

IUS ECCLESIAE

RIVISTA INTERNAZIONALE DI DIRITTO CANONICO

Vol. XII - Num. 3 - Settembre-Dicembre 2000

PONTIFICIA UNIVERSITÀ DELLA SANTA CROCE
GIUFFRÈ EDITORE

Pagina bianca

SOMMARIO

DOTTRINA

STUDI SUI CONCORDATI.

J.T. MARTÍN DE AGAR, <i>Passato e presente dei Concordati</i>	613
C. MIGLIORE, <i>Presentazione di una raccolta di Concordati</i>	661
G. DALLA TORRE, <i>Concordati dell'ultimo mezzo secolo</i>	673
V. PRIETO, <i>Concordato e Costituzione. Il caso colombiano</i>	679
K. WARCHALOWSKI, <i>Le garanzie inerenti l'insegnamento della religione e le scuole cattoliche nel Concordato tra la Santa Sede e la Repubblica di Polonia</i> ..	699
T. ROZKRUT, <i>Il matrimonio concordatario in Polonia</i>	715

GIURISPRUDENZA

TRIBUNALE DELLA ROTA ROMANA. <i>Piacentina-Bononien</i> . Nullità del matrimonio. Esclusione della prole e della fedeltà. Sentenza definitiva. 28 marzo 1995. Giannecchini, Ponente	727
TRIBUNALE DELLA ROTA ROMANA. <i>Sancti Sebastiani Fluminis Ianuarii</i> . Nullità del matrimonio. Esclusione della fedeltà. Sentenza definitiva. 20 novembre 1996. Civili, Ponente (con nota alle due sentenze di H. Franceschi F., <i>L'oggetto dell'esclusione del bonum fidei nella giurisprudenza della Rota Romana</i>)	744

NOTE E COMMENTI

P. ERDŐ, <i>Il processo canonico penale amministrativo. Mezzi possibili dell'efficacia del sistema penale canonico (questioni fondamentali e preliminari)</i>	787
C.J. ERRÁZURIZ M., <i>Il diritto canonico nella missione salvifica della Chiesa</i>	803

RASSEGNA DI BIBLIOGRAFIA

Note bibliografiche.

- Presentazione del volume *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* di J. Llobell - E. De León - J. Navarrete. Interventi di Z. Grochowski, M.F. Pompedda, G. Feliciani e C. Punzi 821

Recensioni.

- J. CALVO ÁLVAREZ, *Aborto y Derecho* (P. Santos) 843
- F. D'AGOSTINO (ed.), *Ius divinum. Fondamentalismo religioso ed esperienza giuridica* (J.-P. Schouppe) 846
- N. DEL RE, *La Curia Romana. Lineamenti storico-giuridici* (J. González Ayesa) 849
- L. MARTÍNEZ FERRER, *La Penitencia en la Primera evangelización de México (1523-1585)* (F. Manuel-Rimbau) 850
- F. MESSNER, J.-M. WOEHLING (eds.), *Les statuts de l'enseignement religieux* (A. Filipazzi) 852
- A.M. PUNZI NICOLÒ, *Libertà e autonomia negli enti della Chiesa* (E. Baura) .. 857
- N. SCHÖCH, *Die kirchenrechtliche Interpretation der Grundprinzipien der christlichen Anthropologie als Voraussetzung für die eheprozessrechtliche Beurteilung der psychischen Ehekonsensunfähigkeit* (S. Panizo Orallo) 863
- J.L. SOBERANES FERNÁNDEZ, *Los bienes eclesiásticos en la historia constitucional de México* (J. Miñambres) 871
- W.H. WOESTMAN, *Ecclesiastical Sanctions and the Penal Process. A Commentary on the Code of Canon Law* (R. Botta) 872

DOCUMENTI

Atti di Giovanni Paolo II.

- Discorso ai partecipanti all'assemblea plenaria dell'Unione Internazionale dei Giuristi Cattolici in occasione del loro pellegrinaggio a Roma per il Grande Giubileo, 24 novembre 2000 (con nota di C.J. Errázuriz M., *La missione del giurista cattolico alla luce della verità sul diritto*) 877

Atti della Santa Sede.

- PONTIFICIO CONSIGLIO PER I TESTI LEGISLATIVI, Dichiarazione, 6 luglio 2000 (con nota di J.I. Arrieta, *Il profilo sostanziale dell'interpretazione canonica delle norme*) 884

Legislazione particolare.

ITALIA, Statuto del Collegio dei consultori della diocesi di Roma, 16 maggio 2000 (con <i>nota</i> di J. Canosa, <i>Note sullo statuto del Collegio dei consultori della Diocesi di Roma</i>).....	893
SOMMARIO DEL VOL. 12 - GENNAIO-DICEMBRE 2000.....	901

COLLABORATORI DI QUESTO FASCICOLO

GIUSEPPE DALLA TORRE, Ordinario di Diritto ecclesiastico - Libera Università Maria Santissima Assunta (LUMSA) - Roma

PÉTER ERDÖ, Ordinario di Diritto Canonico - Facoltà di Teologia, Pázmány Péter R.K. Hittudományi Akadémia - Budapest

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

JOSÉ TOMÁS MARTÍN DE AGAR, Ordinario di Diritto ecclesiastico - Pontificia Università della Santa Croce

CELESTINO MIGLIORE, Professore invitato di Diplomazia Ecclesiastica - Pontificia Università Lateranense. Sotto-Segretario per i Rapporti con gli Stati - Segreteria di Stato

VICENTE PRIETO, Professore Aggiunto di Diritto dei rapporti fra Chiesa e Società civile - Pontificia Università della Santa Croce

TOMASZ ROZKRUT, Docente di Diritto canonico - Tarłów (Polonia)

KRZYSZTOF WARCHALOWSKI, Professore Aggiunto di Diritto Ecclesiastico - Università Cardinale Stefano Wyszyński - Varsavia

Hanno collaborato anche: J.I. ARRIETA, E. BAURA, R. BOTTA, J. CANOSA, G. FELICIANI, A. FILIPAZZI, H. FRANCESCHI F., J. GONZÁLEZ AYESTA, Z. GROCHOLEWSKI, F. MANUEL-RIMBAU, J. MIÑAMBRES, S. PANIZO ORALLO, M.F. POMPEDDA, C. PUNZI, A.S. SÁNCHEZ-GIL, P. SANTOS, J.-P. SCHOUPE.

Dottrina

Studi sui Concordati

Pagina bianca

JOSÉ T. MARTÍN DE AGAR

PASSATO E PRESENTE DEI CONCORDATI

1. Un pontificato di apertura e di presenza in campo internazionale. — 2. Attività concordataria, basi e significato. — 3. Brevi cenni storici sull'evoluzione dell'istituto. — 4. Le discussioni sulla natura giuridica dei concordati. — 5. Le recenti problematiche sui concordati. — 6. Profili tecnici dell'istituto concordatario. — 7. Panoramica dei concordati di fine secolo. — 8. Le analisi della dottrina.

1. *Un pontificato di apertura e di presenza in campo internazionale.*

Se si volesse indicare il tratto caratteristico del pontificato di Giovanni Paolo II, penso che questo sarebbe riscontrabile nell'apertura schietta, fiduciosa verso le più svariate realtà umane. Con sollecitudine veramente apostolica egli continua a cercare il dialogo con tutti, nel desiderio di portare ovunque il messaggio evangelico, mosso dalla viva coscienza dell'universalità del mistero di Cristo e dalla speranza che ogni uomo possa incontrarlo e aprirsi a Lui senza timore.

In questo panorama trovano il loro posto anche i rapporti internazionali. È ovvio che la presenza della Chiesa nel mondo non si può ridurre alle relazioni internazionali, diplomatiche o giuridiche, che sono piuttosto un mezzo per rendere possibile l'annuncio e la pastorale. È anche vero però che la presenza della Chiesa nei fori internazionali ha conosciuto in questi anni un notevole sviluppo. È ormai un luogo comune segnalare l'incremento degli Stati che mantengono rapporti stabili con la Santa Sede⁽¹⁾; uno sviluppo peraltro corrispondente al rilievo ed influsso che il diritto internazionale sta attual-

⁽¹⁾ Vid. AA.VV., J.-B. D'ONORIO (dir.), *La Diplomatie de Jean Paul II*, Paris 2000.

mente attingendo, specie in tema di accordi multilaterali e nell'ambito delle organizzazioni internazionali.

2. *Attività concordataria, basi e significato.*

Frutto naturale di questi rapporti, stabiliti nel desiderio di una migliore intesa fra la Chiesa e le autorità civili, sono gli accordi concordatari, il cui numero e varietà sono vistosamente cresciuti in questo pontificato, tanto da attirare di nuovo maggiore attenzione da parte della dottrina.

Sono più di ottanta gli accordi siglati dall'inizio del pontificato, ma questo numero sembra destinato a crescere, date le negoziazioni in corso con diversi governi in quasi tutte le regioni del mondo.

Al di là di qualsiasi analisi congiunturale della presente attività concordataria, è opportuno ricordare che i concordati hanno per la Chiesa un significato di libertà, garantita da precise norme valide sia nell'ordine interno degli Stati che in quello internazionale (cf. DH 13). Con questo voglio mettere in risalto quello che, a mio parere, è una premessa ermeneutica necessaria, che può ben spiegare sia la sopravvivenza che il carattere strumentale dei concordati attraverso differenti epoche e sistemi di rapporti tra la Chiesa e lo Stato, nonché il mutevole succedersi delle materie oggetto degli accordi stessi.

Quello che la Chiesa cerca di ottenere con il concordato è uno statuto giuridico che garantisca al meglio la sua libertà di essere presente e di svolgere la sua missione, all'interno delle circostanze concrete di un determinato paese. Altre considerazioni sul significato dell'attività concordataria di una certa epoca o con uno Stato, dovrebbero tener conto di questa intenzionalità; anche perché se c'è una materia in cui realtà pratica e discussione teorica si sono trovate spesso non corrispondenti, questa è senza dubbio la concordataria. Con ciò non si vuole affermare — sarebbe ugualmente irrealistico — che essa sia vissuta in maniera dal tutto indipendente da dottrine e principi, solo che spesso in campo concordatario è stata l'esperienza a smentire e superare le impostazioni e le previsioni della dottrina.

3. *Brevi cenni storici sull'evoluzione dell'istituto.*

Nella storia dei rapporti tra la Chiesa e le autorità civili, i concordati hanno svolto e svolgono tuttora un ruolo di spiccata importanza, al punto da rappresentare l'esempio classico di accordo tra

Stato e confessioni. La loro origine si fa risalire alla Concordia di Worms (1122) tra l'imperatore Enrico V e papa Callisto II, con la quale si tentò di porre fine alla lotta delle investiture.

Da allora Chiesa e Stato hanno utilizzato spesso la via del patto formale, sia per risolvere specifiche controversie, sia per definire lo statuto giuridico della Chiesa nell'ordine civile, oppure per regolare insieme determinate materie d'interesse comune, dando stabilità e certezza ai loro rapporti⁽²⁾.

I presupposti giuridici sui quali i concordati trovano il loro fondamento, si possono riassumere nel fatto che la Chiesa ha sempre rivendicato la libertà per portare avanti autonomamente la sua missione religiosa, senza mai riconoscersi in ciò sottoposta ad una autorità superiore; che essa presenta una organizzazione giuridica unitaria e universale, al vertice della quale si trova il Romano Pontefice (la Sede Apostolica) che rappresenta la Chiesa nel suo insieme e in ogni paese; e che, sin dall'antichità, la Santa Sede ha quasi sempre goduto di indipendenza e sovranità politica, anche territoriale, benché oggi questa sia alquanto simbolica (Stato Città del Vaticano)⁽³⁾.

Ciò ha fatto sì che dal momento in cui le relazioni internazionali tra gli Stati moderni iniziarono a consolidarsi⁽⁴⁾, la Santa Sede sia stata presente attuando come soggetto indipendente, non solo in quanto sovrana di un territorio ma, soprattutto, come rappresentante dell'interesse religioso dei cattolici sparsi nei diversi Stati e come sostenitrice di principi di convivenza di riconosciuta valenza morale, avendo piena personalità internazionale ed esercitando i relativi di-

(2) Sui mutamenti storici dei fini strumentali dei concordati e i relativi risvolti dogmatici, vid. M. CONDORELLI, *Concordati e libertà della Chiesa*, in «IDE», (1968) P. I, p. 226-261. Per una interpretazione del sistema pattizio in rapporto all'evoluzione politica, vid. A. DE LA HERA, *Factor religioso y transformación de las instituciones políticas en los Estados concordatarios*, in «ADEE» (1996) p. 163-202; CARDIA, *Stato e confessioni religiose*, Bologna 1988.

(3) Cf. P. LOMBARDÍA, *Fuentes del Derecho eclesiástico español*, in AA.VV., «Derecho eclesiástico del Estado español», Pamplona 1980, p. 183-185; J.A. SOUTO, *Derecho Eclesiástico del Estado*, 2ª ed., Madrid 1993, p. 173-174. Come si è più volte sottolineato, anche durante la 'questione romana' (1870-1929) la Santa Sede ha continuato a vedere riconosciuta la sua attività diplomatica.

(4) Sulla presenza della Chiesa nei rapporti fra i popoli nell'antichità e nel medioevo ed il suo contributo alla formazione dei principi del diritto internazionale, vid. G. BALLADORE PALLIERI - G. VISMARA, *Acta Pontificia Juris Gentium usque ad annum MCCCIV*, Milano 1946.

ritti⁽⁵⁾, i più significativi dei quali sono lo *ius legationis* e lo *ius contrahendi*⁽⁶⁾.

Dal punto di vista giuridico gli accordi tra la Santa Sede e uno Stato nascono secondo le stesse basi e procedure formali degli accordi diplomatici fra Stati, e sono retti dallo stesso principio contrattuale *pacta sunt servanda*. Essi hanno però delle caratteristiche particolari, come si vedrà in seguito.

In quanto strumento di rapporti giuridici il concordato serve a risolvere, di comune accordo, le questioni pratiche (problematiche o meno) sorte tra le parti, con relativa indipendenza delle convergenze o divergenze ideologiche o dottrinali. Certamente il loro contenuto non può contraddire i principi sia costituzionali che di dottrina cattolica; ma i concordati non si fondano, tantomeno oggi, sulla base di una intesa di principio (religiosa o politica) tra i soggetti. La Chiesa cerca negli accordi con lo Stato di assicurare giuridicamente la sua libertà di azione; è quindi in rapporto a questa che si deve valutare la loro convenienza e utilità⁽⁷⁾.

È ormai solito usare il termine concordato in *sensu lato*, comprendente «le convenzioni stipulate dalla Sede Apostolica con le nazioni o con le altre società politiche»⁽⁸⁾, anche se in *sensu stretto* si

⁽⁵⁾ Operando come 'Potenza' indipendente, cioè ponendo direttamente atti rilevanti nell'ordinamento internazionale. Cf. Y. DE LA BRIÈRE, *L'Organisation Internationale du monde contemporain et la Papauté Souveraine*, 2^{me} Série, Paris 1927, p. 70; S. FERLITO, *L'attività internazionale della Santa Sede*, Milano 1988; G. MORÁN, *Contribución al estudio del derecho eclesiástico internacional*, in «ADEE» (1991) p. 69-72; J.J. RUDA SANTOLARIA, *Los Sujetos de Derecho Internacional. El Caso de la Iglesia Católica y del Estado de la Ciudad del Vaticano*, Lima 1995, p. 75-217; V. BUONOMO, *Considerazioni sul rapporto Santa Sede-Comunità internazionale alla luce del diritto e della prassi internazionale*, in «Ius Ecclesiae» (1996) p. 6-18; C. ESPALIÚ, *La personalidad jurídica internacional de la Santa Sede a fines del siglo XX*, in AA.VV., «Europa de las Regiones y humanismo cristiano», Córdoba 1999, p. 221-246; G. DALLA TORRE, *La città sul monte*, Roma 1996, p. 196-202.

⁽⁶⁾ Cf. A. MARESCA, *Teoria e tecnica del diritto diplomatico*, Milano 1986, p. 55 e 128; P. KENT-J. POLLARD (ed.), *Papal Diplomacy in the Modern Age*, Westport-London 1994; R.A. GRAHAM, *Vatican Diplomacy. A Study of Church and State on the International Plane*, Princeton 1959.

⁽⁷⁾ Interessate in merito la documentazione studiata da R. ASTORRI, *Stato e Chiesa tra «tentazione separatista» e opzione concordataria*, in «Panoramí», 5 (1993), p. 195-217.

⁽⁸⁾ CIC c. 3. Il CCEO c. 4 parla di «convenzioni stipulate oppure approvate dalla Santa Sede» poiché, secondo il c. 98, il Patriarca di una Chiesa orientale può sti-

definisce concordato il patto generale e solenne, nel quale vengono considerate complessivamente le questioni di interesse comune tra le parti; altri accordi più limitati (per materia o per solennità) ricevono nomi differenti quali Accordo, *modus vivendi*, protocollo, scambio di note, ecc.⁽⁹⁾. Ma sia gli uni che gli altri hanno la caratteristica giuridica comune di costituire un patto formale, concluso per via diplomatica e retto dalle norme internazionali relative ai trattati; per cui, nonostante le differenze che esistono fra i vari tipi di accordo, sotto il nome di concordato si possono comprendere tutti⁽¹⁰⁾. Difatti, negli *Acta Apostolicae Sedis* viene di regola adoperato il termine generico *Conventio*, tradotto poi come Accordo, Vertrag, Accord, Acuerdo, Agreement⁽¹¹⁾.

Non entrano invece nella categoria dei concordati gli accordi di livello inferiore, siglati tra la gerarchia ecclesiastica in una nazione e le autorità civili di essa, seppure anche questi costituiscono impegni reciproci da rispettare⁽¹²⁾.

Nella storia i concordati hanno subito una evoluzione che è andata di pari passo con i cambiamenti sociali e politici, con l'ecclesiologia e le dottrine sui rapporti tra Chiesa e comunità politica, e con lo sviluppo delle istituzioni giuridiche, specie quelle del diritto internazionale, e dei concetti sottostanti come quelli di sovranità, soggettività e trattato⁽¹³⁾. Questa evoluzione ha segnato sia la forma, che la natura e il contenuto dei concordati. Difatti, i concordati come oggi

pulare convenzioni con le autorità civili con il previo consenso e la successiva approvazione del Romano Pontefice; anche se ciò non significa che le si possa qualificare di accordi internazionali, l'intervento pontificio le può mettere al di sopra del diritto comune.

⁽⁹⁾ Di fatti, il c. 365 § 1, 2° distingue tra « concordati e le altre convenzioni similari ». Circa i vari tipi di documenti diplomatici, vid. M. TOSCANO, *Storia dei trattati e politica internazionale*. (I Parte generale), 2ª ed., Torino 1963, p. 25-34.

⁽¹⁰⁾ Cf. L. SCHÖPPE, *Konkordate seit 1800*, Frankfurt-Berlin 1964, p. XXI; J. LISTL, *Konkordate und Kirchenverträge*, in ID., « Kirche im freiheitlichen Staat », Berlin 1996, p. 469-493. La ridotta portata o la semplicità formale rende talvolta difficile la qualifica di alcuni accordi: cf. G. BARBERINI, *Stati socialisti e confessioni religiose*, Milano 1973, p. 133-135.

⁽¹¹⁾ Non viene invece adoperato il termine trattato (treaty, tratado. ecc.) tranne che per quello Lateranense diverso dall'omonimo concordato.

⁽¹²⁾ Vid. per le Chiese orientali CCEO c. 4.

⁽¹³⁾ Cf. M. PANEbianco, *Trattato (diritto Intermedio)*, in « Enciclopedia del Diritto », Vol. 44, Milano 1992, p. 1359-1363.

li conosciamo risalgono all'inizio del secolo XIX, ma anche da allora ad oggi c'è stata una significativa evoluzione⁽¹⁴⁾.

Mentre era in piedi l'idea di cristianità, i patti tra il Romano Pontefice e l'Imperatore o i principi esprimevano più che altro la pacificazione in seguito ad una situazione di conflitto, talvolta creatasi fra la Santa Sede e la gerarchia locale, le cui libertà e privilegi interessavano anche il sovrano temporale⁽¹⁵⁾. Non era invece necessario definire in generale la posizione della Chiesa nell'ordinamento civile; per la stessa ragione l'accordo consisteva in concessioni reciproche, spesso sotto forma di privilegio pontificio, con il quale la Chiesa, mentre riusciva a salvare la sua libertà in sede di principio, tollerava nella pratica determinate pretese d'intervento dei sovrani nelle cose ecclesiastiche.

La spinta sempre più forte del giurisdizionalismo statale, soprattutto dopo la Rivoluzione francese, che mise in discussione la sopravvivenza della Chiesa come istituzione originaria e autonoma, rese necessario il ricorso al concetto di società perfetta. Su questo piano il concordato appare come patto tra le autorità sovrane di due società (politica e religiosa) che, teoricamente almeno, si incontrano su un piano di parità, al fine di regolare stabilmente i loro rapporti su materie di comune o concorrente interesse; prime tra queste lo statuto e libertà di azione della Chiesa nella società civile⁽¹⁶⁾. Si può situare nel concordato napoleonico del 1801 l'inizio dei concordati moderni, benché da allora siano intervenuti rilevanti mutamenti: nei presupposti dottrinali e tecnici, di contenuto e di prassi⁽¹⁷⁾.

Difatti, si può distinguere tra: i concordati europei del s. XIX e quelli con le repubbliche americane che avevano da poco acquistato la loro indipendenza; anche quelli celebrati in seguito ai mutamenti causati dalla prima guerra mondiale rivestono caratteri propri⁽¹⁸⁾; nella seconda metà del nostro secolo, quelli precedenti e susseguenti

(14) Vid. G. CATALANO, *Sulle vicende dell'istituto concordatario nell'età contemporanea*, in «Il Diritto Ecclesiastico», (1992) P. I, p. 3-33.

(15) Cf. P.A. D'AVACK, *Trattato di diritto ecclesiastico italiano*, Parte generale, 2^a ed. Milano 1978, p. 185.

(16) Cf. R. MINNERATH, *L'Église et les États concordataires*, Paris 1983, p. 21-23.

