, sont de droit humain et, à leur tour, sont une source de rapports juridiques.

La Révélation divine — Écriture sainte et Tradition — interprétée authentiquement par le magistère ecclésiastique<sup>(8)</sup>, lui-même assisté à des degrés divers par l'Esprit Saint, dévoile progressivement des contenus du plan divin éternel<sup>(9)</sup>. C'est toute la question du pro-

(8) Cf. CONCILE VATICAN II, Constitution dogmatique *Dei Verbum*, n<sup>os</sup> 8-10. On consultera aussi avec profit le motu proprio de Jean-Paul II *Ad tuendam fidem*, du 18 mai 1998, et, à sa suite, la note de la Congrégation pour la doctrine de la foi qui, à défaut de fournir une liste exhaustive, illustre clairement ce que l'on doit considérer dans l'Église catholique comme vérités « définitives » (cf. *La documentation catholique*, 19 juillet 1998, p. 651-657).

(9) Cf. R. SOBANSKI, *Immutabilità e storicità del diritto della Chiesa: diritto divino e diritto umano*, in « *Ius Ecclesiae* », 9 (1997), p. 19-43.

gressif dévoilement du « permanent » au sein même du mystère de l'Église. Mis à part les préceptes et les commandements, la conscience ecclésiale a pu, au fil du temps, dégager bien d'autres aspects du noyau immuable. Il suffit de penser, par exemple, à la différence essentielle entre le sacerdoce ministériel et le sacerdoce commun des fidèles, au primat du romain pontife en tant qu'unique successeur de Pierre, au collège des évêques succédant au collège des apôtres, ou encore à l'évêque, tête nécessaire de l'Église particulière qui lui est confiée. On songera encore à certains dogmes définis (par exemple, l'existence de sept sacrements, institués par le Christ, conférant la grâce<sup>(10)</sup>). Ces contenus d'origine divine, qui permettent à l'Église catholique de rester elle-même, tant dans ses rapports avec le monde que dans ses tentatives de rapprochements œcuméniques, considérés dans leur dimension juridique, forment le droit immuable.

Dieu n'est pas sujet au changement ni au caprice, car il est Acte pur et se trouve, dès lors, en dehors du temps. Ses desseins, même s'ils font appel à la réponse libre des personnes humaines souvent versatiles, sont donc permanents. La théologie nous enseigne aussi que la Sagesse divine comprend et prévoit de façon absolue, sans nécessité de revoir ses plans, tout en veillant à respecter la liberté humaine d'adhésion à ces desseins. En effet, s'il venait à être dépouillé de sa capacité de libre choix rationnel, l'homme ne pourrait plus répondre aux attentes de l'Amour divin en tant que créature faite à l'image et à la ressemblance de Dieu.

À ce propos, on précisera que, si le droit divin est immuable et indérogeable, il a parfois été confondu avec des expressions juridiques portant sur des éléments humains qui sont, quant à eux, dérogeables et sujets à évolution. De ce point de vue, il faudrait distinguer des degrés à l'intérieur de ce qui est présenté comme étant de droit divin, de manière analogue à ce qui se passe dans l'exercice de la fonction d'enseignement (*munus docendi*): les doctrines magistérielles, selon le cas, engagent, plus ou moins, l'autorité de l'Église. À ce propos, il faut bien reconnaître que la qualification « de droit divin » n'a pas toujours été utilisée avec la rigueur souhaitable et

---

(10) Les hésitations des théologiens quant à la place du mariage dans la liste des sacrements — le magistère ecclésiastique ne se prononça sur la question qu'avec la bulle d'union avec les Arméniens au Concile de Florence (22 novembre 1439) — est une illustration du dévoilement progressif du droit divin pourtant immuable (sur la question historique, voir J. GAUDEMET, *Le mariage en Occident*, Paris, 1987, p. 188).

ne possède pas nécessairement la valeur prétendue<sup>(11)</sup>. Or, comme le signalait Lombardía, les deux risques fondamentaux consistent, d'une part, à s'écarter du dessein divin (ce qui rendrait stériles tous les progrès techniques du droit canonique) et, de l'autre, à qualifier de dessein divin ce qui n'est rien d'autre que sa formulation historique concrète<sup>(12)</sup>.

Un exemple de qualification critiquable de la part du législateur canonique se trouve dans le canon 113 § 1 du Code de 1983. Cette disposition, reprise au canon 100 § 1 du Code de 1917, stipule que « l'Église catholique et le Siège Apostolique ont qualité de personne morale de par l'ordre divin lui-même ». Or, le concept de « personne morale » ne se situe pas au plan fondamental mais relève de la technique scientifique humaine. Par ailleurs, loin d'être un point acquis depuis toujours, il semble lié à des circonstances historiques bien concrètes. Une étude a pu établir que cette affirmation ne remonte qu'à une allocution de Pie IX en date du 8 décembre 1854<sup>(13)</sup>. L'assertion en question s'inscrit dans le contexte concret de la prise de conscience à cette époque-là de ce que la personnalité juridique de l'Église et du Siège Apostolique pouvait, pour les uns, se défendre et, pour les autres, être rejetée. Il y a donc lieu de préciser chaque fois s'il est question d'une institution *de* droit divin, ou si l'on veut simplement affirmer que telle solution a un *fondement* ou une origine de droit divin, ou encore si l'on se limite à reconnaître qu'une norme déterminée est *conforme* au droit divin ou, à tout le moins, qu'elle n'est *pas incompatible* avec celui-ci.

Cette difficulté de qualification se présente aussi en matière d'empêchements au mariage. Que ce soit à propos de la notion même d'empêchement ou de la détermination des empêchements de droit divin, la doctrine canonique est loin d'être unanime<sup>(14)</sup>. De manière significative, l'autorité ecclésiastique compétente se réserve le droit de déclarer authentiquement les empêchements de

(11) Cf. S. BERLINGÒ, *Diritto divino e diritto umano nella Chiesa*, in « Il diritto ecclesiastico », I, 106 (1995), p. 58.

(12) Cf. P. LOMBARDÍA, *Estructura del ordinamiento canónico*, in *Catedráticos de Derecho Canónico de Universidades Españolas*, « Derecho Canónico », 2<sup>e</sup> éd., Pamplune, 1975, p. 174.

(13) Cf. G. LO CASTRO, *Personalità morale e soggettività giuridica nel Diritto canonico (Contributo allo studio delle persone morali)*, Milan, p. 205, note 119.

(14) Cf. J. GAUDEMET, *Le mariage en Occident, o. c.*, en particulier p. 195-219.

droit divin à l'exercice du droit au mariage (cf. can 1705 § 1). Un autre exemple tiré du droit matrimonial nous est fourni par le dol, qui peut être prouvé, entre autres, en cas de silence d'un conjoint à propos de sa stérilité (cf. can. 1084 § 3). Ce chef de nullité, qu'un certain nombre de législations civiles n'ont pas encore introduit, a donné lieu à un débat, dont l'enjeu est loin d'être purement académique. C'est la question de sa rétroactivité qui est posée, avec des conséquences importantes pour les procès: si le dol est une cause de nullité de droit divin naturel, il est applicable aux mariages conclus avant l'entrée en vigueur du Code de 1983. Dans le cas contraire, s'agissant d'une institution de droit humain, il ne vaut qu'à l'endroit des mariages célébrés ultérieurement. Les discussions doctrinales qui s'en suivirent témoignent de la difficulté de trancher ce genre de questions<sup>(15)</sup>.

Cependant, les difficultés inhérentes au dévoilement du droit divin, aussi sérieuses soient-elles, sont techniquement surmontables. Elles demeurent localisées à quelques domaines bien déterminés et ont, par ailleurs, le mérite de rappeler l'existence du droit divin, tout en manifestant son étroite imbrication dans le droit humain. Sous cet angle, le droit matrimonial canonique illustre clairement cette absence de cloisonnement étanche entre le divin et l'humain et assure la protection de la dignité du mariage classique, connu sous le nom d'*institutum naturae*<sup>(16)</sup>. Loin de se cantonner au domaine du mariage, le droit divin concerne, bien que dans des proportions variables, l'ensemble du droit canonique.

## 2. *L'historicité et la mutabilité du droit canonique.*

Les pages précédentes ont présenté le droit divin comme la dimension immuable du droit canonique. Il ne faudrait pas en conclure, par un simple effet de symétrie, que l'historicité du droit canonique partagerait pleinement le sort de la mutabilité de celui-

(15) Cf. U. NAVARRETE, *Le canon 1098 sur l'erreur dolosive est-il de droit naturel ou de droit positif ecclésiastique?* in « Recueil canonique d'Arras » (1988), p. 174-184.

(16) Voir notamment la définition du mariage (can. 1055 § 1) et ses propriétés essentielles — unité et indissolubilité — (can. 1056). Concernant les pressions déstabilisantes auxquelles l'institution du mariage est soumise, voir L.L. CHRISTIANS, *Les nouvelles tensions du concept de mariage. Enjeux du pluralisme pour une théologie des droit civil et canonique*, in « Nouvelle revue théologique », 120/4 (1998), p. 564-589.

ci et concernerait, dès lors, uniquement le droit canonique humain. Ces deux aspects méritent une approche spécifique.

Nous commencerons par *l'historicité*. Le droit canonique est une réalité complexe qui n'apparaît dans toutes ses nuances que lorsqu'il fait l'objet d'une approche systémique unitaire, attentive à l'imbrication entre le divin et l'humain. L'ecclésiologie a bien montré l'analogie entre les données christologiques et la dimension juridique de l'Église. Dans la personne du Christ, la nature divine s'est unie définitivement à la nature humaine par l'Incarnation. De manière analogue — le Concile Vatican II l'a souligné à juste titre —, l'Église est à la fois une « société organisée hiérarchiquement » et un « Corps mystique », tout en constituant « une seule réalité complexe, faite d'un double élément divin et humain »<sup>(17)</sup>. Il n'est donc pas étonnant qu'au plan de sa vigueur, le droit divin trempe dans l'histoire, tout comme la nature divine y a fait, elle aussi, son entrée.

Si l'historicité du droit divin est une chose, sa *mutabilité* en est une autre. En effet, ce qui change dans le temps, ce n'est pas la réalité de droit divin mais bien la dimension juridique humaine qui prolonge le *ius divinum*, que ce soit en raison de la formulation de ce dernier dans les termes du droit humain ou de son application à des circonstances spatio-temporelles nouvelles. Nous touchons ici l'un des aspects du droit divin les plus problématiques, que nous retrouverons plus tard à propos de l'articulation entre le droit naturel et le droit étatique. L'immutabilité du plan éternel de la Trinité pour l'humanité ne contredit pas sa dimension historique. Dans le domaine ecclésial, nous pouvons fixer le début du droit — en tant que phénomène saisissable par les hommes — au moment de la fondation de l'Église par le Christ<sup>(18)</sup>.

Le dessein éternel de Dieu pour son Peuple (considéré dans ses aspects juridiques) est historique, car il devait pouvoir être découvert par ses destinataires et, une fois connu, formulé juridiquement, afin d'être appliqué ou protégé efficacement. L'Incarnation du Verbe permet la communication fondatrice de l'Église et de son droit. En assumant la condition humaine, tout en restant Dieu, il pénètre dans l'histoire et, pendant un laps de temps bien déterminé, il y insère le

(17) CONCILE VATICAN II, Constitution dogmatique *Lumen Gentium*, n. 8.

(18) Sans exclure pour autant certains aspects juridiques déjà contenus dans l'Ancienne Alliance.

noyau essentiel des structures et normes juridiques de l'Église, laissant aux chrétiens le soin de s'atteler eux-mêmes à la tâche de la décantation du droit, notamment sous sa forme de législation formelle. Il lègue à Pierre et à ses successeurs, à travers le pouvoir des clefs, le pouvoir de gouvernement suprême dans l'Église, qui comporte la triple fonction législative, exécutive et judiciaire<sup>(19)</sup>. Rappelons à ce propos que les *tria munera* peuvent être exercés par les mêmes personnes, par exemple le pape et l'évêque diocésain, même si ce sera souvent à travers leurs vicaires. Ces fonctions ne doivent donc pas être perçues dans le sens de trois pouvoirs auxquels devrait s'appliquer le principe de stricte séparation tel qu'il est prôné par Montesquieu<sup>(20)</sup>.

La production des normes canoniques s'exerce de manière historique, en tenant compte, à chaque époque, des techniques et de la culture juridiques ainsi que des besoins et des caractéristiques de l'Église et du monde. C'est ainsi que, sur le plan de la technique législative, il faudra attendre l'éclosion des codes étatiques du XIX<sup>e</sup> siècle, en particulier celui de Napoléon, pour voir apparaître, au XX<sup>e</sup>, les codes canoniques qu'avait déjà appelés de ses vœux, dans une certaine mesure, le Concile Vatican I<sup>er</sup><sup>(21)</sup>.

Si, de la forme, nous passons au fond, on remarque qu'à côté des structures et des contenus définitifs et permanents — de droit divin —, auxquels nous avons déjà fait allusion<sup>(22)</sup>, apparaissent aussi des contenus de droit humain. Dans le domaine de l'organisation hiérarchique de l'Église, par exemple, on opposera la nécessité des Églises particulières (« c'est en elles et à partir d'elles qu'existe l'Église une et unique »<sup>(23)</sup>), présidées par un évêque (office capital), à la contingence des modalités des structures pastorales concrètes, qui présentent une extrême variété et ne réunissent pas nécessaire-

(19) Cf. cc. 331 et s. Voir à ce sujet J.I. ARRIETA, *Diritto dell'organizzazione ecclesiastica*, Milan, 1997, p. 219 et s.

(20) MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, vol. I, livre XI, chap. VI, Paris, 1922, p. 152 s.

(21) Cf. R. METZ, *Les sources du droit*, in « Le droit et les institutions de l'Église catholique latine de la fin du XVIII<sup>e</sup> siècle à 1978. Sources et institutions », t. 16 de l'« Histoire du Droit et des Institutions de l'Église en Occident », o. c., Paris, 1981, p. 183 et s.

(22) Voir *supra*, I, 1.

(23) CONCILE VATICAN II, Const. dogmatique *Lumen Gentium*, n. 23.

ment tous les éléments constitutifs requis par le concept théologique d'Église particulière. Notre époque se caractérise par l'émergence des structures pastorales de type personnel (diocèse personnel, ordinarat militaire, prélature personnelle...) à côté des plus anciennes structures territoriales et, en particulier, de la figure emblématique de l'Église particulière qu'est le diocèse<sup>(24)</sup>. Manifestement, il ne s'agit pas là de principes d'organisation de droit divin, mais bien d'une option ecclésiale prise par les Pères du Concile Vatican II, qui tient compte de la situation contemporaine de mobilité croissante et des besoins pastoraux nouveaux qui en découlent. Par delà la diversité des formulations et des choix historiques, qui ne remettent pas en cause les éléments de droit divin, c'est la recherche du salut des âmes qui est la caractéristique constante du droit canonique. Quant aux moyens concrets à mettre en oeuvre, dans ce domaine comme dans tous les autres, ils sont passés au crible des critères spatio-temporels.

A cet effet, le principe de subsidiarité remplit une fonction non négligeable, dans la mesure où il permet, dans le respect du droit canonique universel, de tenir davantage compte des particularités régionales. Beaucoup de normes, en effet, sont confiées par le législateur universel au soin des Conférences des évêques pour leur territoire (le plus souvent un pays)<sup>(25)</sup>, ou relèvent du pouvoir législatif propre des évêques pour leur diocèse, ou encore, sont régies par les statuts propres des personnes juridiques de l'Église, etc.

### 3. *L'articulation entre le droit divin et le droit humain dans l'Église.*

Le moment est venu d'aborder le noeud gordien de cette première partie: comment les canonistes expliquent-ils le lien entre droit divin et droit humain? Si l'on fait abstraction de nombreuses étapes intermédiaires et d'intéressantes nuances de diverses provenances, l'on peut se risquer à synthétiser la conception du droit divin selon la doctrine canonique du XX<sup>e</sup> siècle, en attirant l'attention sur deux moments essentiels: 1) la théorie de la *canonizatio* de Vincenzo del

(24) Cf. J.I. ARRIETA, *Diritto dell'organizzazione ecclesiastica*, o. c., p. 345 et s.

(25) Un aperçu de l'ensemble des normes édictées par les Conférences des évêques de par le monde se trouve dans J.T. MARTÍN DE AGAR, *Legislazione delle Conferenze episcopali complementare al C.I.C.*, Milan, 1990.

Giudice; 2) les concepts de *positivation* et de *formalisation* du droit divin introduits par Javier Hervada.

### 1. *La théorie de la canonizatio de Vincenzo Del Giudice.*

Même si certaines influences de type volontariste n'ont pas manqué, notamment dans le sillage de courants nominalistes, on peut affirmer que la doctrine canonique traditionnelle présentait le plus souvent la loi divine comme le fruit de la Raison divine (et pas seulement de la Volonté de Dieu). Conformément à l'idée traditionnelle de la participation de la raison humaine à celle de Dieu, l'on faisait dériver les normes humaines de la loi divine, par voie de conclusion et de détermination, de telle manière que toute norme humaine incompatible avec cette dernière était taxée de simple apparence de loi ou de *corruptio legis*. Si certains canonistes du XX<sup>e</sup> siècle (dont le louvaniste A. Van Hove<sup>(26)</sup>) ont émis certaines réserves concernant le caractère *juridique* de la loi divine, ils se gardaient bien de remettre en cause son caractère *moralement obligatoire* pour le législateur ecclésiastique. Il existait donc un *consensus* entre canonistes sur l'origine *transcendante*<sup>(27)</sup> du droit et sur le caractère obligatoire du droit divin<sup>(28)</sup>.

Tout en admettant lui aussi le caractère moralement obligatoire du *ius divinum*, V. Del Giudice, avec sa formation de juriste laïque,

<sup>(26)</sup> Cf. A. VAN HOVE, *Prolegomena*, 2e éd., Malines-Rome, 1945, p. 48, n. 45.

<sup>(27)</sup> Le terme «transcendant» est pris dans son sens philosophique classique, qui est compatible avec le concept de *théonomie participée*, comme participation de la raison humaine à la Sagesse éternelle dans l'élaboration des normes (cf. JEAN-PAUL II, Lettre encyclique *La splendeur de la vérité*, 6 août 1993, n. 41), dans un esprit de respect mutuel et de collaboration réciproque entre la foi et la raison (cf. IDEM, Lettre encyclique *Foi et raison*, 14 septembre 1998, nos 36 et s.). Il s'agit donc d'une optique qui n'a rien de commun avec la proposition de F. Ost (reprise à J.P. Dupuy) visant à dépasser l'opposition entre transcendance et immanence par le recours au concept d'auto-transcendance sociale (voir F. OST, *Les lois conventionnellement formées tiennent lieu de convention à ceux qui les ont faites*, in Collectif, «Droit négocié, droit imposé?», Bruxelles, 1996, p. 29). En effet, la dimension intersubjective ou communautaire d'une pensée ne fait pas encore émerger celle-ci de l'immanence, prise dans son acception gnoséologique. Pour une critique de cette approche, voir X. DIJON, *Pour une transcendance de bonne foi dans la légitimité du droit*, in «Revue interdisciplinaire d'études juridiques», 39 (1997), p. 167-188. S'agissant de concepts fondamentaux de la pensée, la clarté nous paraît ici de la plus haute importance.

<sup>(28)</sup> Cf. G. MICHIELS, *Normae generales iuris canonici*, Tournai-Paris-Rome, 1949, (2<sup>e</sup> éd.), p. 11-12.

rompu à la technique juridique civile, entend faire bénéficier le droit canonique des apports techniques de l'École dite « dogmatique italienne ». Compte tenu des limites qu'accuse le développement technique et scientifique du droit canonique de l'époque, ce souci est tout à fait louable. Il s'agit essentiellement de dépasser la simple « exégèse » des règles canoniques en élevant les normes juridiques au rang de « système »<sup>(29)</sup>. Comme c'est le cas en droit séculier, il y a lieu de construire le système canonique matrimonial, processuel, patrimonial, pénal, etc. À cet effet, V. del Giudice<sup>(30)</sup> recourt à la théorie de l'*ordinamento giuridico* forgée par Santi Romano<sup>(31)</sup>.

Pour justifier l'insertion des normes divines dans l'ordre canonique, il introduit la notion de *canonizatio*, selon laquelle seul un acte du législateur, conforme aux règles de procédure canonique, est à même de transformer une norme divine en norme juridique efficace dans l'ordre canonique. Toutefois, vu son acceptation du caractère moralement obligatoire des normes divines, le législateur canonique en reçoit les contenus matériels. Nous ne sommes donc pas en présence d'une rébellion contre la transcendance, mais bien face à une conception du droit qui, à défaut de reconnaître le caractère intrinsèquement juridique des normes divines, requiert un acte de réception formelle de la part du législateur humain pour couler le critère divin en forme de règle ou « canon »: c'est la *canonizatio*. En ce sens, cette théorie opère une radicalisation positiviste dans la mesure où elle fait dépendre d'un acte de l'autorité ecclésiastique l'efficacité juridique de la volonté divine, ce qui n'était certainement pas la position de la doctrine traditionnelle.

La thèse de la *canonizatio*, qui provient des Facultés de Droit italiennes, sera acceptée, à quelques exceptions près<sup>(32)</sup>, par la doctrine canonique de ce pays-là. Mais une conception aussi positiviste

(29) Cf. A. DE LA HERA, *Introducción a la Ciencia del Derecho Canónico*, Madrid, 1973, p. 104 et s.

(30) Cf. V. DEL GIUDICE, *Nozioni di Diritto canonico*, 12<sup>e</sup> éd., Milan, 1970, p. 23-25; IDEM, *Canonizatio*, in Collectif, *Scritti giuridici in onore di Santi Romano*, IV, Padoue, 1940, p. 226.

(31) Cf. S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, 2<sup>e</sup> éd., Florence, 1951. Pour une présentation générale de la notion d'« ordre canonique » ainsi que des réflexions actuelles à ce sujet, voir notamment S. BERLINGÒ, V<sup>o</sup> *Ordinamento giuridico*. II) *Ordinamento giuridico canonico*, in « Enciclopedia giuridica », Rome, 1990.

(32) Parmi les réactions à la théorie de la *canonizatio* de V. Del Giudice, mentionnons, entre autres, P. CIPROTTI, *Contributo alla teoria della canonizzazione delle leggi ci-*

avait-elle la possibilité de s'imposer dans l'Église? En réalité, une « canonisation » du droit divin qui serait comprise comme fonction *déclarative* de la norme juridique, et non plus *constitutive*, comme c'est le cas de la théorie que nous venons d'aborder, serait compatible avec la nature de l'Église<sup>(33)</sup>. Le mérite revient à l'auteur que nous aborderons ensuite de parvenir à épurer cette conception de la norme de tout ce qu'elle avait d'incompatible avec l'ecclésiologie, tout en gardant non seulement le concept d'ordre juridique, mais aussi l'utile *know how* de la technique juridique civile.

2. *Les concepts de positivisation et de formalisation du droit divin selon J. Hervada.*

Le disciple du professeur Pedro Lombard'a, qui devint ensuite son plus étroit collaborateur, renoue avec la tradition non-positiviste, tout en la renouvelant. Bénéficiant des lumières que son maître a pu lui procurer suite à sa première « conversion méthodologique », à savoir la reconnaissance du caractère juridique du droit divin naturel et révélé<sup>(34)</sup>, Javier Hervada élabore un concept d'ordre juridique novateur par rapport à celui que nous venons d'exposer<sup>(35)</sup>. L'inno-

---

*vili*, Rome, 1941, p. 51; P. BELLINI, *Osservazioni sulla completezza dell'ordinamento giuridico ecclesiastico*, in «Il Diritto ecclesiastico», 58 (1957), I, p. 121-243.

(33) Voir dans ce sens E. MOLANO, *Precisiones en torno al «Ius divinum»*, in «Ius canonicum», 22 (1982), p. 794. Quant à l'incompatibilité entre le positivisme de Kelsen et le droit canonique, on se rapportera à C.J. ERRÁZURIZ, *El Derecho canónico en clave positivista*, in *Ibid*, 25 (1985), p. 29-56.

(34) Cf. J. HERVADA, *Personalidad científica de Pedro Lombardía*, in *Ibid*, 26 (1986), p. 492.

(35) Son *ordenamiento jurídico* est conçu comme un « ordre juridique primaire », mais ce n'est pas sur ce point que se marque la différence par rapport au canoniste italien. Par « primaire » on veut indiquer qu'il s'agit d'un ordre juridique indépendant, qui n'émane pas d'un autre ordre juridique et qui garantit, dans son domaine propre, l'autonomie de l'Église par rapport à l'État et aux nouvelles entités supra-nationales (cf. J. HERVADA, *El ordenamiento canónico*, I, Pampelune, 1966; IDEM, *Elementos de Derecho Constitucional Canónico*, Pampelune, 1987, p. 62-64). Cette position, qui est confortée par l'existence de nombreux concordats, n'est pas toujours acceptée par la doctrine et la jurisprudence étatique, spécialement dans les pays non concordataires, où l'on se montre parfois plus attentif à une approche de l'Église comme entité associative ou statutaire qu'à sa reconnaissance comme sujet de droit international pourtant indéniable. Au plan national, si l'Église ne jouit pas toujours de la personnalité juridique en tant que telle, elle bénéficie en tout état de cause de libertés publiques de droit constitutionnel. Notre réflexion se situant au niveau fondamental, il n'est pas possible d'entrer dans ces questions au plan technico-scientifique. On consultera à ce sujet, par exemple, J.-P. DURAND,

vation se situe avant tout au plan de la conception du droit : d'une part, le droit canonique intègre en un système unique le droit divin et le droit humain; la juridicité du droit divin n'est dès lors pas liée à une canonisation par l'autorité ecclésiastique; d'autre part, il y a lieu de dépasser les horizons réducteurs du normativisme pour arriver à une conception plus large du droit et de l'ordre canonique, qui prenne en compte non seulement les règles mais aussi les institutions, les structures et les relations juridiques ecclésiales. Sur la base de ces prémisses, Hervada élabore alors les notions de positivation et de formalisation du droit divin<sup>(36)</sup>.

Comment le droit divin entre-t-il en vigueur dans le domaine ecclésial? L'imbrication entre le divin et l'humain, l'entrelacement de l'éternel et du temporel, auquel nous avons déjà fait allusion, suppose un processus historique. Les normes voulues par la Raison divine et, en ce qui concerne l'Église, les directives données par le Christ, sont déjà des normes ou des structures *juridiques* obligatoires. Toutefois, leur entrée en vigueur est liée à une certaine forme de «promulgation» produisant une prise de conscience par la communauté ecclésiale de ces dimensions de justice. L'entrée en vigueur du droit divin est donc bien historique. Comment la «promulgation» du droit divin a-t-elle lieu? Hervada distingue, à cet égard, le droit divin naturel et le droit divin positif (même si, en accord avec la doctrine contemporaine, il admet aussi l'expression «droit divin révélé», incluant le droit naturel). Selon lui, *le droit naturel est promulgué par le Créateur dans la nature humaine. Quant au droit divin positif (ou révélé), il est promulgué par la Révélation*<sup>(37)</sup>.

---

*Le droit canonique et les relations Église-États. Une recherche d'efficience en droit communautaire européen, trente ans après Vatican II*, in «L'année canonique», 38, 1996, p. 113-126. En ce qui concerne le droit communautaire européen, on notera la onzième déclaration annexée au Traité d'Amsterdam, qui reconnaît le régime en vigueur dans chaque État membre et renvoie à ce dernier. Pour une analyse de la portée de cette disposition, voir L.L. CHRISTIANS, *Droit et religion dans le Traité d'Amsterdam: une étape décisive?*, in «Le Traité d'Amsterdam. Espoirs et déceptions» (coord. Y. Lejeune), Bruxelles, 1998, p. 195-223.

<sup>(36)</sup> Cf. J. FORNÉS, *Derecho divino y derecho humano en el ordenamiento canónico*, in Collectif, «Studi in memoria di Mario Condorelli», vol. 2, t. 2, Milan, 1988, p. 685 et s.

<sup>(37)</sup> Cf. J. HERVADA-P. LOMBARDÍA, *Prolegómenos, I, Introducción al Derecho canónico*, in «Comentario exegético al Código de Derecho Canónico», vol. I, Pampelune, 1996, p. 50-55.

Dans cette perspective, pour devenir une norme juridique humaine, la norme divine ne doit pas nécessairement faire l'objet d'une *canonizatio*, au sens où l'entend Del Giudice. Une prise de conscience de la part du Peuple de Dieu suffit : la *positivation*. Cette prise de conscience peut se manifester, non seulement sous la forme d'une norme canonique humaine, mais aussi selon de multiples autres modalités : sentence judiciaire, reconnaissance par la doctrine, coutume canonique, déclaration du magistère ecclésiastique, *sensus fidei* des fidèles<sup>(38)</sup>, etc. Nombreuses et diversifiées sont donc les voies d'intégration d'exigences de justice dans la vie de l'Église. Tout en montrant qu'on n'échappe pas aux références transcendantes et à la « non-autonomie » du droit canonique, cette analyse permet d'éviter tout réductionnisme normativiste dans le domaine canonique, aspect auquel le canoniste navarrais se montrera de plus en plus sensible au fil du temps.

Lorsque le processus de positivation du droit divin se déroule idéalement, il aboutit — après un éventuel stade intermédiaire de *pré-formalisation* — à la *formalisation*. Ainsi, une exigence de justice est juridiquement formalisée lorsqu'elle satisfait aux critères techniques-scientifiques de formulation et de protection juridique qui lui procure l'efficacité canonique souhaitable. Cette dernière théorie dote l'ordonnancement canonique des ressources apportées par les techniques juridiques modernes séculières, sans comporter l'inconvénient d'une incompatibilité avec l'esprit du droit de l'Église. Selon cette doctrine, qui est sans doute celle qui jouit de la plus large acceptation au sein de la « canonistique » contemporaine, le droit divin se présente donc nécessairement au droit humain en tant que son fondement, son principe inspirateur et sa clause-limite. Cela correspond à la position du législateur canonique qui, à propos du renvoi aux lois civiles (par exemple, dans le domaine des contrats), établit la règle suivante : « les lois civiles auxquelles renvoie le droit de l'Église doivent être observées en droit canonique avec les mêmes effets,

---

(38) Le *sensus fidelium* est un concept théologique bien précis pris en considération par la constitution conciliaire *Lumen Gentium* (n. 12). Cette participation de l'ensemble du Peuple de Dieu, clercs et laïcs, à la fonction prophétique du Christ, qui suppose toujours un acte de discernement de la part de l'autorité ecclésiastique compétente, ne doit pas être confondue avec la notion d'opinion publique (cf. P. VALDRINI, *Opinione pubblica, «sensus fidelium» e diritto canonico*, in «Il diritto ecclesiastico», 118 [1997], I, p. 98 et s.).

dans la mesure où elles ne sont *pas contraires au droit divin* et sauf disposition autre du droit canonique»<sup>(39)</sup>.

La doctrine récente — y compris Hervada — met l'accent sur le fait que le droit divin ne doit pas être considéré comme une entité statique et séparée du droit humain. En réalité, le droit divin à l'état pur n'existe pas, pas plus que le droit canonique exclusivement humain. Le droit divin n'a d'existence effective qu'en union avec le droit humain — sa détermination ou sa conclusion —, dont elle reçoit ainsi une touche d'historicité. Si bien que le droit divin n'est pas envisageable séparément du droit humain. La réalité du phénomène canonique, en effet, se présente sous la forme d'une imbrication tellement étroite de ces deux dimensions qu'elle ne forme qu'un seul système juridique. Il existe un seul ordre juridique canonique, qui peut être observé tant dans sa dynamique (la formation et l'extinction de relations juridiques) que dans sa forme statique (les droits et les devoirs existants ainsi que les structures actuelles).

C'est pourquoi, hormis ce qui concerne le noyau juridique essentiel, il serait déplacé de tenter une démarcation nette et durable entre ce qui est immuable (tout en étant historique par rapport au Peuple de Dieu) et ce qui est sujet à évolution dans l'espace et dans le temps. En ce sens, le droit divin reste un « mystère », qui appelle à poursuivre son progressif dévoilement. Ceci dit, bien que sa validité ne provienne pas de la « canonisation » du législateur, la norme divine en appelle à l'activité humaine comme son prolongement nécessaire en vue d'obtenir sa positivité (détermination, conclusion...) et son efficacité dans l'ordre canonique (la sanction de la norme desservant tant sa dimension divine que sa réalité humaine).

#### 4. *Le droit naturel en droit canonique.*

A propos du droit naturel, il y a lieu de s'interroger sur l'apport potentiel de la science canonique à la science juridique étatique. Les échanges, qui ont été si fructueux dans le passé et qui se poursuivent sur des questions concrètes (un historien rappelait dernièrement le rôle joué par les canonistes à l'origine de la clause contractuelle *rebus sic stantibus*<sup>(40)</sup>), devront-ils à l'avenir porter aussi sur la question du

<sup>(39)</sup> Can. 22. Les italiques ne figurent pas dans le texte codiciaire.

<sup>(40)</sup> Cf. A. WIJFELS, *La validité rebus sic stantibus des conventions: quelques éta-*

fondement? Le droit canonique serait-il investi également de la mission de conservation d'une certaine sagesse ou expertise en humanité, ainsi que d'une certaine tradition et culture juridique qui serait en déclin ou peut-être même en voie de disparition? Lorsque, en effet, le droit naturel classique, pâtissant souvent d'une confusion avec le droit naturel moderne, est progressivement banni du domaine du droit séculier par un certain nombre d'auteurs imprégnés d'immanentisme et de positivisme légaliste — à tout le moins comme source de droit explicite —, le droit canonique se présente à l'« exilé » comme une « terre d'accueil », sur laquelle il n'a jamais été déclaré *persona non grata*. Seul le courant minoritaire, dont nous avons parlé à propos de la théorie de la *canonizatio* (le « positivisme canonique »), a tenté d'en faire abstraction, en conditionnant la valeur juridique du droit naturel à sa réception formelle (constitutive) par le législateur. Mais cette thèse, qui n'avait pas rompu les amarres avec la tradition du droit divin moralement obligatoire, ne réussit pas à s'imposer. La science canonique s'est toujours maintenue dans le droit fil de la tradition du *ius commune*. Le contraire eut d'ailleurs été surprenant puisque, comme en témoigne le célèbre passage paulinien faisant état de la loi inscrite par Dieu dans le cœur humain (*Rm* 2, 14-16), la doctrine de la loi naturelle fait partie de la Révélation. La patristique — notamment S. Augustin — et le magistère confirment cette doctrine<sup>(41)</sup>.

La question qui se pose en droit canonique n'est donc pas celle du caractère obligatoire du droit naturel mais bien celle de son rôle spécifique. Le recours *explicite* au *ius naturae* est justifié dans un certain nombre de domaines du droit ecclésial ayant la nature humaine pour point de référence. Deux exemples rendront cette affirmation évidente: la bonne réputation et l'intimité sont tous les deux des biens naturels dus en justice. Ces droits naturels sont formalisés au canon 220 du Code de droit canonique: « il n'est permis à personne de porter atteinte d'une manière illégitime à la bonne réputation d'autrui, ni de violer le droit de quiconque à préserver son intimité ». Nous sommes en présence de droits humains devant être respectés dans tout ordonnancement juridique et dont la formalisation cano-

---

pes du développement historique (Moyen-Age - Temps moderne), in *Temps et droit. Le droit a-t-il pour vocation de durer?*, dir. F. Ost - M. Van Hoecke, Bruxelles, 1998, p. 254.

(41) Cf. JEAN-PAUL II, *La splendeur de la vérité*, o. c., nos 95-97.

nique se base sur la *dignité de la personne*, indépendamment de sa condition de baptisé et de fidèle du Christ<sup>(42)</sup>.

L'Église s'engage ainsi à protéger juridiquement toute personne, même non baptisée, qui serait l'objet d'une atteinte à l'exercice des droits fondamentaux applicables en son sein. Tous les droits de l'homme, en effet, ne sont pas visés: en raison de leur contenu, ils ne sont pas tous transposables au Peuple de Dieu. En revanche, l'ordre canonique doit assurer la protection juridique des droits humains qui valent *erga Ecclesiam*, indépendamment de leur éventuelle formalisation canonique. Et ce, parce que, dans l'ordre juridique ecclésial aussi, c'est la Raison divine qui doit prévaloir, pas le positivisme légaliste.

Ceci dit, comme Hervada l'a justement fait remarquer<sup>(43)</sup>, la place du droit naturel dans l'Église n'est pas aussi centrale qu'en droit séculier. Alors que, selon la tradition juridique de *l'utrumque ius*, le droit naturel est la base sur laquelle repose l'ordre juridique positif, celui-ci ne revêt dans l'Église qu'une importance secondaire: il ne jouera la fonction de fondement, principe informateur et clause-limite que par rapport à quelques droits bien précis. Outre les domaines susmentionnés, on songera notamment à l'institution du mariage, cette réalité naturelle qui, entre baptisés, a été élevée par le Christ à la dignité de sacrement, comme le précise le canon 1055. Dans l'Église, c'est la *Lex gratiae* qui joue le rôle fondamental que le droit naturel remplit — ou devrait remplir, selon le point de vue iusnaturaliste — dans la société civile<sup>(44)</sup>. Autrement dit, le fondement du droit ecclésial ne réside pas dans la nature humaine, mais bien dans la réalité surnaturelle qu'est l'Église, telle que le Christ l'a fondée, et dans l'action de l'Esprit Saint qui la vivifie de l'intérieur. Au niveau des baptisés qui constituent le Peuple de Dieu, la grâce

(42) Le Code de droit canonique comporte bien d'autres références *explicites* au droit naturel. Ainsi, en matière de prescription, le can 199, 1<sup>o</sup> stipule que ne sont pas soumis à prescription «les droits et obligations qui sont de droit divin naturel ou positif». Concernant les empêchements et vices du consentement, voir cc. 1075 § 1, 1163 § 2, 1165 § 2 et 1084. On trouve également une référence explicite au droit naturel à propos de l'exercice du *ius connubii* du mineur (cf. can. 1071 § 1, 6<sup>o</sup>).

(43) Sur toute cette question, on se rapportera à l'excellente synthèse de J. HERVADA, *El Derecho natural en el ordenamiento cannico*, in «*Vetera et Nova. Cuestiones de Derecho cannico y afines (1958-1991)*», p. 1396-1397.

(44) Cf. J. HERVADA, *La «Lex naturae» y la «Lex Gratiae» en el fundamento del ordenamiento jurídico de la Iglesia*, in «*Vetera et Nova*», o. c., p. 1605-1629.

perfectionne la nature sans la détruire, l'élève à l'ordre surnaturel, conférant ainsi aux fidèles du Christ cette « surnature » qu'est la filiation divine.

On peut en conclure que, si le fondement du droit canonique est le droit divin révélé, le droit naturel — éventuellement parachévé par une interprétation magistérielle à la lumière de la foi et de la Révélation — y joue néanmoins un rôle explicite dans les matières où c'est la dignité des personnes qui entre en ligne de compte, et pas la dimension spécifique de conformation au Christ propre aux baptisés. Quant aux nombreuses relations juridiques ecclésiales liées à la condition de baptisés, précisons que la dimension juridique naturelle continue d'exister, car le fidèle du Christ est d'abord une personne humaine et, à ce titre, il possède la dignité qui lui revient ainsi que les droits et les devoirs qui découlent de ce rang<sup>(45)</sup>.

## II. *Le droit naturel dans l'ordre juridique étatique: un dialogue de sourds?*

Le rapport entre le droit divin et le droit humain ecclésial, que nous venons de présenter, aura évoqué aux juristes certains thèmes qui ont fait l'objet d'une extrême attention tant en philosophie du droit qu'en philosophie morale, sociale et politique. On se souviendra notamment d'Aristote et de Gaius, de Thomas d'Aquin et de la Scolastique espagnole, pour ne reprendre que quelques sommets de la réflexion sur le droit et le juste. Depuis lors, de nombreux philosophes et théoriciens du droit n'ont cessé de traiter ces sujets, de manière extrêmement variée, y compris en cette fin de millénaire<sup>(46)</sup>. Encore que les exceptions ne manquent pas, notre époque largement pluraliste et sécularisée a tendance à n'accepter qu'avec difficulté toute référence à un ordre transcendant. Dans les cas extrêmes, il est même question, à propos du droit naturel objectif et antérieur au droit positif, d'un véritable fantasme ou une mystification à stigmatiser à tout prix. N'est-on pas alors en présence d'un droit qui « se

(45) Cf. C.J. ERRÁZURIZ, *La persona nell'ordinamento canonico: il rapporto tra persona e diritto nella Chiesa*, in « *Ius Ecclesiae* », 10 (1998), p. 3-36.

(46) Cf., entre autres, M. VILLEY, *La formation de la pensée juridique moderne*, Paris, 1975; M. BASTIT, *Naissance de la loi moderne*, Paris, 1990.

vérifie artefact, production abusive de l'esprit, projection de l'inconscient »<sup>(47)</sup>?

Si nous laissons de côté les présentations caricaturales, il faut bien reconnaître que la question est rendue complexe par la polysémie de l'expression « droit naturel ». Cet inconvénient ne semble toutefois pas justifier l'adoption d'une autre appellation, ne fût-ce que par la finitude du langage humain<sup>(48)</sup>. Bien que ce problème soit connu depuis longtemps, il est arrivé à plus d'un auteur d'omettre de vérifier si les critiques adressées au droit naturel en général ou à l'un de ses courants en particulier valent pour toutes les conceptions ius-naturalistes. Depuis le triomphe de l'École du droit naturel moderne, les théoriciens ont surtout retenu l'idée d'un droit rationnel moderne, pur produit de la raison humaine<sup>(49)</sup>. L'éclipse — heureusement partielle — du droit naturel classique fut facilitée par les perspectives optimistes de la philosophie des lumières : à quoi bon, si ce n'est à titre historique et culturel, se souvenir encore d'un droit naturel classique grec, romain ou médiéval? A fortiori, s'il peut ou doit être rapproché d'une conception théocentrique de la société. Lorsque l'euphorie vis-à-vis de la théorie moderne fit place à une période de relative décadence de cette dernière, un certain nombre de critiques qui lui étaient adressées (notamment les « codes » détaillés de droit naturel) vont contribuer à discréditer également le droit naturel classique, en raison de la communauté d'appellation, sans que cela ne se justifie scientifiquement. Le droit naturel classique va de la sorte faire l'objet d'un a priori négatif dans une bonne partie de la doctrine juridique. Le flambeau du *ius naturae* passe alors quasi exclusivement aux juristes-philosophes et aux philosophes, phénomène qui fut dénoncé avec virulence notamment par M. Villey. Celui-ci fit valoir que le droit naturel devrait faire partie intégrante de la formation du juriste<sup>(50)</sup>.

---

(47) D. DE BECHILLON, *Retour sur la Nature. Critique d'une idée classique du Droit naturel*, in Collectif, « Images et usages de la nature en droit », Bruxelles, 1993, p. 581.

(48) Cf. J. LECLERCQ, *Du droit naturel à la sociologie*, vol. I, Paris, 1960, p. 122-123.

(49) Cf., entre autres, A. DUFOUR, *Droit de l'homme, droit naturel et histoire*, Paris, 1991, p. 39-148.

(50) Cf., entre autres, M. VILLEY, *Abrégé du droit naturel classique*, in « Archives de philosophie du droit », 6 (1961), p. 71-72.

Qu'en est-il aujourd'hui? En dépit de l'existence d'une littérature iusnaturaliste encore florissante, les praticiens du droit ne sont cependant pas légion à afficher leur attachement effectif au droit naturel, hormis peut-être, et pas toujours explicitement, dans les hypothèses de crises aiguës du système de droit positif. Ce fut le cas notamment face aux dérives du « droit » national-socialiste<sup>(51)</sup> et, plus près de nous, à propos de la question du droit d'ingérence<sup>(52)</sup>. Par ailleurs, il existe des différences importantes d'un pays à l'autre qu'il ne faut pas sous-estimer. Il semble logique, dès lors, de se poser la question de l'avenir du droit naturel classique en commençant par fournir un bref état de la question en ce qui concerne les Facultés de droit en Belgique.

### 1. *Un échantillon: le droit naturel dans la doctrine juridique belge.*

Si les traces d'une doctrine construite en référence à un certain droit naturel ne manquent pas, les juristes belges qui entrent en ligne de compte dans la seconde moitié du XX<sup>e</sup> siècle se caractérisent surtout par leur souci d'apporter au positivisme juridique les correctifs qui s'imposent<sup>(53)</sup>. Au-delà de la validité formelle des normes et de la dimension sociologique de l'effectivité, ils veillent au respect du critère éthique de la légitimité<sup>(54)</sup>. Dans une perspective iusnaturaliste, trois auteurs principaux se détachent: Jean Dabin, Jacques Leclercq et Xavier Dijon.

(51) Cf. J.M. PIRET, *Interprétation, rhétorique et transcendance en droit*, in «Revue interdisciplinaire d'études juridiques», 38 (1997), p. 15.

(52) Cf. O. CORTEN, *Droit, force et légitimité dans une société internationale en mutation*, in *ibid.*, 37 (1996), p. 71-112.

(53) Pour mener à bien cette investigation brève et non exhaustive sur le sort que les publications universitaires belges réservent au droit naturel — dont l'enseignement figure toujours au programme des cours obligatoires —, nous nous sommes servis de l'étude réalisée par Ost et Van Hoecke, qui porte sur la période 1968-1993 (F. OST-M. VAN HOECKE, *La théorie du droit en Belgique [La jurisprudence en Belgique] (1968-1993)*, in *ibid.*, 33 [1994], p. 107-137).

(54) Cf. F. OST-M. VAN DE KERCHOVE, *Jalons pour une théorie critique du droit*, Bruxelles, 1987, p. 257-314. Voir aussi Centre interuniversitaire de philosophie du droit, *Droit et pouvoir*, t. I, *La validité*, (Bruxelles, 1987). Cet ouvrage collectif donne un bon aperçu de la philosophie du droit en Belgique. Voir également Collectif, *Licéité en droit positif et références légales aux valeurs* (Xe Journées juridiques Jean Dabin), Bruxelles, 1982. On pourrait ajouter ici le plus récent ouvrage collectif *Images et usages de la nature en droit*, déjà cité.

### 1. *Jean Dabin.*

Dabin mérite de retenir l'attention, non seulement en raison de l'éminence de sa pensée et de son rayonnement international, mais aussi — et dans cette étude nous dirions même *surtout* — compte tenu du virage qu'il a amorcé et que, à sa suite, le droit naturel a pris en Belgique. En effet, bien que sa conception du droit naturel soit, à bien des égards, d'inspiration classique, son « droit naturel *moral* »<sup>(55)</sup> traduit, en réalité, une concession importante: s'il n'est plus *que* « moral », c'est que le droit naturel n'est plus juridique. Dans cet ordre d'idée, il va tirer une conséquence logique: « il ne faut plus parler des rapports entre le droit naturel et le droit positif (...) Il faut parler des rapports entre la morale et (...) le droit »<sup>(56)</sup>.

Sa position appelle une interrogation essentielle: parler en termes de droit naturel moral ne revient-il pas à enterrer *juridiquement* le droit naturel? Toute l'attention du législateur et des juristes tend alors, en effet, à se porter sur ce que Dabin appelle le « construit », par opposition au « donné »<sup>(57)</sup>. Le rapport au « donné » risque de devenir une relégation au domaine privé de la conscience de chaque citoyen, sauf ce qui est considéré par le droit comme de moralité publique (par exemple, dans l'exercice d'une fonction politique). Aux yeux d'un grand nombre d'auteurs et d'acteurs de la scène politique, ce qui est seulement moral, jusqu'à preuve du contraire, est juridiquement irrelevante<sup>(58)</sup>. Importante fut donc la contribution de Dabin à la tendance qui consiste à abandonner les paradigmes du droit positif et du droit naturel ou, à tout le moins, à déplacer cette *summa divisio*, en cherchant des voies de légitimation du droit, notamment

(55) J. DABIN, *Théorie générale du droit*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, 1969, p. 341.

(56) *Ibid.*, p. 342.

(57) Il est enclin à attribuer l'origine du concept de « donné » juridique au « donné révélé » du théologien (*ibid.*, p. 187).

(58) Notons toutefois que, dans sa conception normativiste, J. Dabin soutient le principe de la moralité des lois. En cas de conflit entre une règle de droit et une règle de morale, il propose de comparer les avantages et les inconvénients résultant de l'obéissance à la loi juridique au regard du bien public, étant entendu que « si la balance devait pencher pour le maintien, la loi immorale ne liera qu'au for externe et que tous les moyens licites pourront être mis en oeuvre à l'effet d'en obtenir l'abrogation » (*ibid.*, p. 399-400).

par le biais de la fonction du juge et le recours à la notion de « nature des choses »<sup>(59)</sup>.

## 2. Jacques Leclercq.

L'auteur des célèbres *Leçons de droit naturel*<sup>(60)</sup> a eu tout le loisir de porter un jugement sur le changement de cap opéré par Jean Dabin, dont il est pratiquement le contemporain. Dans son ouvrage de 1960, intitulé *Du droit naturel à la sociologie*<sup>(61)</sup>, il a émis ou, plus précisément, il a réitéré des critiques non négligeables concernant la position de ce dernier. Contrairement à ce que paraît évoquer le titre du livre susmentionné, il ne s'agit pas d'une évolution personnelle: il n'a pas renié un droit naturel qui serait devenu obsolète pour rejoindre la sociologie promise à plus d'avenir. Il y prend, sans aucune ambiguïté, la défense du droit naturel classique — entendu comme juridique —, tout en situant celui-ci au sein de la panoplie des sciences sociales qu'il présente au long des deux volumes de l'ouvrage.

Nous voici parvenus à la croisée des chemins. Dabin avait-il raison de renoncer au caractère juridique du droit naturel? Faut-il plutôt reprendre la tâche au point où Leclercq l'a laissée? À nos yeux, la question ne fait guère de doute: l'avenir du droit naturel passe par la redécouverte du droit naturel classique, véritable base du droit positif enracinée dans la nature humaine. Cela suppose le contournement de deux écueils, à savoir, d'une part, la confusion avec le iusnaturalisme rationaliste moderne et, de l'autre, la déjuridicisation d'un droit naturel «moralisé».

Par rapport à l'École moderne, il y a lieu de préciser que le droit naturel classique est à la portée de la raison pratique, par laquelle l'homme est à même de lire les exigences juridiques inhérentes à

(59) On rejoint ainsi la voie sur laquelle s'est engagée l'École de Bruxelles (cf. O. CORTEN, *La référence à la nature des choses dans l'herméneutique de l'«École de Bruxelles»: une critique sociologique*, in «Revue interdisciplinaire d'études juridiques», 40 [1998], p. 79-113), fondée par Chaïm Perelman (cf. Ch. PERELMAN, *Éthique et droit*, Bruxelles, 1990), et représentée aussi par Paul Foriers, qui va élaborer le concept de «droit naturel positif» (cf. P. FORIERS, *Le juriste et le droit naturel. Essai d'une définition d'un droit naturel positif*, in «La pensée juridique de P. Foriers», vol. 1, Bruxelles, 1982, p. 411-428; IDEM, *Le droit naturel, évolution d'une notion*, *ibid.*, vol. 2, p. 827-845). Précisons que ces auteurs partent d'une conception rationaliste du droit naturel.

(60) Cf. J. LECLERCQ, *Leçons de Droit naturel. I. Le fondement du droit et de la société*, 4<sup>e</sup> éd., Louvain, 1957.

(61) Cf. J. LECLERCQ, *Du droit naturel à la sociologie*, o. c.

sa nature et de les appliquer en tenant compte des circonstances du temps présent. Contrairement au droit naturel moderne, il n'est pas une *pure construction* de l'esprit jouissant d'une indépendance et d'une autonomie absolues<sup>(62)</sup>. Mais il n'est pas davantage une pure «hétéronomie» qui, d'en haut, s'imposerait à une raison humaine contrainte à la soumission et à la passivité. Cette dernière joue, en effet, un rôle essentiel dans la découverte du droit naturel ainsi que dans son articulation avec le droit positif.

Venons-en au péril de la déjuridicisation du droit naturel et de la tendance «moralisante» corrélatrice. À ce sujet, il convient de lever d'emblée une éventuelle équivoque: loin de nous l'idée de rejeter toute tentative de réponse éthique au positivisme juridique; nous ne mettons en doute ni la dimension éthique du droit naturel classique, ni l'importance du fondement moral des institutions démocratiques, ni, par tant, la place qui revient à l'éthique dans la formation des juristes et des politiques. Nous voulons seulement insister sur la nature juridique du droit naturel. Ce dernier est, à nos yeux, une *science juridique* qui étudie l'ensemble des choses justes naturelles. S'il partage avec l'éthique le domaine de l'objet matériel de la justice, il conserve toutefois son objet formel spécifique (le dû juridique naturel), alors que l'éthique, qui a un objet matériel beaucoup plus vaste, s'intéresse à l'objet de la justice, non pas par égard à *l'ordre social juste*, mais bien en tant que l'accomplissement du juste constitue la *bonne conduite des personnes*. Le chevauchement de l'éthique et du droit naturel se fait, dès lors, dans le respect des statuts épistémologiques respectifs. Par ailleurs, il est souhaitable que l'éthique, de son point de vue formel propre, progresse en développant des spécialisations professionnelles. D'où l'intérêt que peuvent représenter ce que nous appelons *l'éthique juridique* et *l'éthique politique*<sup>(63)</sup>. Le danger que nous voulions indi-

(62) Cf. J.-M. AUBERT, *Loi de Dieu, Loi des hommes*, Paris, 1964, p. 110-111; J. HERVADA, *Historia de la Ciencia del Derecho natural*, Pamplona, 1987, p. 249 et s.

(63) À l'occasion de Séminaires portant sur des «Questions actuelles d'éthique juridique» destinés aux praticiens du droit, nous avons pu expérimenter la nécessité et l'urgence de développer une véritable *éthique juridique*. En tant que morale spécialisée, cette «éthique juridique» s'inscrit dans le domaine du «bien agir»; il s'agit de la recherche d'une certaine perfection éthique dans l'exercice des professions juridiques, qui se situe dans le prolongement de la morale individuelle, habituellement orientée vers la recherche d'une certaine perfection par la pratique des vertus. L'éthique juridique ainsi conçue possède certaines spécificités liées aux caractéristiques du milieu professionnel. Elle se distingue à la fois du droit naturel et de la déontologie juridique. Le droit

quer ici n'a donc pas trait à la dimension morale inhérente au droit naturel ni au développement des éthiques spécialisées dans le domaine du droit, mais bien à la tendance qui consiste à vouloir évacuer la dimension proprement juridique du droit naturel<sup>(64)</sup>.

La déjuridicisation du droit naturel constitue justement le principal reproche que Jacques Leclercq formule à l'endroit de Jean Dabin : celui d'avoir accepté de façon acritique la présentation du droit naturel comme une sorte de morale spéciale, sans aborder le fond du problème. Ensuite, à partir de cette conception faussée du droit naturel, il a logiquement tiré la conclusion : « si le droit naturel est de la morale, comme le droit n'est pas de la morale, qu'on ne dise pas que le droit naturel est du droit : qu'on supprime donc le mot et qu'on parle de morale naturelle »<sup>(65)</sup>. Face à la déjuridicisation du droit naturel, Leclercq déplore concrètement l'absence de « corporation » de juristes qui étudient la science du droit naturel de façon à pouvoir la pratiquer<sup>(66)</sup>. Selon lui, ce n'est pas que le droit naturel n'existe pas,

---

naturel se borne à la détermination des exigences de justice naturelles dans les rapports interpersonnels et sociétaires, sans aborder la recherche de la bonne conduite de la personne dans l'exercice de sa profession. Par ailleurs, l'éthique juridique va au-delà d'une simple « code déontologique » ou d'une information sur les règles élémentaires des diverses professions juridiques, qui en restent souvent à des critères formels ou à des approches superficielles. Les questions de conscience ne sont généralement pas abordées systématiquement ni approfondies. Si la déontologie juridique reconnaît un espace à l'objection de conscience, elle se garde bien, le plus souvent, d'en franchir le seuil. L'éthique juridique, en revanche, est censée faire un pas de plus, de façon à pouvoir approfondir les aspects éthiques et les questions de conscience que les notaires, magistrats, avocats, juristes d'entreprise... peuvent rencontrer dans la pratique. Par ailleurs, dans des questions relatives au bien commun (ordre, paix, sécurité...), l'éthique juridique rejoint l'éthique politique. À cet égard, nous coïncidons pleinement avec M. Ronheimer sur la nécessité de développer une « éthique politique » spécifique (cf. M. RONHEIMER, *Perché una filosofia politica? Elementi storici per una risposta*, in « Acta philosophica », 1 (1992), p. 233-263). En conclusion, nous pensons que la formation professionnelle du juriste devrait réserver une place non négligeable à l'enseignement du droit naturel, conçu comme science juridique et opérationnelle, ainsi qu'à l'éthique juridique et politique.

<sup>(64)</sup> Sur le rôle de liaison que jouent le droit naturel et les droits de l'homme entre l'éthique — à vocation universelle mais privé d'effectivité juridique — et le droit (positif) qui, dans des déterminations particulières jouit, en revanche, de l'effectivité, voir J. LADRIÈRE, *Droit naturel, droit, éthique*, in « Revue interdisciplinaire d'études juridiques », 13 (1984), p. 90-97.

<sup>(65)</sup> J. LECLERCQ, *Du droit naturel à la sociologie*, o. c., p. 117.

<sup>(66)</sup> Cf. *ibid.*, p. 131.

mais bien que la *science* du droit naturel est encore élémentaire, ce qui ne va pas sans entraîner des conséquences désastreuses sur le droit et, par ricochet, sur la société, qui se voit alors privée du rôle de « distanciation critique »<sup>(67)</sup> que le droit naturel joue par rapport au droit positif. Cette analyse n'a rien perdu de son acuité<sup>(68)</sup>.

À force de vouloir évacuer les valeurs dites « métajuridiques », les sociétés pluralistes voient se réduire comme une peau de chagrin les certitudes qui font encore l'objet d'un consensus politique, à tel point que si rien ne redresse la tendance, elles risquent de n'avoir bientôt plus en commun que des règles de procédure<sup>(69)</sup>. Il y a lieu

---

(67) A.-M. DILLENS, *D'« une idée classique du droit naturel » ou d'une idée contemporaine du droit naturel classique ?*, in Collectif, « Images et usages... », *o. c.*, p. 605.

(68) Dans la plupart de nos Facultés, le droit naturel classique n'est toujours pas enseigné comme une science opérationnelle à l'attention des praticiens du droit (qui pourront trouver un complément nécessaire dans l'éthique juridique et politique). Dans cette perspective, il ne s'agit plus tant de mettre l'accent sur l'*idée* d'un droit naturel, ni de se contenter de fournir à la mémoire collective le récit des diverses *théories* qui se sont succédé dans l'histoire, que de rechercher ce que Jacques Leclercq appelait les « signes propres à l'homme et communs à tous les hommes ». Ces exigences de justice sont appelées à constituer le ciment de l'ordre social juste de notre temps. Ces signes sont objectifs et constatables indépendamment d'une croyance religieuse, même si ce même auteur reconnaît que leur explication *profonde* puisse être déficiente si l'on n'admet pas l'existence de Dieu. En toute hypothèse, les signes constatés s'imposent à l'esprit, et c'est ce qui compte, conclut-il. Ce à quoi nous ajouterions: en particulier dans une société pluraliste, non confessionnelle et sécularisée comme la nôtre (cf. *ibid.*, p. 135 et *Leçons de droit naturel*. I, *o. c.*, p. 83).

(69) À ce propos, plusieurs auteurs contemporains ont réagi face aux carences du procéduralisme « pur » en élaborant des modèles « quasi-procéduraux », pour reprendre l'expression de Beitz (cf. Ch. R. BEITZ, *Political Equality. An Essay in Democratic Theory*, Princeton, 1989). Dans ce sens, le bruxellois Philippe Gérard a souligné toute l'importance des principes d'*égalité* entre citoyens et d'*autonomie* collective (cf. Ph. GÉRARD, *Droit et démocratie. Réflexion sur la légitimité du droit dans la société démocratique*, Bruxelles, 1995, p. 285). L'indéniable acquis démocratique que représentent ces principes de limitation des décisions majoritaires ne saurait toutefois faire perdre de vue l'*incertitude radicale et chronique* quant au contenu de l'égalité de dignité des personnes et de leur autonomie dans la communauté politique. L'indétermination, à laquelle le citoyen est censé se résigner, quant aux valeurs qui pourraient donner un contenu stable au consensus rationnel démocratique, semble provenir du rejet — conventionnel et, dès lors, réfutable — de toute référence inspiratrice à un absolu transcendant. Pour une critique de cette position, voir les observations de X. DIJON, *La légitimité démocratique : de l'incertitude à la conviction. À propos de l'ouvrage de Ph. Gérard « Droit et démocratie »*, in « Annales de Droit de Louvain », 1996/2, p. 225-242.

de se demander si la tendance à présenter le *procéduralisme* comme une sorte d'absolu social — peut-être, le seul absolu encore toléré —, ne risque pas de conduire la démocratie vers une impasse non exempte de danger<sup>(70)</sup>. D'autant que la société s'expose inévitablement à la sanction propre du droit naturel, sanction que d'aucuns mettent en doute, mais que Leclercq synthétisait en ces termes percutants: « puisque le droit naturel correspond aux exigences sociales de la nature humaine, les institutions sociales contraires à la nature humaine ne donneront pas les fruits de développement qu'elles doivent donner. Cette formule abstraite signifie concrètement que les hommes resteront barbares et ne seront pas heureux »<sup>(71)</sup>.

### 3. Xavier Dijon.

Le récent ouvrage de Dijon affiche lui aussi clairement la couleur dans son titre : *Droit naturel*<sup>(72)</sup>. Dans cet épais premier tome, le iusnaturaliste de Namur surprend son lecteur en ne commençant pas par fournir de définition précise du droit naturel. Il préfère adopter un point de vue englobant la diversité sémantique du mot « nature » — celui-ci évoque à la fois la spontanéité et l'ordre, réconciliés par la naissance, dans la condition corporelle —, tout en se gardant bien de verser dans une lecture rationaliste du droit naturel. L'auteur s'en tient à une réponse succincte et suggestive aux objections qui sont habituellement formulées à l'encontre du droit naturel. Outre la critique de la polysémie du concept déjà évoquée, il affronte les quatre autres objections majeures : le droit naturel serait un sujet philosophique et non juridique<sup>(73)</sup>; il serait dépourvu de sanction juridique<sup>(74)</sup>; il représenterait un argument réactionnaire, une fuite

<sup>(70)</sup> Cf. JEAN-PAUL II, Lettre encyclique *Evangelium vitae* (25 mars 1995), nos 69 et s., *A.A.S.*, 87 (1995), p. 481 et s.

<sup>(71)</sup> J. LECLERCQ, *Du droit naturel à la sociologie*, o. c., p. 138.

<sup>(72)</sup> X. DIJON, *Droit naturel*. t. 1. *Les questions du droit*, Paris, 1998.

<sup>(73)</sup> « Le « détour philosophique » proposé par le droit naturel s'avère sans doute le chemin le plus court pour rejoindre le droit lui-même » (*ibid.*, p. 23). D'ailleurs refuser ce détour entraîne l'adhésion *nolens volens* à la position philosophique que représente le positivisme juridique.

<sup>(74)</sup> « La question consiste moins à savoir si le droit naturel connaîtra jamais une sanction comparable à celle que reçoit le droit positif, que, plutôt, à savoir si les sanctions possibles s'appuient suffisamment sur les exigences du droit naturel pour mériter de figurer dans l'ordre du droit » (*ibid.*, p. 24).

dans le passé<sup>(75)</sup> et, finalement, il poursuivrait la prétention d'imposer une vérité, ce qui a l'air bien peu démocratique<sup>(76)</sup>.

Dans le climat des courants juridiques dominants, l'usage de semblables arguments, même s'ils sont comme ici formulés avec finesse, expose inévitablement à des critiques. En réaction, un auteur faisait récemment allusion à un manque de congruence lié à « l'origine théologique » de certains des arguments qui y sont utilisés dans la mesure où ils feraient référence à la patristique, ce qui impliquerait un glissement méthodologique ou une « rupture épistémologique »<sup>(77)</sup>. Tout en partageant avec ce juriste l'opinion que les manquements à la pureté méthodologique formelle de la science du droit naturel sont à déplorer, il ne nous a pas été possible de lui donner raison, car pour qu'il y ait une véritable rupture épistémologique, il faut que l'éventuelle invocation de la patristique entende trouver auprès des Pères de l'Église un argument d'autorité; s'il s'agit seulement d'emprunter à ces derniers un raisonnement au titre d'auteurs privés, il se peut que cette référence soit compatible avec une démarche de droit naturel. Dans le cas présent, l'absence dans le compte rendu de référence précise n'a pas permis de confirmer cette critique. On ajouterait volontiers qu'il paraît de même peu scientifique et regrettable de laisser entendre au lecteur (même si telle n'est peut-être pas l'intention dudit recenseur) que l'ensemble de la démarche intellectuelle de l'auteur, dont il reconnaît par ailleurs l'honnêteté, se situerait en rupture épistémologique. D'autant qu'en filigrane cela sous-entendrait l'idée de la fausseté méthodologique du droit naturel comme science. S'il est vrai que, dans ce premier tome, X. Dijon n'offre pas de système global de

---

<sup>(75)</sup> « En réalité, loin que l'histoire refuse la nature comme décidément fixiste, ou que la nature précise l'histoire comme un accident superficiel, ne vaut-il pas mieux reconnaître leur indissociable complicité? L'une et l'autre renvoient mutuellement à ce qu'elles portent chacune en elles en fait de permanence et en fait de changement » (*ibid.*, p. 27).

<sup>(76)</sup> « La recherche du droit que commande la nature humaine elle-même, loin de perturber le débat démocratique, lui donne au contraire un fondement. Une telle recherche empêche en effet ce débat de tomber dans la seule lutte d'intérêts qui, privilégiant jusqu'à l'exclusive le rapport des forces, s'empêcherait par là à dire le droit » (*ibid.*, p. 29). Par ailleurs, le vrai iusnaturalisme est respectueux aussi bien de la liberté de conscience que des autres libertés publiques des citoyens.

<sup>(77)</sup> Voir le compte rendu de M.F. RIGAUX in « Revue interdisciplinaire d'études juridiques », 41 (1998), p. 130.

droit naturel — il se défend d'ailleurs lui-même d'avoir nourri un tel projet —, il ne faut pas perdre de vue que d'autres iusnaturalistes ont démontré qu'il était tout à fait possible de développer un droit naturel (classique) dans le respect de son statut épistémologique de science juridique<sup>(78)</sup>.

Quant à la méthode choisie dans le premier tome, elle permet à Dijon de porter toute son attention sur les signes révélateurs de la présence du droit naturel au sein même des grands chapitres du droit positif: l'ordre constitutionnel, le sujet de droit, les relations familiales, l'appropriation des biens, le respect des obligations, la répression des infractions et enfin, le droit international. Ce sont, comme le suggère le sous-titre, « Les questions du droit ». De la sorte, les lecteurs se trouvent d'emblée sur un terrain familier aux juristes. Quant à l'auteur, il commence, pour ainsi dire, par un surcroît d'énergie là où d'autres iusnaturalistes ne sont parvenus qu'à bout de souffle. Il espère ainsi capter l'attention des étudiants et des praticiens en vue des « Réponses de l'histoire » qui constituent le sujet du second tome annoncé et, de fait, son indispensable complément. Il est, dès lors, permis de penser que Xavier Dijon prend le relais du chanoine Leclercq dans sa tentative de sensibilisation au droit naturel opérationnel. Que la tâche entreprise soit immense, et les résultats, provisoires, n'étonnera personne... Le principal n'est-il pas d'oeuvrer dans la direction d'un droit plus conforme aux exigences de la dignité humaine?

Parvenus au terme de ce bref survol, nous ne tirerons donc pas de conclusion trop hâtive sur l'état de santé du droit naturel dans notre domaine de recherche : si l'on ne peut, certes, prétendre que cette science soit très avancée — encore moins dans son acception classique —, comme le déplorait J. Leclercq, ni qu'elle soit fort à l'honneur dans la pratique juridique actuelle, suite à l'option prise par J. Dabin et bien d'autres en faveur de sa déjuridicisation, on constatera toutefois qu'avec les perspectives tracées par X. Dijon (qu'il n'est sans doute pas le seul à soutenir), la source du *ius naturae* est loin de s'être tarie dans le monde juridique belge.

---

(78) Nous songeons en particulier, mais pas uniquement, à J. Hervada, qui a toujours fait preuve d'un grand souci de cohérence quant au statut épistémologique des différentes disciplines juridiques (cf. J. HERVADA, *Introduction critique, o. c.*). Cela rejoint la voie qu'avec J. Leclercq, nous avons appelée le « droit naturel séparé de toute croyance » et sur laquelle nous reviendrons plus tard, étant donné son importance.

2. *Perspectives d'avenir pour le droit naturel classique: des références explicites aux manifestations implicites.*

Si l'on élargissait à présent le champ de notre observation à la littérature universelle — ce qui dépasserait le cadre de cette contribution — l'on pourrait déceler, derrière une extrême variété de courants, l'indéniable vitalité du droit naturel, même s'il n'apparaît certainement pas comme la position qui tient le haut du pavé dans la doctrine juridique. Si on se limite aux écoles et aux courants qui en appellent *ouvertement* au droit naturel (pris dans son sens classique, par opposition au moderne), on constate, au plan international, un certain essor du iusnaturalisme. En philosophie du droit de langue française, la revitalisation du droit naturel juridique de Michel Villey<sup>(79)</sup> a connu un rayonnement qui va bien au-delà de Paris, puisque des professeurs tels que Jean-Marc Trigeaud<sup>(80)</sup>, à Bordeaux, et Alain Sériaux<sup>(81)</sup>, à Aix-en-Provence, s'inscrivent, à plus d'un égard, dans la même ligne. L'influence de Villey a dépassé largement les frontières de la francophonie, comme en témoigne l'oeuvre de Javier Hervada. Alors que celui-là était principalement un historien du droit, ce dernier, en tant que juriste chevronné (outre sa formation de canoniste), a pu se consacrer davantage à la mise en oeuvre du droit naturel dans la pratique juridique séculière<sup>(82)</sup>. Comme autres représentants de la littérature juridique espagnole, on signalera, entre autres, Jesús Ballesteros<sup>(83)</sup>, Andrés Ollero<sup>(84)</sup>, Francisco Carpintero<sup>(85)</sup> et Pedro Serna<sup>(86)</sup>. On y ajoutera l'argentin

(79) Pour un aperçu global de sa pensée, voir notamment R. RABBI-BALDI CABANILLAS, *La filosofía jurídica de Michel Villey*, Pampelune, 1990.

(80) Cf. J.M. TRIGEAUD, *Humanisme de la liberté et philosophie de la justice*, t. 1, Bordeaux, 1985; IDEM, *Droit « positif » et droits de l'homme*, Bordeaux, 1997.

(81) Cf. A. SÉRIAUX, *Le droit naturel*, Paris, 1993.

(82) Cf. J. HERVADA, *Introduction critique...*, o. c., en particulier p. 161 et s. et *Cuatro lecciones de Derecho Natural*, 2<sup>e</sup> éd., Pampelune, 1991. Voir aussi IDEM, *Escritos de Derecho Natural*, Pampelune, 1986.

(83) Cf. J. BALLESTEROS, *Sobre el sentido del derecho. Introducción a la filosofía jurídica*, Madrid, 1984; IDEM, *Postmodernidad: decadencia o resistencia*, Madrid, 1989.

(84) Cf. A. OLLERO TASSARA, *¿Tiene razón el derecho?*, Madrid, 1996.

(85) Cf. F. CARPINTERO, *Derecho y ontología jurídica*, Madrid, 1993; IDEM, *Nuestros prejuicios acerca del llamado derecho natural*, in «Persona y Derecho», 27 (1992), p. 21-200.

(86) Cf. P. SERNA, *Positivismos conceptual y fundamentación de los derechos humanos*, Pampelune, 1990.

Carlos Ignacio Massini<sup>(87)</sup> et le chilien Joaquín García-Huidobro<sup>(88)</sup>. En Italie, outre des représentants néo-thomistes, tels que D. Composta<sup>(89)</sup>, on notera l'existence d'un courant iusnaturaliste d'orientation phénoménologique-existentielle fondé par Sergio Cotta à l'Université romaine de la Sapienza<sup>(90)</sup> et suivi par Francesco d'Agostino<sup>(91)</sup> ainsi que par Francesco Viola<sup>(92)</sup> et plusieurs autres disciples. Pour ce qui est de la philosophie anglo-saxonne et américaine, on mentionnera spécialement la « Nouvelle École de droit naturel », fondée par l'éthicien Germain Grisez<sup>(93)</sup>, et à laquelle appartiennent des auteurs aussi renommés que John Finnis<sup>(94)</sup>, William May<sup>(95)</sup>, Joseph Boyle<sup>(96)</sup> et, *last but not least*, Robert P. George<sup>(97)</sup>. Nous ne pourrions pas terminer ce bref aperçu sans mentionner le moraliste Robert Spaemann<sup>(98)</sup> ainsi que l'ancien doyen de la Faculté de droit de Munich, Arthur Kaufmann<sup>(99)</sup> qui, avec son « herméneutique juridique », adopte une position proche du iusnaturalisme.

À côté des auteurs qui recourent explicitement au droit naturel classique, il faut encore relever la fréquente invocation *implicite* du droit naturel. De nos jours, souligner qu'au sein même de nombreu-

(87) Cf. I. MASSINI, *El iusnaturalismo actual*, Buenos Aires, 1996.

(88) Cf. J. GARCÍA-HUIDOBRO, *Razón práctica y derecho natural*, Valparaíso, 1993.

(89) Cf. D. COMPOSTA, *Filosofia del Diritto*, I et II, Rome, 1991 et 1994.

(90) Cf., par exemple, S. COTTA, *Il diritto nell'esistenza. Linee di ontofenomenologia giuridica*, Milan, 1991; S. COTTA et alii, *Diritto naturale e diritti dell'uomo all'alba del XXI secolo*, Milan, 1993.

(91) Cf. F. d'AGOSTINO, *Filosofia del diritto*, Turin, 1993; *Pluralità delle culture e universalità dei diritti* (a cura di F. d'AGOSTINO), Turin, 1996.

(92) Cf. F. VIOLA, *Diritti dell'uomo, diritto naturale, etica contemporanea*, Turin, 1989; IDEM, *Dalla natura ai diritti? I luoghi dell'etica contemporanea*, Rome, 1997.

(93) Sur cette école voir par exemple R.A. GAHL, *Practical Reason in the Foundation of Natural Law according to Grisez, Finnis, and Boyle*, thèse, Rome, 1994.

(94) Cf. J. FINNIS, *Natural law and natural Rights*, Oxford, 1980; IDEM, *Fundamental of Ethics*, Oxford, 1983; IDEM, *Moral Absolutes*, Washington, 1991.

(95) Cf. W. MAY, *Moral Absolutes. Tradition, Current Trends and the Truth*, Milwaukee, 1989.

(96) Cf. J. BOYLE, *Natural Law and the Ethics of Traditions*, in *Natural Law Theory* (ed. Robert P. George), Oxford, 1992.

(97) Cf. *Natural Law Theory* (ed. Robert P. GEORGE), *o. c.*

(98) Cf. R. SPAEMANN, *Das Natürliche und das Vernünftige. Aufsätze zur Anthropologie*, Munich, 1987.

(99) Cf. A. KAUFMANN, *Grundprobleme der Rechtsphilosophie*, Munich, 1994.

ses positions doctrinales et jurisprudentielles de signe positiviste, le droit naturel transparaît souvent sous des « étiquettes » non avouées, n'est plus du tout original. Pour banal qu'il puisse être devenu, ce constat nous paraît néanmoins suffisamment fondé pour ne pas pouvoir être passé sous silence ou interprété d'une autre manière. Ces manifestations implicites ont pour noms les « principes généraux du droit », les « principes de justice », les « principes métaconstitutionnels », le « raisonnable », l'« équité », la « bonne foi », la « nature des choses », etc.

Dans le même ordre d'idée, on notera aussi le crédit dont jouissent à présent les *droits de l'homme*, après un progressif développement au cours de ces dernières décennies. Quel est aujourd'hui le législateur, le juge, le gouvernement ou l'auteur qui oserait encore faire abstraction de droits humains désormais régis par le droit international et sanctionnés par des Cours de justice spécialisées aux moyens sans cesse accrus? Mais ces droits de l'homme, lorsqu'il sont appréhendés dans leur simple positivité contractuelle, posent eux-mêmes des problèmes considérables de fondement, d'incompatibilité, de manque de reconnaissance universelle<sup>(100)</sup>. Très révélatrices sont les différences repérables en matière de droits humains et de libertés fondamentales, non seulement, selon les générations de droits humains<sup>(101)</sup>, entre les droits-franchises et les droits-créances, mais

---

<sup>(100)</sup> On se souvient notamment des objections formulées dans M. VILLEY, *Le droit et les droits de l'homme*, Paris, 1983. Toutefois, la conclusion de l'impossibilité métaphysique des droits de l'homme à laquelle aboutit le professeur parisien ne nous semble pas fondée. Elle s'explique peut-être par sa vision trop radicalement cosmique (et pas assez axée sur la nature humaine) des rapports de justice. Nous pensons que les droits humains se fondent sur le droit naturel et que la survie de ceux-là requiert la nécessité d'un tri entre ceux qui sont naturels — et universels — et ceux qui, étant culturels et/ou socio-économiques, sont régionaux et variables (cf. J.P. SCHOUPPE, *Réflexions sur la conception du droit de M. Villey: une alternative à son rejet des droits de l'homme*, in « Persona y Derecho », 25 (1991), « In memoriam Michel Villey », p. 151-169). Voir, dans le même sens, J.B. d'ONORIO, *À la recherche des droits de l'homme. Les équivoques d'un concept*, in Collectif, « Droits de Dieu et droits de l'homme », Paris, 1989, p. 205.

<sup>(101)</sup> À ce sujet, on constate non seulement le déploiement historique et progressif des déclarations des droits de l'homme concernant le *présent*, mais aussi la tendance qui consiste à anticiper l'avenir par une prise en compte des *générations futures* d'êtres humains, récemment mise en relief par certains auteurs dans le domaine écologique (voir notamment F. Ost, *La nature hors la loi. L'écologie à l'épreuve du droit*, Paris, 1995, p. 278 et s.).

aussi, d'un droit constitutionnel à l'autre, à propos de la teneur d'un droit fondamental déterminé. Ainsi, à l'égard du droit à la vie, on observe une position diamétralement opposée en Allemagne et aux États-Unis, ces deux pays ayant connu une évolution radicale. Aux États-Unis, faut-il le rappeler, étant donné l'absence de prescrit constitutionnel assurant la protection de la vie à un être humain en gestation, on en est arrivé, suite à un revirement jurisprudentiel, à reconnaître à la mère un droit à l'avortement comme liberté protégée dans la Constitution. En revanche, en Allemagne, le droit est passé d'une position semblable à la reconnaissance du droit de l'enfant à naître (au moins tant que la défense de la vie de l'embryon ne met pas en danger la vie de la mère), refusant de la sorte à cette dernière un droit généralisé à l'autodétermination susceptible de prévaloir, à certaines conditions, sur le droit à la vie de l'être humain qu'elle porte en son sein. Ce n'est plus l'idée d'un droit *contre* l'État, mais bien celle d'un droit *protégé par* l'État, dans une conception hobbesienne<sup>(102)</sup>. Si une divergence aussi flagrante et de tels revirements sont possibles de la part de deux États de droit couramment donnés en exemple aux régimes politiques, et ce, concernant le droit le plus fondamental, on mesure bien la précarité des droits de l'homme lorsque, considérés dans leur simple positivité, ils sont livrés à eux-mêmes. Outre les points faibles que nous venons de relever, des spécialistes convaincus des droits de l'homme en arrivent à évoquer les risques de dégénérescence que ceux-ci comportent. Ainsi l'un d'entre eux admet que, laissée à elle-même, cette nouvelle culture juridique conduit facilement à un hédonisme individualiste, qui rend très urgents un « cran d'arrêt » au « tout est permis » et « tout est possible » ainsi qu'une véritable « éducation » citoyenne aux droits de l'homme<sup>(103)</sup>.

C'est pourquoi le débat doit porter aussi sur la justification qu'appellent ces droits déclarés. Quel fondement allons-nous leur trouver ? De même, quel cran d'arrêt ? Quelle éducation, si ce n'est la redécouverte de cette vérité élémentaire — elle semble une lapalissade — que les droits humains découlent de la *dignité inaliénable*

---

(102) Cf. M. RONHEIMER, *Diritti fondamentali, legge morale e difesa legale della vita nello stato costituzionale democratico. L'approccio costituzionalistico all'enciclica « Evangelium vitae »*, in « Annales Theologici », 9 (1995/2), p. 289 et s.

(103) Cf. G. HAARSCHER, *Philosophie des droits de l'homme*, Bruxelles, 4<sup>e</sup> éd., 1993, p. 138-139.

de chaque personne? Or, la dignité de *chacun* ne peut qu'émaner de la *nature humaine*. Au-delà d'un formalisme juridique qui renverrait uniquement aux déclarations et aux traités en faveur des droits de l'homme, mais toujours révisables, le seul fondement véritable de ces droits ne peut provenir, selon nous, que de l'appartenance de biens essentiels *en justice et par nature* à chaque personne. Cette conclusion importante en appelle une seconde: une herméneutique réaliste des exigences de justice qui émanent de la nature humaine, voilà la source incontournable du savoir juridique et de l'éducation citoyenne aux droits humains que nous évoquions précédemment. C'est donc à la fois au détour de ses manifestations implicites — parmi lesquelles les droits de l'homme pèsent lourd — et à travers ses références explicites toujours actuelles que nous assistons, une fois de plus, à l'aube du troisième millénaire, à ce que Rommen appelait «l'éternel retour du droit naturel». Un tel retour du iunaturalisme ne semble toutefois guère envisageable si ce n'est au travers d'une nouvelle formulation, qui prenne en compte à la fois les catégories notionnelles contemporaines (droit humains notamment) et les problématiques actuelles (entre autres, celles qui sont relatives à la bioéthique et aux éthiques professionnelles spécialisées)<sup>(104)</sup>.

### III. *Réflexions comparatives et conclusives.*

1. Cette étude nous a permis d'établir que, dans l'ordre *canonique*, le droit divin (naturel et positif) constitue un critère d'authenticité remplissant à la fois les fonctions de fondement, de principe informateur et de clause limite. Son rôle ne se borne donc pas à la *stabilisation* d'un droit ecclésial qui, depuis le Christ, trempe dans l'histoire et se déploie dans l'espace universel.

2. Le droit naturel fait l'objet d'une subsomption par le droit divin révélé. Néanmoins, il arrive à l'ordonnancement canonique de faire *expressément* appel au droit divin *naturel*, ce qui est de moins en moins fréquent en droit séculier. Une autre différence par rapport à ce dernier mérite d'être soulignée: le droit *naturel ecclésial*, si l'on peut s'exprimer ainsi, va parfois au-delà de la simple science du droit naturel. Dans l'ordre canonique, le droit naturel

---

<sup>(104)</sup> Cf. C.I. MASSINI, *La teoría del derecho natural en el tiempo posmoderno*, in «Rivista internazionale di filosofia del diritto», 74 (1997), p. 647 et s.

peut soit être reconnu et invoqué expressément, soit se muer en droit divin révélé, soit encore faire l'objet d'un *parachèvement* par l'autorité ecclésiastique, à la lumière de la foi et de la Révélation. Le droit naturel parachèvement peut de la sorte atteindre une certitude et une précision sans équivalent dans la science du *ius naturae* (qui relève entièrement de l'ordre de la raison), mais alors il faut se demander si, à cause dudit parachèvement, il ne cesse pas d'être du droit naturel proprement dit? Dans les hypothèses où il n'est ni « subsumé » ni parachèvement mais demeure du droit divin naturel, il ne constitue qu'une base *partielle* du système canonique, la fonction de fondement de l'ensemble du système revenant au droit divin révélé.