(17) Cf. P. LOMBARDA, *Síntesis histórica*, in AA.VV., «Derecho eclesiástico...», cit., p. 82-90; A. MOTILLA, *Los Acuerdos entre el Estado y las Confesiones religiosas en el derecho español*, Barcelona 1985, p. 67 e 78-82.

(18) Cf. C. CARDIA, *Stato e confessioni religiose*, Bologna 1988, p. 59-66.

il Concilio Vaticano II; nei nostri giorni attirano l'interesse degli studiosi gli accordi con le nazioni europee del ex blocco sovietico e quelli riguardanti aree geografiche inedite in materia: l'Oriente Medio, Asia e l'Africa.

4. *Le discussioni sulla natura giuridica dei concordati.*

Nella storia si è discusso, talvolta a margine della realtà pratica, sulla natura giuridica dei concordati; oggi però è generalmente acquisito che questi sono accordi bilaterali, sorti nell'ambito del diritto internazionale pubblico⁽¹⁹⁾, che impegnano giuridicamente le parti, in forza del principio del rispetto dei patti⁽²⁰⁾.

Tuttavia può essere utile ricordare, seppur brevemente, la polemica sorta nel s. XVIII⁽²¹⁾ e protrattasi fino alla metà del '900. Essa riflette una incomunicabilità tra i due ordini, canonico e civile, che si andavano separando e opponendo⁽²²⁾:

a) La teoria *legale* o giurisdizionalista (*Legaltheorie*), di origine civile (Germania e Italia), parte dal dogma liberale che vede lo Stato come unica, sovrana fonte del diritto; di conseguenza il concordato non ha forza se non in quanto diventa legge dello Stato; come patto non avrebbe per lo Stato altro valore che quello di un impegno morale o al più di un accordo di diritto pubblico interno⁽²³⁾, poiché la Chiesa (nazionale) viene considerata alla stregua di una associazione di cittadini, di cui il concordato sarebbe lo statuto ad essa riconosciuto dallo Stato.

(19) R. NAVARRO VALLS, *Convergencia concordataria e internacionalista en el « accord-normatif »*, in « Ius Canonicum » (1965) p. 141-142.

(20) Come afferma H. WAGNON, « ce point fut âprement contesté autrefois, il ne l'est plus sérieusement de nos jours » (*L'institution concordataire*, in AA.VV., « La institución concordataria en la actualidad », Salamanca 1971, p. 13).

(21) Prima, secondo d'Avack, era chiaro che si trattava di privilegi pontifici (*Trattato di diritto...*, cit., p. 188-192), lo segue J.M. GONZÁLEZ DEL VALLE, *Derecho eclesiástico español*, 4ª ed., Oviedo 1997, p. 49.

(22) Sulle diverse dottrine vid. F. RUFFINI, *Relazioni tra Stato e Chiesa*, Bologna 1974, p. 185-188; M. CASTELLANO, *Lectionis iuris concordatarii comparati*, ed. altera, Romae 1954, p. 28-45; A. MOTILLA, *Los Acuerdos entre...*, cit., p. 109-124; G. CATALANO, *Problematica giuridica dei Concordati*, Milano 1963, p. 8, nota 24; L. SCHÖPPE, *Konkordate seit...*, cit. p. XXIV.

(23) Cf. G. CATALANO, *Problematica giuridica...* cit., p. 128-129.

b) La teoria *curiale* o dei privilegi (*Privilegientheorie*), rappresenta la visione opposta: il concordato è una legge ecclesiastica particolare (un privilegio appunto). Sottostante a questa visione troviamo la teoria della *potestas directa in spiritualibus e indirecta in temporalibus*; cioè della superiorità *ratione finis* della Chiesa sullo Stato, della quale il concordato sarebbe la concreta e talvolta imperfetta applicazione per una certa nazione. In tale contesto poi, non si può risolvere il problema della *plenitudo potestatis* del Romano Pontefice, che non consentirebbe deroghe o limitazioni dei diritti e poteri della Chiesa e della Sede Apostolica (semmai tolleranza di situazioni di fatto). Quindi il concordato sarebbe per la Santa Sede un impegno morale, di fedeltà, ma non strettamente giuridico, anche per il fatto che quanto la Chiesa ottiene con il patto è qualcosa che di per sé le spetterebbe per principio⁽²⁴⁾.

c) Dalla fine del secolo XIX, non senza fatica, divenne sempre più comunemente accolta la teoria *contrattuale*, ovvero che i concordati appartengono alla categoria delle convenzioni giuridiche bilaterali (*Vertragstheorie*), nelle quali la Santa Sede (Chiesa cattolica) e lo Stato esercitano coordinatamente la loro potestà di soggetti sovrani, ciascuno nel proprio ordine. Convenzioni che impegnano parimenti entrambe le parti, anche sul piano internazionale nel quale nascono⁽²⁵⁾.

(24) Da qui la visione dei concordati come male minore (*historia concordatorum, historia dolorum*) che spesso si riscontra tra i cultori dello *ius publicum ecclesiasticum*. Logicamente all'interno di queste due posizioni estreme c'era diversità di sfumature e posizioni eclettiche: a seconda che si tratti di uno Stato cattolico o meno; oppure distinguendo fra le clausole riguardanti materie spirituali che sono di esclusiva competenza ecclesiastica (nelle quali dunque non può darsi altro che il privilegio o la delega) e quelle riguardanti materie temporali che rappresentano veri e propri impegni per entrambe le parti. Vid. F. CAVAGNIS, *Institutiones Iuris Publici Ecclesiastici*, Vol I, 3ª ed., Desclée, Roma s/d, p. 395-425; F.X. WERNZ, *Ius Decretalium*, T. I, 3ª ed, Prati 1913, p. 237-257; E.F. REGATILLO, *Concordatos*, Santander 1933, p. 40-44, 56-74; F.M. CAPPELLO, *Summa Iuris Publici Ecclesiastici*, 4ª ed., Roma 1936, p. 430-431, 473-475; A. OTTAVIANI, *Institutiones Iuris Publici Ecclesiastici*, vol. II, Typ. Pol. Vat. 1960, p. 254, 267, 299-319. Cf. M. CONDORELLI, *Concordati e libertà...*, cit., p. 232-237.

(25) Cf. L. PÉREZ MIER, *Iglesia y Estado nuevo*, Madrid 1940, p. 49-62; A. PIOLA, *Stato e Chiesa dopo il Concilio*, Milano 1968, p. 17-59; G. CATALANO, *Problematica giuridica...* cit., p. 127 s.; R. MINNERATH, *L'Église et les...*, cit., p. 29-32; J.-B. D'ONORIO, *Les concordats et les conventions postconciliaires*, in AA.VV., «Le Saint-Siège dans les relations internationales» (a cura di J.-B. d'Onorio), Paris 1989, p. 195-198.

Il secolo XX ha contemplato l'esaurirsi della polemica sulla natura giuridica dei concordati, che si è risolta nella direzione internazionalista. Dal lato canonico il superamento, anche a livello magisteriale, delle principali tesi dello *Ius Publicum*, ha finito per tagliare quel nodo gordiano dinanzi al quale si erano spesso fermati i cultori di questa disciplina. Un ostacolo che si può riassumere nei due postulati visti come incompatibili con l'accettazione a pieno del modello concordatario, cioè quello della superiorità *ratione finis* della società ecclesiastica e quello della irrinunciabile *plenitudo potestatis* del Romano Pontefice. Simili anche se contrapposte obiezioni di principio (fondate su un concetto rigido e assoluto di sovranità) ha dovuto superare la dottrina civilista, che si è sempre più richiamata alle categorie del diritto internazionale.

Attualmente, per quanto riguarda la Chiesa, il c. 362, nell'affermare che lo *ius legationis* spetta al Romano Pontefice, riconosce che egli lo esercita, nei confronti dei governi civili, «nel rispetto delle norme di diritto internazionale». Lo stesso si potrebbe dire dello *ius tractandi*, di cui partecipano i legati sotto le regole del diritto internazionale (c. 365 § 1, 2°). Difatti nei recenti accordi è oramai consueto un riferimento preliminare ai principi del diritto internazionale⁽²⁶⁾. Nessuna riserva o appello, quindi, ad una supremazia o ad una irrinunciabile *plenitudo* della potestà ecclesiastica⁽²⁷⁾.

Non c'è dubbio che i concordati presentano delle caratteristiche peculiari⁽²⁸⁾, dato che:

— la Santa Sede ha una soggettività particolare, ben definita e diversa dagli altri soggetti di diritto internazionale in quanto fondata nella sua natura di autorità spirituale⁽²⁹⁾, ma dal punto di vista giu-

(26) I richiami dei Pontefici ai principi di ordine internazionale, quali la bilateralità degli impegni e del rispetto dei patti, sono comunque di più antica data; vid. Pio IX, Alloc. consist. 1.XI.1850 (*Acta*, I, 2, 185); Leone XIII, Enc. *Au milieu* 16.II.1892: ASS 24 (1891-1892) 527; Pio X, Enc. *Vehementer Nos* 11.II.1906, n. 5: ASS 39 (1906) 6-7; Benedetto XV, Alloc. consist. *In hac quidem* 21.XI.1921: AAS 13 (1921) 521; Pio XI, Enc. *Mit Binnender* 14.III.1937: AAS 29 (1937) 146; Pio XII, Alloc. 6.XII.1953 ai giuristi cattolici: AAS 45 (1953) 802.

(27) Cf. G. SARACENI, «*Ius publicum ecclesiasticum externum*» e prospettive conciliari, in «Il Diritto Ecclesiastico» (1970) P. I, p. 43-45.

(28) Da qui appunto il nome di concordati che li distingue specificamente; cf. J. GIMÉNEZ Y MARTÍNEZ DE CARVAJAL, *Los concordatos en la actualidad*, in AA.VV., «Derecho canónico», Vol. II, Pamplona 1974, p. 356-357.

(29) Per quanto importante possa ritenersi la sua sovranità territoriale, oggi ma-

ridico ugualmente piena e universalmente riconosciuta di diritto e di fatto⁽³⁰⁾;

— le materie e gli interessi in gioco sono anche particolari, a confronto con quelli di altri trattati; d'altronde il sempre più frequente richiamo ai diritti umani (nel caso la libertà religiosa) costituisce l'*humus* comune a tutta l'attività contrattuale internazionale.

— le due parti esercitano le loro relative potestà sugli stessi soggetti e nello stesso territorio; potestà che, per quanto specifiche in linea di principio, sono in pratica impossibili da separare nettamente a livello di competenza e di applicabilità dei rispettivi ordinamenti. Ciò accade anche nei rapporti tra ordinamenti statali, ma acquista qui una rilevanza del tutto particolare, dal momento che la Chiesa porta con sé un ordinamento proprio destinato ad essere vissuto da persone ed enti che agiscono anche nel diritto civile.

— la Santa Sede da parte sua non accetta in linea di massima l'arbitrato né il ricorso ai tribunali internazionali, come via per risolvere le eventuali controversie sorte sull'interpretazione o applicazione di un patto in cui lei è parte, preferendo la soluzione negoziata di esse⁽³¹⁾.

Queste peculiarità sia del soggetto (la Chiesa) che dell'oggetto (il concordato) hanno reso problematica, soprattutto in passato, la qualifica di « accordi internazionali » per i concordati, anche per lo statalismo presente nella dogmatica internazionalista. Per cui essi tal-

terializzata in quella dello Stato della Città del Vaticano, sembra altrettanto chiaro il rapporto strumentale di essa con l'indipendenza e libertà della Sede Apostolica; cf. Y. DE LA BRIÈRE, *L'Organisation Internationale...*, cit., 1re Série, Paris 1924, p. 201-234.

⁽³⁰⁾ Anche in dottrina la personalità internazionale della Sede Apostolica viene generalmente e pacificamente affermata, con dovizia di argomenti, da parte di internazionalisti ed ecclesiasticisti, anche se non mancano ragguardevoli eccezioni. Vid. M. GIULIANO - T. SCOVAZZI - T. TREVES, *Diritto internazionale. Parte generale*, Milano 1991, p. 156-158; P.A. D'AVACK, *Trattato di diritto ecclesiastico...*, cit., p. 203; A. MOTILLA, *Los Acuerdos entre...*, cit., p. 139-142; A. MARESCA, *Dizionario giuridico diplomatico*, Milano 1991, « Santa Sede », p. 512-513. Alcune posizioni negative più recenti sembrano avere motivazioni ideologiche, miranti non tanto la personalità quanto la presenza della Santa Sede nei fori internazionali; cf. A.M. VEGA GUTIÉRREZ, *El status jurídico de la Santa Sede en la ONU: a propósito de las últimas conferencias internacionales*, in « ADEE » (1998) p. 363-429.

⁽³¹⁾ Cf. C. ESPALIÚ, *La personalidad jurídica...*, cit., p. 236-237. Per poter ricorrere alla via giurisdizionale si richiede comunque l'accettazione espressa delle parti, sia in una specifica clausola del trattato, sia per accordo successivo. D'altro canto è nota l'attività di mediazione svolta dalla Santa Sede in varie controversie fra Stati.

volta venivano collocati in un ordinamento particolare (concordatario, inter-ordinamentale) esterno e superiore alle parti, ma sempre teoricamente parallelo, intermedio o comunque distinto da quello internazionale⁽³²⁾. In realtà venivano poi adoperati per entrambi gli stessi concetti, e i medesimi sviluppi dottrinali, tecnici e pratici, il che ha reso sempre più sottile la distinzione tra i due ordinamenti⁽³³⁾, e oggi i concordati vengono considerati per lo più come accordi rientranti nelle categorie del diritto internazionale, retti dai principi e dalle regole proprie dei trattati⁽³⁴⁾, benché con delle caratteristiche peculiari⁽³⁵⁾. D'altronde sono sempre più numerosi e svariati i soggetti di natura non statale⁽³⁶⁾, che agiscono nell'ordine internazionale instaurando rapporti giuridici con gli altri e partecipando a Convenzioni e Conferenze internazionali.

(32) Vid. le diverse proposte a riguardo in G. CATALANO, *La natura giuridica dei concordati nella moderna dottrina*, in AA.VV., «La institución concordataria en la actualidad», Salamanca 1971, p. 35; egli stesso proponeva un «diritto internazionale concordatario»: *Problematica giuridica...* cit., p. 162. Cf. S. ROMANO, *Corso di diritto internazionale*, Padova 1926, p. 38; M. FALCO, *Corso di Diritto Ecclesiastico*, Padova 1930, p. 55-56; G. CASUSCELLI, *Concordati, intese e pluralismo confessionale*, Milano 1974, p. 67-74; A.C. JEMOLO, *Lezioni di diritto ecclesiastico*, 5ª ed., Milano 1979, p. 45 s. Come osserva GONZÁLEZ DEL VALLE (*Derecho eclesiástico español*, 4ª ed. Oviedo 1997, p. 50-51), lo stesso Wagnon dopo aver dimostrato nella sua famosa monografia *Concordats e Droit international* (Gembloux 1935) il parallelismo tecnico tra concordati e trattati, concludeva ancora qualificando i primi «quasi trattati» (p. 108-110); soltanto dopo il Concilio Vaticano II affermò decisamente la loro natura di trattati (*L'institution concordataire*, in AA.VV., «La institución concordataria...», cit., p. 14-15).

(33) Si vedano in proposito le ironiche considerazioni di J.M. GONZÁLEZ DEL VALLE, nel passo sopra citato. Un nuovo concetto di «ordinamento concordatario» è stato più di recente proposto da P. LILLO, *Concordato «accordi» e «intese»*, Milano 1990, p. 60-75.

(34) H. WAGNON, *L'institution concordataire*, cit., p. 13-14; G. LAJOLO, *I Concordati moderni*, Brescia 1968, p. 198-199, 213-216, 491. Si vedano anche quelli citati in G. CATALANO, *La natura giuridica dei...*, cit., p. 31, nota 9; J. LISTL, *Desarrollo y significación de los concordatos y acuerdos eclesiásticos en el derecho eclesiástico de la RFA*, in «Constitución y Acuerdos Iglesia-Estado. Actas del II Simposio Hispano-Alemán», Madrid 1988, p. 50.

(35) P. LOMBARDIA, *Fuentes del Derecho eclesiástico español*, in AA.VV., «Derecho eclesiástico...», cit., p. 185-186.

(36) Organizzazioni internazionali soprattutto, ma anche popoli, governi in esilio e anche multinazionali. Difatti l'esclusività dei criteri del territorio, popolo e sovranità per definire i soggetti si può ritenere da tempo superata; cf. Y. DE LA BRIÈRE, *L'Organisation Internationale...*, cit., 2^{me} Série, Paris 1927, p. 65-71.

5. *Le recenti problematiche sui concordati.*

Attorno al Concilio Vaticano II si è sviluppata anche una discussione, più dottrinale e profonda, circa l'opportunità o addirittura la compatibilità della via concordataria nei rapporti tra la Chiesa e le autorità civili. In sostanza, il tradizionale sistema concordatario è stato messo a confronto con l'ecclesiologia conciliare e si sono rilevati spunti che, per alcuni, sarebbero l'indizio che la prassi concordataria sarebbe da superare⁽³⁷⁾.

Gli argomenti sono svariati e di portata diversa, dato che la questione è stata affrontata da varie prospettive: teologica, canonistica, ecclesiasticistica, che si possono distinguere a seconda che il punto di riferimento sia un concetto di Chiesa oppure quello di Stato, ma che in pratica si intrecciano, spesso in rapporto alle concrete circostanze di una data nazione⁽³⁸⁾:

Per alcuni la riflessione della Chiesa sulla sua propria natura di comunità spirituale, decisamente diversa dalla società politica ormai secolarizzata, nonché sui rapporti fra entrambe, fondati sulla reciproca indipendenza e autonomia nei rispettivi ambiti, farebbe sì che la loro eterogeneità impedisca di pensare a comuni impegni giuridici; i loro interessi, finalità e mezzi sono talmente distinti e paralleli che non ci sarebbe un piano né punti d'incontro che possano sostenere accordi fra i vertici: altrimenti si tornerebbe alla cosiddetta era costantiniana, ormai superata, caratterizzata da confusione, clericalismi e compromessi non più ammissibili⁽³⁹⁾.

⁽³⁷⁾ Seguiamo per questo tema J. GIMÉNEZ Y MARTÍNEZ DE CARVAJAL, *Los concordatos en...*, cit., p. 378-390; cf. ID., *Temática general de la revisión del concordato español*, in AA.VV., «La institución concordataria en la actualidad», Salamanca 1971, p. 478-485. Vid. J. SALAZAR, *El Concilio Vaticano II y los concordatos*, in AA.VV., «La institución concordataria...», cit., p. 47-102; A. DE LA HERA, *El futuro del sistema concordatario*, in «*Ius Canonicum*» (1971) p. 5-21; G. CASUSCELLI, *Concordati, intese...* cit., p. 13-20.

⁽³⁸⁾ Vid. S. BERLINGÒ - G. CASUSCELLI (a cura di), *Stato democratico e regime patrizio*, Milano 1977; M. TEDESCHI, *Revisión del concordato e inscindibilità dei Patti lateranensi*, in ID., *Saggi di diritto ecclesiastico*, Torino s.d., p. 155 s.; M. CONDORELLI, *Concordati e libertà della Chiesa*, in «*IDE*» (1968) P. I, p. 226-287; anche la bibliografia citata da P. LOMBARDÍA, *Fuentes del Derecho eclesiástico español*, in AA.VV., «*Derecho eclesiástico...*», cit., p. 185-186, nota 15.

⁽³⁹⁾ Cf. P.A. D'AVACK, *Rilievi preliminari sulla riforma del concordato lateranense*, in AA.VV., «*Studi per la revisión del concordato*», Padova 1970, p. 9-15; J.M. SETIÉN, *Ecclesiología subyacente a la teoría concordataria*, in AA.VV., «*Concordato y sociedad*

Dietro analisi di questo tipo si scopre talvolta una lettura parziale della riflessione ecclesiological conciliare (che rispecchia le spinte anti-giuridiche destatesi all'epoca), o perlomeno una accentuata visione spirituale che vede in qualsiasi forma di collaborazione istituzionale fra Stato e Chiesa un pericolo per la libertà profetica della comunità ecclesiale o per la laicità dello Stato⁽⁴⁰⁾. Ora, la Chiesa non è solo comunità di vincoli spirituali ma anche società visibile e organizzata gerarchicamente, che nel suo pellegrinaggio e per il compimento delle sua missione religiosa tra gli uomini, ha anche bisogno dei mezzi terreni (LG 8, GS 44) tra i quali il diritto, quale garanzia appunto di libertà e autonomia nei rapporti con le altre società umane⁽⁴¹⁾. Tuttavia non v'è dubbio che tale libertà e autonomia non sarebbero più riducibili a quelle della gerarchia, essendo ormai acquisito che la *libertas Ecclesiae* include la partecipazione di tutti i fedeli alla missione della Chiesa⁽⁴²⁾.

Inoltre per stabilire questi rapporti la Chiesa ha sempre adoperato «una configurazione giuridica analoga a quella delle unità giuridiche superiori», al fine di poter essere riconosciuta e inquadrata in un ambito giuridico comune ai soggetti di fronte ai quali si pone. Per quanto riguarda il nostro tema, va pure detto che la personalità internazionale non appartiene né definisce l'essere della Chiesa cattolica, è però una veste giuridica congruente con esso, attualmente operativa, strumentale per l'adempimento della sua missione, né più né meno⁽⁴³⁾. I concordati sono a loro volta conseguenza di tale

pluralista» Sigueme, Salamanca 1972, p. 19-49; P. COLELLA, *La libertà religiosa nell'ordinamento canonico*, 2ª ed., Napoli 1984, p. 166-198; G. CAPUTO, *La funzione del sistema pattizio nella storia*, in «ADEE» (1988) p. 39-45.

⁽⁴⁰⁾ Si vedano in merito le precisazioni di L. MUSELLI, *Chiesa cattolica e comunità politica*, Padova 1975, p. 68-70. Cf. J. PRADO, *Concordato o régimen estatal de libertad religiosa?*, in «Sal Terrae» (1975) p. 48-51.

⁽⁴¹⁾ Si scorge anche la confusione, o meglio l'assorbimento, della società civile nello Stato, tipica del dispotismo liberale, con la conseguente pretesa di tradurre la pur legittima laicità statale in laicità sociale, prona a ridurre al minimo la presenza istituzionale della religione in campo civile, ignorante dell'unità della persona e della sua dimensione religiosa (cf. J.T. MARTÍN DE AGAR, *Libertà religiosa, uguaglianza e laicità*, in «Ius Ecclesiae» VII (1995) p. 199-215).

⁽⁴²⁾ Cf. JOSÉ T. MARTÍN DE AGAR, *Il diritto alla libertà nell'ambito temporale*, in «Lex Nova (Fidelium Iura)» I (1991), p. 140-145.

⁽⁴³⁾ J. HERVADA, *Diritto costituzionale canonico*, Milano 1989, p. 48 e s. Cf. P. LOMBARDÍA, *Lecciones de derecho canónico*, Madrid 1991, 78-80; G. BARBERINI, *Chiesa e Santa Sede nell'ordinamento internazionale*, Torino 1996, p. 1-53; B. BERTAGNA, *Santa*

figura giuridica. Che poi essi abbiano la qualifica giuridica di accordi internazionali è un fatto che non intende esprimere tutta la loro specifica natura. L'ecclesiologia conciliare chiede che i mezzi tecnici del diritto, adoperati per esprimere e tutelare la dimensione giuridica della Chiesa, non mettano in ombra la sua natura misterica, ma non che debbano essere abbandonati in partenza⁽⁴⁴⁾.

Altri considerano che ormai non ci siano più i presupposti socio-giuridici che in altri tempi servivano di base ai concordati: la confessionalità dello Stato, la Chiesa come società perfetta simile (e superiore) allo Stato; quasi che la crisi di certe tesi del Diritto Pubblico Ecclesiastico dovesse trascinare con se anche l'istituto concordatario⁽⁴⁵⁾, oppure che l'ideale di Stato democratico e laico escludesse di per sé qualsiasi rapporto di collaborazione con le confessioni. Bisogna tuttavia tenere conto che tali presupposti non sono gli unici su cui può nascere un accordo fra Stato e Chiesa, anzi già prima del Concilio prassi concordataria e scolastica giuspubblicista erano spesso divergenti⁽⁴⁶⁾.

A quanto appena detto sulla figura giuridica della Chiesa, si può aggiungere che per questa, dal punto di vista sostanziale, oggi sono i principi di libertà religiosa, di reciproca e relativa indipendenza e autonomia (che riassume la legittima laicità dello Stato viene talvolta espressa in termini di sovranità) e di cooperazione al bene dell'uomo e della società, a reggere i rapporti fra Chiesa e comunità politica e a rendere auspicabili gli accordi con le confessioni⁽⁴⁷⁾. Inoltre, esi-

Sede ed Organizzazioni Internazionali in «Mon. Ecc.» (1981) p. 102-159; J. MANZANARES, *La Iglesia ante los organismos internacionales*, in REDC (1995) p. 191-215.

(44) Che la Chiesa non possa e non debba agire alla stregua di uno Stato in campo internazionale, non vuol dire che non possa godere della stessa soggettività in tale ambito; come il fatto che essa non possa né debba usare dei suoi beni per gli stessi fini e con gli stessi modi degli altri proprietari, non vuol dire che non abbia capacità patrimoniale.

(45) Cf. J. MALDONADO Y FERNÁNDEZ DEL TORCO, *Reflexiones sobre la cuestión actual de los concordatos en su perspectiva jurídica*, in AA.VV., «Lex Ecclesiae. Estudios en Honor del Prof. Dr. Marcelino Cabreros de Anta», Salamanca 1972, p. 589-592. Certamente tale crisi ha avuto ripercussioni su determinati concordati nella misura in cui poggiavano su dei principi ormai superati.

(46) Come osserva CATALANO, «la Santa Sede non ha atteso i deliberati del Vaticano II per accorgersi che la sua *potestas indirecta in temporalibus* sopravviveva soltanto nei manuali» (*Sulle vicende dell'istituto concordatario nell'età contemporanea*, in «IDE» (1992) P. I, p. 30).

(47) Tuttavia non mancarono autori che vedevano come incompatibili libertà re-

stono da tempo convenzioni con paesi non certo confessionali o a maggioranza cattolica, addirittura comunisti o a maggioranza musulmana⁽⁴⁸⁾, non basati dunque su quei presupposti.

Per altri, il problema riguarderebbe piuttosto l'utilità dei concordati. Posto che ormai la maggioranza degli Stati autonomamente riconoscono e garantiscono la libertà religiosa e la dovuta indipendenza e autonomia giuridica delle confessioni, gli accordi avrebbero una giustificazione ristretta ai casi in cui tale autonoma garanzia non ci sia⁽⁴⁹⁾. A mio avviso c'è un certo idealismo in questa visione. Senza ignorare che in molti Stati non concordatari, la Chiesa e le altre confessioni godono di sufficiente libertà, ciò non toglie che essa possa essere ulteriormente garantita, in modo più confacente alla fisionomia specifica del cattolicesimo, attraverso formali accordi istituzionali⁽⁵⁰⁾. Anche i diritti umani sono garantiti nelle Costituzioni nazionali, e tuttavia la loro tutela a mezzo di convenzioni internazionali è sempre più in auge.

Il fatto poi che il Concilio Vaticano II non faccia riferimento esplicito ai concordati fu ritenuto da alcuni la controprova del fatto che essi non siano più utili. Certamente si può affermare che l'impostazione conciliare non considera il concordato come strumento necessario o

ligiosa e sistema concordatario, giudicando questo solo come strumento di ricorso al braccio secolare (confessionale) per imporre l'adempimento di doveri religiosi. Cf. J.M. DÍEZ-ALEGRÍA, *El problema del concordato desde el punto de vista de la libertad religiosa*, in AA.VV., «Concordato y sociedad pluralista» cit., p. 15-18. Sull'evoluzione dei principi di ispirazione dei concordati pre e post-conciliari, vid. C.M. MENDONÇA, *El Derecho Público Eclesiástico en los Concordatos de la Santa Sede de 1954 a 1994*, Tesi dottorale nel Pontificio Ateneo della Santa Croce, Roma 1997; S. FERRARI, *L'Accordo Fondamentale tra S. Sede e Israele e le convenzioni post-conciliari tra Chiesa e Stati*, in AA.VV., «Winfried Schulz in memoriam», T. I, Frankfurt 1999, p. 250-257.

⁽⁴⁸⁾ Si vedano al riguardo le riflessioni di A. DE LA HERA, *El pluralismo y el futuro del sistema concordatario*, in «Il Diritto Ecclesiastico», (1970) P. I, p. 9-12, anche in AA.VV., «La Chiesa dopo il Concilio» I, Milano 1972, p. 411-431; A. PRIETO PRIETO, *Problemática contemporánea de la institución concordataria*, in AA.VV., «La institución concordataria en la actualidad», Salamanca 1971, p. 162-164.

⁽⁴⁹⁾ Cf. M. CONDORELLI, *Concordati e libertà...*, cit., p. 285-287; J. MALDONADO Y FERNÁNDEZ DEL TORCO, *Reflexiones sobre la...*, cit., p. 599.

⁽⁵⁰⁾ «Dejar esta tarea de regulación concreta únicamente a una positivación jurídica estatal es cerrar los ojos a las deficiencias de la realidad política» (A. PRIETO PRIETO, *Problemática contemporánea de...*, cit., p. 166); cf. J.M. DÍAZ MORENO, *Derecho canónico*, Madrid 1991, p. 438-439. Si tenga anche conto che mentre le libertà individuali vengono generalmente riconosciute, quelle collettive stentano ancora a raggiungere una tutela simile.

ideale della pur auspicata cooperazione con la comunità politica⁽⁵¹⁾; ma non si può desumere dal silenzio conciliare il rifiuto o decadimento degli accordi concordatari, visto che durante e dopo il periodo sinodale sono state siglate non poche convenzioni del genere, tese appunto a delineare i concreti profili di detta cooperazione⁽⁵²⁾.

Talvolta si sospetta che con i concordati la Chiesa cerchi ancora dei privilegi o affermazioni esclusive; tuttavia non bisogna confondere la ricerca di uno statuto civile specifico, adeguato alla natura della Chiesa, con il privilegio recante discriminazioni per le altre confessioni⁽⁵³⁾. Se in passato ciò è talvolta accaduto e si sono venute a creare situazioni non evangeliche a motivo di alcuni concordati, ciò non si deve addebitare allo strumento, semmai al contenuto di esso o ai presupposti da cui prendeva spunto⁽⁵⁴⁾. Oggi sia gli uni che gli altri sono mutati: non la *cura religionis* segna ormai il piano delle relazioni tra lo Stato e le confessioni, ma la *cura libertatis religiosae*, di tutti i cittadini e di tutte le confessioni⁽⁵⁵⁾.

⁽⁵¹⁾ Già Pio XII aveva ridimensionato l'importanza dei concordati anche negli schemi del diritto pubblico ecclesiastico: Disc. ai giuristi cattolici, 6.XII.1953: AAS (1953) 794-802. Cf. O. GIACCHI, *Premesse canonistiche*, in O. FUMAGALLI CARULLI, «Società civile e società religiosa di fronte al Concordato», Milano 1983, p. 76-79; L. MUSELLI, *Chiesa cattolica e...* cit., p. 132-134.

⁽⁵²⁾ «D'altronde — osserva Saraceni —, mai, in nessun testo solenne magisteriale, è dato riscontrare il termine *concordato*» (intervento al Convegno «La politica concordataria dell'ultimo ventennio: il caso italiano», in AA.VV., «Interventi ed atti di un convegno», Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Camerino, Jovene 1977, p. 16). Cf. G. CATALANO, *La natura giuridica dei...*, cit., p. 29; ID., *El concordato colombiano de 1974 e i principi del Concilio Vaticano II*, «Ius Canonicum» (1975) p. 261-277.

⁽⁵³⁾ «Todos los ciudadanos han de ser iguales en libertad religiosa; pero esta puede reconocerse a cada grupo religioso a través de fórmulas diferentes. La propia estructura de los grupos religiosos mismos determinará la elección de la fórmula mejor, y no hay entonces inconveniente para que en el sistema pluralista perviva el concordato con al Iglesia católica» (A. DE LA HERA, *El pluralismo y el futuro del sistema concordataria*, in «Il Diritto Ecclesiastico», (1970) P. I, p. 20); cf. J.A. SOUTO, *Derecho Ecclesiástico...*, cit., p. 66-68. Esempio di sistema pluralista nella parità è la Germania: vid. A.M. ROUCO VARELA, *Los tratados de las Iglesias protestantes con los Estados*, in AA.VV., «La institución concordataria en la actualidad», Salamanca 1971, 105-133; A. HOLLERBACH, *El sistema de concordatos y convenios eclesiásticos*, in AA.VV., «Constitución y relaciones Iglesia-Estado en la actualidad», Salamanca 1978, p. 179-192.

⁽⁵⁴⁾ Cf. J. SALAZAR, *El Concilio Vaticano II...*, cit., p. 92-96.

⁽⁵⁵⁾ Cf. L. MUSELLI, *Chiesa cattolica e...* cit., p. 72-77; G. CASUSCELLI, *Concordati, intese...* cit., p. 93-95.

In questo contesto lo scopo dei concordati non sarebbe più la tutela privilegiata della verità cattolica da parte dello Stato, ma quella della libertà e identità religiosa dei cattolici e della Chiesa, alla quale viene così « assicurato il libero esercizio della sua spirituale e morale missione, mediante eque, leali e stabili delimitazioni delle rispettive competenze »⁽⁵⁶⁾, senza perciò negare la stessa libertà agli altri.

Si può affermare che a partire del Concilio Vaticano II quelli che vengono ridefiniti sono i principi che ispirano i rapporti tra la Chiesa e la comunità politica; che adesso si concretizzano nella libertà religiosa, la reciproca autonomia e indipendenza (legittima laicità), la possibilità di una cooperazione nel rispetto di questi principi, in favore della persona e della società.

E ciò, per quanto riguarda il nostro argomento, ha portato conseguenze di rilievo, anche qui non sempre quelle previste da certa dottrina. La continuità vitale dell'istituto concordatario, non significa ovviamente la conferma della analisi precedente, ma vorrei limitarmi a constatare che si assiste dopo il Vaticano II al riconoscimento sempre più esplicito ed effettivo che l'attività internazionale della Santa Sede segue le norme del diritto internazionale. A parte la espressa remissione del c. 362, negli stessi concordati sono sempre più abbondanti i riferimenti a tale ordinamento. A mio avviso si è verificata una coincidenza più trasparente fra dottrina e prassi della Chiesa, il che oltre a poter essere qualificato come una crescita di credibilità, si può dire che semplicemente rende più agevole e realistica la ricerca di un buon intendimento fra le autorità civili e la Santa Sede in materie riguardanti la presenza e l'attività della Chiesa in un dato territorio, anche per la maggiore consapevolezza del contributo positivo che essa può apportare alla vita sociale.

Mettendo a confronto i brani introduttivi dei concordati del passato e di quelli più recenti, si osserva come essi siano in ogni caso espressione di diverse impostazioni (di principio e congiunturali) dei rapporti Chiesa-Stato. Il che vuol dire che i concordati, come le altre istituzioni giuridiche, mentre riflettono necessariamente le impostazioni e i principi di ogni epoca, evolvono anche per meglio adeguarsi alle nuove acquisizioni dottrinali e situazioni di fatto⁽⁵⁷⁾.

⁽⁵⁶⁾ PAOLO VI, *Discorso* 20 gennaio 1970: AAS (1970) 110.

⁽⁵⁷⁾ C. CORRAL SALVADOR, *Transformatio systematis concordatarii in regimen concordatarium...*, in «Periodica» (1988) p. 181-193; R. MINNERATH, *L'Église et les...*, cit.,

Dal punto di vista del diritto ecclesiastico statale, la via concordataria dei rapporti Stato-Chiesa viene vagliata in relazione ai principi che si ritiene devono definire l'atteggiamento di uno Stato democratico riguardo alla religione e alle sue manifestazioni sociali; in particolare la libertà religiosa, l'uguaglianza e la laicità.

Le conclusioni di tale confronto dipendono dal significato che ai detti principi venga attribuito, sia teoricamente che sulla traccia dei testi costituzionali e dell'esperienza storica. Logicamente in questo processo ermeneutico, oltre alle argomentazioni giuridiche, influiscono i criteri filosofici o ideologici.

Da parte mia condivido l'idea che il concetto di sovranità vada stabilito, tra l'altro, in corrispondenza alle esigenze dei diritti della persona. Proclamare i diritti dell'uomo e sostenere un concetto di sovranità (esterna e interna) propria dello Stato assoluto liberale, equivarrebbe a sostenere che tali diritti sono in realtà concessioni del potere.

Se poi la laicità si intende come garanzia di libertà, di diversità di iniziativa sociale, e quindi interpretata prima di tutto come incompetenza e non come una riedizione del giurisdizionalismo (oppure di pretestuoso uniformismo), il ricorso agli accordi con le confessioni non soltanto appare compatibile con essa, ma può ben costituire una sua adeguata realizzazione.

Difatti si diffonde oggi nel diritto ecclesiastico la tendenza a definire i rapporti Stato-confessioni sulla base di accordi bilaterali di diverso livello; e ciò sia in risposta a specifiche previsioni costituzionali che come conseguenza di una migliore comprensione del ruolo dello Stato nei confronti della religione⁽⁵⁸⁾. Ai paesi centro europei di consolidata tradizione pattizia (Germania, Austria, Svizzera), si sono di recente aggiunti l'Italia, la Spagna, la Polonia, la Colombia, l'Ungheria; e tale sembra essere la via che si prospetta in altri paesi. E questo, insieme all'allargarsi della tutela internazionale dei diritti umani, porta ad una maggiore attenzione alle fonti di origine pattizia del diritto ecclesiastico⁽⁵⁹⁾.

p. 39-63; ID., *La libertà religiosa tra norme costituzionali e norme concordatarie*, in «QDPE» (1999/1) p. 87-96; A. DE LA HERA, *Factor religioso y...*, cit., p. 180.

(58) Vid. R. BOTTA, *Manuale di Diritto Ecclesiastico*, Torino 1994, p. 12-25; A. VITALE, *Corso di diritto ecclesiastico*, 8ª ed., Milano 1996, p. 129 s.

(59) Vid. L. SPINELLI, *Diritto ecclesiastico*, 2ª ed., Torino 1987, p. 169-190; I.C. IBAN, *Sistema de fuentes del derecho eclesiástico*, in I.C. IBAN - L. PRIETO SANCHIS - A.

6. *Profili tecnici dell'istituto concordatario.*

Data la natura di patto internazionale del concordato, la sua struttura tecnica ricalca per lo più quella generale dei trattati fra Stati.

Si devono quindi tenere in conto i principi e le norme proprie del diritto internazionale, segnatamente quelle riguardanti i trattati⁽⁶⁰⁾, ove i principi di ordine pubblico ovvero di *ius cogens*⁽⁶¹⁾ delineano la cornice entro la quale è la volontà delle parti a fare legge fra di loro, una volta che si accordano su materie disponibili⁽⁶²⁾. Né va dimenticato che, in campo internazionale, politica e diritto si intrecciano in maniera del tutto particolare, essendo quest'ultimo, qui più che altrove, strumento di quella che è l'arte del possibile; strumento teso a formalizzare e a dare certezza giuridica ai rapporti prammaticamente definiti dalle parti in via negoziata.

Ciò fa sì che la prassi abbia un ruolo più incisivo in ambito internazionale che nel diritto interno, e che il diritto internazionale appaia più refrattario ad assoggettarsi a schemi e concetti costruiti in sede dottrinale. Detto brevemente, le parti di un accordo definiscono

MOTILLA, «Curso de Derecho Eclesiástico», Universidad Complutense, Madrid 1991, p. 147-150; C. CARDIA, *Manuale di diritto ecclesiastico*, Bologna 1996, p. 200-247; J.M. GONZÁLEZ DEL VALLE, *Derecho eclesiástico español*, 4ª ed., Oviedo 1997, p. 80-94; M.D. GARCÍA HERVÁS, *Fuentes del derecho eclesiástico español (II). Fuentes de carácter pacticio*, in AA.VV., «Manual de Derecho Eclesiástico del Estado», Colex, Madrid 1997, p. 105-114; F. FINOCCHIARO, *Diritto ecclesiastico*, 6ª ed., Bologna 1997, p. 5-13, 115-117; A. GARCÍA GÁRATE, *Fuentes del Derecho Eclesiástico*, in Isidoro Martín (coord.) «Curso de Derecho Eclesiástico del Estado», Valencia 1997, p. 45-61.

⁽⁶⁰⁾ Si veda per la materia M. GIULIANO - T. SCOVAZZI - T. TREVES, *Diritto internazionale. Parte generale*, Milano 1991, p. 279-411; F. DURANTE, *Trattato (Diritto vigente)* in «Enciclopedia del Diritto», vol. 44, Milano 1992, p. 1368-1392. Come noto la Santa Sede è stata la prima a ratificare la Convenzione di Vienna sul diritto dei Trattati (1969); si vedano a riguardo le considerazioni di S. FERLITO, *L'attività internazionale...*, cit., p. 110-124.

⁽⁶¹⁾ Specie quelle sui diritti umani (anche delle comunità e dei popoli), cf. V. BUONOMO, *I diritti umani nelle relazioni internazionali*, Roma 1977, p. 31-33, 150-153; F.C. GARCÍA MAGÁN, *Derechos de los pueblos y naciones*, Roma 1998.

⁽⁶²⁾ Sullo *ius cogens* in materia di trattati cf. la Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati (1969), art. 53 e 64. Vid. G. DE SIMONE, *L'affermarsi del Ius Cogens nel diritto e nella prassi delle Organizzazioni Internazionali...*, Città del Vaticano 1993; R. MAGNANI, *Nuove prospettive sui principi generali nel sistema delle fonti del diritto internazionale*, Roma 1997, p. 135-178.

consensualmente i loro rapporti su determinate materie, talvolta al di là delle categorie prefissate dalla dottrina. Così accade, ad esempio, quando esse concordano nel ritenere in vigore un patto anche dopo certi eventi che, stando alle costruzioni teoriche, ne avrebbero determinato la scadenza.

Decisiva è quindi in materia la comune volontà pattizia, la cui interpretazione ed esecuzione certamente è sottoposta alle consuetudini e ai principi del diritto internazionale, ma sempre distinguendo tra le regole in sé inderogabili e le dottrine tendenti a sistematizzare il diritto⁽⁶³⁾.

Dal punto di vista tecnico, oggi si tende a dare più flessibilità e capacità di adattamento ai sistemi concordatari: ricorrendo ad accordi specifici, oppure completi ma di massima, che fanno da cornice e aprono a successivi accordi, sia fra le stesse parti che di secondo livello, in cui le parti non sono già la Santa Sede e lo Stato come tale, bensì le autorità inferiori: Conferenze episcopali o Vescovi diocesani, Governo, organi della amministrazione statale o enti territoriali dello Stato. Questi accordi di applicazione, chiamati « minori » o intese, senza costituire in sé stessi trattati internazionali, impegnano le parti secondo giustizia e, in quanto collegati ad un concordato, godono in qualche modo della copertura di esso⁽⁶⁴⁾.

a) *Soggetti.*

Le parti contraenti di un concordato sono lo Stato e la Chiesa; tuttavia questa affermazione pur essendo in generale esatta, non è esente da una certa problematicità almeno teorica, come si vedrà di seguito.

Per quel che riguarda la parte statale, è ormai pacifico che il soggetto che si impegna nel concordato sia lo Stato medesimo, e non i suoi rappresentanti in quanto persone.

Nelle monarchie assolute di un tempo, nella persona del Re veniva personificata anche la nazione della quale era il rappresentante. Egli esercitava lo *ius representationis omnimodae*⁽⁶⁵⁾, per cui accettando personalmente l'accordo impegnava se stesso ed anche il suo

(63) Cf. R. MAGNANI, *Nuove prospettive...*, cit., p. 57-50 e 106-107.

(64) Si veda in merito, M. ROCA, *Naturaleza jurídica de los convenios eclesiásticos menores*, Pamplona 1993.