3. Il en va différemment dans l'ordre juridique *étatique*. Alors que dans le système canonique, le droit naturel n'exerce que partiellement un rôle fondateur et n'acquiert dès lors qu'une importance de ce point de vue secondaire, le *ius naturae* constitue en revanche le fondement traditionnel de *l'ensemble* du droit séculier. Toutefois, sa visée est plus modeste : fournisseur de *principes*, il ne prétend pas apporter des réponses techniques et détaillées à toutes les questions juridiques qui se posent. Ce qui ne veut pas dire qu'il se borne nécessairement à donner de vagues orientations. Pour se convaincre du contraire, il suffit de songer, par exemple, à l'institution familiale, dont il précise les éléments d'hétérosexualité, d'indissolubilité, de fidélité et d'ouverture aux enfants. Le droit naturel s'articule au droit positif, au travers de sa positivation, idéalement suivie de sa formalisation. Il s'intègre dans le droit positif qu'il informe, et en reçoit ainsi la sanction, sans pour autant se départir de sa sanction propre.

4. Cette vision typique du *ius commune* a été remise en cause par l'avènement du droit naturel *moderne*. Au terme du processus, c'est la référence à la transcendance qui va être rejetée. L'hypothèse de la non-existence de Dieu contenue dans la formule « *etiamsi daremus* » de Grotius n'était, en définitive, qu'une étape dans un parcours qui allait mener à la prétention nietzschéenne d'avoir « tué Dieu ». Plongée par le postulat aprioriste de la mort de Dieu dans un univers conceptuel *immanentiste* et, en ce qui concerne la science juridique, largement imprégné de *positivisme légaliste*, la société pluraliste s'est repliée sur elle-même. En proie à un auto-réductionnisme intellectuel qui l'empêche d'adhérer à des valeurs stables, celle-ci reporte toutes ses visées sur un souci de *procéduralisme formel* allant de pair avec une incertitude radicale et un contractualisme tous azimuts. La quête de nouvelles formes de vie commune qui, selon certains, se-

raient peu ou prou assimilables à l'institution familiale, en est un exemple éloquent.

5. Dans ces conditions, il y a lieu de se demander si la référence au droit naturel a encore un sens pour nos démocraties. Pour répondre à cette interrogation, on notera qu'en dépit des différences de contexte non négligeables, que nous venons de rappeler, au sein du droit naturel *classique*, à savoir celles qui distinguent le droit divin naturel (ouvert au parachèvement à la lumière de la foi) et le droit naturel séparé de toute croyance religieuse, il ne faut pas perdre de vue que le droit naturel constitue une réalité unique, plus ou moins découverte et développée. L'on peut alors se poser la question de savoir si, compte tenu de l'érosion qui ronge le droit naturel dans l'ordre juridique séculier, l'ordre canonique ne va pas, au fil du temps, se convertir en *iuris naturae refugium*. De même, on peut imaginer que, outre son rôle de dépositaire d'un droit naturel tombé dans l'oubli, le droit canonique pourrait un jour être appelé à restituer celui-ci à des juristes qui, après avoir fait la dramatique expérience de son évacuation, s'en trouveraient déboussolés.

6. Jusqu'à présent un tel scénario semble toutefois relever de la fiction. En effet, même dans le contexte immanentiste et positiviste prédominant, on remarque une utilisation *implicite* du droit naturel, par le biais d'autres catégories juridiques telles que les principes généraux du droit, la nature des choses, l'équitable, le raisonnable, les droits de l'homme... Cette référence masquée au droit naturel est le plus souvent faite dans une totale confusion entre la conception rationaliste et l'acception classique du droit naturel. La clarification de ce concept, la redécouverte de son acception *classique*, la réhabilitation du droit naturel dans son statut épistémologique de science *juridique*, ainsi que le recours *explicite* à celui-ci, devraient contribuer à porter un jugement critique sur un certain nombre d'idées reçues en la matière. Voilà qui pourrait rendre les juristes et les politiciens plus confiants devant la perspective de remplir le consensus démocratique et «procéduralement correct» de contenus plus substantiels et éthiquement légitimes. De la sorte, on aurait redécouvert les principes juridiques fondamentaux de la vie en société émanant de la nature humaine et qui, dès lors, valent partout et pour tous, indépendamment de toute croyance religieuse. Encore faut-il pour cela que les juristes abordent le droit naturel comme une *science opérationnelle*. S'agissant d'une capacité opérative limitée, il ne faut pas attendre de cette dernière plus que ce qu'elle peut donner. Mais ce serait

une erreur bien plus lourde de conséquences que d'oublier l'enjeu vital pour la société qui y est lié: les *principales balises* humanisant les rapports juridiques qui, en leur assurant une tension éthique, les préservent des abus et des passions, caractéristiques inévitables d'une vie sociale peu « angélique ».

7. La comparaison entre le droit divin des canonistes et le droit naturel des juristes séculiers se solde sur un constat de *grandissante asymétrie* entre ces deux facteurs stabilisateurs de leur ordre juridique respectif. La différence serait sans doute moins nette si le droit étatique accordait davantage de crédit explicite, voire systématique, au droit naturel classique. En effet, dans cette hypothèse, la nature ou dignité humaine agirait comme facteur inspirateur et stabilisateur communs aux deux ordres juridiques (sans nier pour autant l'éclairage complémentaire et l'effectivité du droit divin révélé dans l'ordre canonique).

8. Mais ce processus d'asymétrie croissante entre les deux facteurs stabilisateurs est-il *irréversible*? L'avenir de nos États de droits démocratiques n'est-il pas aux mains de personnes libres et responsables, censées tenir compte non seulement des droits de l'homme actuellement reconnus, mais aussi des inspirations et des exigences de la nature humaine? D'autant que, au cas où ces exigences juridiques ne seraient pas respectées, ces autorités responsables, et la société démocratique qu'elles représentent, seront inéluctablement rappelées à l'ordre par la sanction propre du droit naturel: souhaitent-ils, pour reprendre les termes de J. Leclercq, rester « barbares » — ou le devenir — et ne pas être « heureux »? On formulera donc l'espoir que la société prendra conscience du déficit de « légitimité » substantielle, auquel n'échappe pas une législation tâtonnante, appuyée sur des consensus éphémères, dénuée de vision profondément humaniste. Le procéduralisme formaliste du « politiquement correct » risque de porter atteinte à la dignité authentique de la personne humaine et de constituer une sorte de bombe à retardement susceptible de se retourner contre le régime démocratique qui l'a engendré. Devant les grandes inconnues éthiques et juridiques qui placent sur diverses questions, par exemple, en matière de bioéthique ou d'identité familiale, les juristes sauront-ils rechercher, *au-delà* des critères de légalité et de procédure — mais aussi *conformément* à ces derniers — un « critère d'authenticité », qui fasse, au plan étatique, le pendant du droit divin canonique?

9. Cette contribution a, par ailleurs, décelé bien des signes de vitalité et de relance du droit naturel, mais, si l'on veut rester réaliste, on avouera que l'adoption pure et simple d'un système iusnaturaliste opérationnel ne semble pas être (encore?) dans le cours des choses. Miser sur la notion de *dignité humaine*, aux confins du droit naturel et des droits de l'homme, semble plus raisonnable. Dans cette optique, il reste à souhaiter que la référence attentive à la dignité de chaque personne permettra à notre société pluraliste de défendre et de promouvoir le meilleur d'elle-même. Cependant, les droits de l'homme n'échappent pas eux-mêmes à une extrême fragilité, que ce soit dans leur fondement, leur universalité ou leur compatibilité. De surcroît, l'expérience a démontré, lors des conférences du Caire (1994) et de Pékin (1995) notamment, que les droits de l'homme ne sont pas à l'abri des manipulations politiciennes et d'interprétations individualistes allant à l'encontre de la vision humaniste qui a présidé à la rédaction de la Déclaration de 1948.

10. C'est pourquoi la question de la ré-ouverture de nos États de droit démocratiques à la transcendance devrait pouvoir, à tout le moins, être posée. S'inspirer de la Sagesse divine, en effet, nous paraît une démarche capitale pour pouvoir mettre *pleinement* au jour les *véritables* contenus concrets de la dignité humaine<sup>(105)</sup>. Toutefois, dans l'éventualité où la majorité des citoyens rejetterait une telle inspiration à un absolu transcendant, le recours au droit naturel séparé de toute croyance — la véritable science juridique du droit naturel — apparaîtrait comme une alternative plausible pour identifier les biens essentiels dus à chaque personne humaine et assurer à ceux-ci une protection, en donnant ainsi au consensus démocratique une garantie quant à l'authenticité de son contenu. Le droit naturel est, à nos yeux, le seul et véritable fondement des droits de l'homme qui, autrement, suite à leur multiplication et à leur diversification au fil des générations successives, finissent par perdre de leur consistance *naturelle* et par se mêler à des éléments *culturels* ne répondant plus au critère d'universalité. Au-delà de tout procéduralisme purement formel, le respect des exigences juridiques inhérentes à la nature hu-

---

<sup>(105)</sup> Il s'agit de permettre à la science juridique de se voir portée à son plus haut accomplissement, sans rien sacrifier de l'autonomie méthodologique du droit naturel classique. On peut appliquer à la science du droit naturel, *mutatis mutandis*, les considérations exprimées par Jean-Paul II, dans *Fides et ratio*, o. c., nos 81, 83, 89, 92, 98 et 108.

maine nous paraît constituer un gage essentiel de l'épanouissement des personnes et du bien-être social.

11. Cette contribution n'avait pas la prétention d'entrer dans la pratique du droit naturel et dans les problèmes que celle-ci peut indéniablement poser. Plus modestement, nous avons mis en évidence le rôle du droit divin, naturel et révélé, comme facteur d'inspiration et de stabilisation du droit canonique. Par ailleurs, nous avons souligné la situation d'asymétrie croissante sur le plan du facteur de stabilisation primordial entre le droit canonique et le droit séculier. Tout en posant la question de l'irréversibilité de ce phénomène, nous avons témoigné auprès des juristes de l'intérêt que peut présenter la redécouverte de la science du droit naturel — à la fois immuable et historique — pour donner, dans le droit fil d'une tradition juridique commune, un contenu profondément *humain* aux procédures formelles de nos sociétés pluralistes, qui autrement risquent de ne plus être des États de droit que dans le sens réducteur du positivisme légaliste et du sociologisme juridique. Le droit naturel classique n'est-il pas, dès lors, le facteur — parfois oublié, mais jamais inefficace — de la stabilisation et de l'humanisation de nos sociétés en proie à l'emballage du temps juridique?

Pagina bianca

JOAQUÍN LLOBELL

## LE PARTI, LA CAPACITÀ PROCESSUALE E I PATRONI NELL'ORDINAMENTO CANONICO (\*)

1. La titolarità dei diritti della persona e l'esercizio dei medesimi nell'ordinamento canonico: *a)* Il libero esercizio dei diritti: il maggiorenne e gli equiparati; *b)* L'assenza dell'esercizio personale dei diritti: gli «infantes» e gli equiparati. L'esercizio «necessariamente mediato» dei loro diritti; *c)* L'esercizio «assistito» dei diritti; *d)* L'esercizio «liberamente mediato» dei diritti. — 2. I tre livelli dell'intervento nel processo e il loro esercizio: *a)* Il titolare immediato della capacità «in iudicio agendi»: la «parte»; *b)* Il titolare immediato e mediato della capacità «in iudicio standi»: la persona legittimata «ad processum instaurandum» (la capacità processuale); *c)* Il titolare immediato e mediato della capacità «postulandi»; *d)* Le due mansioni della capacità «postulandi» mediata del «patrono»: il procuratore «ad lites» e l'avvocato. — 3. L'incorporazione alla condizione di procuratore «ad lites» e di avvocato: *a)* I requisiti del procuratore «ad lites»; *b)* I requisiti dell'avvocato.

Considerato lo scopo di questo studio, teso ad illustrare agli operatori del diritto la disciplina processuale riguardante i patroni canonici presso i tribunali diocesani, non saranno trattate le specificità proprie dei tribunali apostolici e dei dicasteri amministrativi della Curia Romana. Inoltre, sarà adoperata, prevalentemente, una sistematica esegetica delle norme codiciali, con richiami alla legislazione particolare della Conferenza Episcopale Italiana in materia, senza entrare nel merito delle divergenze dottrinali sorte a questo riguardo <sup>(1)</sup>.

---

(\*) Relazione tenuta al IX Simposio di Diritto Canonico in Slovacchia. Spišské Podhradie-Spišská Kapitula (Slovacchia), 24-27 agosto 1999. Nella medesima occasione abbiamo tenuto un'altra relazione su tematiche affini (*I patroni stabili e i diritti-doveri degli avvocati*), la quale sarà pubblicata prossimamente in *Ius Ecclesiae*.

<sup>(1)</sup> Cfr. il nostro *Il patrocinio forense e la «concezione istituzionale» del processo canonico*, in P.A. BONNET-C. GULLO (a cura di), *Il processo matrimoniale canonico*, ed. 2, Città del Vaticano, 1994, pp. 439-478.

1. *La titolarità dei diritti della persona e l'esercizio dei medesimi nel diritto canonico.*

I procuratori processuali («*ad lites*») e gli avvocati (denominati, onnicomprensivamente, patroni) sono trattati nel secondo e ultimo capitolo del quarto titolo della *prima pars* del CIC 1983 (cann. 1481-1490). La rubrica di detto titolo è «*de partibus in causa*», e il suo primo capitolo è dedicato alla parte attrice e alla parte convenuta (cann. 1476-1480). Quindi, lo studio dei patroni presuppone l'utilizzo di una adeguata ed univoca terminologia sulla posizione delle parti nel processo.

Il codice per le Chiese orientali è identico a quello latino, con qualche variazione sistematica la quale non ha alcuna incidenza sulla materia di questo studio: i due capitoli del codice orientale, benché siano successivi, sono raggruppati in un medesimo titolo («*Titulus XXIV, De iudiciis in genere*»), la cui tematica è molto più ampia che non quella del rispettivo titolo del codice latino (cfr. CCEO, cann. 1134-1148), perché il legislatore ha suddiviso il codice orientale in trenta titoli, senza utilizzare la divisione in «libri», tipica delle Decretali e del CIC 1917. Considerata la presenza in Slovacchia di Chiese orientali, in questo saggio saranno considerati sempre i due codici.

a) *Il libero esercizio dei diritti: il maggiorenne e gli equiparati.*

La questione terminologica è importante perché i codici latino e orientale utilizzano parole che possono indurre a confusione, in particolare, se comparate con la concettualizzazione classica utilizzata dalla cosiddetta *parte generale del diritto della persona*. Infatti — a prescindere dalla non perfettamente riuscita espressione del can. 96 del codice latino («*Baptismo homo ... in Ecclesia constituitur persona*»), che è stata modificata dal CCEO, can. 675 —, nell'ambito del diritto della persona, è usuale affermare che ogni persona umana gode di «capacità giuridica», volendo con ciò significare che ha un patrimonio giuridico proprio (almeno quello del diritto alla vita) e che è in grado di essere titolare di diversi diritti ed obblighi (ad es., un bambino appena nato può essere titolare di un importante patrimonio economico ricevuto in eredità e, quindi, sarà obbligato a pagare le relative tasse). Invece, non tutte le persone hanno «capacità di agire», cioè non tutte possono disporre personalmente del proprio patrimonio giuridico. Tale «capacità di agire» richiede, come requisito minimo, avere l'uso della ragione, il quale non si pre-

sume prima di aver compiuto i sette anni e può non essere mai raggiunto o essere stato perso, a prescindere dall'età, ad es. per malattia.

Quindi, gli «*infantes*» (coloro che non hanno compiuto i sette anni) e coloro i quali «*usu rationis habitu carent*», pur avendo capacità giuridica, non hanno capacità di agire e sono considerati, con espressione del diritto romano accolta dall'ordinamento canonico, «*non sui compotes*»: «incapaci di agire» (CIC, can. 97 § 2, 99, 852 § 2; CCEO, can. 681 § 3, 909 §§ 2 e 3). Tuttavia, per motivi evidenti, il bambino, anche se ha acquisito l'uso della ragione, non può disporre liberamente del suo patrimonio giuridico. Infatti, la piena e generica capacità di disposizione (la «capacità di agire») si raggiunge soltanto con la condizione di «maggiorenne»<sup>(2)</sup>, compiuto il diciottesimo anno di età, o di minorenni «emancipato» (quei minorenni non sottoposti alla «patria potestà» dei genitori o dei tutori).

L'ordinamento canonico non regola autonomamente l'*emancipazione* e recepisce detto istituto dall'ordinamento civile a cui è sottoposta la persona (cfr. CIC, can. 105 § 1; CCEO, can. 915 § 1). Tuttavia, i minorenni canonicamente sposati dovrebbero essere ritenuti emancipati dal diritto della Chiesa con indipendenza dalla loro condizione civile. Infatti, la norma che riconosce loro la capacità processuale (cfr. CIC, can. 1674, 1°; CCEO, can. 1360, 1°) presupporrebbe la loro emancipazione, cioè l'esenzione dalla patria potestà e l'acquisto del libero esercizio degli altri diritti, non particolarmente qualificati, propri dei maggiorenni (cfr. CIC, can. 98 § 2; CCEO, can. 910 § 2). Questa impostazione, richiesta dalla norma generale secondo cui le leggi inabilitanti devono essere interpretate in senso ristretto (cfr. CIC, cann. 14 e 18; CCEO, cann. 1496 e 1500), appare più consona con la *mens legislatoris* (cfr. CIC, can. 17; CCEO, can. 1499) rispetto a quella secondo la quale la persona minorenni sposata è abilitata ad esercitare i propri diritti (quindi, anche quelli processuali) soltanto nell'ambito matrimoniale a motivo della considerazione del matrimonio come causa «*spiritualis seu cum spiritualibus conexas*» (CIC, can. 1478 § 3; CCEO, can. 1136 § 3).

Comunque, i minorenni che hanno acquisito l'uso della ragione (chiamati «*puberes*» dai 14 ai 18 e «*impuberes*» dai 7 ai 14 anni<sup>(3)</sup>)

(2) «*Persona maior plenum habet suorum iurium exercitium*» (CIC, can. 98 § 1). Cfr. CIC, can. 97 § 1; CCEO, cann. 909 § 1, 910.

(3) Cfr. CIC 1917, can. 88 §§ 2 e 3. Il CIC adopera il termine «*pubertas*» sol-

godono di una limitata e differenziata, ma importante, capacità di agire. Invero, nell'ambito religioso specifico dell'ordinamento canonico, detti minorenni hanno una notevole autonomia nell'esercizio dei diritti e dei doveri. Detta posizione diventa ancora più forte, equiparabile addirittura a quella dei maggiorenni, in seguito al compimento del quattordicesimo anno di età (sull'argomento torneremo fra poco). Di conseguenza, ad es., il diritto-dovere dei genitori all'educazione dei figli (cfr. CIC, can. 226; CCEO, cann. 407, 627 § 1) è limitato dal diritto di questi, dal loro raggiungimento dell'uso della ragione, a seguire una propria spiritualità, a scegliere un determinato confessore, ecc. (cfr. CIC, cann. 213, 217, 219, 225; CCEO, cann. 16, 20, 22, 401, 406). Si pensi, ad es., alla posizione canonica dei pastorelli di Fatima in seguito alle apparizioni della Madonna.

D'altra parte — sebbene possano esservi altri requisiti d'idoneità: ad es., il sesso maschile per il sacerdozio, determinati titoli di studio, ecc. —, per quanto riguarda l'età la condizione di maggiorenne non basta per poter esercitare tutti i diritti nella Chiesa. Infatti, vi sono talune mansioni e i relativi eventuali diritti che richiedono un'età superiore, ad es.: *ventuno* anni per la professione perpetua (cfr. CIC, can. 658, 1°), *ventitré* per il diaconato «transitorio», *venticinque* per il sacerdozio e per il diaconato permanente dei celibi (cfr. CIC, can. 1031; CCEO, can. 759), *trenta* per poter essere nominato vicario generale, episcopale o giudiziale (cfr. CIC, cann. 478 § 1, 1420 § 4; CCEO, cann. 247 § 2), *trentacinque* per l'episcopato (cfr. CIC, can. 378 § 1, 3°; CCEO, can. 180), per essere nominato amministratore diocesano (cfr. CIC, can. 425 § 1; CCEO, can. 227 § 2) e per il diaconato permanente degli sposati (cfr. CIC, can. 1031 § 2; CCEO, can. 759 § 1), ecc.

- b) *L'assenza dell'esercizio personale dei diritti: gli «infantes» e gli equiparati. L'esercizio «necessariamente mediato» dei loro diritti.*

Allo scopo di raggiungere la chiarezza concettuale sul ruolo dei patroni canonici, dobbiamo stabilire con precisione le diverse posi-

---

tanto al can. 1096 § 2. Sull'unificazione dell'età di quattordici anni fra le femmine e i maschi per il raggiungimento della «pubertà giuridica», cfr. CIC, cann. 863, 1478 § 3 (cfr. CCEO, can. 1136 § 3). I sedici anni richiesti ai maschi per la validità del matrimonio (cfr. CIC, can. 1083 § 1; CCEO, can. 800 § 1) non riguarderebbero direttamente detto concetto.

zioni *preprocessuali* riguardanti l'esercizio dei diritti. Finora abbiamo considerato la posizione dei maggiorenni e di quelli loro equiparati, i quali godono del libero e immediato esercizio dei diritti, ed abbiamo accennato alla posizione dei minorenni che hanno raggiunto l'uso della ragione, in particolare di coloro che hanno compiuto il quattordicesimo anno di età (i «*puberes*»), i quali dispongono anche dell'esercizio immediato di numerosi diritti.

Invece, gli «*infantes*» e gli equiparati (coloro i quali non hanno l'uso della ragione perché non sono giunti all'età della discrezione, o perché, quantunque giunti, hanno una malattia che toglie loro, stabilmente, l'uso della ragione) sono «*non sui compotes*» e quindi, pur avendo diritti e doveri giuridici *stricto sensu*, non possono né disporvi né adempierli personalmente. Quindi, poiché «*iura sunt exercitanda et obligationes adimplendae*», qualcuno deve avere il compito di esercitare i diritti e di adempiere gli obblighi di coloro che non possono farlo personalmente, come ricorda la *Lettera ai Galati*<sup>(4)</sup>. Detto compito corrisponde ai «rappresentanti» dei «*non sui compotes*». Nel pieno rispetto del diritto naturale, tale rappresentanza (chiamata «*patria potestà*») è affidata primariamente ai genitori dei «*non sui compotes*». Anche se il sistema codiciale abrogato affidava la patria potestà di preferenza al «*paterfamilias*» (cfr. CIC 1917, can. 1223 § 2), i vigenti codici non adoperano il termine «*patria potestà*» e, poiché «*ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus*»<sup>(5)</sup>, la rappresentanza dei «*non sui compotes*» corrisponde sia ai genitori solidalmente, sia al padre o alla madre *uti singuli*. In questa seconda fattispecie, la natura delle cose richiede l'applicazione dell'istituto della prevenzione, cioè che soltanto uno, il padre o la madre, possa rappresentare di fatto in un caso singolo il figlio, per evitare decisioni contraddittorie (cfr. CIC, cann. 1415, 1482 § 2; CCEO, cann. 1082, 1140 § 2).

Tuttavia, i genitori dei «*non sui compotes*» possono non esistere, essere a loro volta «*non sui compotes*», essere stati destituiti dalla patria potestà da parte dell'autorità competente (perché non in grado di adempiere i relativi obblighi nei confronti dei figli: ad

(4) «Ecco, io faccio un altro esempio: per tutto il tempo che l'erede è fanciullo, non è per nulla differente da uno schiavo, pure essendo padrone di tutto; ma dipende da tutori e amministratori» (Gal 4, 1-2).

(5) Glossa «*Pretium*» *Dig.* 6, 2, 8, in D. LIEBS, *Lateinische Rechtsregeln und Rechtssprichwörter*, ed. 3, München, 1983, p. 212.

es., in quanto drogati o delinquenti) o, semplicemente, possono trovarsi in una condizione di contrasto fra i propri interessi e quelli del figlio (ad es., perché vi è il dubbio sulla condizione di erede del figlio o dei genitori). Ne deriva la necessità di essere sostituiti nella rappresentanza del figlio in quelle materie su cui vi è detto contrasto. In tutte queste fattispecie diventa necessario che qualcuno sostituisca i genitori nella rappresentanza dei «*non sui compotes*». Nel caso in cui non vi siano i genitori o entrambi abbiano perso la patria potestà, dovrà essere nominato (dall'organo predisposto dalla legge: il consiglio di famiglia, il giudice minorile, ecc.) un rappresentante dell'intero patrimonio giuridico del «*non sui compos*». Si tratta dell'istituto del *tutore*. Invece, sebbene i codici non adoperino una terminologia univoca, qualora la rappresentanza sia *parziale* (soltanto per qualche bene), la medesima è affidata ad un *curatore* (cfr. CIC, cann. 97-99, 105, 1478, 1479, 1508 § 3, 1519, 1521; CCEO, cann. 909, 915, 1136, 1137, 1191 § 3, 1200, 1202).

c) *L'esercizio «assistito» dei diritti.*

Fra la posizione di coloro i quali godono del libero e immediato esercizio dei diritti (i maggiorenni ed equiparati) e di quelli altri (i «*non sui compotes*») che, invece, devono esercitare i loro diritti in modo «necessariamente mediato», vi è una terza posizione giuridica intermedia: quella propria del minorenni il quale è giunto all'uso della ragione. Questi, infatti, non è qualificato di «*non sui compos*»<sup>(6)</sup> e, inoltre, la legge, adoperando il termine «*plene sui compotes*» (CIC, can. 922), riconosce una *gradazione* del libero esercizio dei diritti, in particolare per quanto riguarda quelli di natura spirituale (religiosa), specifici (seppur non esclusivi) dell'ordinamento canonico (cfr. CIC, can. 98 § 2; CCEO, can. 910 § 2). In detto ambito, talvolta, il raggiungimento dell'uso della ragione consente l'uso immediato dei diritti poiché tutti i minorenni i quali «*infantia egressi, rationis usum assecuti sunt*» sono equiparati agli *adulto*, cioè ai maggiorenni, ad es., per quanto riguarda talune norme sul loro battesimo (cfr. CIC, can. 852 § 1).

---

(6) Ad es.: « § 1. *Quae in canonibus de baptismo adulti habentur praescripta, applicantur omnibus qui, infantia egressi, rationis usum assecuti sunt.* § 2. *Infanti assimilatur, etiam ad baptismum quod attinet, qui non est sui compos* » (CIC, can. 852). Cfr. CCEO, can. 681 § 3.

Talvolta, invece, pur nell'ambito delle cause spirituali e connesse, il mero raggiungimento dell'uso della ragione non consente l'esercizio immediato dei diritti, diventando rilevante la distinzione fra gli «*impuberes*» (prima del quattordicesimo anno) e i «*puberes*», compiuta tale età. Invero, oltre all'esercizio di altri diritti in cui l'aver compiuto il quattordicesimo anno è rilevante<sup>(7)</sup>, la legge (cfr. CIC, can. 1478 § 3; CCEO, can. 1136 § 3) conferisce a coloro i quali hanno compiuto i quattordici anni l'esercizio immediato del diritto alla tutela giudiziaria nelle cause spirituali e in quelle connesse con le medesime, vale a dire, nella pratica totalità delle fattispecie canoniche.

Diversamente, lo specifico diritto alla tutela giudiziaria dei «*sui compotes*» al disotto dei quattordici anni di età deve essere esercitato mediatamente, «*per curatorem a iudice constitutum*» (*ibidem*). Questa disposizione manifesterebbe l'esistenza di diritti riguardanti materie spirituali e connesse i quali l'*impuber* può esercitare personalmente, senza l'intervento di alcun rappresentante (genitori, tutore o curatore), purché il loro esercizio non richieda l'intervento del giudice. Qualora vi fosse un contenzioso giudiziale, l'*impuber* non avrebbe la rispettiva capacità processuale. La medesima corrisponderà al suo rappresentante «generale» (ai genitori o al tutore), tranne nella fattispecie in cui la controversia fosse fra il minorenni e il suo rappresentante: allora la capacità processuale del minorenni sarà affidata dal giudice ad un curatore, il quale rappresenterà il minorenni soltanto in quella causa concreta. Ne deriva la rilevanza giuridica della volontà del minorenni, quantunque detta volontà abbia bisogno di una «integrazione», di una «assistenza», affinché il diritto del minorenni possa essere difeso in giudizio (torneremo fra poco su questo tema).

d) *L'esercizio «liberamente mediato» dei diritti.*

Vi è un ultimo concetto della parte generale del diritto della persona, riguardante l'esercizio dei diritti, che è fondamentale per

---

(7) Ad es., la scelta del rito in cui si vuol essere battezzato (cfr. CIC, can. 111 § 2; CCEO, cann. 30, 588), l'obbligo della legge dell'astinenza dei cibi (cfr. CIC, can. 1252), la capacità di deporre in giudizio come teste (cfr. CIC, can. 1550 § 1; CCEO, can. 1231 § 1). Vi sono altre età, superiori ai quattordici anni ed inferiori ai diciotto, con rilevanza canonica (cfr., ad es., CIC, cann. 643 § 1, 1°, 874 § 1, 2°, 1083 § 1, 1323; CCEO, cann. 450, 4°, 517 § 1, 559 § 1, 685 § 1, 3°, 685 § 1, 4°, 800 § 1).

lo studio delle parti processuali. Quel concetto formulato da una *regula iuris* delle Decretali di Bonifacio VIII: «*Potest quis per alium, quod potest facere per se ipsum*»<sup>(8)</sup>. Si tratta della facoltà di colui che gode dell'esercizio di un diritto di esercitarlo per mezzo di un altro, il quale deve avere la libera disposizione dello speculare diritto proprio. Detto istituto dà luogo alle diverse figure della rappresentanza giuridica «generale» volontaria (prescindiamo per il momento dall'ambito processuale): il mandatario, il procuratore, il gestore dei negozi, l'amministratore, il delegato, il vicario, il legato, ecc. (cfr., ad es., CIC, cann. 42, 133, 140, 310, 367, 444 § 2, 479, 1105; CCEO, cann. 248, 983, 990, 1523).

È da segnalare che (al di là della capacità di trasmettere l'incarico ricevuto ad un altro, come nel caso della suddelega) questi rappresentanti possono agire a nome di una persona che (in quanto genitore, tutore o curatore di una persona fisica, o rappresentante di una persona giuridica) già attua a nome di un altro. Di conseguenza, al riguardo e prima di entrare in materia processuale, dobbiamo distinguere tre livelli di capacità giuridica: 1°) il titolare del bene giuridico (colui che gode della capacità giuridica: tutte le persone fisiche e giuridiche), 2°) il titolare della capacità di agire a nome proprio (i maggiorenni ed equiparati) o a nome di un altro (genitore, tutore o curatore di una persona fisica, o rappresentante di una persona giuridica), e 3°) il rappresentante del titolare della capacità di agire (il mandatario, il procuratore, ecc.).

Nel terzo livello, diventa essenziale l'atto con il quale il rappresentato (di un bene proprio o altrui) affida al rappresentante la capacità di agire a nome del rappresentato, ad es., il mandato per celebrare il matrimonio per procura (cfr. CIC, cann. 1105, 1686; CCEO, can. 1372 § 1). Detto atto sarà chiamato procura, delega, mandato, ecc., secondo la specificità della rappresentanza. L'atto potrà avere vizi formali ed altri riguardanti il consenso del rappresentato. Inoltre, il rappresentante potrà adempiere il mandato fedelmente o non adempierlo (o farlo infedelmente). Nel caso di negligenza imputabile al mandatario, questi dovrà rispondere dei danni causati al mandante (cfr. CIC, cann. 128, 540 §§ 2 e 3, 1281 § 3, 1289; CCEO, cann. 299 §§ 2 e 3, 935, 1024 § 3, 1033).

---

(8) VI° *Regula iuris* 68.

## 2. I tre livelli dell'intervento nel processo e il loro esercizio.

La complessa situazione studiata per quanto riguarda la parte generale del diritto si riflette, con molte specificità e con una terminologia talvolta contrastante, sulle persone che intervengono nel processo canonico nella posizione delle parti.

a) *Il titolare immediato della capacità «in iudicio agendi»: la «parte».*

«*Quilibet, sive baptizatus sive non baptizatus, potest in iudicio agere; pars autem legitime conventa respondere debet*» (CIC, can. 1476; CCEO, can. 1134). La norma appare semplice, ma è complessa per diversi motivi. *In primo luogo*, questa disposizione è la diretta applicazione della norma generale la quale assicura il diritto alla tutela giudiziaria<sup>(9)</sup>, ma tale tutela appartiene alla formulazione dei cosiddetti diritti «fondamentali» del *fedele* e, quindi, non contempla i diritti dei non battezzati né, almeno esplicitamente, delle persone giuridiche. Invece, il citato termine «*quilibet*» include non soltanto i non battezzati (lo fa esplicitamente), ma anche tutti i titolari di un bene giuridico protetto dal diritto al processo canonico e, quindi, le persone giuridiche e le persone fisiche «*non sui compotes*». Cioè, l'espressione «*quilibet potest in iudicio agere*» vorrebbe significare la «capacità di essere parte», intesa come la capacità di vedere tutelati nell'ambito giudiziale i diritti di cui si è titolare, a prescindere dalla capacità di esercitarli personalmente.

*In secondo luogo*, la norma offre una simmetria che potrebbe indurre a confusione, laddove il *quilibet* potrebbe apparire non soltanto come il riferimento alla parte attrice, ma addirittura come a quella parte attrice che abbia la capacità processuale, cioè di porre personalmente atti nel processo, giacché il canone sembrerebbe richiedere detta speculare capacità processuale alla parte convenuta: «*pars autem legitime conventa "respondere debet"*». Il termine «*respondere*», infatti, induce a pensare alla capacità d'intervenire personalmente nel processo, con atti propri. In realtà, il canone, non fa

(9) CIC, can. 221: « § 1. *Christifidelibus competit ut iura, quibus in Ecclesia gaudent, legitime vindicent atque defendant in foro competenti ecclesiastico ad normam iuris.* § 2. *Christifidelibus ius quoque est ut, si ad iudicium ab auctoritate competenti vocentur, iudicentur servatis iuris praescriptis, cum aequitate applicandis* ». Cfr. CCEO, can. 24 §§ 1 e 2.

altro che sancire la tutela giudiziale (stabilita a livello generale dal CIC, can. 221 e dal CCEO, can. 24) di qualsivoglia titolare di un diritto protetto dall'ordinamento canonico, come parte attrice o convenuta, e a prescindere dalla personale capacità di agire propria dei maggiorenni ed equiparati e di coloro che sono «*sui compotes*». Il canone afferma semplicemente che presupposto del processo è l'esistenza del titolare di un diritto, la parte attrice, la quale (personalmente o per mezzo dei suoi rappresentanti) si ritiene ingiustamente danneggiata, riguardo a detto diritto, da qualcuno (forse anche questi «*non sui compos*»), chiamato parte convenuta. Infatti, per l'esistenza del «processo» è imprescindibile la presenza di queste due parti «in contraddittorio», le quali devono necessariamente dar vita alla controversia giudiziale: la parte attrice «agendo» davanti al giudice e la parte convenuta «rispondendo», a prescindere da *tramite chi* si «agisca» o si «risponda». Senza l'esistenza di queste due parti contrapposte non può esistere il processo e, quindi, la sentenza del «pseudoprocesso» in cui mancasse alcuna delle due parti sarebbe insanabilmente nulla per la carenza di un presupposto essenziale<sup>(10)</sup>. Un problema diverso, e ontologicamente successivo, è quello del «come» e «per mezzo di chi» le parti dovranno agire e rispondere, ma è certo che ogni titolare di un patrimonio giuridico con rilevanza canonica deve trovare tutelati i suoi diritti in via giudiziale, al di là della sua capacità di agire scaturita dall'applicazione delle norme generali. Cioè, ogni titolare di un diritto può essere «parte» nel processo canonico.

*In terzo luogo*, vi è il problema *terminologico* a cui abbiamo precedentemente fatto riferimento. Il can. 1476 dice «*quilibet potest "in iudicio agere"*», riecheggiando la «capacità di agire» della parte generale, propria dei maggiorenni e dei «*sui compotes*». Invece, la «capacità *in iudicio agendi*», sancita dal can. 1476, equivale alla «capacità giuridica», riconosciuta dalla parte generale ad ogni titolare di un bene giuridico, anche se tale persona è «*non sui compos*». Di conseguenza, la parte è il titolare del bene giuridico oggetto del processo, a prescindere dalla sua capacità di agire secondo i criteri della parte generale. Il riconoscimento del diritto alla tutela giudiziale

---

<sup>(10)</sup> CIC, can. 1620, 4°: «*Sententia vitio insanabilis nullitatis laborat, si ... 4°. iudicium factum est sine iudiciali petitione, de qua in can. 1501, vel non institutum fuit adversus aliquam partem conventam*». Cfr. CCEO, can. 1303 § 1, 4°.

della parte è denominato, dai canoni del libro «*de processibus*», «capacità *in iudicio agendi*», quantunque il titolare di tale diritto non abbia la «capacità di agire» conferita dalla parte generale ai maggiorenni e, in minor misura, agli altri «*sui compotes*». La parte quindi è il titolare dell'*interesse* richiesto per la parte attrice dal CIC, can. 1501 (cfr. CCEO, can. 1104 § 2), anche se il ragionamento serve ugualmente per la parte convenuta. Tale interesse, come ha affermato più volte la giurisprudenza della Segnatura Apostolica deve essere «personale, attuale, diretto e tutelato, *saltem indirecte*, dalla legge»<sup>(11)</sup>, quantunque tale giurisprudenza non distingua sufficientemente fra la condizione di «parte» e di «capacità processuale». Questa nostra impostazione della parte nel processo si ricollega con quella meno formalistica e più sostanziale, sostenuta da un settore della dottrina<sup>(12)</sup>.

- b) *Il titolare immediato e mediato della capacità «in iudicio standi»: la persona legittimata «ad processum instaurandum» (la capacità processuale).*

Quantunque ogni persona fisica (battezzata o non battezzata, maggiorenni o «*non sui compos*») o giuridica (*stricto sensu* o *lato sensu* — come nel caso delle associazioni non riconosciute e dei titolari degli interessi «collettivi» e «diffusi»<sup>(13)</sup> —, composta da fedeli

(11) SEGNAURA APOSTOLICA, *coram* Castillo-Lara, sentenza, 21 novembre 1987, n. 4, in *Ius Ecclesiae*, 1 (1989), pp. 197-203; ID., *coram* Fagiolo, sentenza, 20 giugno 1992, n. 7, prot. 22036/90 C.A.

(12) Per lo studio delle diverse impostazioni dottrinali, prevalentemente in ambito italiano, cfr. C. GULLO, *De partibus in causa*, in A. MARZOA-J. MIRAS-R. RODRÍGUEZ-OCAÑA (a cura di), *Comentario exegetico al Código de Derecho Canónico*, Pamplona, 1996, vol. 4, pp. 1014-1021; I. ZUANAZZI, *Le parti e l'intervento del terzo*, in *Il processo matrimoniale canonico*, cit. in nota 1, pp. 323-391.

(13) Oltre ai nostri *Associazioni non riconosciute e funzione giudiziaria*, in W. AY-MANS-K.T. GERINGER-H. SCHMITZ (a cura di), *Das konsoziative Element in der Kirche. Akten des VI. Internationalen Kongresses für kanonisches Recht. München, 14. — 19. September 1987*, St. Ottilien, 1989, pp. 345-355, e *La giurisdizione della Chiesa sul matrimonio degli acattolici*, in J. CARRERAS (a cura di), *La giurisdizione della Chiesa sul matrimonio e sulla famiglia*, Milano, 1998, pp. 77-126, cfr. C. GULLO, *De partibus in causa*, cit. in nota 12, pp. 1020-1021; P. MONETA, *I soggetti nel giudizio amministrativo ecclesiastico*, in AA.VV., *La giustizia amministrativa nella Chiesa*, Città del Vaticano, 1991, pp. 55-70; L. NAVARRO, *La tutela giudiziaria dei soggetti senza personalità giuridica canonica*, in *Ius Ecclesiae*, 9 (1997), pp. 265-287; G. TOGNONI, *La tutela degli interessi diffusi nell'ordinamento canonico*, in *Quaderni di diritto ecclesiale*, 8 (1995), pp. 321-344; C.

o da infedeli), la quale sia titolare di un bene con rilevanza giuridica nell'ordinamento canonico, possa essere «parte» (attrice o convenuta), è evidente che non tutti (ad es., i «*non sui compotes*») possono porre personalmente gli atti necessari per decidere di dar vita ad un processo, sia come parte attrice o come parte convenuta. Perciò è necessaria la «capacità processuale».

La capacità processuale è denominata dai canoni sul «*de processibus*» «capacità *in iudicio standi*» (cfr. CIC, cann. 1478, 1480 § 1, 1505 § 2, 2°; CCEO, cann. 1136, 1138 § 3, 1188 § 2, 2°) e si equivale alla «capacità di agire» della parte generale. Quando la parte (pur avendo *sempre* la capacità *in iudicio agendi*) non ha la capacità processuale dovrà intervenire nel processo per mezzo della persona che la rappresenti nell'esercizio dei suoi diritti generali o del diritto che si vuol tutelare giudizialmente: i genitori, il tutore, il curatore, il delegato, il mandatario, ecc. Tale rappresentante è «preprocessuale», vale a dire è colui che ha la facoltà di decidere se avviare o no il processo per tutelare giudizialmente (a nome della parte attrice o, con le dovute distinzioni, della parte convenuta) il bene di cui è rappresentante.

Come le due parti (attrice e convenuta) sono necessarie per la valida instaurazione del processo e della sentenza (cfr. CIC, can. 1620, 4°; CCEO, can. 1303 § 1, 4°), così è indispensabile che coloro i quali «decidano» l'instaurazione della controversia abbiano capacità processuale, capacità *in iudicio standi*<sup>(14)</sup>. Dal punto di vista degli atti processuali, questa capacità implica soltanto, ma necessariamente, la possibilità di chiedere il *ministerium iudicis* (cfr. CIC, cann. 1481, 1502 e 1505 § 2, 2°; CCEO, cann. 1139, 1185 e 1188 § 2, 2°). Riguardo al bene oggetto del contraddittorio, la capacità processuale comporta la *disponibilità* su tale bene (quantunque non sia «proprio»), manifestata — oltre che nella volontà di iniziare

---

VENTRELLA, *La tutela degli interessi diffusi nel diritto amministrativo italiano e nell'ordinamento canonico*, in R. BERTOLINO-S. GHERRO-L. MUSSELLI (a cura di), *Diritto canonico e comparazione*, Torino, 1992, pp. 183-196; I. ZUANAZZI, *La legittimazione a ricorrere «uti fidelis» per la tutela dei diritti comunitari*, in R. BERTOLINO-S. GHERRO-G. LO CASTRO (a cura di), *Diritto «per valori» e ordinamento costituzionale della Chiesa*, Torino, 1996, pp. 399-450.

<sup>(14)</sup> CIC, can. 1620, 5°: «*Sententia vitio insanabilis nullitatis laborat, si ... lata est inter partes, quarum altera saltem non habeat personam "standi in iudicio"*». Cfr. CCEO, can. 1303 § 1, 5°.

il processo o di opporvisi — nella possibilità della rinuncia vuoi all'istanza (cfr. CIC, can. 1524; CCEO, can. 1205), vuoi alla tutela giudiziaria — cioè all'azione (cfr. CIC, can. 1485; CCEO, can. 1143) —, vuoi allo stesso bene — in tutto o in parte — tramite la transazione o il compromesso (cfr. CIC, can. 1714; CCEO, can. 1164). Tale disponibilità comporta quindi la capacità di agire che hanno i maggiorenni e i rappresentanti dei «*non sui compotes*», degli *impuberes*, degli interdetti (cfr. CIC, can. 1478 § 4; CCEO, can. 1136 § 4) e delle collettività (cfr. CIC, cann. 1480 § 1, 310, ecc.; CCEO, can. 1138 § 1).

La capacità processuale sarà *immediata*, quando chi decide di avviare la tutela giudiziale (è indifferente se come parte attrice o convenuta) è il medesimo titolare del bene oggetto del processo (colui che è parte). La capacità processuale sarà, invece, *mediata*, se tale decisione è presa dal rappresentante preprocessuale del « proprietario » (del titolare) del bene in questione.

La imprecisione testé accennata (normativa, giurisprudenziale e dottrinale) nel non distinguere adeguatamente fra la parte e il titolare della capacità processuale è indotta da diversi precetti legali. Ad es., il canone successivo a quello che configura la posizione della parte (CIC, can. 1476; CCEO, can. 1134) sancisce l'obbligo della parte (attrice e convenuta) di intervenire personalmente nel processo quando così lo prescrive la legge o il giudice, quantunque la parte si sia costituito un patrono processuale (cfr. CIC, can. 1477; CCEO, can. 1135). In realtà, l'adempimento di tale obbligo potrà essere adeguatamente soddisfatto soltanto quando la parte abbia la capacità processuale, non nella fattispecie in cui la parte sia «*non sui compos*». Analogamente, il diritto che fonda la richiesta della parte attrice (cfr. CIC, can. 1504, 2°; CCEO, can. 1187, 2°), dovrebbe far riferimento al diritto di cui la parte è titolare e non al fondamento della capacità processuale. Invece, la firma del libello deve corrispondere a chi ha la capacità processuale, sebbene la legge sembri parlare della parte o del suo procuratore *ad lites*, il quale non ha, di per sé, la capacità processuale (CIC, can. 1504, 3°; CCEO, can. 1187, 3°). Altre manifestazioni di un uso impreciso del termine « parte » — perché è riferito, senza l'adeguata determinazione, sia al titolare della capacità *in iudicio standi*, sia a quello della capacità *in iudicio agendi* — emergono dalla normativa sulla perenzione dell'istanza (cfr. CIC, cann. 1520 e 1521; CCEO, cann. 1201 e 1202), sulla rinuncia all'istanza (CIC, can. 1524; CCEO, can. 1205), sui dati che devono essere indicati dalla sentenza (CIC, can. 1612 § 1; CCEO, can. 1295 § 1), ecc.

In altre occasioni, invece, la legge distingue adeguatamente fra la parte e il titolare della capacità processuale. Ad es., il CIC, can. 1508 § 3 (CCEO, can. 1191 § 3) differenzia la parte convenuta, la quale non ha la capacità *in iudicio standi*, dal suo rappresentante pre-processuale. Infatti, il «*procurator specialis*» non è il procuratore *ad lites*, bensì quella persona abilitata (dalla parte, dalla legge, dagli statuti, ecc.) ad esercitare la rappresentanza della capacità dispositiva, non meramente processuale, su quel bene che è diventato oggetto della controversia. La medesima corretta distinzione fra la parte e il titolare della capacità processuale è riscontrabile riguardo alla cessazione delle rispettive posizioni giuridiche (cfr. CIC, cann. 1518 e 1519; CCEO, cann. 1199 e 1200).

c) *Il titolare immediato e mediato della capacità «postulandi».*

Lo *ius postulandi* è il diritto di porre — personalmente o attraverso i patroni<sup>(15)</sup> — tutti gli atti legittimi che consentono la reale e concreta tutela giudiziale, fino ad arrivare alla sentenza definitiva sul merito. Lo *ius postulandi* fa riferimento quindi al livello formale, eminentemente garantista, diritto all'esercizio della tutela giurisdizionale (cfr. CIC, can. 221; CCEO, can. 24), diritto ad esercitare una *pretesa* e a far portare a termine un processo; e si richiama al fine naturale della *pretesa*, ovverosia alla *sentenza definitiva sul merito*. Allo *ius postulandi* corrisponde la *capacitas postulandi* che è il terzo livello di capacità giuridica — *lato sensu* — che consente di arrivare all'adeguata posizione giuridica per ottenere la tutela giudiziale<sup>(16)</sup>. Il primo livello corrisponde alla capacità di essere parte (*in iudicio*

(15) Il CIC, can. 1490 chiama *patronus* l'avvocato e il procuratore (cfr. CCEO, can. 1148).

(16) «*Capacitas postulandi est capacitas ponendi "per se" legitima forma actus processuales*» (F. ROBERTI, *De processibus*, vol. 1, ed. 2, Romae, 1941, p. 581). Per la dottrina più recente, cfr. V. ANDRIANO, *Avvocati e procuratori nell'ordinamento canonico*, in GRUPPO ITALIANO DOCENTI DI DIRITTO CANONICO (a cura di), *Quaderni della Mendola*, vol. 6: «I giudizi nella Chiesa. I processi contenzioso e matrimoniale», Milano, 1998, pp. 127-149; M.J. ARROBA, *Diritto processuale canonico*, ed. 3, Roma, 1996, pp. 210-212, 226-227; P.A. BONNET, *Giudizio ecclesiale e pluralismo dell'uomo. Studi sul processo canonico*, Torino, 1998, pp. 175-183; J.J. GARCÍA FAÏLDE, *Nuevo Derecho Procesal Canónico*, ed. 2, Salamanca, 1992, pp. 48-52; P. MONETA, *La giustizia nella Chiesa*, ristampa aggiornata, Bologna, 1995, pp. 92-95; S. PANIZO ORALLO, *Temas procesales y nulidad matrimonial*, Madrid, 1999, pp. 82-92; P.V. PINTO, *I processi nel codice di diritto canonico. Commento sistematico al Lib. VII*, Città del Vaticano, 1993, pp. 199-207; F.J. RAMOS, I

*agendi*) e il secondo alla capacità processuale (*in iudicio standi*), testé accennate. Così come il secondo livello presuppone il primo, il terzo richiede l'esistenza dei due precedenti.

La *capacitas postulandi*, viene regolata dalla legge: «*pars potest per se ipsa vel per ministerium advocati et procuratoris agere et respondere in iudicio*» (CIC, can. 1481 § 1; CCEO, can. 1139 § 1). La *capacitas postulandi* è strumentale rispetto alla capacità di essere parte ed alla capacità processuale, consentendo di produrre in giudizio ogni atto utile per il processo, sempre che non sia vietato dalla legge. Mentre la condizione di parte (la *capacitas in iudicio agendi*) è inseparabile dalla titolarità del bene giuridico oggetto del processo e, quindi, è cedibile soltanto mediante la cessione del relativo bene, invece, la *capacità di adire il giudice* (la capacità processuale) e la *capacitas postulandi* possono — come abbiamo accennato — essere esercitate direttamente o per mezzo di altri. Per quanto riguarda lo *ius postulandi*, il diritto romano riconosceva la doppia possibilità del suo esercizio, accettata dal diritto canonico classico, differenziando formalmente la condizione di parte da quella del titolare della *capacitas postulandi*: «*postulare autem est desiderium "suum vel amici sui" in iure apud eum, qui iurisdictioni praeest, exponere; vel alterius desiderio contradicere*»<sup>(17)</sup>. La *capacitas postulandi* è un terzo requisito del processo valido — riguardante le parti (gli altri sono la capacità *in iudicio agendi* e la capacità *in iudicio standi*) — che, se manca (cfr. CIC, cann. 1481 §§ 2 e 3, 1723; CCEO, cann. 1139 §§ 2 e 3, 1474) o è utilizzata illegittimamente, può comportare la nullità insanabile della sentenza (cfr. CIC, can. 1620, 6° e 7°; CCEO, can. 1303 § 1, 6° e 7°).

Per impostare adeguatamente l'analisi dei contenuti dello *ius postulandi*, in primo luogo bisogna distinguere tra la *capacitas postulandi immediata* e la *mediata*. La prima corrisponde alla possibilità del titolare della capacità processuale (che, ricordiamolo, può coincidere o meno con la parte) di esercitare lo *ius postulandi* personalmente. Si tratta della cosiddetta «autodifesa», quantunque tale termine sia propriamente applicabile soltanto quando la parte gode per-

---

*tribunali ecclesiastici. Costituzione, organizzazione, norme processuali*, Roma, 1998, pp. 227-242.

<sup>(17)</sup> *Dig.* 3, 1, 1 § 2 (Ulpianus, libro 6 ad edictum). Sulla applicazione di questo concetto al diritto delle Decretali, cfr. M. LEGA-V. BARTOCETTI, *Commentarius in iudicia ecclesiastica*, vol. 1, Romae, 1938, p. 336.

sonalmente della capacità processuale<sup>(18)</sup>. La seconda (la capacità *postulandi mediata*) fa riferimento all'attuazione dello *ius postulandi* in nome o in favore altrui (della parte e del titolare della capacità processuale), dando origine all'istituto del patrocinio forense. Il patrono agirà sempre in favore della parte e dovrà essere nominato da colui che gode della capacità processuale (immediata o mediata). Nelle cause penali contro un imputato divenuto «*non sui compos*» successivamente alla commissione dell'eventuale delitto, l'avvocato dovrà essere nominato dal rappresentante (tutore, ecc.) del malato di mente. Nella fattispecie in cui la legge o il giudice ritengano necessaria la presenza del patrono e, tuttavia, il titolare della capacità processuale non lo abbia nominato, il patrono dovrà essere designato dal giudice *ex officio*, come vedremo di seguito.

d) *Le due mansioni della capacità «postulandi» mediata del «patrono»: il procuratore «ad lites» e l'avvocato.*

La «*capacitas postulandi mediata*» può essere *libera* (o *facoltativa*) o *necessaria*. Nel primo caso, chi ha la capacità processuale potrà scegliere tra esercitare lo *ius postulandi* immediatamente o mediamente; nella seconda ipotesi, l'ambito della scelta riguarda soltanto a chi affidare la *capacitas postulandi*. La *capacitas postulandi* mediata può essere *obbligatoria* in virtù della legge o per *disposizione giudiziale* (cfr. CIC, can. 1481 § 1; CCEO, can. 1139 § 1). La legge stabilisce la necessità dei patroni per motivi inerenti alla *materia* del processo (penale o contenziosa sul bene pubblico, eccettuate le cause di nullità del matrimonio: cfr. CIC, cann. 1481 §§ 2 e 3, 1723; CCEO, cann. 1139 §§ 2 e 3, 1474) o in ragione del *tribunale* presso il quale si chiede la tutela giudiziale<sup>(19)</sup>.

(18) Nelle fattispecie in cui non è obbligatoria *ex lege* la presenza del patrono, la parte convenuta, oltre a non presentarsi al giudizio (la classica «contumacia», ora chiamata «assenza»), può «affidarsi alla giustizia del tribunale» (CIC, can. 1606: «*Si partes ... se remittant iudicis scientiae et conscientiae*»; cfr. CCEO, can. 1289). Non si tratterà quindi di autodifesa, ma di semplice rinuncia al diritto di difesa. Tali assenze e rinunce né impediranno lo svolgimento del processo, né potranno comportare, di per sé, la violazione del diritto di difesa (cfr. CIC, cann. 1592-1595, 1620, 7°; CCEO, cann. 1272-1275, 1303 § 1, 7°).

(19) Cfr. *Normae speciales in Supremo Tribunali Signaturae Apostolicae ad experimentum servandae*, 25 marzo 1968, artt. 6, 32, 99 § 1, in *Enchiridion Vaticanum*, Bologna, 1984, vol. 8, pp. 522-587; GIOVANNI PAOLO II, cost. ap. *Pastor bonus*, 28 giugno 1988, artt. 183-185, in *AAS*, 80 (1988), pp. 841-934; *Id.*, m.p. *Iusti Iudicis*, 28 giugno

Nella fattispecie della *capacitas postulandi* mediata obbligatoria, il titolare della capacità processuale avrà sempre la più completa libertà di scelta per quanto riguarda la nomina dei *difensori*. La legge indica come necessaria la presenza dell'avvocato e del procuratore in tutte le cause contenziose riguardanti il bene pubblico — tranne nelle cause matrimoniali — e in quelle sugli interessi dei minorenni. Infatti, il termine *defensor* utilizzato dalla legge (cfr. CIC, can. 1481 § 3; CCEO, can. 1139 § 3) fa riferimento diretto al merito della questione e, perciò, al ruolo dell'avvocato; tuttavia, da tali processi non può essere esclusa la necessità del procuratore giacché la norma (cfr. CIC, can. 1519 § 1; CCEO, can. 1200 § 1) applica il termine *defensor* anche al procuratore (cfr. CIC, can. 1481 § 3; CCEO, can. 1139 § 3), conferendo a tale riferimento un valore che non esclude l'avvocato<sup>(20)</sup>.

Per i processi *penali*, invece, la legge prescrive soltanto la necessità dell'avvocato, lasciando all'arbitrio del giudice la convenienza di costituire un procuratore oltre all'avvocato richiesto dalla norma (cfr. CIC, cann. 1481 §§ 1 e 2, 1723; CCEO, cann. 1139 §§ 1 e 2, 1474). Qualche qualificato autore sostiene che non è necessaria la presenza dell'avvocato nella *procedura penale amministrativa*; addirittura, che non esiste né il diritto dell'imputato a nominare un difensore né la possibilità di farlo, se non come mero consulente<sup>(21)</sup>. L'opinione tenta di evitare lungaggini in un sistema, quello amministrativo, teso alla celerità. Comunque, tale impostazione non sarebbe sufficientemente rispettosa del diritto di difesa, né dei criteri ermeneutici delle leggi penali e di quelle che limitano i diritti<sup>(22)</sup>. Infatti,

---

1988, art. 1, in *AAS*, 80 (1988), pp. 1258-1261; *Regolamento Generale della Curia Romana*, 30 aprile 1999, art. 138, in *AAS*, 91 (1999), pp. 629-699. Presso la Rota Romana, nelle cause non penali, la *capacitas postulandi* della parte convenuta può essere immediata (cfr. ROTA ROMANA, *Normae Rotae Romanae Tribunalis*, 18 aprile 1994, art. 53 § 2, in *AAS*, 86 (1994), pp. 508-540).

<sup>(20)</sup> Cfr., in senso diverso, C. DE DIEGO-LORA, *Sub can. 1481*, in *INSTITUTO MARTÍN DE AZPILCUETA* (a cura di), *Código de Derecho Canónico. Edición bilingüe y anotada*, ed. 4, Pamplona, 1987.

<sup>(21)</sup> Cfr. A. CALABRESE, *La procedura stragiudiziale penale*, in *I procedimenti speciali nel diritto canonico*, Città del Vaticano, 1992, p. 276.

<sup>(22)</sup> «*Semper in dubiis benigniora preaferenda sunt*» (Dig. 50, 17, regula iuris 56, Ulpianus, libro 3 de legatis ad edictum urbicum); «*In poenalibus causis benignius interpretandum est*» (Dig. 50, 17, regula iuris 155, Ulpianus, libro 65 ad edictum: VI° *Regula iuris* 49); «*Quum sunt partium iura obscura, reo favendum est potius quam actori*» (VI°

se il ricorrente, nel ricorso gerarchico, ha diritto di nominare un avvocato e l'autorità *ad quem* può nominarlo *ex officio* (cfr. CIC, can. 1738; CCEO, can. 1003); se per la concessione della grazia della dispensa *super matrimonio rato et non consummato*, pur non ammettendosi l'avvocato, è possibile l'intervento di un *iurisperitus* (cfr. CIC, cann. 1701 § 2, 1705 § 3); se, come abbiamo visto, l'avvocato è necessario per la validità del processo giudiziale penale, allora si dovrebbe affermare almeno il diritto dell'imputato a tale nomina, quantunque la presenza del patrono possa non essere assolutamente necessaria, in modo da non rendere nulla la procedura qualora non vi sia l'avvocato perché l'imputato non ha voluto nominarlo<sup>(23)</sup>. Invero, la prescrizione del codice orientale secondo cui «*ad validitatem decreti (extra iudicium), quo poena irrogatur, requiritur, ut accusatus ... data sibi opportunitate ius ad sui defensionem "plene" exercendi*» (can. 1486 § 1, 1°), la quale è più incisiva che non quell'altra del CIC, can. 1720, 1°, non consentirebbe l'esclusione del diritto dell'accusato a costituirsi un avvocato.

D'altra parte — anche se avevo sostenuto il contrario<sup>(24)</sup> —, appare opportuno distinguere la figura del patrono da quella del *curatore*, evitando il cumulo delle due figure nella stessa persona<sup>(25)</sup>.

A favore della *capacitas postulandi mediata* (mediante i patroni) è solito segnalare diverse ragioni che mirano a raggiungere un triplice scopo che garantisce altrettanti principi processuali:

---

*Regula iuris* 11); «*Odia restringi, et favores convenit ampliari*» (VI° *Regula iuris* 15). Cfr. CIC, can. 18; CCEO, can. 1500. Cfr. M. MOSCONI, *L'indagine previa e l'applicazione della pena in via amministrativa*, in GRUPPO ITALIANO DOCENTI DI DIRITTO CANONICO (a cura di), *Quaderni della Mendola*, vol. 7: *I giudizi nella Chiesa: Processi e procedure speciali*, Milano, 1999, p. 218.

<sup>(23)</sup> «*Semper in obscuris quod minimum est sequimur*» (Dig. 50, 17, *regula iuris* 9, Ulpianus, libro 15 ad Sabinum: VI° *Regula iuris* 30). Cfr. CIC, can. 14; CCEO, can. 1496.

<sup>(24)</sup> Cfr. *Il patrocinio forense*, cit. in nota 1, p. 443.

<sup>(25)</sup> Sul relativo dibattito, cfr. G. CANALE, *Brevi considerazioni sul curatore «ad cautelam»*, in *Il Diritto Ecclesiastico*, 2 (1994), pp. 243-251; C. GULLO, *Il diritto di difesa nelle varie fasi del processo matrimoniale*, in *Il diritto alla difesa nell'ordinamento canonico*, Città del Vaticano, 1988, pp. 31-38; Id., *Comentario a los cann. 1478, 1479 y 1482*, in *Comentario exegetico*, cit. in nota 12, vol. 4, pp. 1032-1033, 1037 e 1048; G. RICCIARDI, *La costituzione del curatore processuale*, in *Il processo matrimoniale canonico*, cit. in nota 1, pp. 424-426; A. STANKIEWICZ, *De curatoris processualis designatione pro mente infirmis*, in *Periodica de re canonica*, 81 (1992), pp. 495-520 (in particolare pp. 505-506) e 82 (1993), pp. 477-509.

a) assicurare la difesa degli interessi delle parti (principio dello *ius defensionis*);

b) aiutare il ministero giudiziale, collaborando nell'obbligo istituzionale — particolarmente vivo nell'ordinamento canonico — di adeguare la verità formale a quella sostanziale (principio del *favor veritatis*)<sup>(26)</sup>;

c) agevolare, per quanto sia possibile, l'attività dei titolari della capacità processuale e dei giudici nell'adempimento del loro ruolo nel processo (principio di *economia processuale*).

Questa triplice aspirazione può essere intralciata da non poche difficoltà quando la *capacitas postulandi* è esercitata «immediatamente». Tra le cause che sconsiglierebbero l'esercizio immediato della *capacitas postulandi* — mancando la preparazione richiesta per l'autodifesa — possono essere segnalate:

a) il carattere eminentemente tecnico del processo, poiché, di solito, le parti e i loro rappresentanti preprozessuali (ai quali spetta primariamente la capacità processuale) non sono pratici in diritto;

b) la necessità di stabilire una sicura e celere comunicazione tra il tribunale e i titolari della capacità processuale immediata, giacché spesso questi non hanno la possibilità di farsi presenti nella sede del tribunale, potendo perdere perciò diversi diritti processuali perché perenti o produrre dilazioni evitabili del giudizio;

c) la possibile disuguale capacità delle parti di difendersi personalmente, disparità che è consistentemente ridotta tra tutti gli abilitati all'incarico di patrono;

d) l'utilità di sistemare «filtri» (i patroni) che — grazie ad un certo distacco dal conflitto e con la loro conoscenza del diritto — possano garantire indirettamente l'effettiva esistenza di una ingiustizia da ripristinare e la realtà di un vero e proprio contraddittorio, in vista dell'esaurimento di tutte le possibilità di comporre la lite in via extragiudiziale. Ad es., i patroni dovrebbero assicurare, nelle cause di nullità del matrimonio, la possibilità reale di trattarsi di un matrimonio nullo e non meramente fallito.

---

(26) «*Praesentiam advocati in iisdem causis (matrimonialis) valde utilem esse etiam verum dialogum processualem instituendum et exinde ad veritatem obiectivam facilius detegendam*» (Z. GROCHOLEWSKI, *De ordinatione ac munere tribunalium in Ecclesia ratione quoque habita iustitiae administrativae*, in *Ephemerides Iuris Canonici*, 48 (1992), p. 58). Cfr. Id., *Iustitia ecclesiastica et veritas*, in *Periodica de re canonica*, 84 (1995), pp. 7-30.

Comunque, in tutti i casi, la *capacitas postulandi* mediata, per il suo carattere strumentale<sup>(27)</sup>, non modifica minimamente l'attribuzione del ruolo di parte processuale alla persona rappresentata o in favore della quale si agisce, ovverosia il titolare del bene discusso che ha la *capacitas in iudicio agendi*. Quindi, non esiste più la possibilità per il procuratore di diventare *dominus litis*, consentita dal diritto romano e — in qualche periodo e soltanto per certe cause — dal diritto canonico<sup>(28)</sup>.

Tra gli elementi della più schematica struttura della *capacitas postulandi* mediata — sicuramente uno degli assi di tutto l'istituto —, si colloca la distinzione di due mansioni ben definite, quella dell'avvocato e quella del procuratore legale. La differenziazione tra i due ruoli riguarda due diverse condizioni: in nome di chi si agisce e la natura dell'operato. Il procuratore *ad lites* agisce in nome della parte e del titolare della capacità processuale, presentando gli atti decisi da loro o, probabilmente, dall'avvocato. Questi, invece, opera in persona propria, benché sempre a favore della parte, decidendo i mezzi utili, e legittimi, per far vincere la posizione giuridica sostenuta dal suo assistito.

Il compito del procuratore ha una natura piuttosto formale, di tempestiva rappresentanza presso il giudice della volontà della parte e dell'avvocato rispetto ad ognuno dei momenti e degli atti della causa, e di sicuro recapito al quale il giudice può rivolgere i propri atti alla parte. Invece, il ruolo dell'avvocato riguarda il contenuto dei medesimi atti della causa: il libello della domanda (cfr. CIC, can. 1504; CCEO, can. 1187), la risposta del convenuto (cfr. CIC, can. 1513 § 1; CCEO, can. 1195 § 1), l'oggetto del contraddittorio (cfr. CIC, can. 1513 §§ 2 e 3; CCEO, can. 1195 §§ 2 e 3), le prove da produrre (cfr. CIC, can. 1527; CCEO, can. 1208), ecc. Per questi motivi, oltre la più vasta preparazione giuridica richiesta all'avvocato, la tradizione romana stimava più nobile il ruolo dell'avvocato e lo riteneva *munus publicum*, mentre quello del procuratore lo considerava *munus privatum*<sup>(29)</sup>.

(27) *Mere formalis* la chiama la dottrina (cfr. F. ROBERTI, *De processibus*, cit. in nota 16, p. 582).

(28) Cfr. F. ROBERTI, *De processibus*, cit. in nota 16, p. 585; M. CABREROS DE ANTA, *Comentarios al Código de Derecho Canónico*, vol. 3, Madrid, 1964, p. 381.

(29) Cfr. M. LEGA-V. BARTOCETTI, *Commentarius*, cit. in nota 17, p. 336.

Si può individuare ancora una terza figura in rapporto — almeno in senso largo — con lo *ius postulandi*: il *consulente tecnico di parte*, il quale svolge funzione paragonabili a quelle dell'avvocato, limitatamente al piano tecnico non strettamente giuridico. Infine, oltre ai periti di parte (cfr. CIC, can. 1481; CCEO, can. 1139), troviamo lo *iurisperitus* del CIC, cann. 1701 § 2 e 1705 § 3<sup>(30)</sup>.

L'attribuzione degli uffici di avvocato e di procuratore, ben differenziati (vedi § successivo), corrisponderà, in linea di massima, a due soggetti diversi. Tuttavia, nella pratica forense ecclesiale le due professioni tendono sempre di più a sovrapporsi, come manifestazione di un comprensibile e lodevole risparmio — economico ed organizzativo — e del riconoscimento della loro complementarità. Il codice del 1917 avvicinò la figura del procuratore a quella dell'avvocato, applicando al procuratore divieti che nella legislazione precedente si riferivano espressamente soltanto all'avvocato<sup>(31)</sup> e ammettendo la possibilità del cumulo dei due uffici nella medesima persona *in eadem causa et pro eodem cliente* (can. 1656 § 4), non senza discussione nell'ambito della commissione codificatrice<sup>(32)</sup>. Il codice latino non prevede espressamente la riunione soggettiva dei due uffici, perché fu considerato superfluo indicare detta possibilità giacché non vietata<sup>(33)</sup>.

Nell'attuale situazione di penuria di persone adatte a svolgere il ruolo di patrono, potrà essere generalizzata la riunione delle funzioni di avvocato e di procuratore, sempre che le persone abbiano la capa-

<sup>(30)</sup> Sul « consulente tecnico » nel processo canonico, cfr. S. BERLINGÒ, *Dalla perizia alla consulenza nel processo matrimoniale canonico*, in S. GHERRO (a cura di), *Studi sul processo matrimoniale canonico*, Padova, 1991, pp. 1-18.

<sup>(31)</sup> Cfr. F. ROBERTI, *De processibus*, cit. in nota 16, p. 591, nota 1.

<sup>(32)</sup> Cfr. Consulte dell'11, 19 e 25 aprile 1907, in J. LLOBELL-E. DE LEÓN-J. NAVARRETE, *Il libro « de processibus » nella codificazione del 1917. Studi e documenti*, vol. 1, *Cenni storici sulla codificazione. « De iudiciis in genere », il processo contenzioso ordinario e sommario, il processo di nullità del matrimonio*, Milano, 1999, pp. 951-972.

<sup>(33)</sup> Il can. 88 dello *Schema 1976* prevedeva un quarto comma nel quale si contemplava la citata accumulazione. La Commissione decise di sopprimerla « *quia superflua videtur, cum nullibi prohibetur cumulatio muneris procuratoris et advocati* » (*Communicationes*, 10 (1978), p. 279). La cost. ap. *Pastor bonus*, artt. 183-185, non distingue tra avvocati e procuratori e assegna tutte le funzioni dei patroni (*patrocinium causarum*) agli avvocati previsti da questa nuova norma (art. 183). Lo stesso fanno alla stregua della cost. ap., il m.p. *Iusti Iudicis* e la relativa *Ordinatio* (*vide infra* nota 40) della Segreteria di Stato del 1990.

cità soggettiva richiesta, senza però smarrire la diversa sostanza delle due mansioni.

3. *L'incorporazione alla condizione di procuratore « ad lites » e di avvocato.*

Dalla diversità di compiti che l'avvocato e il procuratore sono chiamati a svolgere ne deriva la diversità delle condizioni richieste per l'esercizio delle rispettive attività professionali.

a) *I requisiti del procuratore « ad lites ».*

Per il procuratore, la legislazione generale prescrive (cfr. CIC, can. 1483; CCEO, can. 1141):

1) Avere capacità di agire per il fatto di essere maggiorenne — non sarebbe sufficiente l'emancipazione (cfr. CIC, can. 105 § 1; CCEO, can. 915 § 1) —, senza aver sofferto alcuna limitazione alla medesima capacità (cfr. CIC, cann. 99, 105 § 2; CCEO, cann. 909 § 3, 915 § 2)<sup>(34)</sup>.

2) Godere di buona fama, non per quanto si riferisce la sua religiosità — può non essere cattolico —, ma piuttosto riguardo alla sua probità e coerenza con uno stile di vita che rispetti almeno le norme del diritto naturale.

3) Essere stato nominato, mediante un mandato autentico (cfr. CIC, can. 1484 § 1; CCEO, can. 1142 § 1), da chi egli rappresenta: le

<sup>(34)</sup> Il vigente ordinamento canonico ha superato ogni sorta di discriminazione fra l'uomo e la donna. Le donne sono ammesse ogniqualvolta un laico possa esercitare una mansione nell'ambito processuale (giudice, promotore di giustizia, difensore del vincolo, notaio, patrono, ecc.). La discriminazione, presente nel sistema del CIC 1917 (cfr. can. 1699 § 3), aveva radici molto antiche: «*Feminae ab omnibus officiis civilibus vel publicis remotae sunt et ideo nec iudices esse possunt nec magistratum gerere nec postulare nec pro alio intervenire nec procuratores existere. Item impubes omnibus officiis civilibus debet abstinere*» (Dig. 50, 17, regula iuris 2, Ulpianus, libro 1 ad Sabinum). Cfr. G. MINNUCCI, *La capacità processuale della donna nel pensiero canonistico classico*, vol. 1, *Le scuole franco-renana ed anglo-normanna al tempo di Ugucione da Pisa*, Siena, 1990; vol. 2, *Dalle scuole d'Oltralpe a S. Raimondo di Pennaforte*, Milano, 1994. I consultori della commissione codificatrice del libro «*de processibus*» del 1917 manifestarono detto atteggiamento. Ad es.: «M. Lega sarebbe per l'esclusione esplicita delle donne dai tribunali perché adesso il movimento femminista è tanto forte che sarebbe un pericolo di dover lottare con questi desideri» (Consulta del 25 aprile 1907, in *Il libro «de processibus»*, cit. in nota 32, p. 968).

parti o chi a loro nome esercitano la capacità processuale (i genitori, i tutori o i curatori) (cfr. CIC, cann. 1481 § 1 e 1478 §§ 1 e 2; CCEO, cann. 1139 § 1 e 1136 §§ 1 e 2). Sarebbe utile che questo mandato autentico (se dovesse essere rilasciato mediante documento pubblico) non potesse essere accreditato mediante la mera certificazione di un parroco, poiché il concetto di documento pubblico ecclesiastico (cfr. CIC, can. 1540 § 1; CCEO, can. 1221 § 1) implica non soltanto che sia rilasciato da una persona pubblica, ma che il tal documento faccia riferimento all'ambito delle competenze proprie dell'ufficio *in exercitio sui muneris in Ecclesia confecit* (CIC, can. 1540 § 1; CCEO, can. 1221 § 1). Altrimenti, potrebbe essere vanificata la specificità della figura dei notai della curia diocesana e del tribunale, tale come viene descritta dalla legge (cfr. CIC, cann. 483, 484 e 1437 § 2; CCEO, cann. 253, 255 e 1101 § 2), pur con l'intenzione di facilitare l'esercizio del diritto alla tutela giudiziale<sup>(35)</sup>. Questa impostazione cerca di prendere atto — senza cadere nei biasimati « giuridismo » e formalismo — di quel « proprio procedimento umano » del processo invocato da Paolo VI e da Giovanni Paolo II<sup>(36)</sup>, che garantisce l'indipendenza del giudice, allontanandolo pure da ogni arbitrarità, e che, nel costringere i soggetti processuali a certe cautele, assicura sia la giustizia della sentenza che l'efficacia delle attività processuali delle parti, le quali altrimenti potrebbero diventare sterili qualora tali attività non garantissero la conformità con la loro reale volontà. Infatti, la legge sancisce con la nullità insanabile la sentenza ottenuta in un processo in cui il mandato è illegittimo (cfr. CIC, can. 1620, 6°; CCEO, can. 1303 § 1, 6°). Tuttavia, la vigente normativa viene interpretata in continuità con la precedente<sup>(37)</sup>. D'altra parte, il mandato può essere prodotto presso un ufficio civile competente in materia (cfr. CIC, can. 1540 § 2; CCEO, can. 1221 § 2). Il mandato dovrà avere la natura di *mandatum ad lites*, non serve cioè un

(35) L'istr. *Provida* della S.C. per la disciplina dei sacramenti (15 agosto 1936, in *AAS*, 28 (1936), pp. 313-361) prescriveva invece: « *quod si mandans scribere nesciat, hoc ipsum ex scriptura constet necesse est, et parochus vel notarius Curiae vel duo testes quorum subscriptiones sint a parochus vel a Curia recognitae, loco mandantis, mandatum subrigent* » (art. 49 § 2). Cfr. J. PINNA, *Praxis iudicialis canonica*, ed. 2, Romae, 1966, p. 30.

(36) Cfr., ad es., PAOLO VI, *Discorso alla Rota Romana*, 27 gennaio 1969, in *AAS*, 61 (1969), pp. 174-178; GIOVANNI PAOLO II, *Discorso alla Rota Romana*, 29 gennaio 1993, in *AAS*, 85 (1993), pp. 1256-1260.

(37) Cfr. M.F. POMPEDDA, *Sub can. 1485*, in P.U. URBANIANA, *Commento al Codice di Diritto Canonico*, Roma, 1985.

mandato generico nel quale non si faccia nessuna menzione dell'esercizio mediato della capacità processuale e della capacità *postulandi*. Potrà far riferimento a una causa o a tutte le cause, a una istanza o a tutte le istanze e agli atti necessari per iniziare, proseguire o concludere un processo<sup>(38)</sup>. L'«autocertificazione», prevista per altri atti giuridici non meno importanti che quello del mandato del procuratore *ad lites*<sup>(39)</sup>, è possibile per questi in modo soltanto provvisorio (cfr. CIC, can. 1484 § 2; CCEO, can. 1142 § 2).

4) Poter esercitare personalmente l'incarico, attesa l'impossibilità di trasferire l'ufficio ad un altro, tranne che gli sia stata data espressamente tale facoltà (cfr. CIC, can. 1482 § 1; CCEO, can. 1140 § 1).

5) Avere il domicilio o il quasi domicilio nella stessa diocesi o in luogo vicino al tribunale presso il quale si esercita l'ufficio di rappresentanza<sup>(40)</sup>.

6) Essere in condizione di evitare atti contraddittori o dubbiosi rispetto alla volontà del mandante, i quali potrebbero derivare da una pluralità di suoi rappresentanti, motivo che giustifica l'istituto della prevenzione quando, eccezionalmente, ci siano diversi procuratori<sup>(41)</sup>. Questo pericolo di confusione non esiste tra gli avvocati perché, in quanto tali, non possono fare atti di vera e propria rappresentanza (cfr. CIC, can. 1482 § 3; CCEO, can. 1140 § 3).

#### b) *I requisiti dell'avvocato.*

L'avvocato riceve dal vigente ordinamento una regolamentazione cumulativa rispetto alle condizioni soggettive richieste per il

<sup>(38)</sup> Cfr. F. DELLA ROCCA, *Il mandato forense nel processo canonico*, in *Saggi di diritto processuale canonico*, Padova, 1961, pp. 291-304; J. LIPSKI, *De mandato procuratorio in iure canonico*, Romae, 1957; F. ROBERTI, *De processibus*, cit. in nota 16, p. 592; cfr. pp. 592-598. Il can. 1485 del CIC (cfr. CCEO, can. 1143) è l'unico del codice che prevede espressamente la rinuncia all'azione, e non alla semplice pretesa.

<sup>(39)</sup> Cfr. CONFERENZA EPISCOPALE ITALIANA. PRESIDENZA, *Nota sulle istruttorie matrimoniali e disposizioni sull'autocertificazione*, in *Notiziario della Conferenza Episcopale Italiana*, 6 (1999), pp. 247-249.

<sup>(40)</sup> Cfr. SEGRETERIA DI STATO, *Ordinatio ad exsequendas Litteras Apostolicas motu proprio datas «Iusti Iudicis»*, 23 luglio 1990, art. 3, in *AAS*, 82 (1990), pp. 1630-1634; *Normae Rotae 1994*, cit. in nota 19, art. 48 § 3; GIOVANNI PAOLO II, *Normas orgánicas y procesales del Tribunal de la Rota de la Nunciatura Apostólica en España*, 2 ottobre 1999, art. 44, in *AAS*, 92 (2000), pp. 5-17; CEI, *Schema di «Regolamento» dei Tribunali*, 11 dicembre 1997, cit. in nota 48, art. 11, b), 2°.

<sup>(41)</sup> Cfr. CIC, can. 1482 § 2; CCEO, can. 1140 § 2. La «giusta causa» richiesta dal codice può essere la consuetudine di nominare più procuratori.

procuratore. Infatti, la legge (cfr. CIC, can. 1484; CCEO, can. 1142) non distingue più tra il *mandatum ad lites* del procuratore e la *commissio* dell'avvocato, la cui natura giuridica veniva già equiparata dallo stesso codice del 1917: *ad instar mandati procuratorii* (can. 1681), anche se la dottrina distingueva la natura delle due deleghe<sup>(42)</sup>. Sembra logico che la persona abilitata per autenticare questo mandato dovrà accertare le condizioni soggettive dell'avvocato — come quelle del procuratore —, in virtù del principio di economia processuale — *citius, melius ac minoribus sumptibus* — che deve essere presente in ogni momento della lite. Questo motivo giova al criterio accennato sulla particolare capacità della persona presso la quale produrre il mandato autentico.

Inoltre, la legge (CIC, can. 1483; CCEO, can. 1141) indica diversi requisiti dell'avvocato, da aggiungersi («*praeterea*») a quelli chiesti per il procuratore.

1) Essere cattolico. La ragione di questa diversa esigenza rispetto al procuratore dobbiamo trovarla nella natura del suo ruolo istituzionale al servizio della difesa della concezione cristiana dei beni protetti dall'ordinamento canonico e, in particolare, di quella del matrimonio come vincolo indissolubile, presupposta la reale capacità dell'uomo redento di impegnare l'intera esistenza, impostazione al servizio della quale agisce l'ordinamento canonico<sup>(43)</sup>. Evidentemente, un tale atteggiamento non è esclusivo dei cattolici neanche dei cristiani, considerato il carattere naturale dei contenuti fondamentali del matrimonio. Comunque, il legislatore prevede una prudente riserva secondo cui la norma è la cattolicità dell'avvocato, senza escludere però la capacità del vescovo diocesano di stabilire delle eccezioni<sup>(44)</sup>.

(42) «*Mandatum distinguendum est a commissione*» (J. PINNA, *Praxis iudicialis*, cit. in nota 35, p. 28, nota 1).

(43) Per quanto riguarda il concetto di antropologia cristiana, dalla quale scaturisce la capacità canonica per contrarre un valido matrimonio, cfr. i *Discorsi alla Rota Romana* di GIOVANNI PAOLO II: 5 febbraio 1987, in *AAS*, 79 (1987), pp. 1453-1459; 25 gennaio 1988, in *AAS*, 80 (1988), pp. 1178-1185; 23 gennaio 1992, n. 5, in *AAS*, 85 (1993), pp. 140-143; 29 gennaio 1993, n. 6, cit. in nota 36; 10 febbraio 1995, nn. 2, 3, 4, 6, in *AAS*, 87 (1995), pp. 1013-1019; 27 gennaio 1997, n. 3, in *AAS*, 89 (1997), pp. 486-489; 17 gennaio 1998, n. 6, in *AAS*, 90 (1998), pp. 781-785.