(65) Cf. A. MARESCA, *Dizionario...*, cit., voce « omnimodae », p. 398-399.

regno come soggetto collettivo; ma oggi lo Stato costituzionale esplica la propria soggettività, i poteri e le funzioni ad essa inerenti, attraverso un insieme di organi distinti dalle persone fisiche che in un dato momento ne assolvono le cariche. I governanti, infatti, agiscono a nome e in rappresentanza dello Stato, non a nome e nell'esercizio di una potestà propria, personale.

L'esercizio delle prerogative inerenti alla soggettività internazionale dello Stato, quindi dello *ius tractandi*, viene regolamentato costituzionalmente e di solito richiede, oltre all'iniziativa del potere esecutivo, l'intervento di quello legislativo. L'articolazione concreta di queste competenze dipende da quanto disposto nella Costituzione. Ci sono poi Stati federali come la Germania, dove i singoli Länder hanno capacità per concludere accordi con la Santa Sede e con le altre confessioni di diritto pubblico, riguardanti materie di loro competenza.

Da parte della Chiesa interviene nel diritto internazionale la Santa Sede a nome del Romano Pontefice, così risulta anche dal diritto canonico⁽⁶⁶⁾ e dalla prassi. Eventualmente potrebbe anche intervenire il Collegio episcopale in quanto esso è anche soggetto della potestà suprema, si è solito citare il Concilio di Costanza (1418) a questo proposito⁽⁶⁷⁾.

Il problema che si è posto in dottrina è se la Santa Sede, agisca a nome proprio oppure come organo rappresentante la Chiesa universale o addirittura la Chiesa nazionale interessata, che sarebbero i soggetti a nome dei quali la Sede Apostolica conclude gli accordi. Il problema riguarda la peculiare costituzione della Chiesa, in forza della quale non solo la Chiesa cattolica come tale ma anche la Sede Apostolica «sono persone morali in forza della stessa disposizione divina» (c. 113)⁽⁶⁸⁾.

(66) Abbiamo visto che spetta al Romano Pontefice l'esercizio dello *ius legationis* e dello *ius tractandi*. La Santa Sede è «la personification juridique du ministère unique du Pape que l'histoire n'a cessé de lui reconnaître» (J.-L. TAURAN, *La doctrine pontificale des relations internationales d'après les discours du pape Jean-Paul II au Corps diplomatique*, in AA.VV., «Le Saint-Siège dans...» cit., p. 83).

(67) Anche il concordato del 1516 con la Francia fu approvato dal Concilio Lateranense V sotto Leone X (MERCATI, *Raccolta*, I, p. 233-251). In passato anche i vescovi concludevano accordi con i Principi, che il Romano Pontefice ratificava o meno secondo i casi; di recente si segnala l'accordo del 1950 fra l'episcopato e il governo nella Polonia, che però si presentava come dichiarazione non come concordato.

(68) Espressione, per alcuni non fortunata dal punto di vista formale, del fatto

Sembra da escludere che il soggetto parte di un concordato possa considerarsi direttamente la Chiesa nazionale, dal momento che le Chiese nazionali non godono come tali di personalità neppure nel diritto canonico, il quale disconosce tale concetto.

Per quanto riguarda invece la relazione Santa Sede-Chiesa cattolica, alcuni autori, come il d'Avack⁽⁶⁹⁾, facendo leva sul fatto che la Santa Sede ha sempre goduto di soggettività e sovranità proprie ed originarie, ritengono che essa sia il soggetto che per proprio diritto conclude gli accordi con gli Stati. Difatti i titoli e molte clausole dei concordati segnalano espressamente la Santa Sede come il soggetto contraente.

Altri⁽⁷⁰⁾, senza negare queste caratteristiche peculiari della costituzione della Chiesa, né il fatto che nella prassi internazionale è il soggetto Santa Sede che viene riconosciuto come tale, sottolineano che tale riconoscimento avviene proprio sulla base del rapporto organico, funzionale⁽⁷¹⁾, in virtù del quale la Santa Sede agisce come autorità suprema della Chiesa⁽⁷²⁾, della quale esercita la sovranità in quanto comunità dei fedeli che sono allo stesso tempo cittadini delle diverse nazioni. Questa visione inclusiva appare più consona

che la loro soggettività è originaria, non derivante né dipendente dal riconoscimento di un'altra società o potestà.

(69) P.A. D'AVACK, *Trattato di diritto...*, cit., p. 206-207; anche CATALANO, *Problematica giuridica...* cit., p. 133 nota 12.

(70) Ad es. J. GIMÉNEZ Y MARTÍNEZ DE CARVAJAL, *Los concordatos en la actualidad*, in AA.VV., «Derecho canónico», Vol. II, Pamplona 1974, p. 360.

(71) Cf. R. MINNERATH, *L'Église et les...*, cit., p. 74-81. Secondo BETTETINI la missione di governo della Chiesa che svolge la Santa Sede, è «l'elemento che caratterizza la funzione della diplomazia della Santa Sede nei confronti degli altri soggetti della Comunità internazionale. Ed è logico pensare che è con un soggetto in siffatto modo qualificato che gli Stati e le Organizzazioni internazionali vogliono addivenire a relazioni diplomatiche» (*Sul titolo giuridico di partecipazione della Santa Sede alle Organizzazioni e alle Conferenze internazionali*, in «Il Dir. Eccl.» (1996/3-4), p. 728). Si può scorgere qui un certo parallelismo con il tema dei beni ecclesiastici: la Chiesa cattolica ha il diritto nativo di acquistarli e gestirli (c. 1254), benché nessun bene concreto appartenga direttamente alla Chiesa universale come ente, ma alla persona giuridica titolare (c. 1257 § 1), di tutti però si può affermare che appartengono alla Chiesa.

(72) Cf. H. WAGNON, *L'institution concordataire*, cit., p. 14 nota 3; J. LISTL, *Konkordate und Kirchenverträge*, in ID. (cur.), *Die Konkordate und Kirchenverträge in der Bundesrepublik Deutschland*, I, Berlino 1987, p. 6-7; C. CARDIA, *Il governo della Chiesa universale*, Bologna 1993, p. 149; J.J. RUDA SANTOLARIA, *La Iglesia Católica y el Estado Vaticano como sujetos de Derecho Internacional*, in «Archivum Historiae Pontificiae» (1997) p. 301; C. ESPALIÚ, *La personalidad jurídica...*, cit., p. 241-244.

con la realtà costituzionale della Chiesa rispetto a quella dilemmatica sopra accennata; anche perché i diritti e doveri originati da un accordo siglato dalla Sede Apostolica non riguardano solo questa, ma in generale i fedeli e le istituzioni ecclesiali⁽⁷³⁾. Difatti, è pure corrente parlare di accordi *fra* la Chiesa cattolica e gli Stati. Anche in molte clausole concordatarie viene indicata la Chiesa cattolica come soggetto⁽⁷⁴⁾.

Si ripropone oggi con nuovi argomenti la questione se i Vescovi possano agire quali soggetti nei concordati, visto il ruolo crescente che ormai svolgono le Conferenze episcopali nel dialogo con le autorità civili⁽⁷⁵⁾. Dal punto di vista del diritto internazionale è da escludersi che tali soggetti possano concludere dei trattati, quindi neppure concordati nel senso tecnico del termine. Tuttavia, dopo il Concilio Vaticano II è previsto dalla legislazione canonica che l'episcopato locale venga informato e consultato nelle trattative per nuovi accordi con le autorità civili⁽⁷⁶⁾. Allo stesso tempo bisogna riconoscere l'importanza crescente degli accordi tra l'episcopato di una nazione e le autorità civili di essa, giuridicamente considerati come accordi di diritto pubblico interno, in uno schema di partecipazione dei gruppi sociali alle decisioni che li riguardano.

(73) «De même que les traités internationaux ne lient pas deux gouvernements mais deux États, de même un concordat ou une convention multilatérale engage, à proprement parler, non pas uniquement la Saint-Siège mais toute l'Église» (J.-B. D'ONORIO, *Le Saint-Siège et le droit international*, in AA.VV., «Le Saint-Siège dans...» cit., p. 18-19). Problema ancora da approfondire rimane quello delle ripercussioni sul diritto canonico dei trattati multilaterali siglati dalla Sede Apostolica.

(74) Peraltro, come affermava lo stesso D'AVACK, la questione «è priva di ogni rilevanza per la dogmatica ecclesiastica, giacché in sostanza per essa la S. Sede non è che il *subiectus in concreto* di quei diritti stessi di cui la Chiesa è il *subiectus in abstracto* tanto nell'ordine dei rapporti interni, quanto nella sfera delle relazioni internazionali» (*Chiesa, S. Sede e Città del Vaticano nel jus publicum ecclesiasticum*, Firenze 1936, p. 70 nota 87).

(75) Cf P. ERDÖ, *Le conferenze episcopali nelle relazioni della Chiesa con lo Stato moderno*, in «REDC» (1998), pp. 255-263; G. FELICIANI, *Gli episcopati nuovi protagonisti delle relazioni tra la Chiesa e gli stati*, in «Periodica» (2000) p. 661-680.

(76) CIC c. 365 § 2; Cost. Ap. *Pastor Bonus*, art. 46; M.P. *Sollicitudo omnium Ecclesiarum*, art. X. Circa i delicati problemi di coordinamento tra gli organi della Sede Apostolica e la gerarchia locale, vid. G. BARBERINI, *Diplomazia pontificia*, in «Enciclopedia Giuridica», vol. 11, Roma 1989. È comunque un fatto che spesso l'intervento della gerarchia locale nel negoziato dei concordati non è di mera acquiescenza ma veramente attivo, di iniziativa e di proposta.

b) *Elaborazione.*

In conformità con quanto sinora detto, l'elaborazione dei concordati segue la stessa procedura dei trattati internazionali, nella quale si possono distinguere le fasi seguenti:

Negoziato: di solito preceduto da incontri ufficiosi (che servono a verificare la possibilità dell'intesa e a tracciare i punti principali di essa), in seguito le parti nominano i rispettivi rappresentanti plenipotenziari che, verificati i loro poteri, portano avanti il negoziato ufficiale, proponendo delle bozze e discutendone le singole clausole.

Firma: arrivati all'accordo su un testo di concordato i plenipotenziari lo firmano. In passato la firma perfezionava l'accordo che acquistava forza impegnativa per entrambe le parti da quel momento, sempre che rientrasse nel mandato dei rappresentanti. Adesso di regola si richiede la ratifica, senza la quale il testo del trattato non acquista forza vincolante. La firma però segna la conclusione di un patto bilaterale e ne fissa il contenuto. Ci sono inoltre accordi che non necessitano di ratifica, nei quali si indica l'entrata in vigore dal momento della firma o in altra data in essi specificata.

Ratifica: è l'atto unilaterale mediante il quale ogni parte accetta formalmente il testo firmato dai suoi rappresentanti; per quanto riguarda la Chiesa essa spetta al Romano Pontefice, il quale ha la potestà di prendere l'impegno a nome della Chiesa⁽⁷⁷⁾.

Per lo Stato la ratifica spetta normalmente al Capo dello Stato, il quale però, negli Stati democratici, per procedere ad essa ha bisogno della previa *autorizzazione* del Parlamento, titolare del potere legislativo, al quale spetta approvare qualsiasi modifica dell'ordinamento interno della nazione⁽⁷⁸⁾. L'autorizzazione alla ratifica avviene di so-

(77) Ecco una formula di ratifica pontificia: *Nos autem eandem conventionem, quam diligenter inspeximus ac voluntati nostrae conformem invenimus, ratam habemus et confirmamus. In quorum fidem sollemne hoc ratihabitionis documentum nostra subscriptione munimus eique signum nostrum apponi iubemus. Datum Romae, apud Sanctum Petrum, die... mensis..., anno..., pontificatus nostri...*

(78) Ad es. l'art. 94 della Costituzione spagnola dice: «1. La prestación del consentimiento del Estado para obligarse por medio de tratados o convenios requerirá la previa autorización de las Cortes Generales, en los siguientes casos: ... e) Tratados o convenios que supongan modificación o derogación de alguna ley o exijan medidas legislativas para su ejecución». Per la loro revoca o modifica si richiede la stessa procedura.

Vid. parimenti, per l'Italia, Cost. art. 72, 80; per la Colombia, Cost. art. 150, n. 16 e 185, 2; per la Polonia, Cost. art. 33.2.

lito a mezzo di un'apposita legge. La decisione del Parlamento può essere di concedere o negare l'autorizzazione⁽⁷⁹⁾, ma non può modificare unilateralmente il testo firmato dell'accordo, che è frutto di un negoziato bilaterale. Comunque si tratta di una procedura che segue in ogni caso quanto disposto nella Costituzione dello Stato interessato (può darsi, ad es. nei sistemi presidenziali, che l'esecutivo abbia potere di concludere certi trattati anche normativi).

Con l'autorizzazione del Parlamento il Capo dello Stato procede alla ratifica. Il concordato acquista piena forza obbligatoria per le parti nell'atto formale di *scambio degli strumenti di ratifica* con il quale le parti, tramite i loro plenipotenziari, reciprocamente si notificano la accettazione del trattato. Tale notifica può anche avvenire con atti separati e senza formalità. La presa d'atto delle rispettive ratifiche segnala il momento in cui il patto diventa vincolante fra le parti.

c) *Forma.*

Attualmente i concordati si presentano di regola sotto la forma di un testo unico, diviso in clausole o articoli numerati, sottoscritto da entrambe le parti, come qualsiasi contratto bilaterale. Agli articoli precede il nome dell'accordo (Concordato, Convenzione, Accordo, *modus vivendi*, Protocollo) e delle Parti. Segue di solito anche una introduzione nella quale vengono sommariamente spiegati i motivi (di fondo oppure congiunturali) che danno ragione degli accordi raggiunti, e si fa menzione dei rappresentanti che sono intervenuti e firmato a nome di ciascuna delle Parti.

In passato erano in uso altre forme: il *duplice documento*, ciascuno di essi redatto da una delle parti, contemporaneamente o successivamente, nel quale ogni parte si impegna nei confronti dell'altra; ciò permette a ciascuna parte di affermare le proprie ragioni. Da parte della Chiesa si trattava di una bolla pontificia e da parte dello Stato di un atto legislativo. Questa forma fu impiegata per il concordato di Worms (1122) costituito da il *privilegium pontificis* (Callisto II) e dal *praeceptum imperatoris* (Enrico V). Più di recente questa formula viene anche usata quando per il documento unico bilaterale

⁽⁷⁹⁾ Esempi di concordati mai ratificati in G. CATALANO, *Problematica giuridica...* cit., p. 148 nota 56. Anche il concordato colombiano del 1992, che modifica quello del 1973, non è stato ratificato.

sorge il problema della precedenza nelle firme (nel secolo scorso con gli Stati non cattolici che non volevano far precedere la firma del Pontefice); ma ora di solito entrambi i documenti hanno lo stesso contenuto; così l'accordo col Marocco del 1983-84 è avvenuto tramite uno interscambio di lettere tra il Re e il Romano Pontefice, entrambe di identico contenuto⁽⁸⁰⁾, come avviene peraltro con gli accordi conclusi tramite lo scambio di note diplomatiche.

Spesso si è anche usata la forma di bolla pontificia, che anche se appare come un atto unilaterale in realtà è il risultato di un precedente negoziato. Forma tipica nel periodo del giurisdizionalismo monarchico. Nel Breve o Costituzione del Pontefice, gli impegni politici presi dalla Santa Sede, apparivano sul piano giuridico come privilegi o concessioni allo Stato: in modo da evitare che venissero considerati come diritti riconosciuti allo Stato, e di salvare la *plenitudo potestatis* del Romano Pontefice, dato che in teoria rimaneva sempre in suo potere la revoca di tali concessioni. Anche di recente si è usata questa forma⁽⁸¹⁾.

d) *Contenuto.*

Poiché ogni concordato risponde a bisogni determinati, il loro contenuto materiale varia secondo i casi. A volte si tratta di risolvere conflitti insorti nel passato (libertà della Chiesa, incameramento di beni ecclesiastici, nomina dei Vescovi, ecc.); altre volte si tratta di concordare in maniera più completa i rapporti tra le parti: posizione, libertà e statuto giuridico della Chiesa, delle circoscrizioni e degli altri enti ecclesiastici; la nomina alle cariche ecclesiastiche; lo statuto civile del clero e dei religiosi; il patrimonio della Chiesa; riconoscimento civile del matrimonio canonico; assistenza religiosa; scuole cattoliche e insegnamento della religione; attività assistenziale della Chiesa, ecc.⁽⁸²⁾.

⁽⁸⁰⁾ AAS 77 (1985) 712-715.

⁽⁸¹⁾ Ad es. nella Bolla *Hispaniarum fidelitas* (5.VIII.1953).

⁽⁸²⁾ Come appunta GIMÉNEZ Y MARTÍNEZ DE CARVAJAL la classica nozione di «*materie miste*» non sembra più utile a comprendere tutte le potenziali materie di accordo tra Stato e Chiesa, in quanto «*tutte le materie sono potenzialmente miste, giacché interessano — benché sotto profili differenti — alla Chiesa e allo Stato*»; a questo in quanto interessato a regolamentare tutti i rapporti sociali esterni, e alla Chiesa in quanto interessata alla ispirazione cristiana delle realtà temporali (*Los concordatos en la actualidad*,

Se, in parte, le materie rimangono sostanzialmente le stesse, variano invece le relative soluzioni, via via impostate in corrispondenza alla visione che sia lo Stato che la Chiesa hanno dei loro rispettivi ruoli e dei principi che devono ispirare i loro rapporti. In questa prospettiva ci sono poi argomenti che tendono a uscire di scena, specie quelli rispondenti ad atteggiamenti di giurisdizionalismo o privilegio: foro speciale, intervento statale nelle nomine ecclesiastiche⁽⁸³⁾, limitazioni allo stabilimento delle congregazioni religiose. Guadagnano attenzione viceversa nuovi argomenti e soluzioni riguardanti l'aiuto finanziario alla Chiesa e alle istituzioni a scopo sociale, i beni culturali, identità cattolica degli enti ecclesiastici e problemi etici.

Formalmente poi, i concordati (ed in generale gli accordi con le confessioni) sorgono oggi sulla base del principio civile di libertà religiosa, allo scopo di definire lo statuto di esse nei confronti dell'ordinamento statale, e non più viceversa per riservare spazi di intervento dello Stato nella vita e attività dei gruppi religiosi. Ciò spiega il fatto che essi contengano per lo più « concessioni » in favore delle confessioni, dietro l'adempimento di certi requisiti e condizioni.

Uno « squilibrio », si potrebbe dire, ragionevole e necessario, dal momento che, in pratica, si parte dal principio della prevalenza assoluta dell'ordine statale e dell'irrelevanza teorica nei suoi confronti degli ordinamenti religiosi. È su queste basi che si tratta poi di stabilire quando e come tali ordinamenti possano acquisire valenza civile, proprio in base alle esigenze di libertà effettiva a cui lo stesso ordinamento civile intende rispondere.

Insomma, che gli accordi includano per lo più diritti o facoltà in favore delle confessioni, e doveri o impegni per lo Stato, proviene dal fatto che sono esse ad avere bisogno di uno statuto civile, e non viceversa lo Stato a sentire più il bisogno di una legittimità giuridico religiosa.

Inoltre la peculiarità dei soggetti e delle materie, che contraddistingue i concordati, si riflette talvolta anche nel modo in cui gli argomenti vengono affrontati, e cioè nel fatto che spesso la loro soluzione richiede il raggiungimento negoziato di una normativa co-

cit., p. 366). Per uno studio tematico del contenuto dei concordati dopo il Concilio Vaticano II, vid. C.M. MENDONÇA, *El Derecho Público...*, cit., p. 141-274.

⁽⁸³⁾ Vid. A. TALAMANCA, *Le nomine episcopali nei concordati post-conciliari*, in « QDPE » (1999/1) p. 97-110.

mune; il che ci rimanda allo studio dei diversi tipi di causole concordatarie.

e) *Le clausole concordatarie.*

Dal punto di vista giuridico le clausole di un concordato rispondono in sintesi alle due principali categorie in cui la dottrina internazionale distingue i trattati, cioè *trattato-contratto* (Vertrag, traité-contract) e *trattato-legge* o *accordo normativo* (Vereinbarung, accord-normatif)⁽⁸⁴⁾. Un medesimo trattato include spesso clausole di entrambi i tipi: contrattuali e normative.

Sono *contrattuali* quelle clausole che stabiliscono diritti e obblighi reciproci tra le parti, il cui adempimento richiede una certa prestazione di una di esse in favore dell'altra: ad es. erogare una somma di denaro, esentare dal servizio militare i chierici e i religiosi, non rivendicare una proprietà, ecc. Insomma, sono quelle che stabiliscono un rapporto giuridico tra i contraenti, dal quale emergono diritti e doveri soggettivi.

Le clausole *normative* invece esprimono la volontà delle parti di creare un diritto oggettivo comune su una certa materia; contengono norme giuridiche convenzionali destinate ad integrare ed armonizzare gli ordinamenti interni di entrambe le parti, le quali si accordano non già su reciproche prestazioni ma su una normativa comune, chiamata a vincolare i sudditi e gli organi pubblici di entrambe.

Il concetto di accordo normativo si addice bene con la natura e la realtà dei concordati, dal momento che in essi si cerca di definire in maniera stabile i rapporti tra la Chiesa e lo Stato, il che richiede spesso la convergenza dei loro ordinamenti su materie di comune interesse⁽⁸⁵⁾. Si pensi, ad es. al tema dell'efficacia civile del matrimonio canonico e delle decisioni ecclesiastiche sul medesimo; oppure a quello della personalità civile degli enti ecclesiastici. La dottrina canonica accolse con favore l'idea del concordato come legge pattuita

⁽⁸⁴⁾ A partire soprattutto da H. TRIEPEL, *Diritto internazionale e diritto interno*, Torino 1913. Riguardo ai concordati vid. R. NAVARRO VALLS, *Convergencia concordataria...*, cit., p. 141-152; A. MOTILLA, *Los Acuerdos entre...*, cit., p. 117-131.