(44) Sembra doversi affermare la natura eccezionale di questa possibilità, nel senso che non potrà essere derogata in modo generico dalla norma particolare. Infatti, quando — durante la stesura del nuovo codice latino — fu chiesto che non fosse offerta

2) Una particolare qualifica tecnica riguardo a quella richiesta per il procuratore<sup>(45)</sup>. I codici richiedono la laurea in diritto canonico, ma ammettono subito che basta sia veramente esperto, requisito che sarà oggettivamente soddisfatto con il grado di licenza. Quando in una determinata diocesi o regione non si riesca ad avere avvocati con questi gradi accademici, potranno ricevere la nomina ecclesiastica avvocati civili, cattolici e pratici in diritto di famiglia. Questa soluzione sembra più soddisfacente rispetto a quella di facilitare eccessivamente il conseguimento dei gradi accademici canonici ai laureati in giurisprudenza. Il diritto canonico, infatti, ha tante peculiarità riguardo al diritto civile — pur avendo tutti i requisiti affinché si possa parlare di *diritto* in senso vero e proprio —, essendo inserito, d'altra parte, in un più ampio piano di studi concernente anche la teologia, che non può essere ridotto alla conoscenza delle mere tecniche specifiche della procedura ecclesiastica<sup>(46)</sup>. A causa della dimensione sociale e giuridica extraecclesiale del matrimonio canonico — a prescindere dalle ripercussioni che un'eventuale dichiarazione di nullità può avere presso l'ordina-

---

al vescovo la possibilità della dispensa — *non oportet ut non-catholici ad hoc munus admittantur* —, il relatore rispose che non si concedeva nulla oltre quello già previsto dal can. 1657 del codice del 1917 (cfr. *Communicationes*, 16 (1984), p. 61). L'istr. *Provida* chiedeva qualcosa di più — *religionis fama* — che il mero essere cattolico (cfr. art. 48 § 1). Sui patroni nell'istr. *Provida*, cfr. J. TORRE, *Processus matrimonialis*, ed. 3, Neapolis, 1956, pp. 127-171.

(45) Il codice del 1917 richiedeva che fosse *doctor vel alioqui vere peritus, saltem iure canonico* (can. 1657 § 2). L'istr. *Provida* non riportava l'espressione *vere peritus* (art. 48 § 3). Sul rapporto tra il codice del 1917 e l'istr. *Provida*, riguardo a questo punto, cfr. P. CIPROTTI, *De advocatis et procuratoribus in causis de nullitate matrimonii*, in *Apollinaris*, 10 (1937), pp. 467-469. Cfr. J.L. MÉNDEZ RAYÓN, *El «vere peritus» del can. 1483. Problemática inherente a la cualificación del abogado en el fuero canónico*, in *Apollinaris*, 71 (1998), pp. 99-112.

(46) Cfr. GIOVANNI PAOLO II, cost. ap. *Sapientia christiana*, 15 aprile 1979, artt. 75-78; S. CONGREGAZIONE PER L'EDUCAZIONE CATTOLICA, *Ordinationes ad normam art. 10 Const. Ap. «Sapientia christiana»*, 29 aprile 1979, artt. 55-57, in *AAS*, 71 (1979), pp. 500-521. Sull'insufficienza degli attuali studi istituzionali, cfr. Z. GROCHOLEWSKI, *Cause matrimoniali e «modus agendi» dei tribunali*, in PONTIFICIUM CONSILIUM DE LEGUM TEXTIBUS INTERPRETANDIS, «*Ius in vita et in missione Ecclesiae*». *Acta Symposii Internationalis Iuris Canonici, in Civitate Vaticana celebrati diebus 19-24 aprilis 1993*, Città del Vaticano, 1994, pp. 947-965; ID., *Processi di nullità matrimoniale nella realtà odierna*, in *Il processo matrimoniale*, cit. in nota 1, pp. 11-25; ID., *Pregi e difetti nell'attuale amministrazione della giustizia nella Chiesa*, in *La giustizia nella Chiesa: fondamento divino e cultura processualistica moderna*, Città del Vaticano, 1997, pp. 167-175.

mento statale<sup>(47)</sup> — sembra molto conveniente che gli avvocati ecclesiastici abbiano un'adeguata conoscenza del diritto civile.

3) L'approvazione fatta dal vescovo diocesano, sia *ad casum*, sia — ed è l'ipotesi più normale — attraverso l'inclusione nell'albo degli avvocati<sup>(48)</sup>. La necessità di questa approvazione da parte del vescovo implica il riconoscimento della natura istituzionale del compito dell'avvocato canonico, riconoscimento che risulta essere particolarmente importante per le cause di nullità del matrimonio. Tuttavia, la funzione dell'avvocato rimane quella di garantire la tutela degli interessi delle parti. Infatti, è nel senso di fedeltà all'ordinamento canonico (e non in quanto subordinazione all'organo giudi-

---

(47) Si pensi al giudizio di delibazione o di «*exequatur*» di una sentenza canonica fatta da un altro ordinamento giuridico. Fra l'abbondante bibliografia, in particolare italiana, cfr. S. BERLINGÒ-V. SCALISI (a cura di), *Effetti civili delle sentenze ecclesiastiche in materia matrimoniale*, Milano, 1985; Id., *Giurisdizione canonica e giurisdizione civile. Cooperazione e concorso in materia matrimoniale*, Milano, 1994; CONSORTIUM EUROPÉEN POUR L'ÉTUDE DES RELATIONS ÉGLISES-ÉTAT, *Les effets civils du mariage religieux en Europe. Actes du Colloque Augsburg, 28-29 Novembre 1991*, Milano, 1993; Z. GROCHOLEWSKI-C. TRICERRI, *Procedura di esecutività civile in Italia delle sentenze ecclesiastiche di nullità di matrimonio*, Roma, 1986; M.M. MARTÍN GARCÍA, *Conflictos de jurisdicción entre la Iglesia y el Estado: el caso italiano*, Pamplona, 1999; P. MONETA, *Riserva di giurisdizione e delibazione delle sentenze ecclesiastiche matrimoniali: recenti sviluppi dottrinali e giurisprudenziali*, in *Il Diritto Ecclesiastico*, 1 (1997), pp. 809-832.

(48) Cfr. CIC, can. 1483 collato cum can. 1488 § 1; CCEO, can. 1141 collato cum can. 1146 § 1; istr. *Provida*, art. 48 § 4; *Normae speciales Signaturae Apostolicae*, 25 marzo 1968, art. 6, cit. in nota 19; cost. ap. *Pastor bonus*, 28 giugno 1988, artt. 183-185; m.p. *Iusti Iudicis*, art. 1; SEGRETERIA DI STATO, *Ordinatio*, 23 luglio 1990, art. 13, cit. in nota 40; *Normae Rotae 1994*, artt. 47-49, cit. in nota 19; *Regolamento Generale della Curia Romana*, 30 aprile 1999, art. 138, cit. in nota 19; *Normas de la Rota Española*, 2 ottobre 1999, art. 42 § 2, cit. in nota 40.

Gli avvocati rotali possono patrocinare le cause di nullità del matrimonio presso tutti i tribunali locali (cfr. istr. *Provida*, art. 48 § 4 e il rescritto della Segnatura Apostolica del 23 giugno 1923, in *AAS*, 16 (1924), p. 105). A livello di legge particolare, ciò è riconosciuto in Italia (cfr. CONFERENZA EPISCOPALE ITALIANA, *Norme circa il regime amministrativo dei Tribunali ecclesiastici regionali italiani e l'attività di patrocinio svolta presso gli stessi* (nuova versione), 19 ottobre 1998, art. 5 § 1, 2°, in *Notiziario della Conferenza Episcopale Italiana*, 9/1998, pp. 303-312 e in NOTIZIARIO DELL'UFFICIO NAZIONALE PER I PROBLEMI GIURIDICI, in *Quaderni della Segreteria Generale CEI*, 4 (1999), pp. 70-80; CEI. COMMISSIONE EPISCOPALE PER I PROBLEMI GIURIDICI, *Schema di «Regolamento» dei Tribunali ecclesiastici regionali italiani*, 11 dicembre 1997, art. 11, a), in *Quaderni della Segreteria Generale CEI*, 4 (1999), pp. 95-106) e in Spagna (cfr. *Normas de la Rota Española*, 2 ottobre 1999, art. 41, cit. in nota 40).

cante) che va inteso il giuramento previsto (cfr. CIC, can. 1454; CCEO, can. 1112).

Nei Paesi con importante tradizione canonistica e con l'adeguata organizzazione personale, è previsto anche l'albo dei procuratori *ad lites* <sup>(49)</sup>. Un tale evoluto sistema processuale richiede la pubblicazione del «Regolamento del tribunale», previsto dalla legge universale con il nome di *ordinatio* (cfr. CIC, can. 1602 § 3; CCEO, can. 1285 § 3), in cui siano stabilite le norme riguardanti i patroni <sup>(50)</sup>. Questo «Regolamento» costituisce un'eccezione al principio della «centralizzazione normativa processuale» <sup>(51)</sup>. Comunque, considerato il divieto della dispensa della legge processuale (cfr. CIC, can. 87 § 1; CCEO, cann. 1537, 1538 § 1), il regolamento avrà natura di «decreto generale esecutivo» o d'«istruzione» e, quindi, non potrà essere contrario alla legge universale (cfr. CIC, cann. 31-34; cost. ap. *Pastor bonus*, art. 158).

L'analisi delle funzioni dei patroni è utile ai fini di ribadire la natura di *parte* (pubblica) del promotore di giustizia e del difensore del vincolo, anche se il bene difeso non «appartiene» loro <sup>(52)</sup>. Essi — in quanto rappresentanti del «titolare» del bene pubblico (la parte è la Chiesa, di cui il Vescovo è «capo», non «padrone») — hanno infatti vuoi la capacità processuale (cfr. CIC, can. 1434;

<sup>(49)</sup> Cfr. CEI, *Norme circa il regime amministrativo dei Tribunali*, 19 ottobre 1998, cit. in nota 48, art. 5 § 1, 3°; CEI, *Schema di «Regolamento» dei Tribunali*, 11 dicembre 1997, cit. in nota 48, artt. 11, b); *Normas de la Rota Española*, 2 ottobre 1999, art. 43, cit. in nota 40.

<sup>(50)</sup> Cfr. CEI, *Schema di «Regolamento» dei Tribunali*, 11 dicembre 1997, cit. in nota 48, artt. 9, 11, 14.

<sup>(51)</sup> Cfr. CIC, can. 1402; CCEO, can. 1056; J. LLOBELL, *Centralizzazione normativa processuale e modifica dei titoli di competenza nelle cause di nullità matrimoniale*, in *Ius Ecclesiae*, 3 (1991), pp. 431-477.

<sup>(52)</sup> Cfr., ad es., G. COMOTTI, *Considerazioni sull'istituto del «defensor vinculi»*, in S. GHERRO (a cura di), *Studi sul processo matrimoniale canonico*, Padova, 1991, pp. 91-131; L. DEL AMO, *La defensa del vínculo*, Madrid, 1954; Z. GROCHOLEWSKI, *Quisnam est pars conventa in causis nullitatis matrimonii?*, in *Periodica de re canonica*, 79 (1990), pp. 357-391; M. MIELE, *Il promotore di giustizia nelle cause di nullità del matrimonio*, in S. GHERRO (a cura di), *Studi sul processo matrimoniale canonico*, cit., pp. 133-178; P. PAVANELLO, *Il promotore di giustizia e il difensore del vincolo*, in *Quaderni della Mendola*, vol. 6, cit. in nota 16, pp. 109-126; J. WEIER, *Die Parität zwischen Ehebandverteidiger und Anwalt im kirchlichen Ehenichtigkeitprozeß. Erreichtes und Erwünschtes*, in *De processibus matrimonialibus*, 4 (1997), pp. 319-333; I. ZUANAZZI, *Le parti*, cit. in nota 12.

CCEO, can. 1098), vuoi la *capacitas postulandi* nel senso più tecnico del concetto giacché, tra le condizioni per la loro nomina (cfr. CIC, can. 1435; CCEO, can. 1099) è prevista una preparazione professionale — come minimo la licenza in diritto canonico — che i patroni possono non avere se dispensati dal vescovo (cfr. CIC, can. 1483; CCEO, can. 1141)<sup>(53)</sup>. L'esistenza di qualche posizione di favore delle parti pubbliche nel processo (cfr. CIC, can. 1603 § 3; CCEO, can. 1286 § 3) non comporta un loro «privilegio», né provoca la disuguaglianza con le parti private. Detta posizione, in realtà, manifesta soltanto la protezione delle cause «*favorabiles*», a prescindere dal fatto che il titolare del «*favor*» sia la parte pubblica (il difensore del vincolo nelle cause matrimoniali, in applicazione del «*favor matrimonii*»: cfr. CIC, can. 1060; CCEO, can. 779) o la parte privata (l'imputato nelle cause penali, in applicazione del «*favor rei*»: cfr. CIC, can. 1725; CCEO, can. 1478).

---

<sup>(53)</sup> La dispensa dalle condizioni richieste dal codice per la nomina del promotore di giustizia e del difensore del vincolo non rientra nella potestà del vescovo (cfr. CIC, can. 87 § 1; CCEO, cann. 1537, 1538 § 1), dovendo essere richiesta alla Segnatura Apostolica (cfr. CIC, can. 1445 § 3, 1°; cost. ap. *Pastor bonus*, art. 124, 1°).

Pagina bianca

*Giurisprudenza*

**Pagina bianca**

TRIBUNALE DELLA ROTA ROMANA - *Reg. Flaminii seu Bononien.* - Nullità del matrimonio - Grave difetto di discrezione di giudizio - Incapacità di assumere le obbligazioni essenziali del matrimonio - Esclusione della prole - Sentenza definitiva - 24 luglio 1997 - Stanckiewicz, *Ponente* (\*).

**Matrimonio - Consenso - Difetto di discrezione di giudizio - Incapacità ad assumere gli obblighi essenziali - Distinzione dei capitoli - Abusi sull'incapacità relativa e l'incompatibilità di caratteri - Esigenza di una severa anomalia psichica.**

**Matrimonio - Iuribus - Ammissibilità della trattazione «aeque principalis» dei capitoli d'incapacità consensuale e di esclusione del consenso.**

**Matrimonio - Consenso - Esclusione della prole - Esclusione temporanea.**

*Si è discusso molto se il can. 1095 parla di un'unica incapacità o piuttosto di tre incapacità diverse. Anzi, alcuni sostengono che il capo sull'incapacità ad assumere sia in se stesso multiplo, secondo i diversi oneri del matrimonio. Tuttavia, tutti i capi sull'incapacità consensuale possono ridursi a questi tre, che rimangono come tre specie legali diverse e autonome.*

*Il difetto di discrezione di giudizio non è lo stesso dell'ignoranza o misconoscimento degli obblighi matrimoniali in un soggetto per altro capace. Neanche bisogna confondere il difetto di discrezione di giudizio con la mera inavvertenza o imprudenza, che inducono in un soggetto capace una semplice trascuratezza circa quegli obblighi o almeno dimostrano una qualche leggerezza nell'agire. Il difetto di discrezione deve essere sostanziale, cioè grave, in rapporto agli obblighi e diritti essenziali del matrimonio. Perciò, l'incapacità discrezionale implica dei difetti sostanziali nelle facoltà psichiche — conoscitiva, critica, estimativa, deliberativa ed elettiva — riguardo alla donazione ed accettazione di quei diritti ed obblighi. Non si può richiedere un perfetto equilibrio psico-*

---

(\*) Vedi nota di P. GEFAELL alla fine della sentenza.

logico o una piena maturità affettiva e personale: ciò implicherebbe limitare il matrimonio a pochissimi fedeli.

I principali caratteri dell'impotenza dirimente non possono essere applicati per analogia all'incapacità psichica ad assumere gli obblighi essenziali del matrimonio. Il can. 19, infatti, vieta l'applicazione dell'analogia per le leggi irritanti ed inabilitanti o per quelle che limitano il libero esercizio dei diritti, come quello di sposarsi. Per questo motivo, non si può estendere per analogia la caratteristica della relatività. Questa pretesa incapacità psichica relativa non sarebbe altro che certa incompatibilità psicologica tra i coniugi, per diversità di caratteri, senza nessuna perturbazione psicologica grave nei contraenti. Ma, secondo i principi dell'antropologia cristiana, la causa di natura psichica deve identificarsi con una severa specie di anomalia in uno o in entrambi i contraenti.

L'incapacità psichica può essere trattata in modo ugualmente principale insieme all'esclusione della prole, perché non tutte le specie di incapacità psichica comportano l'incapacità di fare un atto umano.

Nell'esclusione temporanea della procreazione si deve investigare se la procrastinazione della prole limita lo stesso diritto coniugale (anche soltanto «ad tempus») oppure si tratti soltanto di un abuso temporaneo che lascia integro questo diritto. L'esclusione temporanea della prole «per se» e direttamente non inficia il consenso matrimoniale. Per provare l'esclusione non basta la confessione del simulante.

FACTI SPECIES. — 1. Gratianus S., hac in causa actor, cum triginta annos natus esset et munere investigatoris universitarii fungetur apud Facultatem Scientiarum Mathematicarum, Physicarum et Naturalium Universitatis B., anno 1983 allectus est venustate discipulae Marinae B., novem annorum minoris natu, in causa conventae, eiusque familiaritatem atque amorem sibi conciliavit.

Ambo mutuo amore fragrantés, iam mense iunio 1983 frequenter se visere inceperunt, dein, vergente autumno, sponsalia sollemniter inierunt.

Anno insequenti, postquam Marina e gravissimo morbo ad bonam valetudinem revertit et nosocomium dereliquit, hospitio Gratiani usa est apud eius diaetam B. Iidem igitur de communi consilio, utriusque tamen familiaribus inscientibus, consuetudinem concubinalem instauraverunt, spe ducti fore ut vinculo iugali quoque se protinus obstringerentur.

Deinde, cum omnia ad nuptias parata sunt, iuvenes legitimo fœdere sibi iuncti sunt, die 8 aprilis 1985, in paroeciali ecclesia Beatae

Mariae Virgini a Sacratissimo Rosario dicata in pago v. d. «T. di R.», intra fines dioeceseos S., ubi sponsi parentes ac familiares habitabant.

Itinere voluptuario Lutetiam Parisiorum peracto, novi coniuges in viri diaeta vitam coniugalem prosecuti sunt.

Convictus coniugalis, nulla prole recreatus, initio pacifice processit. Vita tamen communis, ingravescentibus difficultatibus, satis cito in pessum ivit.

Interea uxor affectum suum in alium virum coniecit neque maritum de amoris extinctione celavit. Ipsa quoque mense novembri 1988 domum coniugalem deseruit atque actionem separationis promovit, quam Tribunal Civile, de utriusque consensu, die 10 octobris 1989 ratam, habuit.

2. Ut statum libertatis in foro canonico recuperare posset, vir actor matrimonium, suum nullitatis accusavit apud Tribunal Ecclesiasticum Regionale Flaminium, die 22 iunii 1990, ex sequentibus capitibus nullitatis: «1) Da parte di entrambi, a norma del can. 1095, 2°-3°. 2) A norma del can. 1101, 2° per esclusione della prole da parte della donna».

Auditum Tribunal primae instantiae, admissio libello die 23 iulii 1990, hanc dubii formulam, die 1 octobris 1990 statuit: «Se consti della nullità del presente matrimonio per incapacità di entrambi i contraenti a contrarre il matrimonio; e in subordine, per esclusione della prole da parte della donna convenuta in causa».

Deinde coram eodem Tribunali ampla causae instructio rite expleta est per auditionem partium, testium necnon per acquisitionem relationum peritalium.

Sententia primae instantiae, die 16 iulii 1992, ad dubia concordata ita respondit: «Consta la nullità del matrimonio in esame per incapacità di ambedue i contraenti ad emettere un valido consenso ai sensi del can. 1095, 2°-3° ed è fatto divieto ad ambedue le parti, ossia tanto all'attore S. Graziano quanto alla convenuta B. Marina di passare ad altre nozze senza avere consultato l'Ordinario del luogo. Non si fa luogo a procedere in ordine all'esclusione della prole da parte della donna convenuta; essa, comunque non risulta provata».

3. Tribunal Ecclesiasticum Regionale Trivenetum, pro recipiendis appellationibus competens, ad quod omnia acta primi gradus una cum sententia affirmativa transmissa sunt, decreto die 4 martii

1993 lato, decisionem primae instantiae ratam non habuit, sed causam ad ordinarium examen novi gradus admisit atque declaravit se esse paratum «ad accettare eventuali richieste istruttorie che il Patrono di parte attrice desiderì proporre».

De capite exclusi a conventa boni prolis Tribunal edicere non valuit, non solum ob appellationis defectum, sed potissimum quia, ut Iudices statuerunt, «in base al can. 1682, a noi non è consentito esprimerci in merito».

Deinde coram Tribunali alterius instantiae dubium concordatum est, die 31 martii 1993, hac sub formula: «Se la sentenza affermativa di primo grado debba essere o no confermata, cioè se consti della nullità del presente matrimonio per incapacità da parte di entrambi i contraenti di emettere valido consenso ai sensi del can. 1095, nn. 2-3». Caput autem exclusionis boni prolis ex parte mulieris, nemine postulante pro illius resumptione, formulam dubii ingressum non est.

Sed tamen, actoris Patrono instante, instructio suppletiva peracta est, in qua partes in causa et duo testes depositiones suas iterum reddiderunt. Praeterea nova relatio peritalis, ex officio confecta, actis causae rite acquisita est.

4. Tribunal secundi gradus, processu rite concluso, die 29 decembris 1994 sententiam negativam tulit, qua ad dubium concordatum ita respondit: «La sentenza di primo grado deve essere riformata, perché non consta della nullità del presente matrimonio per incapacità di emettere valido consenso, a norma del can. 1095, nn. 2-3, da parte di entrambi i contraenti». Appellante actoris Patrono, causa delata est ad Rotae Romanae Tribunal.

Instante quoque eodem Patrono, instructio suppletiva expleta est, in qua partes iam tertio depositiones reddiderunt. Itemque nova relatio peritalis ex officio confecta est.

Vivis conclusionibus negativis peritiae, Patronus actoris in sua scriptura defensionali nonnisi exclusionem boni prolis ex parte mulieris conventae pertractavit.

At, deficiente formali renuntiatione capitibus de partium incapacitate discretiva et assumendi essentielles matrimonii obligationes, Nobis onus incumbit respondendi ad omnia dubia concordata die 1 iunii 1995, et confirmata iterum die 9 novembris 1995, iuxta sequentem formulam: *An constet de matrimonii nullitate in casu: 1) ob gravem defectum discretionis iudicii et incapacitatem assumendi es-*

*sentiales matrimonii obligationes in utraque parte (can. 1095, nn. 2-3); et subordinate: 2) ob exclusum bonum prolis ex parte mulieris conven-tae (can. 1101, § 2).*

IN IURE. — I) *De incapacitate psychica. 5.* Quoniam matrimonium facit partium consensus personalis et irrevocabilis inter personas iure habiles legitime manifestatus, qui nulla humana potestate suppleri valet (can. 1057, § 1), contrahentes tempore celebrationis nuptiarum naturali capacitate psychica praediti sint oportet, praestandi nempe consensum matrimonialem, seu actum voluntatis mutuae traditionis et acceptationis in ordine ad constituendum matrimonium (can. 1057, § 2), hoc est totius vitae consortium, indole sua naturali ad bonum coniugum atque ad prolis generationem, et educationem ordinatum (can. 1055, § 1).

Capacitas psychica vel consensualis ad perficiendum. « amoris coniugalis foedus » per « consciam ac liberam electionem », qua « vir et mulier in se recipiunt vitae amorisque communitatem intimam, a Deo praestitutam » (Ioannes Paulus II, Adh. ap *Familiaris consortio*, 11), psychicas agendi facultates ad consensus formationem et manifestationem necessarias ex parte eorum requirit. Definite autem capacitas consensualis in unoquoque contrahente tempore celebrationis nuptiarum praesupponit: a) sufficientem usum rationis ad consensum actu humano libero et conscio manifestandum (cf. cann. 1095, n. 1; 1104); b) debitam iudicii discretionem ad iura et officia matrimonialia essentialia mutuo tradenda et acceptanda (cf. can. 1095, n. 2); c) psychicam idoneitatem assumendi obligationes matrimonii essentialia (cf. can. 1095, n. 3).

6. Quodsi haec elementa constitutiva capacitatis consensualis ex integro vel ex parte tantum nupturientes defecerint in nuptiis ineundis, consensus matrimonialis ab eis valide praestari nequit. Nam eiusmodi defectus incapacitatem psychicam contrahentium efficiunt, sicut praescriptum can. 1095, principia iuris naturalis recolens, expresse declarat: « Incapaces sunt matrimonii contrahendi: 1) qui sufficienti rationis usu carent; 2) qui laborant gravi defectu discretionis iudicii circa iura et officia matrimonialia essentialia mutuo tradenda et acceptanda; 3) qui ob causas naturae psychicae obligationes matrimonii essentialia assumere non valent ».

Hucusque tamen disceptatur de quaestione systematice digesta, utrum in praedicto canone de unica tantum incapacitate agatur, an

potius, sicut quidam probant, de tribus incapacitatibus. Immo, si de idoneitatis defectu ad obligationes matrimoniales assumendas quaeratur, sunt qui putent plures quoque incapacitates dari relate ad determinatas matrimonii obligationes essentielles. Quidquid tamen hac in re dici potest, certum remanet tres species legales, incapacitatem inducentes, ad tria quoque generica nullitatis capita reduci (cfr. U. NAVARRETE, *Capita nullitatis matrimonii in Codice I.C. 1983: Gressus historicus versus perfectiorem ordinem systematicum*, in *Justus Judex*, Essen 1990, p. 267).

Sed unaquaeque incapacitatis species, lege ecclesiali sancita necnon iurisprudentiae ac doctrinae canonicae dictaminibus locupletata, autonomiam iuridicam retinet ratione non habita formalis denominationis, quam forte habeat, utrum haec a specifica incapacitate prove-niat, ut puta incapacitas discretiva, an ex criterio legali verbis ipsius legis nuncupetur, ut puta gravis defectus discretionis iudicii.

7. Incapacitas discretiva, seu gravis defectus discretionis iudicii circa iura et officia matrimonialia essentialia mutuo tradenda et acceptanda (can. 1095, n. 2), substantialiter differt a quibusdam animi statibus, qui cum defectu discretionis iudicii apparentem, tantum, similitudinem habent.

Ita enim a defectu discretionis dissident plurimum tum nescientia et ignorantia, quae vel simplicem absentiam vel carentiam debitae cognitionis iurium officiorumque matrimonialium in subiecto capaci important, tum inadvertentia et imprudentia, quae vel meram incuriam inattentionemque circa eadem iura officiaque in subiecto capaci inducunt, vel saltem agendi aliquam levitatem ostendunt.

Incapacitas autem discretiva, sicut recepta iurisprudentia tenet, peculiare defectus facultatum psychicarum implicat.

Singillatim vero incapacitas huiusmodi nedum defectus facultatis perceptivae et cognoscitivae complectitur, praepedientes simplicem apprehensionem consortii vitae conjugalis iudicio speculativo rationis, verum etiam defectus facultatis criticae, aestimativae, deliberativae et electivae, praepedientes sive aestimationem totius vitae consortii iudicio practico rationis, sive deliberationem et liberam electionem iurium officiorumque matrimonialium essentialium, quae mutuo tradi et acceptari debent a contrahentibus (coram infr. Ponente, decisio diei 28 maii 1991: RRDec., vol. LXXXIII, p. 345, n. 5).

8. Non quilibet tamen discretionis iudicii defectus nupturientem reddit incapacem matrimonii contrahendi, verum ille tantum,

qui revera substantialis sit, seu gravis, sicut lex canonica expresse statuit (can. 1095, n. 2).

Cum vero norma ecclesialis criterio vel mensurae gravitatis ipsius defectus discretionis explicite non caveat, non secus dum agit de gravitate in quibusdam aliis vitiis consensu, ut puta in metu (can. 1103) vel in deceptione dolosa circa alterius partis qualitatem consortium vitae coniugalis perturbantem (can. 1098), gravitas defectus discretionis ponderari solet tum in ordine obiectivo, habita nempe ratione gravitatis essentialium iurium officiorumque matrimonialium cum quibus functiones intellectivae volitivae et affectivae nupturientis debitam servare debent proportionem, tum in ordine subiectivo et personali, id est habita ratione gravitatis ipsius perturbationis, seu laesionis facultatum psychicarum, quae ad formationem consensus matrimonialis concurrent.

Perspectis igitur elementis constitutivis discretionis iudicii, gravis eius defectus consistere potest solummodo in substantiali laesione facultatis cognoscitivae, criticae, aestimativae, deliberativae et electivae, pro rata parte cum iuribus et officiis matrimonialibus essentialibus mutuo tradendis et acceptandis, scilicet in contextu mutuae contrahentium donationis et acceptationis (can. 1057, § 2; coram infr. Ponente, decisio diei 28 maii 1991, cit., p. 345, n. 6).

9. Sed tamen mensura seu criterium gravitatis eiusdem defectus discretionis iudicii determinari nequit exaequando debitam discretionem ad matrimonium cum eximia cognitione essentialium iurium et officiorum coniugalium, cum eorum perfecta aestimatione necnon cum plena libertate interna in mutua eorum traditione et acceptatione.

Hoc enim criterio admissio, quilibet defectus discretionis iudicii, vel omnino levis, incapacitatem discretivam efficeret atque matrimonium irritum redderet.

At tunc sacramenti matrimonii celebratio paucissimis tantum christifidelibus pateret, qui modo perfectum aequilibrium psychologicum perfectamque maturitatem affectivam et personalem assequerentur. Quin etiam, in praeparatione personali nupturientium ad matrimonium, ineundum (cf. can. 1063, n. 2), animarum pastores tunc gravi tenerentur obligatione exigendi ab omnibus sponsis testimonium, valetudinis ac maturitatis psychologicae ad praecavendum nullitatem matrimonii sacramentalis hoc ex capite.

Inde, sicut tempore codificationis iuris matrimonialis prudenter argumentabatur, «ne norma laxismo indulgeat, secundum verba ca-

nonis enim defectus discretionis debet esse gravis» (*Communicationes* 9 [1977], p. 370).

Propterea causa formalis eiusmodi gravis defectus discretionis iudicii necessario vertere debet in gravem pathologiam psychicam ex parte contrahentis, cum haec tantum graviter laedere possit in eo operationes criticas, reflexivas atque ipsam volendi facultatem.

Idque cum auctoritate apostolica Ioannes Paulus II confirmavit dum omnes Iudices ecclesiasticos monuit veram incapacitatem praestandi consensum matrimonialem recognosci posse solummodo «in presenza di una seria forma di anomalia che, comunque si voglia definire, deve intaccare sostanzialmente le capacità di intendere e/o di volere del contraente» (*Allocutio ad Rotae Romanae Auditores coram admissos*, d. 5 februarii 1987, n. 7: AAS 79 [1987] p. 1457).

10. Matrimonium tamen invalide celebrant non solum qui incapaces sunt percipiendi aestimandique iudicio practico intellectus iura et officia coniugalia essentialia, consortio matrimoniali intime inhaerentia, eaque seligendi libero voluntatis actu in mutua eorum traditione et acceptatione, verum etiam qui incapaces sunt assumendi essentialiter constitutivas huius consortii obligationes.

Lex enim ecclesialis expresse statuit incapaces esse matrimonii contrahendi, qui ob causas naturae psychicae obligationes matrimonii essentialia assumere non valent (can. 1095, n. 3). Haec quoque incapacitas in gravi tantum laesione facultatis psychicae exsecutivae ex parte unius vel utriusque contrahentium fundari potest, ob quam vel omnes vel quaedam tantum obligationes matrimonii essentialia vires psychicas eorum in ordine exsecutivo excedunt, ita ut ipsi actu voluntatis efficacis ad illarum adimpletionem sese obstringere non valent.

Sub adspectu enim iuridico obligatio de praestatione impossibili ex ipsa rei natura non nascitur iuxta illud generale principium: «Impossibile nulla obligatio est» (D.50.17.185), vel: «Nemo potest ad impossibile obligari» (Reg. 6, RJ. in VI<sup>o</sup>).

Quoniam igitur «voluntas eligens non est de impossibili» (S. Thomas, *In IV Sententiarum*, d. 25, p. 3, a. 1), consensu matrimonialis de obiecto formali impossibili vacuus et inefficax evadit, atque impedit quominus contrahentes sese mutuo tradere et accipere possint ad constituendum validum matrimonium (cf. can. 1057, § 2).

11. Sunt tamen qui censeant, sicut appellanti Iudices alterius instantiae, incapacitatem assumendi obligationes matrimonii essen-

tiales nuptias invalidare non solum cum sit absoluta, verum etiam cum sit tantum relativa.

Idque iidem deducunt ex analogia cum impedimento impotentiae, quae, ut notum est, sive absoluta sive relativa, matrimonium ex ipsa eius natura dirimit (can. 1084, § 1).

Ipsi enim pro certo habent « che i principali caratteri dell'impotenza dirimente possano applicarsi pure all'*incapacitas assumendi onera*. In particolare la possibilità dirimente vale non solo per l'*incapacitas absoluta*, ma pure per quella relativa » (276).

Sed praeterquam quod ipsa incapacitas consensualis vel psychica iam per se indolem relativam habet, cum in campo matrimoniali tantum applicari possit, tamen id genus opinio obliviscitur fundamentalis principii in iure canonico vigentis, quod penes applicatio analogica (cf. can. 19) prohibetur quoad leges, quae liberum iurium exercitium coarctant sicut, nostro in casu, ipsum ius ineundi matrimonium eiusque exercitium (can. 1058), cum tales leges strictae subsint interpretationi (can. 18; cf. coram infr. Ponente, decisio diei 16 decembris 1994, Reg. Aquitaniae, n. 10).

Prohibitio enim valet « de omnibus legibus, quae coarctant hominum liberatem (iuridicam) seu libertatem disponendi proprios actus secundum proprium iudicium, et conscientiam absque ulla restrictione ab extrinseco » (L. BENDER, *Legum ecclesiasticarum Interpretatio et suppletio*, Roma-Parigi-New York-Tournay, 1961, p. 197).

Praetermittendum tamen non est quod extensio relativitatis ad incapacitatem assumendi matrimonii onera, si valide admitteretur ut maior numerus matrimonium declarationem nullitatis consequeretur, consuleret quidem matrimoniis infaustis atque abruptis, sed restringeret naturale ius connubii iis omnibus, qui tali incompatibilitate relativa affecti essent (cf. can. 1058).

Hac enim de causa etiam « dans le doute on ne doit pas affirmer des nullités, puisque les nullités limitent radicalement les droits des fidèles » (F.J. URRUTIA, *Les normes générales*, Paris 1994, p. 46).

12. Extensioni analogicae legis de impotentia relativa (can. 1084, § 1) ad incapacitatem assumendi obligationes matrimonii essentielles ob causas naturae psychicae (can. 1095, n. 3) obstat quoque ipsa natura legum irritantium et inhabilitantium (cf. can. 10), quae nullitatem actus vel « agentis personam seu qualitatem aut circumstantiam ad eius capacitatem agendi requisitam » directe seu expresse respiciunt (G. MICHIELS, *Normae generales iuris canonici*, vol. I, Parisiis-Tornaci-Romae

1949<sup>2</sup>, pp. 320-321), etiamsi agatur de « conditionibus seu circumstantiis iure divino requisitis » (ibid., p. 322).

Hoc enim principium spectat ad « omnes leges quae ex iure divino naturali et positivo aliquem. actum invalidum reddunt » (l.c.).

Quapropter qualitatem relativitatis expresse agnitam praescripto legis de impotentia (can. 1084, § 1), ad casus analogos, sicut ad incapacitatem assumendi obligationes matrimoniales, extendere prohibemur.

Ceterum, si ope extensionis analogicae nota relativitatis ex impedimento impotentiae ad incapacitatem assumendi obligationes matrimoniales transferretur, admodum ampliarentur requisita eiusdem incapacitatis, quae, per consequentiam, graviter coarctarent naturale ius connubii quod christifidelibus competit (can. 1058). Etenim omnis lex, quae aliquem inhabilem vel incapacem facit « è una limitazione dei diritti della persona, perché la priva di una determinata capacità » (J. GARCÍA MARTÍN, *Le norme generali del Codex Iuris Canonici*, Roma 1995, p. 74).

13. Quin etiam, arbitraria amplificatio requisitorum incapacitatis non solum munus iudiciale evidenter transgreditur, sed etiam grave infert vulnus indissolubilitati ipsius matrimonii, quam Ecclesia proclamat.

Namque, ut docet Romanus Pontifex, « vi sono sintomi che mostrano la tendenza a contrapporre, senza possibilità di una sintesi armoniosa, gli aspetti personalistici a quelli più propriamente giuridici: così, da un lato, la concezione del matrimonio quale dono reciproco delle persone parrebbe dover legittimare una indefinita tendenza dottrinale e giurisprudenziale all'allargamento dei requisiti di capacità o maturità psicologica e di libertà e consapevolezza necessari per contrarlo validamente; dall'altro, proprio certe applicazioni di questa tendenza, facendo emergere gli equivoci in essa presenti, vengono giustamente percepite come contrastanti con il principio dell'indissolubilità, non meno fermamente ribadito dal Magistero » (*Allocutio ad Romanae Rotae Praelatos Auditores*, d. 27 ianuarii 1997, n. 2: AAS 89 [1997] p. 487).

Prae oculis igitur habendum est « che una fonte prioritaria per comprendere ed applicare rettamente il diritto matrimoniale canonico è lo stesso Magistero della Chiesa, al quale spetta l'interpretazione autentica della parola di Dio su questa realtà (cf. *Dei verbum*, n. 10), compresi i loro aspetti giuridici.

Le norme canoniche non sono che l'espressione giuridica di una realtà antropologica e teologica sottostante, ed a questa occorre rifarsi anche per evitare il rischio di interpretazioni di comodo» (ibid., n. 3, p. 487).

14. *Affirmant quidem appellati Iudices secundi gradus quod «non c'è ragione infatti di ricondurre sempre la incapacità relativa a incompatibilità di carattere, negandole perciò forza canonica invalidante» (276, 5).*

Sed *incapacitas, quae dicitur relativa, aliter vocari nequit nisi quaedam incompatibilitas psychologica inter coniuges, diversitatis characteris seu indolis causa.*

*Ipsa enim, iuxta suos fautores, nullam gravem perturbationem personalitatis vel aliam gravem psychopathologiam praesupponit in contrahentibus tempore celebrationis matrimonii, nisi quandam oppositionem, vel maxime aliquam levem anomaliam, quae tamen, eorum iudicio, incapacitatem communem efformat et vinculum matrimoniale pathologicum efficit, ideoque invalidum (cf. coram infr. Ponente, decisio die 16 decembris 1994, cit., n. 10).*

*Attamen causa naturae psychicae (can. 1095, n. 3) verae ac realis incapacitatis, iuxta principia anthropologiae christianae, identificari debet cum processu pathologico uniuscuiusque seu contrahentis, cum severa specie anomaliae ex parte singuli contrahentis, ut iam supra dictum est (cf. n. 9).*

*Etenim, sicut Ioannes Paulus II monet Iudices ecclesiasticos, «le lievi psicopatologie o addirittura le deficienze di ordine morali» numquam considerari possunt «come prova di incapacità ad assumere gli obblighi essenziali della vita coniugale» (Allocutio, d. 5 febraurii 1987, n. 5, p. 1456), quia vera incapacitas «a realizzare una vera comunità di vita e di amore», quae matrimonium reddit nullum, «è ipotizzabile solo in presenza di una seria forma di anomalia» (ibid., n. 7, p. 1457).*

*Ceterum «sarebbe perciò fuorviante, nella trattazione delle cause matrimoniali, una concezione, per così dire, troppo "idealizzata" del rapporto tra i coniugi, che spingesse ad interpretare come autentica incapacità ad assumere gli oneri del matrimonio la normale fatica che si può registrare nel cammino della coppia verso la piena e reciproca integrazione sentimentale» (Allocutio, d. 27 ianuarii 1997, n. 4, p. 488).*

II) *De exclusione boni prolis.* 15. *Quodsi incapacitas psychica utriusque partis cum simulatione partiali, seu exclusione boni prolis,*

ab alterutra parte commissa, in eodem processu matrimoniali cumuletur, ad modum procedendi quod spectat, prae oculis habenda est determinata species legalis incapacitatis, de qua in causa agitur.

Iurisprudencia sub vetere Codice elaborata, quae plerumque incapacitatem psychicam sub specie defectus discretionis iudicii seu amentiae tantum tractare consuevit, ex gravi morbo psychico exorientis, coexistentiam aequae principalem inter defectum discretionis iudicii et simulationem non admittebat, nisi subordinatam eorum tractationem ac definitionem, quatenus agebatur de capitibus inter se contradictoriis. Argumentum decretorium. pro subordinatione capitum in criterio usus rationis innitebatur, qui omnino necessarius habebatur ad ponendum actum vere humanum. Etenim «qui actum humanum ponere nequit, etiam facultatem simulandi amittit, nam caret libertate» (coram Bejan, decisio diei 14 martii 1964, RRDec., vol. LVI, p. 195, p. 6).

Pertractatio igitur aequae principalis haud acceptabilis videbatur, «cum matrimonium haud possit simul nullum esse ex amentia et ex exclusione boni prolis ex parte unius eiusdemque personae, quae eodem tempore fieret incapax eliciendi consensum et simul capax consensum restringendi seu limitandi, ut ius ad prolem non contineret» (coram Sabbatani, decisio diei 24 martii 1961: RRDec., vol. LIII, p. 163, n. 9; cfr. coram infr. Ponente, decisio diei 11 martii 1980: RRDec., vol. LXXII, p. 170, n. 9).

16. Sed vigente nova lege matrimoniali, quae incapacitatem psychicam pressius determinat (can. 1095, nn. 1-3), sustineri potest non omnem speciem incapacitatis eliciendi consensum matrimonialem secumferre incapacitatem simulandi, nisi agatur de incapacitate ex defectu sufficientis usu rationis proveniente (can. 1095, n. 1), quae tantum personam reddit incapacem ponendi actum humanum, videlicet conscium et liberum. Qui enim sufficienti usu rationis caret, nec consensum valide manifestare potest (cf. can. 1104), neque positivo voluntatis actu matrimonium ipsum vel aliquam eius proprietatem essentialem aut aliquod elementum essentialia excludere valet (cf. can. 1101, § 2).

Attamen sive gravis defectus discretionis iudicii (can. 1095, n. 2), sive incapacitas assumendi essentialia matrimonii obligationes (can. 1095, n. 3), sufficientem usum rationis in subiecto plerumque praesupponunt, seu capacitatem ponendi actum humanum, ideoque haec capita etiam aequo principaliter cum simulatione pertractari ac

definiri possunt (cf. coram. Defilippi, decisio diei 27 iulii 1994: RRDec., vol. LXXXVI, p. 412, n. 2). Si autem quis quaerat utrum caput subordinate pertractatum revera definitum fuerit per sententiam ad normam iuris (cf. can. 1611, n. 1), perpendenda sunt motiva decisionis una cum pronuntiationibus Iudicum quoad caput subordinatum. Si enim iidem Iudices caput subordinatum tamquam non probatum expressis verbis habuerint, concludi potest saltem de implicita eiusdem capituli reiectione, non vero de mera abstinencia a iudicio ferendo.

17. Ad ordinationem matrimonii ad procreationem quod spectat (cf. can. 1055, § 1), iure docemur quod «fecunditas quoddam est donum, quidam matrimonii finis, quia amor coniugalis naturaliter ad id tendit ut fecundus sit, et «filius mutuo coniugum amoris extrinsece addendus non accedit; surgit in ipso corde huius mutui doni, cuius ipse fructus est et adimpletio» (*Catechismus Catholicae Ecclesiae*, Città del Vaticano 1997, n. 2366, p. 600).

Quare Ecclesia, quae «a vitae parte consistit» (Ioannes Paulus II, Adh. ap. *Familiaris consortio*, 30), docet «necessarium esse, ut quilibet matrimonii usus ad vitam humanam procreandam per se destinatus permaneat» (Paulus VI, Litt. enc. *Humanae vitae*, 11). Nam «huiusmodi doctrina, quae ab Ecclesiae Magisterio saepe exposita est, in nexu indissolubili nititur, a Deo statuto, quem homini sua sponte infringere non licet, inter significationem unitatis et significationem procreationis, quae ambae in actu coniugali insunt» (ibid., 12).

Coniuges igitur «ad vitam dandam vocati, potentiam creatricem et paternitatem participant Dei (cf. Eph 3, 14-15; Mt 23,9)», et «in officio humanam vitam transmittendi atque educandi, quod tamquam propria eorum missio considerandum est», sciunt «se cooperatores esse amoris Dei Eiusque veluti interpretes», ex quo «humana et christiana responsabilitate suum munus adimplebunt» (Conc. Vat. II, Const. past. *Gaudium et spes*, 50; *Catechismus*, n. 2367, pp. 600-601).

18. Quid vero dici potest, si sponsi in nuptiis ineundis, propter anxietatem erga novae vitae transmissionem, vel aliis de causis, in exercendo iure ad actus amoris coniugalis prolem nascituram avertere statuunt ad tempus determinatum, servata immo facultate seiungendi proprio arbitrio rationem unitatis actuum coniugalium a ratione procreationis? Executio enim talis propositi eorum vires

non excedit, secus ac conatus, v.g., mutationis indolis naturalis instituti matrimonialius ad procreationem, quam directe perficere non possunt, nisi repudiando ipsum consortium matrimoniale ordinatum ad prolem (cf. can. 1096, § 1; coram infr. Ponente, decisio diei 7 martii 1991 RRDec., vol. LXXXIII, p. 149, n. 4).

Sed in temporanea procreationis exclusione semper explorari debet, utrum prolis ad tempus dilatio ipsum ius coniugale limitaverit, saltem ad tempus, an potius integrum ius traditum et acceptatum a recto usu tantum deflexerit per eius temporarium abusum. Recusatio enim integri iuris vel officii ad actus coniugales per se aptos ad prolis generationem, ad quos natura sua ordinatur matrimonium, et quo coniuges fiunt una caro (can. 1061, § 1), seu perpetui ratione perpetuitatis vinculi matrimonialis (can. 1134), consensum matrimonialem ingreditur eumque limitat atque irritum reddit. Hoc tamen non efficit detrectatio simplicis exercitii huius iuris ac officii, quod in merum abusum tantum se effundit atque validitatem consensus non tangit.

19. Infitiandum non est quin temporanea procreationis exclusio consensum matrimonialem ingredi possit, eumque limitare, si consensui adponatur tamquam vera condicio, sicut olim celebri epistula decretali cautum est, id est «*contraho tecum, si generationem prolis evites*», quia tunc «*matrimonialis contractus, quantumcunque sit favorabilis, caret effectu*» (Gregorius IX; c. 7, X, IV, 5). Idque eo vel magis tenet, quia in praesentiarum matrimonium sub condicione de futuro valide contrahi nequit (cf. can. 1102, § 1).

Ab hac tamen facti specie essentialiter distinguenda est intentio contrahentis procrastinandi generationem prolis ad tempus futurum, ut sibi et prolis nasciturae meliores condiciones praeparare possit, praesertim si matrimonium celebrare statuit, studiis nondum confectis, vel stabilitate oeconomica nondum adeptata. Tum sane dici nequit de iure vel officio ad actus coniugales condionate tantum tradito vel acceptato in actu celebrationis nuptiarum, seu de positiva voluntate aliter non contrahendi, nisi prolis generatione ad tempus exclusa.

Commutatis verbis, prolis temporanea exclusio, seu procrastinatio procreationis ad tempus magis propitium, consensum matrimonialem per se ac directe non inficit, quia fundat dumtaxat praesumptionem de usu iuris ad actus per se aptos ad prolis generationem denegato cum proposito illo abutendi, nec ideo limitationem iuris co-

niugalis constituit (cf. coram infr. Ponente, decisio diei 24 martii 1988: RRDec., vol. LXXX, pp. 186-187, n. 6).

20. Cum ex iuris praesumptione internus animi consensus conformis habeatur verbis vel signis in celebrato matrimonio adhibitis (cf. can. 1101, § 1), qui in processu de nullitate sui matrimonii contrarium propugnat, ad normam iuris probare tenetur se positivo voluntatis actu exclusisse e consensu matrimoniali essenziale aliquod matrimonii bonum, veluti prolis, iuxta illud: « onus probandi incumbit ei qui asserit » (can. 1526, § 1).

Lex enim ecclesialis, dum positivum voluntatis actum requirit (cf. can. 1101, § 2), essentialem exigentiam omni exclusioni imponit, sine qua matrimonii nullitas declarari nequit.

Sed ad moralem certitudinem assequendam de exclusionem efficaciter patrata (cf. can. 1608, § 1), non sufficit simulantis iudicialis confessio, cui in causis boni nequit, nisi alia accedant elementa, quae eam omnino corroborent (cf. can. 1536, § 2).

Agitur sane de aliis elementis probatoriis (cf. can. 1572, n. 4), sicut de simulationis causa proxima et remota atque de circumstantiis, quae assertam exclusionem corroborare valent, non vero de aliis elementis, ad probationem haud pertinentibus, sicut quidem contendunt.

Insuper, nisi probationes aliunde plenae habeantur, ad partium depositiones ad normam can. 1536 aestimandas, etiam testes de partium credibilitate adhiberi possunt, praeter alia adiuncta et adminicula (can. 1679). Quodsi tamen dubium remaneat, standum est pro valore matrimonii quod favore iuris gaudet (can. 1060).

IN FACTO. — I) *De partium incapacitate psychica*. 21. Quamvis Patronus actoris in phasi discussoria huius processus expresse desierit capita concordata, hoc est gravem defectum discretionis iudicii et incapacitatem assumendi essentielles matrimonii obligationes in utraque parte, cum candide sic scriptis: « post peritiam negativam ex officio H.A.T., primum caput tractare nequimus », nihilominus tamen, attento defectu formalis renuntiationis ad normam iuris exhibitae (cf. cann. 1524-1525), saltem modo generali agendum est de memoratis capitibus nullitatis, quia omnis sententia singulis dubiis concordatis congruam responsionem dare debet (can. 1611, n. 1).

Hac sane in re, perpensis actis causae hucusque collectis, assentiendum est aestimationi probationem a sententia alterius gradus fac-

tae, quod nempe Iudices primae instantiae «avessero dato un valore sproporzionato alle perizie d'ufficio che, almeno per quanto riguardava la capacità dell'uomo, non erano risultate concordanti; ma anche lo fossero state, non rilevano un procedimento logico nei risultati» (288).

Iamvero primus peritus in primo iudicii gradu electus, doctor David E., declaravit quod actor «aveva raggiunto quell'equilibrio e quella maturità propria dell'età», dum pars conventa «presentava una evidente immaturità affettiva» (110,2). E contra, alter peritus, doctor Franciscus R. actori tribuit «una ipotrofia dello sviluppo emotivo» (156,2), immo, «il disturbo della personalità» (156,3), dum relate ad partem conventam ipse remissionem fecit «alle conclusioni del dottor Davide E.» (157,1).

22. Sed conclusiones peritorum, sicut ex relationibus facile deduci potest, campum canonicum ingressae sunt atque cathedrias canonicas usurpaverunt in definienda partium capacitate vel incapacitate consensuali.

Dum enim primus peritus in terminis canonicis disposuit de validitate consensus matrimonialis ex parte actoris ac de eius capacitate assumendi obligationes matrimonii essentielles, quatenus is «fosse in grado di dare un valido consenso matrimoniale e di assumersi gli obblighi connessi al matrimonio stesso» (110,3), et de incapacitate tantum partis conventae «a realizzare quella relazione interpersonale cristianamente intesa che comporta anche la capacità di assumersi obblighi e responsabilità tipiche del matrimonio cristianamente inteso» (109), alter peritus statuit de incapacitate consensuali utriusque partis, quia ambo «erano incapaci di dare un valido consenso matrimoniale», potissimum vero «di valutare la natura interpersonale del matrimonio», et «di assumere gli obblighi essenziali del matrimonio: intima comunanza di vita, perpetua e esclusiva, procreazione ed educazione della prole» (120-121,3).

Praetera etiam appellati Iudices secundae instantiae merito animadverterunt «che i due periti si erano serviti di criteri non sufficientemente chiari e univoci tanto da arrivare, almeno per quanto ateneva all'uomo (che pur si era sottoposto al colloquio psichiatrico), a conclusioni opposte» (288).

23. Re quidem vera, periti in suis relationibus criterium psychologicum plenae maturitatis et plenae libertatis humanae adhibuerunt, quod tamen in campum canonicum transferre nefas est absque

aestimazione canonica in luce anthropologiae christianae et Magisterii Pontificii.

Periti enim, sicut appellati Iudices merito notaverunt, «sembrano ancorarsi al criterio della piena maturità, ovvero della scelta pienamente informata e libera dei contraenti, mentre dal punto di vista canonistico si deve giudicare se, nel caso concreto, nonostante una certa immaturità, fossero presenti gli elementi necessari e sufficienti perché un consenso matrimoniale risulti idoneo a produrre il vincolo coniugale nel caso in esame».

Sed tamen, hac in causa, «gli elementi a sostegno di una grave immaturità dei contraenti apparivano ben pochi e quelli presenti non del tutto probanti» (289).

Idque verum apparet, quia in causae huius instructione a nemine adducta sunt facta quae probare possent agendi rationem actoris vel partis conventae haud conformem necessariae ac sufficienti discretioni iudicii vel capacitati sese obligandi ad ferenda essentialia matrimonii onera.

Nam sicut appellati Iudices concise notaverunt: «sia l'attore che la convenuta avevano dichiarato candidamente di avere sempre goduto buona salute psichica, di non essere mai andati soggetti a fenomeni di depressione o di scempenso psichico, anzi di avere tenuto costantemente buoni rapporti sociali e di avere raggiunto nel campo della professione scientifica e didattica buoni risultati» (287).

24. Peritus autem in altero iudicii gradu electus, doctor Entius V., examine psychologico super persona actoris peracto, quod dicitur «Test di Rorschach», repperit in eo non solum «l'intelligenza nella media con tendenza all'astratto piuttosto che al concreto» (238), sed etiam «un miscuglio di aspetti nevrotici e pulsioni rimaste immature», et quod «è scarsamente capace di relazionarsi con gli altri in modo oggettuale» (254).

Quamquam iuxta opinionem huius periti actor tempore nuptiarum «si trovava sotto l'influsso di circostanze psicologiche del suo sviluppo affettivo che condizionavano la sua personalità e che gli impedivano una scelta responsabile, anche in ordine all'assunzione degli obblighi della vita matrimoniale» (261,4), quia in eius personalitate «emergono aspetti di immaturità e difese razionali» (262), tamen nihilosecius, deficiente gravi forma psychopathologiae tempore nuptiarum, ex hisce assertionibus concludi nequit de eiusdem viri incapacitate discretiva vel sese obligandi tempore nuptiarum.

Quare sufficienter fundata apparet assertio appellatorum Iudicum de actoris capacitate consensuali. Nam «gli atti di causa mostrano che l'attore ha avuto delle difficoltà relazionali con l'altro sesso, ma non in forma così grave da non avere una sufficiente discrezione di giudizio e una sufficiente maturità affettiva. I fatti di causa poi escludono cause patologiche gravi che renderebbero il S. incapace di assumere gli obblighi coniugali» (291-292).

25. Sed tamen ex commemorata a primo perito, doctore Davide E., «immaturità affettiva di B. Marina» (110), absque indicatione eius gravitatis, deduci nequit in campo canonico existentia gravis defectus discretionis iudicii vel incapacitatis assumendi essentialis matrimonii obligationes pro tempore celebrationis nuptiarum cum viro actore.

Idemque dicendum de altero perito, doctore Francisco R., qui sese remisit ad conclusiones praecedentis periti, licet amplificationem fecerit locutus nempe de «una grave immaturità affettiva accanto ad un buono sviluppo intellettivo» (157,2).

Tertius enim peritus, doctor Entius V., limitationem libertatis in muliere conventa tempore nuptiarum tribuit influxui circumstantiarum (264,4) tantum, non vero psychopathologiae. Immo, iuxta assertionem huius periti, «lei sarebbe stata in grado, come maturità affettiva, di potersi assumere gli obblighi matrimoniali ma avrebbe pagato un prezzo altissimo, l'impegno sarebbe diventato un vero sacrificio di sé» (265,4).

Haec tamen affirmatio periti pariter extra limites gravis immaturitatis affectivae ponenda est, si attendamus ad sequentia eius verba: «Non concordo con le conclusioni del dott. E. quando definisce la sig.ra B. una donna immatura; ugualmente non concordo con il dott. R. quando dice che la perizianda è affetta da una grave immaturità affettiva» (265,6).

26. Dubia autem, quae hac in re emerunt, in luce novae relationis peritalis, quam in hoc iudicii gradu confecit doctor Claudius D.L., sufficientem explicationem obtinuerunt.

Is enim, habito colloquio clinico cum utraque parte, actis causae pariter examinatis, gravitatem cuiuslibet psychopathologiae in utraque parte pro tempore nuptiarum exclusit.

Itaque, ad actorem quod spectat, secundum opinionem huius periti «non emergono né dagli Atti né dalle stesse dichiarazioni del dr. S., elementi probanti o indicativi di una particolare influenza

familiare patogena; per quanto riguarda la madre si può desumere una struttura discretamente nevrotica, con meccanismi ansioso-fobici e tendenze iperprotettive nei confronti del figlio, ma senza che queste incidessero particolarmente sullo stesso nell'indurre patologie di pesante rilievo» (35,1).

Nec actoris affectiones animi erga alterum sexum, quas quidem in quaestionem vocaverunt, peritus graviter carentes invenit. Utique, sicut ipse notavit: «Prima dell'incontro con la signora Marina B., il rapporto dell'attore con l'altro sesso è stato improntato ad una eccessiva timidezza e insicurezza, con assai scarsi o nulli approcci di ordine affettivo o sessuale, nel sostanziale timore di essere respinto». Nihilominus tamen idem ita conclusit: «Non ritengo quindi si trattasse di una affettività carente o non sviluppata, ma di una inibizione parziale di rapporto affettivo, di natura nevrotica» (35,2).

27. Itemque peritus haud negavit praevalentiam rationalitatis in actore super, quas vocant, «versanti pulsionali-istintuali». In hac enim structura, ipsius iudicio, «erano presenti anche aspetti di rigidità, scrupolosità, ambizione, alla immagine di sé, che determinavano infine quelle parziali inibizioni nei rapporti affettivi». Attamen «queste dinamiche nevrotiche dell'attore erano nell'insieme di entità contenuta» (36,3).

Eapropter peritus haud perspexit in actore graviter perturbatam relationem inter evolutionem intellectivam et affectivam, praepedientem capacitatem donationis suiipsius. Nam «all'epoca del matrimonio lo sviluppo intellettuale del Prof. S. era senz'altro buono; quello affettivo era anch'esso buono ma limitato dalle inibizioni cui ho accennato. Era infatti potenzialmente capace della donazione di se stesso, non soffriva di narcisismo nel senso tecnico-psicopatologico del termine ma solo di notevole ambizione o forse eccessiva dedizione ai suoi studi e al suo lavoro che lo assorbivano completamente, era mediamente insicuro in campo affettivo» (36-37,4).

Neque secundum argumentationem periti «un rapporto di "transfert" come frequentemente si osserva in rapporti analoghi (ragazzo-adulto, paziente-medico, militante-leader, ecc.)», perspecta relatione inter actorem-magistrum et conventam-discipulam, conscientia realitatis eum privavit. Tempore enim consuetudinis sponsaliciae, iudicio periti, «vi fu sufficiente tempo e modo per approfondire la reciproca conoscenza tra i futuri coniugi, potendosi così incanalare i meccanismi iniziali di "transfert" in aspetti di realtà, che re-

sero possibile un confronto affettivo cosciente e consapevole» (38-39,5).

28. Quae cum ita sint, iuxta opinionem huius periti, deerant gravia obstacula indolis pathologicae in actore, quae eius capacitatem psychicam ad matrimonium ineundum praepedire possent.

Ipsa enim ita conclusit: «Non ritengo che la particolare inesperienza e timidezza nel campo delle relazioni affettive con l'altro sesso, pur certamente presente nel Prof. S., fosse indicativa di una generale immaturità ad esprimere il consenso o ad assumere gli obblighi coniugali.

Escludendo infatti con certezza l'ipotesi di immaturità di ordine intellettuale o critico del Prof. S. all'epoca, è mia opinione che l'innamoramento dello stesso per la signora B. non sia stato un atto assolutamente cieco ed impulsivo, generato dalla precedente insicurezza nelle proprie capacità in materia, ma di una situazione affettiva, nuova sì, ma presto sufficientemente approfondita nel campo dei sentimenti, in buona fede, anche se con una persona a sua volta con tratti caratteriali complessi e complicati, e con modi di interazione diversi dai propri» (39,7).

Demum ad persuadendum apta videtur aestimatio, quam peritus praecedentibus peritiis, partim inter se divergentibus, dedit. Nam «il motivo delle conclusioni parzialmente divergenti delle tre perizie risiede principalmente nel fatto che i tre periti, pur partendo da considerazioni di realtà, attinenti le diversità strutturali della personalità dei due coniugi, le loro relative contenute caratteropatie, la reciproca inesperienza di rapporto affettivo, le tendenze di entrambi all'idealizzazione, sono pervenuti, tramite eccessi di interpretazione e, a mio avviso, anche di interpretazionismo psicologico, basato su ipotesi teoriche differenti a seconda dei propri schemi di inquadramento dottrinario, ma non sono attinenti ai reali avvenimenti clinico-psicologici in esame, a conclusioni forzate e diverse tra loro» (39-40,8).

29. Haec aestimatio generalis praecedentium peritiarum, in quibus «siano state un po' enfatizzate in entrambi coniugi delle componenti nevrotiche peraltro di non raro riscontro nelle medie delle persone» (40,8), procul dubio valde extenuavit quasdam affirmaciones de gravi immaturitate affectiva partis conventae in nuptiis ineundis.

Iamvero peritus haud negavit acrem nucleum familiarem partis conventae contulisse ad determinationem in ea, iam in adolescentia, aliquos tractus, qui in aetate adulta quoque perstiterunt, sicut «tratti di timidezza, insicurezza, obbedienza e scrupolosità verosimilmente eccessive». Praeterea «in tale ambito è probabile si siano create delle dinamiche parzialmente conflittuali, di stampo inibitorio nevrotico, nei confronti della propria femminilità e sessualità» (41,1).

Nec peritus praetermisit quoque momentum affectionum translationis, seu «transfert», in consuetudine sponsalicia inter conventam et actorem, «più anziano, con un ruolo particolare — quello del docente — e un grande ascendente di tipo intellettuale», «con eccessi di idealizzazione e dedizione, e relativa passività».

Sed iudicio periti «tali elementi in persone particolarmente giovani di sesso femminile, nei confronti di uomini più maturi, in circostanze in cui l'innamoramento ha una forte componente ideale, romantica, o comunque "totalizzante", sono, almeno in un primo periodo, di frequente rilievo nella popolazione generale» (42,2).

30. Quod autem spectat ad parti conventae tributam recusationem femineae indolis, seu «femminilità», de qua ipsa mulier post nuptias in epistula actori significaverat, id est quod «non m'importa un accidente di avere un bel corpo», «tu cercavi di valorizzare il mio aspetto esteriore, mentre io lo mortificavo, e continuo tuttora» (39), peritus ita quaestionem enodavit: «Sia nelle dichiarazioni rese, che nel colloquio con me avuto, la convenuta ha precisato, e me ne ha persuaso, che il "rifiuto" della femminilità era assai sfumato e comunque certamente secondario rispetto alla propria insofferenza per eventuali imposizioni dettate dal marito (vedi gli episodi della "minigonna" e del "topless"), senza tenere conto della propria volontà» (42,3).

Quapropter, iuxta opinionem periti, «quanto alla propria identità, nonostante le inevitabilmente diverse attribuzioni che si possono dare al termine, ritengo che la convenuta l'avesse sufficientemente raggiunta all'epoca del matrimonio» (l.c.).

Demum nec agendi modus conventae tempore nuptiarum gravitatem conditionis psychicae demonstravit, praeter manifestationem «dei tratti caratteristici di media entità, con eccessiva timidezza e riservatezza, una relativa insicurezza, una certa conflittualità con la propria parziale passività, una generale tendenza all'idealizzazione» (43,4).

31. Ex hucusque allatis consequitur ut conclusiones peritales nec in actore neque in parte conventa existentiam gravis anomaliae psychicae tempore celebrationis matrimonii demonstraverunt, quae gravem defectum discretionis iudicii vel saltem incapacitatem assumendi essentialia matrimonii obligationes in eis efficere potuissent.

Quoniam de actoris sufficienti capacitate consensuali iam supra satis superque disceptatum est, nil aliud restat, nisi ut probativa argumentatione peritali de capacitate consensuali etiam partis conventae pro tempore initi matrimonii concludemus.

Etenim, ad conventam quod spectat, peritus it explicavit: «Non ritengo che dei tratti nevrotici-caratteropatici come quelli cui ho fatto cenno, che peraltro, pur con ovvie differenze e caratteristiche individuali, non sono di raro riscontro tra la popolazione generale, fossero di entità tale, in senso psicopatologico, da impedire la capacità della convenuta di assumersi all'epoca gli obblighi matrimoniali o di limitarne gravemente la libertà interna» (45,3).

Et relate ad actualem conditionem psychicam partium: «Desidero aggiungere per mio conto che nel periodo attuale né il prof. S. né la prof.ssa B. soffrono di alterazioni psicopatologiche di una qualunque rilevanza clinica. Entrambi si sono mostrati disponibili al colloquio, collaboranti, fornendo le precisazioni da me richieste ad integrazione del peraltro già cospicuo materiale risultante agli Atti sia dalle precedenti deposizioni e testimonianze che dalle precedenti perizie» (l.c.).

II) *De exclusione boni prolis ex parte mulieris.* 32. Ad hoc residuum nullitatis caput quod spectat, Defensor Vinculi deputatus sagaciter animadvertit Patrono viri actoris, expresse renuntianti disceptationi de partium incapacitate consensuali, tamquam elementis probationum carente, magis desperatam superesse questionem probandam de exclusione boni prolis ex parte mulieris conventae.

Idque in luce sententiarum, quae hucusque prolatae sunt, ad hoc tempus gravius quoque apparet.

Nam Iudices primae instantiae de hoc capite nullitatis, seu «sull'esclusione della prole da parte della donna convenuta», omnino negativum protulerunt iudicium hisce verbis: «Rileviamo tuttavia che esso è privo di ogni valido fondamento» (174,13).

Perpensis enim partium ac testium depositionibus, iidem Iudices non solum assertam exclusionem boni prolis futili fundamento innixam habuerunt, verum etiam probatione orbatam. Eorum sane

iudicio praetensa exclusio revera « non risulta provata », quia ex actis « non risulta che la convenuta B. Marina abbia escluso la prole con atto positivo di volontà antecedentemente al matrimonio ed in perpetuo » (179,18).

Itemque Iudices Tribunalis secundae instantiae, quamquam agebatur de capite nec appellato neque reassumpto in gradu appellationis, tamen nihilominus sive in decreto admissionis causae ad ordinarium examen secundi gradus, sive in sententia definitiva haud prae-termiserunt adnotare « la sua infondatezza » (189,6; 289,13).

33. Patronus actoris tamen naviter contendit in actis causae nedum credibilem confessionem iudiciale partem conventae exstare, verum exclusionem condicionatam prolis continentem. Mulier enim, ipsius iudicio, iam in primo interrogatorio omnia elementa praebuit pro exclusionem condicionatam prolis, dum haec retulit: « Si prospettava però l'eventualità dei figli solo dopo qualche anno dal nostro matrimonio, anche perché io allora stavo ancora studiando, perciò si rimandava quell'eventualità al dopo che mi fossi laureata; non nascondo però che vi era pure in me molta paura, anche perché un figlio modifica tutta l'organizzazione della propria vita, ed a questo allora non mi sentivo pronta; pensavo però che nel frattempo, anche attraverso l'esperienza della vita, mi sarei maturata pure sotto questo aspetto, dato che la prospettiva per dopo il matrimonio poteva essere di circa 2/3 anni » (47,3).

Sed condicionata prolis exclusio in partis conventae proposito differendi tantum procreationem perspici nequit, cum ipsa prolis ad tempus procrastinationem consensui non adposuerit tamquam condicionem nubendi actori, scilicet aliter non contrahendi nisi sub tali condicione, limitante ipsum ius coniugale. Ceterum, sicut merito Defensor Vinculi deputatus notavit, eiusmodi procreationis temporanea dilatio apud iuvenes, studiis adhuc vacantes vel laborem inquirentes, communiter habetur, absque quovis matrimonialis consensus vulnere.

34. Conventa autem, independenter a proposito differendi ad tempus procreationem, intentionem generalem habendi prolem e matrimonio cum actore servavit.

Ipsa enim hoc sensu in primo interrogatorio iudiciali deposuit: « Per parte mia era assurdo di sposare Graziano senza la prospettiva di avere da lui dei figli, perciò di questo argomento durante il nostro fidanzamento si parlò occasionalmente anche fra noi » (47,3).

Et iterum: «Io non ero contraria all'eventualità di figli dopo il matrimonio, perché come detto sopra, me la prospettavo come una finalità dal matrimonio stesso. Sono nell'impressione che dal modo con cui Graziano ne parlava già prima del matrimonio, egli fosse del parere di averne anche prima: però egli non mi ha fatto pesare questo suo desiderio» (48,3).

Quin etiam, cum pars conventa consilium iniret scindendi convictum coniugalem cum actore, tunc quoque conscia sibi mansit rectae intentionis circa procreationem prolis e matrimonio, quacum eadem viro antea nupserat.

Addit enim mulier conventa: «Ho sentito anche il disagio che mi si creava tra le convinzioni con le quali a suo tempo mi ero sposata con l'intenzione di formarmi serenamente una famiglia nella quale a suo tempo vi fossero stati anche figli, e la decisione che stavo prendendo di rompere la mia convivenza coniugale; ma per le difficoltà ed i motivi ai quali ho accennato sopra, non mi sentivo più di riprendere a convivere con mio marito» (52,6).

35. Quamvis suspectas captiosasque habeat Defensor Vinculi deputatus novissimas partis conventae explicationes, videlicet post sententiam negativam secundi gradus, mulier tamen et tunc de prolis dilatione potissimum institit.

Iamvero ipsa sive futurae prolis prospectivam manifestavit sive eiusdem sobolis procrastinationem hisce verbis: «Io prospettavo i figli nel matrimonio come una finalità ma non come una necessità. Non ritengo che da un matrimonio debbano seguire necessariamente dei figli. Nel mio matrimonio questa prospettiva c'era, ma rimandata nel tempo di qualche anno perché non mi ritenevo ancora pronta di avere figli. Preciso che non ero pronta a modificare la mia esistenza come la nascita di figli avrebbe necessariamente determinato e che non mi sentivo in grado di fronteggiare le responsabilità e le eventuali difficoltà che la prole comporta» (12,2).

Quin immo conventa quibusdam assertionibus temporaneam prolis dilationem corroborare intendit dum dixit: «Riguardo all'altro frammento della mia precedente deposizione chiarisco che Graziano dall'inizio insisteva di avere un figlio, ma io non ero pronta, e la mia indisponibilità è rimasta per tutta la durata della nostra convivenza. Questa era una delle ragioni della tensione che c'era tra noi. Aggiungo di aver escluso ogni rapporto idoneo alla procreazione per tutto il periodo della convivenza e per un anno io presi la pillola

per le ragioni che ho detto e successivamente pretesi rapporti solo con precauzioni e per evitare ogni rischio, li ridussi al minimo» (13,2).

36. Sed exclusio ad tempus actuum coniugalium, ad procreationem aptorum, exclusionem ipsius iuris coniugalis ad actus procreativos, saltem ad determinatum tempus, necessario haud secumfert, cum propositum abutendi eis tantum significet, quod cum iure coniugali rite tradito et acceptato coexistere potest.

Conventa autem in suppletorio vadimonio de exclusionem iuris coniugalis ne quidem leviter dicere ausa est. Immo nec de exclusionem temporanea actus procreativos aliquem umquam certiore fecisse etiam in altero interrogatorio confirmavit (13,2).

Haud recusata igitur ordinatione ipsius matrimonii ad prolem procreandam educandamque, timor eiusdem conventae procreandi sobolem, si revera aliquando exstiterit, totam eius futuram vitam coniugalem minime respexit, verum tempus consequendi lauream doctoralem absque gravioribus obstaculis, perstante tamen voluntate prolem utcumque gignendi.

Nupturientes enim, similibus in rerum adiunctis, non raro ad nuptias accedunt cum intentione procrastinandi filiorum generationem ad tempus, ut sibi et futurae proli meliores conditiones parare possint, sed nullo modo de iuris coniugalis reservatione cogitant.

Merito igitur Iudices primae instantiae intentionem conventae procrastinandi sobolis generationem ita aestimaverunt: «Pertanto la convenuta afferma che essa all'eventualità di figli dal matrimonio non aveva posta antecedentemente alcuna preclusione definitiva; che anzi se l'aspettava, a suo tempo come una finalità del matrimonio stesso» (177,15).

37. Cum parte conventa de simplici dilatione prolis disceptante, concinit ipse actor: «Quanto poi all'eventualità di figli, Marina non si mostrava contraria ad averne, essa però richiedeva che la cosa si dilazionasse nel tempo e fosse presa in considerazione solo dopo il compimento degli studi ed il conseguimento di un posto di lavoro» (24,3).

Post nuptias, recolit vir, «ho preso a parlare con Marina della eventualità di un figlio con una certa insistenza, particolarmente dopo che Marina nel dicembre 1986 si era laureata in Fisica; Marina rispondeva che era il caso di aspettare ancora, finché essa avesse a

trovare un lavoro stabile, e ritengo che questa fosse la principale motivazione» (30,5).

*Praedeterminanda non est quoque in frigidatio amoris conventae erga actorem, post nuptias exorta, ob quam mulier ulteriorem dilationem procreationis sustinuit.*

De motivo eiusmodi actor in primo interrogatorio iam enarravit: «Stavo però notando che col passare del tempo vi era un certo raffreddamento di affetto da parte di Marina, verso di me e non saprei dire se fra le motivazioni per procrastinare la maternità non vi fosse proprio anche questa sua mancanza di affetto verso di me» (30,5). Immo, addidit vir: «Nel giugno 1988 poi mi disse di essersi innamorata di un altro uomo; mi chiese di aiutarla a superare questa situazione: la cosa mi sconvolse particolarmente, perché forse non mi ero reso conto di quelle carenze che vi erano state nei nostri rapporti» (31,5).

38. *Quae cum ita sint, vir actor nec ante neque post nuptias comprehendit antenuptialem prolis recusationem ex parte mulieris conventae absolutam perpetuamque fuisse ipsumque ius coniugale limitare potuisse.*

Insuper actor in hoc iudicii gradu iterum confirmavit «che la dilazione della procreazione si protraeva anche dopo la caduta delle motivazioni, cioè dopo il conseguimento della laurea e del posto di lavoro. La convenuta si è laureata nel dicembre 1986 e ha cominciato in quello stesso anno scolastico a lavorare con incarichi di supplenze temporanee che si sono succedute con continuità» (10,1).

*Quod vero spectat ad motiva dilatae procreationis, actor in altero vadimonio duobus tantum ex illis innuit, scilicet oeconomico et psychologico.*

Haec autem motiva vir actor particulatim denotavit cum indicatione permansionis unius et cessationis alterius: «uno economico, cioè laurea e lavoro, ed uno psicologico, cioè la sua indisponibilità alla maternità» (11,2).

Etenim, ut ipse rem prosecutus est, «conseguita la laurea ed avendo avuto il lavoro quasi subito, le motivazioni economiche cadevano ed è rimasto solo il motivo psicologico. Non mi ha mai parlato che il motivo psicologico poteva essere fondato sulla sua degenza in ospedale prima del matrimonio. Sono a conoscenza che clinicamente non aveva nessuna controindicazione per la maternità» (l.c.).

39. *Non mirum igitur, si Patronus actoris permagni institit in motiva psychologica, seu in peculiarem indolem mulieris conventae,*

*immaturam, timidam, infantilem, suum femineum ingenium recusantem, ut simulationis boni prolis causam proportionatam gravemque significare posset, fortem scilicet ac radicatum, velut in eius naturam vertentem.*

Idque assertionibus peritorum ipse confirmare intendit, qui in mulieris indole agnoverunt « la paura della responsabilità che la prole comporta » cum consequenti « sconvolgente e disturbante l'organizzazione della sua quotidianità » (108), « la difficoltà di accettare di definire la propria identità personale, sessuale » (153), vel quod eadem mulier « ha sempre soffocato le sue pulsioni e per del tempo ha avuto con se stessa un rapporto con aspetti masochistici e tale atteggiamento non riusciva a metterlo a parte » (257).

Sed tamen peritus hoc in iudicii gradu deputatus, doctor Claudius D.L., ut iam supra dictum est, assertam « motivazione psicologica », ad prolis exclusionem aptam, in muliere haud invenit. Nam iuxta opinionem huius periti « il rifiuto della femminilità era assai sfumato e comunque certamente secondario rispetto alla propria insofferenza per eventuali imposizioni dettate dal marito » (42).

Quin etiam, ad prolis procreationem quod spectat, peritus hanc omnino sinceram considerationem a conventa manifestatam in colloquio retulit: « Inoltre la stessa signora B. ha chiarito che nei confronti della prole non aveva alcuna preclusione, ma solo desiderio di rinviarla un po' nel tempo » (42).

40. Attamen, si motiva psychologica ex parte mulieris conventae quis acciperet tamquam causam remotam simulandi bonum prolis, maneret probanda existentia causae proximae simulationis eiusque praevalentia super causa contrahendi, quam tantum Patronus levi, infantili seu nimiae admirationi discipulae erga magistrum, novem annorum maiorem natu, tribuit.

Praetera argumentatum testificale hac in causa magna laborat delibitate. Quid tamen testes ad rem referre potuissent, si intentio conventae procrastinandi tantum prolis generationem, iam in se considerata, consensum matrimonialem irritare non valet.

Ceterum ipse Patronus actoris contendit ob indolem timidam et clausam conventae omnes testes voluntatem eius contra procreationem ab actore tantum noverunt.

Ita actoris soror, Ivana S., post nuptias tantum a fratre suo pernovit « che egli aveva chiesto ripetutamente un figlio a Marina e che lei dilazionava sempre la cosa nel tempo » (73,6). Et in subsequenti

depositione: «A me personalmente la B. non ha mia detto niente. Da mio fratello ho saputo che avevano deciso di procrastinare la nascita dei figli aspettando una situazione migliore lavorativa. Ma poi avendo lei trovato subito un lavoro sicuro e non avendo problemi economici di nessun tipo, non si capiva perché un figlio non potesse essere cercato» (44,2).

41. De procrastinatione prolis ab actore post nuptias tantum comperit altera eius soror Lidiana. Testis enim dixit: «Graziano aveva detto in particolare con la mia sorella Ivana, ed a volte con me, che Marina nonostante le sue insistenze, procrastinava sempre l'eventualità di dargli un figlio, perché essa diceva di non sentirsi ancora pronta, ma non saprei specificare altro, anche perché Graziano soffriva molto per questo fatto e non ne parlava volentieri» (66-67,6).

At personalem opinionem tantum retulit testis in novissima sua depositione de generali reiectione prolis ex parte mulieris conventae dum haec enarravit: «All'inizio della relazione non conoscevo le intenzioni della B., ma poi in seguito per deduzione dal fatto che i figli non venivano mai e che non si riusciva a parlare nemmeno dell'argomento, ho capito che lei non aveva intenzione di avere dei figli. Questa impressione è stata poi confermata da mio fratello a separazione avvenuta» (48,2).

Idque verum est, quia, ut testis addidit, «direttamente dalla B. io non ho mai saputo niente, perché i rapporti erano praticamente inesistenti dato il suo carattere introverso. Penso però che i motivi per rimandare la nascita dei figli fossero causati dal fatto che non si sentisse ancora matura. La mia impressione è che affettivamente fosse un po' immatura e che si fosse sposata pensando al matrimonio in modo troppo astratto senza fare i conti con le difficoltà della vita quotidiana» (l.c.).

42. Itemque nimis generica apparet actoris matris, Beatricis, depositio. Testis vero e tempore postnuptiali haec memoravit: «Mio marito chiedeva alla nuora se avevano la novità di un bambino e lo faceva tutte le volte che venivano a casa nostra. Nostra nuora rispondeva semplicemente che non c'era nessuna novità. Era una ragazza chiusa e parlava molto poco. A un certo punto consigliai a mio marito di non chiederle più niente perché sembrava ci rimanesse male. Anche mio figlio gli ha detto la stessa cosa» (46,3).

Testis quoque memoria tenuit desiderii actoris habendi prolem in matrimonio necnon usus pilulae ex parte nurus: «Mio figlio desiderava avere un figlio (ha fatto "da papà" anche ai nipoti), ma mia nuora prendeva la pillola, diceva su consiglio del medico. Questo l'ho saputo da mio figlio. Mio figlio desiderava molto un figlio e forse mia nuora messa un po' alle strette da questo fatto ha abbandonato il tetto coniugale. Ma non so esattamente se le motivazioni fossero solo queste, anche perché lei con me non parlava, nonostante il mio desiderio di avere con lei un rapporto filiale; rispondeva solo «sì e no» (4647,4).

Ceteri quoque testes elementa probationum adducere non valuerunt, cum generice tantum retulerunt «di una forte resistenza da parte di Marina all'eventualità della maternità», uti P. Albertus S. (60,1), vel nihil ad rem percipere potuerunt, sicut Flavianus P.: «Non ricordo che egli abbia accennato con me ad eventuali difficoltà da parte di Marina di dargli un figlio» (78,6).

43. Quibus igitur perpensis, ad assertam exclusionem boni prolis ex parte mulieris conventae quod spectat, plene assentiendum est duabus conclusionibus Iudicum primae instantiae, hoc est quod «le deposizioni dei testimoni non sono in grado di fornire elementi validi a questo riguardo», et quod «non risulta che la convenuta Marina abbia escluso la prole con atto positivo di volontà antecedentemente al matrimonio ed in perpetuo» (179,18).

Utique re prolis nativitas in casu defuit, quod tamen non pendit tantum ex voluntate antenuptiali mulieris, verum ob circumstantias postnuptiales, sicut recte animadvertit sententia primi gradus: «quando poteva essere giunto il tempo di parlare dell'eventualità dei figli, il clima fra i due coniugi non era più tale da favorirli, se già prima della metà del 1986 i loro rapporti stavano raffreddandosi» (178,16). Tandem nec media adhibita ad prolem vitandam tempore convictus coniugalis tenacitatem propositi confirmant.

Ad rem recolenda sunt quod ipse actor declaravit: «Avevmo rapporti intimi fra noi; però allora Marina era ancora sotto cura per i disturbi di salute di cui sopra e faceva uso a scopo terapeutico di pillole anticoncezionali; ciò era accaduto anche prima del nostro matrimonio» (29,4). Quod et pars conventa confirmavit (47,3). Mulier tamen, ut iam supra relatum est, ordinationem matrimonii ad prolem procreandam servavit, quia dixit: «Per parte mia era assurdo

di sposare Graziano senza la prospettiva di avere da lui dei figli» (47,3).

44. Quibus omnibus in iure et in facto mature consideratis, Nos infrascripti Patres Auditores de Turno, pro Tribunali sedentes et solum Deum prae oculis habentes, Christi nomine invocato, declaramus ac definitive sententiamus, ad propositum dubium respondententes:

*Negative seu Non constare de nullitate matrimonii ullo ex capite adducto, in casu.*

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

Romae, in sede Romanae Rotae Tribunalis, die 24 iulii 1997

*Antonius Stankiewicz, ponens  
Marius Giannecchini,  
Aegidius Turnaturi*

---

### **Sulla cumulabilità dei capitoli d'incapacità ed esclusione.**

In questa sentenza coram Stankiewicz vorrei soffermarmi su di un unico punto: la problematica sulla cumulazione dei capi di nullità per incapacità e per esclusione. Questa sentenza è stata già pubblicata con la correlativa traduzione inglese, sul «Monitor Ecclesiasticus» CXXIV (1999) p. 614-669.

Per ciò che riguarda il tema di questa nota, il collegio giudicante non ha fissato il dubbio in modo cumulativo, bensì subordinato. Tuttavia, nella parte *in iure* il ponente afferma la possibilità di trattare i capitoli di incapacità e di esclusione in modo ugualmente principale.

La storia processuale della causa in questione può giustificare in qualche modo tale tentativo, tuttavia non lo ritengo convincente.

La causa era stata presentata in primo grado di giudizio sotto i capitoli subordinati di incapacità di entrambi (can. 1095 nn. 2 e 3) e di esclusione della prole da parte della donna (can. 1101 § 2). La sentenza di primo grado fu affermativa per l'incapacità di entrambi, e conseguentemente per il capitolo riguardante l'esclusione si decise che «non fa luogo a procedere», anche se si aggiungeva che «essa, comunque, non risulta provata» (n. 2).

In seconda istanza si procedette con esame ordinario, e il dubbio fu fissato unicamente sull'incapacità di entrambi. Riguardo al capitolo sull'esclusione il Collegio ritenne che «in base al can. 1062, a noi non è consentito esprimerci in merito» (n. 3). Infatti, la parte attrice non aveva chiesto la riassunzione del secondo capitolo di nullità e, secondo il canone citato, se non c'è un apposito appello di parte, dopo essere stati trasmessi d'ufficio gli atti di causa, il tribunale di seconda istanza può giudicare soltanto sul capitolo che ha dichiarato nullo il matrimonio. Quindi il capitolo sull'esclusione rimaneva senza trattazione né in prima né in seconda istanza.

La sentenza di secondo grado fu negativa per il capitolo sull'incapacità di entrambi. Interposto appello dall'attore, la causa passò alla Rota Romana, che fissò il dubbio per i capitoli di difetto di discrezione di giudizio e incapacità di assumere gli obblighi essenziali del matrimonio da parte di entrambi i coniugi e subordinatamente per esclusione della prole da parte della convenuta (n. 4).

Il ponente comincia la parte *in iure* trattando l'incapacità psichica (nn. 5-14), segue con l'esclusione della prole (nn. 15-20). A noi ora interessa soltanto quello che ha detto sulla possibilità di coesistenza ugualmente principale dell'incapacità consensuale con la simulazione (nn. 15-16).

È noto che, fino a poco tempo fa, la giurisprudenza non accettava la cumulazione *aeque principalis* dei capitoli sull'incapacità psichica e del capitolo di simulazione del consenso, basandosi sul fatto che non si può essere simultaneamente «*incapax eliciendi consensus et simul capax consensus restringendi seu limitandi*» (coram Sabatani, 24 marzo 1961, RDDec. Vol. LIII, p. 163, n. 9; cfr., anche, coram Bejam, 14 marzo 1964, RRDec. vol. LVI, p. 195, n. 6; coram Stankiewicz, 11 marzo 1980, RRDec. vol. LXXII, p. 170, n. 9; ecc.). Per tanto, questi due capitoli si dovevano trattare al meno in forma subordinata.

Di recente, però, alcuni giudici rotali hanno cominciato ad accettare la trattazione *aeque principalis* della simulazione e dell'incapacità ad assumere gli obblighi del matrimonio. La spiegazione che dà Stankiewicz per tale prassi è che «*non omnem speciem incapacitatis eliciendi consensus matrimonialem secumferre incapacitatem simulandi, nisi agatur de incapacitate ex defectu sufficientis usu rationis proveniente (can. 1095, n. 1), quae tantum personam reddit incapacem ponendi actum humanum, videlicet conscium et liberum. (...) Attamen sive gravis defectus discretionis iudicii (can. 1095, n. 2),*

sive incapacitas assumendi essentialis matrimonii obligationes (can. 1095, n. 3), sufficientem usum rationis in subiecto plerumque praesupponunt, seu capacitatem ponendi actum humanum, ideoque haec capita etiam aequo principaliter cum simulatione pertractari ac definiiri possunt» (n. 16).

Bisogna, tuttavia, fare una prima precisazione al testo citato sopra perché, in realtà, la maggioranza della giurisprudenza rotale esclude la cumulazione tra il can. 1095 n. 2 e la simulazione giacché «etenim relatae ad simulationes istas requiritur actus positivus voluntatis qui impossibilis est cum incapacitate efformandi iudicium maturum et liberum si contrahens ab eo impediatur ob gravem defectum discretionis iudicii» (coram Civili, 6 dicembre 1993, in RRDec vol. LXXXV, p. 768, n. 12; cfr., anche, coram Faltin, 14 dicembre 1994, RRDec. vol. LXXXVI, p. 686, n. 34; coram Bruno 7 luglio 1995, in «Monitor Ecclesiasticus» CXXII [1997] p. 198-213; ecc.).

Oltre a questa sentenza coram Stankiewicz di cui stiamo trattando, in poche altre sentenze rotali si ammette la possibilità — a livello teorico — di cumulare il capitolo sull'incapacità ad assumere gli obblighi essenziali (can. 1095 n.3) con quello sulla simulazione (cfr. coram Pompedda, 19 ottobre 1992, RRDec. vol. LXXXIV, p. 494, n. 2; coram Defilippi, 27 luglio 1994, in RRDec. vol. LXXXVI, p. 412, n. 2; cfr. coram Gianneccchini, 18 febbraio 1986, in «Monitor Ecclesiasticus» CXII [1987] p. 464 ss.)<sup>(1)</sup>.

Eppure, occorre chiarire alcune cose riguardo a questa giurisprudenza «possibilista». Nella sentenza coram Pompedda si parla — in modo assai sfumato — di questa possibilità, ma nella concordanza del dubbio i capitoli erano stati fissati in modo subordinato e la decisione fu soltanto a favore della nullità per esclusione, «suscumendo» invece l'incapacità (per dirlo con le parole usate da Pompedda). La Decisione coram Defilippi si limitava ad accettare nella formula del dubbio ambedue i capitoli allo stesso livello, senza dare nessuna spiegazione, ma si pronunciò negativamente per entrambi. La coram Gianneccchini fa lo stesso di Defilippi, ma si pronunciò negativamente sull'esclusione della prole.

(1) Cfr. I. BRIONES, *La simulación parcial: conexión y diferencias con la incapacidad psíquica consensual*, in *Escritos en honor de Javier Hervada*, «Ius Canonicum» volumen especial, 1999, pp. 817-828.

Come abbiamo detto, la stessa decisione coram Stankiewicz del 24 luglio 1997 aveva concordato il dubbio in modo subordinato, e, inoltre ha risposto negativamente a tutti i capi invocati.

Solo a livello dei Tribunali inferiori si sono pronunciate alcune sentenze affermative contemporaneamente per i due capi di nullità. Cfr., p. es., la sentenza del tribunale diocesano di Tournai, Candelier *ponente*, del 24 ottobre 1996, in « Il Diritto Ecclesiastico » (1997/2), parte II, p. 42, n. 10 (che addirittura decide affermativamente e in modo cumulativo per tre capi — difetto grave di discrezione di giudizio, incapacità di assumere ed esclusione dell'indissolubilità — cfr. *ibid.* p. 50, n. 21).

Forse si può giustificare una trattazione *aeque principalis* dei due capi se alla fine almeno uno dei due è stato rigettato (come hanno fatto le sentenze rotali citate); perché così, in pratica, sono trattati alternativamente. Ma ci domandiamo: sarebbe forse possibile emettere sentenza affermativa per ambedue i capi?; vale a dire: si potrebbe sentenziare che il matrimonio è nullo per incapacità ad assumere e per esclusione della prole? Riteniamo di no.

Bisogna investigare il fondamento filosofico-antropologico di questa svolta, che riteniamo non condivisibile.

La ragione addotta per accettare cumulativamente i due capi si basa sull'affermazione secondo cui soltanto la fattispecie del can. 1095 n. 1 rende la persona incapace di porre un atto umano, cioè cosciente e libero (« *reddit incapacem ponendi actum humanum, videlicet conscium et liberum* », coram Stankiewicz, *cit.*); mentre quella di cui al can. 1095 nn. 2 e 3 la maggior parte delle volte presuppone nel soggetto il sufficiente uso di ragione, e quindi la capacità di porre un atto umano (« *sufficientem usum rationis in subiecto plerumque praesupponunt, ideoque capacitem ponendi actum humanum* » (*ibid.*)). Tuttavia non siamo d'accordo con questa spiegazione, perché il suo *punctum dolens* è che per l'atto di consenso matrimoniale (e quindi per la sua esclusione) non basta l'uso di ragione, né la capacità di porre un atto umano generico. Bisogna, infatti, riferire tutto al contenuto matrimoniale di quell'atto. Un bambino d'otto anni con uso di ragione è capace di porre un atto umano, ma non è psicologicamente capace di emettere il consenso matrimoniale (né quindi di simularlo).

Se l'esclusione di un elemento essenziale del matrimonio è portata a termine mediante un atto positivo di volontà libera e conscia,

questo presuppone ed esige la correlativa capacità ad emettere l'atto di consenso matrimoniale (che volontariamente si esclude).

Invece, l'incapacità psichica ad assumere gli obblighi essenziali del matrimonio di cui tratta il can. 1095 n. 3, appartiene alla categoria dell'incapacità consensuale. La seria anomalia psichica deve intaccare sostanzialmente la capacità di intendere e/o di volere<sup>(2)</sup>, in modo tale che il soggetto non possa compiere un atto veramente libero riguardante la sua donazione personale nel matrimonio (anche se in altri ambiti della vita quella persona sia capace di compiere atti liberi adeguati all'oggetto specifico).

L'incapacità psichica ad assumere gli oneri non può, quindi, essere compatibile con un atto psicologico di consenso matrimoniale pieno e libero. Il can. 1095, infatti, si trova dentro del capitolo del codice sul consenso matrimoniale, ed esprime le forme d'incapacità consensuale. Incapacità psicologica ad emettere l'atto di consenso.

Le confusioni possono venire, appunto, per coloro che sostengono che l'incapacità ad assumere l'oggetto del consenso matrimoniale (can. 1095 n. 3) possa darsi insieme con un consenso matrimoniale psicologicamente perfetto. Essa sarebbe una «incapacità esecutiva» — come la chiama Pompedda<sup>(3)</sup> — invece di una «incapacità consensuale». Per quanto abbiamo detto sopra, ciò non è possibile<sup>(4)</sup>.

Può darsi che una persona psichicamente incapace per il matrimonio possa pretendere di simulare il consenso matrimoniale, escludendo un suo contenuto sostanziale. Ciò nonostante, se è veramente incapace, questo rimarrà una mera apparenza.

*Pablo Gefaell*

---

(2) Cfr. GIOVANNI PAOLO II, *Discorso agli auditori della Rota Romana*, 5 febbraio 1987, n. 7, in *AAS* 79 (1987), p. 1475.

(3) Cfr. F.M. POMPEDDA, *Lecture du canon 1095 du Code de 1983 alla lumière de la Doctrine et de la Jurisprudence*, in «L'Année Canonique» 35 (1992) p. 263.

(4) Cfr., a favore della nostra opinione, coram Burke, 22 luglio 1993, in «Monitor Ecclesiasticus» CXIX (1994), p. 568-512, nn. 2-8; C.J. ERRÁZURIZ, *Riflessioni sulla capacità consensuale nel matrimonio canonico*, in «Ius Ecclesiae» 6 (1994), pp. 449-464; F. AZNAR GIL, *Incapacidad de asumir (c. 1095, 3º) y Jurisprudencia della Rota Romana*, in «Revista Española de Derecho Canónico» 53 (1996) pp. 22-23.

*Note e commenti*

**Pagina bianca**

IL SISTEMA ELETTORALE DELLA COST. AP.  
*UNIVERSI DOMINICI GREGIS* (\*)

1. Considerazioni generali sulla cost. ap. *Universi Dominici gregis* e sul sistema elettorale in essa proposto. — 2. Determinazione del collegio elettorale per la provvista dell'ufficio pontificio e posizione dei relativi componenti. — 3. Il sistema elettorale di provvista della sede primaziale. — 4. Le peculiarità del sistema di suffragio nell'elezione del Papa. — 5. L'ottenimento dell'ufficio.

1. *Considerazione generale della cost. ap. «Universi Dominici gregis».*

La cost. ap. *Universi Dominici gregis* <sup>(1)</sup> promulgata da Giovanni Paolo II ha voluto riprendere complessivamente l'argomento dell'elezione del Papa, sostituendo la cost. ap. *Romano Pontifici eligendo*, indetta quattordici anni fa da Paolo VI <sup>(2)</sup>. Il nuovo documento,

---

(\*) Lavoro destinato agli studi in onore del prof. Francesco Finocchiaro.

(1) Cfr. cost. ap. *Universi Dominici gregis* (UDG), *proemio*, del 22 febbraio 1996, AAS 88 (1996) 305-343; per un commento al documento, vedi J. MIÑAMBRES, *Il governo della Chiesa durante la vacanza della sede romana e l'elezione del romano pontefice*, in «*Ius Ecclesiae*» 8, 1996, 713-729; vedi anche P. MAJER, «*Universi Dominici gregis*». *La nueva normativa sobre la elección del Romano Pontifice*, in «*Ius Canonicum*» 72, 1996, pp. 669-712; J.J.M. FOSTER, *The Election of the Roman Pontiff: An Examination of Canon 332 § 1 and Recent Special Legislation*, in «*The Jurist*» 56 (1996) 691-705; sulla sede vacante, vedi anche A.M. PUNZI NICOLÒ, *La Curia durante la sede vacante*, in «*La Curia Romana nella Cost. Ap. Pastor Bonus*», a cura di P.A. Bonnet e C. Gullo, Città del Vaticano, 1990, pp. 151-162; per un commento particolareggiato dell'intera normativa, vedi J. MIÑAMBRES, *Commento alla cost. ap. Universi Dominici gregis*, in J.I. Arrieta, J. Miñambres, J. Canosa, «*Legislazione sull'organizzazione centrale della Chiesa*» Milano, 1997, pp. 1-101; vedi anche J.I. ARRIETA, *Diritto dell'organizzazione ecclesiastica*, Milano, 1997, pp. 236-241.

(2) Cfr. cost. ap. *Romano Pontifici eligendo*, del 1° ottobre 1975, AAS 67 (1975) 609-645.

mantiene sostanzialmente la struttura di quello precedente, ed è suddiviso in due parti chiaramente distinte. La prima parte, riguarda il regime giuridico della sede romana vacante, negli aspetti concernenti la continuità del governo della Chiesa fino all'elezione del nuovo pontefice; la seconda parte, si occupa più direttamente della procedura di elezione in conclave del pontefice romano.

Oggetto di questo contributo è l'analisi del sistema elettorale disegnato da questa nuova legge pontificia, in rapporto al sistema elettivo generale della legislazione codificata della Chiesa e alle problematiche tradizionalmente sollevate in merito dalla canonistica, nel contesto però dell'insieme di novità che all'elezione pontificia apporta il rinnovamento delle istituzioni canoniche.

È pacifico nella Chiesa cattolica il convincimento che i Romani Pontefici hanno il diritto di stabilire i modi per provvedere alla sede episcopale di Roma, come non manca di rammentare il Papa nel *proemio* alla nuova costituzione apostolica. In assenza di alcun genere di determinazioni di diritto divino in proposito, la dottrina è sempre stata sostanzialmente concorde nel riconoscere al sommo pontefice il diritto a stabilire le norme relative alla designazione del successore<sup>(3)</sup>. È vero che, sin dall'inizio del presente millennio, e come frutto di una travagliata esperienza storica che ha conosciuto influenze e forme di designazione di vario segno, si è consolidato nella Chiesa un sistema di provvista della sede di Pietro tramite il concorso elettivo del presbiterio romano impersonato nel collegio cardinalizio. E tuttavia, la dottrina non ha mai escluso la possibilità di fare ricorso ad altre forme di provvista eventualmente segnalate dal Papa, riconoscendogli perfino il diritto — sulla base di precisi precedenti storici — a procedere alla designazione diretta del proprio successore, quanto meno in circostanze di carattere eccezionale, di urgente necessità o di utilità della Chiesa<sup>(4)</sup>.

---

<sup>(3)</sup> Vedi, tra i molti, D. BOUX, *Tractatus de Curia Romana, Parisiis*, 1880, pp. 120-135; A. TOSO, *Ad Codicem Juris Canonici, Commentaria minora, Liber II. De personis*, II, *Romae*, 1922, p. 12; G. COCCHI, *Commentarium in Codicem iuris Canonici, Liber II, De personis, Taurini*, 1922, pp. 20-21; F.X. WERNZ-P. VIDAL, *Ius Canonicum II, De personis, Romae*, 1943, pp. 467; G. OLIVERO, *Lineamenti di diritto elettorale nell'ordinamento canonico*, in «Studi in onore di Vincenzo del Giudice» II, Milano, 1953, p. 235: studio di particolare interesse storico e dogmatico per il nostro argomento, benché necessariamente datato dal punto di vista del diritto vigente e dell'analisi teologica.

<sup>(4)</sup> Come dice Olivero, si tratta di una « discussione altrettanto erudita quanto

Facendo uso della prerogativa di delineare il quadro normativo in materia, i Pontefici Romani di questo secolo hanno più volte riveduto le norme elettive alla Cattedra di Pietro, nel tentativo di rispondere in maniera più appropriata alle esigenze del momento storico e del relativo contesto giuridico della Chiesa. Per richiamare i testi di legge che in questo periodo hanno ripreso complessivamente l'argomento, bisogna menzionare la cost. ap. *Vacante Sede Apostolica* di San Pio X, del 1904<sup>(5)</sup>; la cost. ap. *Vacantis Apostolicae Sedis* di Pio XII, del 1945<sup>(6)</sup>; e, infine, la cost. ap. *Romano Pontifici eligendo*, di Paolo VI, del 1975; altre norme pontificie hanno introdotto soltanto modifiche puntuali al sistema elettivo in vigore, e successivamente sono state incorporate alla normativa generale del sistema<sup>(7)</sup>.

Come in altri casi, anche adesso la modifica legislativa appare motivata dalla necessità di attendere alla mutata situazione della Chiesa di oggi, nonché al bisogno di accordare la norma, entro i limiti del possibile, con l'insieme dell'ordinamento canonico emerso dal completamento dei due codici di legge, latino e orientale<sup>(8)</sup>. Inoltre, il *proemio* della costituzione apostolica segnala altre due ragioni più contingenti: *a*) l'opportunità di riadattare la normativa alle nuove condizioni materiali di celebrazione del conclave; *b*) la neces-

---

inutile», che ha visto lungo la storia schierarsi la dottrina sia da una parte che dall'altra (G. OLIVERO, *Lineamenti di diritto elettorale nell'ordinamento canonico*, cit., p. 240). Pur non essendoci in argomento una dottrina comune, Wernz la considera una sentenza probabile «in casu verae et extraordinariae necessitatis vel utilitatis Ecclesiae» (F.X. WERNZ-P. VIDAL, *Ius Canonicum II, De personis*, cit., p. 467), parere seguito da altri autori: cfr. G. COCCHI, *Commentarium in Codicem iuris Canonici, Liber II, De personis*, cit., p. 21; «non vero per modum ordinarium»: D. BOULX, *Tractatus de Curia Romana*, cit., p. 122; G. CHELODI, *Ius Canonicum de Personis*, Trento, 1942, p. 246. Per i motivi che hanno ravvivato nel presente secolo il dibattito dottrinale su questo argomento, vedi G. CAVIGLIOLI, *Manuale di diritto canonico*, Torino, 1946, pp. 226-227.

<sup>(5)</sup> Cfr. cost. ap. *Vacante Sede Apostolica*, del 25 dicembre 1904, in «Pii X Pontificis Maximi Acta» III (1908), 239-288.

<sup>(6)</sup> Cfr. cost. ap. *Vacantis Apostolicae Sedis*, dell'8 dicembre 1945, AAS 38 (1946) 65-99.

<sup>(7)</sup> In particolare, ai tempi di Pio XI, il *motu proprio Cum proxime*, del 1° marzo 1922, AAS 14 (1922) 145-146; durante il pontificato di Giovanni XXIII, il *motu proprio Summi Pontificis electio*, del 5 settembre 1962, AAS 54 (1962), 632-640; e con Paolo VI, il *motu proprio Ingravescentem aetatem*, del 21 novembre 1970, AAS 62 (1970), 810-813.

<sup>(8)</sup> Cfr. cost. ap. *Universi Dominici gregis, proemio*.

sità di ridurre all'essenziale le norme del documento, onde « evitare perplessità e dubbi ».

Il sistema di designazione del Romano Pontefice da parte dei cardinali segue, come si sa, un procedimento elettivo speciale rispetto a quello generale stabilito per le elezioni canoniche dai cann. 164-179 CIC, e cann. 947 ss. CCEO. Pur rientrando nella categoria generale che la dottrina chiama « elezione collativa » o costitutiva<sup>(9)</sup>, la normativa speciale per l'elezione del Papa possiede peculiarità del tutto caratteristiche, discostandosi ampiamente dalla normativa generale allo scopo di raggiungere le finalità proprie di questa legge speciale, e cioè la libera e ponderata elezione del Romano Pontefice<sup>(10)</sup>.

In tale senso, la dottrina ha messo in rilievo l'autonomia di cui godono queste norme elettive nel contesto generale della legislazione elettorale canonica, fatto che assurge a caratteristica specifica di questo sistema elettivo. Le norme elettive del Papa, infatti, pur mantenendo con quelle codiciali un rapporto di sostanziale armonia, non risultano invece integrate nel contesto generale delineato da queste ultime, escludendosi quindi l'applicazione suppletoria alle vicende elettorali del Papa — agli effetti, per esempio, di dichiarare l'invalidità della votazione, o l'inabilità di un soggetto — di qualunque norma non espressamente richiamata dalla legislazione speciale<sup>(11)</sup>.

Le finalità che la norma intende raggiungere conferiscono alla vigente cost. ap. *Universi Dominici gregis* le sue caratteristiche generali più rilevanti. In primo luogo, quella di disegnare un sistema elettorale fortemente rigido e regolato con pretese di esaustività, in modo da limitare al massimo ogni margine di discrezionalità o di interpretazione della stessa legge da parte del corpo elettorale (cfr. n. 5 UDG). Secondariamente, si tratta di una normativa che cerca di appiattire ogni genere di incertezza conflittuale o di contrapposizione

(9) Vedi, di recente, J. MIÑAMBRES, *Commenti ai cann. 164 ss.*, in *ComEx I*, 2<sup>a</sup> ed., Pamplona, 1997, pp. 975-1020; J.I. ARRIETA, *Diritto dell'organizzazione ecclesiastica*, cit., pp. 184-188, e la bibliografia ivi citata.

(10) Per i rapporti della normativa codiziale con la legge speciale di elezione del Romano Pontefice, vedi, ad es., *Communicationes* 23, 1991, p. 280.

(11) Cfr. F.X. WERNZ-P. VIDAL, *Ius Canonicum II, De personis*, cit., pp. 482-483; A. TOSO, *Ad Codicem Juris Canonici, Commentaria minora, Liber II. De personis, II, Romae*, 1922, p. 13; cfr. can. 164 CIC.

giuridica<sup>(12)</sup>, dichiarando semplicemente irrilevanti ai fini della validità degli atti elettivi — indipendentemente dall'eventuale rilevanza penale degli stessi atti — qualunque genere di condotta irregolare — la simonia, i patteggiamenti, ecc. —, e, quindi, contenendo al massimo i casi di nullità delle votazioni o dei singoli suffragi. Infine, la norma cerca di arginare anche ogni possibilità di condizionare la libertà degli elettori da parte di agenti esterni — ed in primo luogo, da parte dei poteri civili —, sia dichiarando l'inefficacia di ogni attuazione del genere, sia facendo leva su un rigoroso sistema penale, attraverso censure *latae sententiae* o comminando con l'eventuale imposizione di pene espiatorie.

La nuova cost. ap. *Universi Domini gregis*, pur essendo sostanzialmente uguale a quella precedentemente promulgata da Paolo VI, contiene elementi di originalità, su alcuni dei quali torneremo più avanti, come ad es. la soppressione di ogni metodo elettivo all'infuori del suffragio, la determinazione più obiettiva dei soggetti esclusi dall'elezione, o il ridimensionamento spaziale del conclave, per adeguarlo alle nuove circostanze materiali.

## 2. *Determinazione del collegio elettorale per la provvista dell'ufficio pontificio e situazione dei relativi componenti.*

Il primo argomento su cui sembra opportuno concentrare la nostra attenzione riguarda la composizione del collegio elettorale chiamato ad intervenire. D'accordo con una lunga tradizione nella Chiesa cattolica, risalente ai tempi di Papa Nicolò II, nel 1059, l'elezione del Romano Pontefice è riservata ai cardinali<sup>(13)</sup>. Nel *proemio* alla cost. ap. *Romano Pontefice eligendo*, Paolo VI ricordava a questo proposito l'opportunità di riservare detto compito ad un «corpo elettorale preconstituito e non troppo numeroso, che possa essere facilmente e subito convocato»<sup>(14)</sup>, escludendosi, nel contempo qua-

(12) Vedi, per es. Clem. 1 3 2: «§ 4. Ceterum, ut circa electionem praedictam eo magis vitentur dissensiones et schismata, quo minor eligentibus aderit dissidendi facultas: decernimus, ut nullus cardinalium cuiuslibet excommunicationis suspensionis aut interdicti praetextu a dicta valeat electione repelli, iuribus aliis circa electionem eandem hactenus editis plene in suo robore duraturis»; cfr. anche H.M. PEZZANI, *Codex Sanctae Catholicae Romanae Ecclesiae, Pars Prima, Romae-Mediolani*, 1893, pp. 61-62.

(13) Cfr. D. 23 c. 1.

(14) Cost. ap. *Romano Pontefice eligendo*, cit., *proemio*.

lunque eventuale variazione nella composizione del collegio durante il tempo di vacanza della sede apostolica<sup>(15)</sup>. Da parte sua, Giovanni Paolo II, nella costituzione apostolica che commentiamo, aggiunge a queste altre nuove ragioni di convenienza per l'intervento elettivo dei cardinali, sulla base del particolare legame che i cardinali hanno con la sede di Pietro, e a motivo anche dell'universalità che il collegio dei cardinali ha ormai raggiunto lungo il presente secolo<sup>(16)</sup>.

In questa linea, la cost. ap. *Universi Dominici gregis* ribadisce l'esclusivo intervento del collegio dei cardinali nell'elezione del Papa, escludendo esplicitamente l'eventuale coinvolgimento del concilio ecumenico o del sinodo dei vescovi — che, addirittura, verrebbero *ipso iure* sospesi, qualora fossero in attività al momento di prodursi la vacanza della sede<sup>(17)</sup> —, sottraendo quindi detta funzione elettiva ad una logica diversa da quella direttamente legata al presbiterio della diocesi di Roma e al collegio dei cardinali.

Per valutare nei suoi termini precisi la corrispondenza del collegio dei cardinali con la funzione elettiva del Papa che gli viene affidata, è necessario prendere anche consapevolezza delle trasformazioni subite dall'istituto nell'ultima metà di secolo. Oltre a riforme non direttamente collegabili con la funzione elettiva che ci interessa, ma comunque significative in ordine alla eliminazione di ostacoli all'internazionalizzazione del collegio — come sono, ad esempio, le norme tendenti a ridimensionare il rapporto giurisdizionale dei cardinali col loro titolo romano<sup>(18)</sup> —, tre concrete norme pontificie

(15) Non è infatti consentito ai cardinali riammettere o riabilitare i cardinali che previamente siano stati deposti o abbiano rinunciato, col consenso del Romano Pontefice, alla dignità cardinalizia: cfr. n. 36 UDG.

(16) Cfr. *proemio* UDG.

(17) Cfr. cann. 340, 347 § 2 CIC; can. 53 CCEO; cost. ap. *Universi Dominici gregis*, cit., n. 34: la norma stabilisce addirittura la nullità di qualunque atto conciliare — decreto, canone, etc., portato a termine con posteriorità alla notizia della vacanza della sede romana.

(18) Tale è il caso, anzitutto, del *motu proprio Ad suburbicarias diocesis*, del 10 marzo 1961, AAS 53 (1961) 198, che abrogava il diritto di opzione per le diocesi suburbicarie (cfr. can. 350 § 5 CIC); del *motu proprio Suburbicariis sedibus*, del 11 aprile 1962, AAS 54 (1962) 253-256, che stabiliva il regime di governo delle diocesi suburbicarie, affidandolo ad un vescovo diocesano (cfr. can. 357 § 1 CIC); del *motu proprio Ad purpuratorum patrum*, dell'11 febbraio 1965, AAS 57 (1965) 295, stabilendo che i patriarchi orientali creati cardinali vengano annoverati nell'ordine episcopale, senza però ricevere il titolo di alcuna diocesi suburbicaria (cfr. can. 350 § 3 CIC); del *motu proprio Sacro cardinalium consilio*, del 26 febbraio 1965, AAS 57 (1965) 296, che stabilisce la procedura

hanno alterato il profilo del collegio in quanto corpo elettorale del Papa. In primo luogo, il *motu proprio Cum gravissima*<sup>(19)</sup>, stabilì che tutti i componenti del collegio cardinalizio dovevano appartenere al collegio episcopale. Qualche anno più tardi, il *motu proprio Ingravescentem aetatem*<sup>(20)</sup> fissò, per la prima volta, gli 80 anni come età limite a partire dalla quale i cardinali cessavano di essere membri dei dicasteri della curia romana, e perdevano il diritto di partecipare all'elezione del Romano Pontefice. Infine, con la cost. ap. *Romano Pontifici eligendo*, venne stabilito che la composizione del collegio elettivo non doveva oltrepassare il numero di 120 cardinali elettori<sup>(21)</sup>.

Contestualmente con questo processo giuridico — ancora in corso — di aggiornamento del collegio cardinalizio — che ha cercato di conservare il legame, quanto meno formale, dei cardinali con il presbiterio di Roma —, la prassi ecclesiale seguita lungo il presente secolo per la cooptazione dei nuovi porporati è stata fortemente caratterizzata dall'impegno di progressiva internazionalizzazione del collegio. Questo fatto, com'è segnalato nel *proemio* della nuova costituzione apostolica, ha contribuito indubbiamente ad accrescere l'idoneità del collegio per il ruolo di designazione del titolare dell'ufficio primaziale.

D'altro canto, il processo di progressiva internazionalizzazione del collegio cardinalizio, assieme all'attuale condizione episcopale dei suoi membri (almeno come regola generale, della quale sono note

di designazione del decano e vicedecano del collegio dei cardinali per elezione «fra quei cardinali che siano vescovi di sedi suburbicarie o ne portino il titolo», e non per promozione del più anziano (cfr. can. 352 § 2 CIC); e, infine, del *motu proprio Ad hoc usque tempus*, del 15 aprile 1969, AAS 59 (1969) 226-227, che abrogava ogni intervento o giurisdizione dei cardinali presbiteri e diaconi nelle loro chiese titolari a Roma (cfr. can. 357 § 1 CIC). Vedi in merito J.I. Arrieta, *Diritto dell'organizzazione ecclesiastica*, Capitolo XI, «Il collegio cardinalizio», cit., pp. 281-298.

<sup>(19)</sup> Cfr. *motu proprio Cum gravissima*, del 15 aprile 1962, AAS 54 (1962) 253-256; cfr. can. 351 § 1 CIC. La determinazione normativa, da un lato, faceva rientrare il collegio dei cardinali nell'ambito degli organismi episcopali, quanto meno da una prospettiva materiale, mentre, d'altro lato, essendo i cardinali i normali soggetti passivi dell'elezione, faceva allontanare il problema dell'elezione di chi non fosse ordinato vescovo.

<sup>(20)</sup> Cfr. *motu proprio Ingravescentem aetatem*, del 21 novembre 1970, AAS 62 (1970) 810-813.

<sup>(21)</sup> Cfr. cost. ap. *Romano Pontifici eligendo*, n. 33, del 1° ottobre 1975, AAS 67 (1975) 609-645.

le puntuali eccezioni), ha fatto diventare il collegio elettorale del Papa un organismo di vescovi massimamente rappresentanti del collegio episcopale distribuito per tutto l'orbe cristiano. Il risultato di questi processi evolutivi in seno al collegio dei cardinali, sembra aver dato qualche ragione a chi, già prima dell'inizio del Concilio Vaticano II, durante il periodo antepreparatorio, auspicava una sorta di rappresentanza dei vescovi dei vari paesi (o degli episcopati nazionali) attraverso i relativi cardinali<sup>(22)</sup>. Di fatto, un tale auspicio si è in qualche modo avverato, almeno indirettamente, anche per l'effetto centripeto e aggregativo che a livello nazionale possiedono le sedi episcopali ordinariamente riservate ai cardinali.

Tuttavia, nel periodo di aggiornamento ecclesiale successivo al Concilio Vaticano II, non sono mancati tentativi o auspici di altro segno, volti ad allargare il tradizionale corpo elettorale dell'ufficio primaziale, in consonanza con nuovi criteri di rappresentatività ecclesiale, sostanzialmente basati sulla collegialità episcopale. Quando ancora si trovava in fase di studio la cost. ap. *Romano Pontifici eligendo*, fu lo stesso Paolo VI a manifestare l'auspicio di poter associare alla procedura elettiva i quindici membri (vescovi) del recentemente creato consiglio della segreteria del sinodo dei vescovi<sup>(23)</sup> e, analogamente, non sono mancati altri più radicali progetti di aggiornamento — coinvolgendo, per esempio, i presidenti delle conferenze episcopali nazionali<sup>(24)</sup> —, in una logica di netta rottura con la esperienza storica di questo millennio. Ciò avrebbe staccato l'elezione del Papa dall'orbita del presbiterio romano — legame che, di fatto, è diventato progressivamente più formale, a causa delle riforme del regime giuridico del collegio —, per farla rientrare piuttosto in una logica di collegialità episcopale.

(22) Cfr. P. DODDS, *Acta et Documenta Concilii Oecumenici Vaticani II*, Apprendo, II-II, V, p. 84; vedi anche F. FRANIC, *ibid.*, I-II, II, 550; I.M. MARTIN, *ibid.*, I. II. I, p. 386.

(23) Cfr. Paolo VI, alloc. del 24 febbraio 1973, in «Insegnamenti» XI, p. 280; com'è risaputo, il consiglio della segreteria del sinodo dei vescovi venne creato in un momento successivo all'istituzione del sinodo stesso, mediante l'*Ordo Synodi Episcoporum celebrandae recognitus et auctus nonnullis additamentis perficitur*, del 20 agosto 1971, AAS 63 (1971) 704.

(24) Cfr. P. HUIZING, *La funzione dell'ufficio petrino nella Chiesa*, in «Studi in onore di Pietro Agostino d'Avack», II, Milano, 1976, p. 775; vedi anche G.P. MILANO, *Un progetto di Paolo VI per la riforma del Conclave*, in AA.VV., «Paolo VI e la collegialità episcopale», Brescia 1995, p. 371-372.

Va perciò sottolineato che, malgrado il rinnovato contesto teologico e normativo, nonché la sensibilità di marcato segno collegiale, il sistema di elezione del Sommo Pontefice rimane ancora formalmente legato al presbiterio romano, e quindi riservato al collegio cardinalizio. E tuttavia, all'interno dell'istituto cardinalizio, va autonomamente delimitato il collegio elettorale, propriamente detto.

Il diritto di elezione del Romano Pontefice, infatti, riguarda precisamente ai cardinali la cui « creazione » sia stata resa pubblica — anche se non abbiano ancora ricevuto i segni del proprio grado — e appartengano tutt'oggi al collegio dei cardinali. Vanno quindi esclusi, oltre, ovviamente, agli eventuali cardinali « in pectore », coloro che siano stati formalmente deposti dalla condizione cardinalizia, o che ne abbiano fatto formale rinuncia, regolarmente accolta dal Romano Pontefice, come previsto in termini generali dai cann. 187-189 CIC (25). La costituzione apostolica offre così spunti utili a delineare lo statuto giuridico dei cardinali, abbastanza carente di norme specifiche, segnalando il divieto al collegio dei cardinali di riammettere o riabilitare, durante la vacanza della sede, chi non è più cardinale (26).

La dottrina tradizionale aggiungeva alla nomina cardinalizia la necessità di aver ricevuto, almeno, il sacramento del diaconato, come requisito — segno anche della particolare sacralità di questa elezione — perché si avesse il diritto di elezione del Sommo Pontefice, salvo privilegio contrario (27). Il problema risulta, ovviamente, datato a partire, soprattutto, dal *motu proprio Cum gravissima*. Sia la codificazione del 1917 che quella rinnovata del 1983 hanno considerato il grado del presbiterato come condizione di appartenenza all'istituto cardinalizio (28).

(25) Cfr. F.X. WERNZ-P. VIDAL, *Ius Canonicum II, De personis*, cit., pp. 477-478; cfr. H.M. PEZZANI, *Codex Sanctae Catholicae Romanae Ecclesiae, Pars Prima*, cit., pp. 61-62.

(26) « Sanctae Romanae Ecclesiae Cardinalis, dummodo creatus renuntiatique in Consistorio sit, hac ipsa de causa ius eligendi Pontificis possidet secundum huius Constitutionis praescriptum in n. 33, etiamsi nondum ipsi pileus est impositus neque anulus creditus neque ius iurandum is pronuntiavit. Non tamen hoc iure fruuntur Cardinales canonice depositi aut qui, consentiente Romano Pontifice, dignitati cardinalitiae renuntiaverunt. Praeterea non licet Cardinalium Collegio, Sede vacante, eos restituere » (cost. ap. *Universi Dominici gregis*, n. 36).

(27) Cfr. H.M. PEZZANI, *Codex Sanctae Catholicae Romanae Ecclesiae, Pars Prima*, cit., p. 63; M. CONTEA CORONATA, *Institutiones Iuris Canonici*, I, Taurini, 1928, pp. 364; G. COCCHI, *Commentarium in Codicem iuris Canonici, Liber II, De personis*, cit., p. 18.

(28) Cfr. can. 232 § 1 CIC'17; can. 351 § 1 CIC.

La posizione giuridica dei cardinali nei confronti dell'elezione del Papa rappresenta un diritto-dovere. Mentre, da una parte, esso esprime un diritto inviolabile che la legge speciale cerca di proteggere da qualunque limitazione, d'altra parte, la partecipazione all'elezione costituisce anche uno specifico dovere dei cardinali — fino al punto da non essere prevista dalla norma, come poi vedremo, l'astensione al voto da parte di chi è presente — dalla cui inosservanza, soprattutto se manifestata in forma di aperto rifiuto, potrebbero eventualmente derivare sanzioni penali<sup>(29)</sup>.

Il diritto di elezione dei cardinali è prevalente riguardo ad ogni genere di limitazione di diritto positivo, in modo tale che per «nessun motivo o pretesto» possa venire meno la loro posizione attiva<sup>(30)</sup>: nemmeno, quindi, nell'ipotesi che il numero complessivo oltrepassi i 120 elettori. Con tale espressione — «nulla razione vel causa» —, la nuova costituzione ha voluto adoperare una espressione generale e onnicomprensiva, non sentendo la necessità di elencare in concreto singole situazioni di scomunicato, sospeso o interdetto a cui intende accennare, come faceva invece il n. 35 della cost. ap. *Romano Pontefice eligendo*. Non va dimenticato, come si è già detto, che la cost. ap. *Universi Dominici gregis* è da considerarsi una legge autonoma nel contesto dell'intero ordinamento canonico, il che impedisce l'applicazione suppletoria o integrativa di altre norme non esplicitamente richiamate<sup>(31)</sup>. La volontà del legislatore di formulare a questo proposito un diritto assoluto rimane, comunque, chiara, e pare emergere con maggiore forza se il testo della nuova legge è messo a confronto con quello della normativa precedente.

---

(29) «Omnes Cardinales electores, a Decano aut ab alio Cardinale illius nomine agente, ad novi Pontificis electionem advocati, obligatione tenentur, ex virtute sanctae oboedientiae, convocationis nuntio obtemperandi et ad locum sibi designatum pro electione se conferendi, nisi infirmitate vel alio gravi impedimento, a Cardinalium Collegio agnoscendo, detinentur» (cost. ap. *Universi Dominici gregis*, n. 38); per le sanzioni riguardo eventuali rifiuti, vedi n. 40; cfr. G. OLIVERO, *Lineamenti di diritto elettorale nell'ordinamento canonico*, cit., p. 257; F.M. CAPPELLO, *Summa Iuris Canonici*, I, Romae, 1951, p. 278; G. CHELODI, *Ius Canonicum de Personis*, cit., p. 244.

(30) «Cardinalis elector nulla razione vel causa a Summi Pontificis electione activa et passiva excludi potest, vigentibus tamen iis omnibus quae sub n. 40 huius Constitutionis statuuntur» (cost. ap. *Universi Dominici gregis*, n. 35).

(31) Particolarmente rilevanti a questo riguardo sono i cann. 171 § 1.3°, 1331, 1333 § 1 CIC.

Pur nel carattere privilegiato del diritto di elezione dei cardinali, a partire dal *motu proprio Ingravescentem aetatem* del 1970<sup>(32)</sup>, tale diritto è stato ristretto ai soli cardinali aventi meno di ottanta anni. Di conseguenza, non è più consentito identificare il collegio elettorale del Sommo Pontefice con il collegio cardinalizio, al quale si appartiene a vita<sup>(33)</sup>. La recente costituzione apostolica, pur ribadendo la posizione dell'intero collegio cardinalizio quale titolare provvisorio — nei limiti e nei modi stabiliti dalla legge — del governo universale della Chiesa, ha voluto confermare la limitazione di età segnalata da Paolo VI per avere diritto di voto in conclave — criterio assente dalla legislazione codificata nel 1983 —. Il diritto di elezione viene così attribuito ai soli cardinali che al momento della vacanza della sede, non più al momento dell'ingresso in conclave, come stabiliva la legislazione precedente, non avessero raggiunto gli ottanta anni di età.

La nuova legge mantiene così i criteri stabiliti dalla normativa precedente riguardo all'età degli elettori, e allo stesso tempo compie un significativo aggiustamento tecnico — coerente con la logica propria di queste norme elettorali —, stabilendo un criterio obiettivo per determinare la decadenza del diritto, che è sottratto alla discrezionalità della congregazione generale dei cardinali, la quale, seppur entro margini di tempo insignificanti, ha il compito di stabilire il momento d'ingresso nel conclave, e quindi poteva condizionare in alcuni casi concreti l'esercizio del diritto di elezione.

### 3. *Il sistema elettorale di provvista della sede primaziale.*

Identificato il corpo elettorale, veniamo alla considerazione del « sistema elettivo » che serve alla designazione del Romano Pontefice, inteso quale organizzazione di norme e di criteri procedurali finalizzati a garantire le condizioni ottimali per la provvista canonica dell'ufficio primaziale. Tre sono i principali argomenti di cui do-

---

<sup>(32)</sup> Cfr. *motu proprio Ingravescentem aetatem*, cit., n. II. 2. La norma è successivamente passata al n. 33 della cost. ap. *Romano Pontefice eligendo*, e pur venendo silenzialmente dalla disciplina codiziale, è stata ripresa dal n. 33 della cost. ap. *Universi Dominici gregis*, il cui *proemio* tiene a segnalare la motivazione: « Huius namque legis ratio in illa tantum voluntate exquirenda est ne venerandae aetatis ponderi aliud addatur onus, quod secum fert responsalitas eum eligendi qui Christi gregem convenienter secundum temporum necessitates regere debeat ».

<sup>(33)</sup> Cfr. C.G. FÜRST, *Commento al can. 349*, in *ComEx*, II/1, cit., pp. 626-627.

vremo occuparci a questo riguardo: *a)* la nozione di «conclave» designata dalla nuova legge; *b)* la natura dell'elezione canonica risultante, e *c)* la procedura di elezione che viene stabilita. Sia rispetto al primo che rispetto all'ultimo punto, il nuovo documento apporta alcune novità degne di rilievo.

La precedente cost. ap. *Romano Pontifice eligendo* conteneva una nozione di conclave come «luogo» o delimitato perimetro sottoposto ad un peculiare regime di tutela allo scopo di consentire lo svolgimento dell'elezione pontificia<sup>(34)</sup>. Tale definizione non è passata in quanto tale alla nuova legge, e in essa viene adoperato il termine in maniera più generale, in riferimento al complessivo istituto giuridico dell'elezione pontificia. Il tale senso, l'espressione «conclave» serve a designare non soltanto la riunione elettiva nei suoi aspetti materiali — il luogo dove si tiene la riunione —, bensì l'intero sistema elettivo, in quanto coerente complesso di norme, procedurali, penali, liturgiche, ecc., nonché di criteri operativi di vario genere, che consentono di celebrare le riunioni elettive del pontefice romano in un contesto consono alla natura dell'atto che s'intende realizzare<sup>(35)</sup>.

Il sistema elettivo che definisce il «conclave» ha lo scopo principale di tutelare la libertà personale degli elettori così come l'indipendenza del corpo elettorale e l'esercizio dei relativi compiti in un ambiente di raccoglimento, di sacralità e di riservatezza confacente alle funzioni affidate. Come segnalato nel *proemio* della cost. ap. *Universi Dominici gregis*, tale è la finalità delle severe norme d'isolamento a cui vengono sottoposti i componenti del corpo elettorale nonché gli ambienti loro riservati nella Città del Vaticano durante il periodo elettivo, e tale è anche il precipuo scopo del severo sigillo imposto reiteratamente dalle norme — sancito mediante giuramento e poi garantito con una pesante disciplina penale — a quanti pren-

---

(34) «Conclave ita accipitur, ut certa ac definita loca, quasi sacrum recessum, comprehendat, ubi, Spiritus Sancti lumine invocato, Cardinales electores Summun Pontificem eligunt, et ubi iidem ceterique officiales et ministri necnon, si qui sint, conclavistae die noctuque commorantur usque ad peractam electionem, absque ulla consuetudine cum extraneis personis et rebus, secundum modum et normas, quae sequuntur» (cost. ap. *Romano Pontifice eligendo*, cit., n. 42).

(35) Rispetto del luogo di celebrazione del conclave, cfr. F.X. WERNZ-P. VIDAL, *Ius Canonicum II, De personis*, cit., p. 479; F.M. CAPPELLO, *Summa Iuris Canonici*, I, cit., p. 279; J. MANZANARES, *Il Romano Pontefice e la collegialità dei vescovi*, in «Collegialità e primato», Bologna, 1993, p. 58.

dono parte alle riunioni elettive o sono comunque coinvolti in attività che hanno un rapporto col conclave.

L'isolamento caratteristico del conclave inizia propriamente con l'avvio materiale delle operazioni elettive, dovendo astenersi i partecipanti, a partire da questo momento, « dall'intrattenere corrispondenza epistolare, telefonica o con altri mezzi di comunicazione con persone estranee all'ambito dello svolgimento della medesima elezione »<sup>(36)</sup>. Per quanto concerne queste condizioni e requisiti, la nuova costituzione apostolica si è mossa seguendo criteri di semplificazione, apportando come novità il necessario adeguamento della tradizionale, ai nuovi locali destinati ad abitazione di quanti prendono parte al conclave.

I termini della segretezza non sono sostanzialmente cambiati con la nuova legge; tuttavia, il dovere di segreto risulta adesso specificamente circoscritto a quanto concerne le operazioni elettive, e ricade « su tutto ciò che in qualsiasi modo riguarda l'elezione del Romano Pontefice e su ciò che avviene nel luogo dell'elezione, concernente direttamente o indirettamente lo scrutinio », come pure su « ciò che è stato trattato o deciso circa l'elezione del Pontefice nelle riunioni dei cardinali, sia prima che durante il tempo dell'elezione »<sup>(37)</sup>. Come necessaria esigenza di libertà personale che il sistema del conclave intende proteggere, sono anche custodite con uguale obbligo di segreto — dal quale è dato sottrarsi soltanto con « una speciale ed esplicita facoltà » del nuovo Pontefice — le valutazioni e le dichiarazioni private dei cardinali concernenti le loro intenzioni di voto, o gli scambi di idee circa l'elezione.

A proteggere la libertà del corpo elettorale nel suo insieme è rivolto il n. 33 della costituzione apostolica che esclude « l'intervento di potestà laica di qualsivoglia grado o ordine ». Più efficacemente ancora, la norma contiene la severa proibizione — sotto pena di scomunica *latae sententiae* — a quanti fanno parte del conclave « di ricevere, sotto qualunque pretesto, da qualsivoglia autorità civile l'incarico di proporre il *veto*, o la cosiddetta *esclusiva*, anche sotto forma di semplice desiderio, oppure di palesarlo sia all'intero collegio degli elettori riunito insieme, sia ai singoli elettori, per iscritto o a voce, sia direttamente e immediatamente sia indirettamente o a mezzo di altri,

<sup>(36)</sup> Cost. ap. *Universi Dominici gregis*, cit., n. 44.

<sup>(37)</sup> Cost. ap. *Universi Dominici gregis*, cit., nn. 53, 59, 60.

sia prima dell'inizio dell'elezione che durante il suo svolgimento. Tale proibizione — prosegue il legislatore — intendo sia estesa a tutte le possibili interferenze, opposizioni, desideri, con cui autorità secolari di qualsiasi ordine e grado, o qualsiasi gruppo umano o singole persone volessero ingerirsi nell'elezione del Pontefice»<sup>(38)</sup>.

Il sistema di provvista canonica consolidato nella Chiesa cattolica per la sede romana — a prescindere per adesso dalle novità più particolari della nuova normativa, che verranno esaminate di seguito —, risponde alla categoria dottrinale di elezione in funzione selettiva<sup>(39)</sup>, e al tipo canonico delle elezioni collative o costitutive.

Non si tratta, pertanto, di un processo elettorale soltanto preparatorio del provvedimento di provvista in se stesso considerato<sup>(40)</sup>, come avviene, ad esempio, nelle elezioni «*quae confirmatione indiget*» — il che, si potrebbe dire, rappresenta nell'ordinamento canonico la regola generale per gli uffici che non sono di presidenza. Si tratta, invece, di un provvedimento elettivo che si perfeziona — lasciando, per il momento, da parte il requisito della condizione episcopale nell'eletto — con la sola accettazione dell'eletto, senza che per l'ottenimento dell'ufficio sia richiesto — come risulta ovvio — l'intervento di alcuna autorità estrinseca al *coetus* elettivo. Da questo punto di vista, possono essere segnalati, per esempio, come casi analoghi di elezione canonica costitutiva l'elezione dell'amministratore diocesano da parte del collegio dei consultori (can. 421 § 1 CIC), o quella del moderatore supremo dell'istituto religioso da parte del *coetus* in ogni caso stabilito dalle rispettive costituzioni (can. 625 CIC).

L'elezione del Sommo Pontefice, inoltre, non è fatta in funzione rappresentativa, come invece accade nell'ordinamento canonico, per esempio, con la designazione a livello diocesano dei membri elettivi

<sup>(38)</sup> Cost. ap. *Universi Dominici gregis*, cit., n. 80; vedi anche cost. ap. *Commisum Nobis*, del 20 gennaio 1904, in «*Pii X Pontificis Maximi Acta*» III (1908), 289-292. In dottrina, vedi: F.X. WERNZ-P. VIDAL, *Ius Canonicum II, De personis*, cit., pp. 483-484; J.B. FERRERES, *Instituciones Canónicas*, I, Barcelona, 1920, pp. 156-160.

<sup>(39)</sup> Vedi in proposito G. FERRARI, *Elezioni, Premessa*, in «*Enciclopedia del diritto*» XIV, Milano, 1965, pp. 606-649 (in particolare, cf. pp. 606-607); J. ZAFRA, *Teoría Fundamental del Estado*, Pamplona, 1998, p. 492.

<sup>(40)</sup> Cfr. G. OLIVERO, *Lineamenti di diritto elettorale nell'ordinamento canonico*, cit., p. 224.

del consiglio presbiterale<sup>(41)</sup>, o con quella dei rappresentanti delle conferenze episcopali a prendere parte alle assemblee del sinodo dei vescovi, indipendentemente dalla natura e delle peculiarità che in un caso e nell'altro possa avere una tale rappresentanza<sup>(42)</sup>. L'elezione pontificia è invece realizzata dal collegio cardinalizio in funzione selettiva, tendente, appunto, a provvedere alla designazione dell'adeguato titolare di un ufficio di presidenza. Si tratta di un tipo di elezione di natura pubblica, avente per obiettivo la sola ricerca dell'*utilitas Ecclesiae*, senza lasciar spazio a qualunque sorte di interessi individuali come legittimo substrato del *munus* elettorale.

Il *titolo* elettorale di cui godono i cardinali procede da una specifica *concessio* del Romano Pontefice — che, come si è detto, ha il diritto di porre la norma elettorale —, loro dispensata non perché possano designare il candidato «più gradito», bensì per identificare il soggetto in cui concorra una idoneità obiettiva «fondata su una valutazione dell'interesse generale della Chiesa (...), interesse trascendente le persone degli elettori stessi»<sup>(43)</sup>. Nell'attuazione elettorale del conclave, come di regola accade nella funzione elettorale spiegata nella Chiesa, emerge con particolare vitalità la contrapposizione tra «interesse dei singoli» e «interessi della collettività», nel senso che agli elettori non viene riconosciuto alcun genere di interesse proprio alla partecipazione all'attività elettorale se non quello di farsi strumento di attuazione dell'*utilitas Ecclesiae*<sup>(44)</sup>.

(41) Con riferimento al consiglio presbiterale, i cann. 495 § 1 e 499 parlano esplicitamente di rappresentanza. Della natura di questo genere di rappresentanza mi sono occupato recentemente in: *Organos de participación y corresponsabilidad en la Iglesia diocesana*, in «Ius Canonicum» 68, 1994, pp. 553-593 (vedi in particolare pp. 569-574).

(42) Cfr. artt. 5-6 *Ordo Synodi Episcoporum celebrandae recognitus et actus*, del 24 giugno 1969, AAS 61 (1969) 527-529.

(43) Cfr. G. OLIVERO, *Lineamenti di diritto elettorale nell'ordinamento canonico*, cit., pp. 239 ss., 246 ss.

(44) «Scopo e quindi funzione della designazione elettorale deve concepirsi esclusivamente la indicazione del ministro idoneo; ma l'idoneità deve esser vagliata unicamente dal punto di vista dell'interesse trascendente della Chiesa, non dal punto di vista dell'interesse dell'elettore. La personalità dell'elettore, con la sua sfera di tendenze, di aspirazioni, di sentimenti, in quanto è suscettibile di autonoma individuazione, e di dialettica contrapposizione all'interesse obiettivo della Chiesa, si vuole che venga compressa, e non già che con l'arma del voto trovi sfogo. Si vuole cioè che l'elettore non porti la sua personalità nella funzione elettorale, bensì che questa eserciti in modo del tutto personalizzato; che egli si orienti non secondo criteri suoi individuali ma secondo

Una qualche novità apportata dalla cost. ap. *Universi Dominici gregis* rispetto della tradizione storica precedente riguarda invece il metodo di elezione segnalato per provvedere all'ufficio pontificio. Modificando una prassi secolare, la nuova legge ha dichiarato abolito qualunque altro modo di elezione del Romano Pontefice alternativo al sistema di suffragio. In concreto, vengono espressamente cancellati il sistema di acclamazione o ispirazione e quello di compromesso<sup>(45)</sup>. Il *proemio* della costituzione giustifica tale scelta segnalando l'inadeguatezza del primo dei due metodi — l'acclamazione — «ad interpretare il pensiero di un collegio elettivo così esteso per numero e tanto diversificato per provenienza»; e per quanto riguarda l'inopportunità del compromesso, fa notare sia la difficoltà di attuazione, tenendo conto della rigidità del sistema del conclave, sia il rischio di «deresponsabilizzazione degli elettori i quali, in tale ipotesi, non sarebbero chiamati ad esprimere personalmente il proprio voto». È noto, comunque, che mentre il compromesso rappresenta un metodo di elezione tutt'oggi vigente nel sistema elettivo generale del diritto canonico latino, sempre lecito a meno che il diritto speciale non lo escluda espressamente (cf. cann. 174-175 CIC), esso è del tutto estraneo al sistema elettorale delle Chiese di oriente.

#### 4. *Le peculiarità del sistema di suffragio nell'elezione del Papa.*

Segnalate le caratteristiche del sistema, veniamo adesso ad alcune delle peculiarità principali del metodo di suffragio che, come si è detto, rimane adesso l'unica via consentita dall'ordinamento canonico nell'elezione del Papa.

---

i criteri obbiettivi che l'ordinamento gli pone avanti agli occhi» (G. OLIVERO, *Lineamenti di diritto elettorale nell'ordinamento canonico*, cit., p 266).

<sup>(45)</sup> «Modis abrogatis electionis qui per *acclamationem seu inspirationem et per compromissum* dicuntur, electionis forma Romani Pontificis futuro de tempore erit tantum per *scrutinium*» (cost. ap. *Universi Dominici gregis*, cit., n. 62). Precedentemente, S. Pio X, nella cost. ap. *Vacante Sede Apostolica* del 25 dicembre 1904 (in *Acta Pii X*, III, 239-288), aveva abolito il sistema di «accessione» con cui, dopo una votazione, i cardinali che avevano votato un certo candidato potevano dare il proprio consenso ad un candidato distinto che era stato votato da altri cardinali, in modo da raggiungere così la maggioranza richiesta. S. Pio X sostituì questo sistema aggiungendo, nella stessa seduta, una seconda votazione subito dopo il primo inefficace scrutinio, a difesa della libertà e della segretezza e immediatezza del voto.

La cost. ap. *Universi Dominici gregis* delinea un sistema di suffragio uninominale e segreto, per la cui perfezione è richiesta — almeno fino ad un periodo abbastanza inoltrato delle votazioni — la maggioranza qualificata di due terzi dei componenti del corpo elettorale. Il voto dev'essere assoluto, certo e determinato. Il diritto di suffragio è circoscritto agli elettori presenti nel luogo della votazione, e a quelli altri che, presenti nel recinto sottoposto al regime del conclave, non possano recarsi al luogo della votazione a causa di infermità. D'altra parte, la norma stabilisce l'inefficacia di qualunque genere di patteggiamenti, capitolazioni o compromessi previamente fatti che possano costringere i cardinali «a dare o a negare il voto ad uno o ad alcuni», gesti che vengono puniti con la scomunica *latae sententiae* <sup>(46)</sup>, pur essendo ininfluenti rispetto della validità dei rispettivi voti.

La segretezza del voto, imposta da Pio XII <sup>(47)</sup> — in precedenza, ogni suffragio doveva recare la firma dell'elettore <sup>(48)</sup>, che tuttavia rimaneva nascosta nella prima fase dello spoglio grazie ad una speciale forma, prescritta dalla legge, di piegare la scheda <sup>(49)</sup> — rese inefficace agli effetti pratici la vecchia proibizione di votare se stesso, divieto successivamente abolito con la riforma di Giovanni XXIII <sup>(50)</sup>. Tuttavia, per garantire comunque l'esistenza della tradizionale maggioranza qualificata anche nell'ipotesi di auto-voto, venne inizialmente richiesta l'esigenza di avere, oltre i due terzi dei voti complessivi, un voto in più, come «prova di forza» dell'effettiva convergenza nel candidato dei voti minimi legalmente prescritti.

---

<sup>(46)</sup> Cfr. cost. ap. *Universi Dominici gregis*, cit., n. 81; la norma segue in questo punto il criterio stabilito dal can. 172 § 2 CIC; can. 954 § 1, 2° CCEO.

<sup>(47)</sup> Cfr. cost. ap. *Vacantis Apostolicae Sedis*, n. 68, dell'8 dicembre 1945, AAS 38 (1946) 88-89; la norma però sanciva un importante divieto: «cum nemo unquam sive scrutinii sive compromissi via procedatur, seipsum eligere, seu suffragium sibi dare ulatenus possit» (ibid. p. 87).

<sup>(48)</sup> Cfr. cost. ap. *Vacante Sede Apostolica*, n. 58, del 25 dicembre 1904, in «Pii X Pontificis Maximi Acta» III (1908) 273-275.

<sup>(49)</sup> Nell'attuale sistema, il n. 65 UDG stabilisce precisamente il contrario: «schedularum inscriptio secreto ab unoquoque Cardinale facienda est, qui perspicue, scribendū ratione utatur, quantum fieri potest, quae non revelet manum exarantem».

<sup>(50)</sup> Cfr. *motu proprio Summi Pontificis electio*, n. XV, del 5 settembre 1962, AAS 54 (1962) 638-639, che ha sostituito il precetto del n. 68 della cost. ap. *Vacantis Apostolicae Sedis* di Pio XII; in termini generali, vedi anche can. 170 CIC'17: «Suffragium sibimetipsi nemo valide dare potest».

Nell'attuale sistema stabilito dall'*Universi Dominici gregis*, il n. 62 torna di nuovo a richiedere «un suffragio in più» in favore del candidato di maggioranza nei casi in cui «il numero dei cardinali presenti non possa essere diviso in tre parti uguali». La novità non va intesa tuttavia come un ritorno al precedente criterio della «prova di forza», bensì come necessaria esigenza numerica per raggiungere l'effettiva maggioranza qualificata nei casi in cui il corpo elettorale non sia divisibile in tre parti uguali.

Il criterio generale di ridurre al minimo la rilevanza giuridica delle eventuali situazioni controverse che possano presentarsi lungo il processo elettorale comporta la non applicazione all'elezione del Romano Pontefice delle norme generali stabilite dal codice di diritto canonico — e dal CCEO — riguardo la validità delle votazioni e dei singoli voti. La sola ipotesi ammessa dalla costituzione apostolica in grado di provocare l'invalidità dell'intera votazione riguarda il fatto che dal conteggio delle schede fatto prima dello spoglio dei voti, risulti che il numero delle schede non corrisponde al numero degli elettori<sup>(51)</sup>. In tale caso è prescritto che, senza realizzare lo spoglio, si proceda immediatamente ad una seconda votazione. La previsione normativa è comunque indicativa del carattere obbligatorio del voto. Anche se dai tempi di Giovanni XXIII non è più in vigore la scomunica *late sententiae* contro l'elettore presente in conclave che, in modo inescusabile, fosse assente alla votazione<sup>(52)</sup>, dalla norma in vigore emerge l'obbligatorietà del voto da parte degli elettori — coerente con la natura pubblicistica dell'elezione e —, e il mancato riconoscimento di un eventuale diritto all'astensione. Di fatto, le conseguenze giuridiche attribuite all'eventuale astensione sono state giustamente rilevate come un difetto tecnico dell'attuale sistema, in quanto potenzialmente lascerebbe in mano ad un singolo elettore la possibilità di boicottare l'intero processo elettorale, provocando con la propria astensione la nullità delle votazioni<sup>(53)</sup>.

La nullità della votazione per non conformità del numero di schede con il numero di elettori presenti riguarda, tuttavia, un pre-

<sup>(51)</sup> Cfr. cost. ap. *Universi Dominici gregis*, n. 68; can. 173 § 3 CIC.

<sup>(52)</sup> Cfr. cost. ap. *Vacantis Apostolicae Sedis*, n. 41; vedi anche *motu proprio Summi Pontificis electio*, n. 7.

<sup>(53)</sup> Cfr. P. MAJER, «*Universi Dominici gregis*». *La nueva normativa sobre la elección del Romano Pontífice*, cit., p. 703, nota 93.

ciso momento del processo elettorale: il conteggio dei voti precedente allo spoglio; invece, se, per errore, una tale irregolarità venisse evidenziata soltanto a spoglio fatto — come risulta per forza dall'ipotesi indicata nel n. 69 UDG —, la votazione in quanto tale viene convalidata.

Anche i casi di nullità dei singoli voti sono stati segnalati dalla costituzione apostolica con indipendenza dal codice di diritto canonico, e ridotti a poche fattispecie oggettive e palesi, onde evitare qualunque litigio: in realtà, tale nullità dei singoli suffragi è ricondotta alle ipotesi di duplicità delle schede, segnalata dal n. 69 UDG, e al caso di pluralità di nominativi indicati nella stessa scheda, come previsto dal n. 65 UDG.

Un'altra questione puntuale riguarda la base di riferimento per il computo delle maggioranze in ogni caso richieste. La norma parla della necessità di ottenere «i due terzi dei suffragi» (n. 62 UDG), o «la maggioranza assoluta dei suffragi» (n. 75 UDG), senza fare alcun riferimento rispetto all'efficacia che possano avere nel computo eventuali voti nulli o in bianco. Si avverte comunque che, pur in mancanza di norme esplicite al riguardo, dalla logica dell'intero sistema emerge che il *quorum* di riferimento non risulta modificato dalle vicende relative alla validità dei singoli voti: la base rimane sempre ferma al numero di suffragi, e le maggioranze ottenute dai candidati vanno comunque computate su voti certi e positivamente manifestati a favore del candidato.

Il sistema di suffragio della cost. ap. *Universi Dominici gregis* ha introdotto altre due novità di un certo rilievo. In primo luogo, come si è già segnalato, ha dichiarato abolito qualunque sistema di elezione del Papa al di fuori del metodo di suffragio; inoltre, ha voluto introdurre un nuovo sistema, più elastico di quello precedente, per dare sbocco ad eventuali «impasse» nel processo elettivo. In realtà, le due novità sono reciprocamente legate, in quanto la seconda deve ritenersi una necessaria conseguenza dell'abolizione del sistema di compromesso e di ispirazione che, nella vecchia disciplina, apparivano appunto come sistemi alternativi al suffragio — benché non facilmente attuabili — per sbloccare il processo elettorale.

Il n. 75 della costituzione apostolica prevede, infatti, che a conclusione con esito negativo delle quattro tornate elettorali delineate dai numeri precedenti — il che significa, in pratica, più di trenta

operazioni di voto — torni alla maggioranza assoluta del corpo elettorale — la norma precedente richiedeva in caso simile l'unanimità degli elettori<sup>(54)</sup> — la facoltà di rinunciare alla maggioranza qualificata per eleggere un candidato, sostituendola con la maggioranza assoluta, o con il ballottaggio tra i due candidati di maggioranza. In quest'ultimo caso, non basta che il ballottaggio sia fatto comunque tra i due candidati più votati nell'elezione precedente, poiché la norma stabilisce come requisito che la somma dei due candidati più votati raggiunga complessivamente la maggioranza assoluta dei suffragi.

Oltre alle questioni tecniche relative al processo elettorale, la legge contiene anche alcune indicazioni concernenti il soggetto passivo dell'elezione. Da questo punto di vista, si tratta di una elezione aperta in grado massimo, poiché, in ipotesi, qualunque fedele cristiano capace di ricevere l'ordinazione episcopale risulta potenzialmente passibile di essere eletto. Lo segnala esplicitamente il n. 83 della cost. ap. *Universi Dominici gregis*, quando prescrive ai cardinali il dovere di dare il loro voto a colui che, anche fuori del collegio cardinalizio, avranno giudicato idoneo più degli altri a reggere la Chiesa universale<sup>(55)</sup>. Per la validità dell'elezione, come ha segnalato sempre la dottrina, è necessario comunque che l'eletto sia uomo con uso di ragione, in grado cioè di manifestare sia l'accettazione dell'elezione, sia la volontà di ricevere l'ordinazione episcopale, qualora ne difettesse<sup>(56)</sup>.

A proposito delle elezioni canoniche in genere, e più concretamente in relazione all'elezione pontificia, la dottrina si è più volte interrogata circa l'esistenza o meno di un obbligo da parte dei singoli elettori di dare il loro voto al più degno dei candidati possibili — il candidato « dignior » —, chiedendosi anche, in caso affermativo,

(54) Cfr. cost. ap. *Romano Pontifici eligendo*, n. 76.

(55) Il n. 83 cost. ap. *Universi Dominici gregis* prescrive: « ... unice Dei gloriam et Ecclesiae bonum prae oculis habentes, divino auxilio implorato, in eum, etiamsi extra Collegium Cardinalium versetur, suffragia conferant sua, quem universali Ecclesiae fructuose utiliterque regendae prae ceteris idoneum iudicaverint ».

(56) Cfr. H.M. PEZZANI, *Codex Sanctae Catholicae Romanae Ecclesiae, Pars Prima*, cit., p. 65; F.X. WERNZ-P. VIDAL, *Ius Canonicum II, De personis*, cit., p. 478; F.M. CAPPELLO, *Summa Iuris Canonici*, I, cit., p. 278: gli autori hanno sottolineato inoltre la necessaria appartenenza dell'eletto alla comunione della Chiesa, « proinde excluduntur haeretici et apostatae » (M. CONTE A CORONATA, *Institutiones Iuris Canonici*, I, cit., p. 360).

quale fosse la natura di tale obbligo che ridimensionerebbe il margine di discrezionalità degli elettori, e la loro possibilità di scegliere una qualunque delle persone degne di occupare la carica. In termini generali, la problematica è legata a quanto si è già detto sulla natura di questa elezione.

Sulla base del can. 177 § 2 CIC'17, la dottrina posteriore alla codificazione canonica è giunta ad affermare — in riferimento generale a qualunque elezione canonica — la possibilità giuridica dell'elezione di chi sia semplicemente «dignus», a prescindere dall'obbligo morale di scegliere il «dignior»<sup>(57)</sup>. Tale punto di vista è stato ulteriormente rinforzato dopo la revisione del codice latino, sulla base dei cann. 149 § 1 e 179 § 2 CIC'83<sup>(58)</sup>. Gli autori ritengono, tuttavia, che non si tratta di vera e propria discrezionalità bensì dell'irrelevanza giuridica — sussistendo quindi l'obbligo morale di fondo — della condizione astratta di «digniore», e ciò anche allo scopo di rendere il più oggettivo possibile il processo elettorale e di evitare contestazioni riguardanti la validità delle elezioni. In tal senso, e in riferimento generale a qualunque sistema di provvista canonica, il can. 149 § 2 CIC delimita l'invalidità dell'elezione alla sola ipotesi di mancanza nel candidato delle qualità espressamente richieste dalla legge *ad validitatem*.

Nel presente caso, oltre all'utilità delle considerazioni dottrinali già fatte, la chiave del problema appare legata al carattere selettivo che — come si è già detto — corrisponde alla funzione elettorale, in vista del bene generale della Chiesa. Perciò, anche se la questione della migliore dignità dell'eletto non risulti giuridicamente rilevante in nessun momento del processo elettorale, appare con particolare serietà il dovere morale degli elettori di dare il voto a chi da loro sia ritenuto «digniore». Questo è il significato del n. 83 della costituzione apostolica appena citato, malgrado la sua prevalente portata esortativa. Peraltro, ciò non è che la naturale conseguenza dell'impegno, ratificato con giuramento, che ogni elettore si è accordato nel

---

(57) Cfr. H.M. PEZZANI, *Codex Sanctae Catholicae Romanae Ecclesiae, Pars Prima*, cit., p. 65; F.X. WERNZ-P. VIDAL, *Ius Canonikum II, De personis*, cit., p. 478; M. CONTE A CORONATA, *Institutiones Iuris Canonici*, I, cit., p. 360; G. OLIVERO, *Lineamenti di diritto elettorale nell'ordinamento canonico*, cit., pp. 254-255.

(58) Cfr. *Communicationes*, 22, 1990, pp. 125-126; J. MIÑAMBRES, *Comentario al can. 179*, in *ComEx*, I, 2ª ed., cit., pp. 1018-1020; vedi anche can. 153 § 2 CIC'17.

pronunciare la formula che accompagna la deposizione delle singole schede nell'urna: «chiamo a testimone Cristo Signore, il quale mi giudicherà, che il mio voto è dato a colui che, secondo Dio, ritengo debba essere eletto» (n. 66 UDG).

Rendere possibile la scelta del soggetto più degno sembra essere, d'altronde, lo scopo della meccanica elettorale che caratterizza il sistema del conclave. Infatti, se consideriamo l'ininterrotta successione delle operazioni di voto prescritta dai nn. 63 e seguenti della cost. ap. *Universi Dominici gregis*, ci si accorge subito che una tale procedura — particolarmente se si tiene presente il contesto comunione in cui viene esercitato lo *ius eligendi* —, funge da strumento di deliberazione collettiva, favorendo la riflessione del corpo elettorale e l'aggregazione dei voti in modo da arrivare alla formulazione del giudizio oggettivo di idoneità, fondato su una valutazione dell'interesse generale della Chiesa.

##### 5. *L'ottenimento dell'ufficio.*

Consideriamo per ultimo le principali vicende conclusive dell'elezione pontificia, al termine del processo elettorale che abbiamo considerato.

Trattandosi di una elezione canonica collativa o costitutiva, l'elezione del Romano Pontefice non ha bisogno di essere confermata: la sola accettazione della persona eletta rende efficace l'elezione avvenuta. All'eletto va direttamente rivolta l'esortazione contenuta nel n. 86 della costituzione apostolica «di non sottrarsi all'ufficio, cui è chiamato, per il timore del suo peso, ma di sottomettersi umilmente al disegno della volontà divina». Il consenso di chi è stato legittimamente eletto<sup>(59)</sup> dev'essere manifestato in forma espressa a chi glielo chiede a nome del collegio elettorale (n. 87 UDG). Tuttavia, se l'eletto non accetta, il processo elettorale prosegue conforme a quanto stabilito dalla norma.

Com'è noto, il momento dell'ottenimento dell'ufficio primaziale è questione problematica, da sempre dibattuta in dottrina.

---

<sup>(59)</sup> Eventuali ipotesi di dubbio nell'elezione che consentano parlare di «Papa dubius», devono comunque trovare inquadramento nelle prescrizioni di legge stabilite dalla cost. ap. *Universi Dominici gregis*; vedi in merito M. CONTE A CORONATA, *Institutiones Iuris Canonici*, I, cit., pp. 367-368.

La maggiore consapevolezza attuale della natura episcopale della potestà primaziale ha riaperto nuovamente il problema<sup>(60)</sup>. Nella misura in cui, trattandosi di una elezione aperta, il «più idoneo» può essere ritrovato non solo al di fuori del collegio dei cardinali ma anche fuori del collegio episcopale (n. 88 UDG), si pone la questione se sia l'accettazione dell'elezione o piuttosto la successiva consacrazione episcopale a conferire *pleno iure* l'ufficio primaziale. Si tratta di una questione dai risvolti più teorici che pratici, in quanto, pur non mancando i precedenti storici, la possibilità dell'elezione di chi non è nemmeno vescovo, diventa sempre più remota. Di fatto, è sui cardinali elettori che ricadono le aspettative più concrete di accedere all'ufficio primaziale, e in ordine a tale eventualità è loro richiesto di prestare giuramento di impegnarsi «a svolgere fedelmente il *munus Petrinum* di Pastore della Chiesa universale» e di «affermare e difendere strenuamente i diritti spirituali e temporali, nonché la libertà della Santa Sede» (n. 53 UDG).

Né il codice di diritto canonico — il can. 44 § 1 CCEO ha una redazione sostanzialmente uguale al can. 332 § 1 CIC — né la presente costituzione apostolica hanno preteso di risolvere il problema sostanziale riguardante l'origine della potestà del Sommo Pontefice, questione in cui è racchiusa la più generale problematica relativa all'origine sacramentale o giuridica della *potestas regiminis* nella Chiesa<sup>(61)</sup>. Il codice si limita a segnalare che «l'eletto al sommo pontificato che sia già insignito del carattere episcopale ottiene la potestà dal momento dell'accettazione», comandando in seguito «che se l'eletto fosse privo del carattere episcopale, sia immediatamente ordinato vescovo» (can. 332 § 1 CIC)<sup>(62)</sup>. Da parte sua, il n. 88 della presente costituzione apostolica si limita a indicare che se «l'eletto

<sup>(60)</sup> Cfr. cost. dogm. *Pastor aeternus*, III; cost. dogm. *Lumen gentium*, 18.

<sup>(61)</sup> Cfr. J. MANZANARES, *Il Romano Pontefice e la collegialità dei vescovi*, in «Collegialità e primato», Bologna, 1993, p. 35; E. MOLANO, *Commento al can. 332*, in ComEx II/1, Pamplona, 1997, p. 576.

<sup>(62)</sup> Significativa risulta a questo riguardo la sostituzione del testo del can. 219 CIC'17 «*Romanus Pontifex, legitime electus, statim ab acceptata electione, obtinet, iure divino, plenam supremam iurisdictionis potestatem*», per un altro testo più articolato: «*Plenam et supremam in Ecclesia potestatem Romanus Pontifex obtinet legitima electione ab ipso acceptata una cum episcopali consecratione*» (can. 332 § 1 CIC). Riguardo al valore dottrinale di questa affermazione, nel *proemio* della costituzione apostolica, viene segnalato che «*pro certo est habendum talem supremam in Ecclesia potestatem*

è privo del carattere episcopale, sia subito ordinato vescovo», compito che spetta al decano del collegio dei cardinali se presente nel conclave (n. 90 UDG).

Non intendiamo in questo momento affrontare il nodo del problema sottostante. Come si è detto, si tratta di una questione ormai classica, che attualmente affiora in prospettiva di novità. Mentre in passato era piuttosto pacifica la tesi secondo cui la sola accettazione dell'elezione legittima — col dovere, ovviamente, di ricevere l'episcopato — conferiva *pleno iure* l'ufficio primaziale<sup>(63)</sup>, seguendo in ciò il criterio generale sancito nell'ordinamento canonico per le elezioni collative, e in linea con una prevalente affermazione dell'origine giuridico (per mezzo della «missio canonica») della potestà di governo nella Chiesa<sup>(64)</sup>; al momento presente, invece, a causa della maggiore consapevolezza della natura episcopale dell'ufficio primaziale e dell'origine sacramentale del potere giuridico della suprema autorità della Chiesa, si fa strada una corrente che giudica insufficiente la sola accettazione per chi è privo della condizione episcopale<sup>(65)</sup>. Dai dati contenuti nella costituzione apostolica non è consentito trarre nuove conclusioni al riguardo, sebbene la previsione normativa, già presente nella costituzione apostolica precedente, che fa slittare a consacrazione episcopale avvenuta, l'atto di obbedienza da parte dei cardinali, e l'annuncio al popolo del nome della persona eletta<sup>(66)</sup>, sembri attestare la natura complessa dell'atto di ottenimento dell'ufficio primaziale, e la sua integrazione formale

---

eidem tribui legitima electione ab ipso acceptata una cum episcopali consecratione seu ordinatione».

<sup>(63)</sup> Cfr., tra i molti, F.X. WERNZ-P. VIDAL, *Ius Canonikum II, De personis*, cit., p. 470; M. CONTE A CORONATA, *Institutiones Iuris Canonici*, I, cit., p. 361; G. CHELODI, *Ius Canonikum de Personis*, cit., p. 254.

<sup>(64)</sup> In tale senso, vedi di recente G. GHIRLANDA, *Accettazione della legittima elezione e consacrazione episcopale del Romano Pontefice secondo la cost. ap. Universi Dominici gregis di Giovanni Paolo II*, in «Periodica» 86, 1997, pp. 615-656.

<sup>(65)</sup> Vedi, in argomento, W. BERTRAMS, *De missione divina et de consecratione episcopali tamquam constitutiva officii Supremi Ecclesiae Pastoris*, in «Periodica», 65, 1976, pp. 187-242; J. MANZANARES, *Il Romano Pontefice e la collegialità dei vescovi*, cit., pp. 32-35; vedi anche E. MOLANO, *Commento al can. 332*, cit., p. 575: «hasta que no se produce la conjunción de los dos elementos (*una cum*) la potestad pontificia no está plenamente constituida».

<sup>(66)</sup> «Si electus caractere episcopali careat, obsequium et oboedientia eidem praebentur et nuntius populo perfertur tantum postquam ipse sollemniter ordinatus est Episcopus» (n. 89 UDG).

con due atti materialmente differenti<sup>(67)</sup>. Di fatto, l'accettazione dell'eletto non ancora vescovo deve per forza includere la volontà di ricevere l'ordinazione episcopale: in caso contrario non si tratterebbe di una accettazione sufficiente a perfezionare il processo elettorale.

Qualunque sia la soluzione di fondo, dalla normativa vigente rimane chiaro che il conclave in quanto tale, e quindi il peculiare sistema giuridico che lo riguarda, finisce «subito dopo che il nuovo Sommo Pontefice eletto abbia dato l'assenso alla sua elezione, a meno che Egli disponga diversamente» (n. 91 UDG): la funzione elettorale dei cardinali risulta esaurita quando la «selezione» del candidato diventa efficace perché accettata, indipendentemente dall'eventuale necessità di procedere all'ordinazione dell'eletto.

Tuttavia, dal testo del n. 91 UDG risulta che a partire dell'accettazione sono da attribuire all'eletto atti propri di rilevanza giuridica, come mette di rilievo il fatto che da quel preciso momento possono «accedere al nuovo Pontefice il Sostituto della Segreteria di Stato, il Segretario per i Rapporti con gli Stati, il Prefetto della Casa Pontificia e chiunque altro debba trattare col Pontefice eletto di cose che al momento sono necessarie». D'altronde, questo precetto fa sorgere la domanda riguardante quali siano i limiti che possa avere una tale attività di rilevanza giuridica dell'eletto prima dell'ordinazione episcopale, e quindi la necessità di differenziare in proposito due generi di atti: quelli che necessariamente postulano nell'agente il carattere episcopale, e quegli altri che potrebbero essere realizzati anche prima della consacrazione, secondo quanto suggerito dal n. 91 UDG.

Oltre all'accettazione — con indicazione del nome scelto per il pontificato (n. 87 UDG) — e all'eventuale ordinazione episcopale dell'eletto, la legge in vigore prevede altri due atti di natura formale a conclusione del processo elettore: la cerimonia di inaugurazione

---

<sup>(67)</sup> In questa prospettiva, sembra logica la richiesta del n. 88 UDG di «statim ordinetur Episcopus», senza aspettare ad una cerimonia di particolare solennità (cfr. il «sollemniter ordinatus» del n. 89, in relazione alle osservazioni di G. GHIRLANDA, *Accettazione della legittima elezione e consacrazione episcopale del Romano Pontefice secondo la cost. ap. Universi Dominici gregis di Giovanni Paolo II*, cit., pp. 629 ss.), tra l'altro perché — oltre all'incertezza giuridica — altrimenti rimarrebbe inosservata l'ultima indicazione dello stesso n. 89 UDG, che rimanda l'annuncio al popolo ad un momento successivo all'ordinazione; in proposito, vedi anche le osservazioni di J.J.M. FOSTER, *The Election of the Roman Pontiff. An Examination of Canon 332 § 1 and Recent Special Legislation*, cit., pp. 703-704.

del pontificato e la presa di possesso della basilica Lateranense da parte del nuovo pontefice.

Il n. 92 UDG ha inteso abolire l'atto formale di incoronazione del pontefice, prassi multisecolare<sup>(68)</sup>, prevista ancora dal n. 92 della cost. ap. *Romano Pontefice eligendo*, ma in disuso sin dal pontificato di Giovanni Paolo I. La norma in questo punto sembra avere il significato forte di una rottura col simbolo storico caratteristico del potere pontificio, ritenuto nel momento attuale non più confacente con la natura pastorale del ministero del Papa.

Per ultimo, la costituzione apostolica prevede la presa di possesso dell'arcibaslica patriarcale del Laterano, che avviene nelle settimane successive, dove il vescovo di Roma riceve l'omaggio di obbedienza del suo cardinale vicario<sup>(69)</sup>, del clero e del popolo della diocesi di Roma.