⁽⁸⁵⁾ Già il WERNZ, sulla scia dei trattati classici di Diritto Pubblico ecclesiastico, includeva il concordato tra le fonti giuridiche definendolo come «lex pontificia et civilis lata pro particulari quadam republica» (*Ius Decretalium*, cit., p. 222; WERNZ - VIDAL, *Ius Canonicum*, T. I, Roma 1938, p. 297).

comune a Stato e Chiesa⁽⁸⁶⁾. Tuttavia la presenza in un medesimo concordato di clausole sia contrattuali che normative, e il fatto che anche le prime possono generare rapporti giuridici stabili tra le parti, piuttosto che ad affermare o negare la natura normativa dei concordati in generale, porta a distinguere tra l'uno e l'altro tipo di clausole.

Dal punto di vista tecnico, la distinzione è importante in rapporto all'efficacia di ciascun tipo di clausola nell'ordine interno delle parti. Mentre nell'ordine internazionale tutte le clausole di un concordato (una volta perfezionato il medesimo) obbligano le parti a fare quanto sia necessario per dar loro piena esecuzione, in quello interno si pone, per le clausole normative, il problema di come e quando esse diventino obbliganti per i sudditi e per gli organi pubblici delle parti. In pratica tuttavia, non di rado le clausole contrattuali esigono anche loro la modifica dell'ordinamento interno di una o di entrambe le parti, cioè l'emanazione di norme miranti a soddisfare gli obblighi assunti⁽⁸⁷⁾, e quindi anche qui si pone il problema della loro efficacia ed attuazione, ed anche della loro considerazione come fonti all'interno dell'ordinamento.

f) *Interpretazione.*

Come per qualsiasi norma o contratto, l'applicazione dei concordati richiede anch'essa la loro interpretazione (specie se si presentano dubbi sul senso e portata delle loro clausole), al fine di stabilire quale sia stata la volontà delle parti. Le regole e i tipi d'interpretazione dei concordati sono le stesse che per qualsiasi atto giuridico (specie di natura bilaterale). Si suole distinguere tra interpretazione *dottrinale* e *autentica*.

Quella *dottrinale* riguarda le regole tecniche dell'interpretazione, secondo le quali si deve stare al senso corrente delle parole, entro il contesto (semantico, circostanziale e sistematico) in cui vengono usate, al fine di stabilire l'intenzione dei contraenti riguardo l'oggetto e finalità dell'accordo⁽⁸⁸⁾; ricorrendo se c'è bisogno ai passi

⁽⁸⁶⁾ Si vedano gli autori citati da Navarro Valls e Motilla *ubi supra*.

⁽⁸⁷⁾ Per es. GIMÉNEZ Y MARTÍNEZ DE CARVAJAL, annovera tra le clausole contrattuali quella in cui una parte si prende l'obbligo di legiferare in una certa maniera su una specifica materia (*Los concordatos en...*, cit., p. 358). Cf. R. MAGNANI, *Nuove prospettive...*, cit., p. 47.

⁽⁸⁸⁾ Cf. Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati (1969), art. 31 e 32. Vid.

paralleli (nello stesso o negli altri concordati) e ai principi e consuetudini del diritto internazionale, nonché alla dottrina.

L'interpretazione *autentica* è quella compiuta dalle parti. Essa può essere *unilaterale* (cioè fatta da una delle parti) oppure *bilaterale* (compiuta da entrambe). Quella unilaterale è più usuale in quanto ciascuna parte, nell'adempiere le clausole dell'accordo, necessariamente ne fa l'interpretazione. Essa è legittima, se fatta in buona fede, fin tanto che l'altra parte non faccia obiezione, e ha valore soltanto nei confronti della parte che la compie, mentre non è vincolante per l'altra, sebbene l'accettazione, pur tacita, da parte di questa, la rende in certa misura vincolante anche per lei.

L'interpretazione bilaterale è quella compiuta d'accordo tra le parti, le quali insieme stabiliscono il senso preciso e la portata delle clausole oggetto d'interpretazione, con valore vincolante per entrambe. Essa si rende necessaria quando una delle parti manifesta il suo disaccordo con l'interpretazione fatta dall'altra.

Oltre ad essere questa la prassi nell'interpretazione dei trattati internazionali, gli stessi concordati contengono di solito una clausola in cui le parti s'impegnano a ricorrere all'interpretazione bilaterale e amichevole, qualora sorgano dubbi o dissensi sull'applicazione del concordato stesso. Comunque, una proiezione in tema d'interpretazione autentica della dottrina della superiorità della Chiesa, tipica dello *ius publicum ecclesiasticum*⁽⁸⁹⁾, non risponde ormai ai principi che ispirano i rapporti Chiesa-Stato, nemmeno sarebbe compatibile con il principio di parità tra le parti di un trattato internazionale. Né si contempla nella prassi concordataria — come detto — il ricorso all'arbitrato o alle istanze internazionali di giustizia⁽⁹⁰⁾.

g) *Efficacia ed esecuzione.*

Una volta perfezionato il concordato, esso, in quanto patto internazionale diventa vincolante per le parti, che quindi devono, in

N. DE LUCA, *Interpretazione sistematica e norme concordatarie*, in «IDE» (1994) P. I, p. 24-48.

⁽⁸⁹⁾ Cf. F. CAVAGNIS, *Institutiones Iuris Publici...*, cit., p. 399-400, 426; *Ius Decretalium*, cit., p. 257-259; F.M. CAPPELLO, *Summa Iuris Publici...*, cit., p. 475-476; A. OTTAVIANI, *Institutiones Iuris Publici...*, cit., p. 319.

⁽⁹⁰⁾ Interessante il sistema di risoluzione dei conflitti delineato nell'accordo maltese del 1991, in cui si riconosce espressamente la competenza dei tribunali maltesi nelle controversie in cui siano parte gli organi ecclesiastici e civili cui spetta attuare l'accordo.

buona fede, dare piena attuazione alle singole clausole ivi contenute⁽⁹¹⁾.

Tuttavia, sorge il problema, già accennato, delle clausole normative, contenenti cioè norme giuridiche di origine pattizia, destinate ad integrare gli ordinamenti interni delle parti, riguardo le materie prese in considerazione. In sostanza ciò significa che per la Chiesa il concordato determina un diritto particolare, parimenti per lo Stato il concordato diventa fonte del diritto ecclesiastico riguardo alla Chiesa cattolica e ai fedeli della medesima, nell'esercizio specifico della loro libertà religiosa⁽⁹²⁾.

Il problema è la via per la quale le clausole normative acquistano valore nell'ordinamento interno delle parti, una volta che si sono impegnate a «coordinare» i loro ordinamenti, se cioè le clausole concordatarie diventino immediatamente diritto interno dello Stato e della Chiesa, oppure ci sia bisogno di un ulteriore atto legislativo che le incorpori nell'ordinamento.

Per la Chiesa il problema non riveste particolare difficoltà, in quanto la Santa Sede esercita lo *ius tractandi* e contemporaneamente gode di potestà legislativa per tutta la Chiesa; quindi gli impegni perfezionati in sede concordataria diventano anche legge canonica particolare (per la nazione interessata) dal momento stesso della entrata in vigore dell'accordo.

Per lo Stato invece, una volta ratificato il concordato si pone il problema se per questo solo fatto, le regole di diritto in esso contenute si integrino automaticamente nell'ordinamento statale, oppure tale integrazione richieda l'ulteriore attività degli organi legislativi che devono emanare un'apposita norma di esecuzione.

Nel diritto costituzionale si sono sviluppati due diversi sistemi e dottrine, che riflettono differenti concezioni della sovranità statale e dei rapporti fra i poteri. Quello *dualista* vede l'ordinamento internazionale come non direttamente collegato a quello interno, per cui un trattato debitamente concluso impegna le parti ad attuarlo, ma non acquista efficacia entro l'ordinamento delle medesime, se non dopo che sia stato recepito mediante una norma formale di attuazione

⁽⁹¹⁾ Cf. la Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati (1969), art. 26.

⁽⁹²⁾ L'accordo col Venezuela (1964) finisce dando atto che esso, una volta ratificato, «sarà la norma che, come lo prevede l'Art. 130 della Costituzione, regolerà le relazioni tra la Chiesa e lo Stato».

(che rinvia all'accordo oppure ne riproduce il contenuto). E sarà questa specifica norma di applicazione a vincolare i sudditi e gli organi di attuazione della parte contraente. Il sistema *monista* invece vede direttamente collegati l'ordine internazionale a quello interiore, per cui una volta ratificato un trattato (con l'autorizzazione del Parlamento se fosse necessaria), esso acquista immediatamente forza obbligatoria anche nel diritto interno⁽⁹³⁾. Si intende che l'autorizzazione alla ratifica funge anche da norma di esecuzione.

Attualmente si tende a favorire la via *monista*, difatti la prassi della Santa Sede ha mutato in questo senso, è non c'è più l'emana-zione di un'apposita bolla di esecuzione. Basta, come si è detto, la ratifica pontificia, cui segue di solito, dopo lo scambio degli strumenti, la pubblicazione negli *Acta Apostolicae Sedis*. Ci sono Stati che seguono la prassi *dualista* e altri, soprattutto i paesi di cultura giuridica anglosassone, quella *monista*. In ogni caso bisogna stare a quanto disposto nella Costituzione, la quale di solito determina anche il rango dei trattati normativi nella gerarchia delle norme.

Collegato al tema dell'efficacia del concordato è quello della sua *compiuta attuazione*. Come detto, le parti sono tenute a fare quanto sia necessario al fine di dare piena attuazione agli impegni assunti in esso⁽⁹⁴⁾. Talvolta le clausole sono redatte in modo da consentire la loro immediata applicazione, anche in deroga di precedenti norme contrarie⁽⁹⁵⁾; ma spesso la loro generalità o indeterminatezza richiede la successiva promulgazione di norme (legali o amministra-

⁽⁹³⁾ Così ad es. la Costituzione della Polonia (art. 91) stabilisce che «il trattato internazionale ratificato, dopo la pubblicazione sul Giornale delle Leggi della Repubblica di Polonia, entra a far parte dell'ordinamento giuridico interno ed è direttamente applicabile, a meno che la sua applicazione non dipenda dalla promulgazione di una legge». Come spiega d'Avack, «il concordato normativo si concreterebbe in una procedura speciale di vera e propria produzione di diritto interno comune, il quale, come tale, non solo impegnerebbe le parti contraenti, ma creerebbe anche direttamente diritti e obblighi corrispondenti per i loro rispettivi sudditi... in forza e per effetto dell'accordo stesso» (P.A. D'AVACK, *Trattato di diritto...*, cit., p. 210). Cf. M. GIULIANO - T. SCOVAZZI - T. TREVES, *Diritto internazionale. Parte generale*, Milano 1991, p. 540-551.

⁽⁹⁴⁾ Un obbligo talvolta espressamente definito nello stesso accordo, come accade nel concordato Dominicano (1954), nel cui Art. 28 lo Stato si impegna a promulgare, entro sei mesi dall'entrata in vigore, «le disposizioni di diritto interno che fossero necessarie per l'esecuzione di questo Concordato».

⁽⁹⁵⁾ In questa materia sono le clausole derogatorie contenute nei concordati, come quella dell'art. 30 del concordato colombiano del 1973, in forza della quale «sono derogate tutte le disposizioni di leggi e di decreti che in qualsiasi maniera siano incom-

tive) che determinino più precisamente il disposto concordatario (soggetti, portata, modo o procedura, ecc.) al fine di renderlo eseguibile. Queste norme di attuazione sono di per sé unilaterali, quindi ciascuna parte, interpretando la norma concordataria, procede legittimamente a diramare le disposizioni che ritiene opportune a tale scopo; parimenti le può modificare. Tuttavia queste norme di esecuzione, benché unilaterali, comportano una interpretazione autentica di norme pattizie, ciò le situa sotto l'influsso del principio *pacta sunt servanda*⁽⁹⁶⁾, divenendo dunque auspicabile che nel loro processo di elaborazione (e di modifica) si tenga in debito conto il parere dell'altra parte. È qui che si inserisce in pratica il discorso sull'interpretazione bilaterale fatto precedentemente.

h) Estinzione.

L'estinzione oppure la sospensione di un concordato può avvenire per le stesse cause di qualsiasi contratto o trattato⁽⁹⁷⁾. L'estinzione può non essere totale, ma limitata a certe clausole o parti del medesimo. Si suole distinguere tra le cause previste nello stesso concordato e le altre, infatti le parti possono includere nell'accordo clausole riguardanti la sua cessazione.

Le cause previste possono essere: Il *termine* o spazio di tempo, al decorrere del quale l'accordo: a) semplicemente cessa; b) si intende tacitamente prorogato per un determinato lasso di tempo se nessuna delle parti esprime la sua volontà in contrario⁽⁹⁸⁾; c) oppure le parti si impegnano a procedere alla sua revisione⁽⁹⁹⁾. La *clausola risolutoria* o condizione, verificatasi la quale il patto cessa di obbli-

patibili con questo Concordato». Cf. P. LOMBARDÍA, *Fuentes del Derecho eclesiástico español*, in AA.VV., «Derecho eclesiástico...», cit., p. 189.

⁽⁹⁶⁾ Cf. P. LOMBARDÍA - J. FORNÉS, *Fuentes del Derecho eclesiástico español*, in AA.VV., «Derecho eclesiástico del Estado español», 4ª ed., Pamplona 1996, p. 93.

⁽⁹⁷⁾ Cf. la Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati (1969), artt. 54s.

⁽⁹⁸⁾ Ad. es., per la convenzione del 1957 con la Bolivia (Art. 20) si stabilisce una durata iniziale di dieci anni, ma con tacito rinnovamento per successivi periodi decennali «a meno che, sei mesi prima che termini il decennio, una delle Parti Contraenti dichiarerà all'altra la sua volontà in contrario».

⁽⁹⁹⁾ Così avvenne per il concordato colombiano del 1973: prima della sua ratifica nel 1975, le parti si interscambiarono delle note nelle quali concordarono «fijar un término de diez años contados a partir de la fecha de ratificación del Concordato, para determinar la revisión y eventual modificación del mismo instrumento dentro de la armonía que debe reinar entre la Iglesia Católica y el Estado Colombiano».

gare le parti. La *denuncia* unilaterale consentita alle parti nello stesso accordo (altrimenti la denuncia sarebbe illegittima) ⁽¹⁰⁰⁾. La denuncia può essere consentita in qualsiasi momento dopo l'entrata in vigore dell'accordo, oppure soltanto dopo passato un certo termine; essa di solito richiede il preavviso (di regola, sei mesi).

Tra le altre cause di estinzione del concordato la più frequente è il *consenso reciproco* delle parti, che decidono ad un certo punto di sospendere l'accordo, oppure di rivederlo ⁽¹⁰¹⁾ o sostituirlo con un nuovo patto ⁽¹⁰²⁾.

La *violazione* unilaterale e sostanziale del concordato può causare anche l'estinzione del medesimo, nel senso che l'altra parte può reagire alla violazione sia esigendo il rispetto dell'accordo che sospendendo a sua volta l'applicazione del medesimo, oppure dichiarandolo estinto, secondo il principio *frangenti fides, fides iam non est servanda*, non c'è obbligo di rispettare chi non rispetta i patti. La gravità della violazione viene misurata a seconda di quanto essa intralci il raggiungimento delle finalità del concordato; la Chiesa di solito non risponde alla violazione con la denuncia, limitandosi piuttosto a protestare ed esigere il pieno adempimento del concordato violato.

Può anche provocare l'estinzione di un patto il drastico, imprevedibile *cambiamento delle circostanze* nelle quali fu concluso, in modo tale da rendere troppo oneroso per alcuna delle parti l'adempimento degli impegni. I trattati, infatti, rispondono a determinati parametri di situazione e di congiuntura, quindi una forte modifica di esse potrebbe rendere impossibile, ingiusto o pregiudiziale l'a-

⁽¹⁰⁰⁾ Così l'Art. 23 del concordato con la Romania del 10 maggio 1927 stabiliva che « Les deux parties contractantes se réservent la faculté de dénoncer le présent Concordat, avec un préavis de six mois » (MERCATI, *Raccolta*, II, p. 51). Parimenti l'art. 12 della Convenzione con El Salvador riserva alle parti la facoltà di denuncia con preavviso di un anno (AAS (1968) p. 384).

⁽¹⁰¹⁾ Così l'Accordo di revisione del Concordato lateranense (1929) concluso tra la Santa Sede e l'Italia nel 1984. Benché quest'ultimo deroga quasi la totalità delle clausole del vecchio concordato, ragioni costituzionali hanno consigliato la via della revisione o modifica (cf. Cost. Italiana., art. 7). Vid. G. CATALANO, *Problematica giuridica...* cit.; P.A. D'AVACK, *I rapporti fra Stato e Chiesa in Italia e la sorte del Concordato Lateranense*, in AA.VV., « Etudes de droit et d'histoire. Mélanges Mgr. H. Wagnon », Lovanio 1976, p. 145.

⁽¹⁰²⁾ I 5 Accordi (1976 e 1979) con la Spagna hanno derogato il precedente Concordato del 1953.

dempimento di un patto (o di una parte di esso); per cui si intende che il principio del rispetto in buona fede dei patti (*stare pactis*) vincoli le parti *rebus sic stantibus*, cioè mentre lo stato delle cose alla base di un accordo non cambi in modo da renderne troppo oneroso l'adempimento per alcuna delle parti.

Questa clausola presunta o principio d'interpretazione (*rebus sic stantibus*), oggi codificata⁽¹⁰³⁾ risponde in fondo a esigenze di giustizia naturale (di ragionevolezza), in quanto a nessuno si può richiedere di prevedere l'imprevedibile né di accettare un onere o danno oltre le sue intenzioni e possibilità⁽¹⁰⁴⁾. Certamente la sua applicazione deve rispondere anche alla buona fede. La Chiesa può venire a trovarsi in particolari circostanze, tali che un certo accordo diventi di ostacolo alla salvezza delle anime, allora ha la possibilità di chiederne la modifica. Parimenti può accadere agli Stati, ad esempio, un cambiamento costituzionale può talvolta esigere la modifica di un patto, in quanto contrario alla nuova costituzione. Logicamente, più che la scadenza *tout-court* del concordato, una soluzione negoziata del problema sembra la più equa ed è quella seguita in pratica⁽¹⁰⁵⁾.

Infine, il sostanziale *cambiamento dei soggetti* parti in un concordato può anche provocarne l'estinzione. Questa causa, collegata in certo senso con la precedente, è discussa nei diversi profili della sua applicazione a seconda di cosa si intenda per mutamento di un soggetto. La storia è ricca di esempi. Oggi non viene considerato motivo sufficiente il cambio delle persone dei governanti (come poteva avvenire in passato con i privilegi pontifici concessi a un re o a una dinastia), posto che le parti sono la Santa Sede e lo Stato, non le persone fisiche che le governano.

Per la Santa Sede, data la sua stabile costituzione e soggettività, il problema non si pone, anche perché essa non si basa su l'elemento territoriale o meramente politico⁽¹⁰⁶⁾.

⁽¹⁰³⁾ Vid. Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati (1969), art. 62.1.

⁽¹⁰⁴⁾ Se ne è occupato ampiamente CATALANO in diversi capitoli della sua *Problema giuridica...* cit.

⁽¹⁰⁵⁾ Difatti l'Accordo con l'Ungheria del 1997 prevede che «nel caso che una delle Parti consideri che siano radicalmente mutate le circostanze nelle quali si è stipulato il presente Accordo, così da ritenere necessario di modificarlo, si procederà al più presto ad opportune trattative per aggiornarlo» (V. 3). Parimenti è previsto nell'Accordo castrense con l'Ecuador, art. 12.

⁽¹⁰⁶⁾ Tuttavia merita ancora citazione la denuncia del concordato del 1855, fatta

Per lo Stato è oggi pacifico che il cambiamento di governo non fa decadere i trattati precedenti. Invece sono più problematiche le mutazioni costituzionali o di sistema politico e di sovranità, in quanto esse possono comportare una trasformazione dello Stato stesso come soggetto.

Di solito i cambiamenti costituzionali, di forma di governo o anche di sistema politico non vengono considerati causa sufficiente per considerare estinti i trattati internazionali⁽¹⁰⁷⁾; se però a questi cambiamenti fosse di ostacolo un trattato ormai in vigore, più che dichiararlo estinto si dovrà procedere ad un suo adeguamento alle nuove circostanze (ad es. ad una forma di Stato federale). Di questa persistenza dei concordati attraverso le vicissitudini politiche degli Stati, si è solito fare menzione del concordato napoleonico (1801), sopravvissuto al succedersi di forme imperiali e repubblicane in Francia durante il XIX Secolo⁽¹⁰⁸⁾. Attualmente sono in vigore concordati con Stati la cui struttura politica è molto cambiata dal momento della loro conclusione fino ad oggi, come quelli del 1929 con il Regno d'Italia, l'austriaco del 1933 e quello con la Germania del terzo Reich dello stesso anno⁽¹⁰⁹⁾; sempre sulla base della continuità del soggetto statale al di là dei cambiamenti politici.

Più chiara sembra l'estinzione dei concordati quando i mutamenti riguardano l'identità stessa dello Stato contraente, per perdita della sua sovranità. Anche quando uno Stato acquista l'indipendenza

dall'Austria nel 1870, in seguito alla dichiarazione dogmatica dell'infallibilità pontificia avvenuta nel 1870, ritenendo che era avvenuto un cambiamento dell'altra parte.

⁽¹⁰⁷⁾ Nel senso che non si può invocare il diritto interno per giustificare l'invalidità di un trattato (vid. la Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati (1969), art. 27).

⁽¹⁰⁸⁾ Cf. J. JULG, *L'Église et les États. Histoire des concordats*, Paris 1990, p. 161-168; J. DENIS, *Note sur una survivance du concordat napoléonien*, in AA.VV., «La institución concordataria en la actualidad», Salamanca 1971, p. 279-281.