JUAN IGNACIO ARRIETA

---

<sup>(68)</sup> Si trattava, comunque, di un elemento formale che non inciderebbe sulla giurisdizione: cfr. A. PILLET, *Ius Canonicum generale*, cit., p. 39; F. DESHAYES, *Memento Juris Ecclesiastici, Publici et Privati*, cit., p. 145; F.X. WERNZ-P. VIDAL, *Ius Canonicum II, De personis*, cit., p. 470.

<sup>(69)</sup> Il cardinale vicario non cessa nell'ufficio durante la sede vacante: n. 14 UDG, art. 13 cost. ap. *Ecclesia in Urbe*, del 1° gennaio 1998, AAS 90 (1998) 177-193; per le funzioni proprie del cardinale vicario, vedi chirografo di nomina (cfr. per es. «Rivista diocesana di Roma», 1991, pp. 1007-1008), o chirografo di nomina di arciprete della basilica Lateranense (cfr. per es. «Rivista diocesana di Roma», 1991, pp. 1009-1010).

## PROCESSO DI GLOBALIZZAZIONE E INDEBITAMENTO ESTERO NELLA POSIZIONE DELLA SANTA SEDE (\*)

1. Globalizzazione economica ed eguale diritto di accesso ai beni della creazione. —
2. I principali sviluppi (1997-1999) del magistero sul debito estero con speciale riferimento all'azione del Pontificio Consiglio della Giustizia e della Pace. —
3. L'esortazione apostolica *Ecclesia in Asia* e l'appello di piazza S. Pietro ai Paesi ricchi. —
4. Prospettive scaturenti dallo spazio riservato dal Santo Padre al diritto internazionale.

### 1. *Globalizzazione economica ed eguale diritto di accesso ai beni della creazione.*

Specificata attenzione, con riguardo al magistero sul debito estero, meritano i recenti sviluppi dell'azione del Pontificio Consiglio della Giustizia e della Pace, il cui compito è di adoperarsi affinché nel mondo siano promosse la giustizia e la pace secondo il Vangelo e la dottrina sociale della Chiesa<sup>(1)</sup>. Al pari degli altri Dicasteri della Curia Romana, la quale ha carattere sostanzialmente *vicario*, il menzionato Consiglio esercita la potestà ricevuta collegando il proprio impegno di servizio alla volontà del Sommo Pontefice e al ministero personale dei Vescovi, sia come membri del Collegio episcopale sia come pastori delle Chiese particolari, considerato che il ministero petrino del Papa fa per sua natura riferimento a quello dell'insieme dei fratelli nell'Episcopato<sup>(2)</sup>.

---

(\*) Il presente contributo è destinato agli atti delle VII Giornate di studio « Augusto Teixeira de Freitas », su *Debito estero e diritti umani*, Roma (sede Istituto italo-latino-americano), 20-21 dicembre 1999, in corso di pubblicazione.

<sup>(1)</sup> Cfr. art. 142 Cost. Ap. *Pastor bonus* del 28 giugno 1988.

<sup>(2)</sup> Cfr., con speciale considerazione del rapporto di potere fra la Santa Sede e la sua Curia, P. A. BONNET, *La natura del potere nella Curia romana*, in AA.VV., *La Curia romana nella Cost. Ap. «Pastor bonus»*, Città del Vaticano 1990, p. 109 ss.

Negli interventi degli ultimi tempi, successivi al celebre documento del 1986 avente ad oggetto un approccio etico al debito internazionale<sup>(3)</sup>, il punto saliente del messaggio, nei profili etico-giuridici sovente riconducibili a proposizioni basilari della legge divina, naturale e positiva, consiste nell'affinamento di una peculiare (anche originale) interpretazione del rapporto esistente fra processo di globalizzazione economica e indebitamento estero nel contesto generale della salvaguardia dei diritti umani; un panorama vasto e stimolante, che vede la Santa Sede e la Chiesa cattolica all'avanguardia nel sostenere la valenza politico-sociale, oltre che religiosa, della concezione umanistica e personalistica tipica del cristianesimo<sup>(4)</sup>.

Come è stato detto anche in questa sede, il processo di globalizzazione (unificazione) economica o dei mercati a livello mondiale è stato consentito, in un crescendo a partire proprio dal 1986, dalla diffusione delle innovazioni tecnologiche, specie nel campo della telematica, che hanno indirizzato verso modelli di consumo più uniformi e convergenti. Interessanti studi, nell'analizzare i processi determinati dall'espansione internazionale delle imprese e dei mercati, propugnano un'idea di fondo: che la globalizzazione sia dominata da uno spirito non dissimile da quello che animava la grande spinta mercantile, quantunque siano mutate le condizioni attraverso cui gli Stati favoriscono l'accumulazione finanziaria<sup>(5)</sup>.

A giudizio della Santa Sede il criterio di base per valutare questi processi consiste nel sapere in qual misura essi possono contribuire a rinsaldare e promuovere la *realtà mondiale fondamentale*, cioè il dato che l'umanità consiste in una famiglia planetaria, in cui ognuno dei membri ha il medesimo diritto di accesso ai beni della creazione<sup>(6)</sup>, nei confronti dei quali tutti sono solidalmente responsabili.

(3) Cfr. *Enchiridion Vaticanum*, 10, p. 770 ss.

(4) Cfr. S. FERLITO, *L'attività internazionale della Santa Sede*, Milano 1988, *passim*; F. PETRONCELLI HÜBLER, *Chiesa cattolica e comunità internazionale. Riflessione sulle forme di presenza*, Napoli 1989, p. 101 ss.; AA.VV., *Chiese e diritti umani*, a cura di G. BARBERINI, Napoli 1991; AA.VV., *La politica internazionale della Santa Sede (1965-1990)*, a cura di G. BARBERINI, Napoli 1992, *passim*; G. BARBERINI, *Chiesa e Santa Sede nell'ordinamento internazionale. Esame delle norme canoniche*, Torino 1996, p. 133 ss.; U.C. SACCO, *Giovanni Paolo II e la nuova proiezione internazionale della Santa Sede (1978-1996)*, Milano 1997, p. 51 ss.; C. CARDIA, *Manuale di diritto ecclesiastico*, Bologna 1999, p. 270 ss.

(5) Cfr. P. TIBERI VIPRAIO, *Dal mercantilismo alla globalizzazione*, Bologna 1999.

(6) Sull'argomento, centrale nella problematica in discussione, cfr. diffusamente

Come noto agli addetti ai lavori, il principio della naturale ordinazione e destinazione dei beni per le necessità comuni origina il diritto di tutti gli uomini « di avere una parte di beni sufficienti a sé e alla propria famiglia »<sup>(7)</sup>; si tratta di un diritto permanente, « almeno sotto l'aspetto negativo, anche nello stato attuale della divisione dei beni. E positivamente in relazione ad una funzione efficiente imposta all'uomo di essere ministro della Provvidenza, che ha concesso a lui i beni di fortuna per sovvenire non solo alle proprie, ma anche alle altrui necessità »<sup>(8)</sup>.

Ricordo l'insegnamento dei Padri della Chiesa, i quali, pur non negando la legittimità della proprietà privata e non essendo quindi, assolutamente, i precursori del comunismo politico (la rinuncia ai propri beni, del resto, appartiene nel Vangelo alla zona dei consigli, non dei dettami), pongono l'accento, con espressioni a volte paradossali e non prive di aggressività polemica, sulla funzione sociale della proprietà (altrimenti definibile e definita *ingiustizia di Dio*), intenti come sono a contrastare l'avarizia ed a inculcare negli animi il divino precetto dell'elemosina, in forza del quale gli uomini hanno l'obbligo di aiutare i poveri, non soltanto con il proprio superfluo<sup>(9)</sup>.

2. *I principali sviluppi (1997-1999) del magistero sul debito estero con speciale riferimento all'azione del Pontificio Consiglio della Giustizia e della Pace.*

L'eguale diritto di accesso ai beni della creazione e la solidale responsabilità di tutti nei confronti di questi beni fanno comprendere la formula riassuntiva di una « globalisation dans l'équité », richiamata a Ginevra il 4 luglio 1997 da Mgr. Diarmuid Martin, Segretario del Pontificio Consiglio della Giustizia e della Pace. Essa indi-

---

R. COPPOLA, *Appartenenza dei beni ed usura nell'insegnamento e nel diritto della Chiesa cattolica*, in AA.VV., *Diritto alla vita e debito estero*, a cura di P. CATALANO, Napoli 1997, p. 75 ss.

<sup>(7)</sup> *Gaudium et Spes*, n. 69.

<sup>(8)</sup> E. LIO, *Finalmente rintracciata la fonte del famoso testo patristico « Pasce fame morientem... »*, in *Antoniano*, 27 (1952), p. 358 s.

<sup>(9)</sup> Cfr. S. BASILIO, *Hom. in illud Lucae « Destruam horrea mea »*, n. 2, PG 31, c. 261 ss.; LATTANZIO, *Divinarum institutionum*, lib. V, *De iustitia*, PL 6, c. 563 ss.; S. AGOSTINO, *In Ioann. Ev. tr.* 50, n. 6, PL 35, c. 1759 s.; ID., *Enarratio in Psalmum*, CXLVII, 12, PL 37, c. 1921 s.

rizza verso un aiuto pubblico allo sviluppo che conduca i Paesi più poveri a superare le loro difficoltà, fra le quali un posto di primo piano indubbiamente spetta proprio all'indebitamento estero, che affligge molti Paesi dell'Africa, dell'America latina e del Sud-est asiatico, senza risparmiare altre aree geografiche, come l'Europa orientale.

Occorre pertanto rivolgere un'attenzione mirata, nel procedere ad una disamina caso per caso, al rapporto esistente fra il costo del rimborso del debito e la diminuzione della capacità d'investire nei settori considerati a lungo termine, come i settori-chiave dello sviluppo, in particolare nel campo del capitale umano e sociale<sup>(10)</sup>.

Nell'appello sul debito internazionale del 18 settembre 1997, in vista della riunione di Hong Kong dei Governatori della Banca mondiale e del Fondo monetario internazionale, il Card. Roger Etchegaray, Presidente del Pontificio Consiglio della Giustizia e della Pace, ha insistito sull'assenza di una *vera globalizzazione* senza un rinnovato senso di solidarietà internazionale, dal momento che sempre più le istituzioni finanziarie riconoscono che il peso del debito sui Paesi più poveri costituisce un ostacolo al loro sviluppo economico e provoca effetti sociali disastrosi.

Per trarne le dovute conseguenze pratiche, oltre ad una *rapida applicazione* dei nuovi termini di riduzione del debito nei confronti di un *maggior numero possibile di Paesi*, occorre combattere le politiche di isolazionismo e di protezionismo. I cittadini dei Paesi ricchi, nell'appello pronunciato a Roma (Campidoglio) l'8 settembre 1997 dallo stesso Segretario del Pontificio Consiglio in parola, dovrebbero verificare il sostegno che i loro Governi offrono ai progetti della Comunità internazionale per risolvere il problema del debito estero. Ma pure i Governi dei Paesi poveri sono chiamati in causa perché su di essi ricade la responsabilità di una diversa gestione dell'economia e della sollecitudine per i più deboli.

Un passo in avanti viene compiuto dalla Santa Sede, attraverso il suo Osservatore permanente presso l'Organizzazione delle Nazioni Unite a New York (16 ottobre 1997), quando, nell'evidenziare ancora una volta che il peso della situazione frena lo sviluppo dei Paesi più poveri fortemente indebitati (HICP), egli sottolinea l'opera meritoria del Pontificio Consiglio della Giustizia e della Pace

---

(10) Cfr. *L'Osservatore romano (en langue française)*, 5 août 1997.

ed afferma a chiare lettere che la solidarietà internazionale rappresenta una dimensione essenziale del «bene comune» della comunità globale<sup>(11)</sup>.

Il debito estero torna alla ribalta nella 54<sup>ma</sup> sessione della Commissione dei diritti dell'uomo relativa al diritto allo sviluppo (24 marzo 1998), in cui il delegato della Santa Sede, S. Ecc. Mons. Giuseppe Bertello, sottolinea la nozione di sviluppo integrale, cioè di promozione di tutto l'uomo e di ogni uomo<sup>(12)</sup>, nonché l'importanza dello sviluppo dell'agricoltura, in relazione al quale il Pontificio Consiglio della Giustizia e della Pace, nel documento «Per una migliore ripartizione della terra - La sfida della riforma agraria», sostiene la priorità del fattore umano (chiave di volta del magistero pontificio) al fine d'integrare l'agricoltura nell'insieme della vita economica di un Paese.

Nel senso di un approccio globale al problema del debito estero, nel modo più flessibile e rapido possibile, si muove l'appello del 29 settembre 1998 di S. Ecc. Mons. François Xavier Nguyen Van Thuan, nuovo Presidente del Pontificio Consiglio della Giustizia e della Pace, in vista della riunione di Washington dei Governatori della Banca mondiale e del Fondo monetario internazionale<sup>(13)</sup>.

Nell'intervento della Santa Sede alla sessione di Fondo 1999 del Consiglio economico e sociale dell'Organizzazione delle Nazioni Unite, viene riaffermato da S. Ecc. Mons. Giuseppe Bertello il principio della co-responsabilità internazionale nella convinzione, fra l'altro, che l'annullamento del debito non è sufficiente se non contribuisce allo sviluppo materiale e spirituale di un popolo e alla creazione delle condizioni di una più manifesta equità nelle relazioni internazionali<sup>(14)</sup>.

Da ciò la ribadita necessità di un'*etica della solidarietà*, che s'imponga sulla scena economica internazionale, se si desidera che la partecipazione, la crescita economica ed una giusta distribuzione dei

---

(11) *Ibidem*, 11 novembre 1997.

(12) *Populorum Progressio*, n. 14.

(13) Cfr. *L'Osservatore romano*, 2 ottobre 1998.

(14) Cfr. *Bollettino* n. 275/99 (13-7-1999); sul rapporto d'interdipendenza esistente fra i due diritti riconoscibili nell'espressione «diritto allo sviluppo», il diritto degli individui e quello degli Stati, cfr. U. VILLANI, *Il diritto allo sviluppo: diritto umano e dei popoli*, in AA.VV., *Il sistema universale dei diritti umani all'alba del XXI secolo*, Roma 1999, p. 108 ss.

beni giungano a segnare l'avvenire dell'umanità, secondo le alte espressioni di Giovanni Paolo II nel discorso svolto per il 50° anniversario di fondazione dell'organizzazione delle Nazioni Unite il 5 ottobre 1995<sup>(15)</sup>.

Infine, a proposito della terza Conferenza ministeriale dell'organizzazione mondiale del commercio (Wto), svoltasi a Seattle dal 30 novembre al 3 dicembre scorso, la Santa Sede ha centrato il suo intervento sulla promozione dello sviluppo sostenibile e umano di tutti gli abitanti del globo, con l'obiettivo di rifondare le relazioni nel pianeta sulla base di principi di fraterna condivisione<sup>(16)</sup>.

La rivolta del sud del mondo, specialmente dei Paesi in via di sviluppo pesantemente indebitati, la clamorosa protesta, invero senza precedenti, da parte della società civile organizzata contro il Millennium Round, il rinnovato ciclo di negoziati che avrebbe dovuto prendere avvio appunto da Seattle, hanno trovato eco nelle calibrate parole del Segretario del Pontificio Consiglio della Giustizia e della Pace, Mgr. Diarmuid Martin, il quale ha sottolineato il forte segnale di disagio emergente dalla protesta. Pur condannando la violenza, sempre controproducente, egli ha affermato che bisogna interrogarsi su questo grave disagio e che, in particolare, «il Wto non può procedere senza il sostegno della società civile, calando dall'alto decisioni e interventi; la società civile deve essere la protagonista e i cittadini sono proprietari dei grandi disegni per lo sviluppo»<sup>(17)</sup>.

### 3. *L'esortazione apostolica Chiesa in Asia e l'appello di Piazza S. Pietro ai Paesi ricchi.*

La promozione di un'etica della solidarietà, che va oltre l'argomento ricorrente dell'alleggerimento e perfino del condono del debito, proprio del Giubileo di fine millennio, induce a riflettere su alcuni brani dei più vicini interventi magisteriali del Pontefice regnante.

Il riferimento va all'esortazione apostolica post-sinodale *Ecclesia in Asia* (Nuova Dheli, 6 novembre 1999), in cui si prende atto dei molteplici aspetti positivi della globalizzazione, ma in pari tempo si

---

(15) Cfr. *Enchiridion Vaticanum*, 14, p. 1947.

(16) Cfr. *L'Osservatore romano*, 5 dicembre 1999.

(17) Cfr. *Adista*, 18 dicembre 1999, p. 12 - estratto da *Fides*, 10-12, 1999.

rileva il fatto che essa si è risolta a svantaggio dei poveri per l'intrinseca tendenza a spingere le nazioni più sfortunate ai margini dei rapporti internazionali di carattere economico e politico.

Alla formula richiamata «globalizzazione nell'equità» si aggiunge l'orientamento specifico verso una «globalizzazione senza marginalizzazione»: tanto significa, essenzialmente, adoperarsi per far sì che la dottrina sociale della Chiesa abbia il dovuto impatto nella formulazione delle norme etiche e giuridiche, che regolano il mercato libero mondiale e i mezzi di comunicazione sociale<sup>(18)</sup>.

Non si tratta, quindi, di indebolire il movimento verso la globalizzazione perché a nessuno giova il ripristino delle barriere tra gli Stati, tra i popoli e le economie; tanto significa, all'opposto, propiziare la governabilità del sistema, che i venti di Seattle non hanno abbattuto e che mai potrà essere messo da parte, purché si favoriscano le condizioni necessarie ad uno sviluppo equilibrato, «dove gli squilibri intollerabili oggi esistenti in ampie parti del mondo, la salvaguardia dei diritti umani e sociali, la difesa dell'ambiente, la difesa della salute abbiano la tutela che le opinioni pubbliche chiedono con forza»<sup>(19)</sup>.

Occorre, in altri termini, che gli imperativi o i dettami della globalizzazione, le tendenze verso un modello unico di sviluppo, anche gli interessi dei Paesi più forti, vengano a conciliarsi con gli interessi c.d. diffusi, con le esigenze e le differenze dei popoli, con il rispetto delle economie locali, dell'ambiente, dell'agricoltura, dell'insieme di tradizioni e culture, specialmente dei Paesi del Sud del mondo, senza respingere i lumi che possono derivare dalla dottrina della Chiesa, la quale ha saputo rendersi interprete delle voci strazianti di questi Paesi, che necessitano ancora di tempi lunghi per entrare pienamente, senza tema di pericoli e di autentici danni, nel sistema del commercio globale.

Nella stessa esortazione post-sinodale il Papa ha affrontato il problema del debito estero secondo l'ottica del saggio, della prova della capacità dei popoli, delle società e dei Governi nel valutare la persona umana e la vita di milioni di esseri umani al di sopra e al di là della considerazione dei vantaggi economici e materiali.

---

<sup>(18)</sup> Cfr. *L'Osservatore Romano - Documenti*, 12 novembre 1999.

<sup>(19)</sup> Cfr. R. RUGGIERO, *Globalizzazione e interdipendenza*, in *30 giorni nella Chiesa e nel mondo*, dicembre 1999, p. 28.

Fra i modi atti ad alleviare la situazione (che le parole del Santo Padre hanno decisamente contribuito a rendere popolare in tutti gli ambienti, dalle strade dei suoi estenuanti pellegrinaggi a quelle di Seattle, dai palchi dei concerti agli stessi simboli viventi del lusso) si segnalano lo strumento della rinegoziazione con una sostanziale riduzione o addirittura la totale cancellazione del debito, come pure iniziative d'affari e investimenti per assistere le economie dei Paesi più deboli, i quali, peraltro, dovrebbero sviluppare il senso della responsabilità nazionale, rammentando l'importanza di una sapiente pianificazione economica, della trasparenza e del buon governo, nonché della promozione di una decisa campagna contro la corruzione<sup>(20)</sup>.

Comunque, è nell'antecedente udienza generale, svoltasi nella mattina di mercoledì 3 novembre 1999 in piazza S. Pietro, che Giovanni Paolo II lega, ancor più, il problema dell'indebitamento estero al contesto dell'economia globalizzata, perché è in questo contesto che tale problema si fa maggiormente spinoso, mentre la stessa globalizzazione esige che si percorra la via della solidarietà, se non si vuole andare incontro ad una catastrofe generale.

All'ammonimento rivolto agli operatori dei mercati, i quali devono sapere che nel vertiginoso processo di globalizzazione economica non è possibile salvarsi da soli, si accompagna la chiara menzione che il nodo non è solamente di carattere economico, ma investe i principi etici fondamentali e deve trovare spazio nel *diritto internazionale* per essere affrontato e adeguatamente risolto secondo prospettive di medio e lungo termine<sup>(21)</sup>.

#### 4. *Prospettive scaturenti dallo spazio riservato dal Santo Padre al diritto internazionale.*

Questo palese rafforzamento dello spazio riservato al diritto internazionale, nell'ottica di un'*etica della sopravvivenza* che regoli i rapporti fra creditori e debitori, indica implicitamente la percorribilità della via aperta dalla «Dichiarazione su usura e debito internazionale», elaborata e poi presentata il 29 settembre 1997 in S. Agata dei Goti, antica sede episcopale di S. Alfonso Maria de' Liguori, per celebrarne degnamente il terzo centenario della nascita<sup>(22)</sup>.

(20) Cfr. *L'Osservatore romano - Documenti*, 12 novembre 1999.

(21) Cfr. *L'Osservatore romano*, 4 novembre 1999.

(22) Cfr. *Declaration d'Annaba* (6 dicembre 1999), conclusiva del VII seminario

La Carta di S. Agata dei Goti ha puntualmente identificato, con precipuo riferimento alla teologia di S. Alfonso, al diritto naturale, al diritto romano e canonico, i principi generali del diritto delle nazioni civili, che vanno dalla buona fede oggettiva nei contratti all'autodeterminazione dei popoli<sup>(23)</sup>, in base ai quali la Corte internazionale di giustizia dell'Aja è competente, in virtù dell'art. 38 1c del suo statuto, a giudicare ed esprimere pareri su domanda dell'Assemblea generale delle Nazioni Unite e di altri organismi. I principi invocati vanno confrontati con quelli propri dell'area di Common law, dei Paesi islamici o di altre famiglie giuridiche, ma dal confronto, indubbiamente stimolante, non potrà certo risultare mortificata l'imponente tradizione romanista-canonistica, a cui essi più specificamente si ricollegano (pensiamo, ad esempio, al nominato principio di buona fede di contro al mortificante criterio casistico, tipico della pratica inglese).

Il ricorso alla Corte internazionale di giustizia, secondo modalità approfondite e precisate nel corso del seminario internazionale di Annaba, specialmente nell'*atelier* etico-giuridico e nel *panel* concernente la strategia a medio e lungo termine per la soluzione del problema del debito dei Paesi del terzo mondo<sup>(24)</sup>, è stato espressamente suggerito, inoltre, dalle conclusioni del IV Congresso internazionale del Pontificio Consiglio per la Pastorale dei migranti e degli

---

internazionale del Comitato per gli studi mediterranei, organizzato in collaborazione con l'Università di Annaba e l'ISPROM, sotto gli auspici del CNES (Algeria) e del CNEL (Italia), svoltosi nei giorni 4-5-6 dicembre 1999 ad Annaba sul tema «*La dette extérieure des Pays du Sud de la Méditerranée obstacle au partenariat euro - méditerranéen*», i cui atti sono in corso di pubblicazione.

(23) Cfr. *Orientamenti sociali*, aprile-giugno 1999, pp. 69-73.

(24) Tali modalità contemplano, oltre alla mobilitazione dell'opinione pubblica mondiale, pressioni nei confronti dei vari Paesi e dei Direttori delle Banche nazionali, senza trascurare, principalmente, la sensibilizzazione dei soggetti politici e sociali in grado di formulare richieste o di avviare la procedura (OMS, OIT, UNICEF, FAO, UNESCO). In proposito è da rammentare la mozione della Camera dei deputati (Cherchi ed altri, 1° agosto 1996), la quale ha impegnato il Governo italiano ad attivarsi per giungere, attraverso l'Assemblea generale delle Nazioni Unite, alla richiesta di un parere consultivo della Corte internazionale di giustizia in ordine ai profili giuridici della regolazione del debito internazionale. Un comitato *ad hoc* è stato infine previsto, nella parte conclusiva della dichiarazione di Annaba, in vista di facilitare la realizzazione del complesso di azioni descritte nella dichiarazione medesima «*et cela notamment en assurant la coordination des ces actions avec les organisations gouvernementales internationales et regionales concernées, ainsi qu'avec les représentants de la société civil*».

itineranti<sup>(25)</sup> ed ampiamente ripreso nell'ultima settimana sociale dei cattolici italiani (Napoli, 16-20 novembre 1999). Esso diventa perciò sempre più urgente, per quanto esposto (tenuto conto, oltretutto, dell'incedere non reversibile del processo di globalizzazione, culturale oltre che economica), anche da una prospettiva di etica cattolica e nell'ottica giuridica della Chiesa.

Va infatti ribadito, in questa sede, quanto abbiamo avuto modo di affermare e dimostrare nella relazione al menzionato seminario internazionale di Annaba: cioè che gli orientamenti del Magistero su grandi temi d'impatto sociale e di valenza moral-teologica, come l'indebitamento estero, hanno un significato giuridico, oltre che un valore etico, tutte le volte che in essi si ravvisi il richiamo interpretativo, *formale e funzionale*, al parametro del diritto divino, naturale e positivo<sup>(26)</sup>.

Terminiamo, sottolineando alcuni passaggi significativi tratti dall'opera monumentale di S. Agostino (Tagaste 354 - Ippona 430), di cui i partecipanti al predetto seminario hanno visitato il tempio edificato nelle vicinanze di Annaba, città della tormentata Algeria adiacente all'antica Ippona, oggi scomparsa; tali passaggi costituiscono una sorta di ferma condanna *ante litteram* della plutocrazia, dell'imperialismo internazionale del denaro<sup>(27)</sup>. Egli scrive che l'oro e l'argento non sono di proprietà dei ricchi della terra, ma di proprietà di Dio stesso<sup>(28)</sup>; che occorre evitare le frodi a causa della concupiscenza denominata amore del denaro, giacché è proprio *l'amore del denaro la radice di tutti i mali*, come afferma la Scrittura<sup>(29)</sup>; che, in realtà, non è male possedere: il male consiste nell'essere posseduti<sup>(30)</sup>.

RAFFAELE COPPOLA

(25) Cfr. AA.VV., *Migration at the Threshold of the Third Millennium*, Vatican 1998, p. 362.

(26) Cfr. R. COPPOLA, *Dimensions éthico-juridiques de la dette extérieure dans la position de l'Eglise catholique*, in corso di pubblicazione.

(27) *Populorum Progressio*, n. 26.

(28) S. AGOSTINO, *Opere*, trad. a cura di M. RECCHIA, Roma 1990, XXIX, p. 948 - *Discorso* 50, 2.

(29) *Id.*, *op. cit.*, XXX/1, p. 551 - *Discorso* 77/A, 4.

(30) *Id.*, *op. cit.*, XXXIII, p. 481 - *Discorso* 301/A, 5.

LA QUARTA EDIZIONE  
DELL'ENCHIRIDION INDULGENTIARUM

A. Le verità di fede circa la dottrina e l'utilità delle indulgenze. — B. La normativa rimane quella aggiornata da Paolo VI. — C. Le concessioni: le principali novità.

Nello scorso mese di settembre è uscita dall'Editrice Vaticana la quarta edizione tipica, in lingua latina, dell'*Enchiridion indulgentiarum*, la raccolta cioè delle indulgenze che la Chiesa concede in modo perpetuo ai fedeli di ogni condizione in tutto il mondo. La nuova edizione è stata approvata da Giovanni Paolo II il 5 luglio 1999, e promulgata dalla Penitenzieria Apostolica, col Decreto *Iesu humani generis*, il successivo 16 luglio. Il volume è stato presentato il 17 settembre, nella Sala Stampa della Santa Sede, con un'apposita conferenza stampa<sup>(1)</sup>. Seguendo il testo del Decreto in parola, vedremo le principali verità di fede circa la dottrina e l'utilità delle indulgenze, anche in rapporto all'anno santo; poi esamineremo le maggiori innovazioni nelle norme e nelle concessioni dell'*Enchiridion*.

A. *Le verità di fede circa la dottrina e l'utilità delle indulgenze.*

L'anno giubilare, allora imminente, offrì, secondo il Cardinale Penitenziere Maggiore, l'opportunità, alla Penitenzieria Apostolica, di curare questa nuovissima edizione. Infatti il Santo Padre, nella Bolla *Incarnationis mysterium*, del 29 novembre 1998, non solo ribadì «la dottrina perenne della Chiesa sulle indulgenze», ma sottolineò «che il grande dono di esse, dono di compiuta misericordia del Signore e della Chiesa, è elemento strutturale degli anni giubila-

---

(1) *Bollettino Sala Stampa della Santa Sede*, 353/99, 17 settembre 1999; *L'Osservatore Romano* (OR), 18 settembre 1999, p. 4.

ri»<sup>(2)</sup>. Giovanni Paolo II, durante l'Udienza generale del 29 settembre 1999, ha confermato — se ce ne fosse stato bisogno — questo legame: «In intima connessione col sacramento della Penitenza, si presenta alla nostra riflessione un tema che ha particolare attinenza con la celebrazione del Giubileo: mi riferisco al dono dell'indulgenza, che nell'anno giubilare viene offerto con particolare abbondanza, come è previsto nella Bolla *Incarnationis mysterium* e nelle annesse disposizioni della Penitenzieria Apostolica»<sup>(3)</sup>.

Il Pontefice ha, inoltre, rammentato che «nell'attuale contesto ecumenico, la Chiesa avverte l'esigenza che questa antica pratica, intesa come espressione significativa della misericordia di Dio, venga ben compresa e accolta»<sup>(4)</sup>. L'ecumenismo, ben inteso, spinge dunque ad approfondire la nostra dottrina e la pratica ecclesiastica circa le indulgenze, e a presentarle sotto la loro vera luce, così da renderle ai non cattolici intelligibili e accette. Il grande giubileo del 2000 diventa così «un'occasione preziosa per riscoprire un tesoro oggi ampiamente ignorato»<sup>(5)</sup>.

Durante il suo breve intervento, il 17 settembre, il Cardinale Penitenziere Maggiore ha particolarmente insistito sull'utilità della prassi indulgenziale, sia per i singoli fedeli, sia per l'intera società cristiana: non solo — ha detto — «le indulgenze, rettamente intese e piamente conseguite, sono un momento vitale di quella continua conversione, di quel continuo processo di santificazione col quale si identifica la vita soprannaturale sulla terra»; ma — ha proseguito l'Em.mo — «l'indulgenza, strettamente connessa al sacramento della Riconciliazione..., perché legata alla comunione ecclesiale, all'esercizio della preghiera pubblica, alla fattiva carità e alla volontaria asceti, offre efficace contributo per la crescita globale del Popolo di Dio»<sup>(6)</sup>.

Questa utilità della prassi indulgenziale, già solennemente insegnata dal Concilio Tridentino<sup>(7)</sup>, fu esplicitamente ribadita da Paolo

(2) *Ibid.* Intervento di presentazione del Card. Baum, Penitenziere Maggiore (cf. Bolla *Incarnationis mysterium*, 9-10).

(3) OR, 30 settembre 1999, p. 6. Cf anche JEAN-MARIE GERVAIS, *Giubileo e indulgenza. Alla luce della nuovissima edizione dell'«Enchiridion indulgentiarum»*, Ancora, Milano, 1999.

(4) OR, 30 settembre 1999, p. 6.

(5) Mons. Dario Rezza; cf. OR, 18 settembre 1999, p. 4.

(6) *Ibid.*

(7) Decreto *sulle indulgenze*, sessione 25, 4 dicembre 1563 (DS 1835).

VI, nella Costituzione apostolica *Indulgentiarum doctrina*, del 1° gennaio 1967: l'uso delle indulgenze insegna la malizia del peccato; eccita alla carità e la fa esercitare in modo eminente, allorché viene offerto un aiuto ai fratelli defunti; ridesta la speranza di una piena riconciliazione con Dio Padre; rinforza la comunione gerarchica tra fedeli e legittimi Pastori della Chiesa, e soprattutto col Vicario di Cristo; contribuisce perché la Chiesa si presenti santa e immacolata, mirabilmente unita in Cristo nel vincolo soprannaturale della carità<sup>(8)</sup>. Infine — possiamo aggiungere — essa concorre efficacemente all'intenso movimento di *purificazione*, richiesto da Giovanni Paolo II a tutti i fedeli in occasione del giubileo del 2000.

Il Decreto *Iesu humani generis*, in un sostanzioso preambolo, sintetizza la limpida dottrina della Costituzione apostolica *Indulgentiarum doctrina*<sup>(9)</sup>, già rammentata dal Catechismo della Chiesa Cattolica<sup>(10)</sup>, nonché ultimamente dalla Bolla *Incarnationis mysterium*<sup>(11)</sup>. La prima verità, riproposta alla meditazione dei fedeli, è quella del «tesoro della Chiesa», poiché è il fulcro della spiegazione teologica delle indulgenze. Giovanni Paolo II, durante l'Udienza generale dello scorso 29 settembre, ha illustrato, in un linguaggio a tutti comprensibile, questa fondamentale nozione: «Esiste dunque il *tesoro della Chiesa*, che attraverso le indulgenze viene come “dispensato”. Tale “distribuzione” non va intesa come una sorta di trasferimento automatico, quasi si trattasse di “cose”. Essa è piuttosto espressione della piena fiducia che la Chiesa ha di essere ascoltata dal Padre quando — in considerazione dei meriti di Cristo e, per dono suo, anche di quelli della Madonna e dei Santi — gli chiede di mitigare o annullare l'aspetto doloroso della pena, sviluppandone il senso medicinale attraverso altri percorsi di grazia»<sup>(12)</sup>.

<sup>(8)</sup> Cf. *Indulgentiarum doctrina* (ID), 9-10 (AAS 59 [1967] 18-19).

<sup>(9)</sup> La Costituzione *Indulgentiarum doctrina* fu una solenne conferma della dottrina tradizionale della Chiesa sulle indulgenze: «Nulla muta nel modo di intendere e concepire le indulgenze in rapporto alle verità di fede»; mentre la sua parte dispositiva pratica metteva in maggiore evidenza che, nell'acquisto delle indulgenze, «la Chiesa intende venire incontro ai suoi figli non solo per aiutarli a soddisfare le pene dovute per i peccati, ma anche e soprattutto per spingerli ad un maggiore fervore della carità» (*Discorso al Sacro Collegio ed alla Prelatura romana*, 23 dicembre 1966, AAS 59 [1967] 57).

<sup>(10)</sup> CCC, 1471-1479. Il Catechismo cita una volta la Sacra Scrittura (nota 72), due volte il Concilio Tridentino (71 e 77) e sei volte la *Indulgentiarum doctrina* (70, 73-77).

<sup>(11)</sup> NN. 9-10.

<sup>(12)</sup> OR, 30 settembre 1999, p. 6.

Il secondo capoverso del Decreto *Iesu humani generis* considera un'altra verità di fede, quella cioè del «debito» e, conseguentemente, della possibilità di una rimanente pena temporale, anche dopo il perdono della colpa. Il Pontefice, sempre durante la sopraccennata Udienza, ha ben specificato in proposito: «Per il Perdono dei peccati commessi dopo il battesimo, tale cammino ha il suo centro nel sacramento della Penitenza, ma si sviluppa anche dopo la sua celebrazione. L'uomo infatti deve essere progressivamente "sanato" rispetto alle conseguenze negative che il peccato ha prodotto in lui (e che la tradizione teologica chiama "pene" e "residui" del peccato)»<sup>(13)</sup>. In questo contesto s'inserisce l'indulgenza, cioè «la remissione dinanzi a Dio della pena temporale per i peccati, già rimessi quanto alla colpa, che il fedele, debitamente disposto e a determinate condizioni, acquista per intervento della Chiesa, la quale, come ministra della redenzione, dispensa ed applica autoritativamente il tesoro delle soddisfazioni di Cristo e dei Santi»<sup>(14)</sup>.

Il Decreto chiude il suo trittico dottrinale con la nozione di «reversibilità» dei meriti, verità di fede legata ai «misteri tanto consolanti del Corpo Mistico di Cristo e della Comunione dei Santi». Anche qui non si può non notare la piena armonia con l'insegnamento del Santo Padre, che ha concluso così la sua catechesi sulle indulgenze: «(Queste) manifestano in particolare la fede nell'abbondanza della misericordia di Dio nella meravigliosa realtà di comunione che Cristo ha realizzato, unendo indissolubilmente la Chiesa a se stesso come suo Corpo e sua Sposa»<sup>(15)</sup>.

#### B. *La normativa rimane quella aggiornata da Paolo VI.*

Il 29 giugno 1968, veniva promulgato l'*Enchiridion indulgentiarum*, rinnovato secondo i voti dei Padri Conciliari e le indicazioni della Costituzione apostolica *Indulgentiarum doctrina*<sup>(16)</sup>. L'*Enchiridion*, non era più solamente la raccolta autentica delle opere indulgentiate, ma riassumeva anche tutte le disposizioni vigenti in materia

<sup>(13)</sup> *Ibid.*

<sup>(14)</sup> ID, norma 1; CIC 1983, can. 992; CCC 1472; *Enchiridion indulgentiarum* (EI), 1999, norma 1.

<sup>(15)</sup> OR, 30 settembre 1999, p. 6, *in fine*.

<sup>(16)</sup> Cf. JEAN-MARIE GERVAIS, *Paolo VI e la riforma della disciplina delle indulgenze*, in «Periodica», 88 (1999), pp. 301-329 e 659-688.

di indulgenze, applicabili sia ai fedeli latini che a quelli orientali<sup>(17)</sup>. La fonte principale era la *Indulgentiarum doctrina*, ma, con qualche modifica, erano stati conservati i canoni del Codice piano-benedettino non in contrasto con la stessa Costituzione. La quarta edizione, dopo più di trenta anni, non tocca ai principi regolatori della disciplina indulgenziale<sup>(18)</sup>, ma riesprime alcune norme particolari, alla luce di documenti di recente emanati dalla Sede Apostolica.

Le norme sono ormai corredate di annotazioni a piè di pagina, riportando le principali fonti. Per i fedeli latini si è risalito fino al Codice piano-benedettino. Mentre il Codice di Diritto Canonico, promulgato da Giovanni Paolo II il 25 gennaio 1983, consacra soltanto 6 canoni alle indulgenze, nei quali vengono indicati i principi di carattere generale, il vero e completo codice in materia di indulgenze è l'*Enchiridion*, nella sua parte normativa<sup>(19)</sup>. Per i fedeli orientali, il decesso di Pio XII, nel mese di ottobre 1958, aveva impedito la pubblicazione del *Motu proprio «De Sacramentis»*, che doveva trattare delle indulgenze nel quarto e ultimo articolo del capitolo dedicato al sacramento della penitenza<sup>(20)</sup>; tuttavia le facoltà dei patriarchi e degli altri prelati orientali erano già regolate dal *Motu proprio «Cleri Sanctitatis»*, del 2 giugno 1957<sup>(21)</sup>. L'attuale Codice dei Canonici delle Chiese orientali ha demandato tutta la materia all'*Enchiridion* e ad eventuali facoltà concesse dalla Sede Apostolica<sup>(22)</sup>. Que-

(17) È quindi un codice unico nel suo genere.

(18) I tre principi regolatori sono elencati nella *Indulgentiarum doctrina*, 12: 1) una nuova misura per l'indulgenza parziale: è stata abolita l'antica determinazione di giorni e di anni; l'attuale misura considera la stessa azione del fedele, che pone un'opera indulgenziata; la remissione della pena temporale, che il fedele acquista con la sua azione, serve di misura per la remissione di pena che l'Autorità ecclesiastica liberalmente aggiunge con l'indulgenza parziale, sotto forma di raddoppio; 2) una congrua riduzione del numero delle indulgenze plenarie: non più cioè di una al giorno, « affinché il fedele ne abbia maggiore stima e possa acquistarle con le debite disposizioni »; 3) una forma più semplice e più dignitosa per le indulgenze cosiddette reali e locali: « non solo è stato di molto ridotto il loro numero, ma ne è stato abolito anche il nome, perché più chiaramente apparisca che sono indulgenziate le azioni compiute dai fedeli e non gli oggetti o i luoghi, che sono solamente l'occasione per l'acquisto delle indulgenze ».

(19) Infatti il can. 997 chiede di osservare « *cetera praescripta quae in peculiaribus Ecclesiae legibus continentur* ».

(20) Cf. *Nuntia*, 1, 31; 6, 74-76 (cann. 162-175).

(21) Cf. AAS 49 [1957] 433-600.

(22) *Nuntia*, 10, 10.

ste considerazioni circa i due Codici oggi vigenti aiutano a capire il valore giuridico delle norme dell'*Enchiridion*.

Le due prime edizioni contenevano 36 norme<sup>(23)</sup>. La terza edizione, del maggio 1986, aggiornata secondo il Codice di Diritto Canonico del 1983, eliminò parecchie disposizioni a carattere transitorio<sup>(24)</sup>; il numero complessivo delle norme scese così a 29<sup>(25)</sup>. La quarta edizione segna un nuovo calo: esse sono ormai 26. È stata soppressa l'ultima norma a carattere transitorio, quella cioè che dichiarava abolita la divisione delle indulgenze in personali, reali e locali<sup>(26)</sup>. Inoltre, quattro norme sono state raggruppate in due, come nel Codice<sup>(27)</sup>.

La disposizione circa la competenza della Penitenzieria Apostolica, nella concessione e nell'uso delle indulgenze<sup>(28)</sup>, riproduceva finora il dettato della Costituzione apostolica *Regimini Ecclesiae universae*<sup>(29)</sup>; è stata adesso modificata secondo quello della *Pastor bonus*, promulgata il 28 giugno 1988<sup>(30)</sup>.

<sup>(23)</sup> Giugno e ottobre 1968. Tra le 2 edizioni, la normativa non subì alcun cambiamento di sorta; nelle concessioni ci furono 6 piccole modifiche, per ragione di chiarezza (conc. 11, 35, 46, 58, 66, 68).

<sup>(24)</sup> Quelle cioè che spiegavano ai fedeli le modifiche disciplinari introdotte dalla Costituzione apostolica *Indulgentiarum doctrina* in rapporto all'antica disciplina.

<sup>(25)</sup> Furono eliminate: la norma 5, che spiegava ai fedeli che la concessione di una indulgenza parziale era ormai indicata con le sole parole «indulgenza parziale», senza cioè alcuna determinazione di giorni o di anni; la norma 21, circa l'abolizione dell'altare privilegiato; la norma 23, circa i soggetti delle indulgenze, elargite dai vescovi; la norma 30, circa le indulgenze plenarie dette *toties quoties*; inoltre furono raggruppate in una sola norma (n. 23), divisa in 5 paragrafi, le norme 26, 27, 28 e 29, circa i requisiti per l'acquisto dell'indulgenza plenaria.

<sup>(26)</sup> EI 1968, norma 7; EI 1986, norma 6.

<sup>(27)</sup> EI 1999, norma 3 = EI 1968, norme 3 e 4, nonché EI 1986, norme 3 e 4. L'attuale norma 3 è identica al can. 994. EI 1999, norma 5 = EI 1968, norme 8 e 10, 1° e EI 1986, norme 7 e 9. La nuova norma 5 è articolata in due paragrafi, come il can. 995. Tuttavia si è evitato l'espressione «*potest potestatem concedendi*» (§ 2). Dopo aver sentito il Pont. Consiglio per l'Interpretazione dei Testi Legislativi, si è introdotto la seguente variante: «*valet potestatem concedendi*» (la parola «*potestatem*» non andava cambiata, per la sua valenza giuridica).

<sup>(28)</sup> EI 1968, norma 8; EI 1986, norma 9.

<sup>(29)</sup> Cost. ap. *Regimini Ecclesiae universae*, 15 agosto 1967, norma 113 (AAS 59 [1967] 923).

<sup>(30)</sup> EI 1999, norma 6. Cost. Ap. *Pastor bonus*, 28 giugno 1988, art. 120 (AAS 80 [1988] 841-912). E conformemente alla *Pastor bonus*, la Penitenzieria Apostolica non è più «*Sacra*».

Si è conservato il principio del legame tra indulgenza e giurisdizione<sup>(31)</sup>: Le facoltà dei vescovi nella concessione delle indulgenze si applicano a tutti nei limiti del proprio territorio, e fuori unicamente ai propri sudditi<sup>(32)</sup>. Per la benedizione papale, che viene elargita tre volte all'anno, dai Vescovi eparchiali o diocesani ed equiparati<sup>(33)</sup>, si è tenuto conto del nuovo *Caeremoniale Episcoporum*, pubblicato il 14 settembre 1984, ma senza reintrodurre la confusione lessicale tra benedizione papale e benedizione apostolica<sup>(34)</sup>.

Poiché l'attuale legislazione canonica dà una certa importanza alla figura del Metropolita<sup>(35)</sup>, si è mantenuta la norma, che riguarda il potere dei Metropoliti di concedere l'indulgenza parziale anche nelle eparchie o diocesi suffraganee<sup>(36)</sup>. Seguendo i principi del diritto orientale, sono state riconosciute ampie facoltà ai Patriarchi e agli Arcivescovi Maggiori<sup>(37)</sup>.

Infine per i Cardinali di S.R.C. si è mantenuto, come nell'edizione del 1986, la facoltà di concedere l'indulgenza parziale *ubique*

(31) Poiché la norma esplicativa (EI 1968, n. 23: «*Nisi aliud ex concessionis tenore appareat, indulgentias ab Episcopo concessas lucrari possunt tum subditi extra territorium, tum peregrini, vagi, omnesque exempti in territorio degentes*») era già stata soppressa nel 1986, si è preferito all'espressione «*chrisfidelibus suae curae commissis*» (EI 1986, norma 10, 1°), la seguente, giuridicamente più chiara: «*in suo quidem territorio omnibus christifidelibus, extra territorium vero fidelibus eorum iurisdictioni pertinentibus*» (EI 1999, norma 7, 1°).

(32) EI 1968, norma 11; EI 1986, norma 10; EI 1999, norma 7.

(33) In conformità alla terminologia del Codice dei Canonici delle Chiese orientali si è adoperato l'espressione «*Episcopi eparchiales vel dioecesani*».

(34) Negli antichi documenti c'era già una certa confusione tra benedizione papale e benedizione apostolica. Paolo VI, l'8 aprile 1968, durante l'udienza concessa al Cardinale Penitenziere Maggiore, in vista della pubblicazione dell'*Enchiridion* (29 giugno 1968), aveva approvato la nuova normativa circa la benedizione papale: il nome veniva conservato (l'idea di benedizione papale porta con sé quella di indulgenza plenaria, mentre la benedizione apostolica non ha annessa alcuna indulgenza) e poteva essere impartita tre volte l'anno da tutti i Vescovi diocesani e Prelati equiparati. La confusione lessicale è stata reintrodotta nel vigente *Cerimoniale dei Vescovi* (cf. CE 1122). Ma l'*Enchiridion* ha conservato questa utile distinzione, approvata da Paolo VI (cf. edizioni del 1986 e del 1999).

(35) CIC 1983, cann. 432, 435-438, 440, 442...; CEO, cann. 155-173.

(36) EI 1968, norma 12; EI 1986, norma 11; EI 1999, norma 8.

(37) Norma 9 (EI 1968, norma 13; EI 1986, norma 12). In particolare per la benedizione papale, che viene concessa di norma tre volte l'anno, si è aggiunto: «*sed insuper quando peculiaris prorsus religiosa circumstantia seu ratio occurrat, quae pro bono christifidelium concessionem plenariae indulgentiae postulet*».

*terrarum*, ai soli presenti<sup>(38)</sup>. A queste facoltà, si aggiungono per i singoli Cardinali, quelle già date ai Vescovi, Metropoliti, ecc., secondo il caso. Tutte le altre facoltà e i privilegi, elencati nel vecchio Codice, decadde il 29 ottobre 1968, quando cioè entrò in vigore la prima edizione dell'*Enchiridion*. La Segnatura<sup>(39)</sup> del 14 novembre 1967 li aveva giudicati contrari alla nuova disciplina indulgenziale, attuata dalla Costituzione *Indulgentiarum doctrina* di Paolo VI<sup>(40)</sup>.

Si è semplificata la norma circa l'autorità competente per la pubblicazione di opere indulgenziate<sup>(41)</sup>. In particolare si è tralasciata l'antica espressione «*collectionem authenticam precum piorum-que operum*», per adoperare quella, ormai classica, di «*Enchiridion indulgentiarum*».

Nella disposizione, che obbliga chi abbia impetrato dal Sommo Pontefice concessioni di indulgenze per tutti i fedeli, di presentare alla Penitenzieria Apostolica i documenti autentici sotto pena di nullità, è stata indicata l'espressa volontà del Santo Padre in merito<sup>(42)</sup>.

Nelle edizioni precedenti, la norma generale e la concessione specifica circa l'uso indulgenziato di 5 oggetti di pietà erano totalmente identiche<sup>(43)</sup>. Ora si è preferito enunciare i principi

<sup>(38)</sup> Già nel 1986 era stato soppresso l'inciso: «*in locis vel institutis ac pro personis suae iurisdictionis vel protectionis*».

<sup>(39)</sup> La Segnatura della Penitenzieria Apostolica è la riunione dei sei Prelati, che compongono il consiglio dell'Em.mo Penitenziere Maggiore, sotto la presidenza dello stesso Cardinale Penitenziere.

<sup>(40)</sup> Per esempio il privilegio di poter lucrare, visitando il proprio oratorio privato, tutte le indulgenze legate con la visita di chiese o di altri luoghi sacri nella città dove gli Em.mi dimoravano (CIC 1917, can. 239 § 1, 11°), era stato ritenuto inutile con la nuova disciplina di una sola indulgenza plenaria al giorno.

<sup>(41)</sup> EI 1968, norma 15; EI 1986, norma 14; EI 1999, norma 11. Si è inoltre preferito invertire i paragrafi, trattando prima della competenza della Penitenzieria Apostolica, poi di quella dei Gerarchi o Ordinari dei luoghi.

<sup>(42)</sup> EI 1968, norma 16; EI 1986, norma 15: «*Qui a Summo Pontifice impetraverint indulgentiarum concessionem pro omnibus fidelibus, obligatione tenentur, sub poena nullitatis gratiae obtentae, authentica exemplaria earundem concessionum ad Sacram Paenitentiarum deferendi*». EI 1999, norma 12: «*Iuxta mentem Summi Pontificis indulgentiarum pro omnibus fidelibus impetratarum concessionem vigorem suum exerere incipiunt solum postquam authentica exemplaria earundem ab Apostolica Paenitentiarum sint revisa*».

<sup>(43)</sup> EI 1968, norma 19 = conc. 35; EI 1986, norma 18 = conc. 35. «*Christifidelis qui pietatis obiecto (crucifixo vel cruce, corona, scapulari, numismate), a quovis sacerdote rite benedicto, pia utitur mente, consequitur indulgentiam partialem. Si autem pietatis obiectum a Summo Pontifice aut a quolibet Episcopo fuerit benedictum, christifidelis, eo-*

nella parte normativa<sup>(44)</sup>, lasciando i particolari per la concessione<sup>(45)</sup>.

Si è espresso in modo leggermente diverso il principio secondo il quale l'indulgenza plenaria, contrariamente alla parziale, non si può conseguire più di una volta al giorno<sup>(46)</sup>.

La disposizione circa il carattere supererogatorio delle opere indulgentiate è adesso articolata in tre paragrafi<sup>(47)</sup>: l'ultimo, nuovo, sintetizza la recente risposta a un dubbio circa la valenza, per l'acquisto delle indulgenze, delle preghiere e opere pie, che sono tenuti a recitare o a compiere in forza delle loro regole o costituzioni o altra prescrizione, i membri degli Istituti di vita consacrata e delle Società di vita apostolica<sup>(48)</sup>.

Si è infine ulteriormente semplificata la disposizione secondo la quale si lucra l'indulgenza annessa ad una preghiera, in qualunque lingua questa venga recitata<sup>(49)</sup>.

*dem obiecto pia utens mente, assequi potest etiam indulgentiam plenariam die festo sanctorum Apostolorum Petri et Pauli, addita tamen, qualibet legitima formula, fidei professione».*

<sup>(44)</sup> EI 1999, norma 15: «*Christifidelis indulgentiam consequi valet si devote utitur aliquo ex sequentibus pietatis obiectis, rite benedicto: nempe crucifixo vel cruce, corona, scapulari, numismate».*

<sup>(45)</sup> EI 1999, conc. 14: «*Obiectorum pietatis usus. § 1. Plenaria indulgentia conceditur christifideli qui, in sollemnitate Ss. Apostolorum Petri et Pauli, pietatis obiecto, sub norma n. 15 definito, a Summo Pontifice aut a quolibet Episcopo benedicto, pia mente utitur, addita tamen qualibet legitima formula Fidei professione. § 2. Partialis indulgentia conceditur christifideli qui huiusmodi pietatis obiecto, a quovis sacerdote vel diacono rite benedicto, pia utitur mente».*

<sup>(46)</sup> Eccetto per l'indulgenza *in articulo mortis*. Cf. EI 1968, norma 24; EI 1986, norma 24; EI 1999, norma 18. L'attuale primo paragrafo corrisponde ai §§ 1 e 3 delle edizioni precedenti. Per l'indulgenza parziale, si è soppresso l'improbabile «*nisi aliud expresse statuatur*» (è evidente tuttavia che l'indulgenza parziale concessa durante una celebrazione liturgica è acquistabile una sola volta e dai soli presenti).

<sup>(47)</sup> EI 1968, norma 31; EI 1986, norma 24; EI 1999, norma 21.

<sup>(48)</sup> Penitenzieria Apostolica, *Responsio ad propositum dubium*, 1° luglio 1992 (AAS 84 [1992] 935).

<sup>(49)</sup> Purché la versione sia stata legittimamente approvata. EI 1968, norma 32; EI 1986, norma 25: «*Indulgentia alicui orationi adnexa acquiri potest quocumque idiomate oratio recitetur, dummodo de fidelitate versionis constet ex declaratione vel Sacrae Paenitentiarie vel unius ex Ordinariis vel Hierarchis locorum ubi vulgaris est lingua in quam versa est oratio*»; EI 1999, norma 22: «*Indulgentia alicui orationi... recitetur, dummodo versio sit a competente ecclesiastica auctoritate adprobata*».

### C. *Le concessioni: le principali novità.*

L'*Enchiridion*, nella sua ultima edizione prima del Concilio Vaticano II, era una raccolta di 781 concessioni di indulgenze. Nella Costituzione apostolica *Indulgentiarum doctrina*, Paolo VI aveva indicato: «L'*Enchiridion indulgentiarum* sarà riveduto in modo che solamente le più importanti preghiere e opere di pietà, di carità e di penitenza siano indulgentiate»<sup>(50)</sup>. Le tre prime edizioni postconciliari contenevano 3 concessioni generali e 70 concessioni particolari, seguendo l'ordine alfabetico dell'edizione latina.

La quarta edizione comprende 4 concessioni generali e 33 concessioni particolari. È stato abbandonato l'ordine esclusivamente alfabetico delle concessioni, perché presentava non poche difficoltà soprattutto per le traduzioni<sup>(51)</sup>. Le concessioni sono state raggruppate secondo un criterio sistematico: ciò spiega la loro sola apparente diminuzione<sup>(52)</sup>, e rende più chiaro ai fedeli le opere e i pii esercizi, che la Chiesa predilige<sup>(53)</sup>.

Anche per rispondere all'attesa di molti fedeli, è sembrato necessario insistere sulle facoltà delle varie assemblee episcopali<sup>(54)</sup>, circa la determinazione degli elenchi delle preghiere maggiormente diffuse nei loro rispettivi territori. Infatti il diritto particolare, in questo campo, era rimasto finora lettera morta<sup>(55)</sup>. Poiché, inoltre, nella Chiesa «le singole parti portano i propri doni alle altre parti e a tutta

<sup>(50)</sup> ID, norma 13.

<sup>(51)</sup> Già in latino l'ordine alfabetico non era così pratico: infatti, l'adorazione del Ss.mo era sotto la lettera A (*Adoratio Ss. Sacramenti*), ma l'adorazione della Croce era sotto la lettera C (*Crucis adoratio*); la visita delle basiliche patriarcali sotto la B (*Basilicarum Patriarcalium in Urbe visitatio*) e la visita della chiesa parrocchiale sotto la V (*Visitatio ecclesiae paroecialis*), ecc. Evidentemente questo ordine, già un po' discutibile in latino, perdeva anche il suo carattere alfabetico nelle diverse traduzioni dell'*Enchiridion*.

<sup>(52)</sup> Per esempio, la conc. 17 «Preghiere alla B.V.M.», raggruppa 8 precedenti concessioni (9, 30, 31, 32, 48, 51, 52, 57); la conc. 29, «Per i Defunti», ne sintetizza 4 (13, 18, 46, 67).

<sup>(53)</sup> Inoltre, per facilitare le ricerche dei fedeli, sono stati elaborati tre diversi indici (A. Preghiere; B. Indulgenze plenarie: 1) lucrabili ogni giorno, 2) legate a una data stabilita nel calendario, 3) concesse per circostanze particolari; C. Indice generale).

<sup>(54)</sup> Cf. per le Chiese orientali, le rispettive norme di legge; per la Chiesa latina, il can. 447.

<sup>(55)</sup> Cf. Decreto; Note Previe, 7; Altre concessioni, Proemio, 2; Preghiere alla B.V.M., conc. 17; Preghiere per i defunti, conc. 29... ed in altre concessioni, dove le preghiere sono date a titolo di esempi.

la Chiesa, e così il tutto e le singole parti sono rafforzate»<sup>(56)</sup>, è stata inserita, nell'edizione tipica, una concessione particolare proponendo, alla devozione dei fedeli di tutti i riti, le più belle preghiere delle diverse tradizioni orientali<sup>(57)</sup>.

L'*Enchiridion indulgentiarum* elenca dapprima quattro concessioni di carattere generale, che servono a dare il tono alla vita cristiana di ogni giorno<sup>(58)</sup>. Esse infatti rappresentano una guida semplice e sicura per il fedele che desidera raggiungere la perfezione cristiana alla quale tutti siamo chiamati<sup>(59)</sup>, invitandolo «ad informare allo spirito cristiano le azioni di cui è intessuta la sua vita, ed a cercare la perfezione della carità nelle sue ordinarie occupazioni»<sup>(60)</sup>. La prima concessione premia l'offerta del lavoro e delle sofferenze; la seconda le opere di misericordia; la terza le opere di penitenza.

La quarta concessione generale è una novità dell'ultimissima edizione dell'*Enchiridion*. Conseguendo l'indulgenza parziale il fedele che «nelle circostanze della vita quotidiana» dà «una chiara testimonianza della propria fede», per la gloria di Dio e l'edificazione della Chiesa: per esempio segnandosi prima di prendere i pasti o quando si inizia un viaggio. Cristo ci ha detto: «avrete forza dallo Spirito Santo che scenderà su di voi e mi sarete testimoni»<sup>(61)</sup>. «Chiunque riconosce che Gesù è il Figlio di Dio, Dio dimora in lui ed egli in Dio»<sup>(62)</sup>. Perciò, oggi come nei tempi apostolici, non dobbiamo vergognarci «della testimonianza da rendere al Signore nostro»<sup>(63)</sup>.

Le altre nuove concessioni di particolare importanza concernono il consolidamento delle basi della famiglia, oggi messa a dura prova (consacrazione delle famiglie al Ss.mo Cuore di Gesù o alla Santa Famiglia)<sup>(64)</sup>; la comunione nella preghiera supplice della Chiesa universale (mediante la partecipazione operosa sia alle giornate universalmente dedicate a specifiche finalità religiose<sup>(65)</sup>, sia

<sup>(56)</sup> *Lumen gentium* 13.

<sup>(57)</sup> EI 1999, conc. 23.

<sup>(58)</sup> EI 1999, *Praenotanda*, 6.

<sup>(59)</sup> CIC 1983, can. 210.

<sup>(60)</sup> EI 1999, *Quattuor concessiones generaliores, promium*, 1.

<sup>(61)</sup> *Act* 1,8.

<sup>(62)</sup> *1 Io* 4,15.

<sup>(63)</sup> *2 Tim* 1,8.

<sup>(64)</sup> EI, conc. 1.

<sup>(65)</sup> EI 1999, conc. 5 (per esempio per promuovere le vocazioni sacerdotali e re-

alla settimana per l'unità dei cristiani)<sup>(66)</sup>; il culto da tributare a Gesù realmente presente nel Ss.mo Sacramento (Processione eucaristica)<sup>(67)</sup>.

Sono state allargate alcune precedenti concessioni, relativamente alla recita del rosario mariano<sup>(68)</sup> o dell'inno Akathistos o dell'ufficio *Paraclisis*<sup>(69)</sup>, fatta in chiesa od oratorio, oppure fuori ma collettivamente<sup>(70)</sup>; al culto dei Santi e dei Beati<sup>(71)</sup>; alle preghiere per i pastori<sup>(72)</sup>; alle preghiere di supplica e di ringraziamento<sup>(73)</sup>; alle celebrazioni giubilari delle ordinazioni sacre<sup>(74)</sup>; alla lettura della Sacra Scrittura<sup>(75)</sup>, alla visita dei luoghi sacri<sup>(76)</sup>. Questa ultima concessione, per esempio, contiene non poche innovazioni: sia per la visita alle basiliche patriarcali dell'Urbe<sup>(77)</sup>; sia per l'esplicita menzione delle basiliche minori<sup>(78)</sup>, delle cattedrali<sup>(79)</sup>, dei santuari rico-

---

ligiose, per dedicare una particolare cura pastorale ai malati e infermi, per aiutare i giovani a rafforzarsi nella vita di fede e a condurre una vita senza macchia, ecc.).

<sup>(66)</sup> EI 1999, conc. 11 (18-25 gennaio).

<sup>(67)</sup> EI, conc. 7 § 1, 3°. Questa nuova concessione consacra il felice ritorno delle solenni processioni eucaristiche.

<sup>(68)</sup> EI 1999, conc. 17 § 1, 1°.

<sup>(69)</sup> EI 1999, conc. 23 § 1. Come l'ha osservato Giovanni Paolo II, « la Chiesa deve respirare dai suoi due polmoni ».

<sup>(70)</sup> Cioè non più solamente la famiglia, la comunità religiosa, l'associazione di fedeli giuridicamente costituita, ma qualsiasi gruppo, che si riunisce per un fine onesto.

<sup>(71)</sup> EI 1999, conc. 21 § 2 (circa il culto dei nuovi santi e beati).

<sup>(72)</sup> EI 1999, conc. 25 (cf. 2°: per il Vescovo eparchiale o diocesano, all'inizio del suo ministero pastorale o nell'anniversario).

<sup>(73)</sup> EI 1999, conc. 26 (cf. § 2, 3°: preghiera prima e dopo il pasto).

<sup>(74)</sup> EI 1999, conc. 27 § 2. In considerazione dell'allungamento della durata media della vita, il diritto prevede ormai l'indulgenza plenaria per il 70° di ordinazione sacerdotale. E la concessione è stata estesa anche agli anniversari di ordinazione episcopale (25°, 40°, 50°).

<sup>(75)</sup> Cf. sotto.

<sup>(76)</sup> EI 1999, conc. 33.

<sup>(77)</sup> EI 1999, conc. 33 § 1, 1°. Nelle edizioni precedenti (EI 1968 e 1986, conc. 11), il fedele lucrava l'indulgenza plenaria, visitando una delle basiliche patriarcali, 1) *die festo Titularis*; 2) *quolibet die festo de praecepto*; 3) *semel in anno, alio die ab ipso christifideli eligendo*. Ormai il fedele l'acquista, *vel cum aliis ad ipsam peregrinans, vel saltem durante visitatione eliciens affectum filialis subiectionis erga Romanum Pontificem*.

<sup>(78)</sup> *Ibid.*, 2°. Secondo il tenore del Decreto *Domus Dei*, del 6 giugno 1968 (AAS 60 [1968] 536-539).

<sup>(79)</sup> *Ibid.*, 3°. La chiesa cattedrale è « *signum magisterii potestatisque pastoris Ecclesiae particularis necnon signum unitatis credentium in ea fide, quam Episcopus, tamquam gregis pastor, annuntiat* » (CE 42). la Penitenzieria ha stabilito 5 indulgenze plena-

nosciuti dall'autorità ecclesiastica<sup>(80)</sup>, infine dei pellegrinaggi collettivi come opere indulgenziate<sup>(81)</sup>.

L'uso delle indulgenze, oggi come nel passato, si adatta alle circostanze dei luoghi e dei tempi. Mentre nel medioevo, esso favorì anche la realizzazione di moltissime opere di pubblica utilità<sup>(82)</sup>; oggi non esita ad avvalersi della radio e della televisione, che, se ben utilizzate, possono anche trasformarsi da mezzi della comunicazione sociale in canali di comunione ecclesiale.

Quando il Santo Padre o il vescovo diocesano, impartisce la benedizione papale, se per una causa ragionevole, un fedele non può essere fisicamente presente alla cerimonia, non perde l'indulgenza plenaria se, durante la celebrazione dei riti, devotamente riceve la benedizione per mezzo della radio o della televisione<sup>(83)</sup>.

Il medesimo principio è stato esteso per il Rosario e il pio esercizio della *Via Crucis*: Un fedele può lucrare l'indulgenza plenaria, quando piamente si unisce alla recita del Rosario o al pio esercizio della *Via Crucis* presieduto dal Santo Padre, e diffuso in diretta televisiva o radiofonica<sup>(84)</sup>. Non si è comprensibilmente esteso la concessione all'ascolto di videocassette<sup>(85)</sup>, e neppure alle cerimonie in differita<sup>(86)</sup>, perché sia preservata l'unità morale con la celebrazione

rie per la pia visita alla cattedrale (oltre le due già concesse alle chiese parrocchiali — solennità del Titolare e Porziuncola —, tre altre, ponendo in risalto il significato della cattedrale: solennità dei Ss. Apostoli, Pietro e Paolo; Cattedra di S. Pietro; Dedicazione dell'Arcibasilica Lateranense).

<sup>(80)</sup> Il Codice piano-benedettino non conteneva né una definizione, né una legislazione particolare sui santuari. Per la Chiesa latina è ormai cosa fatta (CIC 1983, cann. 1230-1234). L'indulgenza viene concessa per la solennità del Titolare; una volta all'anno, in un giorno scelto dal fedele; ogni volta che egli prende parte ad un pellegrinaggio collettivo che vi si fa (EI 1999, conc. 33 § 1, 4°).

<sup>(81)</sup> EI 1999, conc. 33 § 1, 1° e 4°.

<sup>(82)</sup> Non solo chiese, ma anche ospedali, ospizi, scuole, ponti, strade, ecc.

<sup>(83)</sup> EI 1999, conc. 4.

<sup>(84)</sup> EI 1999, conc. 17 § 1 e conc. 13, 2°. Il Rosario viene abitualmente recitato dal Santo Padre il primo sabato del mese e diffuso tramite radio e televisione; parimenti per la *Via Crucis* al Colosseo il Venerdì Santo.

<sup>(85)</sup> Che possono vedersi all'infinito.

<sup>(86)</sup> Qualcuno potrebbe pensare che così molti fedeli vengono privati dell'indulgenza. In realtà se un fedele non può accendere la radio al momento della benedizione, senza grave incommodo (notte fonda), egli può sempre acquistare la stessa indulgenza con la benedizione papale impartita, nel momento giusto, dal proprio Vescovo o dal Nunzio Apostolico. Anche in questo caso vale la diretta televisiva o radiofonica: S. Pe-

del Santo Padre. Infine, se per infermità o qualsiasi altra causa ragionevole, un fedele non è in grado di leggere la Sacra Scrittura, può conseguire l'indulgenza, meditando il testo sacro, con l'aiuto di strumenti « video » o « audio »<sup>(87)</sup>.

Dopo queste considerazioni circa le novità della quarta edizione dell'*Enchiridion indulgentiarum*, ormai nel tempo sacro del pienissimo Perdono giubilare, non dobbiamo perdere di vista che « È prima di tutto il desiderio di intensificare la penitenza e la carità nel popolo cristiano che porta la Chiesa ad annunciare delle indulgenze o indire dei giubilei »<sup>(88)</sup>. Con l'aggiornamento della disciplina delle indulgenze, Paolo VI, infatti, ha reso più chiaro ai buoni fedeli che praticano le indulgenze che « la Chiesa (con queste) intende venire incontro ai suoi figli non solo per aiutarli a soddisfare le pene dovute per i peccati, ma anche e soprattutto per spingerli ad un maggiore fervore di carità »<sup>(89)</sup>. Alla luce della nuovissima edizione dell'*Enchiridion*, auguro a tutti un santo giubileo.

JEAN-MARIE GERVAIS

---

nitenzieria, Decreto *De indulgentiis ope instrumentis televisifici vel radiophonici lucrantis*, 14 dic. 1985 (AAS 78 [1986] 293-294; EI 1999, conc. 4).

<sup>(87)</sup> EI 1999, conc. 30 (Si intende facendo uso di un testo approvato dall'autorità ecclesiastica).

<sup>(88)</sup> CHARLES JOURNET, *Teologia delle Indulgenze*, Ancora, Milano, 1966, p. 50.

<sup>(89)</sup> PAOLO VI, *Discorso al Sacro Collegio ed alla Prelatura Romana*, 23 dicembre 1966 (AAS 59 [1967] 57).

## LA SPECIFICITÀ DELLE «FACOLTÀ ABITUALI» ALL'INTERNO DELLA DELEGA (Can. 132 CIC '83)

1. Il problema della natura giuridica delle «facoltà abituali». — 2. Le «facoltà abituali» e la divisione della potestà in ordinaria e delegata. — 3. Norme specifiche del CIC '83 sulle «facoltà abituali». — 4. Elementi in ordine alla costruzione giuridica della figura. — 5. Alcune conseguenze per quanto riguarda il regime giuridico applicabile. — 6. Considerazioni conclusive.

### 1. *Il problema della natura giuridica delle «facoltà abituali».*

Le «facoltà abituali» appaiono come una figura giuridica esistente nel diritto della Chiesa, alla quale si è prestata scarsa attenzione, almeno in prospettiva di dogmatica giuridica, e che tuttavia, a giudicare dalla prassi, risulterebbe essere uno strumento di particolare rilievo per la flessibilizzazione dell'ordinamento giuridico canonico in temi di competenza, a causa soprattutto, delle sue peculiari caratteristiche che la situano, per così dire, come una sorta di spartiacque, a metà strada tra le nozioni di potestà ordinaria e di potestà delegata disegnate dal can. 131 CIC '83. Per quanto riguarda il diritto latino, questa figura giuridica trova la sua espressione normativa principale, benché non unica, nel canone 132 CIC '83 che, nel contesto delle norme sulla *potestas regiminis*, tratta appunto di queste facoltà<sup>(1)</sup>. Ed è solitamente in riferimento a questo canone che si parla delle «facoltà abituali» come di una figura giuridica autonoma o di una categoria giuridica a sé.

In esso si dice, in modo molto prammatico, che «*facultates habituales reguntur praescriptis de potestate delegata*»<sup>(2)</sup>. Dinanzi a questa disposizione codiciale risulta infatti naturale parlare di una fi-

(1) Nel Codice Orientale, la figura trova anche spazio e appare regolata con carattere generale al can. 982, sostanzialmente identico al suddetto can. 132 del CIC '83.

(2) Can. 132 § 1 CIC '83.

gura giuridica con una propria identità. Vale a dire, poiché all'interno delle norme generali del CIC '83 sulla potestà di regime si riserva a queste facoltà un apposito canone esse vengono considerate come una peculiare categoria giuridica. Meno chiaro appare invece il compito di determinare quale possa essere la specificità di tale figura. Ne è prova il fatto che, in termini generali, non sono molti i riferimenti degli autori a questa concreta problematica, come se vi fosse una certa difficoltà al momento di individuare gli elementi configuratori e caratteristici delle «facoltà abituali».

In verità questa constatazione non dovrebbe destare stupore, poiché l'identità di questo peculiare istituto canonico — se vogliamo denominarlo così — è stata problematica fin dalla promulgazione del Codice Piano-benedettino, in cui le «facoltà abituali» apparivano regolate all'interno della normativa sui privilegi e venivano assimilate ai *privilegi praeter ius*<sup>(3)</sup>. Tra i commentatori del vecchio *Codex* vi furono, infatti, diverse opinioni intorno alla natura di queste facoltà; opinioni riapparse poi nei dibattiti dei consultori durante i lavori di revisione del Codice<sup>(4)</sup>.

Senza voler fare ora un'esposizione dettagliata dell'*iter* dell'attuale can. 132, ci limiteremo a segnalare che si trattò, senza dubbio, di un percorso travagliato. Il modo di impostare la regolazione delle «facoltà abituali» era rimasto, in un primo momento, sostanzialmente identico a quello fissato dal legislatore del 1917, come risulta con chiarezza dalle norme proposte nello Schema del 1977<sup>(5)</sup>. In se-

(3) Il primo paragrafo del can. 66 del CIC '17, diceva: «Facultates habituales quae conceduntur vel in perpetuum vel ad praefinitum tempus aut certum numerum casuum accensentur privilegiis praeter ius». Questo canone, che costituisce il principale precedente del can. 132 CIC '83, conteneva altri due paragrafi, uno relativo al transito al successore delle «facoltà abituali» concesse agli ordinari (recepito poi nel § 2 di questo medesimo can. 132) ed un altro riguardante il modo di interpretare le facoltà (non passato invece al Codice del 1983, poiché innecessario).

(4) Per un approfondimento delle posizioni dei commentatori del CIC '17 e quindi della problematica sottostante al dibattito tra i consultori si possono consultare utilmente due studi recenti: A. McCORMACK, *The term «privilege». A Textual Study of its Meaning and Use in the 1983 Code of Canon law*, Roma 1997, capitolo IX, specialmente le pp. 221-225, e anche cap. XI, pp. 243-244; J. GONZÁLEZ AYESTA, *La naturaleza jurídica de las «facultades habituales» en la Codificación de 1917*, Roma 1999, cap. III, specialmente pp. 131-142.

(5) Cfr. il can. 76 dello Schema del 1977 del libro I (PONTIFICIA COMMISSIO CODICIS IURIS CANONICI RECOGNOSCENDO, *Schema Canonum Libri I «De Normis Generalibus» (Reservatum)*, Typis Polyglottis Vaticanis 1977). Il *coetus* «De Normis Generali-

guito, però, alla consultazione tenutasi su quello Schema e alle osservazioni arrivate alla Commissione per la revisione, si pensò di trasferire la norma sulle «facoltà abituali» del titolo sui privilegi al titolo sulla *potesas regiminis* (6). Ebbe allora luogo un ampio dibattito tra i consultori, senza che in nessun momento ci fosse pieno accordo tra di loro riguardo alla natura giuridica di quelle facoltà (7). Alla fine, si decise di inserire il canone sulle «facoltà abituali» tra i canoni concernenti la potestà di governo, concretamente dopo quello sulla divisione della potestà in ordinaria e delegata, ma con un atteggiamento prammatico che di proposito evitava la questione della natura giuridica di queste facoltà (8). Riflesso palese e conseguenza di questo atteggiamento di cui parliamo è la formulazione definitiva del primo paragrafo dell'attuale can. 132 CIC, ove semplicemente s'indica che le «facoltà abituali» vengono rette dalle disposizioni sulla potestà delegata, senza aggiungere altri elementi che potessero far riferimento alla loro natura giuridica. In questo modo, come affermava il Segretario del *coetus*, si segnalava una certa impostazione o linea da

---

bus» si era occupato dei canoni sui privilegi nella *Sessio* III, che ebbe luogo del 19 al 23 febbraio 1968, e il testo del canone sulle «facoltà abituali» che i consultori approdarono in quella sessione coincideva, salvo lievi modifiche, con quello che poi sarebbe stato quel can. 76 dello Schema del 1977. La documentazione relativa a questa *Sessio* III si può trovare in «Communicationes» 19 (1987) pp. 19-67; per quanto riguarda specificamente il nostro canone, cfr. le pp. 36-38; 40; 48; 50-51, 65 e 102.

(6) «*Visis animadversionibus, Rev.mus Secretarius Ad. proponitur ut accipiatur observatio facta a duobus Episcoporum Conferentiis transferendi § 1 [can. 76 dello Schema del 1977] uti can. 98-bis*» («Communicationes» 23 (1991) p. 197).

(7) Il Segretario sosteneva che le «facoltà abituali» si approssimavano ai privilegi in quanto che erano concesse a persone determinate per atto particolare e grazioso, e che pertanto era meglio non trasferirle al capitolo sull'esercizio della potestà di regime. Altri, invece, vedevano la questione diversamente e sostenevano che con le «facoltà abituali» si dava una certa trasmissione di potestà, che non era né totalmente ordinaria né totalmente delegata, aggiungendo che non si trattava di una grazia poiché non si davano in favore dei vescovi, bensì di altri. Un altro segnalava, in questa stessa linea, che le «facoltà abituali» erano una fonte di potestà, attraverso la quale si potevano concedere anche dei privilegi e che erano una sorta di delega. Altri, da parte loro, mettevano l'accento sulla specificità di questa figura, sottolineando il fatto che si trattava di una categoria a sé, di un istituto giuridico proprio della Chiesa. Per tutte queste opinioni, cfr. «Communicationes» 23 (1991) p. 197.

(8) Anche dopo aver deciso di trasferire il canone sulle «facoltà abituali» all'ambito della potestà di governo continuarono ad apparire diversità di posizioni tra i consultori sulla natura di queste facoltà, soprattutto in rapporto alla divisione della potestà in ordinaria e delegata (cfr. «Communicationes» 23 (1991) p. 222).

seguire, lasciando per aperta la strada alla evoluzione della dottrina<sup>(9)</sup>.

Risulta dunque più che legittimo domandarsi se veramente le «facoltà abituali» abbiano una propria identità e quindi meritino una specifica attenzione. E, poiché l'assimilare queste facoltà tra i privilegi *praeter ius*, come faceva il Codice del '17, appare oggi una posizione superata dalla scelte compiute dal legislatore, una tale domanda dovrebbe, a nostro avviso, incentrarsi sulle peculiarità delle «facoltà abituali» all'interno della delega, e cioè nel contesto delle tecniche giuridiche di attribuzione di funzioni. La questione da porsi si potrebbe dunque formulare in questi termini: vi è una specificità delle «facoltà abituali» all'interno della delega, che fa sì che esse costituiscano propriamente una categoria giuridica a sé?

## 2. *Le «facoltà abituali» e la divisione della potestà in ordinaria e delegata.*

La decisione del legislatore del 1983 di regolare le «facoltà abituali» all'interno della normativa sulla *potestas regiminis*, vedendo in esse una forma di trasmissione di potestà, è stata pacificamente ricevuta dai canonisti. Ed infatti, la dottrina canonica si è per lo più limitata a sottolineare che le «facoltà abituali» andavano ricondotte all'ambito della potestà delegata e non a quello della potestà ordinaria<sup>(10)</sup>. Si è così ulteriormente consolidato quel superamento dell'impostazione del precedente *Codex* a cui abbiamo fatto riferimento in precedenza.

Va comunque precisato, in questo contesto, che alcuni autori distinguono due tipi o categorie di «facoltà abituali». Così, il Laban-

(9) «Hoc modo iam aliqua linea innuitur sed via remanet aperta doctrinae evolutioni» («Communicationes» 23 (1991) p. 223).

(10) Questa è la linea generalmente seguita nei commenti ai cann. 131 e 132 del CIC '83. Cfr., tra gli altri, V. DE PAOLIS, in AA.VV., *Il diritto nel mistero della Chiesa*, vol. I, a cura del gruppo Italiano Docenti di Diritto Canonico, Roma 1986, p. 390-392; J. GARCÍA MARTÍN, *Le Norme Generali del Codex Iuris Canonici*, Roma 1996, pp. 499-500; F.J. URRUTIA, *De Normis Generalibus. Adnotationes in Codicem: Liber I*, Romae 1983, pp. 90-91 (cann. 131 e 132); R.A. HILL, *sub can. 132*, in AA.VV., *The code of canon law; a text and a commentary*, London 1985; L. CHIAPPETTA, *Il Codice di Diritto Canonico: commento giuridico-pastorale*, vol. I, Napoli 1988, nn. 831-834; B. GANGOITI, *Sub can. 132*, in A. BENLLOCH POVEDA (dir.), *Código de derecho canónico: edicion bilingüe, fuentes y comentarios de todos los cánones*, Valencia 1993.

deira afferma: «Alcune sono facoltà in senso proprio, essendo partecipazione alla potestà di governo, di amministrazione o di santificazione, concesse per il bene dei fedeli o della Chiesa a chi ne è privo: in questo caso si tratta di una vera delega. Altre sono facoltà improprie nel senso che non suppongono la ricezione di un potere che non si ha (il che è proprio della delega), ma soltanto di una licenza per esercitare validamente o lecitamente il potere che già si ha...»<sup>(11)</sup>. Questa precisazione non smentisce tuttavia quanto affermato prima, poiché in fondo la dottrina viene a concordare sul fatto che si possa parlare propriamente di «facoltà abituali» soltanto laddove si verifichi un'autentica concessione ad un soggetto di taluni poteri o funzioni di cui non era investito in precedenza<sup>(12)</sup>. Ed in tale ottica, il

---

(11) E. LABANDEIRA, *Trattato di diritto amministrativo canonico*, Milano 1994, p. 125. Cfr. anche, J.I. ARRIETA, *Diritto dell'Organizzazione ecclesiastica*, Milano 1997, pp. 209-210. Da parte sua, Viana, al momento di riferirsi alla varietà di contenuti delle «facoltà abituali» riprende queste due diverse fattispecie, benché non parli esplicitamente di facoltà in senso proprio e improprio (cfr. A. VIANA, *Organización del gobierno en la Iglesia*, Pamplona 1995, p. 63). In altri autori, invece, questa distinzione tra «facoltà abituali» in senso proprio e improprio non appare formulata, oppure assume un senso diverso come nel caso di Gangoiti e di García Martín (cfr. B. GANGOITI, *sub can. 132*, in A. BENLLOCH POVEDA (Dir.), *Código de Derecho Canónico*, cit.; J. GARCÍA MARTÍN, *Le Norme Generali del Codex Iuris Canonici*, cit., p. 500).

(12) Un problema diverso è quello che riguarda la comprensione della natura e quindi la qualifica giuridica di quelle facoltà richieste dal diritto per la valida o lecita amministrazione dei sacramenti (che si potrebbero semplicemente denominare, a nostro avviso, «facoltà ministeriali»). Queste «facoltà ministeriali» si annovererebbero, secondo un parte degli autori, tra le «facoltà abituali» in senso improprio. In questo senso, oltre ai riferimenti alle opere del Labandeira e dell'Arrieta fatti nella nota precedente, si possono anche vedere: E. LABANDEIRA, *La naturaleza jurídica del poder de absolver los pecados desde la perspectiva del Vaticano II y del nuevo Código*, in IDEM, *Cuestiones de Derecho Administrativo Canónico*, Pamplona 1992, specialmente pp. 235-246; E. CORECCO, *Natura ed struttura della «Sacra Potestas»*, in *Ius et Communio. Scritti di Diritto Canonico* (a cura di G. Borgonovo e A. Cattaneo) Ed. Piemme 1997, specialmente pp. 476-482. Senza volerci ora soffermare sul problema della natura giuridica delle «facoltà ministeriali», ci sembra tuttavia interessante ricordare qui una norma presente nel Codice Orientale riguardante il loro regime giuridico: al can. 995 CCEO viene stabilito con carattere generale che, se non è disposto diversamente per diritto comune o se non consta dalla natura delle cose, le prescrizioni sulla potestà esecutiva di governo valgono anche per le facoltà richieste dal diritto per la valida celebrazione e amministrazione dei sacramenti. Pensiamo che si tratti di una norma utile poiché così, dipendendo dalla via attraverso la quali tali facoltà si ricevano (*ex officio*, per delega *a iure*, per delega *ab homine*, o come «facoltà abituali»), si potrebbero trovare le norme più adeguate ad ogni singolo caso.

problema sul quale dobbiamo interrogarci è, come già ricordato, quello delle caratteristiche specifiche di queste facoltà considerate nel quadro generale della delega.

Prima però di affrontare direttamente la problematica in parola, risulta necessario, a nostro avviso, fare un riferimento preliminare alla tradizionale divisione della potestà di governo in potestà ordinaria e delegata, allo scopo di chiarire meglio il tipo di fenomeno giuridico al quale facciamo riferimento, e il contesto in cui esso si colloca<sup>(13)</sup>. Del resto, la decisione di collocare le «facoltà abituali» all'interno del titolo sulla potestà di governo, e concretamente subito dopo il can. 131, che sancisce questa distinzione, nonché i dibattiti tra i consultori che precedettero tale decisione, mostrano la convenienza di soffermarsi su questo punto. Tuttavia, poiché questa distinzione è ben nota a tutti, tale riferimento sarà breve e limitato a quelle finalità più direttamente collegate con il nostro studio.

Come ben segnala il Labandeira, uno dei problemi che pone l'interpretazione del can. 131 nasce dalla diversità di criteri che esso adopera al momento di qualificare l'uno e l'altro tipo di potestà. Infatti, mentre per la qualifica della potestà ordinaria si usano due criteri di diverso ordine, l'uno riguardante l'attribuzione della potestà ad un ufficio (*alicui officio adnectitur*), e l'altro riguardante la modalità di tale attribuzione (*ipso iure*), invece la potestà delegata si qualifica soltanto in base ad un criterio: l'attribuzione della potestà alla persona, non all'ufficio (*ipsi personae non mediante officio conceditur*). Non vi è dunque piena corrispondenza o parallelismo nei criteri seguiti nella formulazione legale<sup>(14)</sup>.

«La distinzione tra potestà ordinaria e potestà delegata — continua il Labandeira — sarebbe semplice se vi fosse piena corrispon-

---

<sup>(13)</sup> In realtà, a ben guardare le cose, la categoria di «delegata», che nel can. 131 si applica esclusivamente alla potestà di governo, potrebbe essere anche applicata in un senso più largo anche ad altre funzioni, mansioni o «possibilità di agire»: quelle non annesse ad un ufficio dallo stesso diritto, bensì concesse direttamente ad una persona. Questa prospettiva mette davanti alla distinzione tra la delega *in quanto tecnica amministrativa* e la *potestà delegata*. Distinzione da tener presente, in quanto permette di considerare la delega come una tecnica di trasferimento inorganico dell'esercizio di determinate funzioni, anche se esse non comportassero una vera e propria potestà di governo (in materia vid. J.I. ARRIETA, *Diritto dell'Organizzazione ecclesiastica*, cit., cap. VII, ed in particolare le pp. 197-200). Noi consideriamo qui la delega in questo senso ampio, cioè in quanto tecnica di attribuzione di funzioni.

<sup>(14)</sup> Cfr. E. LABANDEIRA, *Trattato di diritto amministrativo canonico*, cit., p. 104.

denza tra i due criteri, e se fosse possibile affermare che la prima è annessa all'ufficio dallo stesso diritto, mentre la seconda è attribuita dal superiore ad una persona concreta. Vi sono, però, alcuni poteri che non rientrano in nessuna di queste ipotesi, giacché si danno casi nei quali, per diritto, è concessa una potestà che non è annessa ad un ufficio; o anche casi nei quali il Superiore attribuisce un potere ad una persona in ragione dell'ufficio che svolge. La dottrina tradizionale definisce queste ipotesi come forme di delegazione: la prima come delegazione *a iure*, la seconda e tipico esempio di facoltà abituale concessa al titolare di un ufficio»<sup>(15)</sup>.

Per quanto a noi interessa il punto centrale della problematica rimane qui ben descritto. I criteri legali per la distinzione tra la potestà ordinaria e quella delegata non corrispondono pienamente fra di loro, e di conseguenza questa seconda categoria presenta un certo carattere «residuale». Ciò vuole dire che all'interno della delega risulta possibile individuare dei fenomeni giuridici che possono presentare, e di fatti presentano, una o più caratteristiche in qualche modo più vicine a quelle proprie della potestà ordinaria che non a quelle altre tipiche della delega *ab homine*, intesa appunto come prototipo o paradigma dei fenomeni di delega: così ad esempio quando la concessione alla persona è fatta dal diritto stesso (deleghe *a iure*); oppure quando la concessione è fatta ad una persona in vista dell'ufficio di cui è titolare.

Quest'ultima ipotesi costituisce l'oggetto principale del presente studio. Si tratta dunque di quei casi in cui viene fatta ad una persona una concessione *ab homine* di potestà intesa in senso largo ma con diretto riferimento all'ufficio di cui essa è titolare — al punto tale da poter parlare di una concessione fatta al titolare *qua talis*, cioè in quanto titolare — rimanendo poi tale potestà come attaccata o legata all'ufficio stesso, pur non entrando a far parte di esso. Il particolare rapporto della potestà concessa con un ufficio in senso proprio è l'elemento che avvicina questa ipotesi alla potestà ordinaria; tuttavia, il fatto che la concessione avvenga attraverso un atto singolare (cioè *ab homine*, non *a iure*) e il fatto che non esista una vera e propria annes-

---

(15) *Ibidem*, pp. 104-105. Anche altri autori fanno riferimento alla delega *a iure* e alle «facoltà abituali» nel trattare della distinzione del can. 131 CIC '83; cfr., tra altri, H. PREE, in AA.VV., *Handbuch des Katholischen Kirchenrechts*, Regensburg 1983, p. 132; L. CHIAPPETTA, *Il codice di diritto canonico*, vol. I, cit., nn. 819-820.

sione all'ufficio fanno sì che essa rimanga nell'alveo dei fenomeni di delega<sup>(16)</sup>.

Determinato così in modo più preciso il fenomeno giuridico a cui stiamo facendo riferimento quando parliamo di «facoltà abituali», la nostra indagine intende ora approfondire, come segnalato prima, la peculiarità di tale fenomeno. A questo scopo, cominceremo per analizzare quelle norme presenti nel Codice specificamente riguardanti le «facoltà abituali», per tentare poi in un secondo momento di ricostruire, in una prospettiva più generale, i tratti caratteristici di questa figura, quelli cioè, capaci di dargli una propria identità all'interno della delega, vista in quanto tecnica amministrativa di trasferimento inorganico di funzioni.

### 3. Norme specifiche del CIC '83 sulle «facoltà abituali».

La norma dell'attuale Codice di Diritto Canonico che riguarda in modo più generale la categoria delle «facoltà abituali» risulta essere, come già indicato in precedenza, il primo paragrafo del can. 132, ove si stabilisce che tali facoltà vengono rette dalle disposizioni sulla potestà delegata. Essa appare, nella sua prammatica formulazione, poco utile in ordine a determinare la specificità di tali facoltà all'interno della delega. Ed in realtà, l'unico elemento valido a tale scopo viene costituito dallo stesso *nomen iuris* che, con carattere appunto generale, si dà alla figura, e ancor più concretamente dalla nota dell'«abitualità»<sup>(17)</sup>.

(16) De Paolis sintetizza la questione riferendosi alle «facoltà abituali» in questi termini: « Si tratta di deleghe così dette *ab homine*. Hanno però la specificazione che esse non sono conferite tanto alla persona in quanto tale, quanto piuttosto in quanto titolare di un ufficio» (cfr. V. DE PAOLIS, in AA.VV., *Il diritto nel mistero della Chiesa*, vol. I, cit., p. 391). Fattispecie diverse sarebbero allora quelle in cui la potestà venisse concessa alla persona non in vista di un ufficio in senso stretto, ma in attenzione ad un *munus publicum* ad essa affidato (come quello di confessore, ad esempio), oppure in considerazione della dignità in cui la persona è costituita (come nel caso delle facoltà recentemente concesse ai Cardinali; facoltà queste che, del resto, appaiono vicine a la tradizionale figura dei privilegi in senso lato).

(17) Per quanto riguarda il termine «facoltà», basti dire che esso viene usato nel *Codex* del 1983 in una molteplicità di sensi (possibilità, opportunità, occasione, autorizzazione, potestà ecc.). In materia, cfr. A. McCORMACK, *The term «privilege»*, cit., specialmente cap. IX, pp. 215 ss.; ma anche i capitoli VII e VIII risultano interessanti riguardo agli usi di «facoltà».

In senso negativo, questa nota o caratteristica dell'«abitualità» esclude in partenza di poter far rientrare nella categoria delle «facoltà abituali» le ipotesi in cui l'esercizio di una potestà si concede limitatamente per uno o più casi singoli perfettamente determinati in quanto alla persona e alla materia (delega *ad casum*). Se poi si volesse approfondire ulteriormente il significato dell'«abitualità» in chiave più positiva, si potrebbe dire che essa comporta nella trasmissione dell'esercizio di certe funzioni o potestà una qualche stabilità e indeterminazione. In altre parole, che quelle funzioni o potestà per potersi considerare come «abituale», debbono concedersi con una certa permanenza temporale e debbono altresì avere un certo carattere astratto, in quanto aperte ad una pluralità di casi concreti e di situazioni che si possano presentare. In questo senso le «facoltà abituali» apparirebbero come una sorta di «fonte» di competenza per agire in una molteplicità di casi concreti, che talvolta potrebbero essere numericamente limitati<sup>(18)</sup>.

Oltre al primo paragrafo del can. 132, altre due norme presenti nell'ordinamento canonico e riferite specificamente alle «facoltà abituali» sono: il secondo paragrafo dello stesso canone, relativo al transito al successore delle facoltà concesse ad un ordinario e il paragrafo terzo del can. 479, concernente la partecipazione dei vicari generali ed episcopali alle «facoltà abituali» concesse dalla Santa Sede al vescovo diocesano<sup>(19)</sup>.

La prima di queste norme dice: «Attamen nisi in eius concessione aliud expresse caveatur aut electa sit industria personae, facultas habitualis Ordinario concessa non perimitur resoluta iure Ordinarii cui concessa est, etiamsi ipse eam exsequi coeperit, sed transit ad quemvis Ordinarium qui ipsi in regimine succedit». Si tratta dun-

---

(18) Labandeira, sulla stessa scia seguita dai commentatori del CIC '17, segnala che si tratta di facoltà concesse in perpetuo o per un tempo determinato senza limiti di casi, o per uno o più casi ma sempre indeterminati, e poi aggiunge a mo' di conclusione che: «La facoltà abituale è caratterizzata da un certo grado di indeterminatezza» (E. LABANDEIRA, *Trattato di diritto amministrativo canonico*, cit., p. 125).

(19) In queste due norme, l'Arrieta riscontra degli elementi validi allo scopo di specificare la natura delle «facoltà abituali», poiché afferma: «L'ordinamento segnala, infatti, due caratteristiche che sono utili a delineare la fisionomia giuridica di questo genere di facoltà: a) l'appropriazione da parte dell'ufficio delle facoltà concesse ad un ordinario [...] (can. 132 § 2); b) la partecipazione dei vicari alle facoltà abituali concesse dalla Santa Sede all'ufficio episcopale (can. 479 § 3)» (J.I. ARRIETA, *Diritto dell'Organizzazione ecclesiastica*, cit., p. 208).

que di una previsione o regola di carattere generale che riguarda determinate concessione fatte ad una persona in quanto titolare di un determinato ufficio (infatti, la condizione di ordinario è legata *ex can.* 134 § 1 a certi uffici che godono di potestà esecutiva ordinaria). E precisamente perché si presuppone che tali facoltà sono state concesse in vista dell'ufficio e non per ragioni personali, se ne dispone con carattere generale il transito al successore<sup>(20)</sup>. Qui si trova la *ratio iuris* della norma, e perciò la possibilità di un tale transito viene esclusa nel caso in cui la persona fosse stata scelta in attenzione alle sue condizioni personali<sup>(21)</sup>.

A una conclusione simile si arriva, se si considera la *ratio iuris* dell'altra norma di cui parlavamo, cioè il can. 479 § 3. In termini generali, i due primi paragrafi di questo stesso canone stabiliscono che ai vicari del vescovo compete in forza dell'ufficio la stessa potestà esecutiva che per diritto spetta al vescovo diocesano (cfr. can. 479 §§ 1 e 2). In altre parole, si stabilisce che la potestà propria dell'ufficio episcopale spetta anche, entro certi limiti, ai vicari in virtù del loro ufficio. Ora, queste disposizioni vengono completate dal terzo paragrafo, ove viene indicato che: «Ad Vicarium generalem atque ad Vicarium episcopalem, intra ambitum eorum competentiae, pertinent etiam facultates habituales ab Apostolica Sede Episcopo concessae [...], nisi aliud expresse cautum fuerit aut electa fuerit industria personae Episcopi dioecesanis» (can. 479 § 3 CIC '83). Le «facoltà abituali» vengono dunque considerate e trattate come poteri che, pur non rientrando nella potestà che per diritto spetta al vescovo diocesano (pertanto delegate e non ordinarie), seguono tuttavia, con carattere generale, un regime giuridico simile a quest'ultima

---

<sup>(20)</sup> In questo senso è stato affermato che: «The second paragraph [can. 132] establishes the presumption of the law itself that habitual faculties are granted to an ordinary in view of the office he holds and not for pure personal reasons. Therefore they pertain to successors in office» (R.A. HILL, *sub* can. 132, in AA.VV., *The code of canon law*, cit.). Gangoiti, da parte sua segnala che: «la filosofía del c. es clara: se trata de una potestad delegada, luego ha de regirse por la morfología de la potestad delegada; son dadas al oficio tramite el titular, pero para el oficio, luego no desaparece por cesar el titular» (B. GANGOITI, *sub* can. 132, in A. BENLLOCH POVEDA (Dir.), *Código de Derecho Canónico*, cit.).

<sup>(21)</sup> De Paolis, segnala a questo riguardo che in tale caso l'elezione *industria personae* deve risultare espressamente (cfr. V. DE PAOLIS, in AA.VV., *Il diritto nel mistero della Chiesa*, vol. I, cit., p. 392). Ed infatti, avendo essa un certo carattere di eccezione non si presume.

in quanto competono anche ai vicari. E questo in ragione dell'esistenza di un particolare collegamento con l'ufficio stesso, nel quale si troverebbe il fondamento per l'assimilazione alla potestà ordinaria<sup>(22)</sup>.

Gli elementi normativi appena indicati rivelano dunque l'esistenza di un tipo di deleghe che godono di una certa stabilità e indeterminatezza e nelle quali vi è normalmente una peculiare relazione o collegamento con un tipo di ufficio di governo (l'ufficio di ordinario); relazione o collegamento, la cui principale manifestazione viene determinata dal transito di tali facoltà al successore nel governo. Niente impedisce però che deleghe di questo tipo possano essere anche concesse — e di fatti ce ne sono chiari esempi — ai titolari di altri uffici di governo, anche se essi non rivestano la condizione giuridica di ordinari ai sensi del can. 134. Infatti, il punto non è tanto quello di essere ordinario o meno, quanto il fatto di essere titolare di un ufficio di governo in vista del quale e per il quale si ricevono determinati poteri per via di delega<sup>(23)</sup>.

In conclusione, l'ordinamento ci offre, in riferimento agli ordinari, elementi utili per tentare di ricostruire, con carattere generale, la figura delle «*facultates habituales*» intesa appunto come un tipo

---

(22) La lettura attenta del can. 479 permette in un qualche modo di contrapporre le «facoltà abituali» di cui al § 3 con la potestà che al vescovo compete per diritto (*iure pertinet*). Elemento questo che potrebbe servire come indizio legale in favore della tesi secondo la quale le «facoltà abituali» *in senso proprio* sono sempre *ab homine* e non *a iure*.

(23) A proposito di quanto abbiamo appena affermato, ci sembra utile introdurre una breve riflessione riguardante le «facoltà abituali» degli ordinari. In passato e per molti anni, queste facoltà concesse dai diversi Dicasteri della Curia Romana rivestirono una grande importanza. Tuttavia, questo sistema di concessioni di facoltà ai vescovi diocesani è andato a poco a poco scomparendo. Non si tratta che di una logica conseguenza o sviluppo della dottrina conciliare sul episcopato e dell'affermazione che i vescovi non reggono le diocesi loro affidate in quanto delegati dal Romano pontefice, ma in quanto vicari di Cristo e, pertanto, con tutta la potestà ordinaria, propria e immediata a ciò necessaria (cfr. *Lumen Gentium*, n. 27 e *Christus Dominus*, n. 8). E di fatti, nel contesto di questa affermazione conciliare, il n. 4 dei «Principia» per la revisione del Codice di Diritto Canonico, parlava della necessità di rivedere a fondo il sistema delle facoltà concesse agli ordinari e agli altri superiori (cfr. *Principia quae Codicis Iuris Canonici recognitionem dirigant*, n. 4, «Communicationes», I (1969) p. 79; cfr. anche il mio studio «La revisione del «sistema delle facoltà» nel contesto del IV Principio per la riforma del Codice di Diritto Canonico», in J. Canosa (a cura di) «I Principi per la revisione del Codice di Diritto Canonico», Milano 2000, pp. 197-227).

particolare di deleghe, come una forma o modalità specifica di attribuzione di funzioni in cui vi è un particolare e intenso legame con un ufficio; legame che, senza snaturare il rapporto di delega, lo condiziona, conferendogli talune caratteristiche proprie.

#### 4. *Elementi in ordine alla costruzione giuridica della figura.*

In base a questi dati normativi appena esaminati possiamo ora tentare di individuare più precisamente alcuni elementi utili a caratterizzare la figura delle «facoltà abituali» in quanto sub genere all'interno della più ampia categoria della delega, vista, quest'ultima, come tecnica amministrativa di trasferimento di funzioni.

Un primo elemento da segnalare risulta determinato dal fatto che la concessione di «facoltà abituali» si verificherebbe all'interno di un previo rapporto di tipo gerarchico tra due uffici stabilmente costituiti. In questo senso De Paolis, parlando di queste facoltà, indica che esse «sono facoltà concesse da uffici superiori ad uffici inferiori, per delega abituale»<sup>(24)</sup>. Si tratterebbe dunque di fattispecie in cui il titolare di un ufficio superiore conferisce al titolare di un altro ufficio sotto le sue dipendenze, o in qualche modo gerarchicamente collegato, certi poteri o funzioni<sup>(25)</sup>.

L'esistenza di questo previo rapporto di tipo gerarchico, che ovviamente non è di per sé necessario nella delega, comporta, tra l'altro, due conseguenze. Da una parte implica che l'elemento fiduciario, proprio della delega, agisce in queste ipotesi, almeno in linea di massima, attraverso la titolarità di un ufficio<sup>(26)</sup>; vale a dire il destinatario delle facoltà è *solitamente* scelto per il fatto esclusivo di es-

(24) V. DE PAOLIS, in AA.VV., *Il diritto nel mistero della Chiesa*, vol. I, cit., p. 391.

(25) Nel caso concreto delle «facoltà abituali» concesse ai legati dai Dicasteri della Curia Romana, pur restando chiaro che i rappresentanti pontifici dipendono dalla Segreteria di Stato (art. 41 § 1, Cost. Ap. «Pastor Bonus», 28 giugno 1988), pare innegabile che vi sia anche un qualche collegamento con gli altri Dicasteri. In questo contesto avviene la concessione di facoltà ai legati da parte dei Dicasteri (vid. in questo stesso numero di «Ius Ecclesiae» la sezione di «documenti»).

(26) «In quanto tecnica amministrativa, la delega è considerata nella Chiesa anzitutto come un'attribuzione fiduciaria di funzioni. Essa infatti comporta una mirata assegnazione di ruoli in favore di un determinato soggetto, le cui qualità o condizioni personali sono state oggetto di valutazione e scelta. Tale caratteristica [...] ammette specificazioni differenti nelle varie tecniche che si richiamano al concetto generale di de-

sere titolare di un certo ufficio nella Chiesa ed in base ad una fiducia presunta derivata da tale condizione giuridica<sup>(27)</sup>. Diciamo *solitamente*, poiché niente impedirebbe, in un caso concreto, che la concessione delle «facoltà abituali» ad una determinata persona venisse fatta non soltanto in considerazione dell'ufficio ricoperto da tale persona, ma anche in virtù di una speciale fiducia, non legata all'ufficio ma derivata da certe qualità personali, che su di essa riponesse il concedente; in tale ipotesi, ci si troverebbe davanti ad una delle eccezioni contemplate dal can. 132 § 2, di cui abbiamo già parlato. Dall'altra parte, il previo rapporto gerarchico comporta che non ci sia bisogno dell'accettazione affinché l'atto di concessione produca i suoi effetti. Ma non per questo si deve pensare a un qualcosa di imposto al titolare dell'ufficio inferiore, poiché spesso succede che sia questi a richiedere al superiore la concessione di un certa potestà che ritiene necessaria o conveniente per l'espletamento del proprio incarico<sup>(28)</sup>.

Un secondo elemento caratteristico delle «facoltà abituali», oltre a quello di avvenire nel quadro di un rapporto tra uffici, verrebbe determinato dalla finalità per la quale esse si concedono. Da questa prospettiva, le «facoltà abituali» apparirebbero come deleghe generali di carattere stabile le quali ampliano in pratica l'ambito di competenze proprie di un ufficio, attraverso concessioni fatte al titolare e non all'ufficio stesso, in ordine normalmente a facilitare l'esercizio delle funzioni proprie di tale ufficio<sup>(29)</sup>. Si tratterebbe dunque di

---

lega: nelle facoltà abituali, come vedremo, l'elemento fiduciario agisce attraverso la titolarità di un ufficio» (J.I. ARRIETA, *Diritto dell'Organizzazione ecclesiastica*, cit., p. 199).

(27) Già Michiels, nella sua nota monografia sulla potestà ordinaria e delegata, sottolineava l'esistenza di questo tipo di fiducia «presunta», a proposito della distinzione tra delegato personale e reale. E affermava: «*Realiter delegatus ille dicitur cui iurisdictio committitur ratione seu intuitu muneris quod de facto occupat, ac si delegans ei commiserit negotium, quia fides in industria ejus praesumpta propter munus quo est investitus*» (G. MICHIELS, *De potestate ordinaria et delegata*, Parisii-Tornaci-Romae-Neo Eboraci 1964, p. 153).

(28) Questa fu frequentemente la situazione in passato, quando gli ordinari facevano richiesta alla Sede Apostolica delle c.d. «facoltà quinquennali». E non mancano neanche esempi più recenti. Così, ad esempio le facoltà concesse al Presidente della Commissione «Ecclesia Dei» nel 1988 erano state richieste al Papa dallo stesso Presidente (cfr. *Rescritto concedente speciali facoltà al Cardinale Presidente della Pontificia Commissione «Ecclesia Dei»*, AAS, 82 (1990) 533-534). Cfr. *infra*, nota 32.

(29) «Se trata de una facultad o potestad — dice Gangóiti parlando della natura giuridica della «facoltà abituale» — [...] dada por la autoridad competente al titular del

un istituto tipicamente canonico come segnalavano alcuni dei consultori durante i lavori di revisione del CIC<sup>(30)</sup> con una teleologia propria sulla quale poggerrebbe, a nostro avviso, la sua vera specificità all'interno degli altri fenomeni di delega.

La delega, in quanto tecnica inorganica di decentramento di funzioni serve ad alleggerire la carica di governo di certi uffici (normalmente quelli di presidenza in cui si concentra originariamente tutta la potestà) affidando certe mansioni e poteri a determinate persone, senza la costituzione stabile di nuovi uffici. Perciò, in quegli ambiti di competenza in cui si è adoperato un decentramento organico delle funzioni attraverso la costituzioni di uffici, non vi sarebbe, in linea di massima, necessità di ricorrere alla delega. Ci sono però casi in cui la delega, sotto la forma appunto di «facoltà abituali» può servire anche per «allargare» il raggio di azione di certi uffici già costituiti, senza però modificare l'assetto normativo generale.

Così, ad esempio, può succedere che la legge che delinea le competenze di un certo ufficio non sia tecnicamente adeguata e quindi non abbia previsto la presenza di talune potestà che poi si dimostrano necessarie<sup>(31)</sup>. Oppure può semplicemente succedere, e

oficio para el oficio, para una más plena y más fácil realización del oficio» (B. GANGOITI, *sub* can. 132, in A. BENLLOCH POVEDA (dir.), *Código de Derecho Canónico*, cit.).

<sup>(30)</sup> «Rev.mus octavus Consultor tenet facultates habituales categoriam per se stantem esse; institutum iuridicum quod Ecclesiae est proprium et quod a se est»; «Rev.mus secundus Consultor tenet facultates aliquas institutionem sui generis esse, qua posita est inter potestatem ordinariam et delegatam et ponendae sunt uti can. 98 bis» («Communicationes» 23 (1991) p. 197).

<sup>(31)</sup> In questo senso vi è un significativo episodio accaduti alcuni anni fa. Dopo la entrata in vigore del CCEO, la Segnatura Apostolica avvertì che tra le leggi non soggette a dispensa elencate dal can. 1537 di questo Codice si trovavano anche le leggi processuale. La concessione però di talune dispense da queste leggi processuali risultava, secondo il giudizio del medesimo dicastero, necessaria per poter esercitare adeguatamente le proprie funzioni concernenti la retta amministrazione della giustizia (cfr. art. 121 della Cost. ap. «Pastor Bonus», cit.). Il Papa concesse allora alla Segnatura, dietro richiesta del Prefetto, la facoltà generale di poter dispensare dalle norme processuali del CCEO, in deroga al can. 1537 del medesimo Codice. La cosa interessante per noi, è appunto costatare come il problema sia stato risolto attraverso un allargamento di fatto dei poteri della Segnatura, senza modifiche legali, e allo scopo di facilitare ad essa l'adempimento delle sue funzioni. Come si legge nel rescritto di concessione: «Codesto Tribunale ha chiesto la facoltà generale di poter dispensare, per giusta e proporzionata causa, dalle norme processuali [...] affinché possa essere messo in grado di esercitare per le Chiese Orientali, la propria funzione, di cui all'art. 124 della Costituzione Apostolica «Pastor Bonus», in ordine alla retta amministrazione della giustizia» (SEGRETARIA DI STATO, *Rescritto*

quest'ipotesi è forse più frequente, che col trascorrere del tempo siano emerse delle nuove circostanze determinando che problemi raramente verificatisi in precedenza diventino frequenti, con la conseguente necessità di abilitare l'organo inferiore ad agire in questi casi, evitandogli di ricorrere costantemente al superiore<sup>(32)</sup>. In queste ipotesi, ed in molte altre che si possono presentare, il ricorso a questo strumento tecnico delle «facoltà abituali» può risultare particolarmente adeguato, in quanto consente di «allargare» di fatto e in modo semplice l'ambito delle competenze di un ufficio o talvolta di un organismo, ma senza dover modificare quelle competenze che per legge spettano ad esso<sup>(33)</sup>.

In conclusione, possiamo considerare le «facoltà abituali» come una particolare forma o modalità di delega in cui vi è una precisa finalità: quella di dotare a un ufficio di un raggio di competenze maggiore di quello delineato dalla legge costitutiva dell'ufficio stesso. Una figura giuridica che, pur movendosi nell'ambito della delega,

---

*di concessione alla Segnatura Apostolica della facoltà di dispensare dalle norme processuali del CCEO, 22 novembre 1995, Prot. N. 381.775, in J. LLOBELL, Il tribunale competente per l'appello della sentenza di nullità del matrimonio giudicata «tamquam in prima instantia ex can. 1683», in «Ius Ecclesiae» 8 (1996), p. 689, nota 2). La sottolineatura è nostra.*

<sup>(32)</sup> Nel caso delle già menzionate facoltà concesse al Presidente della Commissione «Ecclesia Dei» si legge: «Quia peculiare munus Pontificiae Commissionis «Ecclesia Dei» commissum quosdam exigit actus, qui consuetum ordinem iuris transcendunt, eiusdem Pontificiae Commissionis Praeses humiliter a Summo Pontifice quasdam petiit facultates exercendas, auditis, si casus ferat, Dicasteriorum Moderatoribus quorum interest» (*Rescritto concedente speciali facoltà al Cardinale Presidente della Pontificia Commissione «Ecclesia Dei», AAS, 82 (1990) 533-534*). In dottrina, cfr. J. MÍNAMBRES, *Attribuzione di facoltà e competenze alla Commissione «Ecclesia Dei», in «Ius Ecclesiae» 3 (1991) 341-344; H. SCHMITZ, Sondervollmachten einer Sonderkommission, in «Archiv für katholisches Kirchenrecht», 159 (1990) I, pp. 36-59.*

<sup>(33)</sup> Nel caso delle «facoltà abituali» concesse ai legati pontifici (cfr. la sezione di «documenti» in questo stesso numero di «Ius Ecclesiae»), potrebbe sembrare meno chiaro questo collegamento tra l'oggetto sul quale versano le facoltà concesse che sono di natura molto varia e il compito del legato pontificio in quanto rappresentante del Sommo Pontefice. Tuttavia, questo collegamento esiste, al punto che l'attuale Codice di Diritto Canonico al can. 364 elencando alcune delle funzioni proprie del Legato Pontificio, al n. 8, dice: «Exercere praeterea facultates et cetera expletore mandata quae ipsi ab Apostolica Sede committantur». Indubbiamente la fattispecie è un tanto diversa di quelle altre a cui ci siamo riferiti in precedenza, ma questo viene determinato dalla peculiare natura dell'ufficio di Legato Pontificio e non intacca appunto l'esistenza del collegamento con l'ufficio in quanto tale.

alla quale sostanzialmente apparterebbe, goderebbe di una certa specificità<sup>(34)</sup>.

5. *Alcune conseguenze per quanto riguarda il regime giuridico applicabile.*

Questo sforzo di ricercare la specificità della figura delle «facoltà abituali» non si riduce ad un mero esercizio di dogmatica giuridica, senza conseguenze pratiche sulla normativa applicabile. Ovviamente, il can. 132 § 1 CIC 83, secondo il quale «*facultates habituales reguntur praescriptis de potestate delegata*», resta sempre la norma fondamentale da seguire. Siamo convinti, però, che per meglio delimitare il regime giuridico di questa figura, si deva inoltre tenerne conto delle peculiarità, collegate in buona misura con quella sua propria teleologia cui ci siamo riferiti in precedenza.

a) La prima e forse più importante conseguenza di quanto abbiamo detto sarebbe quella dell'applicazione analogica del can. 132 § 2 ad altri casi di concessioni di «facoltà abituali» ai titolari di uffici di governo diversi dagli ordinari<sup>(35)</sup>. Come si è già detto, in questo canone si stabilisce, come regola generale, il transito al successore delle «facoltà abituali» concesse agli ordinari, salvo che la persona sia stata scelta in attenzione delle sue qualità personali oppure che sia stato disposto altro. Ora, visto che la *ratio* sottostante a questa norma è che le facoltà sono concesse all'ordinario in quanto tale, cioè in quanto che ricopre un certo ufficio, al quale sono in ultima analisi indirizzate le facoltà, essa potrebbe essere stessa a quelle altre ipotesi in cui si verifica una similare *ratio iuris*, ma che non sono contemplate nel tenore del canone<sup>(36)</sup>. In definitiva, laddove sia possibile

<sup>(34)</sup> In questo senso Arrieta afferma che: «... questo genere di facoltà abituali [quelle che lui denomina facoltà in senso proprio] è simile alla potestà ordinaria per la maggiore stabilità dovuta al collegamento delle facoltà con l'ufficio, nonché per il carattere generale dei compiti trasmessi che, effettivamente, allarga le attribuzioni dell'ufficio, pur rimanendo autonome e pur non confondendosi con le competenze ordinarie attribuite all'ufficio, conformemente al can. 145 § 2» (J.I. ARRIETA, *Diritto dell'Organizzazione ecclesiastica*, cit., p. 209).

<sup>(35)</sup> Cfr. can. 19 CIC 83. Sul tema dell'analogia in dottrina, ci limitiamo a segnalare la monografia di G. FELICIANI, *L'analogia nell'ordinamento canonico*, Milano 1968.

<sup>(36)</sup> Come si è già detto, le «facoltà abituali» concesse dalla santa sede agli ordinari, molto importanti nel passato, sono scomparse nel periodo successivo al concilio Vaticano II, come naturale conseguenza degli insegnamenti conciliari. Ora, in questo

verificare che una delega, avente come oggetto materie collegate con l'ambito di competenze di un ufficio, è stata concessa al titolare di quell'ufficio, precisamente in quanto titolare, allora si dovrà applicare analogicamente il can. 132 § 2 e quindi concludere che, se non è stato disposto diversamente, quelle facoltà non si estinguono quando cessa il diritto di colui al quale erano state concesse ma passano a chiunque gli succede nella carica.

In dottrina, la possibilità di un'applicazione analogica di questa norma è stata indicata esplicitamente dal Chiappetta<sup>(37)</sup>, ma implicitamente pare trovarsi anche in altri autori. Così ad esempio in Arrieta, che parlando della maggiore stabilità delle «facoltà abituali» nei confronti di altre forme di delega, pare dare per scontato che il transito al successore avvenga anche in altre fattispecie oltre a quella degli ordinari<sup>(38)</sup>. In altri casi, anche se gli autori usano termini generali per parlare delle «facoltà abituali» e quindi sembrerebbe che accettassero anche l'ipotesi di un'applicazione analogica del can. 132 § 2, la verità è che al momento di riferirsi al transito al successore parlano sempre dell'ordinario<sup>(39)</sup>.

---

nuovo contesto risulta chiaro che tali facoltà — alle quali però si riferisce esclusivamente il can. 132 § 2 — non potranno più essere considerate come il paradigma delle «facoltà abituali», se non altro perché per forza saranno eccezionali. E questa è una ragione in più per dare una lettura al can. 132 § 2, che andando oltre la literalità della fattispecie contemplata, in particolare quella del suo secondo paragrafo, colga gli elementi costitutivi di quella figura delle «facoltà abituali» per poterla applicare ad altre fattispecie più frequenti, come potrebbero essere le speciali facoltà talvolta concesse ai Capi Dicasteri della Curia Romana (cfr., ad esempio, art. 18 Cost. ap. «Pastor Bonus», cit.), o quelle eventualmente concesse da un Vescovo Diocesano ai suoi collaboratori.

(37) Commentando il can. 132, dopo aver esaminato quanto disposto dal § 2 di questo canone, segnala che «Facoltà abituali possono essere concesse anche dal vescovo diocesano ai suoi sacerdoti nell'ambito della sua competenza. In questo caso si applica per analogia la norma anzidetta» (L. CHIAPPETTA, *Il Codice di Diritto Canonico*, vol. I, cit., n. 831).

(38) Cfr. J.I. ARRIETA, *Diritto dell'Organizzazione ecclesiastica*, cit., p. 208-209. Anche Pinto pare dare per scontata questa applicazione del can. 132 § 2 (cfr. P.V. PINTO, *sub* can. 132, in *Commento al Codice di Diritto Canonico*, Roma 1985).

(39) De Paolis, ad esempio, parlando sulle «facoltà abituali», ne indica come nota specifica il peculiare collegamento con un ufficio. Con questa premessa ci sarebbe forse da aspettarsi un riferimento alla norma del § 2 del can. 132 in termini anche generali; ma, al momento di parlare del transito al successore, quest'autore torna al dettato stretto del canone, con riferimento esclusivo al caso delle facoltà concesse agli ordinari (cfr. V. DE PAOLIS, in AA.VV., *Il diritto nel mistero della Chiesa*, vol. I, cit., pp. 391-392).

b) Per quanto riguarda l'interpretazione delle «facoltà abituali», esse in quanto deleghe di carattere generale dovranno essere interpretate in senso largo, in applicazione del can. 138 CIC 83<sup>(40)</sup>. Si tratta anche qui di un elemento di prossimità con la potestà ordinaria<sup>(41)</sup>. Inoltre, nell'interpretazione delle «facoltà abituali» concesse al titolare di un ufficio *qua talis*, si dovrebbe, a nostro avviso, tener sempre conto dell'insieme delle funzioni e competenze ordinarie appartenenti al medesimo ufficio, in quanto valido criterio interpretativo<sup>(42)</sup>.

c) In linea di massima sarà pienamente applicabile alle ipotesi che stiamo considerando, la norma generale stabilita dal can. 131 § 3, secondo la quale «ei qui delegatum se asserit onus probandae delegationis incumbit». Si tratta, come segnala Arrieta, di una conseguenza della non titolarità dei ruoli delegati e della mancata notorietà e pubblicità del trasferimento delle funzioni delegate. Tuttavia, come lo stesso autore indica, in taluni casi, la concessione di «facoltà abituali» ai titolari di certi uffici pu avere una notorietà esterna<sup>(43)</sup>. Così, ad esempio, se il documento di concessione viene pubblicato ufficialmente<sup>(44)</sup>.

---

<sup>(40)</sup> Manzanares, commentando il can. 132 dice che: «las facultades habituales de las que trata el can. 132 se asimilan a la facultad delegada para le generalidad de los casos, aunque no se concedan para todas las causas o para una categoria completa de personas» (J. MANZANARES, *sub* can. 132, in *Código de derecho canónico: edición bilingüe, comentada por los profesores de la Facultad de Derecho Canónico de la Universidad Pontificia de Salamanca*, Madrid 1985).

<sup>(41)</sup> È interessante far notare che Michiels nel commento al can 200 § 1 del CIC 17, che è l'equivalente all'attuale can. 138, faceva già riferimento alla figura delle «facoltà abituali», malgrado che nel vecchio Codice esse si trovavano regolate al can. 66, all'interno del titolo V del libro I, sui privilegi. Affermava concretamente il Michiels: «Cum potestate ad universitatem negotiorum delegata revera convertantur cum «facultate habituali» in perpetuum vel ad praefinitus tempus aut certuum numerum casuum concessa, de qua in can. 66 § 1, ea, juxta ejusdem canonis statutum, indubitanter accensentur *privilegio praeter ius*, ac proinde jam ex hoc titulo, ad normam can. 68, collato can. 50, *per se semper late* [...] est interpretanda...» (G. MICHELIS, *De potestate...*, cit., p. 217).

<sup>(42)</sup> Ciò in particolare quando per l'interpretazione della potestà delegata, oltre alla norma del can. 138 CIC 83, si deva anche far ricorso all'applicazione analogica delle norme dei cann. 17 e 18 dello stesso Codice, relative all'interpretazione delle leggi (su quest'ultimo punto, cfr. H. FRANCESCHI, *sub* can. 138, in AA.VV., «Comentario exegético al Código de Derecho Canónico», Pamplona 1996).

<sup>(43)</sup> Cfr. J.I. ARRIETA, *Diritto dell'Organizzazione ecclesiastica*, cit., pp. 199-200.

<sup>(44)</sup> Ad esempio, la già più volte citata concessione di facoltà al Presidente della

d) Infine, per quanto riguarda l'acquisto e la perdita di queste facoltà, anche qui si può affermare in linea di principio che alle «facoltà abituali», intese in quanto deleghe generali concesse ad un ordinario o più in genere al titolare di un ufficio *qua talis*, sono applicabili le norme previste dall'ordinamento canonico per la potestà delegata; vi sono tuttavia alcuni brevi considerazioni da fare.

Così, in relazione al momento costitutivo del rapporto di delega, va notato, che nel caso delle «facoltà abituali», l'esistenza di un previo rapporto di tipo gerarchico tra uffici comporterebbe, come già accennato prima, la non necessità dell'accettazione da parte del delegato perché l'atto di concessione produca i suoi effetti: sarebbe sufficiente la volontà del titolare dell'ufficio superiore che concede le facoltà.

Per quanto riguarda poi la cessazione di queste facoltà, pur essendo applicabile quanto disposto dal can. 142 § 1 CIC 83<sup>(45)</sup>, si deve tener anche conto della peculiarità del transito al successore. Infatti, nei casi in cui si possa parlare di un transito al successore delle facoltà concesse al titolare di un ufficio, sembra che, dal punto di vista soggettivo, e cioè del soggetto che in un momento concreto e determinato occupa quell'ufficio, l'estinzione delle «facoltà abituali» debba piuttosto regolarsi in modo analogo a quanto il can. 143 dispone per la potestà ordinaria. Nel primo paragrafo di quest'ultimo canone si dispone, in modo non molto preciso, ma sufficientemente chiaro, che: «Potestas ordinaria extinguitur amisso officio cui adnectitur». Risulta evidente che la prospettiva adottata dalla norma è quella soggettiva, vale a dire, essa intende dire quando il titolare di un ufficio perde la potestà annessa al tale ufficio; la potestà in quanto tale resta però annessa all'ufficio e sarà acquisita dal successivo titolare.

---

Commissione «Ecclesia Dei», pubblicata sugli *Acta Apostolicae Sedis* (cfr. AAS, 82 (1990), pp. 533-534).

<sup>(45)</sup> «Potestas delegata extinguitur: expleto mandato; elapso tempore vel exhausto numero casuum pro quibus concessa fuit; cessante causa finali delegationis; revocatione delegantis delegato directe intimata necnon renuntiatione delegati deleganti significata et eo acceptata; non autem resoluta iure delegantis, nisi id ex appositis clausulis appareat» (can. 142 § 1 CIC 83). Va segnalato che la prima delle cause elencate da questo canone, cioè il compimento del mandato, pare riferirsi alle deleghe ad casum e non alle deleghe generali e quindi non sarebbe di applicazione nel caso delle «facoltà abituali».

Ebbene, nel caso delle «facoltà abituali», almeno nel caso di quelle concesse agli ordinari, stando al disposto del can. 132 § 2 succede qualcosa di simile: tali facoltà, benché concesse ab homine — e pertanto delegate e non ordinarie — restano come attaccate all'ufficio senza entrarne a far parte e passano al successore in esso. E precisamente è in virtù di questa somiglianza che anche qui si deve applicare analogicamente alle «facoltà abituali» concesse al titolare di un ufficio *qua talis*, la norma del can. 143 § 1: con la perdita dell'ufficio si perderebbero anche le «facoltà abituali» ad esso legate<sup>(46)</sup>.

## 6. Considerazioni conclusive.

Alcuni autori in passato, studiando con particolare attenzione la potestà delegata, si erano posti il problema — in modo un tanto scolastico, per così dire — se la divisione della potestà in ordinaria e delegata risultava perfetta o adeguata, propendendo per una risposta affermativa<sup>(47)</sup>. Anche oggi si potrebbe sostenere, in base al can. 131 § 1, che ogni potestà non annessa *ipso iure* ad un ufficio, sarebbe da ritenersi direttamente concessa ad una persona, e quindi delegata. Tuttavia, questa apparente completezza della divisione non può portare a nascondere che in una tale visione delle cose, la potestà delegata — o in senso più ampio la delega in quanto tecnica di attribuzione di funzioni, con partecipazione nella potestà di regime o meno — finisce per costituire una categoria residuale in cui convivono fenomeni giuridici diversi. Fenomeni che hanno in comune il fatto di comportare una trasmissione inorganica (cioè non mediante la costi-

<sup>(46)</sup> Per quanto riguarda l'applicazione analogica alle «facoltà abituali» del § 2 del can. 143 CIC 83, relativo alla sospensione della potestà ordinaria in caso di ricorso contro la privazione o rimozione dell'ufficio, va segnalato che essa risulta più complessa, in quanto si tratta di una norma di quelle che in base al can. 18 si deve interpretare strettamente. Pare consigliabile, pertanto, che in caso di rimozione o privazione di un ufficio vengano anche esplicitamente revocate dall'autorità competente le «facoltà abituali» previamente concesse al titolare di quell'ufficio. In questo modo si garantirebbe che questi non potrà più fare uso di quelle «facoltà», nemmeno nel caso in cui la rimozione o privazione sia rimasta in sospeso a causa di un eventuale ricorso amministrativo.

<sup>(47)</sup> Michiels, ad esempio, se tale distinzione era perfetta «ita ut omnis jurisdictionis ecclesiastica necessario vel ordinaria sit vel delegata, et excludatur quaelibet jurisdictionis species intermedia?» (G. MICHIELS, *De potestate ...*, cit., p. 155). Cfr. anche, L. BENDER, *Potestas ordinaria et delegata*, Roma-Parigi-New York-Tournai 1957, p. 18.

tuzione di uffici stabili nel senso del can. 145) di potestà, o se si vuole di funzioni.

Tra questi fenomeni si trovano le «facoltà abituali» quando esse comportano appunto una partecipazione nelle competenze di un superiore (quelle denominate da una parte della dottrina come «facoltà in senso proprio», secondo quando visto in precedenza)<sup>(48)</sup>. In queste ipotesi, le facoltà servono per allargare o ampliare in modo semplice l'ambito di competenze di un ufficio o di un organismo, senza necessità di introdurre delle modifiche legali. In questo senso costituiscono una manifestazione, in materia di organizzazione ecclesiastica, di quella flessibilità propria del Diritto Canonico, che consente, tra l'altro di venire incontro a nuovi problemi o necessità senza bisogno di interventi legislativi o di creazione di nuovi uffici, con i problemi che ciò comporta.

A questo punto ed in collegamento con l'impostazione di fondo che abbiamo voluto dare al presente studio, ci si potrebbe fare un'ultima considerazione d'indole generale, riguardante questa divisione della potestà in ordinaria e delegata. Si tratterebbe del rischio — se possiamo così denominarlo — di un'assolutizzazione di queste categorie giuridiche che le renderebbe poi meno utili al momento di cogliere la specificità di talune manifestazioni, esistenti nella vita della Chiesa, di affidamento a dei soggetti di determinati poteri o funzioni. A nostro giudizio, tale rischio si può facilmente evitare se la distinzione della potestà in ordinaria e delegata va anzitutto vista come un punto di partenza per distinguere due regimi giuridici diversi applicabili alla potestà di governo, e più in genere alla trasmissione di funzioni pubbliche nella Chiesa per via giuridica. In questo senso, e per quanto riguarda in particolare la normativa sulla delega, essa dovrebbe essere concepita come un quadro generale che an-

---

<sup>(48)</sup> È vero che il can. 132 § 1 non afferma esplicitamente che le «facoltà abituali» siano potestà delegata e si limita a dire che esse si reggono per le norme della potestà delegata. Il cauto tenore di questa norma è, a nostro avviso, da addebitarsi al travagliato iter della medesima e al problema dell'inceretezza sul collegamento di tali facoltà coi privilegi, ricevuto in eredità dal precedente *Codex* (cfr. can. 66 § 1), e non intacca che le «facoltà abituali» a cui essa si riferisce siano, usando parole del Corecco, «una tipica espressione della *potestas regiminis delegata*» (cfr. E. CORECCO, *Natura ed struttura della «Sacra Potestas»*, cit. p. 480). Questione diversa è, come anche segnalato in precedenza, quella delle «facoltà ministeriali», sulla cui natura e regime giuridico ci sarebbero altre diverse considerazioni da fare.

drebbe applicato in modo flessibile ai diversi fenomeni di trasmissione inorganica di potestà e di funzioni (deleghe *a iure*, mandati speciali, «facoltà abituali»), tenendo conto delle peculiari caratteristiche che essi possano presentare.

JUAN GONZÁLEZ AYESTA

## LA SCIENTIA AUT OPINIO NULLITATIS NEL NUOVO CODICE DI DIRITTO CANONICO

1. La *scientia aut opinio nullitatis* nel vecchio Codice pio-benedettino. La questione se sia possibile la coesistenza d'un consenso in sé valido con un impedimento sia di diritto umano che di diritto divino. — 2. La disposizione del can. 1100 e la sua importanza pratica. Il consenso può essere valido ed esistere senza peraltro operare, cioè senza avere efficacia. — 3. La supposizione del nubente può essere vera o fallace. La tesi accolta, secondo cui il *non necessario excludit* del can. 1100 sembra chiaramente prevedere che ordinariamente la scienza o l'opinione della nullità del matrimonio generalmente esclude l'intenzione matrimoniale.

1. Il can. 1085 del vecchio Codice pio-benedettino disponeva: «*Scientia aut opinio nullitatis matrimonii consensum matrimonialem necessario non excludit*».

La disposizione legislativa di indubbia rilevanza pratica<sup>(1)</sup> è diretta a dirimere la questione se sia possibile che coesista un consenso in sé valido con un impedimento sia di diritto umano che di diritto divino.

Affermava un autorevole canonista a tal proposito: «*videamus num verus consensus matrimonialis coexistere possit cum impedimento dirimente tum iuris ecclesiastici tum iuris divini sive putativo tantum, sive etiam reali, sive in casu bonae sive in casu malae fidei*»<sup>(2)</sup>. I ca-

---

(1) R. SEBOTT-C. MARUCCI, *Il nuovo diritto matrimoniale della Chiesa*, Napoli 1985, p. 138; L. CHIAPPETTA, *Il codice di diritto canonico*, Napoli 1988, p. 224; IDEM, *Il matrimonio nella nuova legislazione canonica e concordataria*, Roma 1990, p. 225.

(2) P. GASPARRI, *Tractatus canonicus de matrimonio*, vol. II, Città del Vaticano 1932, p. 29. Scrive in proposito lo JEMOLO che secondo il GASPARRI il canone avrebbe il valore di dirimere la vecchia questione se sia possibile che coesista un consenso in sé valido con un impedimento sia di diritto umano che di diritto divino (*Il matrimonio nel diritto canonico*, Bologna 1993, p. 321 (ristampa). Vedi L. DE LUCA, voce *Matrimonio (Matrimonio canonico)*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XIX, Roma 1990, p. 11 (estratto).

nonisti erano divisi sulla questione se, allorquando esista un impedimento dirimente, esso non operi anche nel senso di togliere valore giuridico al consenso, insistendo particolarmente in ordine all'ipotesi che l'impedimento fosse di diritto divino. In quest'ultimo caso, alcuni ritenevano che la sussistenza dell'impedimento di diritto divino togliesse valore giuridico al consenso matrimoniale, con la conseguenza che, per es., una persona già sposata non potesse esprimere un nuovo consenso matrimoniale che avesse valore giuridico. Altri autori affermavano, al contrario, che il consenso della persona impedita era inefficace agli effetti del raggiungimento del suo fine, ma non era affatto inesistente: conseguentemente, la donna che crede il proprio marito morto e sposa un altro uomo, *contrae valido matrimonio*, e se si verifica poi il caso che il marito è, sì morto, ma in data posteriore alle nozze, queste possono essere sanate senza che occorra la rinnovazione del consenso. Così, per fare un altro esempio, l'uomo che è impotente, ma che potrebbe cessare di esserlo con un'operazione che implica pericolo di vita, alla quale tuttavia non è tenuto a sottostare, cosicché la sua impotenza può essere considerata perpetua, se *contrae matrimonio* e, poi, si fa fare l'operazione che ha esito felice, dà luogo ad un valido consenso matrimoniale (resta da esaminare però se il matrimonio sia perfezionato o se occorra anche in questo caso la sanazione in radice)<sup>(3)</sup>. Altri canonisti si ponevano la domanda sotto l'angolo visuale della scienza dell'impedimento e distinguevano due ipotesi; vale a dire quella in cui il soggetto ignorava l'impedimento, come il caso della donna che credeva morto il marito e l'altra ipotesi secondo cui il soggetto conosceva l'impedimento. E a tale quesito rispondevano, affermando che nella prima ipotesi non vi erano difficoltà dal punto di vista logico ad ammettere che dia un normale consenso matrimoniale, per sé efficace, colui che ignorava l'impedimento; ma nella seconda ipotesi non si vedeva come ciò fosse possibile, dal momento che il soggetto conosceva l'impedimento, come nel caso della donna che sapeva benissimo che suo marito era vivo. A proposito di questa seconda ipotesi, si distingueva ancora se trattavasi di impedimento dispensabile o piuttosto di impedimento indispensabile, sostenendosi che, nel primo caso, era ancora pensabile un consenso destinato a valere qualora l'impedimento fosse poi tolto in via di sanatoria, nel secondo caso non si

---

(<sup>3</sup>) JEMOLO, *op. cit.*, p. 322.

vedeva in che modo potesse darsi un consenso matrimoniale valido, magari dato dal fratello che vuole sposare la sorella o dalla persona già sposata. Soluzione, questa, che riteneva fondatissima un autorevolissimo autore<sup>(4)</sup>.

Il can. 1085 del vecchio Codice, in sostanza, si proponeva di risolvere la questione, sopra avanzata, se era pacifico ammettere la validità del consenso matrimoniale emesso da chi ignorava la sussistenza di un impedimento, ma non anche quella di chi ben conosceva l'impedimento.

È stato autorevolmente affermato che «*quaelibet controversia definita dici debet ex praescripto rel. can. 1085. Nam inibi declaratur scientiam aut opinionem nullitatis matrimonii, matrimonialem consensum necessario non excludere; ergo consensus matrimonialis adesse potest, licet pars certo scit (scientia) aut putet (opinio) matrimonium quod contrahit, nullum esse ob impedimentum dirimens in genere ac proinde etiam iuris divini*»<sup>(5)</sup>.

Ci si domanda, peraltro, da un acuto giurista se il canone 1085 abbia davvero risolto la questione, dal momento che l'espressione *necessario non excludit* sembra affermare che ordinariamente la scienza o l'opinione della nullità del matrimonio esclude l'intenzione matrimoniale; che cioè è possibile che coesistano quella scienza o quella opinione con la volontà, ma che ciò non è normale<sup>(6)</sup>; insomma, si ritiene che l'espressione sopra citata pare non contrastare, bensì avallare il dato normale che nell'ordine delle cose non è pensabile che si dia un consenso non fittizio alle nozze con chi si creda proprio fratello o con la persona che si sappia o si creda già sposata<sup>(7)</sup>.

Un altro autore rilevava che, in base al can. 1085, era irrilevante, quanto alla validità del vincolo, il fatto che il nubente ritenesse di compiere un matrimonio nullo. E questa non incidenza sul valore del consenso si ha sia nel caso che l'opinione sia fondata (perché,

(4) JEMOLO, *op. cit.*, p. 322.

(5) GASPARRI, *op. cit.*, p. 35.

(6) JEMOLO, *op. cit.*, p. 323.

(7) JEMOLO, *op. cit.*, pp. 324-325, il quale osservava che «il giudice, attraverso un esame della mentalità della parte, attraverso una ricostruzione di quello che è stato il suo ragionamento, e soprattutto attraverso l'esame della diversità (che è nella natura delle cose) tra ragione e ragione di nullità, potrà ritenere impossibile in quella data fattispecie che siaci stato un consenso reale se si dava la scienza della nullità delle nozze che si andavano a contrarre».

ad es., il matrimonio è nullo per causa di incapacità o di mancanza di forma), sia nel caso che tale opinione sia erronea; con la conseguenza che, nel primo caso, il matrimonio sarà nullo ma non per difetto di consenso, nel secondo caso sarà valido <sup>(8)</sup>.

Si afferma che questa norma va considerata a proposito del tema dell'*error iuris*, perché, almeno quando si tratta di una *opinio nullitatis* infondata, essendo il matrimonio valido contrariamente a quanto crede il nubente, si tratta di un errore di diritto o circa il negozio matrimoniale in genere oppure circa quel dato matrimonio concreto; errore che viene a produrre la *opinio nullitatis* <sup>(9)</sup>. L'autore di queste affermazioni ritiene che, sotto questo profilo, la norma è pienamente comprensibile e di semplice applicazione, soprattutto se si tiene sempre presente che il can. 1085 dichiara soltanto che la *scientia aut opinio* porta, invece, ad escludere che ci sia stato il consenso <sup>(10)</sup>. Si distinguono, in sostanza, le due ipotesi: vale a dire quella in cui la conoscenza della nullità del vincolo, da parte del nubente che lo contrae, è infondata e quella che riguarda il caso di una *scientia aut opinio nullitatis* che risulti corrispondente a verità e che possa, d'altra parte, essere modificata da un fatto sopraggiunto, come la dispensa da un impedimento, la cessazione di una infermità mentale, la fine del precedente *ligamen* o l'accertamento giudiziale della inesistenza di un *impedimentum criminis* <sup>(11)</sup>. Si ritiene che nella prima ipotesi, cioè se la *scientia aut opinio* del nubente sia infondata, vuol dire che egli non conosce le norme matrimoniali o le applica male; ed il can. 1084 già dichiarava che il *simplex error* circa le qualità, anche essenziali, del matrimonio non tocca la validità del vincolo: sicché si può dire che il can. 1085 è soltanto una più chiara esplicazione delle conseguenze già implicite nel can. 1084. Ne consegue che il nubente che ritenga invalido il vincolo perché, ad es. esiste, a parer suo, un precedente valido vincolo dell'altro nubente con altra persona, conosce e vuole ugualmente quel nucleo ridottissimo dell'istituto matrimoniale che era determinato nel can. 1082 <sup>(12)</sup>.

Quanto all'altra ipotesi, quella secondo cui la *opinio nullitatis* sia corrispondente a verità, si può avere il sospetto assai fondato

<sup>(8)</sup> O. GIACCHI, *Il consenso nel matrimonio canonico*, Milano 1968, p. 86.

<sup>(9)</sup> GIACCHI, *op. cit.*, p. 86.

<sup>(10)</sup> GIACCHI, *op. cit.*, p. 87.

<sup>(11)</sup> GIACCHI, *op. cit.*, pp. 87-88.

<sup>(12)</sup> GIACCHI, *op. cit.*, p. 87.

che il nubente non avrebbe dato quel consenso se non fosse stato convinto che il matrimonio che stava per contrarre o che aveva contratto non avrebbe alcuna conseguenza; in tal caso, può applicarsi il trattamento generale che l'ordinamento matrimoniale canonico riserva ai casi nei quali può apparire una volontà non seria dei nubenti, come in questo caso, nel quale ci si può chiedere appunto se il consenso prestato dal nubente consapevole della nullità dell'atto possa considerarsi dato seriamente<sup>(13)</sup>.

La verità è che in tutta questa materia domina il principio del *favor iuris*, già espresso nel can. 1014 del vecchio Codice; ed il can. 1085 costituisce e rappresenta un'applicazione esplicita e particolare della norma contenuta nel canone più generale, cioè il can. 1014<sup>(14)</sup>.

Da un'altra dottrina si riteneva che nella disposizione legislativa di cui al can. 1085 del Codice pio-benedettino possono riscontrarsi tre ipotesi. Innanzi tutto, quella secondo cui il nubente crede erroneamente di contrarre un matrimonio nullo, ad es. perché ritiene che il vincolo che sta per contrarre è dissolubile: in questo caso si tratta di *un error iuris circa qualitatem* e perciò non invalidante il matrimonio<sup>(15)</sup>. La seconda ipotesi si può avere quando il nubente ritiene fondatamente nullo il matrimonio che sta per compiere per mancanza o vizio del consenso o per un impedimento che non potrà essere mai rimosso (ad es. impotenza sua o dell'altra parte). E si rileva che in tal caso si tratta di un matrimonio certamente invalido, non per la *scientia nullitatis*, che ha il nubente, ma per la presenza oggettiva della causa di nullità<sup>(16)</sup>. La terza ed ultima ipotesi si ha

(13) GIACCHI, *op. cit.*, pp. 87-88.

(14) GIACCHI, *op. cit.*, p. 88, il quale continua, rilevando che «si dovrà dunque in questo caso, considerare *prima facie* il consenso dato dal nubente consapevole della nullità del vincolo che egli stava per contrarre come dato seriamente (ad es. con la convinzione che la nullità attuale del vincolo sarebbe stata tolta di mezzo dalla dispensa dell'impedimento, dalla cessazione dell'incapacità, ecc.); e, di fronte alla prova contraria a questa «*praesumptio iuris tantum*», riconoscere che, nel caso, il dubbio dev'essere sostituito dalla certezza che il consenso è stato dato invalidamente, con una volontà non seria, compiendo un gesto che si sapeva inutile e privo di qualsiasi conseguenza, limitato alla mera apparenza» (p. 88).

(15) O. FUMAGALLI CARULLI, *Intelletto e volontà nel consenso matrimoniale in diritto canonico*, Milano 1974, p. 180. Si rileva peraltro che ad esso può, però, unirsi un positivo atto di volontà di esclusione della qualità su cui si erra ed allora il matrimonio è nullo e la *opinio nullitatis* non incide sull'esclusione del *bonum matrimoniale* (p. 180).

(16) FUMAGALLI CARULLI, *op. cit.*, p. 180.

quando il nubente ritiene fondatamente che il suo matrimonio è nullo per la presenza di un vizio di forma o di un impedimento che può essere rimosso successivamente alle nozze: in questa ipotesi sorge naturalmente il problema se il matrimonio sia stato veramente voluto, pur conoscendone la nullità, così che si possa avere la base per la *sanatio in radice* o si tratti, invece, di una volontà non matrimoniale, nel senso che essa, data la conoscenza della nullità del matrimonio al momento della celebrazione è stata emessa come pura apparenza<sup>(17)</sup>.

2. La disposizione legislativa che affronta la questione, dopo l'emanazione del Codice giovanneo-paolino del 1983, è rappresentata dal can. 1100, il quale dispone: «*Scientia aut opinio nullitatis matrimonii consensum matrimonialem non necessario excludit*».

Tale principio è ritenuto di non facile comprensione da un autore che, tuttavia, precisa come le parole del suddetto canone siano identiche a quelle del vecchio canone 1085, rispetto al quale, peraltro, deve rilevarsi l'anteposizione del *non* prima invece preposto al termine *necessario*; che sembra aver dato, con una minore rigidità ed assolutezza, una formulazione più aderente alla verità che intende esprimere<sup>(18)</sup>.

È stato affermato che, nel prestare il consenso matrimoniale, le parti potrebbero «sapere» oppure «opinare» che le nozze sono invalide, dal che però non necessariamente segue l'esclusione del consenso matrimoniale, dato che l'esistenza di quest'ultimo non è legata

---

(17) FUMAGALLI CARULLI, *op. cit.*, p. 180. Si spiega osservando che «in questa terza ipotesi, l'unica che può dare veramente luogo a seri dubbi, l'elemento intellettuale costituito dalla *scientia nullitatis* può avere un peso decisivo sulla volontà o invece può ridursi ad un elemento per così dire di sfondo. È qui che bisogna, a nostro parere, indagare il rapporto tra intelletto e volontà per risolvere il caso. Se l'intelletto, nel caso che qui si propone, comanda la volontà nel senso che la percezione della nullità del vincolo che sta per contrarre dà al nubente la ragione del suo determinarsi al matrimonio, si può parlare giustamente di una volontà tesa alla mera apparenza. Se invece il nubente, pur avendo nella sua mente la visione della nullità del matrimonio, da essa non fa scaturire alcuna conseguenza circa il matrimonio da contrarre a cui egli si determina per tutt'altre ragioni, allora la *scientia nullitatis* non esclude il consenso matrimoniale, così che, rimosso l'impedimento, o purgato il vizio di forma, il consenso contenuto in radice può bastare alla successiva *sanatio*» (p. 180).

(18) P.A. BONNET, *Introduzione al consenso matrimoniale canonico*, Milano 1985, p. 65.

alla sua efficacia, e quindi alla validità del matrimonio; nel senso che il consenso può esistere ma non operare, non produrre il vincolo coniugale. Si precisa che, perché il consenso « esista » è sufficiente che abbia tutti i requisiti richiesti dalla sua natura di atto umano libero, cosciente, proporzionato, ponderato, definito dall'oggetto matrimoniale, laddove, perché « operi » deve essere congiunto ad altri due elementi ad esso esterni, ma ugualmente richiesti, come coesistenti, per la validità delle nozze, dal diritto divino<sup>(19)</sup>.

Sicché il fatto che le parti, nella celebrazione del matrimonio, sappiano o credano che esso sia invalido, anche se in realtà è tale, per un impedimento dirimente o per un difetto di forma, non esclude il consenso matrimoniale, cioè questo esiste, quantunque forse non operi, se i nubenti, per quanto dipende da essi, lo prestino con tutti i requisiti richiesti dalla sua natura, con la volontà di contrarre valide nozze: è necessario e sufficiente che il consenso sia dato relativamente all'oggetto del contratto matrimoniale<sup>(20)</sup>. Si è precisato che poi, perché, oltre alla sua esistenza, il consenso abbia anche efficacia, cioè generi il vincolo matrimoniale, dipende dall'oggettiva presenza degli altri requisiti, per la validità delle nozze, cioè l'abilità della persona e la sussistenza della forma da osservarsi nella celebrazione del matrimonio<sup>(21)</sup>.

Ma, la certezza o l'opinione circa la invalidità del matrimonio esclude necessariamente il consenso, il quale non solo non ha efficacia e non opera, ma neanche viene ad esistenza, se le parti, conoscendo o pensando che nell'attuale situazione le loro nozze sarebbero senza efficacia, intendono compiere esternamente una pura cerimonia che attribuisca legalità alla loro convivenza, con la conseguenza che, in tale ipotesi, anche se oggettivamente non c'è alcun impedimento o difetto di forma, la invalidità del matrimonio è data per la mancanza della sua causa efficiente, cioè del consenso delle parti<sup>(22)</sup>.

È stato ribadito che, secondo il principio sancito nel can. 1100 CJC il consenso matrimoniale può, per sé, considerarsi effettivamente posto, come tale, nonostante la conoscenza o l'opinione che

---

(19) ABATE, *Il matrimonio nella nuova legislazione canonica*, Brescia 1985, pp. 55-56.

(20) ABATE, *op. cit.*, p. 56.

(21) ABATE, *op. cit.*, p. 56.

(22) ABATE, *op. cit.*, p. 56.

della nullità del proprio matrimonio abbiano i nubenti stessi, nel senso che un consenso matrimoniale non viene escluso dalla consapevolezza reale o presunta di costituirlo in contrasto con la normativa canonica<sup>(23)</sup>. Si spiega, rilevando che ciò che può impedire il consenso di venire in essere non è il conoscerne o il presupporre l'invalidità, ma soltanto una causa effettiva e sostanziale che ne determini il reale difetto<sup>(24)</sup>. Del resto, per una corretta interpretazione di questo principio occorre precisare che, in tanto la scienza o l'opinione della nullità del matrimonio può ritenersi compatibile con il consenso, in quanto non si rappresenti una nullità che investa in modo assoluto l'esistenza stessa di questo medesimo consenso, e quindi del momento costitutivo del matrimonio; con la conseguenza che, se si pensi che di un atto non si formino gli stessi elementi costitutivi essenziali che ne configurano l'identità, e quindi per esempio, nel nostro caso, ci si rappresenti al momento della volizione una realtà in qualunque modo non identificabile come matrimoniale, non si può ritenere che ci sia realmente la compatibilità sancita dalla disposizione che si sta esaminando: così, se, per es., un contraente ritiene che la reciproca donazione integrale della sessualità avviene con una persona dello stesso sesso, non può affermarsi che un consenso matrimoniale si sia comunque posto<sup>(25)</sup>. Al contrario, si ritiene che si debba affermare che un consenso, per sé, non è escluso e quindi si è formato, se gli elementi matrimonialmente identificati non sono in gioco; nel qual caso la volizione, cadendo su di una realtà che i nubendi si rappresentano come certamente matrimoniale, può consolidare, secondo quanto stabilisce il can. 1100, un consenso propriamente matrimoniale, ancorché questo possa essere giuridicamente inefficace se l'opinione si dimostra vera<sup>(26)</sup>.

Si è scritto che naturalmente può succedere che uno che pensa che il suo matrimonio non venga in essere, effettivamente non abbia una reale volontà di sposarsi, e di fatto se le cose stanno così, è circostanza da verificare caso per caso<sup>(27)</sup>; che è irrilevante il motivo

(23) BONNET, *op. cit.*, p. 65.

(24) BONNET, *op. cit.*, p. 66.

(25) BONNET, *op. cit.*, p. 66.

(26) BONNET, *op. cit.*, p. 67. Si precisa che è poi in casi come questi, quando si è in presenza di un consenso esistente pur se invalido, che si può procedere all'applicazione dell'istituto della *sanatio in radice*, ai sensi dei cann. 1161-1165.

(27) SEBOTT-MARUCCI, *op. cit.*, p. 138.

per cui uno pensa o sa di sposarsi invalidamente, cioè se a motivo di un impedimento matrimoniale, addirittura di diritto divino, o della mancanza della forma canonica o di un vizio di consenso dell'altra parte; che solo nel caso in cui sia presente un difetto della propria volontà ne risulta sicuramente escluso un vero consenso sponsale, e non tanto a motivo della scienza relativa all'invalidità del matrimonio, ma a motivo della stessa mancanza di volontà che, già dal puro punto di vista concettuale, esclude un vero e proprio consenso matrimoniale<sup>(28)</sup>.

Gli autori affermano che la questione non ha soltanto una importanza teorica, ma anche e soprattutto pratica a proposito della così detta sanazione in radice<sup>(29)</sup> e anche nei casi in cui sono realizzati i presupposti del can. 1116 (matrimonio di necessità *coram solis testibus*) senza che i contraenti abbiano conoscenza della possibilità del matrimonio di necessità<sup>(30)</sup>. Si ripete in dottrina il principio, secondo cui il sapere o il ritenere che il matrimonio sia nullo, non esclude necessariamente il consenso matrimoniale; e si ribadisce la distinzione tra il caso in cui i contraenti nonostante sappiano o ritengano che il matrimonio è invalido, prestino, tuttavia, un vero consenso valido *ex se*, perché perfetto nella sua soggettività in tutti i suoi requisiti (consenso libero, cosciente, immune da qualsiasi carenza o vizio), e la ipotesi in cui il matrimonio sia celebrato dai contraenti nella convinzione errata che esso sia invalido a causa di un impedimento o per difetto di forma che in realtà non esistono<sup>(31)</sup>, rilevando che la prima ipotesi è psicologicamente possibile, perché la sfera della conoscenza è distinta da quella della volontà, anche se esse sono intimamente legate fra loro e interdipendenti e se normalmente il soggetto si comporta secondo la sua convinzione, non sempre la sua volontà agisce razionalmente in coerenza con i principii che professa, con la conseguenza che la validità o l'invalidità del consenso

(28) SEBOTT-MARUCCI, *op. cit.*, pp. 138-139.

(29) BONNET, *op. cit.*, p. 67; SEBOTT-MARUCCI, *op. cit.*, p. 139; AZNAR GIL, *El nuevo derecho matrimonial canónico*, Salamanca 1985, p. 351; CHIAPPETTA, *Il codice*, cit., p. 225; « Il principio ha una larga applicazione nella convalidazione del matrimonio (convalidazione semplice e sanazione in radice), in cui il consenso prestato si considera naturalmente valido, né c'è bisogno di rinnovarlo se, prestato seriamente, non sia stato revocato e continui a sussistere » (cann. 1159, 1161 e 1163 § 1).

(30) SEBOTT-MARUCCI, *op. cit.*, p. 139.

(31) CHIAPPETTA, *Il matrimonio*, cit., pp. 225-226.

prestato in una simile situazione psicologica è solo un problema di fatto, che va risolto accertando debitamente se la detta situazione abbia comportato nel caso concreto il difetto di consenso: da essa, peraltro, non si può dedurre automaticamente che il consenso matrimoniale sia mancato<sup>(32)</sup>. Quanto poi alla seconda ipotesi, quella cioè che riguarda il matrimonio celebrato dai contraenti nella convinzione errata che esso sia invalido a causa di un impedimento o per difetto di forma che in realtà non esistono, si deve ritenere che, se nella celebrazione del matrimonio i contraenti prestano un vero consenso valido *ex se*, è giuridicamente valido anche il matrimonio, perché, supposta la validità del consenso prestato dai nubenti, nulla si oppone oggettivamente alla validità del matrimonio, né c'è bisogno di convalidazione il giorno che venissero a scoprire che l'impedimento in realtà non esisteva o che la forma era stata pienamente legittima<sup>(33)</sup>.

Da una recente dottrina si ritiene che dal can. 1100 può trarsi la conferma che la *scientia aut opinio nullitatis* implica la nullità del matrimonio quando, non essendo il nubente disposto ad accettare le obbligazioni matrimoniali, il matrimonio si contragga in quanto esso si ritenga nullo e anche in quest'ipotesi non sembra che possa raffigurarsi l'esistenza di una esplicita «*voluntas contra substantiam*» quanto piuttosto un'affermazione del principio che postula la necessità che, ai fini di un valido consenso matrimoniale, vi sia comunque la disponibilità ad accettare la sostanza del matrimonio<sup>(34)</sup>.

Il vero è che, se il nubente non prestò un vero consenso matrimoniale, è chiaro che il matrimonio è nullo: è il caso di chi ha cele-

<sup>(32)</sup> CHIAPPETTA, *op. cit.*, pp. 225-226. Sostanzialmente in tal senso A. MOLINA MELIÀ-M.E. OLMOS ORTEGA, *Derecho matrimonial canónico sustantivo y procesal*, Madrid 1992, p. 254.

<sup>(33)</sup> CHIAPPETTA, *op. cit.*, 226. Quest'autore riporta un esempio concreto: «Mario, che ha già contratto matrimonio con Teresa, riesce a celebrarne uno nuovo con Giulia, pur ritenendo di essere impedito dall'*impedimentum ligaminis*. In realtà, tuttavia, l'impedimento non esiste, perché Teresa è deceduta da tempo e Mario lo ignora. Celebrando il nuovo matrimonio, egli intende veramente legarsi con Giulia, e presta un consenso che *ex se* non ha alcun vizio o difetto. In questo contesto il suo matrimonio con Giulia è pienamente valido (p. 226).

<sup>(34)</sup> DE LUCA, *op. cit.*, loc. cit., p. 11 (estratto). L'autore afferma in proposito che «L'atteggiamento psicologico del nubente, ... potrebbe così configurarsi: "credo che il mio futuro matrimonio sia nullo; ma se non lo fosse non sarei disposto ad accettare le obbligazioni matrimoniali"».

brato il matrimonio per effettuare una vera e propria cerimonia, o formalità esterna, convinto e persuaso della nullità di quell'atto posto in essere soltanto per simulare uno stato matrimoniale nel qual caso è chiaro che il consenso non è sanabile<sup>(35)</sup>.

Si è messo in risalto che il problema trovò applicazione a proposito dei matrimoni contratti durante la guerra civile spagnola, allorché molti cattolici contrassero matrimonio civile, ossia davanti al giudice, con l'errata convinzione che tale matrimonio civile non avesse alcun valore nell'ordinamento canonico; tali soggetti però ignoravano che il diritto della Chiesa prevede una forma straordinaria di celebrazione, secondo la quale, in determinate circostanze, il consenso può essere prestato davanti ai soli testimoni: per questo il 17 giugno 1945, il Santo Ufficio dichiarò che tali matrimoni civili dovessero presumersi validi, amenché non ostasse un difetto grave nel consenso<sup>(36)</sup>.

3. In realtà, le due figure della *scientia* e della *opinio nullitatis* non sono quasi mai studiate dai canonisti, mentre meriterebbero maggiore approfondimento. È stato affermato che il can. 1100 non dice che le due figure non escludono assolutamente il consenso matrimoniale, ma la formula adoperata dal legislatore è molto sottile<sup>(37)</sup> tanto che uno studioso ha qualificato il modo di esprimersi del legislatore con l'espressione «*exquisita cautela*»<sup>(38)</sup>. L'espressione naturalmente è quella del canone citato *non necessario excludit*. Si deve, peraltro, tener presente la disposizione di legge di cui al can. 1156 § 2, che riguarda la rinnovazione del consenso per la *convalidatio simplex* «*etiamsi initio utraque pars consensum praestiterit nec postea revocaverit*»; e perché si abbia la figura della *convalidatio*, il legislatore impone *ad cautelam* la rinnovazione del consenso; rinnovazione che, in base al

(35) MOLINA MELIÁ-OLMOS ORTEGA, *op. cit.*, p. 255.

(36) MOLINA MELIÁ-OLMOS ORTEGA, *op. cit.*, p. 255, i quali ritengono che la ragione ultima di ciò deve riscontrarsi nella stessa idea: il consenso è un atto di volontà; invece la persuasione o opinione appartiene alla sfera dell'intelletto e la volontà non sempre opera in coerenza con i giudizi della ragione.

(37) J.I. CASTAÑO, *Il sacramento del matrimonio*, Roma 1994, p. 371. Vedi P.J. VILADRICH, *Comento al can. 1100*, in AA.VV., *Comentario exergético al Código de derecho canónico*, vol. III, Pamplona 1996, pp. 1321-1322.

(38) P.J. VILADRICH, *Comento al can. 1100*, in AA.VV., *Código de derecho canónico*, cit., p. 633.

canone, è richiesta dal diritto ecclesiastico<sup>(39)</sup>. Nel can. 1157 è disposto poi che la rinnovazione del consenso *iure ecclesiastico* deve consistere in un nuovo atto di volontà *in matrimonium*, che la parte la quale rinnova il consenso *scit aut opinatur* essere stato nullo dall'inizio. La quale espressione confermerebbe, richiamando i due verbi *scire* e *opinare*, come il fatto che il can. 1157 richieda un nuovo atto di volontà starebbe a dimostrare che sapere o supporre che il matrimonio è invalido a causa di un impedimento non esclude necessariamente il consenso matrimoniale, altrimenti il legislatore si sarebbe espresso in modo assoluto, disponendo che il consenso fosse rinnovato o prestato<sup>(40)</sup>. In base alla disposizione del can. 1100, se il soggetto sa o suppone che esista un impedimento o un difetto di forma e ciò risponda a verità, il matrimonio sarebbe realmente nullo: il che peraltro si deve all'esistenza di uno di questi capi di nullità e non a vizi attinenti al consenso, il quale perciò potrebbe esistere veramente ed essere quindi valido anche se inefficace<sup>(41)</sup>.

La questione, come si è già accennato, ha grande importanza agli effetti della sanazione in radice, perché in questo caso si presuppone la perseveranza del consenso a norma del can. 1107, il quale espressamente dispone: «*Etsi matrimonium invalide ratione impedimenti vel defectus formae initum fuerit, consensus praestitus praesumitur perseverare, donec de eius revocatione constiterit*».

Ne consegue che, se la supposizione del nubente sia falsa, egli emette un vero consenso matrimoniale, la cui esistenza naturalmente sufficiente può essere il fondamento di una *sanatio in radice*<sup>(42)</sup>. Diverso è il caso di un soggetto che sa o ha l'opinione che il suo futuro matrimonio sarà celebrato invalidamente, ad esempio, a causa di un impedimento, e, ciò nonostante, simula la celebrazione del matrimonio pur di nascondere una situazione di adulterio: nel qual caso il matrimonio è invalido, ma tale invalidità dipende non dal fatto che egli sappia o abbia l'opinione della nullità del matrimonio, ma, in primo luogo, a causa dell'esistenza dell'impedimento e, in secondo luogo, a causa della volontà positiva di celebrare un matrimonio nullo<sup>(43)</sup>.

(39) CASTAÑO, *op. cit.*, p. 372.

(40) CASTAÑO, *op. cit.*, p. 372.

(41) E.F. REGATILLO, *Derecho matrimonial eclesiastico*, Santander 1965, p. 193.

(42) J. FORNÉS, *Derecho matrimonial canónico*, Pamplona 1994, p. 118.

(43) CASTAÑO, *op. cit.*, pp. 372-373. Cfr. anche FORNÉS, *op. cit.*, p. 118.

A nostro modesto avviso, la norma di cui al can. 1100, come è stato sopra affermato da un grande giurista<sup>(44)</sup>, viene in considerazione soprattutto dove si ha la fallace opinione di un impedimento che in fatto non esiste.

Un esempio eclatante è riportato dall'illustre Maestro: «Una donna era sposata col solo matrimonio civile; asseriva di avere avuto notizia che il marito era morto in guerra; sposò dopo qualche tempo in forma religiosa. Ritornato il primo marito, fu istituito giudizio di nullità, per il capo del difetto di consenso. La Rota in una prima decisione rilevò che, sebbene per il canone 1085 (ora 1100) la scienza o l'opinione della nullità del vincolo non porti necessariamente la esclusione del consenso, pure il difetto stesso deve facilmente ammettersi quante volte chi contrae sa o crede che il matrimonio che sta per contrarre sarebbe non solo invalido in diritto, ma impossibile in fatto; com'è il caso di persona già coniugata. Ciò premesso la Rota ritenne che la donna per ignoranza credesse che il matrimonio civile avesse valore anche per la Chiesa e quindi si reputasse vera moglie dello scomparso. Ma la donna sapeva veramente della morte di lui? La Rota dubitò in base alle risultanze della istruttoria che l'annuncio della morte fosse stata una invenzione, credette cioè che la moglie sapesse che il marito era ancora vivo, e fosse ricorsa al matrimonio con il secondo uomo per ovviare alla propria miseria ed alle difficoltà in cui trovavasi ...; perciò dichiarò nullo il matrimonio per la simulazione del consenso della donna, che non poteva volere delle seconde nozze, sapendo che al ritorno del marito questi l'avrebbe costretta a convivere di nuovo con lui (dec. 37 del 1925 *coram* Massimi, in S.R.R. Decis., XVII, p. 293). Senonché due successive decisioni rotali ritennero valido il (secondo) matrimonio, osservando che con l'argomentazione della prima dovrebbero essere nulli (ciò che certo non è) tutti i matrimoni canonici contratti da persone già legate da vincolo civile; che non era vero che la donna dovesse aspettarsi che il primo marito al ritorno l'avrebbe reclamata, posto che ella già viveva da lui separata; che non aveva bisogno di sposare il secondo per trarne aiuto economico, posto che già qualche tempo prima delle nozze aveva instaurato una convivenza concubinaria con lui (dec. 24 del 1927 *coram* Jullien Decis. S.R.R., XIX, p. 192 e dec. 10 del 1928 *coram* Parillo, Decis. S.R.R., XX, p. 106)<sup>(45)</sup>.

---

<sup>(44)</sup> JEMOLO, *op. cit.*, p. 324.

<sup>(45)</sup> JEMOLO, *op. cit.*, p. 274.

Riteniamo, in conclusione, che non si possa non concordare con chi ha sostenuto fin dal 1941 che, se è possibile che coesistano la scienza o la opinione della nullità con il consenso matrimoniale, tale situazione non costituisce la regola, ma l'eccezione, tant'è vero che il *non necessario excludit* del can. 1100 sembra chiaramente prevedere che ordinariamente la scienza o l'opinione della nullità del matrimonio esclude l'intenzione matrimoniale<sup>(46)</sup> dato che non è pensabile, in linea generale, che si dia un consenso non fittizio alle nozze con un contraente su cui cade il peso di un impedimento dirimente o un difetto di forma ben conosciuti dall'altro nubente<sup>(47)</sup>.

PIERO PELLEGRINO

---

(46) In tal senso, vedi JEMOLO, *op. cit.*, pp. 324-325. Vedi anche E. GRAZIANI, *Volontà attuale e volontà precettiva nel negozio matrimoniale canonico*, Milano 1956, p. 110.

(47) JEMOLO, *op. cit.*, p. 323.

*Rassegna di bibliografia*

*Recensioni*

**Pagina bianca**

Patrick J. COGAN, S.A. (ed.), *Selected Issues on Religious Law*, Bulletin on Issues of Religious Law, Canon Law Society of America, Washington 1997, p. 168.