⁽¹⁰⁹⁾ Dopo la sconfitta tedesca nella seconda guerra mondiale si pose la questione della permanenza di questo concordato. Sia la Santa Sede che la Repubblica Federale Tedesca hanno considerato in vigore l'accordo, e lo stesso Tribunale costituzionale federale ribadì questa tesi nella nota sentenza del 26 marzo 1957 (in *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*, Vol. 6, p. 309-367). Cf. Legge Fondamentale Art. 123.2. Per la documentazione del caso vid. F. GIESE - F.A. HEYDTE (ed.), *Der Konkordatsprozess*, München 1957-1959; H. GROPPE, *Das Reichskonkordat vom 20. Juli 1933*, Köln 1956. Il problema viene riassunto e illustrato da G. CATALANO, *Problematica giuridica...* cit., p. 21-46; vid. et W. AYMAN, *Los acuerdos con los países de centroeuropa*, in AA.VV., «La institución concordataria en la actualidad», Salamanca 1971, p. 210-212.

si intende che non è più vincolato dai trattati in vigore quando faceva parte di un altro Stato (secondo la regola *res inter alios acta neque iuvat neque nocet*), a meno che il nuovo Stato non li ratifichi⁽¹¹⁰⁾. Controversa è invece la questione se si applica il concordato al territorio che viene poi incorporato allo Stato firmatario. Oggi la dottrina sostiene per lo più la tesi affermativa, dato che i soggetti dei trattati sono gli Stati non i territori, ma pare che la Santa Sede nella pratica abbia seguito la tesi di non estendere il concordato ai nuovi territori senza un accordo almeno tacito con lo Stato. Si capisce che in questa materia giocano importanti ragioni politiche di rispetto dei popoli, che non consentono una prassi uniforme, dato che i cambiamenti territoriali avvengono di solito come conseguenza di conflitti bellici⁽¹¹¹⁾.

i) *Effetti dell'estinzione dei concordati.*

Una volta estinto il concordato, fatti salvi ovviamente gli effetti già causati, le parti non sono più tenute a continuare la sua applicazione e possono regolamentare autonomamente le materie oggetto della convenzione. Il problema che si pone è quello della sopravvivenza delle norme emanate in applicazione del concordato. La risposta logica dipende dal processo seguito per l'emanazione di tali norme di diritto interno, il che dipende a sua volta dalla Costituzione di ciascuna delle parti. Dove si segue il principio monista tali norme derivano immediatamente la loro forza dal concordato, quindi si devono ritenere derogate insieme al medesimo. Se invece sono state emanate con atto legislativo unilaterale e distinto (benché in esecuzione dell'accordo), il loro vigore deriva da questo atto e quindi l'e-

⁽¹¹⁰⁾ Parliamo qui in termini generali; il problema tuttavia non è semplice, difatti la recente Convenzione sulla successione fra Stati e il diritto dei trattati, è un ulteriore sforzo di chiarificazione. Essa esclude dal principio *res inter alios* gli obblighi contrattuali localizzabili, come accordi sui limiti di frontiera. Problema irrisolto, oggi ripresentatosi, è quello delle proprietà all'estero (sedi di ambasciate per es.) di uno Stato che si divide.

⁽¹¹¹⁾ Così è avvenuto per le provincie francesi di Alsazia e Lorena dove è ancora in vigore il concordato con la Francia del 1801. Nel 1871 esse furono incorporate alla Germania, la quale ottenne dalla Santa Sede, nel 1872, che detto concordato fosse mantenuto. Dopo la prima guerra mondiale le due provincie tornarono alla Francia e questa si accordò di nuovo con la Santa Sede perché il concordato rimanesse nonostante esso fosse ormai estinto per il resto del territorio francese (vid. P.A. D'AVACK, *Trattato di diritto...*, cit., p. 216-217).

stinzione del concordato non provoca la loro deroga automatica, continuano a far parte dell'ordinamento interno finché non siano abrogate dagli organi legislativi competenti.

Per la Chiesa la semplice ratifica del concordato, e il conseguente scambio degli strumenti, da origine *ipso facto*, come abbiamo visto, a un diritto canonico particolare, per cui la cessazione del concordato comporterebbe la loro deroga. Tuttavia il sistema canonico richiede che il diritto particolare venga derogato in forma espressa dal legislatore competente (c. 20); ciò fa sì che le opinioni sulla persistenza di tale diritto dopo l'estinzione del concordato siano discordanti.

7. *Panoramica dei concordati di fine secolo.*

Nell'ultimo quarto del secolo XX⁽¹¹²⁾ si è assistito alla revisione o rinnovo degli accordi con diversi paesi di tradizione concordataria. Oltre al concordato con la *Colombia* (1973-1975), sono stati firmati accordi con il *Portogallo* (1975), la *Spagna* (1976 e 1979), *Haiti* (1984) e *Italia* (1984). Nuovi accordi si sono conclusi con alcuni paesi dell'area latinoamericana come l'Accordo internazionale con il *Perù* (1980) riguardante svariati argomenti, e gli accordi per l'assistenza religiosa alle forze armate del *Brasile* (1989) e del *Venezuela* (1994).

Una costante attività concordataria registrano l'*Austria* e la *Germania*, i cui sistemi di Accordi ecclesiastici richiedono frequenti modifiche e aggiornamenti, data l'importanza che per il diritto ecclesiastico di questi paesi hanno l'erezione e modifiche delle circoscrizioni ecclesiastiche, le materie scolastiche e la contribuzione economica statale⁽¹¹³⁾.

Ad essi si sono di recente aggiunti gli accordi con i nuovi *Länder* tornati a far parte della Repubblica Federale Tedesca, in seguito alla riunificazione della Germania; in un primo passo si è concordata la sistemazione delle circoscrizioni ecclesiastiche nelle nuove regioni;

⁽¹¹²⁾ Vedi in proposito, J.-B. D'ONORIO, *La diplomatie concordataire de Jean Paul II*, in AA.VV., *La Diplomatie de Jean Paul II*, Paris 2000, p. 251-301. Per i testi degli accordi vid. J.T. MARTÍN DE AGAR, *Raccolta di concordati 1950-1999*, Città del Vaticano 2000; ID., *I concordati del 2000*, Città del Vaticano 2001.

⁽¹¹³⁾ Vedi tra gli altri A. HOLLERBACH, *Concordati e accordi concordatari in Germania sotto il pontificato di Giovanni Paolo II*, in «QDPE» (1999/1) p. 73-79; I. ZABALZA, *Los concordatos y contratos Iglesia-Estado en el derecho eclesiástico alemán*, in «ADEE» (1986) p. 333-349.

in seguito sono stati firmati degli accordi sulle varie questioni di interesse comune, sulla scia del sistema tedesco di accordi confessionali⁽¹¹⁴⁾.

Nel loro insieme, questi accordi presentano le caratteristiche degli accordi di portata generale, per cui oltre a ribadire la relativa vigenza degli accordi pre-bellici, premettono la definizione dei principi basilari dei rapporti tra la Chiesa e il Land (libertà religiosa, libertà e autonomia della Chiesa, collaborazione reciproca), passando poi a statuire su una ampia rosa di materie specifiche: insegnamento della religione e della teologia, istituti cattolici di insegnamento, personalità e statuto civile dei vari enti ecclesiastici, provvista di uffici, giorni festivi, assistenza religiosa nelle istituzioni pubbliche, rispetto del segreto ministeriale, beni di proprietà o di uso ecclesiastico, cimiteri, finanziamento ed esenzioni fiscali, patrimonio culturale, protezione dei dati anagrafici, mezzi di comunicazione.

Notevoli sviluppi del principio di cooperazione⁽¹¹⁵⁾ possono essere riscontrati in questi accordi: nella introduzione dell'obbligo della previa consultazione della Chiesa sui progetti legislativi che direttamente la possano riguardare⁽¹¹⁶⁾, nello stabilimento di concreti canali di comunicazione permanente tra gerarchia locale e governo⁽¹¹⁷⁾, e nel richiamo al principio di parità confessionale⁽¹¹⁸⁾, che in un certo senso si ricollega al concetto di nazione più favorita.

⁽¹¹⁴⁾ Cf. K. HARTELT, *Verträge zwischen der katholischen Kirche und des neuen Bundesländern*, in AA.VV. (a cura di R. PUZA - A.P. KUSTERMANN) «Neue Verträge zwischen Kirche und Staat. Die Entwicklung in Deutschland und Polen», Freiburg Schweiz 1996, p. 57-77; E.-L. SOLTE, *Gemeinsamen Angelegenheiten von Staat und Kirche in den Staatkirchenverträgen der neuen Länder*, ivi. p. 79-97; R. PUZA, *Verträge zwischen Kirche und Staat in den neuen Bundesländern*, in «Theologische Quartalschrift» (1996) p. 177-191; A. HOLLERBACH, *Concordati e accordi...*, ubi sup.

⁽¹¹⁵⁾ Sul tema, vid. R. ASTORRI, *Storia e sistemi di rapporti tra Stato e Chiesa*, in «ADEE» (1998) p. 40-41.

⁽¹¹⁶⁾ Vid. ad es. l'art. 2.2 (e relativo Protocollo finale) del Accordo con Sassonia-Anhalt (1998). Anche nell'Accordo del 1996 con lo Stato Libero di Sassonia (art. 2.2).

⁽¹¹⁷⁾ Talvolta, come nell'Accordo del 1996 con lo Stato Libero di Sassonia, viene istituito dalle diocesi «un Ufficio Cattolico come Commissariato dei Vescovi presso la sede del Governo di Stato» (art. 2.2).

⁽¹¹⁸⁾ Così nell'Accordo con la Turingia (1997): «Qualora in accordi con altre comunità religiose comparabili lo Stato Libero di Turingia concedesse diritti e prestazioni che superino il presente Accordo, le Parti contraenti esamineranno insieme se, a causa del principio di parità, siano necessarie modifiche del presente Accordo» (Protocollo

Abbastanza completo ed articolato risulta il sistema concordatario disegnato nei recenti accordi stipulati con *Malta* (1988, 1989, 1991 e 1993). Nel rispetto della libertà religiosa e della tradizione cattolica dell'Isola, essi regolamentano i rapporti in materia patrimoniale, scolastica e matrimoniale. Il quadro risultante appare di particolare interesse, sia per il contenuto, sia per determinati spunti tecnici, come le commissioni miste per la risoluzione degli eventuali problemi applicativi e il riconoscimento espresso di una certa competenza dei tribunali civili⁽¹¹⁹⁾.

Una intensa attività pattizia registra il Centro-Est dell'Europa dopo il crollo del comunismo sovietico. Con diversi percorsi e modalità hanno concluso accordi con la Santa Sede: Polonia, Ungheria, Croazia⁽¹²⁰⁾, Estonia, Lituania, Lettonia e Slovacchia, e tutto lascia prevedere che a questi seguiranno altri, e che in molti di questi paesi il sistema di accordi si estenderà alle altre confessioni⁽¹²¹⁾. Oltre ai richiami alla libertà religiosa, la reciproca autonomia e la cooperazione, non mancano, nei paesi di tradizione cattolica, riferimenti al ruolo storico svolto dalla Chiesa nella configurazione morale, culturale e sociale della nazione.

Con la *Polonia* è stato concluso nel 1993 un vero e proprio concordato, l'unico a ricevere ufficialmente questo nome. In esso vengono considerati una grande varietà di argomenti. Interessante è in primo luogo il lungo preambolo, in cui si fa riferimento al ruolo svolto dal cattolicesimo e dalla Chiesa nella storia (passata e recente) della nazione polacca e al significato del pontificato di Giovanni Paolo II; ma è anche da notare il comune richiamo delle Parti ai principi del diritto internazionale, ai diritti dell'uomo e al rispetto della dignità della persona come fondamento della democrazia. Nel primo articolo si definiscono i principi che reggono i rapporti tra Stato e

finale in relazione all'art. 31). Clause simili appaiono negli accordi con Meclemburgo-Pomerania Anteriore (del 1997, art. 23) e Sassonia-Anhalt (del 1998, art. 23).

⁽¹¹⁹⁾ Accordo del 1991 sui beni ecclesiastici, art. 19.

⁽¹²⁰⁾ Vid. per questi tre paesi G. BARBERINI, *I concordati di Giovanni Paolo II nell'Europa centrale e orientale*, in «QDPE» (1999/1) p. 49-71.

⁽¹²¹⁾ Da notare il richiamo alla parità delle confessioni contenuto nell'Accordo ungherese del 1997, in cui si assicura a tutte le Chiese la possibilità di ricevere una percentuale dell'IRPEF sulla base delle indicazioni dei singoli contribuenti (II. Art. 4, 1 e 2). Come spiega P. ERDŐ, con ciò viene rettificata la Legge CXXVI/1996 riguardo alle scelte alternative proposte ai cittadini (*Accordo tra la Santa Sede e la Repubblica d'Ungheria*, in «Ius Ecclesiae» (1998) p. 652-659).

Chiesa: indipendenza e autonomia nel rispettivo ordine e, su questa base, collaborazione al servizio della persona e della società.

Altri paesi di questa area hanno seguito la via degli accordi tematici; l'*Ungheria*, ad esempio, parte nel 1990 con un breve Accordo di normalizzazione delle relazioni, in seguito all'approvazione della Legge IV/1990 sulla libertà religiosa, di coscienza e sulle Chiese. In tale accordo si ripristinavano in pienezza i rapporti diplomatici, si dichiaravano abrogate le intese raggiunte con l'Atto del 1964 e si apriva la possibilità a successive convenzioni.

Sono seguiti, infatti, due Accordi. Quello del 1994 riguarda l'assistenza religiosa alle forze dell'ordine, mentre quello del 1997 affronta, divise per sezioni, questioni di natura economica. Nella prima sezione si tratta del finanziamento delle attività ecclesiali di servizio pubblico, soprattutto di insegnamento e di salvaguardia del patrimonio culturale; nella seconda e terza sezione si tratta della devoluzione e del risarcimento alle istituzioni ecclesiastiche per gli immobili tolti in passato alla Chiesa, della possibilità per i cittadini di destinare alle Chiese l'1% del loro IRPEF e di altre sovvenzioni ed esenzioni fiscali.

Con la *Croazia* sono stati conclusi 4 Accordi (tre nel 1996, uno nel 1998) circa gli stessi argomenti di quelli spagnoli del 1979: questioni giuridiche, questioni culturali, assistenza alle forze armate e di polizia e questioni economiche, anche con una sostanziale coincidenza in non pochi dei provvedimenti adottati; per le questioni economiche invece si sono prospettate soluzioni differenti. Anche con la *Lituania* è stato scelto il metodo di accordi tematici; tre sono stati siglati nel maggio del 2000, riguardanti rispettivamente gli affari giuridici, culturali-educativi e di assistenza alle forze armate.

Un certo ritorno al sistema di accordo generale rappresentano quelli firmati nel novembre 2000 con la *Lettonia* e la *Slovacchia*. Quello lettone in 33 articoli (ordinati in Parti e Sezioni tematiche) affronta gli stessi argomenti degli accordi firmati separatamente in altri paesi. L'ampio Accordo-base con la *Slovacchia*, oltre a regolamentare diverse materie (giuridiche, scolastiche, assistenziali), apre la strada a successivi accordi, ad esempio sull'obiezione di coscienza.

A questi accordi più formali si devono aggiungere quelli stipulati con l'*Estonia* a mezzo di Note diplomatiche del 23 dicembre 1998 e del 15 febbraio 1999. In esse si garantisce alla Chiesa e alle istituzioni cattoliche, la libertà per svolgere le loro opere nel quadro della legislazione civile. Costituisce una certa novità il fatto che sono

riconosciuti gli effetti civili al matrimonio celebrato in forma canonica, venendosi a profilare un sistema di quelli chiamati in dottrina di tipo anglosassone.

Nell'area medio orientale speciale rilievo è stato dato nei media e nella letteratura specialistica agli Accordi con *Israele*⁽¹²²⁾; quello Fondamentale del 1993, contestuale allo stabilimento di rapporti diplomatici, e quello del 1997 sulla personalità giuridica. Ha attirato anche particolare interesse il più breve Accordo di base con l'*Organizzazione per la Liberazione della Palestina* (OLP) siglato nel febbraio 2000⁽¹²³⁾. L'importanza politica di questi accordi va oltre alle considerazioni giuridiche, poiché essi hanno una specifica rilevanza sul piano del dialogo interreligioso, oltre a definire lo statuto giuridico della Chiesa e delle sue istituzioni in Terra Santa, ove la libertà religiosa rimane insidiata da ragioni culturali, storiche e politiche. In entrambi i casi si parte da uno specifico richiamo al diritto di libertà religiosa, come definito nella Dichiarazione Universale di Diritti Umani dell'ONU.

Particolare attenzione meritano per la loro novità e per motivi particolari gli accordi con certi paesi africani. È il caso dello scambio di Lettere tra il Re del *Marocco* e il Romano Pontefice (1983-84) che disegna un modico spazio di libertà per la Chiesa in un paese di confessione islamica. Interessanti anche gli Accordi con la *Costa d'Avorio* (1992) riguardante la costituzione e riconoscimento di una fondazione internazionale; con il *Camerun* (1989, 1995) sull'Istituto Cattolico di Yaoundè; e soprattutto l'Accordo quadro con il *Gabon* (dicembre 1997), che apre rilevanti prospettive per l'area centro meridionale africana⁽¹²⁴⁾.

Il primo accordo con uno Stato asiatico è quello firmato col *Kazakhstan* il 24 settembre 1998. Esso ha particolare interesse dato che si tratta di un paese a maggioranza musulmana appena uscito dal mo-

(122) Vid. R. PALOMINO, *El Acuerdo Fundamental entre la Santa Sede y el Estado de Israel*, in «El Olivo» (1998) p. 69-93.

(123) AAS (2000) 853-861, anche in «L'Osservatore Romano» 16.2.2000, p. 9, insieme ad un commento di D.-M. A. JAEGER, *L'Accordo di base tra la Santa Sede e l'OLP*; e in «IE» (2000), pp. 260-269, con nota di D.-M. A. JAEGER. Breve presentazione, di P. FERRARI DA PASSANO, *L'Accordo tra la Santa Sede e l'Organizzazione per la Liberazione della Palestina*, in «La Civiltà Cattolica» (2000), pp. 364-371.

(124) Vid. R. PALOMINO, *L'Accordo-quadro del 1997 tra la Santa Sede e la Repubblica del Gabon*, in «QDPE» (1999/1) p. 81-86.

dello comunista, dove la presenza del cattolicesimo è relativamente recente e ridotta. Si tratta dunque di un accordo che disegna per la prima volta lo statuto civile della Chiesa, piuttosto in prospettiva di futuri sviluppi, che in riferimento alla storia.

Queste circostanze spiegano il diretto richiamo alle norme del diritto internazionale e ai relativi principi di reciproco rispetto e di non ingerenza negli affari interni. Su queste basi le parti si impegnano nel primo articolo al rispetto della loro libertà nell'esercizio dei rispettivi diritti e poteri, come base della cooperazione tra di loro.

Ne risulta garantito uno statuto di libertà per la Chiesa e per i suoi enti, i quali si possono stabilire, ottenere la personalità civile, acquistare e gestire i beni necessari e svolgere le loro attività, senza interferenze, entro il quadro della legislazione civile. Vengono specificamente riconosciute le istituzioni cattoliche con finalità educative e sociali (art. 8 e 9). È pure tutelata l'assistenza religiosa ai fedeli ricoverati negli ospedali statali e ai carcerati (art. 10).

Novità, per quanto riguarda la controparte e il contenuto, è l'Accordo di Cooperazione con l'*Organizzazione dell'Unità Africana* (OAU-OUA), del 19 ottobre 2000, nel quale, riconoscendo il contributo della Chiesa alla causa della pace, della giustizia e della libertà in Africa, si profilano diversi possibili canali di cooperazione in materie di comune interesse come l'educazione, la salute o i diritti umani, anche sulla base di specifici accordi.

8. *Le analisi della dottrina.*

Come si è accennato, l'abbondante attività concordataria durante il pontificato di Giovanni Paolo II non ha lasciato indifferenti gli studiosi che, al di là dei commenti specifici per l'uno o l'altro accordo, se ne sono interessati nell'insieme, non certo per ripristinare vecchie questioni, ma per cercare le ragioni di tanta attività, coglierne le novità ed inquadrarle nelle coordinate, così vaste e fluide di quello che si potrebbe esprimere come l'andamento della nostra società multiculturale.

Prima di tutto si deve segnalare la constatazione della vivacità dell'istituto concordatario (Catalano, Iban, De la Hera, Astorri, Ferrari) che, come segnalato, dopo il Concilio Vaticano II ha preso un incremento accelerato, mentre proprio allora da non pochi, anche

esperti, veniva pronosticato il declino, per diverse ragioni⁽¹²⁵⁾; benché non mancassero coloro che già allora non vedevano la ragione di tali prospettive, (Astorri cita Margiotta Broglio). Un incremento che può in parte essere attribuito al prestigio internazionale della Santa Sede e più concretamente del Papa attuale, ma che è anche in rapporto con i mutamenti politici avvenuti nell'ultimo decennio del XX secolo, specie nei paesi del blocco sovietico.

Come sempre le analisi e le prospettive globali offrono spunti e spiegazioni suggestive, che permettono di inquadrare tutto l'insieme svariato dei concordati recenti in grandi linee di tendenza. Ma anche qui appare presto la relatività di tali analisi, che necessariamente hanno una forte componente congetturale e di accento. Basta segnalare che mentre non pochi studiosi sottolineano la novità e forza con cui sembra affermarsi la preferenza per gli accordi parziali o tematici, più flessibili e adattabili dei «vecchi» solenni concordati; altri autori (Astorri) invece sottolineano come al di là di tale innegabile dato formale⁽¹²⁶⁾, tecnico, sussiste sempre la preoccupazione della Santa Sede per una definizione più completa possibile delle materie, visibile anche nel fatto che in non pochi casi l'insieme degli accordi firmati, spesso nella stessa data, equivalgono ad un concordato e si presentano come un intero sistema concordatario.

In questa linea è da notare che se, a parole, viene definito concordato solo l'accordo con la Polonia, per l'ampiezza e diversità degli argomenti presi in considerazione, meriterebbero pure tale qualifica gli accordi con i così detti nuovi Länder tedeschi, chiamati «concordati regionali» da Hollerbach. Molti altri accordi recenti presentano notevoli tratti di generalità.

Per quanto riguarda poi l'inquadramento di questa intensa attività concordataria, alla quale stiamo assistendo, nell'andamento della realtà socio-politica, ci sono state diverse interessanti analisi, per lo più centrate sull'Europa. Certo, si sa quanto sia problematico interpretare i dati della storia; una difficoltà che cresce in misura proporzionale alla prossimità degli eventi; e che diventa veramente rischiosa quando tale interpretazione si proietta verso il futuro. Tuttavia non

(125) Tra di essi, segnala R. ASTORRI a D'Avack, Condorelli, De Luca (*Gli accordi concordatari durante il pontificato di Giovanni Paolo II. Verso un nuovo modello?*, in «QDPE» (1999/1) p. 24-25.)