Le présent ouvrage est un recueil de résumés d'articles publiés dans le *Bulletin on Issues of Religious Law* dans les dix premières années de sa publication, à savoir de 1985 à 1995, avec au besoin quelques mises à jour par les auteurs. Il est destiné à faciliter l'utilisation de la collection de cette revue comme source de référence. Les articles ne sont pas présentés selon l'ordre chronologique de leur publication mais groupés selon les thèmes dominants: gouvernement, administration, confidentialité, noviciat. Il y a en tout 26 articles ainsi recensés; je me propose de donner ici un aperçu de la plupart d'entre eux. Les auteurs sont en général des religieux ou religieuses américains, canonistes enseignants ou/et travaillant auprès des tribunaux ecclésiastiques ou conseillers juridiques dans leurs congrégations respectives. A noter le nombre élevé de religieuses qui ont contribué à la revue au cours de cette décennie (plus de 60% des articles).

Comme dans toute revue canonique on note la différence entre des articles qui cherchent simplement à exposer les normes de l'une

ou l'autre question et ceux qui cherchent à en explorer un peu plus la théorie et les racines. De plus certains articles sont des exposés purement théoriques, mais la plupart incorporent aussi des expériences et courants de pensée et de pratique contemporains. Il y a une prépondérance certaine du pragmatisme et des aspects directement pratiques sur la réflexion théorique: cela correspond bien sûr au public visé par la revue, mais aussi probablement aux goûts américains.

La première partie, regroupant des articles consacrés aux problèmes généraux de gouvernement, s'ouvre par un exposé consacré aux *Questions posées par la Congrégation pour les Instituts de Vie consacrée et les Société de Vie apostolique* (CIVASVA) à propos des nouvelles Constitutions et Directoires soumises pour approbation.

En 1985 en effet, deux ans après la publication du nouveau Code de Droit canonique pour l'Eglise latine, pratiquement tous les instituts religieux réélaborent leurs constitutions pour se conformer à la nouvelle législation et les présenter au Saint-Siège pour approbation. Au moment de la rédaction plus de soixante-dix de ceux-ci sont déjà passés entre les mains de la religieuse, official de la Congrégation *ad hoc*. Pour un bon nombre d'entre eux le dicastère a demandé des

clarifications et précisions. Cette procédure n'est pas allée sans provoquer des inquiétudes: certaines communautés qui n'ont pas encore présenté leurs statuts se demandent si on ne va pas les forcer dans un moule contre leur gré, etc.

Pour les rassurer donc et pour les éclairer la Soeur expose les lignes générales de ce que l'on demande habituellement. En ce qui concerne la composition générale, la CIVASVA requiert une certaine concision et clarté. Ce n'est pas dans ces documents normatifs que l'on doit exposer toute la spiritualité de l'Institut, etc. Par ailleurs la Congrégation tient à ce que les termes juridiques précis soient utilisés, et dans leur sens habituel.

Puis il y a un certain nombre de normes qui doivent nécessairement figurer, points sur lesquels le CIC exige une détermination (élection des supérieurs, modalité des voeux et de leur pratique, etc., etc.).

Suivent deux articles, encore par des religieuses, qui tournent autour des mêmes problèmes, alors très débattus dans l'Eglise (et en dehors): est-ce que l'on peut encore concevoir de nos jours une autorité personnelle? Peut-elle être remplacée par une autorité collégiale plus diffuse? Et la réponse dans les deux cas est pratiquement la même: le Code est formel, à côté des organes de gouvernements collégiaux, tout institut doit comporter des supérieurs majeurs et locaux investis des pouvoirs nécessaires pour le gouvernement ordinaire de l'institut et de ses maisons.

Les exposés suivants concernent les modalités d'élection des supérieurs. Est-ce que l'on peut le faire au «suffrage universel» ou est-ce que cela doit être obligatoirement dans le cadre du Chapitre général? Etc.

Puis est abordée la problématique des relations entre pouvoir d'ordre et pouvoir de juridiction dans l'Eglise, et en particulier de l'autorité d'un supérieur religieux non-ordonné. L'auteur, encore ici religieuse occupant des fonctions auprès de la CIVASVA, montre les premiers pas vers la dissociation des deux pouvoirs lors de la révision du C.I.C. (juge ecclésiastique laïc, reconnaissance d'une possible participation ou collaboration des non-ordonnés au *potestas regimini*, etc). Le cas est envisagé d'un vicaire épiscopal chargé des religieux du diocèse qui serait un frère non-ordonné (ou une soeur?) et qui recevrait des pouvoirs non-sacramentels en délégation.

La question de l'élection ou de la nomination d'un frère comme supérieur dans un institut clérical est ensuite présentée. Les normes sont contraires à cette pratique mais des exceptions ont été concédées, montrant bien que les deux pouvoirs, même dans ce cas, peuvent être dans une certaine mesure dissociés.

La deuxième partie, de loin la plus importante quant au volume (14 articles sur les 26 du recueil), consacrée aux «questions administratives», comporte plusieurs articles sur le sujet des vocations «en difficulté». Par exemple, sous le ti-

tre « Crise de vocation », est étudié la différence entre une permission d'absence et une exclaustation pour un religieux qui voudraient prendre un peu de recul pour étudier sa vocation.

Un autre article traite de la dispense des voeux et du renvoi de l'institut. Dans le premier cas il s'agit de la séparation volontaire, alors que dans le deuxième la dispense est imposée pour des raisons disciplinaires.

Est également abordée la conduite que l'on doit adopter envers des religieux « difficiles ». En plus des habituelles recommandations de charité et de patience, l'auteur aborde aussi les ressources légales à la disposition des supérieurs. La position du supérieur est toujours délicate, pris qu'il est entre ses devoirs envers son sujet — de tout faire pour préserver sa vocation — et les obligations envers la communauté, dont il est garant de la bonne marche et dont le religieux « errant » tend à en troubler l'ordre.

Une autre problématique abordée est celle des relations des religieux, en particulier exempts, avec l'évêque diocésain, surtout en matière d'apostolat individuel ou communautaire; dans ce dernier cas un espèce de contrat est prescrit entre l'institut et l'évêque.

Un autre exposé sur quasiment le même sujet (mais publié quatre ans plus tard) énumère l'ensemble des devoirs qu'un évêque résidentiel pourrait avoir envers les différentes catégories de religieux dans son dio-

cèse, ainsi que les obligations des instituts dans cette collaboration. Un problème délicat est celui du transfert d'un religieux ayant des difficultés dans la communauté, au service du diocèse, à un titre ou à un autre.

Nous trouvons aussi un article sur les fusions des instituts: à notre époque de « crise des vocations » et de diminution des effectifs dans certaines communautés religieuses cette question retrouve une certaine actualité. Sont exposés onze critères qui peuvent rendre la fusion plus ou moins facile: charisme, style de vie, ministères spécifiques, spiritualité propre, type de gouvernement, etc., sans oublier les questions « bassement » financières. Puis sont abordés les étapes et démarches qui pourraient être nécessaires aussi bien pratiquement que psychologiquement. Enfin les étapes légales qui impliquent nécessairement le passage par la Congrégation romaine seule habilitée à prononcer de telles fusions.

Sont également abordés les modalités et formes d'associations externes aux instituts religieux: des laïcs, voire même des prêtres diocésains, peuvent s'associer d'une manière ou d'une autre à la vie ou aux ministères de telle ou telle famille religieuse pour un temps plus ou moins long. L'auteur met en garde contre certaines conduites qui tendraient à introduire des confusions entre la pleine appartenance et l'association externe temporaire au détriment de la première surtout. D'autre part il est impératif de définir les limites des responsabi-

lités de l'institut en particulier en matière de santé des « associés » sous peine d'éventuelles situations pénibles.

A propos du can. 702 § 2, est abordé le problème délicat de la *justice et de la charité envers les membres séparés*. Un grand nombre de religieuses et de religieux ont quitté leur institut après le Concile Vatican II: qu'est-ce que la communauté leur doit, que peut-elle faire pour eux? Auparavant un premier principe, c. 702 § 1, les « partants » ne peuvent rien demander pour le travail effectué dans l'institut. Cela posé le § 2 du même canon impose à l'institut de les traiter avec équité et charité. En pratique la CIVASVA compétente en la matière a émis un décret, adressé au P. Arrupe, S.J., alors président de l'Union des Supérieurs majeurs, en 1974, précisant certains des devoirs envers ces religieux. Cela va de l'assistance financière, selon les besoins du sujet et les moyens de la communauté, à l'assistance spirituelle, etc. Enfin sont présentées les réponses à un questionnaire sur ce sujet, concernant 65 instituts masculins et 214 féminins (probablement tous aux Etats Unis).

L'article suivant, *Développements récents en matière de vie consacrée*, est le dépouillement d'un questionnaire, adressé par la Conférence des évêques américains aux diocèses pour « recenser » les instituts de fondation récente. C'est ainsi que pour l'ensemble des Etats Unis en 1992-1993 on trouvait des ermites dans 29 diocèses (dans 6 cas en groupes de soutien mutuel), des vierges consac-

crées dans 22 diocèses, quelques 41 communautés en voie de formation, 2 instituts *incipiens* associant consacrées, consacrés et laïcs. L'auteur fait remarquer, parmi les difficultés inhérentes à la fondation d'une nouvelle communauté, celle de l'originalité du charisme: bien des projets de création, ne sont en effet que la reprise de quelque chose qui existe déjà. Puis viennent encore tous les problèmes attenants aussi bien à la stabilité des ressources matérielles que des personnes, auxquels il faut donner une certaine réponse avant de pouvoir prétendre à une reconnaissance ecclésiale.

Une autre question tout à fait d'actualité est celle de la relation d'un Institut religieux, ou assimilable, à des oeuvres structurées, tels que des maisons de soins médicaux ou d'enseignement, qui dépendent de lui. Il semblerait que le terme adopté le plus souvent en Amérique est celui de « sponsorship », malgré son imprécision juridique. Ce terme est adopté essentiellement pour marquer une certaine relation de « responsabilité » de la communauté envers l'oeuvre, la première s'engageant, par contrat, par charte, etc., à soutenir et garantir la seconde de façons plus ou moins directs selon les cas. Il marque aussi une certaine « communion » spirituelle et, éventuellement, une certaine réciprocité de services mutuels.

Reste toute la problématique liée aux questions d'identité catholique et de celle de l'institut et de l'oeuvre. Par contre, sur le plan pratique, il ne faut pas négliger la responsabi-

lité civile en cas de dommages à un tiers; à noter qu'aux Etats Unis il y a dans plusieurs états des lois protégeant au moins partiellement les oeuvres caritatives. Enfin l'auteur donne quelques indications sur le statut de tutelle tel qu'il a été mis au point en France dans les années '80.

*Clercs et religieux tenant des fonctions publiques: les prohibitions du Droit canonique:* voilà un problème qui n'est pas nouveau dans l'Eglise mais qui dans les années de recherche «tout azimut» qui ont suivi le concile Vatican II a connu un certain regain d'actualité. Le C.I.C., dans ses cc. 285, 672, 739, 287 et 289, est claire et ferme, reprenant d'ailleurs une tradition qui remonte à la deuxième Epître de saint Paul à Timothée (chap. 2, vers. 4): en un mot, les clercs et religieux doivent s'abstenir de ce qui ne convient pas à leur état de consacrés. Cela ne veut pas dire qu'ils se désintéresseront complètement du bien être de la cité temporelle ou que des exceptions ne pourront être autorisées là où les circonstances de lieu ou de temps l'exigerait. L'article se termine sur certains rappels du Souverain Pontife et sur l'énumération sommaire de quelques cas récents, y compris un certain nombre où des sanctions canoniques ont été infligées.

La troisième et dernière partie de ce recueil rassemble des articles traitant de la «Confidentialité», c'est-à-dire le droits des religieux à ce que des informations les concernant ne soient pas divulguées ou transmises et les devoirs corrélatifs des supérieurs.

Le premier article, *La confidentialité dans la vie religieuse*, étudie l'application à la vie religieuse du droit de tous à l'intégrité de sa réputation, droit rappelé par le Concile Vatican II (GS 26) et le C.I.C. (c. 220). L'auteur s'attache en particulier à ce qui concerne les renseignements demandés en vue de l'admission à la vie religieuse et leur conservation. De nouveaux problèmes dans ce domaine se posent si le sujet désire passer d'un institut à un autre ou si il (ou elle) doit subir des soins longs et coûteux en milieu spécialisé aux frais de la communauté d'appartenance. Il y a dans ces cas des limites aussi bien en ce qui regarde ce qui peut être transmis (droit du sujet) que ce qui peut ne pas être transmis (droit de l'institut).

Puis le même problème est abordé sous l'aspect des *Relations entre un Institut et un diocèse*. Un religieux ou une religieuse peuvent être «prêtés» au diocèse pour des tâches pastorales; ils peuvent avoir des «faiblesses» psychosomatiques connues, pouvant être nuisibles à eux-mêmes ou à d'autres: que faut-il transmettre ou non en matière de renseignements? Dans certains cas la préservation de la bonne réputation du religieux pourra passer par un refus non motivé de l'institut. Dans d'autres cas certains renseignements seront transmis, mais seulement ceux qui sont de force externe, et non à l'insu du sujet. Il y a aussi le problème de l'éventuelle responsabilité civile du diocèse et de l'institut en cas d'inconduite de la personne.

La quatrième et dernière partie de ce recueil regroupe trois articles concernant les différents aspects canoniques du noviciat.

Le premier, *But et place du noviciat*, est un commentaire des canons fondamentaux en la matière, les cc. 646 et 647. Le but du noviciat et d'une part de vérifier par le vécu en commun que le sujet et l'institut se conviennent mutuellement et d'autres part de construire les bases spirituelles sur lesquelles sera édifier toute la vie religieuse du nouveau religieux. Cela exige un maître des novices dévoué à cette tâche et une exclusivité de formation qui exclue les études à proprement dit pendant cette phase. Le lieu devra être érigé canoniquement et répondre aux exigences propres; des exceptions temporaires pourront être permises par les supérieurs majeurs. Puis l'auteur aborde certaines expériences qui ont été tentées après le Concile, en particulier le problème des noviciats communs à plusieurs congrégations.

L'exposé suivant revient sur le même problème des *Noviciats intercommunauté*. La directive de la Congrégation pour les Instituts de vie consacré et les Sociétés de vie apostolique du 2 février 1990, toute en permettant certaines formes de collaboration partielle, manifeste sa réprobation pour des noviciats communs qui auraient comme résultat que le sujet soit formé en dehors de son institut propre. Puis l'auteur étudie certaines des difficultés liés à ce type d'entreprise.

Enfin la dernière étude traite de la question délicate de l'*Admission au*

*noviciat de personnes mariées*. Le canon 643 § 1, 28 est formelle: une telle admission serait invalide. Dans un premier cas le sujet peut obtenir une déclaration de nullité de son mariage des instances judiciaires canoniques compétentes. i cela n'est pas possible et que les conjoints sont irrémédiablement séparés, il faudra obtenir de l'évêque diocésain une sentence de séparation, puis demander au Saint Siège la dispense de l'empêchement au noviciat. Enfin il appartient aux supérieurs majeurs de juger si la personne, avec son passée, etc., pourra s'adapter et convenir à l'institut religieux.

En somme on peut dire qu'un bon nombre des articles contenus dans ce recueil présentent un réel intérêt pour ceux qui s'occupent des problèmes canoniques des religieux. Mais, par contre, certains traitent de problématiques qui, très actuels dans les années qui ont suivi le Concile Vatican II, aujourd'hui peuvent nous paraître dépassés (souvent d'ailleurs du fait d'un retour à des conceptions plus classiques de l'obéissance et du rôle des supérieurs).

Jean Marie Pommarès, o.s.b.

Álvaro DEL PORTILLO, *Laici e fedeli nella Chiesa. Le basi dei loro statuti giuridici*, Giuffrè editore, Milano, 1999, p. XVIII-284.

Rileggo, a trent'anni di distanza, il volume di Alvaro del Portillo sullo

*status* giuridico dei laici e dei fedeli nella Chiesa.

L'occasione è offerta dalla recente pubblicazione della seconda edizione italiana, condotta sulla terza edizione spagnola, di un'opera che ormai costituisce un classico della letteratura canonistica e che appare ora inserita nella collana delle monografie giuridiche della Pontificia Università della Santa Croce.

La prima impressione è animata da trasalimenti autobiografici. Penso che tutti i canonisti della mia generazione, di quanti cioè hanno vissuto la stupenda stagione conciliare negli anni della propria formazione universitaria e scientifica, non possono non riprovare, nella lettura di queste pagine nitide, chiarissime, semplici pur nella profondità delle tematiche trattate e nella complessità dei problemi affrontati, le emozioni intellettuali e spirituali di quel momento. Chi non lo ha vissuto non può immaginare lo stupore che si provò nel vedere la veneranda istituzione ecclesiastica schiudersi ad un coraggioso approfondimento della propria natura e della propria missione; non può immaginare l'ammirazione per il coraggio con cui le questioni poste dalla modernità venivano affrontate da una assise, chiamata a ridefinire le relazioni tra la Chiesa ed un mondo ormai così diverso dal passato; non può immaginare l'entusiasmo con cui si leggevano e commentavano i documenti che il Concilio veniva via via proponendo, in cui erano riscoperti e rivalorizzati prin-

cipi della dottrina cattolica e elementi della costituzione ecclesiastica, che nel tempo si erano appannati.

Tra le «novità» conciliari dominava il tema della uguaglianza radiale o fondamentale che caratterizza, in seno al popolo di Dio, la condizione di tutti i fedeli, ed al tempo stesso quello della disuguaglianza funzionale, della diversità di ministeri, della differenza di condizioni e vocazioni personali. In particolare il tema del laicato: da promuovere e da riconoscere nella sua dignità; nel suo insostituibile ed originale ruolo di animazione cristiana delle realtà temporali; nel suo peculiare modo di partecipare alla missione della Chiesa, non come strumento ma come dimensione stessa della Chiesa nel mondo.

Per noi giovani canonisti le pagine, profonde e dotte, di del Portillo sullo statuto giuridico dei fedeli e dei laici nell'ordinamento canonico, rappresentarono una affascinante ed ai nostri occhi audace traduzione, sul piano della scienza giuridica, degli insegnamenti contenuti nella costituzione dogmatica *Lumen gentium* e nel decreto *Apostolicam actuositatem*. In anni di vivace polemica antiggiuridica ed anticanonica, che in qualche modo provocava e metteva in crisi la nostra vocazione per gli studi di diritto, quelle pagine costituirono una ragione di illuminazione e di incoraggiamento. Illuminazione sulla non contrapposizione fra carisma e diritto, tra Vangelo e legge; sulla coerenza e solidarietà tra diritto e pa-

storale; sulle ragioni profonde del diritto nella Chiesa, chiarite da quella «non debole analogia» tra l'incarnazione del Verbo e la crescita della Chiesa in un organismo sociale, evocata dal n. 8 della *Lumen gentium*. Un passo su cui tanto a lungo ci eravamo soffermati, da giuristi, a meditare.

Ma le pagine di del Portillo — chiamato ad essere il primo successore del beato Josemaría Escrivá de Balaguer alla guida dell'Opus Dei — furono anche di incoraggiamento, per noi giovani canonisti, a proseguire nella nostra vocazione intellettuale e scientifica; a cogliere tutte le potenzialità che l'evento del Concilio portava con sé nel rinnovamento del diritto canonico come disciplina e come esperienza; ad impegnarci in una professionalità della quale era possibile vedere una radicale finalizzazione nella vita ecclesiale.

La rilettura, oggi, dell'opera di del Portillo è ricchissima anche di ulteriori suggestioni. In particolare quella sull'enorme cammino fatto, in questi decenni che ci separano dalla celebrazione del Vaticano II, sia dalla scienza del diritto canonico sia dal diritto canonico positivo, sul terreno della definizione della condizione comune a tutti i fedeli e di quella propria dei laici. Sorprende per molti aspetti la capacità di del Portillo — che peraltro aveva lavorato come perito sia nella preparazione che nello svolgimento del Vaticano II — nel cogliere le radicali connessioni tra acquisizioni ecclesiologiche e rinnovamento del

diritto canonico; nell'individuare le potenzialità di sviluppo, sul terreno del diritto positivo, degli insegnamenti conciliari; nell'anticipare coerenti scenari di evoluzione dell'esperienza giuridica nella Chiesa. Su quest'ultimo aspetto è assai interessante la verifica che si può fare, grazie alle note editoriali del professore Carlos J. Errázuriz, tra le formulazioni delineate dal del Portillo nel 1969 e le soluzioni normative contenute, per i singoli problemi, nella codificazione canonica del 1983, così come nelle direttive di altri documenti legislativi e magisteriali, come l'esortazione apostolica postsinodale *Christifideles laici* del 1988.

Si può dire che una delle ragioni per l'interesse, ancora attuale, del testo è data dall'evidente, diretto influsso che esso ha esercitato nel rinnovamento della legislazione ecclesiastica. Ma ancor più dalla sua idoneità ad illuminare, in questo periodo di applicazione del nuovo diritto ecclesiale, quell'attività ermeneutica che costituisce momento saliente e nobile della esperienza del giurista.

Giuseppe Dalla Torre

Jean GAUDEMET, *Droit de l'Église et société civile (XVIII<sup>e</sup>-XX<sup>e</sup> siècles)*, Revue de Droit canonique, hors série, Strasbourg, 1998, p. 336.

La «Revue de Droit canonique» consacre un volume spécial à Jean

Gaudemet qui, faut-il le rappeler, enseigna à l'Institut de droit canonique de Strasbourg avant d'être professeur honoraire à l'Université de Paris II. Il s'agit d'un recueil d'articles de sa main, ayant trait à la période contemporaine.

En guise d'introduction, une brève évocation de quatre maîtres de l'histoire du droit canonique (P. Fournier, G. Le Bras, A. Vetulani et S. Kuttner) précède quelques réflexions sur l'apport du droit canonique aux droits occidentaux modernes.

Le premier sujet est le mariage, qu'il aborde sous un triple angle : l'engagement matrimonial à la veille de la Révolution française, le divorce dans les projets du Code civil, et l'évolution du droit et des mœurs en Europe depuis le XVIII<sup>e</sup> siècle.

Les relations Église et société constituent le thème central de l'ouvrage. On y trouve des études sur la condition des chrétiens, l'Église gallicane, les nominations épiscopales en France de 1801 à 1905, le Concordat, le statut juridique des lieux de culte dans un régime de Séparation, le pouvoir politique et l'autorité religieuse du Vatican. Un article consacré au rôle du Conseiller pour les affaires religieuses auprès du Ministre des relations extérieures, ainsi que deux articles consacrés au Code de 1983 — dernière section du recueil —, mettent en valeur le versant canoniste de l'auteur : il s'agit de réflexions précieuses sur le Livre I, *de Normis generalibus*, ainsi que sur la hiérar-

chie des normes dans le nouveau Code de droit canonique.

Ce recueil ne reflète que très partiellement la production abondante et diversifiée du professeur Jean Gaudemet. Il a toutefois l'avantage de faciliter aux lecteurs l'accès à des articles épars. Il a aussi le mérite de rendre hommage à l'un des plus éminents canonistes et historiens du droit du XX<sup>e</sup> siècle, dont les publications manifestent à la fois l'ampleur des connaissances, la rigueur et la vitalité de 1.

A plume, ainsi que la prudente sagesse de l'historien, qui rappelle au canoniste les limites du savoir ainsi que la (relative) relativité des institutions et du droit.

Jean-Pierre Schouppe

Andrea GIANNI, *L'insegnamento della religione nel diritto ecclesiastico italiano*, CEDAM, Padova, 1997, p. 274.

A few years back the subject of this book was making headlines in Italy, on such a seemingly incidental matter as in which school period religion should be taught. The media storm blew over, the relevance of the topic has remained: the teaching of religion in Italian state-run schools.

After touching on the teaching of religion in European public schools (Ch. I), the author describes and analyzes, in a comprehensive and profound style, the 1984 Accord be-

tween Italy and the Holy See (Ch. II), the programs and textbooks of Catholic religion (Ch. III), Catholic religion teachers (Ch. IV), the agreements of Italy with six other faith communities regarding religious education (Ch. V), freedom of choice and anti-discrimination guarantees in the Accord and in the Constitution (Ch. VI), and Catholic statistics and diocesan synod declarations on the issue (Ch. VII). Of very special interest, especially in common-law countries, is the study of post-Accord judicial decisions (Ch. VIII, 62 pages). There are also 60 pages of summaries of cases (after 1984) and legislation (1857 to 1995) on religious education, an exhaustive bibliography and the below-mentioned appendix.

With the 1984 *aggiornamento* of the 1929 Lateran Concordat, the Holy See and the Italian Republic also updated the agreement as to what part of, how and how often, by whom, (and arguably when), the Catholic faith should be taught in Italian public schools.

Art. 9.2 of the Italy-Holy See Agreement of 18 February 1984 (sometimes referred to as the *Accordo di Villa Madama*, here simply the Accord) which, together with its Additional Protocol, amended the Lateran Concordat, states:

«La Repubblica italiana, riconoscendo il valore della cultura religiosa e tenendo conto che i principi del cattolicesimo fanno parte del patrimonio storico del popolo italiano, continuerà ad assicurare, nel quadro

delle finalità della scuola, l'insegnamento della religione cattolica nelle scuole pubbliche non universitarie di ogni ordine e grado.

«Nel rispetto della libertà di coscienza e della responsabilità educativa dei genitori, è garantito a ciascuno il diritto di scegliere se avvalersi o non avvalersi (to opt in or opt out) di detto insegnamento.

«All atto dell'iscrizione gli studenti o i loro genitori eserciteranno tale diritto, su richiesta dell'autorità scolastica, senza che la loro scelta possa dar luogo ad alcuna forma di discriminazione» (p. 250 of the valuable *Appendice dei testi normative*; emphasis added).

This provision, complemented by an agreement (*Intesa*) between the Ministry of Education and the Italian Episcopal Conference, as well as by some canon law norms, some parliamentary and diplomatic documents, and court judgements, establishes the following *formula*: (a) The Italian government commits to having the Catholic religion be taught, (b) as a regular subject in all public schools, (c) guaranteeing the Church exclusive competence on doctrinal aspects via the training and approval of teachers, the co-drafting with the state of the programs of study, and the approval of textbooks. And (d) the Italian Constitution's principles of freedom of conscience and of educational autonomy of the family underlie the right to opt in or opt out of Catholic religious instruction, and the prohibition of religious discrimination.

(a) *The Italian Republic will continue to provide* the teaching of the Catholic religion: thus the Lateran Concordat's commitment is continued and perfected.

(b) *Conformity with the doctrine of the Church*: ecclesiastical authorities control the orthodoxy of the content in different ways.

(c) *Within the aims of the school*: the teaching of religion, one more subject, must be done by trained and salaried professionals within school hours. This last point was the object of several court cases, the upshot of which has been that students (usually their parents) who opt out of religion class and of other substitute classes are allowed to leave school during that period.

(d) *Respect for freedom of consciences*: besides having the right to opt out, all students, whether Catholic or not, have the right to opt in; choosing to attend religion class is independent of belonging to that religion.

Catholic religion teachers are usually trained in Catholic institutes of religious education («istituti di scienze religiose»): their degree is convalidated by the state. This is one of the ways in which bishops safeguard the rights of the faithful to receive sound doctrine.

Of interest are the pages in which the author analyzes the agreements («Intese») between the Italian state and the Waldensians, the Assemblies of God, Seventh-Day Adventists, Jews, Baptists, and Lutherans, all of which deal in part with religious education.

The author divides Chapter VIII, *L'insegnamento della religione nella giurisprudenza*, into two parts. In the first, he gives a global vision of post-1984 court rulings, especially of three key Constitutional Court decisions: 203/1989, 13/1991 and 290/1992. These judgements on the one hand rejected claims that the Accord was unconstitutional. On the other, they delineated the legal situation of students who opt out of Catholic religious education: the court held that these students have no obligation to take an alternative course or even to stay in school during that class period.

In his conclusions (Ch. IX), the author criticizes one aspect of these judgments: «Non si può fare a meno di avanzare il dubbio che la discriminazione che è stata imputata alla normativa del '29 di imporre un onere (la richiesta di dispensa) a carico dei soli non avvalentisi e che sembrava chiusa fuori dalla porta con l'introduzione del nuovo diritto soggettivo di scelta ex art. 9.2 Accordo, sia rientrata dalla finestra con la previsione di un onere (la maggior durata dell'orario scolastico) a carico dei soli avvalentisi. (...) *La possibilità di assentarsi da scuola (costituisce), nell'attuale organizzazione scolastica, un condizionamento per lo studente che deve scegliere se frequentare o meno una materia*» (p. 196, emphasis added). He says that the words of Art. 9.2, «nel quadro della finalità della scuola», placed in context, mean that religion is to be taught within the regular curriculum, unless a specific religious denomina-

tion expressly renounces that right (as some have, in their agreements with the Italian state). He adds that the freedom of consciences is already guaranteed by the law, in giving students' parents (or older secondary school students) the right to choose, and by forbidding discrimination on the basis of that choice.

The author, however, applauds the fact that «l'ordinamento italiano ha imboccato una strada precisa in materia di regolamentazione dell'istruzione religiosa nelle scuole statali, quella di contrattare con i rappresentanti degli interessi religiosi l'adozione di un sistema a due facce su una delle quali sono alcune precise forme di controllo e sull'altra l'autonomia delle confessioni religiose nella gestione dei contenuti. (...) Lo Stato, tra le due ipotesi di insegnamento confessionale gestito dalle chiese e di istruzione religiosa 'laica' gestita dallo Stato, (ha) preferito la prima preoccupandosi di trovare all'interno del suo sistema le garanzie di pluralismo e di libertà» (p. 201).

In concluding, the author affirms that Italy and the Holy See have opted for a modern outlook on religious freedom. The old way of looking at this right was to see it as a negative right: the state has no business in religion. The new way of looking at it is to say that the state is to respect and promote the religious rights of all its citizens. «Per libertà religiosa si intende anche una garanzia più ampia di autonomia delle scelte individuali in materia religiosa» (p. 213).

More specifically, in the case of religious education, the Italian Republic has established «area pluriconfessionale di trasmissione della cultura religiosa ritagliata nell'ordinamento scolastico ai diversi livelli dell'orario curricolare o delle attività integrative a seconda dei diversi interessi portati alla trattativa dai rappresentanti delle confessioni religiose e di cui sono espressione i diversi accordi tra lo Stato e le confessioni religiose». «Today», «di gran lunga più ampia è la (...) libertà religiosa di cui gode il cittadino italiano. Questi, infatti, si trova oggi di fronte ad un sistema scolastico che gli offre la possibilità di accostare l'istruzione religiosa sotto più forme e con modalità differenziate» (pp. 210-211).

At the same time, Catholic religion courses in public schools are not courses of *indoctrination*: they are not parish catechism classes. «L'identità dell'insegnamento della religione cattolica è come una moneta a due facce: la confessionalità e la laicità». There is «un quadro di riferimento costituzionale e (...) un grado di cooperazione tra autorità scolastica ed ecclesiastica che (...) escludono che tale insegnamento rivesta il carattere di un'iniziazione alla fede fornita dalla scuola statale speculare a quella che viene svolta nell'ambito della parrocchia» (p. 211). The student whose parents have chosen the Catholic religion course is able to «apprendere la dottrina e la storia della religione più rilevante dal punto di vista del patrimonio culturale del paese dalla

fonte più accreditata che è l'autorità depositaria ma con l'esplicito divieto che rappresenti un indottrinamento» (pp. 212- 213).

This book is for specialists, but within a wide audience: not only European and Latin American readers, for example, but also citizens of countries (e.g. Canada) where state-funded denominational schools have a long tradition but which today face situations that may mirror the ones carefully analyzed by Andrea Gianni.

*Fernando Mignone*

Juan GOTI ORDEÑANA, *Del Tratado de Tordesillas a la doctrina de los derechos fundamentales en Francisco de Vitoria*, Servicio de Publicaciones e Intercambio Científico de la Universidad de Valladolid, Valladolid, 1999, p. 435.

Se trata de un estudio jurídico sobre distintos aspectos relacionados con el descubrimiento de América. En particular, el catedrático de la Universidad de Valladolid Juan Goti Ordeñana dedica la primera parte de su estudio al análisis de las Bulas americanas de Alejandro VI y al Tratado de Tordesillas, firmado entre los reinos de Castilla y Portugal en 1494, y la segunda parte a la doctrina de los derechos fundamentales en Francisco de Vitoria. Aunque la perspectiva del estudio es eminentemente jurídica, el autor demuestra un buen conocimiento de las problemáticas políticas de

aquellos años, así como de las corrientes teológicas medievales y renacentistas.

Goti Ordeñana presenta al inicio un estudio de los antecedentes de las bulas alejandrinas — fundamentalmente las bulas de navegación otorgadas a la corona portuguesa en la segunda mitad del siglo XV —, para abocarse después al análisis de las bases jurídicas de las bulas de Alejandro VI. Para esto, estudia las hipótesis que se han ido barajando a lo largo del siglo XX, como las de Vander Linden, Giménez Fernández, Pedro de Leturia, y García Gallo. El autor se muestra particularmente crítico con la posición sostenida por Giménez Fernández. Según Goti Ordeñana, para interpretar correctamente el alcance de las bulas alejandrinas es necesario tener presente el ambiente ideológico de finales del siglo XV, cuando las nuevas concepciones renacentistas comenzaban a hacer sombra a las categorías medievales teocráticas. Las bulas de Alejandro VI no contienen ninguna investidura medieval, ni manifiestan la doctrina medieval de la *Plenitudo Potestatis* pontificia que incluía el ámbito de lo temporal. Según el profesor de Valladolid, por las bulas alejandrinas, a los reyes castellanos «se dieron unas facultades frente a los reyes europeos, para crear centros comerciales con alguna exclusividad, y que sirvieran de irradiación de la propagación del evangelio y la cultura cristiana, pero sin pensar en una donación de señoríos tempora-

les o autorizaciones para conquistar territorios» (p. 146). La Santa Sede aplicó los mismos criterios con los que había actuado respecto a Portugal y a su creciente imperio comercial. La mentalidad renacentista, según Goti Ordeñana, impediría aplicar nociones político-teológicas del siglo XIII a la realidad europea de finales del siglo XV.

Goti Ordeñana señala que donde sí se aplicaron los conceptos de la teocracia medieval fue en las interpretaciones posteriores de las bulas alejandrinas, realizadas en Castilla durante las dos primeras décadas del siglo XVI, hasta el advenimiento de las doctrinas de Francisco de Vitoria. Algunos teólogos y juristas de la Junta de Burgos de 1512 recurren a argumentos teocráticos y de la canonística medieval para interpretar las bulas alejandrinas como una concesión pontificia a la corona de Castilla de señorío político sobre los territorios recientemente descubiertos.

Habría que esperar al magisterio salmantino de Francisco de Vitoria para encontrar una crítica radical a la interpretación teocrática: el Papa sólo puede encomendar una misión espiritual a los reyes castellanos, en virtud de la plenitud de potestad espiritual de la que goza por ser el Vicario de Cristo. Pero el Papa no tiene potestad *mere temporalis*, aunque sí goza de la potestas indirecta, que tiene su origen en el poder espiritual, y no en un supuesto poder temporal pontificio, que no existe salvo en los Estados Pontificios. Goti Ordeñana analiza los princi-

pios vitorianos según un esquema tradicional en esta clase de estudios: primero describe la antropología que subyace en su filosofía política, después presenta la crítica de Francisco de Vitoria a los títulos considerados por el dominico como ilegítimos para justificar la presencia dominativa de los españoles en América, y por último presenta los títulos legítimos, que constituyen la base de su doctrina internacional.

Goti Ordeñana ve en la Escuela de Salamanca un momento importante en el proceso de secularización del mundo occidental, en el sentido de crítica a la teocracia medieval y en la construcción de un sistema de derecho internacional que intenta salvaguardar los derechos naturales de todos los hombres sin distinción de raza, cultura o religión.

Considero acertada esta valoración de Goti Ordeñana. Me atrevería a añadir que Francisco de Vitoria es un elemento importante del proceso de secularización en el sentido de *desclericalización* de la teocracia medieval: el dominico es fundamentalmente un humanista cristiano que, conservando una visión antropológica trascendente, sabe distinguir el orden natural del sobrenatural.

El libro de Goti Ordeñana aportará al lector nuevos elementos de interpretación de las bulas alejandrinas — considero que la primera parte es la más original del libro — y reforzará la convicción — hoy día casi universal en el mundo académico — de la importancia primordial de Francisco de Vitoria en la histo-

ria de la filosofía política y de la filosofía del derecho modernas.

Me permito disentir con el autor sobre la oportunidad de utilizar el término ideología para referirse a la doctrina o a la visión del mundo cristianas. En algunos capítulos, la puntuación utilizada hace un poco más pesada la lectura.

El libro concluye con un estudio de Francisco Campo del Pozo sobre *Fray Alonso de la Veracruz y sus aportaciones al derecho como las causas justas e injustas de la Conquista* (pp. 375-415).

Mariano Fazio

Jorge MIRAS, «*Praelatus*»: *de Trento a la primera codificación*, EUNSA, Pamplona, 1998, p. 244.

Col presente volume il prof. Miras, docente di diritto amministrativo canonico presso la facoltà di diritto canonico dell'università di Navarra, ci offre il frutto delle sue ricerche a proseguimento di quelle raccolte nel volume *La noción canónica de «Praelatus». Estudio del Corpus Iuris Canonici y sus primeros comentadores*, pubblicato presso la medesima casa editrice nel 1987.

Così il primo capitolo di questo nuovo volume sintetizza i risultati del precedente. A partire dal *Decretum Gratiani* il termine «prelato» comincia ad acquisire un significato proprio in ambito canonico, che si precisa ulteriormente grazie all'opera dei decretisti. Nelle collezioni

del *Corpus Iuris Canonici* posteriori al *Decretum* troviamo liste di prelati. Su questa base l'apporto dei commentatori del *Corpus Iuris Canonici* è quello di giungere a stabilire quel senso preciso del termine che, ad esempio, secondo l'*Abbas Panormitanus*, designa colui che possiede giurisdizione. Come nota il Miras, «en este momento se ha alcanzado una configuración técnica que ya no será nunca alterada en ninguno de sus elementos básicos» (p. 41).

Una seconda tappa dell'evoluzione della nozione di *praelatus* — presentata nel II capitolo — si apre con il Concilio Tridentino, che affrontò il problema posto dalla molteplicità di giurisdizioni esenti da quella episcopale. L'azione riformatrice conciliare condusse, tra l'altro, ad elaborare una gerarchizzazione dei prelati in diverse categorie (la classificazione dei prelati divenuta poi classica è quella del *De Synodo Dioecesisana* di Benedetto XIV), fra le quali la più alta, quella dei prelati *vere et proprie nullius*, è equiparata quasi completamente ai vescovi.

L'A. chiarisce l'equivoco presente nella dottrina posttridentina circa la relazione fra esenzione e condizione prelatizia ed afferma che la prima «sólo es fuente histórica mediata de la condición prelatizia en el caso de algunos prelados inferiores: los exentos, seculares o regulares» (p. 68). Per tutti i prelati l'elemento essenziale della loro condizione è, quindi, la giurisdizione, mentre l'esenzione «simplemente media en algunos supuestos como

causa remota para la obtención de jurisdicción en el fuero externo» (p. 73). Ma è proprio sulla base dei diversi gradi di esenzione che la giurisprudenza rotale e la dottrina elaborarono la classificazione dei prelati inferiori. Essa è, nonostante questo equivoco, valida ed utile a differenziare il trattamento giuridico per i diversi tipi di prelati.

Nel III capitolo, lasciandosi guidare soprattutto dai quattro canonisti — i cardinali De Luca e Petra, l'Aróstegui e Benedetto XIV — che hanno contribuito in maniera eminente a tale elaborazione, l'A. individua i tratti caratterizzanti le tre «species» di prelati: quella «infima» (cui appartengono i prelati con «iurisdictio passiva» su un certo genere di persone esenti dall'esercizio della giurisdizione del vescovo diocesano ed individuate per la loro relazione a una chiesa, convento e monastero), quella «media» (cioè dei prelati che hanno una giurisdizione attiva su un clero ed un popolo delimitati «ratione territorii», ma la cui giurisdizione concorre con quella episcopale) e quella «suprema» (che è quella dei prelati «in nullius diocesi», che sono cioè ordinari unici di un determinato territorio e sono equiparati ai vescovi diocesani, eccetto che per la potestà di ordine).

L'interesse della dottrina si concentrò sempre più sul prelati *nullius*, che viene considerato il modello del prelati inferiore inteso come ufficio ecclesiastico di governo. Egli esercita la sua giurisdizione su un determinato territorio,

che viene perciò denominato «prelatura» (termine fino ad allora generico, che viene ora a designare la circoscrizione ecclesiastica che ha un prelati *nullius* come ordinario). La sua è una potestà detta «quasiepiscopale», che comporta una potestà di giurisdizione pienamente equiparata a quelle del vescovo diocesano, ma che non include la potestà di ordine episcopale. Tale potestà ha la sua origine nel romano pontefice, che solo ha il potere di creare una nuova circoscrizione territoriale, separandola da una diocesi.

Nella seconda parte del cap. IV l'A. presenta la dottrina canonica del sec. XIX, che, da un lato, raccolse e ordinò quanto era stato elaborato soprattutto nei secoli XVI e XVII e si era cristallizzato nel sec. XVIII e, dall'altro, attraverso alcuni suoi esponenti preparò l'elaborazione del codice piano-benedettino. Mentre non si notano particolari novità o approfondimenti a proposito del concetto e della classificazione dei prelati, alcuni autori di questo periodo offrono degli interessanti apporti nell'elaborazione del concetto di potestà quasiepiscopale, che consentono «una comprensión más coherente de la figura en el conjunto de la jerarquía eclesiástica» (p. 130); tali apporti saranno accolti dalla codificazione del 1917.

Ai lavori preparatori del codice piano-benedettino è dedicato l'ultimo capitolo, nel quale l'A. si fonda sulle sue ricerche nei fondi dell'Archivio Segreto Vaticano. In appendice al volume egli ci offre il testo di vari documenti (schemi prepara-

tori, verbali, voti, osservazioni) di quella codificazione riguardanti il tema in esame. Il lettore viene così accompagnato nell'esame del complesso iter della codificazione dei dieci canoni (cc. 319-328) del codice del 1917 che delineano lo statuto giuridico del prelado *nullius*, ormai «el único prelado inferior acogido explícitamente, en cuanto prelado — o sea, en cuanto oficio de gobierno eclesiástico —, por el Código» (p. 172).

All'inizio del suo studio il Miras si era proposto di offrire, proseguendo l'impresa iniziata con la sua monografia precedente, un contributo ad una miglior conoscenza della tradizione canonica dell'istituzione della prelatura. Ciò dovrebbe tornare utile soprattutto per gli studi che dopo il codice del 1983 si sono dedicati al tema delle prelature personali. Terminando la lettura del presente volume possiamo riconoscere che l'A. ha raggiunto il suo scopo non solo sotto questo profilo, ma, più ampiamente, offrendo un interessante contributo storico-canonico anche alla complessa e dibattuta problematica della potestà di governo.

*Antonio Filipazzi*

José ORLANDIS, *La Iglesia en la segunda mitad del siglo XX*, Ediciones Palabra, Madrid, 1998, p. 304.

El Prof. Orlandis es bien consciente de que la pretensión de ha-

cer la historia de la Iglesia de la segunda mitad del siglo XX puede parecer una osadía «cuando no ha transcurrido aún el tiempo necesario para poder contemplar ese período con óptima perspectiva». No obstante, acepta el riesgo de la imperfección, «si el resultado era poder ofrecer una visión substancialmente válida de un capítulo de la historia de la Iglesia cronológicamente próximo y que conserva palpitante actualidad», y decide escribir este libro, que se añade a su prolífica producción, con un lenguaje claro y conciso que lo hace particularmente ameno.

Para ello divide su obra en dos partes («La época del Concilio Vaticano II» y «La Iglesia en tiempos de Juan Pablo II») de seis capítulos cada una. Así, a lo largo de las páginas se van sucediendo en la primera parte los temas de «Las postrimerías del pontificado de Pío XII», «El pontificado de Juan XXIII», «Pablo VI y el Concilio Vaticano II», «Tiempo de reformas», «La Iglesia de Pablo VI: luces y sombras», y «Problemas en algunas iglesias particulares». En la segunda parte trata sobre «Juan Pablo I, el Papa de los 33 días», «La elección de Juan Pablo II», «El gobierno de la Iglesia», «La Iglesia y la crisis de la nueva modernidad», «El estado de la Iglesia en las postrimerías del siglo XX» y «La Iglesia en los umbrales del tercer milenio». Se incluyen varios cuadros estadísticos e informativos que enriquecen el texto. El libro cuenta con una amplia bibliografía

ordenada por temas, y con dos índices detallados.

Al narrar esta época particularmente densa en acontecimientos — piénsese por ejemplo en el Vaticano II o en la crisis de la nueva modernidad que ha afectado no sólo a la Iglesia sino a toda la sociedad —, Orlandis consigue una síntesis clara y profunda a la vez. En el logro de este objetivo juegan a su favor el tratarse de un período vivido personalmente por el autor y el contar con más de cincuenta años de actividad científica en el campo de la historia.

A través de los capítulos del libro se ponen de manifiesto muchos de los sucesos que golpearon a la Iglesia en esta última parte del siglo XX. Se perfilan también los desafíos que ésta tiene en la medida en que aún mantienen vigencia los modos de pensar que originaron esos sucesos. Y así no pueden estar ausentes la crisis posconciliar, el fenómeno contestario y el del disenso, el avance de la «cultura de la muerte» con sus manifestaciones más características de la permisión del aborto y la eutanasia — astutamente presentadas a la opinión pública con eufemismos como el derecho a «libre elección» o a una «muerte digna» —, el auge de los movimientos feministas y de homosexuales, la teología de la liberación, o la proliferación de las sectas.

Pero no se trata de una lista de calamidades, ni menos aún de una visión catastrófica del período. El autor plantea con ponderación una

historia de los hechos y de las ideas predominantes, y deja traslucir un optimismo de fondo, no sólo porque sabe rescatar lo mucho que de bueno tienen estas décadas, sino porque también pone de manifiesto aquellas realidades que ofrecen razones para la esperanza. Por esto, entre otras cosas, destaca, mostrando los hechos, que nunca en la historia la Iglesia ha sido tan «católica», tan universal, como lo es ahora. Pone de manifiesto como el Pontificado romano goza de uno de los momentos de mayor prestigio, tanto entre los católicos como entre los hombres del mundo entero. Señal de esperanza es también el hecho de que el Romano Pontífice tenga un particular atractivo para los jóvenes, quienes «sienten» que el Papa les dice la verdad y les enseña el camino, a pesar de que estos puedan resultarles exigentes e incómodos. El autor también se detiene en señalar el positivo fenómeno del auge de los nuevos «movimientos» o realidades eclesiales.

El prof. Orlandis, que fue el primer Decano de la Facultad de Derecho canónico de la Universidad de Navarra, no podía dejar al margen de su estudio la historia de los principales acontecimientos jurídicos del período, como así tampoco los comentarios sobre las repercusiones jurídicas de acontecimientos tales como el Concilio Vaticano II. De aquí que se refiera a la creación de nuevas instituciones canónicas como las Conferencias episcopales o el Sínodo de los Obispos, al proceso

de reforma del Código de Derecho canónico y al proyecto de la Ley Fundamental de la Iglesia, o a las principales leyes universales sancionadas.

Se trata de un libro de interés para los estudiosos de todas las disciplinas eclesiásticas. Para muchos será la ocasión de tomar conocimiento de lo acontecido. Para otros, que han vivido esta parte de la historia, el interés estará en la visión de conjunto que se aporta, y en el sentido positivo de quien se nota que escribe sobre una realidad que ama profundamente.

*Patricio C. Olmos*

Francisco Daniel VÁZQUEZ GUERRERO, *Ética, Deontología y Abogados*, Ediciones Internacionales Universitarias, Barcelona, 1996, p. 122.

Negli ultimi decenni si è manifestato un grande interesse per l'etica applicata alle attività professionali, soprattutto nell'ambito imprenditoriale e degli affari, di fronte al continuo espandersi di fenomeni che, come la corruzione, minacciano seriamente di diventare una regola comune. Alla base di questo fenomeno si trova la consapevolezza di come quelle condotte non soltanto arrechino un danno a chi ne subisce le conseguenze, ma introducono anche gravi disordini nella dinamica dei rapporti giuridici e nello svolgimento di quelle stesse attività.

Facendo leva sulla sua lunga esperienza professionale, Francisco Daniel Vázquez presenta in questo volume, non tanto un trattato di deontologia o di etica professionale dell'avvocato, ma piuttosto alcune riflessioni di carattere etico e giuridico su tale attività. Scopo dichiarato dall'autore è quello di rivalutare la deontologia, non solo come un codice normativo per gli avvocati, ma specialmente quale fermo punto di riferimento che, da una parte, consenta al professionista una efficace difesa dinanzi a coloro che possano da lui pretendere attuazioni eticamente scorrette; e, dall'altra, far conoscere con chiarezza al cliente quali comportamenti ci si può attendere dal suo avvocato. Ciò dovrebbe giovare ad una certa omogeneità nell'espletamento delle funzioni proprie dell'avvocatura (cfr. pp. 12-14).

Per questi motivi, Vázquez si schiera decisamente a favore dell'esistenza di un codice deontologico dove le norme deontologiche trovino la garanzia della forma scritta e l'autorevolezza di essere sancite dall'autorità suprema dell'Ordine degli avvocati. Questo bisogno appare ancora più sentito, a suo giudizio, in considerazione della crescente internazionalizzazione dei rapporti giuridici e il frequente intervento di avvocati stranieri, che non sempre sono a conoscenza delle tradizionali norme deontologiche. (cfr. p. 39).

Forse per l'impostazione di cui sopra, non si è cercato di fare una analisi completa degli argomenti, e

i ragionamenti usati sono contestualmente di tipo etico-filosofico e giuridico-positivo. Questo determina che, in alcuni casi, non sia possibile distinguere bene ciò che è una semplice descrizione della normativa vigente nell'ordinamento giuridico spagnolo, da ciò che sarebbero invece gli istituti di diritto naturale.

Così succede, ad esempio, quando da una prospettiva etica si affronta lo studio della possibilità per un avvocato di patrocinare una causa di divorzio. Da una parte, non si fa distinzione fra il matrimonio civile contratto tra coppie battezzate e quelle non battezzate. D'altra parte, alcune affermazioni potrebbero far sembrare che possa essere ritenuto di per sé dissolubile l'istituto del matrimonio civile, mentre indissolubile sarebbe soltanto il matrimonio canonico.

Conseguentemente, senza ulteriori chiarimenti, desta qualche perplessità l'affermazione «el abogado católico, cuando demanda el divorcio del matrimonio civil, puede actuar bajo el concepto de que está ante una institución de derecho positivo que no es coincidente con lo que el derecho natural exige y lo que el Derecho Sacramental de la Iglesia urge» (cfr. p. 83).

Il libro viene strutturato in due parti. Nella prima, si riportano alcune considerazioni generali: Moral, Ética y Deontología (cfr. pp. 17-29); La ética como ciencia normativa (cfr. pp. 31-41); Los principios deontológicos (cfr. pp. 43-61); El ejercicio de la abogacía (cfr. pp. 63-68). Si cerca così di introdurre il lettore

nello studio di quei principi morali alla luce dei quali possono poi trovare soluzione i singoli problemi che pone la vita professionale.

La seconda parte ha come titolo «Situaciones concretas», dove l'autore studia, da una parte, i problemi che possono emergere nei processi penali e civili (cfr. pp. 71-90), e, dall'altra, i principi che debbono ispirare i rapporti dell'avvocato con il suo cliente (cfr. pp. 91-99), gli altri avvocati (cfr. pp. 101-103), i giudici (cfr. pp. 105-106) e l'ordine degli avvocati (cfr. pp. 107-109).

In allegato vi è il testo del «Código deontológico de la abogacía española», approvato dall'Assemblea dei presidenti degli ordini degli avvocati spagnoli, di 29 maggio 1987 come successivamente modificato il 29 maggio 1995.

Le considerazioni fatte dall'autore sono forse specialmente interessanti per quei giovani avvocati che, magari senza l'opportunità di un previo periodo di apprendistato accanto a un professionista di esperienza, si trovino sin dall'inizio a dover gestire rapporti con i propri clienti, i colleghi e i titolari degli organi amministrativi o giudiziari. In quest'opera troveranno sicuri orientamenti pratici sul modo di procedere.

Si tratta, in ogni caso, di un libro la cui lettura sarà senz'altro utile a tutti i professionisti del diritto nonché a tutti coloro i quali sono interessati a conoscere le problematiche tipiche che coinvolgono la vita dell'avvocato, perché offrirà loro l'occasione di riflettere su questa atti-

vità professionale di grande rilievo per la vita sociale.

José Javier Marcos

Francesco VISCOME, *Origine ed esercizio della potestà dei vescovi dal Vaticano I al Vaticano II. Contesto teologico-canonico del magistero dei «recenti Pontefici»* (Nota *Explicativa Praevia 2*), P. Università Gregoriana, Roma, 1997, p. 274.

A nessuno sfugge che il Concilio Vaticano II segue un nuovo modo di impostare la dottrina sull'Episcopato, mettendo l'accento sul suo carattere sacramentale. Se questo contributo magisteriale sia applicabile anche al problema dell'origine della potestà di giurisdizione dei vescovi, è la questione affrontata in questa ricerca. Infatti, il contributo conciliare sull'argomento va ridimensionato facendo perno sul riferimento della *Nota Explicativa Praevia 2* di LG 21 ai *documenta recentiorum Summorum Pontificum circa iurisdictionem Episcoporum*. Si presenta pertanto la necessità di prestare attenzione a quale sia questo magistero e — seguendo il principio ermeneutico di LG 25a — verificare cosa intendevano dire questi Pontefici.

Pio XII è il Pontefice che affronta in maniera diretta questa problematica secondo l'A., che si propone di mostrare il contesto dottrinale nel quale veniva a collocarsi il suo insegnamento, per capire quali fossero

la sua intenzione e la sua volontà. A questo scopo l'opera viene suddivisa in cinque capitoli, il primo dei quali è volto alla ricerca degli argomenti autoritativi: del Vaticano I vengono delineati gli argomenti proposti dal relatore Mons. Zinelli; per quanto riguarda la normativa del CIC di 1917, l'analisi è circoscritta alle fonti che Gasparri individua per i canoni 108 § 3, 109, 118, 219, 949 e 951, dando particolare importanza al Breve di Pio VI *Super Soliditate*, ed affermando che si «codifica l'opinione che fa derivare la giurisdizione dei vescovi direttamente dal Papa», cioè si afferma l'origine non-sacramentale delle giurisdizione episcopale (p. 53). Il luogo centrale di questo studio è tuttavia occupato dal magistero di Pio XII, con cui si conclude questo primo capitolo, che analizza in particolare modo l'enciclica *Mystici Corporis*, soffermandosi sulle fonti del paragrafo 41.15, dove l'A. vede risolta la questione della fonte immediata della giurisdizione episcopale in favore della tesi secondo la quale essa è ricevuta direttamente dal Romano Pontefice (p. 54).

I restanti capitoli (pp. 77-227) sono dedicati ad una riflessione sul contesto dottrinale delle affermazioni di Pio XII. A questo scopo gli autori vengono suddivisi in teologi (Capitolo II), canonisti (Capitolo III e IV, a seconda che siano precodiciali o commentatori del CIC rispettivamente) e periti del Concilio Vaticano II (Capitolo V), e dedica a ognuno di essi un comma particolareggiato, raggrup-

pando così in un solo testo il pensiero degli autori principali sul tema, in modo da rendere più agevole una rapida consultazione, e in questo modo mostrare tangibilmente che l'opinione che fa derivare la giurisdizione dei vescovi direttamente dal Romano Pontefice è la più comune, probabile e ragionevole, seguita unanimemente tra i teologi, e pure condivisa dalla canonistica precodificata e successiva al CIC di 1917. Invece l'analisi del pensiero di alcuni periti del Vaticano II, fatta nel Capitolo V — con una più diffusa esposizione della dottrina dell'autore in questione messa a confronto con le conclusioni del Celeghin (*Origini e natura della potestà sacra. Posizioni postconciliari*, Brescia 1987) —, attesta che l'unanimità di prima non c'è più, e questo rende l'A. più critico.

Le ultime 20 pagine affrontano il problema della dottrina del C. Vaticano II e in modo speciale la *Nota Explicativa Praevia* 2 al capitolo III della *Lumen gentium*. Si conclude che il Concilio non risolve la questione poiché la NEP 2 si riferisce al Magistero di Pio XII e, seguendo

il criterio ermeneutico di LG 25a, questo magistero si deve interpretare secondo quella che era l'intenzione e la volontà del Pontefice che, per l'A., non può essere che « inserirsi nel solco di questa dottrina comune e tradizionale e dichiarare, con atto magisteriale ordinario non infallibile, come dottrina teologicamente certa l'opinione che fa derivare la giurisdizione episcopale direttamente dal Papa » (p. 246). Intanto, dire — come Bertrams o Ratzinger — che il magistero dei recenti Pontefici debba essere letto secondo quanto affermato dal Vaticano II sarebbe come lasciare senza applicazione il principio ermeneutico di LG 25a (p. 242). Affermazioni tassative che manifestano senz'altro il proposito dell'A. di leggere il magistero di Pio XII secondo le indicazioni di LG 25a, lasciando però il dubbio se lo stesso impegno non debba essere riferito alla dottrina conciliare complessivamente considerata; ma ciò avrebbe significato, ovviamente, dilungare ulteriormente la ricerca.

*José Antonio Araña*

*Documenti*

Pagina bianca

## ATTI DI GIOVANNI PAOLO II

**Discorso alla Rota Romana**, 21 gennaio 2000 (*L'Osservatore Romano*, 22 gennaio 2000, p. 7) (\*).

Monsignor Decano, Illustri Prelati Uditori ed Officiali della Rota Romana!

1. Ogni anno la solenne inaugurazione dell'attività giudiziaria del Tribunale della Rota Romana mi offre la gradita occasione di incontrare personalmente tutti voi, che costituite il Collegio dei Prelati Uditori, degli Officiali e degli Avvocati patrocinanti presso questo Tribunale. Mi dà, altresì, l'opportunità di rinnovarvi l'espressione della mia stima e di manifestarvi viva riconoscenza per il prezioso lavoro che generosamente e con qualificata competenza svolgete a nome e per mandato della Sede Apostolica.

Tutti vi saluto con affetto, riservando un particolare saluto al nuovo Decano, che ringrazio per il devoto omaggio testé indirizzatomi a nome suo personale e di tutto il Tribunale della Rota Romana. Desidero, in pari tempo, rivolgere un pensiero di gratitudine e di ringraziamento all'Arcivescovo Mons. Mario Francesco Pompedda, recentemente nominato Prefetto del Supremo Tribunale della Segnatura Apostolica, per il lungo servizio da lui reso con generosa dedizione e singolare preparazione e competenza presso il vostro Tribunale.

2. Questa mattina, quasi sollecitato dalle parole di Mons. Decano, desidero soffermarmi a riflettere con voi sull'ipotesi di valenza giuridica della corrente mentalità divorzista ai fini di una eventuale dichiarazione di nullità di matrimonio, e sulla dottrina dell'indissolubilità assoluta del matrimonio rato e consumato, nonché sul limite della potestà del Sommo Pontefice nei confronti di tale matrimonio.

Nell'Esortazione apostolica *Familiaris consortio*, pubblicata il 22 novembre 1981, mettevò in luce sia gli aspetti positivi della nuova realtà familiare, quali la coscienza più viva della libertà personale, la maggiore attenzione alle relazioni personali nel matrimonio e alla promozione della dignità della donna, sia quelli negativi legati alla degradazione di alcuni valori fondamentali, e all'«errata concezione teorica e pratica del-

---

(\*) Vedi nota di B.E. FERME alla fine del documento.

l'indipendenza dei coniugi fra di loro», rilevando la loro incidenza sul «numero crescente dei divorzi» (n. 6).

Alla radice dei denunziati fenomeni negativi, scrivevo, «sta spesso una corruzione dell'idea e dell'esperienza della libertà, concepita non come la capacità di realizzare la verità del progetto di Dio sul matrimonio e la famiglia, ma come autonoma forza di affermazione, non di rado contro gli altri, per il proprio egoistico benessere» (n. 6). Per questo sottolineavo il «dovere fondamentale» della Chiesa di «riaffermare con forza, come hanno fatto i Padri del Sinodo, la dottrina dell'indissolubilità del matrimonio» (n. 20), anche al fine di dissipare l'ombra che, sul valore dell'indissolubilità del vincolo coniugale, sembrano gettare alcune opinioni scaturite nell'ambito della ricerca teologico-canonistica. Si tratta di tesi favorevoli al superamento dell'incompatibilità assoluta tra un matrimonio rato e consumato (cfr *CIC*, can. 1061 § 1) e un nuovo matrimonio di uno dei coniugi, durante la vita dell'altro.

3. La Chiesa, nella sua fedeltà a Cristo, non può non ribadire con fermezza «il lieto annuncio della definitività di quell'amore coniugale, che ha in Gesù il suo fondamento e la sua forza (cfr. *Ef* 5,25)» (*FC*, 20), a quanti, ai nostri giorni, ritengono difficile o addirittura impossibile legarsi ad una persona per tutta la vita e a quanti si ritrovano, purtroppo, travolti da una cultura che rifiuta l'indissolubilità matrimoniale e che deride apertamente l'impegno degli sposi alla fedeltà.

Infatti, «radicata nella personale e totale donazione dei coniugi e richiesta dal bene dei figli, l'indissolubilità del matrimonio trova la sua verità ultima nel disegno che Dio ha manifestato nella sua Rivelazione: Egli vuole e dona l'indissolubilità matrimoniale come frutto, segno ed esigenza dell'amore assolutamente fedele che Dio ha per l'uomo e che il Signore Gesù vive verso la sua Chiesa» (*FC*, n. 20).

Il «lieto annuncio della definitività dell'amore coniugale» non è una vaga astrazione o una bella frase che riflette il comune desiderio di coloro che si determinano al matrimonio. Questo annuncio si radica piuttosto nella novità cristiana, che fa del matrimonio un sacramento. Gli sposi cristiani, che hanno ricevuto «il dono del sacramento», sono chiamati con la grazia di Dio a dare testimonianza «alla santa volontà del Signore: «Quello che Dio ha congiunto, l'uomo non lo separi» (*Mt* 19,6), ossia all'inestimabile valore dell'indissolubilità ... matrimoniale» (*FC*, n. 20). Per questi motivi afferma il *Catechismo della Chiesa Cattolica* «la Chiesa sostiene, per fedeltà alla parola di Gesù Cristo (*Mc* 10, 11-12...), che non può riconoscere come valida una nuova unione, se era valido il primo matrimonio» (n. 1650).

4. Certo, «la Chiesa può, dopo esame della situazione da parte del tribunale ecclesiastico competente, dichiarare «la nullità del matrimonio», vale a dire che il matrimonio non è mai esistito», e, in tal caso, le parti «sono libere di sposarsi, salvo rispettare gli obblighi naturali derivati da una precedente unione» (*CCC*, n. 1629). Le dichiarazioni di

nullità per i motivi stabiliti dalle norme canoniche, specialmente per il difetto e i vizi del consenso matrimoniale (cfr. *CIC* cann. 1095-1107), non possono però contrastare con il principio dell'indissolubilità.

È innegabile che la corrente mentalità della società in cui viviamo ha difficoltà ad accettare l'indissolubilità del vincolo matrimoniale ed il concetto stesso di matrimonio come «*foedus, quo vir et mulier inter se totius vitae consortium constituunt*» (*CIC*, can. 1055 § 1), le cui essenziali proprietà sono «*unitas et indissolubilitas, quae in matrimonio christiano ratione sacramenti peculiarem obtinent firmitatem*» (*CIC*, can. 1056). Ma tale reale difficoltà non equivale «*sic et simpliciter*» ad un concreto rifiuto del matrimonio cristiano o delle sue proprietà essenziali. Tanto meno essa giustifica la presunzione, talvolta purtroppo formulata da alcuni Tribunali, che la prevalente intenzione dei contraenti, in una società secolarizzata e attraversata da forti correnti divorziste, sia di volere un matrimonio solubile tanto da esigere piuttosto la prova dell'esistenza del vero consenso.

La tradizione canonistica e la giurisprudenza rotale, per affermare l'esclusione di una proprietà essenziale o la negazione di un'essenziale finalità del matrimonio, hanno sempre richiesto che queste avvengano con un positivo atto di volontà, che superi una volontà abituale e generica, una velleità interpretativa, un'errata opinione sulla bontà, in alcuni casi, del divorzio, o un semplice proposito di non rispettare gli impegni realmente presi.

5. In coerenza con la dottrina costantemente professata dalla Chiesa, si impone, perciò, la conclusione che le opinioni contrastanti con il principio dell'indissolubilità o gli atteggiamenti contrari ad esso, senza il formale rifiuto della celebrazione del matrimonio sacramentale, non superano i limiti del semplice errore circa l'indissolubilità del matrimonio che, secondo la tradizione canonica e la normativa vigente, non vizia il consenso matrimoniale (cfr. *CIC*, can. 1099).

Tuttavia, in virtù del principio dell'insostituibilità del consenso matrimoniale (cfr. *CIC*, can. 1057), l'errore circa l'indissolubilità, in via eccezionale, può avere efficacia invalidante il consenso, qualora positivamente determini la volontà del contraente verso la scelta contraria all'indissolubilità del matrimonio (cfr. *CIC*, can. 1099).

Ciò si può verificare soltanto quando il giudizio erroneo sulla indissolubilità del vincolo influisce in modo determinante sulla decisione della volontà, perché orientato da un intimo convincimento profondamente radicato nell'animo del contraente e dal medesimo con determinazione e ostinazione professato.

6. L'odierno incontro con voi, membri del Tribunale della Rota Romana, è un contesto adeguato per parlare anche a tutta la Chiesa sul limite della potestà del Sommo Pontefice nei confronti del matrimonio rato e consumato, che «non può essere sciolto da nessuna potestà umana e per nessuna causa, eccetto la morte» (*CIC*, can. 1141; *CCEO*,

can. 853). Questa formulazione del diritto canonico non è di natura soltanto disciplinare o prudenziale, ma corrisponde ad una verità dottrinale da sempre mantenuta nella Chiesa.

Tuttavia, va diffondendosi l'idea secondo cui la potestà del Romano Pontefice, essendo vicaria della potestà divina di Cristo, non sarebbe una di quelle potestà umane alle quali si riferiscono i citati canoni, e quindi potrebbe forse estendersi in alcuni casi anche allo scioglimento dei matrimoni rati e consumati. Di fronte ai dubbi e turbamenti d'animo che ne potrebbero emergere, è necessario riaffermare che il matrimonio sacramentale rato e consumato non può mai essere sciolto, neppure dalla potestà del Romano Pontefice. L'affermazione opposta implicherebbe la tesi che non esiste alcun matrimonio assolutamente indissolubile, il che sarebbe contrario al senso in cui la Chiesa ha insegnato ed insegna l'indissolubilità del vincolo matrimoniale.

7. Questa dottrina, della non estensione della potestà del Romano Pontefice ai matrimoni rati e consumati, è stata proposta molte volte dai miei Predecessori (cfr, ad esempio, Pio IX, Lett. *Verbis exprimere*, 15 agosto 1859: Insegnamenti Pontifici, Ed. Paoline, Roma 1957, vol. I, n. 103; Leone XIII, Lett. Enc. *Arcanum*, 10 febbraio 1880: ASS 12 (1879-1880), 400; Pio XI, Lett. Enc. *Casti connubii*, 31 dicembre 1930: AAS 22 (1930), 552; Pio XII, *Allocuzione agli sposi novelli*, 22 aprile 1942: *Discorsi e Radiomessaggi di S.S. Pio XII*, Ed. Vaticana, vol. IV, 47). Vorrei citare, in particolare, un'affermazione di Pio XII: «Il matrimonio rato e consumato è per diritto divino indissolubile, in quanto che non può essere sciolto da nessuna autorità umana (can. 1118); mentre gli altri matrimoni, sebbene intrinsecamente siano indissolubili, non hanno però una indissolubilità estrinseca assoluta, ma, dati certi necessari presupposti, possono (si tratta, come è noto, di casi relativamente ben rari) essere sciolti, oltre che in forza del privilegio Paolino, dal Romano Pontefice in virtù della sua potestà ministeriale» (*Allocuzione alla Rota Romana*, 3 ottobre 1941: AAS 33 (1941), pp. 424-425). Con queste parole Pio XII interpretava esplicitamente il canone 1118, corrispondente all'attuale canone 1141 del *Codice di Diritto Canonico*, e al canone 853 del *Codice dei Canonici delle Chiese Orientali*, nel senso che l'espressione «potestà umana» include anche la potestà ministeriale o vicaria del Papa, e presentava questa dottrina come pacificamente tenuta da tutti gli esperti in materia. In questo contesto conviene citare anche il *Catechismo della Chiesa Cattolica*, con la grande autorità dottrinale conferitagli dall'intervento dell'intero Episcopato nella sua redazione e dalla mia speciale approvazione. Vi si legge infatti: «Il vincolo matrimoniale è dunque stabilito da Dio stesso, così che il matrimonio concluso e consumato tra battezzati non può mai essere sciolto. Questo vincolo, che risulta dall'atto umano libero degli sposi e dalla consumazione del matrimonio, è una realtà ormai irrevocabile e dà origine ad un'alleanza garantita dalla fedeltà di Dio. Non è in potere della Chiesa pronunciarsi contro questa disposizione della sapienza divina» (n. 1640).

8. Il Romano Pontefice, infatti, ha la «*sacra potestas*» di insegnare la verità del Vangelo, amministrare i sacramenti e governare pastoralmente la Chiesa in nome e con l'autorità di Cristo, ma tale potestà non include in sé alcun potere sulla Legge divina naturale o positiva. Né la Scrittura né la Tradizione conoscono una facoltà del Romano Pontefice per lo scioglimento del matrimonio rato e consumato; anzi, la prassi costante della Chiesa dimostra la consapevolezza sicura della Tradizione che una tale potestà non esiste. Le forti espressioni dei Romani Pontefici sono soltanto l'eco fedele e l'interpretazione autentica della convinzione permanente della Chiesa.

Emerge quindi con chiarezza che la non estensione della potestà del Romano Pontefice ai matrimoni sacramentali rati e consumati è insegnata dal Magistero della Chiesa come dottrina da tenersi definitivamente, anche se essa non è stata dichiarata in forma solenne mediante un atto definitorio. Tale dottrina infatti è stata esplicitamente proposta dai Romani Pontefici in termini categorici, in modo costante e in un arco di tempo sufficientemente lungo. Essa è stata fatta propria e insegnata da tutti i Vescovi in comunione con la Sede di Pietro nella consapevolezza che deve essere sempre mantenuta e accettata dai fedeli. In questo senso è stata riproposta dal *Catechismo della Chiesa Cattolica*. Si tratta d'altronde di una dottrina confermata dalla prassi plurisecolare della Chiesa, mantenuta con piena fedeltà e con eroismo, a volte anche di fronte a gravi pressioni dei potenti di questo mondo.

È altamente significativo l'atteggiamento dei Papi, i quali, anche nel tempo di una più chiara affermazione del primato Petriano, mostrano di essere sempre consapevoli del fatto che il loro Magistero è a totale servizio della Parola di Dio (cfr Cost. dogm. *Dei Verbum*, 10) e, in questo spirito, non si pongono al di sopra del dono del Signore, ma si impegnano soltanto a conservare e ad amministrare il bene affidato alla Chiesa.

9. Queste sono, illustri Prelati Uditori ed Officiali, le riflessioni, che, in materia di tanta importanza e gravità, mi premeva parteciparvi. Le affido alle vostre menti e ai vostri cuori, sicuro della vostra piena fedeltà e adesione alla Parola di Dio, interpretata dal Magistero della Chiesa, e alla legge canonica nella più genuina e completa interpretazione.

Invoco sul vostro non facile servizio ecclesiale la costante protezione di Maria, *Regina familiae*. Nell'assicurarvi che vi sono vicino con la mia stima ed il mio apprezzamento, di cuore imparto a tutti voi, quale pegno di costante affetto, una speciale Apostolica Benedizione.

---

### **The Rotal Allocution, 21 January 2000: A Note on the Exercise of the Magisterium.**

On the 28 May 1998, the Supreme Pontiff promulgated an Apostolic Letter, *motu proprio*, *Ad Tuendam Fidem*, which determined that

certain new canons were to be inserted into both the Code of Canon Law and the Code of Canons of the Eastern Churches<sup>(1)</sup>. The changes to the two Codes were specifically introduced in order to harmonize them with the Profession of Faith published in 1989. In particular a consideration and comparison of the Profession of Faith and the two Codes highlighted a specific lacuna in the latter which concerned those truths that pertain to the second paragraph of the Profession of Faith and the type of assent to be given to them. The Pontiff determined that this lacuna was to be met by adding a second paragraph to CIC can. 750 (and CCEO can. 598) which would read: «Firmiter etiam amplectanda ac retinenda sunt omnia et singula quae circa doctrinam de fide vel moribus ab Ecclesiae magisterio definitive proponuntur, scilicet quae ad idem fidei depositum sancte custodiendum et fideliter exponendum requiruntur; ideoque doctrinae Ecclesiae catholicae adversatur qui easdem propositiones definitive tenendas recusat.» This now becomes can. 750 §2 while paragraph §1 remains what until now was simply can. 750.

The truths that belong to this second paragraph (now can. 750 §2) are of various strands, a point highlighted in the Commentary that accompanied *Ad Tuendam Fidem*<sup>(2)</sup>. This is a consequence of their particular and individual relationship with revelation itself. There are truths which are necessarily connected with revelation by virtue of an *historical relationship* («nexu storico»), which are to be definitively held. Examples offered by the Commentary include: the legitimacy of the election of the Supreme Pontiff; the celebration of an ecumenical council; the canonization of saints; the declaration by Pope Leo XIII in the Apostolic Letter, *Apostolicae Curae*, concerning the invalidity of Anglican Orders. There are other truths which reveal a *logical connection* («conexionem logicam») that express and reflect a stage in the maturation of the understanding of revelation, a task central to the life of the Church. Examples cited in the Commentary include: the development in the understanding of the doctrine connected with the definition of papal infallibility prior to its dogmatic definition at Vatican I; various moral doctrines as taught by the ordinary and universal magisterium such as the condemnation of euthanasia, the illicitness of prostitution and fornication; the doctrine proposed in *Ordinatio Sacerdotalis*.

---

(1) For the text, see AAS 90 (1998) 457-461. The text first appeared in *L'Osservatore Romano*, 30 June-1 July 1998.

(2) See *L'Osservatore Romano*, 30 giugno-1 luglio 1998, 4-5. The CDF has published a booklet, *Testi del Magistero sulla Professio Fidei*, Città del Vaticano 1998, which conveniently reproduces in Italian, *Ad Tuendam Fidem*, the Commentary and the *Professio Fidei*.

There are a number of consequences that arise from a consideration of this new canon and the truths that are encompassed by it. The more precise determination of those truths that belong to the second paragraph is a complex and ongoing task. It requires care and attention to the message of Christ while at the same time confronting the challenges that society make upon the Church. Occasionally in the light of particular challenges which threaten doctrinal truths the authentic Magisterium has the duty of reaffirming that which has always been held but which is under attack or challenged or not itself clear in the teaching of the Church. This also reflects the Magisterium's constant duty of deepening the understanding of the connection between the first and the second paragraphs both of can. 750 and the *Professio Fidei*. In this task, theologians and canonists have an important role to play in cooperating with the Magisterium. As already mentioned in the commentary that accompanied *Ad Tuendam Fidem*, a number of examples were given though these were clearly not exhaustive.

In his recent Allocution to the Roman Rota, 21 January 2000<sup>(3)</sup>, the Pontiff has exercised his authority concerning a magisterial question which is of some importance not only for its specific content but also for a more comprehensive understanding of the exercise of the Magisterium precisely in relation to can. 750 §2.

The background to the Pontiff's confirmatory act concerning a truth to be definitively held concerns marriages *ratum et consumatum*, which cannot be dissolved by any human power and for no cause (CIC can. 1141; CCEO, can. 853). The Pope remarks: « Questa formulazione del diritto canonico non è di natura soltanto disciplinare o prudenziale, ma corrisponde ad una verità da sempre mantenuta nella Chiesa ». The basis for this papal intervention lies in an erroneous view that holds that the power of the Roman Pontiff, insofar as being a vicarious power of the divine power of Christ, is not one of those human powers to which the canons refer. In other words this power could in certain circumstances extend to the dissolution of marriages *ratum et consumatum*. The Pontiff is explicit that the power of the Roman Pontiff does not extend to the dissolution of such marriages: « Di fronte ai dubbi e turbamenti d'animo che ne potrebbero emergere, è necessario riaffermare che il matrimonio sacramentale rato e consumato non può mai essere sciolto, neppure dalla potestà del Romano Pontefice ». « Né la Sacra Scrittura né la Tradizione conoscono una facoltà del Romano Pontefice per lo scioglimento del matrimonio rato e consumato; anzi, la prassi costante della Chiesa dimostra la consapevolezza sicura della Tradizione che una tale potestà non esiste. »

---

(3) *L'Osservatore Romano*, 22 gennaio 2000, p. 7.

The doctrinal basis for this affirmation lies in the constant teaching of the authentic magisterium. The Pontiff then makes a particularly important declaration that has importance not only for the truth itself but also for our ongoing understanding of the truths that belong to can. 750 §2 and the exercise of the ordinary and universal magisterium.

«Emerge quindi con chiarezza che la non estensione della potestà del Romano Pontefice ai matrimoni sacramentali rati e consumati è insegnata dal Magistero della Chiesa come dottrina da tenersi definitivamente, anche se essa non è stata dichiarata in forma solenne mediante un atto definitorio. Tale dottrina infatti è stata esplicitamente proposta dai Romani Pontefici in termini categorici, in modo costante e in un arco di tempo sufficientemente lungo. Essa è stata fatta propria e insegnata da tutti i Vescovi in comunione con la Santa Sede di Pietro nella consapevolezza che deve essere sempre mantenuta e accettata dai fedeli. In questo senso è stata riproposta dal *catechismo della Chiesa Cattolica*. Si tratta d'altronde di una dottrina confermata dalla prassi plurisecolare della Chiesa, mantenuta con piena fedeltà e con eroismo, a volte anche di fronte a gravi pressioni dei potenti di questo mondo.»

This is an important affirmation for a variety of reasons, a number of which I would briefly like to consider. The Pope is not precisely talking only of marriages *ratum et consumatum* which cannot be dissolved, a doctrine constantly taught by the Church and reaffirmed both in the Allocution and in the Catechism of the Catholic Church (n.1640), but rather of the fact that the power of the Roman Pontiff does not extend to dissolving marriages *ratum et consumatum*. Specifically, he makes the critical point that the non extension of the power of the Roman Pontiff to such marriages is taught by the Church as a doctrine to be held definitively, even if it has not been declared in a solemn form by means of a definitory act. While the two points are clearly essentially interrelated, the particular emphasis of this teaching lies in the affirmation that the Roman Pontiff does not have the power to dissolve marriages *ratum et consumatum*.

A number of points concerning this teaching need to be made.

1) Following paragraph 9 of the Commentary to *Ad Tuendam Fidem*, we know that the magisterium can teach a doctrine to be held definitively with an act which is either defining or non defining («actu definitivo aut non definitivo»). A defining act is described as a truth which is solemnly defined by an «ex cathedra» pronouncement by the Roman Pontiff or by an ecumenical council («Si de actu definitivo agitur, veritas sollemniter definitur pronuntiatione Romani Pontificis «ex cathedra» aut interventu concilii oecumenici»). A non defining act is when a doctrine is taught infallibly by the universal and ordinary magisterium of the Bishops dispersed throughout the world and who are in communion with the See of Peter («Si de actu non definitivo agitur, doctrina a Magistero ordinario et universali Episcoporum qui ubi-

que terrarum in communione cum Successore Petri versantur, infallibiliter docetur»). This distinction reflects in general the classical distinction between solemn and non solemn definitions. It needs to be remembered that the object of both these types of defining/non defining acts refer also to truths to be held definitively (truths of the 2<sup>o</sup> paragraph) and not only to those truths that are divinely revealed (truths of the 1<sup>o</sup> paragraph).

Given this distinction there may be a certain tendency to hold that to be sure of the type of truth taught by the ordinary and universal magisterium, it would be necessary to have the intervention of a solemn pronouncement to confirm what has been taught. As a matter of fact we have a third type of act or declaration that does not precisely correspond to the distinction between defining and non defining acts. This third type of act is by the Roman Pontiff and is described as a confirming or reaffirming act. This refers to the case in which a doctrine already taught by the ordinary and universal magisterium is confirmed or reaffirmed by the Roman Pontiff in which he declares explicitly that the doctrine belongs to the teaching of the Church and has been taught as such by its ordinary and universal Magisterium.

a) An example of this type of confirmatory act by the Roman Pontiff can be found in the Apostolic Letter *Ordinatio Sacerdotalis*: «Ut igitur onne dubium auferatur circa rem magni momenti, quae ad ipsam Ecclesiae divinam constitutionem pertinet, virtute ministeri Nostri confirmandi fratres (cf. Lc 22,32), declaramus Ecclesiam facultatem nullatenus habere ordinationem sacerdotalem mulieribus conferendi, hancque sententiam ab omnibus Ecclesiae fidelibus esse definitive tenendam».

b) Another clear example of this confirmatory act is now found in the Allocution to the Rota concerning the non extension of the power of the Roman Pontiff to marriages *ratum et consumatum*.

2) It is clear from the language used that we are talking of a teaching taught by the ordinary and universal magisterium though this phrase is not as such explicitly used: «...è stata esplicitamente proposta dai Romani Pontefici in termini categorici... è stata fatta propria e insegnata da tutti i Vescovi in comunione con la Santa Sede di Pietro...».

3) It is also clear that this specific teaching is not being determined for the first time but is rather being confirmed through a «confirmatory act» by the Pontiff. It needs to be understood that because of the nature of the teaching authority of the College of Bishops, which springs from the very life of the faith of the Church, the intention of the ordinary and universal magisterium to set forth a doctrine as definitive is not generally linked to technical formulations of particular solemnity. That the College of Bishops has taught in a definitive way is frequently clear from the tenor of the words used, from their context and the fact that it reflects upon and flows from the Word of God and the Tradition of the

Church. It is therefore not surprising that at certain moments the Head of the College may find it necessary to declare or confirm what in fact is already taught as definitive by the ordinary and universal magisterium. In other words, what might be required at certain moments in the Church's life, especially when serious challenges are made to specific doctrines already part of the ordinary and universal magisterium, is that the Head of the College of Bishops confirms or reaffirms a doctrine already part of the authentic magisterium and taught definitively by the ordinary and universal magisterium. This seems to be the case of the confirmation by the Pope in the Rotal Allocution and needs to be understood in these terms.

4) The Pope is not proposing a new definitive truth, but is rather confirming that which has already been definitively taught by the Church's ordinary and universal magisterium.

5) To help theologians and canonists in the complex though necessary task of understanding those truths that have been taught definitively by the ordinary and universal magisterium, even if not always linked to precise technical formulations of particular solemnity, the Allocution offers some general criteria which are of considerable importance. I briefly list them here though each requires additional study and explanation and clearly they refer specifically to the precise question of the Allocution.

a) Doctrines that have been explicitly proposed by the Roman Pontiffs in categorical terms, in a constant fashion and in a sufficiently long period of time. («Tale dottrina infatti è stata esplicitamente proposta dai Romani Pontefici in termini categorici, in modo costante e in un arco di tempo sufficientemente lungo»).

b) Doctrines taught by all the Bishops in communion with the Holy See conscious that such doctrines are to be always held and accepted by the faithful. («Essa è stata fatta propria e insegnata da tutti i Vescovi in comunione con la Santa Sede di Pietro nella consapevolezza che deve essere sempre mantenuta e accettata dai fedeli»).

c) Doctrines confirmed by a centuries old praxis of the Church, maintained with complete fidelity and heroism even against particularly strong pressures from the world. («Si tratta d'altronde di una dottrina confermata dalla prassi plurisecolare della Chiesa, mantenuta con piena fedeltà e con eroismo, a volte anche di fronte a gravi pressioni dei potenti di questo mondo»).

This is a very important Allocution as it offers a further clarification on the understanding of the role of the ordinary and universal magisterium as well as offering a clearer understanding of the practical implications of *Ad Tuendam Fidem*. It also highlights the point that in his duty of confirming the brothers in the faith (Lk. 22,32), the Pontiff can use a variety of literary forms to confirm that which the ordinary and universal magisterium teaches. Examples include an Apostolic Letter

(*Ordinatio Sacerdotalis*), an Encyclical (*Evangelium Vitae*) and an Allocution. The type of literary form used reflects the subject matter under consideration and the particular moment in which the confirmatory act is placed. Logically, a question that involves marriage and its dissolution, should be considered in an Allocution to the Rota given its particular role in marriage jurisprudence and the special importance and publicity given to the Pope's Allocutions to the Rota.

*Brian Ferme*

## ATTI DELLA SANTA SEDE

SEGRETERIA DI STATO, **Basic Agreement between the Holy See and the Palestine Liberation Organization**, 15 febbraio 2000 (*L'Osservatore Romano*, 16 febbraio 2000, p. 9) (\*).

### *Preamble*

The Holy See, the Sovereign Authority of the Catholic Church, and the Palestine Liberation Organization (hereinafter: PLO), the Representative of the Palestinian People working for the benefit and on behalf of the Palestinian Authority:

Deeply aware of the special significance of the Holy Land, which is *inter alia* a privileged space for inter-religious dialogue between the followers of the three monotheistic religions;

Having reviewed the history and development of the relations between the Holy See and the Palestinian People, including the working contacts and the subsequent establishment — on October 26, 1994 — of official relations between the Holy See and the PLO;

Recalling and confirming the establishment of the Bilateral Permanent Working Commission to identify, study and address issues of common interest between the two Parties;

Reaffirming the need to achieve a just and comprehensive peace in the Middle East, so that all its nations live as good neighbours and work together to achieve development and prosperity for the entire region and all its inhabitants;

Calling for a peaceful solution of the Palestinian-Israeli conflict, which would realize the inalienable national legitimate rights and aspirations of the Palestinian People, to be reached through negotiation and agreement, in order to ensure peace and security for all peoples of the region on the basis of international law, relevant United Nations and its Security Council resolutions, justice and equity;

Declaring that an equitable solution for the issue of Jerusalem, based on international resolutions, is fundamental for a just and lasting peace in the Middle East, and that unilateral decisions and actions alter-

---

(\*) Vedi *nota* di D.-M. A. Jaeger alla fine del documento.

ing the specific character and status of Jerusalem are morally and legally unacceptable;

Calling, therefore, for a special statute for Jerusalem, internationally guaranteed, which should safeguard the following:

- a) Freedom of religion and conscience for all.
- b) The equality before the law of the three monotheistic religions and their institutions and followers in the City.
- c) The proper identity and sacred character of the City and its universally significant, religious and cultural heritage.
- d) The Holy Places, the freedom of access to them and of worship in them.
- e) The Regime of «Status Quo» in those Holy Places where it applies;

Recognizing that Palestinians, irrespective of their religious affiliation, are equal members of Palestinian society;

Concluding that the achievements of the aforementioned Bilateral Permanent Working Commission now amount to appropriate matter for a first and Basic Agreement, which should provide a solid and lasting foundation for the continued development of their present and future relations, and for the furtherance of the Commission's on-going task,

Agree on the following Articles:

ART. 1. — 1. The PLO affirms its permanent commitment to uphold and observe the human right to freedom of religion and conscience, as stated in the Universal Declaration of Human Rights and in other international instruments relative to its application.

2. The Holy See affirms the commitment of the Catholic Church to support this right and states once more the respect that the Catholic Church has for the followers of other religions.

ART. 2. — 1. The Parties are committed to appropriate cooperation in promoting respect for human rights, individual and collective, in combating all forms of discrimination and threats to human life and dignity, as well as to the promotion of understanding and harmony between nations and communities.

2. The Parties will continue to encourage inter-religious dialogue for the promotion of better understanding between people of different religions.

ART. 3. — The PLO will ensure and protect in Palestinian Law the equality of human and civil rights of all citizens, including specifically, *inter alia*, their freedom from discrimination, individually or collectively, on the ground of religious affiliation, belief or practice.

ART. 4. — The regime of the «Status Quo» will be maintained and observed in those Christian Holy Places where it applies.

ART. 5. — The PLO recognizes the freedom of the Catholic Church to exercise her rights to carry out, through the necessary means, her

functions and traditions, such as those that are spiritual, religious, moral, charitable, educational and cultural.

ART. 6. — The PLO recognizes the rights of the Catholic Church in economic, legal and fiscal matters: these rights being exercised in harmony with the rights of the Palestinian authorities in these fields.

ART. 7. — Full effect will be given in Palestinian Law to the legal personality of the Catholic Church and of the canonical legal persons.

ART. 8. — The provisions of this Agreement are without prejudice to any agreement hitherto in force between either Party and any other party.

ART. 9. — The Bilateral Permanent Working Commission, in accordance with such instructions as may be given by the respective Authorities of the two Parties, may propose further ways to address items of this Agreement.

ART. 10. — Should any controversy arise regarding the interpretation or the application of provisions of the present Agreement, the Parties will resolve it by way of mutual consultation.

ART. 11. — Done in two original copies in the English and Arabic languages, both texts being equally authentic. In case of divergency, the English text shall prevail.

ART. 12. — This Agreement shall enter into force from the moment of its signature by the two Parties.

Signed in the Vatican, fifteenth of February, 2000.

---

## L'« Accordo di base tra la Santa Sede e l'Olp ».

### 1. *La Cronaca.*

Martedì, 15 febbraio 2000, la Santa Sede e l'Organizzazione per la liberazione della Palestina (Olp) — per mezzo dei loro plenipotenziari per l'occasione, rispettivamente il Rev.mo Mons. Celestino Migliore, Sotto-Segretario per i Rapporti con gli Stati, e il Dott. Emile Jarjoui, Membro del Comitato Esecutivo dell'Olp, entrambi Co-Presidenti della Commissione bilaterale permanente di lavoro tra le stesse due Parti — hanno firmato il loro « Accordo di base ». L'Accordo contiene un ampio Preambolo e 12 Articoli<sup>(1)</sup>. Alla firma è seguita l'Udienza concessa dal Sommo Pontefice, Giovanni Paolo II, al Sig. Yasser Arafat, Presidente

---

(1) Il testo dell'Accordo è stato pubblicato ne *L'Osservatore Romano* del 16 feb-

dell'Autorità Palestinese — e sempre pure dell'Olp — nel corso della quale, come precisa la Dichiarazione del Direttore della Sala Stampa della Santa Sede, diramata per la circostanza, « si è fatto riferimento all'Accordo bilaterale firmato » poco prima. La stessa Dichiarazione informa che « l'Accordo regola alcune questioni di carattere giuridico concernenti la presenza e l'attività della Chiesa cattolica nei territori dipendenti dall'Autorità Palestinese ».

## 2. *Il contesto storico-giuridico.*

L'11 dicembre 1993, nell'udienza concessa ai partecipanti al IX Colloquio Internazionale Romanistico-Canonistico, organizzato dalla Pontificia Università Lateranense, il Romano Pontefice, Giovanni Paolo II, pronuncia un Discorso, che la lettura di successivi sviluppi permetterebbe ora di definire « programmatico »<sup>(2)</sup>: Rievocato il succedersi di regimi giuridici che hanno ambo garantito e (poi) circoscritto l'esistenza delle Comunità cristiane dell'Oriente Mediterraneo nel corso di molti secoli, il Papa ne evidenzia l'insufficienza, di fronte alle attuali acquisizioni della « coscienza comune dell'umanità », e alle conseguenti « regole della Comunità internazionale » in materia di libertà di religione e di coscienza. Lo Stato, dice, in effetti, il Papa, non deve essere visto come l'espressione istituzionale di una determinata Comunità religiosa — sia essa pure maggioritaria — ma deve invece manifestare « una sana laicità » — così come raccomandata anzitutto dal cristianesimo — riconoscendo « la fondamentale distinzione tra l'ordine temporale e l'ordine spirituale ». Egli precisa che è « da questo atteggiamento... [che] « è scaturito il riconoscimento della libertà di religione ». Questa, la libertà religiosa, Egli proclama, sulla scia del Concilio Ecumenico Vaticano II, « è il diritto che sta alla radice di ogni altro diritto e di ogni altra libertà, poiché si fonda nella dignità dell'essere umano... » È lo Stato sanamente laico e rispettoso dei diritti umani — corrispondente cioè ad « una matura concezione dello Stato e del suo ordinamento giuridico » — che costituisce l'adeguata garanzia dell'eguaglianza di tutti i cittadini, non esclusi quelli appartenenti a religioni che sono di fatto minoritarie. La libertà di religione, « non può infatti ridursi alla sola libertà di culto, ma comporta anche il diritto alla non discriminazione nell'esercizio degli altri diritti e delle libertà propri di ogni essere umano, considerata sia

---

braio 2000, p. 9, seguito immediatamente, sulla stessa pagina, da un commento del presente Autore.

(2) V. il testo ne *L'Osservatore Romano*, 12 dicembre 1993, e in *Il diritto romano canonico quale diritto proprio delle Comunità cristiane dell'Oriente mediterraneo: IX Colloquio internazionale romanistico canonistico* (« Utrumque Ius: Collectio Pontificiae Universitatis Lateranensis, 26), Città del Vaticano 1994, pp. ix-xii.

nella sua dimensione individuale che collettiva». Agli Stati che non corrispondessero ancora a queste esigenze della « coscienza comune dell'umanità », andrebbe indirizzato un « richiamo perché modifichino eventuali ordinamenti interni di senso contrario ».

In questo Discorso del Pontefice si potrebbe leggere una sfida piuttosto diretta alla concezione di base del rapporto tra lo Stato e le Comunità cristiane (minoritarie) che ha caratterizzato gli ordinamenti di matrice islamica nell'Oriente mediterraneo a partire dalle conquiste islamiche del settimo secolo e che, in diverse misure, caratterizza tuttora una parte significativa degli Stati successori dell'Impero ottomano, e di cui le tracce sono perciò evidenti anche negli ordinamenti israeliano e palestinese. In quella concezione - che si potrebbe chiamare « costituzionale » o forse, « meta-costituzionale » — lo Stato risulterebbe, in effetti, numericamente identico con la Comunità religiosa maggioritaria, una identificazione essenzialmente diversa (perché assoluta) rispetto a quella avvertita negli « Stati confessionali » di matrice cristiana occidentale. Le Comunità religiose minoritarie permesse (i « culti ammessi »), essenzialmente « anomale » in questo quadro, sono oggetti di tollerazione, e lo Stato, proprio perché non riconosce nei loro membri cittadini uguali in tutto agli altri, se ne disinteressa, consegnandoli, almeno in parte, al potere autonomo delle rispettive gerarchie, che così diventano, almeno in qualche misura, anche « etnarchie ». Così, tra l'altro, la religione non viene più percepita — talvolta anche dai propri seguaci — come una scelta consapevole della coscienza umana, che ritiene sempre la sovrana libertà (civile e sociale) di ripudiarla o di cambiarla, ma come una caratteristica innata, ereditata, « etnica »; e la libertà di religione potrebbe conseguentemente venir compresa per analogia alla libertà delle minoranze etniche e dei popoli detti indigeni di conservare le loro peculiari tradizioni. Tutto sommato, si tratterebbe di un contesto, in cui l'esistenza delle Comunità minoritarie e dei loro membri (*qua* tali) sarebbe garantita, sì, ma risulterebbe nel contempo un'esistenza di garantita inferiorità e — ancor più — emarginazione. Nello stesso tempo però, i notevoli spazi di autonomia concessi alle istituzioni delle Comunità minoritarie, e l'accresciuto potere di cui esse verrebbero munite nei riguardi dei loro sudditi, possono rendere questo tipo di rapporto Stato-religione non privo di una certa attrazione, e suscitare invece dubbi o resistenze di fronte all'ipotesi di « laicizzazione » dell'ordinamento<sup>(3)</sup>.

---

(3) Questo *ancien régime* viene descritto alquanto più ampiamente in D.-M.A. JAEGER, « The Fundamental Agreement Between the Holy See and the State of Israel: A New Legal Régime of Church-State Relations », in *Catholic University Law Review* (Vol. 47 - 1988) 427-440, *hic* 429-436; per alcuni riferimenti bibliografici, v. *ibid.*, specialmente queste note: 7, in p. 429; 8 e 9, in p. 430; 12 e 14, in p. 431; 15, in p. 432.

Oggi, comunque, osserva il Papa, «per i cristiani che vivono in queste situazioni, i profondi mutamenti sociali rendono ormai insufficienti le sole garanzie tradizionalmente riconosciute alle situazioni personali o agli aspetti del culto individualmente intesi.» La trasformazione di queste «garanzie tradizionalmente riconosciute» in garanzie fondate sui diritti umani universali non deve fare temere per l'espressione collettiva della fede, dal momento che lo stesso diritto alla libertà religiosa, proprio «poiché si fonda nella dignità dell'essere umano, che è, per sua natura, un essere sociale,» ha una inmancabile dimensione collettiva. Derivata da questa fonte, la condizione giuridica individuale e collettiva dei cristiani dell'Oriente mediterraneo sarebbe l'espressione di un preciso diritto, e non più «una concessione». Questa sarebbe dunque la giusta prospettiva, in cui «le Comunità cristiane dell'Oriente mediterraneo affermano anche oggi la propria autonomia... consapevoli che la dignità dell'uomo è unica, indivisibile, irripetibile, e come tale da rispettare e garantire con ferma coerenza».

Anche gli accordi della Santa Sede con Comunità politiche della regione interessata, allo scopo di garantire il «pieno rispetto dell'identità delle Comunità cristiane e dell'autonomia della Chiesa che vive e opera in quei Paesi», si collocano — precisa il Pontefice — in questa stessa prospettiva. Con questa precisazione questo Discorso pontificio — i cui contenuti non vengono certamente esauriti da questa lettura particolare ed inevitabilmente incompleta — diventa obbligatoria chiave di lettura per i successivi accordi (del genere «concordatario») con Comunità politiche dell'Oriente mediterraneo<sup>(4)</sup>. Il primo di questi, l'«Accordo fondamentale tra la Santa Sede e lo Stato di Israele», viene firmato meno di tre settimane dopo, e rispecchia in tutto la concezione di fondo, i principi e le priorità di questo Discorso «programmatico», divenendo così una specie di *causa exemplaris* per quelli che dovranno seguire<sup>(5)</sup>.

### 3. *Il Preambolo - alcuni appunti.*

1. Subito all'inizio del Preambolo si distacca la descrizione delle Parti contraenti. Della Santa Sede si dice esplicitamente che Essa è l'

(4) Non rientrerebbero invece in questa prospettiva gli accordi fatti in precedenza con il Marocco (AAS 77 [1985] 712-715) e con la Tunisia (AAS 56 [1964] 917-924). Questi non fanno riferimento ai diritti umani universali, ma contengono piuttosto determinate «concessioni» particolari fatte alla Chiesa Cattolica e, nel caso della Tunisia, anche pesanti restrizioni.

(5) V. il testo in AAS 86 (1994) 716-729. Questo Accordo — entrato in vigore il 10 marzo 1994 — è stato già seguito dal primo della prevista serie di accordi complementari, sul riconoscimento agli effetti civili delle persone giuridiche canoniche, che, firmato il 10 novembre 1997, è entrato in vigore il 3 febbraio 1999; per il testo, v. AAS 91 (1999) 490-574. Attualmente proseguono i negoziati sull'accordo «economico» previsto dall'Art. 10 § 2.a dell'«Accordo fondamentale».

«Autorità Sovrana della Chiesa Cattolica»<sup>(6)</sup>. Questa è una precisazione significativa — tra l'altro, perché, qua e là tra gli Stati che non sono di tradizione cattolica (specialmente se non sono neppure di tradizione democratica), si noterebbe una certa tendenza di distinguere — separandole — tra la Santa Sede quale Soggetto *sui generis* di diritto internazionale (con la Quale ben volentieri si mantengono amichevoli rapporti) e la Chiesa, soprattutto la Chiesa presente sul territorio dello Stato (alla quale si potrebbe riservare un trattamento alquanto diverso). Si nota comunque che la formulazione è: «The Holy See, the Sovereign Authority of the Catholic Church», non «The Holy See as the Sovereign Authority of the Catholic Church». Se fosse stata adottata quest'ultima, si sarebbe introdotta un'ambiguità pericolosa, come del resto è ovvio. Quanto alla controparte, la complessa formula usata rispecchia le realtà politiche e giuridiche del momento, che vede ancora incompiuto il «processo di pace» tra Israele e i palestinesi, essendo ancora in corso le trattative miranti all'accordo di pace definitivo. Così mentre una parte notevole dei territori palestinesi si trova ancora sotto occupazione belligerante israeliana, un'altra parte si trova autonomamente governata dall'«Autorità Palestinese», che goderebbe, secondo gli accordi bilaterali, di una capacità ben limitata di intrattenere rapporti internazionali. Conseguentemente, l'Olp rimane l'interlocutore principale, od originario, sul piano internazionale. La formula usata qui è tratta, in parte, dalla lettera dell'allora Primo Ministro di Israele, Yitzhak Rabin, al Presidente dell'Olp, Yasser Arafat, in data 9 settembre 1993 — lettera che fa parte dei cosiddetti «accordi di Oslo» — nella quale si riconosce esplicitamente l'Olp come il «representative of the Palestinian people». La seconda parte della descrizione della controparte segue, in linea di massima, quella che si trova nell'Art. IX.5.b del «Israeli-Palestinian Interim Agreement on the West Bank and the Gaza Strip», firmato a Washington il 28 settembre 1995<sup>(7)</sup>.

(6) Questa stessa formula si trova nell'Art. 2 dell'Accordo del 10 novembre 1997 con Israele; cf. nota 5 sopra.

(7) Non pare necessario studiare in questa sede se il presente Accordo rientra tra quelli che l'«Interim Agreement» consentirebbe all'Olp di fare «a beneficio» dell'Autorità Palestinese, a titolo di eccezione alla norma generale enunciata al comma «a» dello stesso Art. IX.5, che esclude le «relazioni estere» dall'ambito dell'«autonomia» accordata alla stessa «Autorità». Infatti, nella seduta del 1 luglio 1998 della plenaria della Commissione bilaterale permanente di lavoro tra la Santa Sede e lo Stato di Israele, la delegazione della Santa Sede, rispondendo a qualche perplessità espressa da quella israeliana, aveva precisato che la questione interesserebbe piuttosto i rapporti bilaterali Israele-palestinesi, essendo, nei riguardi di terze parti, *res inter alios acta*. In ogni caso, l'attenta lettura del predetto Art. IX.5 non permetterebbe di escludere *in limine* l'ipotesi della non-incompatibilità con esso del presente Accordo.

Estremamente significativo è senz'altra l'adesione della controparte alla ben nota posizione della Santa Sede sulla questione di Gerusalemme. L'adesione è completa e comprende persino l'uso esplicito della formulazione precisa, «uno statuto speciale internazionalmente garantito»<sup>(8)</sup>. Questa è la prima volta che una parte politica locale fa propria la posizione della Santa Sede, ciò che costituirebbe un invito implicito all'altra parte, lo Stato di Israele, di fare altrettanto.

Il Preambolo, avendo narrato brevemente lo sviluppo dei rapporti tra le Parti, mette effettivamente in evidenza che l'«Accordo di base» sia soltanto il primo di una serie, e che la Commissione che lo ha prodotto dovrebbe proseguire nell'esecuzione del suo mandato. Presumibilmente si intende l'elaborazione degli accordi dettagliati che potranno essere richiesti per l'esecuzione delle norme fondamentali che questo «Accordo di base» contiene.

#### 4. *L'Accordo - alcuni appunti per una prima lettura.*

Il Preambolo è seguito dalla normativa pattizia, distribuita in 12 Articoli, di cui il primo — sempre in perfetto accordo con la prospettiva delineata dal Sommo Pontefice nel surricordato Discorso «programmatico» per le Comunità cristiane dell'Oriente mediterraneo — è dedicato alla libertà di religione e di coscienza, che la Parte Palestinese si impegna di rispettare e di osservare, così come viene definita nella Dichiarazione universale sui diritti umani e nei relativi strumenti di applicazione. La Santa Sede ricorda, nel contempo, sia l'impegno della Chiesa Cattolica di sostenere questo fondamentale diritto umano, che il rispetto che la Chiesa nutre per i seguaci di altre religioni. Questa sarebbe la prima volta che una Comunità politica a maggioranza musulmana rende il diritto alla libertà di religione e di coscienza — precisamente come è definito dai relativi strumenti internazionali — oggetto di impegno bilaterale nei riguardi della Santa Sede. Le implicanze potrebbero essere profonde, viste le notevoli divergenze tra la normativa internazionalmente sancita — anche dalla sola Dichiarazione universale — e la pesante eredità ottomana ricevuta dall'Autorità Palestinese.

Proclamata concordemente la norma fondamentale del rapporto bilaterale, l'Art. 2 contiene un impegno comune di collaborare nella

---

(8) Un'esposizione particolarmente utile della posizione della Santa Sede si trova in A. MACCHI - G. RULLI, *Il futuro di Gerusalemme*, ne *La Civiltà Cattolica* 1996 II 547-561, con abbondanti riferimenti bibliografici nelle note. Successivamente, nella Risoluzione A/RES/ES-10/2, adottata il 25 aprile 1997, l'Assemblea generale dell'Onu, nella Terza riunione plenaria della X Sessione di Emergenza, ha usato formulazioni molto vicine a quelle della Santa Sede, nell'affermare il «legittimo interesse» della «Comunità internazionale» nella «protezione della «dimensione spirituale e religiosa della Città».

promozione dell'intero complesso dei diritti umani, e nella lotta contro ogni forma di discriminazione, abbinata alla promozione di mutua comprensione tra le diverse comunità umane, favorendo a tal scopo il dialogo inter-religioso.

L'Art. 3 rende questi impegni ben specifici in relazione alla legislazione palestinese, la quale dovrà assicurare l'eguaglianza dei diritti umani e civili di tutti i cittadini, e la loro libertà da ogni discriminazione riferita alla religione o alla credenza.

L'Art. 4 assicura l'osservanza del regime giuridico di «Statu quo» nei Luoghi Santi cristiani ai quali esso si applica. Tra di essi si trova la Basilica della Natività di N.S.G.C. in Betlemme, città governata oramai da alcuni anni dall'Autorità Palestinese. Ivi, questo regime giuridico, più volte confermato dalle istanze internazionali, regge i rapporti tra la Chiesa Cattolica — rappresentata dalla Custodia francescana di Terra Santa — e le Comunità greco-ortodossa e armeno-ortodossa, e tra le tre Comunità e l'Autorità civile.

L'Art. 5 riconosce la libertà della Chiesa Cattolica di esercitare i suoi diritti, nell'espletamento delle proprie funzioni, siano esse spirituali, religiose, morali, caritative, educative, culturali o comunque descritte - la specificazione non è tassativa.

L'Art. 6 ne trae le conseguenze pratiche nel riconoscere i diritti della Chiesa Cattolica in materia economica, giuridica e fiscale. È noto che si tratti, tra l'altro, di diritti concreti e specifici, acquisiti alle istituzioni Cattoliche mediante leggi precedenti e trattati firmati in passato tra Potenze europee e Stati predecessori, e poi riconfermati, nella sostanza, da risoluzioni internazionali. Ovviamente, come l'Articolo stesso menziona, l'esercizio di questi diritti andrebbe armonizzato con i diritti che in questi campi competerebbero legittimamente all'Autorità civile. La scelta di parlare di «armonizzazione» dell'esercizio dei diritti della Chiesa con quelli dell'Autorità civile evita alcuna «subordinazione» di quelli a questi, e rispecchia piuttosto fedelmente la dottrina dello *ius publicum ecclesiasticum externum* sulle materie miste. Questa fedeltà alla dottrina si intravede anche nella scelta di parlare dei «diritti» dell'Autorità civile e non delle sue «leggi». L'«armonia» dunque si richiede con le leggi giuste, e non con le eventuali leggi che esulino dall'ambito della competenza propria del potere temporale.

L'Art. 7 assicura la piena efficacia civile, nell'ordinamento palestinese, della personalità giuridica canonica della Chiesa Cattolica e degli enti ecclesiastici che ne sono muniti. La norma rappresenterebbe una novità rispetto all'eredità ottomana dell'emergente ordinamento palestinese, sia solo perché l'ordinamento ottomano (trasmesso a quello palestinese dagli ordinamenti giordano ed egiziano) non conobbe la Chiesa Cattolica, ma soltanto le singole Chiese *sui iuris*.

L'Art. 8 chiarisce, per togliere ogni eventuale dubbio, che il presente Accordo non pregiudica eventuali accordi tra una delle Parti e

terze Parti. Questo chiarimento, *fatto ob abundantem cautelam*, si riferirebbe, in particolare, ai trattati fatti in precedenza tra certe Nazioni europee (soprattutto la Francia) e l'Impero ottomano, a favore di determinate categorie di istituzioni cattoliche. Non sarebbe certo l'intenzione del presente Accordo di pregiudicarne l'applicazione benefica, o di tentare ai diritti di terzi.

L'Art. 9 prevede il proseguimento dei lavori della Commissione bilaterale, in conformità con la definizione di questo Accordo come «basico», nel senso di dettare spesso norme generali, veramente «basiche», che potrebbero richiedere di essere ulteriormente elaborate nei dettagli.

L'Accordo si conclude con tre disposizioni dal carattere tecnico-giuridico:

L'Art. 10 dispone che la composizione di ogni eventuale divergenza quanto all'interpretazione dell'Accordo debba avvenire mediante reciproca consultazione. L'Art. 11 definisce autentici entrambi i testi, l'inglese e l'arabo, pur stabilendo, comprensibilmente, che, in caso di divergenza tra di loro, prevarrà il testo inglese. Secondo le regole generali dell'interpretazione, comunque, il testo arabo potrebbe sempre servire per colmare lacune o dirimere ambiguità inerenti al testo inglese, purché non si tratti di divergenza, caso in cui prevale il testo inglese. Infine, l'Art. 12 stabilisce che l'Accordo entri in vigore dal momento della firma, dispensando da ogni ulteriore procedura quale, per esempio, lo scambio di strumenti di ratifica. Questa norma sarebbe dovuta alla volontà di evitare le complicazioni formali che potrebbero nascere se si dovesse ideare un'*iter* di ratifica dalla parte palestinese, visto il coinvolgimento di due strutture formalmente distinte, l'Olp e l'Autorità Palestinese e la complessa articolazione di ciascuna di esse.

*David-Maria A. Jaeger, OFM*

SEGRETERIA DI STATO, **Elenchus privilegiorum et facultatum S.R.E. Cardinalium in re liturgica et canonica**, 18 marzo 1999 («Notitiae» 35 [1999], p. 339-342; «Communicationes» 31 [1999], p. 11-13) (\*).

1. *Facultate gaudent S.R.E. Cardinales concedendi, in loco ubi celebrant vel sacrae liturgiae assistunt, indulgentiam partialem singulis vi-*

---

(\*) Vedi *nota* di A.S. Sánchez-Gil alla fine del documento.

cibus lucranda ab omnibus praesentibus, christifidelibus quoque extra propriam dioecesim degentibus, attentis vero normis in Codice statutis<sup>(1)</sup> et in Constitutione Apostolica *Indulgentiarum doctrina*<sup>(2)</sup>.

2. § 1. S.R.E. Cardinales eorumque familiares gaudent privilegio lucrandi in domestico sacello indulgentias ad quas acquirendas praescripta sit visitatio templi alicuius civitatis seu loci, in quibus Cardinales una cum familiaribus actu commorentur, servatis cetero condicionibus ad acquirendas indulgentias appositis, iuxta Constitutionem Apostolicam *Indulgentiarum doctrina*<sup>(3)</sup>.

§ 2. «Familiares» Cardinalis appellantur omnes, sive sint clerici, religiosi vel laici quorum servitio permanentiter addicti sint.

3. § 1. Gaudent iure sibi sacellum privatum constituendi, iuxta can. 1227. Quod sacellum privatum Cardinalium omnino manet exemptum a iurisdictione Ordinarii loci.

§ 2. Privilegio gaudent quoque in eodem sacello Sanctissimam Eucharistiam asservandi, firmo praescripto can. 934.

4. Firmo praescripto can. 357 § 2, ad rem liturgicam quod attinet, S.R.E. Cardinales pro se suisque familiaribus, in loco ubi actu vel habitualiter commorantur, omnibus gaudent facultatibus Episcopi dioecisani in sua dioecesi, insuper servatis quoad celebrationem sacramentorum baptismatis et confirmationis omnibus quae ad praeparationem debitam attinent et adnotationem ad normam iuris. Ut autem matrimoniorum celebrationi valide assistere possint, necesse est ut sint delegati ab Ordinario loci vel a parrocho.

5. Cardinales S.R.E. omnes, etiamsi ordinem episcopalem haud receperint, facultate gaudent, durantibus actionibus liturgicis quibus praesident vel modo sollemni assistunt, benedicendi ubique populo more Episcoporum necnon facultate utendi mitra et baculo pastoralis. Facultate insuper gaudent gestandi crucem pectoralem, etiam supra mozetam, servatis tamen normis *Caeremonialis Episcoporum* servandis<sup>(4)</sup>, firmo insuper praescripto art. 6.

6. S.R.E. Cardinalis, qui sollemniter celebrat extra ecclesiam sui tituli Episcopum loci praemoneat, nisi ecclesia sit cathedralis, quo in casu eiusdem venia indiget.

(1) Cann. 992-997.

(2) AAS 59, 1967, 5-24; cf. etiam *Enchiridion Indulgentiarum*, AAS 60, 1968, 412-416.

(3) Cf. *Ibid.*

(4) *Caeremoniale Episcoporum*, editio typica, Romae 1984.

7. Facultate gaudent S.R.E. Cardinales, consulto Episcopo loci, dedicationes et benedictiones ecclesiarum, insuper altarium, sacrae suppellectilis aliasve similes peragendi, servatis semper normis in Codice rubricisque liturgicis statutis.

S.R.E. Cardinalibus facultas est celebrandi benedictionem Abbatis vel Abbatissae, iuxta *Caeremoniale Episcoporum* <sup>(5)</sup>.

8. Omnibus S.R.E. Cardinalibus, quamvis ordine episcopali carentibus, ius est ubique, haud seclusis ecclesiis vel oratoriis institutorum religiosorum et societatum vitae apostolicae iuris pontificii, Dei verbum praedicare, nisi Episcopus loci in casibus particularibus expresse renuerit <sup>(6)</sup>.

9. Facultate gaudent S.R.E. Cardinales, qui caractere episcopali ornati sunt, conferendi in actionibus liturgicis secundum ritus praescriptos ordines sacros diaconatus et presbyteratus in omnibus ecclesiis et oratoriis, acceptis tamen litteris dimissoriis Ordinarii proprii candidatorum et cum consensu Ordinarii loci.

Omnes S.R.E. Cardinales etiam alia ministeria, iisdem condicionibus servatis, conferre possunt.

10. Praeter facultatem confessiones ubique terrarum audiendi, de qua in can. 967 § 1, S.R.E. Cardinales gaudent facultate ordinaria, quam tamen aliis delegare non possunt, absolvendi ubique in foro interno sacramentali quosvis paenitentes a censuris latae sententiae excommunicationis vel interdicti non declaratis, Sedi Apostolicae reservatis quoque, sine recurso ad proprium fidelis Ordinarium, non autem a censuris de quibus in cann. 1382, 1388.

11. S.R.E. Cardinales omnes gaudent privilegio sibi suisque familiaribus eligendi confessarium qui ipso iure obtinet, nisi ei potestas aliunde concessa iam sit, facultatem pro eisdem tantum audiendi confessiones necnon absolvendi ab omnibus censuris, reservatis quoque Sedi Apostolicae, iis exceptis declaratis, tamen in foro interno sacramentali tantum.

12. S.R.E. Cardinales concedere possunt ut coram se, etiam in diebus liturgicis sollemnioribus, non vero in Triduo Paschali, sacrificium eucharisticum celebretur, firmo praescripto can. 932.

13. S.R.E. Cardinales facultate gaudent celebrandi in proprio sacello missam in Cena Domini, feria quinta Hebdomadae Sanctae.

---

<sup>(5)</sup> Cf. *Ibid.*

<sup>(6)</sup> Can. 763.

*Summus Pontifex Ioannes Paulus PP. II rescripto diei XVIII mensis Martii, a. D. MCMXCIX praedicta privilegia atque facultates S.R.E. Cardinalibus concedere dignatus est atque hunc Elenchum in forma specifica approbavit et publici iuris fieri iussit.*

Ex Aedibus Vaticanis, die XVIII mensis Martii, a. D. MCMXCIX.

+ Angelus Card. Sodano  
Secretarius Status

### **L'elenco dei privilegi e delle facoltà dei Cardinali di Santa Romana Chiesa e il loro statuto giuridico.**

Con la pubblicazione dell'elenco dei privilegi e delle facoltà dei Cardinali in materia liturgica e canonica si compie un ulteriore passo nell'aggiornamento del Collegio dei Cardinali e del suo regime giuridico, iniziato nella seconda metà del Novecento e portato a termine da Giovanni Paolo II<sup>(1)</sup>.

Oltre alla progressiva internazionalizzazione del Collegio dei Cardinali, i cui membri, provenienti da tutte le parti del mondo e dalle più varie culture, possono veramente raffigurare l'universalità della Chiesa, nel presente pontificato si possono individuare quattro momenti principali nella riforma del suo regime giuridico: 1° la promulgazione del Codice di Diritto Canonico del 1983, dove sono definite le funzioni del Collegio dei Cardinali e i tratti principali dello statuto giuridico dei suoi membri, riassumendo le modifiche effettuate da Paolo VI (cfr. cc. 349-359); 2° la promulgazione della costituzione apostolica sulla Curia Romana<sup>(2)</sup>, e quindi del suo regolamento generale<sup>(3)</sup>, dove si descrive il

(1) Nei pontificati immediatamente precedenti sono particolarmente degni di nota, per quanto riguarda le prerogative in materia liturgica e canonica, la disposizione di Giovanni XXIII che prescrisse la consacrazione episcopale dei Cardinali (cfr. m.p. *Cum gravissima sint*, 15 aprile 1962, in AAS 54 [1962], pp. 256-258), e l'attribuzione per opera di Paolo VI di diversi *privilegi e facoltà* — alcuni di essi concessi precedentemente solo ai Cardinali — a tutti i Vescovi (cfr. m.p. *Pastorale munus*, 30 novembre 1963, in AAS 56 [1964], pp. 5-12 [PM]). Cfr. A. DE LA HERA, *La reforma del Colegio Cardenalicio bajo el pontificado de Juan XXIII*, in «Ius Canonicum» 2 (1962), pp. 677-716. Per una visione d'insieme circa il Collegio dei Cardinali, cfr. J.I. ARRIETA, *Diritto dell'organizzazione ecclesiastica*, Milano 1997, pp. 281-298.

(2) GIOVANNI PAOLO II, cost. ap. *Pastor Bonus*, 28 giugno 1988, in AAS 80 (1988), pp. 841-912 (PB).

(3) SEGRETERIA DI STATO, *Regolamento Generale della Curia Romana*, 1° luglio 1999, in AAS 9 (1999), pp. 630-699 (RGCR), che ha sostituito la versione precedente, del 4 febbraio 1992, in AAS 84 (1992), pp. 201-267.

particolare ruolo dei Cardinali nel governo della Chiesa universale (cfr. PB, Proemio, n. 9) e le loro mansioni specifiche all'interno della Curia Romana (cfr., in particolare, PB, artt. 3; 6; 7; 22-24; 171); 3° la promulgazione della nuova costituzione apostolica circa la vacanza della Sede Apostolica e l'elezione del Romano Pontefice<sup>(4)</sup>, con la regolamentazione dei doveri e dei diritti dei Cardinali nello svolgimento delle loro funzioni in queste particolari situazioni; e, infine, 4° la pubblicazione del nuovo elenco delle prerogative dei Cardinali in materia liturgica e canonica<sup>(5)</sup>.

In queste pagine ci soffermeremo sulle caratteristiche del documento con cui questo elenco è stato pubblicato (n. 1) e sulle singole prerogative dei Cardinali, con riferimento alle disposizioni precedenti e prestando attenzione solo agli aspetti giuridici e non a quelli propriamente liturgici (n. 2). In fine, si cercherà di valutare la rilevanza giuridico-canonica dell'elenco nel suo insieme (n. 3).

### 1. *Descrizione del documento.*

Il documento in oggetto, pubblicato tra gli atti della Segreteria di Stato nella Rivista della Congregazione per il Culto Divino e la Disciplina dei Sacramenti<sup>(6)</sup> e nella Rivista del Pontificio Consiglio per i Testi Legislativi<sup>(7)</sup>, porta la data del 18 marzo 1999 e la firma del Cardinale Angelo Sodano, Segretario di Stato. Il nome del documento, *Elenco dei privilegi e delle facoltà in materia liturgica e canonica dei Cardinali di S.R.C.*, rispecchia il contenuto, diviso in tredici numeri o articoli, dove sono descritte le prerogative in questioni liturgiche e sacramentali di cui godono i Cardinali per concessione del Romano Pontefice: alcune di queste ricevono il nome di *diritti* (cfr. artt. 3 § 1; 8); altre sono denominate *privilegi* (cfr. artt. 2; 3 § 2; 11), e altre, in fine, sono chiamate *facoltà* (cfr. artt. 1; 4; 5; 7; 9; 10; 13) o tali sembrano, anche se non ricevono questa denominazione (cfr. artt. 9; 12). D'altra parte, si fa esplicita menzione dei *limiti o vincoli*, a cui sono soggetti, in conformità con le

(4) GIOVANNI PAOLO II, cost. ap. *Universi Dominici Gregis*, 22 febbraio 1996, in AAS 88 (1996) 305-343.

(5) Per capire le ragioni e la portata del presente elenco, è necessario ricordare il mantenimento nel Codice della prescrizione dell'ordinazione episcopale dei presbiteri creati Cardinali (cfr. c. 351 § 1). Ma siccome da questa norma può dispensare, ovviamente, il Sommo Pontefice se l'interessato lo richiede, il presbitero Cardinale avrebbe solo le prerogative espressamente riconosciute ai Cardinali nelle norme generali o nelle leggi speciali, e rimarrebbe privo dalle prerogative dei Vescovi. Come avremo occasione di vedere, alcune di queste sembrano più che adeguate, con indipendenza del carattere episcopale, alla condizione e alle funzioni dei Cardinali.

(6) Cfr. «Notitiae» 35 (1999), pp. 339-342.

(7) Cfr. «Communicationes» 31 (1999), pp. 11-13.

norme vigenti, anche i Cardinali nell'esercizio di alcune delle loro prerogative (cfr. art. 6; e altri singoli articoli).

È di particolare interesse il comma in corsivo che conclude il documento, dove si dichiara che le facoltà e i privilegi elencati sono stati concessi ai Cardinali dal Sommo Pontefice Giovanni Paolo II, mediante rescritto dello stesso 18 marzo 1999. Si aggiunge poi, che il Sommo Pontefice ha approvato quest'elenco in forma specifica e ha ordinato la sua pubblicazione. Si tratta, quindi, di una dichiarazione del Cardinale Segretario di Stato, il quale, rendendo pubblico l'elenco — in adempimento del mandato del Papa — manifesta sia l'autore dell'atto di concessione (il Sommo Pontefice), sia la forma adoperata (un rescritto), sia la peculiare modalità di approvazione dell'elenco (*in forma specifica approbavit*).

Risulta opportuno aggiungere, per completare la descrizione del documento, che sotto il profilo formale sembra necessario operare una distinzione tra l'atto costitutivo dei privilegi e delle facoltà, vale a dire, l'atto di concessione, il *rescritto*, probabilmente firmato dallo stesso Sommo Pontefice o dal Segretario di Stato *ex Audientia Sanctissimi*; e il presente documento, firmato dal Cardinale Segretario di Stato, che ha come scopo l'adempimento del mandato di pubblicazione dell'elenco. Tale distinzione, senza alcun rilievo sulla portata dei privilegi e delle facoltà in oggetto, è comunque pertinente, in quanto non essendo stato pubblicato il testo del atto di concessione, o l'elenco, in *Acta Apostolicae Sedis*, deve considerarsi la pubblicazione del presente documento in «Notitiae» e in «Communicationes», come modalità scelta per rendere efficaci *erga omnes* i privilegi e le facoltà dei Cardinali, o, in altre parole, come modalità di promulgazione se, come sembra, di promulgazione vera e propria si dovrebbe parlare.

## 2. *Le prerogative dei Cardinali in materia liturgica e canonica.*

Come è stato detto, l'elenco in esame attribuisce ai Cardinali una serie di prerogative in materia liturgica e canonica che ricevono, in buona parte dei casi, denominazioni precise (*diritti, privilegi o facoltà*)<sup>(8)</sup>. Per ovviare alle difficoltà che potrebbe comportare una siffatta

(8) Nel CIC 17 le principali prerogative dei Cardinali in materia liturgica e canonica erano contenute nell'elenco di ventiquattro *privilegi o facoltà* del c. 239 § 1; alcune delle quali erano attribuite anche ai Vescovi dal c. 349 § 1, 1°. Tali prerogative erano denominate nel loro insieme, indistintamente, sia come *privilegi* (cfr. cc. 233 § 1; 349 § 1, 1°), sia come *facoltà* (cfr. c. 239 § 1). Posteriormente, dopo la disposizione di Giovanni XIII che prescrisse la consacrazione episcopale dei Cardinali, e l'attribuzione di diversi *privilegi e facoltà* a tutti i Vescovi da parte di Paolo VI (vid. nota 1), ma soprattutto con il cambiamento di prospettiva nella fase di riforma del Codice sui privilegi e

distinzione terminologica<sup>(9)</sup>, ci è sembrato preferibile accomunarle con la denominazione generica di *prerogative*. Tuttavia, rispettando la terminologia utilizzata dal documento e per la convenienza di schematizzare in qualche modo l'esame delle singole disposizioni, le presenteremo — in una nostra versione italiana — secondo detta distinzione, senza volere in questo modo precludere la questione riguardante la natura giuridica di ogni singola prerogativa.

a) *I diritti riconosciuti ai Cardinali*. — 1. I Cardinali « godono del diritto di costituire per sé una cappella privata, in conformità col c. 1227. La cappella privata del Cardinale rimane in tutto esente dalla giurisdizione dell'Ordinario del luogo » (art. 3 § 1). In pratica si tratta dell'estensione di due norme contenute nel vigente Codice: da una parte, l'estensione anche ai Cardinali che non hanno il carattere episcopale della stessa prerogativa riconosciuta con carattere generale ai Vescovi<sup>(10)</sup>; e, dall'altra, l'estensione alla propria cappella privata dell'esenzione personale dei Cardinali riguardo la potestà di governo dell'Ordinario del luogo dove dimorano<sup>(11)</sup>.

---

sulle facoltà dei Vescovi — e sulle questioni terminologiche collegate —, si ritenne inadeguata l'inclusione nel CIC 83 di un elenco simile a quello del CIC 17. Tuttavia, il Codice, ribadendo la prescrizione della consacrazione episcopale dei presbiteri promossi Cardinali (cfr. c. 351 § 1), ha voluto fare una menzione esplicita ai *diritti* dei Cardinali, definiti dalla legge, e dei quali godono dal momento della pubblicazione della loro creazione (cfr. 351 § 2). Sulle vicissitudini dei *privilegi* dei Cardinali e dei Vescovi durante il secolo XX, con una particolare attenzione alle questioni terminologiche, cfr. A. McCORMACK, *The term « privilege ». A Textual Study of its Meaning and Use in the 1983 Code of Canon Law*, Roma 1997, pp. 142-146.

<sup>(9)</sup> Le difficoltà potrebbero sorgere nell'ambito della filosofia giuridica, circa la nota della generalità propria della legge — incompatibile quindi con le norme singolari quali sono i privilegi —, con risvolti sull'ambito delle politica legislativa e della tecnica giuridica circa la questione delle regole d'interpretazione applicabili alle norme formalmente singolari ma di portata generale. Sull'argomento dalla prospettiva filosofica, cfr. J. HERVADA, *Lecciones propedeuticas de filosofía del derecho*, Pamplona 1992, pp. 383-384 (sulla nota della generalità della legge); 393-396 (sulla norma singolare e i privilegi); e sotto il profilo della tecnica giuridica, cfr. J. OTADUY, *Introducción al título De legibus ecclesiasticis y Comentarios a los cc. 7-22*, in AA.VV., *Comentario exegetico al Código de derecho canónico*, vol. I, Pamplona 1996, pp. 289-416.

<sup>(10)</sup> «Episcopi sacellum privatum sibi constituere possunt, quod iisdem iuribus ac oratorium gaudet» (c. 1227). Si può notare come il Codice abbia evitato — utilizzando la espressione *constituere possunt* — dare una denominazione precisa a questa prerogativa dei Vescovi.

<sup>(11)</sup> «Cardinales extra Urbem et extra propriam dioecesim degentes, in iis quae ad sui personam pertinent exempti sunt a potestate regiminis Episcopi dioecesis in qua commorantur (c. 357 § 2). Con più precisione il Codice considera l'esenzione nei con-

2. « Tutti i Cardinali di S.R.C., anche se non hanno l'ordine episcopale, hanno ovunque il *diritto*, senza escludere le chiese e gli oratori degli istituti religiosi e società di vita apostolica di diritto pontificio, di predicare la parola di Dio, a meno che il Vescovo del luogo lo vieti espressamente in casi particolari (c. 763) » (art. 8). Il che significa una semplice estensione ai Cardinali non ordinati Vescovi dello stesso diritto che il Codice riconosce con carattere generale a tutti i Vescovi.

b) *I privilegi di cui godono i Cardinali.* — 1. « I Cardinali di S.R.C. e i loro familiari godono del *privilegio* di lucrare nella cappella domestica le indulgenze per cui sia prescritta la visita di qualche tempio della città o luogo dove dimora il Cardinale con i suoi familiari, osservate le altre condizioni stabilite per lucrare indulgenze, secondo la Costituzione Apostolica *Indulgentiarum doctrina* (AAS 59, 1967, 5-24; cfr. anche *Enchiridion Indulgentiarum*, AAS 60, 1968, 412-416) » (art. 2 § 1). Si tratta di una determinazione in linea con le concessioni contenute nell'*Enchiridion indulgentiarum* <sup>(12)</sup>.

La determinazione del paragrafo 2 dello stesso articolo — « Si chiamano 'familiari' dei Cardinali coloro i quali, chierici, religiosi o laici, siano permanentemente dedicati al suo servizio » — è tradizionale e serve a determinare le persone che, in ragione della loro diretta relazione con il Cardinale, usufruiscono anche delle sue prerogative.

2. « Godono anche del *privilegio* di riservare la Santissima Eucaristia in detta cappella, fermo restando quanto stabilito dal c. 934 » (art. 3 § 2) <sup>(13)</sup>. Si tratta, quindi, dell'estensione ai Cardinali che non hanno il carattere episcopale della stessa possibilità ammessa con carattere generale nel Codice solo ai Vescovi <sup>(14)</sup>, e dalla quale erano sinora formal-

---

fronti del Vescovo della diocesi solo quando dimorano *extra Urbem et extra propriam dioecesim*.

<sup>(12)</sup> Cfr. la quarta edizione dell'*Enchiridion indulgentiarum, Concessionem*, n. 33 (EI 1999). Appare quindi obsoleto il riferimento, in calce nel documento, alla seconda edizione del 1968, essendo stato sostituito nel 1986 dalla terza edizione. Oggi si dovrebbe, invece, fare riferimento alla quarta edizione, promulgata dalla Penitenzieria Apostolica col Decreto *Iesu humani generis*, il 16 luglio 1999.

<sup>(13)</sup> Nel CIC 17 mancava una simile prerogativa: il c. 1265 prescriveva, infatti, la necessità dell'indulto apostolico per riservare la Eucaristia negli oratori non indicati nello stesso canone. Ma fu inclusa posteriormente tra i *privilegi* dei Vescovi (cfr. PM, II, n. 5).

<sup>(14)</sup> « Sanctissima Eucharistia: (...) 2° asservari potest in sacello Episcopi et, de licentia Ordinarii loci, in aliis ecclesiis, oratoriis et sacellis » (c. 934 § 1). Il Codice evita anche qui — con l'espressione *constituere possunt* — di dare una denominazione precisa a questa prerogativa.

mente esclusi<sup>(15)</sup>. Nell'uso di tale prerogativa devono comunque adempiere alle condizioni indicate nel c. 934 § 2<sup>(16)</sup>.

3. « Tutti i Cardinali di S.R.C. godono del *privilegio* di eleggere per sé e per i loro familiari un confessore il quale ottiene dallo stesso diritto, a meno che gli sia stata concessa la potestà in altro modo, la facoltà soltanto per loro di ascoltare le confessioni e di assolvere da tutte le censure, anche quelle riservate alla Sede Apostolica, ad eccezione di quelle dichiarate, ma soltanto nel foro interno sacramentale » (art. 11)<sup>(17)</sup>. È sicuramente, sotto il profilo canonico, la prerogativa più significativa tra quelle contenute nell'elenco, soprattutto se si considera che i Vescovi non solo non possono eleggere per sé un confessore con analoghe facoltà, ma neppure assolvere altri da qualsiasi censura riservata alla Sede Apostolica<sup>(18)</sup>.

c) *Le facoltà concesse ai Cardinali.* — 1. « Il Cardinali di S.R.C. godono della *facoltà* di concedere, nel luogo dove celebrano o assistono alla sacra liturgia, indulgenza parziale che può essere lucrata nelle singole occasioni da tutti i presenti, anche dai fedeli che si trovano fuori della propria diocesi, in conformità alle norme stabilite nel Codice (cc. 992-997) e nella Costituzione Apostolica *Indulgentiarum doctrina* (AAS 59, 1967, 5-24; cfr. anche *Enchiridion Indulgentiarum*, AAS 60, 1968, 412-416) » (art. 1). Tale disposizione costituisce, in pratica, una concreta applicazione delle possibilità stabilite nel Codice e nelle venti norme speciali sulle indulgenze<sup>(19)</sup>.

<sup>(15)</sup> In questo senso alcuni commenti del Codice: « En cambio no podría gozar de este derecho, por ejemplo, un presbítero ya nombrado cardenal por el Romano Pontífice, pero que todavía no haya recibido la consagración episcopal que prescribe el canon 351, § 1 » (J.A. BAÑARES, *Comentario al c. 934*, in *Comentario exegético*, cit., vol. III, p. 671).

<sup>(16)</sup> « In locis sacris ubi sanctissima Eucharistia asservatur, adesse semper debet qui eius curam habeat et, quantum fieri potest, sacerdos saltem bis in mense Missam ibi celebret » (c. 934 § 2). Sarebbe stato, in realtà, più preciso dire in quest'articolo dell'elenco « firmo praescipto c. 934 § 2 », invece di citare tutto il c. 934, perché il § 1 di questo canone risulta in pratica modificato dal presente articolo.

<sup>(17)</sup> I precedenti nel CIC 17 sono, per i Cardinali, il c. 239 § 1, 2°: « Sibi suisque familiaribus eligendi sacerdotem confessionibus excipiendis, qui, si iurisdictione careat, eam ipso iure obtinet, etiam quod spectat ad peccata et censuras, reservatas quoque, illis tantum censuris exceptis, de quibus in n. 1° » (escluse, quindi, le censure riservate specialissimamente alla Sede Apostolica e quelle collegate alla rivelazione del segreto del Sant'Ufficio); e, con minore portata per i Vescovi, il c. 349 § 1, 1°. Conviene notare che un simile privilegio non fu incluso tra le prerogative dei Vescovi (cfr. PM). Quindi, la sua inclusione nel presente elenco fa rinascere una prerogativa dei Cardinali che era formalmente scomparsa.

<sup>(18)</sup> Salvo, ovviamente, nei casi previsti per tutti i confessori, e mantenuto per il penitente l'onere di ricorrere alla Sede Apostolica (cfr. cc. 976 e 1357).

<sup>(19)</sup> « Praeter supremam Ecclesiae auctoritatem ii tantum possunt indulgentias

2. «Fermo restando quanto prescritto nel c. 357 § 2, per quanto riguarda la materia liturgica, i Cardinali di S.R.C., per sé e per i loro familiari, nel luogo dove si trovano o dove abitano in modo stabile, godono di tutte le *facoltà* del Vescovo diocesano nella sua diocesi, osservando inoltre, nella celebrazione dei sacramenti del battesimo e della confermazione, tutto quanto è stabilito all'annotazione a norma del diritto riguardo alla debita preparazione. Tuttavia, perché possano assistere validamente alla celebrazione di matrimoni, è necessario che siano delegati dall'Ordinario del luogo o dal parroco» (art. 4). Si tratta di un'altra prerogativa in materia liturgica con interessanti risvolti canonici, in quanto opera una estensione a tutti i Cardinali, anche a quelli che non sono a capo di una diocesi e a quelli che non hanno il carattere episcopale, di tutte le facoltà dei Vescovi diocesani in questa materia<sup>(20)</sup>, ma solo per sé e per i loro familiari (chierici, religiosi o laici). È da segnalare il riferimento esplicito alla confermazione, in quanto nelle disposizioni del Codice sul ministro di questo sacramento, i Cardinali carenti dell'ordine episcopale non venivano più considerati, e quindi necessitavano una speciale concessione di facoltà (cfr. c. 882-883)<sup>(21)</sup>. In ogni caso, i Cardinali rimangono soggetti alle norme sulla debita preparazione dei soggetti e sull'annotazione dei sacra-

---

elargiri, quibus haec *potestas* iure agnoscitur aut a Romano Pontifice conceditur» (c. 995 § 1). «S.R.E. Cardinalis *facultate* gaudent concedendi ubique indulgentiam partialem a praesentibus solummodo, singulis vicibus, acquirendam» (EI 1999, *Normae de indulgentiis*, n. 10). Da rilevare la diversa denominazione — *potestà* o *facoltà* — che riceve questa prerogativa nei due casi.

Comunque, sarebbe stato più preciso, come in precedenza, che quest'articolo avesse fatto riferimento all'EI 1986 (cfr. *Norme de indulgentiis*, n. 13), simile in questo punto all'attuale, e non all'edizione del 1968, che estendeva questa prerogativa dei Cardinali anche «in locis vel institutis ac pro personis suae iurisdictionis vel protectionis» (cfr. EI 1968, *Norme de indulgentiis*, n. 14), inciso scomparso nel 1986.

<sup>(20)</sup> Facoltà che sono sparse nel Codice, tra i canoni riguardanti il *munus sanctificandi*, e nelle leggi liturgiche. Per una considerazione d'insieme delle competenze liturgiche del Vescovo diocesano, cfr. T. RINCÓN-PÉREZ, *La Liturgia y los Sacramentos en el Derecho de la Iglesia*, Pamplona 1998, pp. 55-56.

Non appare del tutto chiaro il riferimento al c. 357 § 2, che tratta dell'esenzione personale dei Cardinali che si trovano fuori dell'Urbe e della propria diocesi nei confronti del Vescovo della diocesi in cui dimorano: tale riferimento si potrebbe intendere come una conferma di tale esenzione in materia liturgica, oppure nel senso che queste facoltà si intendano concesse unicamente nel caso in cui i Cardinali si trovino *extra Urbem*, il che non sembra del tutto adeguato, vista la natura delle facoltà menzionate in quest'articolo.

<sup>(21)</sup> In quanto che, per il mero fatto di essere creati Cardinali, i presbiteri non sono equiparati dal diritto al Vescovo diocesano, (cfr. c. 883, 1°). Invece, mediante quest'articolo dell'elenco, anche i Cardinali non Vescovi vengono equiparati in materia liturgica al Vescovo diocesano, ma solo per sé e per i propri familiari.

menti del battesimo (cfr. cc. 851; 865; 878) e della confermazione (cfr. cc. 890; 896) da loro amministrati. In pratica questa prerogativa costituisce i Cardinali come una sorta di Ordinari propri dei loro familiari in questioni liturgiche e sacramentali, ma con competenze più limitate, come si deriva dal mantenimento della necessità delle delega dell'Ordinario del luogo o del parroco per assistere validamente ai matrimoni (cfr. c. 1108).

3. «Tutti i Cardinali di S.R.C. anche se non abbiano ricevuto l'ordine episcopale, godono della *facoltà*, durante le azioni liturgiche che presiedono o alle quali partecipano in modo solenne, di benedire il popolo *more Episcoporum* in qualunque luogo, così come della *facoltà* di usare la mitra e il bacolo pastorale. Godono anche della *facoltà* di portare la croce pettorale, anche sulla mozzetta, osservando tuttavia le norme del *Cerimoniale dei Vescovi* (*Caeremoniale Episcoporum*, editio typica, Romae 1984), fermo restando inoltre quanto prescritto nell'art. 6<sup>(22)</sup>» (art. 5)<sup>(23)</sup>. Tre prerogative di tipo liturgico che non meritano particolari considerazioni giuridiche.

4. «I Cardinali di S.R.C. godono della *facoltà*, consultato il Vescovo del luogo, di dedicare e benedire le chiese, e inoltre gli altari ed altri simili suppellettili sacre, osservando sempre le norme stabilite nel Codice e nelle rubriche liturgiche. È *facoltà* dei Cardinali di S.R.C. celebrare, conformemente al *Cerimoniale dei Vescovi*, la benedizione degli abati e delle abbatesse» (art. 7). Si tratta di una prerogativa che opera in materia di benedizioni una equiparazione dei Cardinali, anche di quelli che non hanno ricevuto l'ordinazione episcopale, ai Vescovi diocesani, il che, in adempimento di una precisa indicazione conciliare<sup>(24)</sup>, non era previsto esplicitamente dal Codice<sup>(25)</sup>. I Cardinali sono comunque soggetti in tali funzioni alle norme canoniche e liturgiche.

---

(22) È da notare una divergenza tra la versione pubblicata su «Communications», che fa riferimento all'art. 6 dell'elenco — come riportato nel testo — e la versione apparsa su «Notitiae», che fa riferimento all'art. 7, a causa sicuramente di un errore di stampa.

(23) I precedenti nel CIC 17 sono il c. 239 § 1, 12° e 13°, di simile portata del presente articolo, con la differenza che a Roma l'uso del bacolo e la benedizione al popolo *more episcopale* erano permesse solo nelle chiese, e quindi escluse nelle Basiliche, come fu chiarito da una risposta del 29 maggio 1934, in AAS, 26 (1934), p. 493.

(24) «Le benedizioni riservate siano pochissime, e solo a favore dei Vescovi o degli Ordinari» (SC, 79). Tale indicazione era, tra l'altro, in linea con la prevista ordinazione episcopale dei presbiteri creati Cardinali.

(25) Cfr. cc. 1169; 1206-1207. Per quanto riguarda il c. 1206, un riferimento ai Cardinali era stato eliminato come superfluo (cfr. «Communications» 12 [1980], pp. 325-326), ma si può ora rilevare che non lo era affatto. Il c. 1207, inoltre, faceva pensare alla necessità di una delega del Vescovo diocesano per la benedizione di chiese, non più necessaria secondo quest'articolo, che parla solo di consultarlo.

5. «I Cardinali di S.R.C. che sono ornati del carattere episcopale godono della *facoltà* di conferire, in azioni liturgiche secondo i riti prescritti, gli ordini sacri del diaconato e del presbiterato in tutte le chiese ed oratori, ricevute le lettere dimissorie dell'Ordinario proprio dei candidati e col consenso dell'Ordinario del luogo. Tutti i Cardinali di S.R.C. *possono* conferire anche altri ministeri, osservano le stesse condizioni» (art. 9). Il che non merita particolari commenti, oltre a quelli fatti circa la precedente prerogativa.

6. «Oltre alla *facoltà* di ascoltare confessioni ovunque, di cui al c. 967 § 1, i Cardinali di S.R.C. godono della *facoltà ordinaria*, che tuttavia non possono delegare ad altri, di assolvere dovunque nel foro interno sacramentale qualunque penitente dalle censure *latae sententiae* di scomunica o interdetto non dichiarate, anche di quelle riservate alla Sede Apostolica, senza far ricorso all'Ordinario proprio del fedele, non tuttavia dalle censure di cui ai cc. 1382, 1388» (art. 10) <sup>(26)</sup>. Di conseguenza, i Cardinali hanno la *facoltà ordinaria* <sup>(27)</sup> di assolvere da tutte le censure *latae sententiae* non dichiarate, con esclusione di quelle derivanti dall'ordinazione episcopale senza mandato pontificio (cfr. c. 1382) o dalla violazione diretta del sigillo sacramentale (cfr. c. 1388).

7. «I Cardinali di S.R.C. godono della *facoltà* di celebrare nella propria cappella la messa *in Cena Domini*, il giovedì della Settimana Santa» (art. 13). «I Cardinali di S.R.C. *possono concedere* che, davanti a loro, anche nei giorni liturgici più solenni, non tuttavia nel Triduo Pasquale, sia celebrato il sacrificio eucaristico, fermo quanto prescritto nel c. 932» (art. 12). Determinazioni liturgiche che non destano particolare interesse giuridico, e che non comportano eccezioni alla normativa generale sul luogo della celebrazione eucaristica.

d) *Il rapporto dei Cardinali con i Vescovi del luogo in occasione delle celebrazioni solenni.* — «Il Cardinale di S.R.C. che celebra in modo solenne fuori della chiesa del suo titolo avverta il Vescovo del luogo, a meno che non si tratti della chiesa cattedrale, nel cui caso richiede il suo permesso» (art. 6) <sup>(28)</sup>. Si tratta di una disposizione che serve a confermare la posizione di preminenza liturgica del Vescovo dio-

<sup>(26)</sup> Una *facoltà* simile era contenuta nel CIC 17, c. 239 § 1, 1°, ma eccettuati i peccati e le censure riservate specialissimamente alla Sede Apostolica e quelle collegate al segreto del Sant'Ufficio.

<sup>(27)</sup> Ugual denominazione dell'analogo ma più limitata *facoltà ordinaria* del canonico penitenziere della chiesa cattedrale o della chiesa collegiale (cfr. c. 508 § 1). Di solito le altre *facoltà* contenute nel Codice sono denominate *abituali* (cfr. c. 132).

<sup>(28)</sup> Nel CIC 17, c. 239 § 1, 15°, si prevedeva la celebrazione di pontificali solo fuori di Roma, ed era sufficiente l'avvertimento previo al Vescovo se si trattava della chiesa cattedrale.

cesano nella sua circoscrizione, in particolare nella chiesa-sede, dove ha la sua cattedra, che rappresenta la sua funzione pastorale ed è il centro simbolico della vita liturgica della Chiesa particolare <sup>(29)</sup>.

### 3. *Rilevanza giuridico-canonica dell'elenco dei privilegi e facoltà.*

In termini generali sembra lecito affermare che il documento, soprattutto il suo art. 4, porta a termine una sorta di *equiparazione* in materia liturgica dei Cardinali, con particolare riferimento a quelli che non hanno il carattere episcopale <sup>(30)</sup>, ai Vescovi diocesani, anche se le prerogative attribuite hanno come ambito di applicazione la persona del Cardinale e i suoi familiari (cfr., anche, art. 2) e hanno certe limitazioni aggiuntive, come la accennata necessità della delega dell'Ordinario del luogo o del parroco per assistere ai matrimoni. Escluse ovviamente, per i Cardinali non ordinati Vescovi, le funzioni che richiedono il carattere episcopale (cfr. art. 9), una tale equiparazione si manifesta anche al di fuori del proprio ambito familiare, in occasione delle celebrazioni liturgiche presiedute dai Cardinali o alle quali partecipano (cfr. artt. 1; 5; 7-9); ma, in questi casi, le loro prerogative vanno esercitate nel rispetto delle competenze e attribuzioni del Vescovo del luogo (cfr. artt. 6-9).

In secondo termine, in rapporto anche alle materie liturgiche ma con una rilevanza ben più significativa sotto il profilo giuridico, il documento sembra voler delineare una sorta di *ambito di autonomia* dei Cardinali in questioni sacramentali nei confronti di qualunque autorità al di sotto del Sommo Pontefice (cfr. artt. 3; 10-11) <sup>(31)</sup>. Tale autonomia si manifesta in modo particolare nella prerogativa di disporre di una cappella privata, dove può essere riservata la Santissima Eucaristia, e in quella di eleggere per sé e per i loro familiari un confessore, che ottiene *ipso iure* le più ampie facoltà possibili nel foro interno sacramentale; il che appare giustificato da profonde ragioni <sup>(32)</sup>. Ma si manifesta anche, in un senso attivo, nell'ampia facoltà di assolvere dalle censure *latae sententiae* non dichiarate, anche da

<sup>(29)</sup> Altrettanto si potrebbe dire nei confronti delle chiese equiparabili alla chiesa cattedrale, quali sono, ad esempio, la concattedrale o la chiesa-sede dell'Ordinario castrense, del Prelato personale o territoriale, e dell'Abbate territoriale.

<sup>(30)</sup> Vid, *supra*, nota 5.

<sup>(31)</sup> Altri ambiti di autonomia sono definiti nel Codice, ad esempio in materia giudiziaria (cfr. cc. 1405 § 1, 2°; 1558 § 2). Con terminologia più tradizionale si potrebbero denominare anche *esenzioni*, ma ci sembra più adeguato parlare di ambiti di autonomia.

<sup>(32)</sup> La necessità che i Cardinali, chiamati a svolgere un ruolo di primo piano in servizio della Chiesa universale come principali collaboratori del Romano Pontefice, abbiano come centro delle loro attenzioni la Santissima Eucaristia, e possano attingere alla grazia della Penitenza con la massima facilità, essendo come tutti i cristiani bisognosi dei mezzi di salvezza istituiti da Cristo.

quelle riservate alla Sede Apostolica (con le due eccezioni già accennate), a qualsiasi penitente, e senza necessità di ricorso all'Ordinario.

In fine, dal documento emerge una più precisa determinazione dello statuto giuridico dei Cardinali, anche se non ordinati Vescovi, manifestata in diverse novità della loro posizione liturgica e canonica nei confronti dei Vescovi o degli Ordinari del luogo. Questi cambiamenti di posizione appaiono chiaramente in relazione con i familiari, dei quali come segnalato prima ogni Cardinale viene costituito come una sorta di Ordinario proprio; ma si manifestano anche nei confronti di altri fedeli.

In definitiva, l'elenco costituisce un insieme di disposizioni di carattere normativo, mediante le quali si modifica lo statuto giuridico nelle materie liturgiche di una intera categoria di persone considerata in astratto: i Cardinali di Santa Romana Chiesa.

Dal punto di vista formale, sembra che l'elenco sia stato approvato mediante un *rescritto*, che è di norma veicolo di un atto amministrativo (cfr. c. 59 § 1); inoltre, troviamo anche l'uso della formula *in forma specifica approbabit*, propria degli atti amministrativi dei Dicasteri che contengono deroghe al diritto universale vigente<sup>(33)</sup>. Può darsi, probabilmente, che si tratti di un difetto nelle vie di pubblicazione del documento, poiché altrimenti sembrerebbe una ripetizione, aggiungere ad un *rescritto* del Sommo Pontefice l'approvazione specifica; a meno che si tratti di un *rescritto* della Segreteria di Stato *ex Audientia Sanctissimi*. Altre domande potrebbero porsi sulla denominazione di alcune prorogative come *privilegi*, e la sua corrispondenza con il senso tecnico con cui questo termine è adoperato dalla legislazione canonica vigente<sup>(34)</sup>. Infine, sotto il profilo della stretta tecnica legislativa, sembra legittimo domandarsi se non sarebbe stato più corretto approvare l'elenco mediante un *Motu proprio*<sup>(35)</sup>, e promulgarlo mediante la pubblicazione in *Acta Apostolicae Sedis*.

<sup>(33)</sup> Cfr. RGCR, art. 126; di simile portata dell'art. 110 della versione precedente, che era in vigore nella data di approvazione dell'elenco.

<sup>(34)</sup> Come si ricorderà, il Codice ha riservato il termine *privilegio* — in senso tecnico — per riferirsi alla « grazia in favore di determinate persone, sia fisiche sia giuridiche, accordata per mezzo di un atto peculiare » (c. 76), e ne ha evitato l'uso per riferirsi ad altre prerogative attribuite dalla legge con carattere generale a categorie di persone. C'è su questo tema una abbondante bibliografia: cfr., ad esempio, quella indicata nel lavoro di A. McCORMACK, *The term «privilege»*, cit. Cfr., anche, V. DEL GIUDICE, *Privilegio, dispensa ed epicheia nel diritto canonico*, Perugia 1926, pp. 20-27, dove l'autore si sofferma su tematiche direttamente collegate al problema accennato: i *privilegia in codice contenta* e il diritto speciale ed eccezionale.

<sup>(35)</sup> Un *Motu proprio* sarebbe stato probabilmente più adeguato alla portata generale dell'elenco, a cui corrisponde una norma di natura legislativa. Così sembra postularlo tanto il contenuto — che apporta modifiche nel diritto obbiettivo — come il soggetto destinatario: i Cardinali considerati in astratto. Pare, tra l'altro, fuori discussione

Da questo punto di vista, il presente documento sembra confermare una convinzione comune a molti canonisti: che in diritto canonico quello che importa non è il nome dei documenti ma la categoria formale che deriva del loro contenuto<sup>(36)</sup>. Tuttavia è anche vero che la cura del vocabolario e delle forme canoniche serve tra l'altro per assicurare la loro univoca applicazione.

*Antonio S. Sánchez-Gil*

CONGREGAZIONE PER I VESCOVI, **Index Facultatum Legatis Pontificiis tributarium** (Typis Polyglottis Vaticanis 1986) (\*).

#### FACULTATES

##### *E Congregatione pro Doctrina Fidei*

1. Recipiendi, aut delegandi in singulis casibus idoneum presbyterum ut recipiat denuntiationes de crimine sollicitationis, servatis in omnibus forma et tenore Instructionis Congregationis pro Doctrina Fidei.

##### *E Congregatione pro Episcopis*

2. Prorogandi semel et iusta de causa, non tamen ultra tres menses, Rescripta ab Apostolica Sede concessa, quae expiraverint.

3. Concedendi, vacante aliqua dioecesi, et rogante Administratore apostolico vel dioecesano, quoties res urgeat, singulas singulorum casuum facultates, quae sunt in potestate ordinaria Episcopi.

---

che l'insieme dei Cardinali, i quali «costituiscono un Collegio peculiare» (cfr. c. 349), non possano essere considerati come un soggetto singolare — alla stregua di una persona giuridica — ma una comunità di persone con un regime giuridico regolato dalla legge. A questo documento, quindi, sarebbero applicabili le parole del Codice sui decreti generali, «con i quali dal legislatore competente vengono date disposizioni comuni per una comunità capace di ricevere una legge» (cfr. c. 29).

<sup>(36)</sup> Otaduy, ad esempio, afferma che nel diritto della Chiesa «tenemos por lo tanto una jerarquía de normas, dentro de la cual las leyes se entienden no simplemente como “preceptos comunes dados a una comunidad capaz”, sino como normas que proceden del “legislador competente” (c. 29); que gozan de una superioridad formal sobre las demás normas (cc. 33 § 1 y 34 § 2); pero que no se distinguen necesariamente de ellas por su forma de presentación externa, ya que los documentos que contienen unas y otras pueden llamarse de formas diversas y nada homogéneas (cc. 29 y 33 § 1)» (*Introducción al título De legibus ecclesiasticis*, cit., p. 297).

(\*) Vedi in questo fascicolo J. GONZÁLEZ AYEYSTA, *La specificità delle «facoltà abituali» all'interno della delega* (can. 132 CIC '83).

4. Permittendi ut Episcopus consecratur atque dioecesis possessionem capiat, antequam Apostolicae sub plumbio Litterae pervenerint.

*E Congregatione pro Clericis*

5. Condonandi, ex toto aut ex parte, onera Missarum cum agitur de impossibilitate physica vel morali eas celebrandi. Quod si oneribus ex parte satisfieri potest, congruus numerus Missarum imponatur, etiam tempore ad earum impletionem prorogato. In casibus vero occultis expediet ut oratores remittantur ad confessarium, quem maluerint, et per ipsum recurrant ad Paenitentiarium Apostolicam.

Admoneantur autem ipsi oratores Missarum onera, quae adimplenda supersint, condonatum iri si forte, ante plenam eorundem satisfactionem, pie in Domino obierint, nulla relicta pecuniae summa oneribus sive in toto sive aliqua in parte implendis, supplente in reliquis Summo Pontifice de thesauro Ecclesiae.

6. Permittendi personis iuridicis ecclesiasticis, quae ad normam iuris licentia indigent, ut, quoties urgeat necessitas et periculum sit in mora, bona alienare possint usque ad duplum summae maximae, iuxta cann. 638 § 3 et 1292 § 1, 2 C.I.C. definitae.

Eadem regula valet, attento in casu praescripto canonis 1297, in negotiis de quibus in can. 1295. De peracta alienatione intra annum Congregatio competens edoceatur.

7. Bis Sacrum litandi diebus ferialibus, iusta de causa, ac ter etiam diebus dominicis et festis de praecepto, necessitate pastorali id postulante.

*E Congregatione pro Sacramentis*

8. Administrandi sacramentum Confirmationis in territorio universo sibi assignato, praemonito tamen, si opportunum videatur, Ordinario loci.

*E Congregatione pro Religiosis et Institutis Saecularibus*

9. Visitandi sive per se sive per presbyterum probitate, prudentia ac doctrina praestantem, personas, loca et res de quibus in cann. 397 § 2, 628 § 2, 683, 806 C.I.C. in casibus tamen particularibus et non per modum generalis visitationis, dummodo visitatio ipsa necessaria et urgens videatur, Ordinarius impeditus sit vel negligens, et tempus non suppetat recurrendi ad S. Sedem.

10. Cognoscendi, in casibus extraordinariis et urgente necessitate, super statum alicuius domus vel coetus vitae consecratae, conferendo cum superioribus consilium et operam ut opportuna abusibus remedia adhibeantur, et sodales ad sui status perfectionem reducantur, certiore

tamen facta quamprimum Apostolica Sede, si quid novi decernendum esse videatur.

11. Ingrediendi, iusta de causa, intra clausuram papalem monasteriorum monialium, quae sita sunt in territorio sibi assignato, et permitendi, iusta et gravi de causa, ut alii in clausuram admittantur, ac moniales ex ipsa egrediantur, ad tempus vere necessarium.

### *E Paenitentiarum Apostolica*

12. Commutandi et dispensandi, ratione habita can. 1196, consideratis quidem causis, omnia vota privatim emissa, dummodo commutatio ne laedat ius aliis quaesitum.

13. Commutandi, ex iusta causa, opus ex quovis iuramento assumptum, dummodo commutatio ne vergat in praeiudicium aliorum et cauto ne imminuatur in oratore conscientia sanctitatis iuramenti, cum ius iurandum fiat per invocationem divini Nominis.

14. Impertiendi secundum praescriptam formulam ter in anno, diebus a se eligendis, Benedictionem papalem cum indulgentia plenaria ab iis acquirenda, qui confessi, sacra Communione refecti et ad mentem Summi Pontificis semel *Pater et Ave* vel quamlibet aliam orationem pro sua pietate recitantes, eandem Benedictionem acceperint.

15. Remittendi seu condonandi, « pro foro conscientiae tantum », delinquentibus pauperibus partem aliquam rationabiliter aestimandam pro quantitate et valore male ablatorum aut retentorum et pro condicione plus minusve gravi paupertatis auferentium, quando, post diligentem inquisitionem, domini incerti sunt et casus occulti; ita tamen ut residuum, si quod adsit, vel aliqua alia summa vel pars pro viribus taxanda pauperibus loci vel in pia opera eiusdem loci, si fieri possit, distribuatur.

16. In regionibus ubi beneficia proprie dicta adhuc existunt, eos, qui, eadem beneficia etiam cum cura animarum habentes, recitationem horarum canonicarum omiserint, admittendi in foro interno ad discretam compositionem, eaque mediante condonandi fructus male perceptos, vel omnes vel in parte, pecuniis exinde redactis in pia opera arbitrio Sedis Apostolicae erogandis; pauperibus autem, quorum inopia compositionem non admittit, praedictos fructus condonandi, iniuncta pro eorum viribus eleemosyna, pro suo vel confessarii prudenti iudicio determinanda.

17. Condonandi in foro interno stipendium vel fructus indebite perceptos ex quovis officio ecclesiastico simoniace obtento, iniuncta congrua poenitentia salutari, cum aliqua eleemosyna iuxta vires poenitentis taxanda et imposita eiusdem officii dimissione; quoties vero ob iustas et rationabiles causas officium dimitti non expediat, praesertim si idem paroeciale sit, et non adsint qui paroeciis praefici possint, titulum ipsius officii convalidandi.

## ANIMADVERSIONES

I. Facultates quae in hoc Indice continentur Legato Pontificio tribuuntur durante munere et cum potestate easdem subdelegandi digniori administro Pontificiae Missionis, quoties Legatus Pontificius quacumque de causa a sede absit.

II. Regens, qui vacanti Nuntiaturae vel Delegationi Apostolicae praeest, facultatibus Indicis uti potest, iis exceptis, quarum exercitium characterem episcopalem requirit.

III. Taxae pro indultis vigore facultatum quae in hoc Indice recensentur requirantur iuxta praxim legitime inductam.

IV. Pro casuum tamen diversitate, huiusmodi taxae moderandae aut dispensandae erunt ob paupertatem oratorum, aliasve iustas causas, pro prudenti iudicio ac conscientia Legati Pontificii.

V. Summam omnium taxarum et oblationum, quas Legatus Pontificius reapse exegerit, quotannis ad Dicasteria secundum ipsorum competentiam directe transmittat.

VI. Legatus Pontificius facultatibus, quae in hoc Indice recensentur, nonnisi a receptis Apostolicis Litteris in forma Brevis uti valet.

CONGREGAZIONE PER L'EVANGELIZZAZIONE DEI POPOLI, **Index Facultatum Legatis Pontificiis in territoriis missionum tributarum** (Typis Vaticanis 1999) (\*).

## FACULTATES

1. Permittendi ut, antequam pertinentes apostolicacae sub plumbo litterae pervenerint, Dioecesis<sup>(1)</sup> erigatur, Episcopus consecretur atque Dioecesis possessionem capiat.

2. Dispensandi a can. 382 quoad ostensionem apostolicarum litterarum Collegio Consultorum ad captandam Dioecesis possessionem, quando convocatio Collegii Consultorum impossibilis est.

3. Prorogandi, urgente necessitate, tempus intra quod Administrator dioecesanus eligendus est a Collegio Consultorum (can. 421 § 1), firmo praescripto can. 502 § 3.

4. Deputandi in Vicariatu vel Praefectura Apostolica, sede vacante, Pro-Vicarium vel Pro-Praefectum, si, quavis de causa, nominatus non fuerit vel post nominationem vita defunctus sit.

(\*) Vedi in questo fascicolo J. GONZÁLEZ AYESTA, *La specificità delle «facoltà abituali» all'interno della delega (can. 132 CIC '83)*.

(1) Quae dioecesis dicuntur, pertinent ad quamlibet circumscriptionem ecclesiasticam.

5. Concedendi, vacante aliqua dioecesi et rogante Administratore apostolico vel dioecesano, quoties res urgeat, singulas singulorum casuum facultates, quae sunt in potestate ordinaria Episcopi.

6. Permittendi personis iuridicis ecclesiasticis, quae ad normam iuris licentia indigent, ut, quoties urgeat necessitas et periculum sit in mora, bona alienare possint usque ad duplum summae maximae, iuxta cann. 638 § 3 et 1292 § 1, 2 C.I.C. definitae.

Eadem regula valet, attento in casu praescripto canonis 1297, in negotiis de quibus in can. 1295. De peracta alienatione intra annum Congregatio competens edoceatur.

7. Vigilandi ut in collectione et distributione subsidiorum oeconomicorum, praesertim ad Pontificia Opera Missionalia pertinentium iustitia servetur.

8. Condonandi, ex toto aut ex parte, onera Missarum cum agitur de impossibilitate physica vel morali eas celebrandi. Quod si oneribus ex parte satisfieri potest, congruus numerus Missarum imponatur, etiam tempore ad earum impletionem prorogato. In casibus vero occultis expediet ut oratores remittantur ad confessarium, quem maluerint, et per ipsum recurrant ad Paenitentiarium Apostolicam.

Admoneantur autem ipsi oratores Missarum onera, quae adimplenda supersint, condonatum iri, si forte, ante plenam eorundem satisfactionem, pie in Domino obierint, nulla relicta pecuniae summa oneribus sive in toto sive aliqua in parte implendis, supplente in reliquis Summo Pontifice de thesauro Ecclesiae.

9. Ter Sacris litandi diebus ferialibus, iusta de causa, ac quater etiam diebus dominicis et festis de praecepto, necessitate pastorali id postulante.

10. Concedendi, occurrente aliqua graviore necessitate vel utilitate pastorali et petente Ordinario loci, celebrationem «Missarum ad diversa» etiam diebus a iure liturgico prohibitis, exceptis diebus Paschae, Nativitatis Domini, Epiphaniae, Ascensionis, Pentecostis, Assumptionis et Immaculae Conceptionis B.V.M. et Feriis Tridui Paschalis.

11. Prorogandi semel et iusta de causa, non tamen ultra tres menses, facultates, indulta et rescripta ab Apostolica Sede concessa, quae expiraverint.

12. Visitandi sive per se sive per presbyterum probitate, prudentia ac doctrina praestantem, personas, loca et res de quibus in cann. 397 § 2, 628 § 2, 683, 806 C.I.C. in casibus tamen particularibus et non per modum generalis visitationis, dummodo visitatio ipsa necessaria et urgens videatur, Ordinarius impeditus sit vel neglegens, et tempus non suppetat recurrendi ad S. Sedem.

13. Cognoscendi, in casibus extraordinariis et urgente necessitate, super statu alicuius domus vel coetus vitae consecratae, conferendo cum Superioribus consilium et operam ut opportuna abusibus remedia adhi-

beantur, certiore tamen facta quam primum Apostolica Sede, si quid novi in utilitatem Communitatum decernendum esse videatur.

14. Ingrediendi, iusta de causa, intra clausuram papalem monasteriorum monialium, quae sita sint in territorio sibi assignato et permittendi, iusta et gravi de causa, ut alii in clausura admittantur.

15. Impertiendi secundum praescriptam formulam ter in anno, diebus a se eligendis, Benedictionem papalem cum indulgentia plenaria ab iis acquirenda, qui, confessi, sacra Communione refecti et ad mentem Summi Pontificis semel *Pater, Ave* et *Gloria* vel quamlibet aliam orationem pro sua pietate recitantes, eandem Benedictionem acceperint.

Praeterea et in casibus sequentibus:

- quolibet incidente eventu ecclesiali *ambitum nationalem* secumferente cui praesit ipse Apostolicus Nuntius vel Apostolicus Delegatus;
- occasione Dioecesis visitationis, Eucharistica celebratione conclusa, quacum talem perficit visitationem.