(126) Per CATALANO sarebbe solo «apparentemente formale, ma in realtà avente riflessi sostanziali» (*Sulle vicende...* cit., p. 26).

mancano spunti prospettici e valutazioni dell'attualità concordataria che, per quanto possano essere provvisori, hanno quanto meno il merito di sollevare problemi, porre degli interrogativi, tentare di cogliere quale possa essere l'andamento delle cose.

In questa linea, Iban, studiando gli accordi dell'Europa mediterranea, si pone la domanda se in realtà i concordati servano a risolvere i problemi, le conclusioni che egli trae dalla esperienza sono complessivamente positive, ma non manca di notare come spesso le norme concordatarie, non essendo direttamente applicabili, si debbano richiamare ad altre successive norme di applicazione « dando vita ad un processo concordatario senza fine »⁽¹²⁷⁾; se non addirittura chiamando in causa un numero sterminato di commissioni, miste o paritetiche. Quindi finisce per auspicare che davvero le clausole pattizie servano a dare risposta immediata alle questioni. Un auspicio più che condivisibile, sicuramente anche da parte delle diplomazie implicate nei negoziati; ma che per altri versi significherebbe un certo ritorno ai concordati chiusi e rigidi.

Dall'angolo visuale della travagliata storia della laicità, Gaudemet⁽¹²⁸⁾ rileva come i problemi che questa pone oggi, o forse meglio che *ad* essa (come principio di Stato) si pongono oggi, siano di molto cambiati rispetto al passato, « la "laicità" non è più "laicismo" beligerante », per cui « a seguire la storia della laicità e quella dei concordati non sembra proprio che l'una escluda l'altro »⁽¹²⁹⁾. Difatti si è segnalato da diverse parti, come esempio, l'Accordo Quadro col Gabon, paese dove il cristianesimo è ancor giovane e la cui costituzione proclama la laicità come nota caratterizzante lo Stato, compatibile con la costatazione che la Chiesa ha svolto e può svolgere un importante ruolo di stabilità e di promozione sociale.

Sullo sfondo del processo di integrazione europea, cioè del percorso verso la democrazia reale di quei paesi in cui (fino a poco fa) reale era invece il socialismo, in vista dell'unificazione economica, sociale e politica, Cardia si propone di « individuare quelle *linee di tendenza ed evoluzione* destinate a modificare in profondità determinati settori normativi », mediante una lettura degli « elementi macro-nor-

(127) I.C. IBAN, *I concordati dell'Europa meridionale*, in « QDPE » (1999/1) p. 44-45.

(128) *Laicità e concordato*, in « QDPE » (1999/1) p. 127s.

(129) Ivi, p. 143 e 145.

mativi esistenti di cui si può ragionevolmente prevedere il successivo sviluppo a livello interordinamentale», specificamente in tema di rapporti Chiesa-Stati⁽¹³⁰⁾.

Dal fatto della generalizzazione della democrazia come forma di governo civile, nonché della garanzia dei diritti umani anche a livello sovranazionale, sta venendo fuori, sempre più forte, un diritto comune riguardo alla libertà religiosa e delle confessioni, più ampio e garantistico delle concessioni ottenute sul piano degli accordi con le confessioni, che col tempo «appariranno aggiuntive e ultronee rispetto alle garanzie fornite dall'ordinamento comunitario», per cui «le confessioni religiose non avranno più bisogno di vedere fondati i propri diritti sulle pattuizioni interne, perché tali diritti sono ormai stabilmente innestati e garantiti a livello costituzionale e comunitario». Cardia quindi intravede una svolta, per certi versi forse ormai in atto, «per la quale, mentre un tempo il *diritto comune* era considerato tradizionalmente *restrittivo* rispetto alle concessioni che le confessioni potevano ottenere in sede di contrattazione bilaterale, oggi esso sembra divenire — almeno per alcuni aspetti — più appetibile, cioè più favorevole e liberale, rispetto ai diversi testi o accordi pattizi»⁽¹³¹⁾.

Le linee di tendenza che fanno da premessa a tali previsioni sembrano indiscutibili; e tuttavia proprio l'espandersi della democrazia e delle garanzie dei diritti fondamentali, insieme all'affermarsi della diversità nei vari campi, sta dando luogo ad un parallelo processo di espansione del sistema o modello di accordi con le confessioni.

Sembra però chiaro che laddove il diritto comunitario protendesse a definire in maniera uniforme, non già il contenuto essenziale della libertà religiosa, ma anche le particolari esigenze da essa derivanti, e quindi lo statuto giuridico delle confessioni religiose, allora verrebbe a porsi il problema del futuro dell'attuale sistema pattizio.

In prospettiva eurocomunitaria una tale eventualità, cioè «che l'azione comunitaria in materia di rapporti con le religioni possa rivelarsi necessaria per raggiungere gli scopi della Comunità», sembra a Margiotta Broglio⁽¹³²⁾ difficile da immaginare e comunque non

⁽¹³⁰⁾ C. CARDIA, *Concordati e diritto comune*, in «QDPE» (1999/1) 147 s.

⁽¹³¹⁾ Ivi p. 149-151.

⁽¹³²⁾ F. MARGIOTTA BROGLIO, *L'evoluzione dei rapporti tra Chiesa e Stati durante il pontificato di Giovanni Paolo II* (tavola rotonda), in «QDPE» (1999/1), p. 19.

sulla via pattizia; ma nell'ipotesi, non dovrebbe essere esclusa a priori la possibilità di accordi con le confessioni a livello comunitario, proprio perché il punto di partenza per non pochi degli Stati membri è il sistema di concertazione.

Rimanendo più nel presente, pur senza isolarlo, Ferrari⁽¹³³⁾ tenta di spiegare, e lo fa in maniera che ritengo plausibile, le ragioni di una tale proliferazione di accordi concordatari. Egli ne scorge tre: la prima sta nello scioglimento del blocco comunista, che ha ridato a molti Stati la loro sovranità piena. Alcuni di essi vantano un passato di accordi confessionali ed è logico che, ripristinata la loro libertà, abbiano cercato il ritorno al sistema loro tradizionale. Ma bisogna tener conto di non pochi di essi che per prima volta fanno tale opzione, una novità che sta per sino raggiungendo paesi dell'Asia come il Kazakhstan.

In secondo luogo, appare chiaro che in buona parte l'incremento numerico di accordi concordatari è dovuto al moltiplicarsi degli accordi parziali o settoriali, per cui un sistema concordatario complessivo, può essere oggi composto da vari strumenti bilaterali, anziché di una sola solenne convenzione come soleva avvenire prima; anche se gli accordi parziali non erano sconosciuti.

La terza ragione risponde ad una scelta di fondo di non pochi Stati; ed è quella della ricerca della concertazione nella produzione normativa, specie su temi di spiccata sensibilità sociale: una via che in materia di rapporti con le confessioni è tradizionale in Germania ed anche in Austria e prevista dalla costituzione italiana del 1947, ma che di recente è stata intrapresa da molti altri paesi, soprattutto europei (Spagna, Polonia, Ungheria ed in prospettiva da Croazia, Portogallo), ma anche latinoamericani (Colombia, Perù, Argentina). Forse oggi si potrebbe ravvisare un più stretto parallelismo tra normalizzazione democratica e accordi con le confessioni, che non fra democrazia e separatismo⁽¹³⁴⁾.

C'è poi chi teme che l'espansione del diritto pattizio finisca per creare delle classi in campo di libertà religiosa o per comprimere le garanzie individuali in favore di quelle confessionali. I rischi ci sono

(133) S. FERRARI, *I concordati di Giovanni Paolo II: spunti (problematici) per una sintesi*, in «QDPE» (1999/1), p. 173 s

(134) Si vedano in merito le conclusioni di P. CAVANA, sull'evoluzione del rapporto fra laicità e sistema pattizio in Italia e Francia (*Interpretazioni della laicità*, Roma 1998, p. 419s).

e si possono ricordare per l'appunto situazioni discriminatorie del passato non lontano⁽¹³⁵⁾. Tuttavia il panorama odierno forse invita di più a chiedersi se i concordati non siano piuttosto l'ago, grazie quale altre confessioni hanno avuto accesso al sistema pattizio o perlomeno nei concreti vantaggi accordati ad una determinata confessione⁽¹³⁶⁾. Un contrasto poi fra diritti individuali e diritti delle confessioni resta pure possibile, ma non si dimentichi che è stato necessario il passaggio dalle libertà formali a quelle reali, per far capire che la dimensione comunitaria è parte essenziale della libertà religiosa personale.

⁽¹³⁵⁾ S. FERRARI, *I concordati di...*, cit., p. 176, nota 9.

⁽¹³⁶⁾ Cf. A. DE LA HERA, *Factor religioso y...*, cit., p. 200-201; P. CAVANA, *Interpretazioni della laicità*, cit., p. 249-250.

CELESTINO MIGLIORÙE

PRESENTAZIONE DI UNA RACCOLTA DI CONCORDATI

Anzitutto desidero complimentarmi con l'Autore del volume, Mons. José Martín de Agar, per l'iniziativa quanto mai felice di realizzare una raccolta di Concordati stipulati nella seconda metà del secolo ventesimo. La pubblicazione viene così a colmare una lacuna risentita non solo negli ambienti accademici tra gli studiosi del diritto concordatario, ma anche fra gli « addetti ai lavori » dell'attività pattizia che la Santa Sede, in stretta e proficua collaborazione con gli episcopati locali, porta avanti e, anzi, ha intensificato proprio nell'ultima decade del secolo ventesimo.

Non mi soffermo sulla realizzazione tecnica della « Raccolta »⁽¹⁾ né sulla metodologia, delle quali altri stasera parleranno.

Tuttavia, nel rilevare la particolare utilità ed efficacia della pubblicazione, voglio menzionare l'indice tematico, che con le sue 79 voci offre un prezioso contributo alla consultazione, allo studio e alla comparazione.

L'indice cronologico permette, poi, di rilevare alcune statistiche utili alla comprensione degli sviluppi dell'attività pattizia bilaterale della Santa Sede.

Dal 1950 al 1999 sono stati stipulati 128 Accordi, nelle diverse forme di Concordati, Accordi-quadro, Protocolli, Note reversali, Modus Vivendi, Avenant, ecc. Ottantacinque sono stati conclusi nel quarantennio che va dal 1950 al 1989, con una media di 19 Accordi per ogni decade.

(1) JOSÉ T. MARTÍN DE AGAR, *Raccolta di Concordati 1950-1999*, Libreria Editrice Vaticana, 2000. In seguito: *Raccolta*.

Nella sola ultima decade del secolo, dal '90 al '99 se ne registrano invece 43. Potremmo dire una cinquantina, giacché il decennio comprende anche l'anno 2000, e quest'anno sono già stati conclusi 4 nuovi Accordi che per forza di cose non figurano nella presente Raccolta: uno con l'OLP e 3 con la Lituania⁽²⁾; è poi imminente la firma di un Accordo col Kirghizistan e con la Slovacchia.

Osserviamo che nel quarantennio che va dal '50 all'89, l'attività pattizia della Santa Sede ha interessato principalmente l'Europa occidentale (56), e l'America Latina (20), Paesi con tradizioni religiose cattoliche e assetti giuridici che traggono la loro origine per lo più dal diritto romano o che comunque sono dotati di un preciso diritto ecclesiastico statale (Germania, Austria). Nell'ultimo decennio, invece, su un totale di 48 Accordi, appena 18 hanno interessato le medesime regioni geografiche, mentre un Concordato e 21 Accordi sono stati stipulati con le nuove Repubbliche del Centro ed Est europeo; un Accordo quadro, il primo del genere, è stato firmato e ratificato con un Paese africano, il Gabon; un altro è stato ratificato con un Paese asiatico, il Kazahstan e un Accordo quadro è pronto per essere firmato col Kirghizistan; un Accordo fondamentale è stato stipulato con Israele e un Accordo di base con l'OLP.

A prima vista emergono, dunque, due considerazioni di rilievo: primo, l'attività pattizia della Santa Sede è in forte aumento; e, secondo, essa ha mutato di area geografica. Se, poi, leggiamo attentamente in particolare i Preamboli degli Accordi stipulati di recente, rileveremo un terzo aspetto molto importante: la stessa dottrina concordataria sta evolvendo nei suoi presupposti sociali e giuridici.

Nella brevità del tempo a disposizione, vorrei trattare in particolare dell'attività pattizia corrente, quella cioè intrapresa negli anni '90⁽³⁾. Come criterio di esposizione, seguirò quello geografico, con le nuove aree individuate: Europa centro-orientale; Asia e Medio Oriente, Africa. Tale criterio, per altro, permette di evidenziare anche gli altri due importanti fattori riscontrati, e cioè l'incremento dell'attività pattizia e l'espansione dei suoi presupposti socio-giuridici.

(2) In via di pubblicazione negli AAS (2000).

(3) Si veda, a questo riguardo, in particolare *I concordati di Papa Wojtyła*, in *Quaderni di Diritto e Politica Ecclesiastica*, 1999/1, Il Mulino, 3-182.

I. *Europa centro-orientale.*

Anzitutto, ci chiediamo il perché del rifiorire dell'attività concordataria.

Osserviamo, in primo luogo, che essa interessa, soprattutto i Paesi già facenti parte del blocco socialista. Il trapasso dal regime comunista a quello democratico ha richiesto una precisa rifondazione dell'assetto giuridico degli Stati: nuove Costituzioni, nuovi Codici civili, penali, commerciali e processuali. Nuova impostazione anche dell'atteggiamento verso il fattore religioso e, in particolare, verso le istituzioni e le comunità religiose organizzate.

Le Organizzazioni regionali europee, come il Consiglio d'Europa e l'OSCE, stimolano ed appoggiano la marcia a tappe forzate dei singoli Paesi a darsi un assetto giuridico conforme allo Stato di diritto: il che significa adottare una nuova Costituzione ed impostare di conseguenza tutta la legislazione del Paese. Per quanto attiene alla religione (libertà di coscienza, di religione e di culto, rapporti di collaborazione delle religioni con lo Stato, minoranze religiose, restituzione dei beni confiscati...) esse incoraggiano la redazione di leggi nazionali sulla libertà religiosa o l'inclusione del tema nelle nuove Costituzioni⁽⁴⁾.

Alcuni Paesi hanno formulato leggi nazionali: la Polonia (maggio '89, proprio nelle ultime settimane del regime comunista); la Cechia (legge del 4 luglio 1990); l'Ungheria (Legge IV del 1990 e Legge n. 32 del 1991); la Slovacchia⁽⁵⁾; la Russia (legge della Duma, dell'ottobre 1997)⁽⁶⁾.

Altri, come l'Albania⁽⁷⁾, hanno messo in cantiere tale legislazione, senza aver ancora raggiunto un vero e proprio consenso.

(4) A questo riguardo, si possono utilmente consultare i Rapporti dell'Assemblea Parlamentare del Consiglio d'Europa in vista delle adesioni a quell'Organismo europeo da parte delle Repubbliche risultanti dalla dissoluzione del blocco sovietico.

(5) Papa Giovanni Paolo II, in visita alla Slovacchia, nel 1994, ebbe parole di elogio per la legislazione nazionale in materia religiosa. Cfr. *L'Osservatore Romano*, 4-5 luglio 1994.

(6) Con una lettera al Presidente Boris Eltsin, il Papa segnalò le ragioni per le quali il progetto di legge era lesivo dei diritti delle persone, particolarmente della libertà di coscienza. (Cfr. *Bollettino della Sala Stampa della Santa Sede*, n. 280, del 23 luglio 1997).

(7) A più riprese i vescovi cattolici dell'Albania hanno invocato una precisa legge sulla libertà di religione al fine di ovviare all'increscioso pericolo di discrimina-

L'ex Repubblica Democratica Tedesca unendosi alla Germania Federale ne adotta la Costituzione che stabilisce precisi binari sui quali debbono scorrere i rapporti Chiesa/Stato.

Alcuni Stati, tuttavia, intraprendono la via pattizia bilaterale. Germania (cioè, i Länder), Polonia, Ungheria, Croazia, Estonia, Lituania, hanno già concluso Accordi; mentre in Cechia, Slovacchia, Slovenia e Lettonia, l'attività concordataria è ancora in cantiere.

In questa volontà pattizia c'è senz'altro un raccordo con la tradizione. Va ricordato che già dopo la prima guerra mondiale, alcuni degli Stati emersi dalla disintegrazione degli imperi dell'Europa centrale avevano stipulato Concordati con la Santa Sede, così la Lettonia nel 1922, la Polonia, nel 1925, la Cecoslovacchia, la Lituania, la Romania nel 1927, e la Jugoslavia nel 1935⁽⁸⁾.

Mentre con le altre Repubbliche sono stati stipulati Accordi puntuali (circa questioni giuridiche, economiche, culturali e educative, e anche per regolare l'assistenza religiosa alle Forze Armate), la Polonia ha voluto rapportarsi alla tradizione anche nella forma, stipulando un Concordato, che come tale integra tutte le questioni di mutuo interesse dentro una forma di particolare solennità.

Ora, sappiamo che quei Concordati furono denunciati o comunque disattesi unilateralmente dai regimi comunisti. Nel preambolo dei nuovi Accordi non se ne fa menzione. Il raccordo con la tradizione viene ancorata piuttosto al ruolo tradizionale — di natura storica, culturale e educativa — svolto dalla Chiesa anche nella comunità civile del Paese⁽⁹⁾.

zioni. «Le manque de lois sur la liberté religieuse et sur les initiatives privées sans but lucratif donnent souvent à certaines personnes, dans l'administration du Pays... un prétexte pour ne pas accorder ou pour retarder la concession des permissions pour les différents projets de l'Eglise catholique... Qui plus est, on note une discrimination totale contre les catholiques...» (Cfr. Appello della Conferenza Episcopale d'Albania alle Autorità, del 28 settembre 1993, in *La Documentation Catholique*, 2 janvier 1994, n. 2085, 45)

⁽⁸⁾ Cfr. ROLAND MINNERATH, *The position of the Catholic Church regarding Concordats from a doctrinal and practical perspective*, in *Catholic University Law Review*, Vol. 47, 467-476.

⁽⁹⁾ Nel proemio del Concordato con la Polonia si legge: «rilevando la missione della Chiesa cattolica, il ruolo che la Chiesa ha svolto nella storia millenaria dello Stato Polacco (...); considerando l'importanza decisiva della riconquista dell'indipendenza e della sovranità per lo Stato Polacco e avendo sollecitudine del suo sviluppo» (Cfr. *Raccolta*, 682-683).

Sicuramente, il raccordo con la tradizione si è accompagnato con esigenze anche più immediate, una delle quali è la « certezza del diritto ». Tutti gli Stati concordatari in oggetto, dopo l'esperienza comunista, si sono configurati in Stati di diritto. E, come tali, si sono dati una Costituzione rispettosa dei diritti e delle libertà fondamentali, fra cui quella di religione. Ma la tendenza attuale che si rileva anzitutto nell'ambito delle organizzazioni internazionali, e poi anche nelle legislazioni nazionali, va nel senso di riconoscere e garantire principalmente i diritti individuali e meno quelli comunitari o corporativi. Ora, la Chiesa è composta di *Christi-fideles*, ma è anche essenzialmente comunità, Chiesa per l'appunto, con un preciso assetto comunitario, istituzionale, giuridico che richiede in qualche modo di essere riconosciuto, rispettato e anche promosso, secondo il concetto di sussidiarietà proprio della dottrina sociale della Chiesa. Ed è in questo contesto che i moderni accordi Stato/Chiesa hanno la loro ragion d'essere. Non sono affatto strumenti intesi a ritagliare nell'ambito naturale uno spazio per il soprannaturale, perché l'antropologia teologica offre oggi un diverso approccio alla questione; e neppure, ad una attenta lettura dei testi, vi si ravvisa più alcun riferimento ai privilegi. Si tratta invece della definizione di uno statuto civile consona alla natura e alla missione propria della Chiesa. In questo senso, la Chiesa non è la sola ad avvertire la necessità della certezza del diritto; questa è, per altro, condivisa da tante altre associazioni e forze sociali che nell'ambito degli Stati di diritto vogliono assicurarsi la certezza del diritto per quanto concerne la propria fisionomia, identità e finalità sociale⁽¹⁰⁾.

E, poi, c'è ancora un altro fattore importante. I moderni sistemi democratici, ispirati per lo più ad un approccio giuridico positivista e ad un atteggiamento di neutralità, se non di positivo agnosticismo nei confronti del fenomeno religioso, tendono a trattare la questione

L'Accordo fra la Santa Sede e la Repubblica di Croazia su questioni giuridiche, su questo punto, afferma: « tenendo presente il ruolo insostituibile della Chiesa Cattolica nell'educazione del popolo croato ed il suo ruolo storico ed attuale nel campo sociale, culturale e pedagogico » (Cfr. Raccolta, 154).

Mentre il § 3 dell'Accordo fra Santa Sede ed Ungheria, del 9 febbraio 1990, recita semplicemente: « A seguito della profonda evoluzione politica e sociale prodottasi in Ungheria negli ultimi mesi, le questioni riguardanti la Chiesa sono ora regolate... » (Cfr. Raccolta, 851).

⁽¹⁰⁾ Cfr. CARLO CARDIA, *Manuale di diritto ecclesiastico*, il Mulino, 1996, 142 ss.

religiosa nel suo insieme, mettendo sullo stesso piano tutte le denominazioni religiose. Di qui, l'esigenza avvertita dalle Chiese e comunità religiose di una certa specificazione nei confronti del processo di omologazione di tutti i movimenti religiosi favorita dai sistemi democratici: pensiamo per esempio all'importanza, per altro specifica della Chiesa cattolica, della piena libertà e autonomia di nomina dei Vescovi, di comunicazione con la Chiesa di Roma e le altre Chiese, di verifica e di preservazione del proprio magistero (ad es. per quanto riguarda la nomina o la revoca dei professori nelle scuole di religione e nelle facoltà di teologia), di rispetto della propria concezione del matrimonio, per quanto attiene alla forma canonica del matrimonio religioso avente effetti civili⁽¹¹⁾. Questo, in sintesi, è il contenuto dell'articolato dei vari Accordi in esame.

È vero che il sistema concordatario non è essenziale per la sopravvivenza della Chiesa, e ciò risulta evidente anche dalla semplice constatazione delle aree ancora ristrette del regime concordatario nel mondo intero. Premesso, quindi, che la Chiesa cattolica in molte situazioni può organizzarsi, vivere e agire molto bene anche al di fuori di un ambito pattizio con lo Stato, occorre, tuttavia, tener presente l'esigenza di specificazione; di garantire, cioè, anche con un adeguato statuto civile, la propria identità nell'organizzazione e nel servizio sociale che essa rende.

L'attività concordataria con i Paesi già appartenenti al blocco socialista si distingue, tra l'altro, per la peculiare questione della restituzione alla Chiesa cattolica dei beni confiscateli sotto il regime comunista. Su questo argomento sono circolate molte affermazioni inesatte e decisamente ingenerose nei confronti della linea adottata in materia dalla stessa Chiesa. In sostanza, in alcuni ambienti si è ripetuto che la Chiesa dava priorità al ricupero dei beni materiali sulla riorganizzazione pastorale e si è anche parlato, talora, di pretesa e di arroganza. Anche per esperienza personale, proprio perché fin dai giorni della caduta del Muro di Berlino, mi trovavo in servizio presso la Nunziatura a Varsavia, riaperta poche settimane prima, posso dire che al momento della transizione dal comunismo, non pochi Governi hanno sollecitato la collaborazione della Chiesa in vari settori. Ovvia-

⁽¹¹⁾ Cfr. ROMEO ASTORRI, *Gli accordi concordatari durante il pontificato di Giovanni Paolo II. Verso un nuovo modello?*, in *Quaderni di Diritto e Politica Ecclesiastica*, cit. 23-35.

mente, anche per potersi organizzare in vista di tale servizio, la Chiesa ha messo sul tavolo la questione della restituzione dei beni confiscati dai regimi comunisti.

Quanto alle modalità per la restituzione vorrei rilevare che nel dicembre 1995, il Parlamento europeo adottò una Risoluzione intesa a chiedere la restituzione dei beni confiscati alle comunità ebraiche sotto il nazismo ed il comunismo. Il testo dedicava solo un «considerando» all'analogia situazione in cui si erano venute a trovare le comunità cristiane nel cosiddetto blocco socialista⁽¹²⁾. Tuttavia, la via percorsa dalla Chiesa cattolica per la restituzione dei beni fu ed è piuttosto quella della trattativa bilaterale, dell'intesa con le rispettive Autorità statali, che, come appare dai testi stipulati, meglio si presta a conciliare le esigenze della giustizia con le condizioni sociali ed economiche dei vari Paesi, per nulla floride almeno nei primi tempi della transizione.

Se guardiamo all'attuale attività pattizia della Santa Sede con una certa serenità di giudizio, non possiamo non riconoscere e far valere questa constatazione la quale, per sé sola, già sfata quei discorsi generici che ravvisano nel regime concordatario un'impostazione dei rapporti Chiesa/Stato intesa a ottenere privilegi, a passare per scorciatoie poco democratiche o a imporre allo Stato la forza contrattuale della Chiesa cattolica. Se così fosse, per quanto concerne la restituzione dei beni, la Chiesa non avrebbe certo scelto le vie della trattativa bilaterale a volte più lunghe e non sempre remunerative in termini di «tutto subito».

Mentre il Concordato con la Polonia demanda l'istanza allo studio di una Commissione ad hoc, Ungheria e Croazia hanno concluso uno specifico Accordo in merito.

D'intesa con la Conferenza episcopale, il Governo ungherese ha compilato una lista di immobili da restituire gradualmente in un lasso di tempo che va dal 1998 al 2011. Per le proprietà o edifici non restituibili, verrà corrisposto un indennizzo in denaro scagionato nel tempo.

La Croazia articola la restituzione dei beni in tre fasi: proprietà che è possibile restituire e che verranno retrocedute in tempi brevi,

⁽¹²⁾ Cfr. *Résolution du Parlement européen sur la restitution des biens confisqués aux communautés juives*, B4-1493/95, 14.12.1995.

sostituzione di alcune proprietà con altre analoghe, equo compenso in denaro per le proprietà che non potranno essere restituite.

A dieci anni di distanza dalla sua introduzione, il modello italiano, conosciuto con la denominazione corrente dell'«8 per mille»⁽¹³⁾, si sta rivelando pienamente consona con i valori della democrazia e della sussidiarietà, propri della società moderna. Tuttavia, la situazione particolare dei Paesi già a regime comunista sembra sconsigliarlo, almeno per il momento. Quelle società che per decenni non hanno conosciuto il sistema delle imposte, lo stanno introducendo ora, incontrando ovviamente grandi difficoltà e resistenze, soprattutto per quel peso che la tassazione impone ai nuclei familiari ed alle piccole o medie imprese. Da nessuna parte si guarda con simpatia alle tasse. Ora, in questo contesto non pare appropriato che la Chiesa appaia associata, anche se come beneficiario indiretto, di un sistema che è duro da accettare da parte della popolazione. Sembra più conveniente, per il momento, trovare soluzioni diverse. Così è avvenuto in Polonia e Croazia, mentre l'Accordo con l'Ungheria, sul finanziamento delle attività di servizio pubblico e di altre prettamente religiose, prevede un regime analogo a quello italiano, detto dell'un per cento.

Tali Accordi sono stati ratificati dai Parlamenti nazionali e trovati, pertanto, in linea con le regole di uno Stato di diritto e rispondenti ai criteri di giustizia ed alle condizioni economiche-sociali del momento.

Il Concordato con la Polonia e gli Accordi con Croazia, Ungheria, Estonia e Lituania, così come quelli in cantiere con altri Stati, prevedono, tra l'altro, l'assistenza religiosa cattolica nelle istituzioni pubbliche come le Forze Armate e di Polizia, ospedali, case di cura e centri di detenzione. Se a questo aggiungiamo l'insegnamento della religione nella scuola pubblica, laddove essa esiste, e le garanzie chieste per organizzare una rete di opere sociali e umanitarie non-profit, alle quali viene riconosciuto il carattere di utilità pubblica, possiamo dire che anche con gli Accordi, la Santa Sede intende affermare in Europa che la religione non è relegabile alla sola sfera privata, ma essa ha un suo luogo, un suo ruolo anche nel pubblico. Non è per una pretesa di preminenza teologica né di privilegio o di dominio so-

⁽¹³⁾ Cfr. *Diocesi e bilanci, ecco le regole. Il Vescovo Nicora: così vengono gestite le risorse delle Chiese locali*, in «Avvenire», 28 agosto 1998, 6.

ziale, ma in forza della convinzione dell'inevitabilità della collaborazione con lo Stato per il bene della medesima persona e della medesima comunità che la Chiesa non esita a mettersi d'accordo con gli Stati su un preciso spazio, sul ruolo e sulle funzioni che le competono nell'arena pubblica.

Né nei testi, né nel campo operativo si vede alcuna volontà della Chiesa di sostituirsi allo Stato, per quanto riguarda il risvolto sociale della sua attività⁽¹⁴⁾. Nonostante il perfezionamento dell'amministrazione pubblica, gli Stati non hanno mai tralasciato di apprezzare e di integrare la collaborazione offerta dalle Chiese nel settore sociale, educativo, sanitario e assistenziale. Basti pensare che nella sola Germania le Chiese sono il secondo datore di lavoro nazionale, dopo il Governo.

II. *Asia e Medio-Oriente.*

C'è poi un gruppo di nuovi Accordi che presenta uno speciale interesse dal punto di vista, principalmente, dell'espansione dei presupposti giuridici dell'attività pattizia della Santa Sede. Si collocano nell'area geografica dell'Asia e del Medio Oriente.

Il riferimento geografico è indicativo ma non esaustivo: perché insieme ai recenti Accordi con Israele e OLP — nel Medio Oriente — ed a quelli con Kazakistan e Kirghizistan — in Asia — associerei quelli già datati con Tunisia e Marocco — nell'Africa del Nord — per la comune matrice islamica di queste società.

Il Fundamental Agreement con Israele e il Basic Agreement con OLP rinviano ambedue al diritto internazionale: il diritto alla libertà religiosa è ancorato negli strumenti giuridici internazionali più che non nei principi di diritto delle parti contraenti. È un approccio che apre nuove possibilità di intesa tra Santa Sede e Chiesa cattolica con Stati appartenenti a famiglie giuridiche ben diverse da quella latina. È questa una via agevole per una collocazione giuridica, che

(14) Cfr. *Record di concordati in un mondo sempre più cristianizzato. Intervista col Prof. Silvio Ferrari*, a cura di Giovanni Cubeddu, in *Trenta Giorni*, XVI, 10, ottobre 1998. Il Prof. Ferrari sostiene, tra l'altro, che: «la tentazione... è che la Chiesa supplisca alla debolezza degli Stati in maniera eccessiva fino al punto di sostituirsi allo Stato... È naturale che da un lato la gente e dall'altro i nuovi regimi politici bisognosi di una legittimazione si rivolgano ad essa, come istituzione forte o come istituzione legittimante». (p. 37).

sembra sicura e duratura, della Chiesa cattolica nella società islamica o nella società israeliana di matrice ebraica.

Mentre nei contesti socio-politici europei, ad esempio, lo specifico che l'attività pattizia intende evidenziare e proteggere rileva dalla natura stessa della Chiesa cattolica nei suoi aspetti più istituzionali (gerarchia, magistero) e comunitari, nel contesto islamico o ebraico lo specifico è anzitutto la possibilità di esistere, la possibilità per il singolo cristiano cattolico di professare la propria fede senza incorrere in eventuali discriminazioni; e poi anche la possibilità per la comunità, la Chiesa di mantenere la propria identità istituzionale senza dover sottostare, per esempio, ad alcuni risvolti della sharia⁽¹⁵⁾.

Sotto il profilo dei presupposti giuridici, l'Accordo col Kazakhstan presenta una sua particolarità. Non si fa alcun riferimento a fonti normative né internazionali né interne alle Parti contraenti⁽¹⁶⁾; né si evoca il principio della mutua cooperazione nell'autonomia e indipendenza delle due Parti, ma si fa riferimento ad un principio simile a quest'ultimo, seppur espresso in termini che tengono conto al tempo stesso della volontà dei Paesi a maggioranza islamica di preservare la propria identità da eventuali interferenze esterne e lo zelo per la sovranità, tipico di uno Stato resosi da poco del tutto indipendente. Infatti, laddove in genere si parla di cooperazione per il bene comune, qui si dice «desiderando incrementare le mutue relazioni» e, invece di ribadire l'indipendenza e la sovranità delle due Parti ognuna nella propria sfera di competenza, si evocano i principi del mutuo rispetto e della non-interferenza negli affari interni delle rispettive Parti⁽¹⁷⁾.

Anche dal punto di vista della dottrina concordataria, i tre menzionati Accordi rappresentano un significativo passo in avanti rispetto al Modus vivendi stipulato con la Tunisia nel 1964 e lo scam-

(15) Nel Preambolo si afferma: «Recognizing that Palestinians, irrespective of their religious affiliation, are equal members of Palestinian society». E l'Art. 3 recita: «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».

(16) Pur ribadendo la mutua volontà di aderire alla norma internazionale: «acknowledging their adherence to the norms of international law» (Cfr. Raccolta, 612).

(17) «desiring to develop mutual relations between the Republic of Kazakhstan and the Holy See in accordance with the principles of respect and non-interference in internal affairs» (Ibidem, 612).

bio di Lettere tra il Papa ed il Sovrano del Marocco nel 1984. Questi due testi giuridici rimanevano ancora fortemente iscritti nella tradizione concessoria dei diritti relativi all'organizzazione e all'attività della Chiesa cattolica. Secondo tali Accordi, in Tunisia e Marocco è lo Stato o il Sovrano ad accordare, a concedere diritti alla Chiesa. Nei nuovi Accordi, invece, ci si impegna a riconoscerli, rispettarli e sostenerli così come sono dichiarati nei documenti internazionali.

A dire il vero, l'impostazione concessoria non è del tutto scomparsa dall'Accordo col Kazakistan. Infatti, all'Art. 6, relativo al diritto di proprietà della Chiesa cattolica, si afferma dapprima che lo Stato « darà alla Chiesa la possibilità di acquistare... », ma nel comma successivo si parla espressamente di « protezione del diritto di proprietà della Chiesa cattolica ».

III. *Africa.*

Infine, una terza area geografica nuova ed importante per gli sviluppi che potrà avere, è rappresentata dall'Africa sub-sahariana. Esiste per ora un solo Accordo-quadro, firmato col Gabon nel 1997, ma ve ne sono altri in cantiere.

Il Gabon proclama la laicità nel suo ordinamento. Stando alla autorizzazione data da quel Parlamento al Capo dello Stato per la ratifica di un Accordo con la Santa Sede, che come tale prevede un diritto speciale per regolare i rapporti con la Chiesa cattolica, si deduce che la laicità viene intesa non nel senso della neutralità e dell'indifferenza al fattore religioso, ma piuttosto dell'apertura alla collaborazione con tutte le religioni, senza privilegiarne alcuna. Generalmente gli Stati africani si orientano verso la laicità: conviene favorirne un'analogia interpretazione eventualmente anche con lo strumento pattizio.

Tra i presupposti giuridico-sociali della corrente attività pattizia della Santa Sede, si è rilevato in particolare l'esigenza della certezza del diritto. Questa viene sentita in modo speciale in Africa. Non per una questione di principio, come se in quel Continente lo Stato di diritto offrisse minori garanzie che altrove, quanto piuttosto per una constatazione sulla storia recente. Nel lungo periodo di decolonizzazione, non di rado si è proceduto qua e là alla nazionalizzazione delle scuole e delle strutture preposte allo sviluppo e all'assistenza umanitaria, messe in piedi dalla Chiesa. Talora, poi, si sono alternate, anche più volte, la nazionalizzazione e l'assunzione di ogni

servizio sociale da parte dello Stato a retrocessioni delle strutture alla Chiesa con la richiesta della sua collaborazione. Ovviamente, tale tipo di servizi richiede stabilità e certezza di impostazione.

Inoltre, alcuni Governi intendono affidare a personale religioso responsabilità a livello amministrativo regionale, soprattutto nel settore della sanità. La Chiesa cattolica, pur con la cautela impostale anche dalle norme canoniche, in alcuni casi ritiene opportuno o anche doveroso accettare. Ma non può rinunciare alla propria identità, nemmeno nel servizio sociale. Dunque, conviene trovare anche attraverso la via pattizia, le modalità più consone per una buona impostazione della cooperazione.

* * *

In conclusione, riassumendo la descrizione dell'attuale attività concordataria, si può ben dire che la Santa Sede la ritiene uno *strumento adeguato* al moderno contesto dello Stato di diritto il quale offre pari opportunità ai cittadini ed ai gruppi sociali; *utile* pur non essendo indispensabile, ad assicurare stabilità e certezza alle sue attività attraverso la chiarezza del diritto e *pienamente in linea con la sua convinzione* che la fede religiosa non è riducibile ad un fatto privato, ma riverbera nel pubblico, nel sociale, nel culturale.

GIUSEPPE DALLA TORRE

CONCORDATI DELL'ULTIMO MEZZO SECOLO (*)

Agli occhi della storia è possibile verificare, oggi, la fallacia delle teorie che qualche decennio addietro pronosticavano il «tramonto dei concordati».

Al riguardo basta scorrere il ben documentato volume nel quale José Martín de Agar ha raccolto le convenzioni stipulate dalla Santa Sede nell'ultimo cinquantennio. Difatti il numero dei documenti contenuti nell'opera dimostra in maniera eloquente, contro ogni previsione, il dilatarsi dell'esperienza pattizia nella seconda metà del secolo ventesimo, quasi un significativo riflesso del sempre più rilevante impegno della Santa Sede nella vita della comunità internazionale, che è sotto gli occhi di tutti.

Si tratta di un fenomeno interessante, che pone chiaramente in evidenza quanto miopi e deboli fossero le argomentazioni sulle quali si erano venuti costruendo quei pronostici, che forse erano l'esterna proiezione di personali orientamenti piuttosto che deduzioni da dati oggettivi.

Una di quelle argomentazioni insisteva sul silenzio del Vaticano II in tema di concordati, anche laddove, come nel § 76 della cost. *Gaudium et spes*, i padri conciliari avevano esplicitamente affrontato il tema dei rapporti fra Chiesa e comunità politica. Argomentazione debole, se si pensa che proprio in quel paragrafo del documento conciliare si auspicava una «sana collaborazione» fra Chiesa e comunità politica, «secondo modalità adatte alle circostanze di luogo e di

(*) J.T. MARTÍN DE AGAR, *Raccolta di Concordati 1950-1999*, Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano 2000, pp. 895.

tempo», cioè con modalità che evidentemente non potevano di per sé escludere quelle concordatarie.

La storia ha chiaramente dimostrato la debolezza di quella argomentazione, se si pensa che la maggior parte delle convenzioni recensite nel volume risalgono all'età post-conciliare (si tratta precisamente di 102 convenzioni del 1966 al 1999).

Un'altra argomentazione ricorrente nella polemica anticoncordataria del passato era quella, non priva di una certa suggestione dal punto di vista teoretico e di alcuni oggettivi riscontri di carattere storico, per cui i concordati fossero utili, se non necessari, con gli Stati totalitari ma non con le democrazie. Perché, si diceva, gli accordi con i primi possono servire a garantire alla Chiesa più o meno ampi spazi di libertà, che altrimenti in ordinamenti illiberali le sarebbero negati; spazi di libertà che, invece, gli ordinamenti delle democrazie assicurano nella maniera più ampia a tutti, Chiesa compresa.

Anche in questo caso l'esperienza concordataria dell'ultimo mezzo secolo dimostra qualcosa di diverso: si sono stipulati accordi con Stati totalitari od autoritari; ma numerosissimi sono gli accordi con Stati democratici, attraverso i quali si è giunti non alla garanzia di libertà già assicurate, ma ad una regolamentazione bilateralmente convenuta delle modalità di esercizio di dette libertà e dei relativi diritti.

Gli esempi potrebbero continuare. Ma qui basti osservare che il dilatarsi dell'esperienza concordataria nella seconda metà del ventesimo secolo ha costituito anche un fattore di crescita e di evoluzione della riflessione giuridica sui concordati: sulla loro natura giuridica, sulle loro finalità, sulla loro formazione e strutturazione dal punto di vista tecnico. La più matura elaborazione dottrinale al riguardo è bene messa in luce nella densa introduzione che il curatore premette alla raccolta e nella quale, con grande precisione, fa il punto sulla « questione concordataria ».

Scorrendo la serie di accordi contenuti nel volume, è possibile cogliere un processo evolutivo dell'istituto concordatario, che porta nel tempo a significativi mutamenti tipologici. Tra questi sono da ricordare innanzitutto i mutamenti attinenti ai profili soggettivi, vale a dire relativi alla configurazione ideologico-religiosa dell'altra parte con cui la Santa Sede viene ad instaurare un rapporto convenzionale. Difatti lo Stato cattolico, che era naturale controparte nella risalente esperienza concordataria, viene oggi ad essere sostituito da Stati con diversa qualificazione: in particolare da Stati laici o addirittura Stati

ideologici. Non sono del resto mancate esperienze di accordi con Stati confessionisti, in particolare con Stati islamici. Interessanti in questa prospettiva il *modus vivendi* del 1964 con la Tunisia e lo scambio di note del 1983 sulla condizione della Chiesa in Marocco. Molto interessante poi, per le sue peculiarità, l'accordo fondamentale con Israele del 1993 e quello connesso, del 1997, sugli enti ecclesiastici.

Anche i profili oggettivi vengono investiti dall'evoluzione della prassi concordataria. Nel senso che materie nuove entrano a far parte delle convenzioni: l'obiezione di coscienza, i beni culturali, la tutela della morale e del sentimento religioso, la bioetica, i mezzi di comunicazione sociale, la privacy ecc. Ciò costituisce una conferma esperienziale di quell'idea, che anni or sono ebbi modo di esprimere, per la quale i rapporti fra Chiesa e Stati sono caratterizzati, nel corso del tempo, da «mobili frontiere», nel senso che accanto a materie che sempre sono state oggetto di contrasti e di accordi, come ad esempio la nomina dei titolari di uffici ecclesiastici, vi sono materie che emergono nel divenire della storia. I beni culturali, la bioetica o la tutela della riservatezza sono, in questo senso, le ultime acquisizioni al manipolo di *res* oggetto di trattativa e di regolamentazione bilateralmente pattuita.

Dal punto di vista strutturale, poi, si conoscono dei mutamenti profondi dello strumento concordatario: si pensi all'Accordo di Villa Madama del 1984, con il quale venne revisionato il concordato italiano del 1929 (Concordato lateranense). Con quell'accordo si è proposta l'inedita figura del «concordato-quadro», cioè di una convenzione caratterizzata in più parti da una cornice di norme-principio, destinate a trovare attuazione dettagliata attraverso la stipula di ulteriori accordi fra la Santa Sede o la Conferenza episcopale italiana con le competenti autorità dello Stato.

Anche il coinvolgimento delle conferenze episcopali nella formazione dei concordati è un dato sostanzialmente nuovo, che riflette in qualche misura mutamenti nel diritto costituzionale della Chiesa che sono stati apportati dall'opera riformatrice di Paolo VI e Giovanni Paolo II, al fine di attuare, nelle parti della costituzione ecclesiastica che hanno origine dal legislatore umano ed una caratterizzazione storica, l'ecclesiologia del Concilio Vaticano II.

I concordati dell'ultimo cinquantennio sembrano anche manifestare una certa inversione di tendenza rispetto alla tradizionale «clausola della nazione più favorita», clausola per la quale, in pas-

sato, all'atto della stipula di accordi con la Santa Sede spesso gli Stati cercavano di ottenere nelle singole materie il trattamento più favorevole che in precedenti accordi altri Stati avevano avuto. Nel senso che nell'esperienza concordataria dell'ultimo cinquantennio sembra piuttosto affermarsi, in qualche caso, una sorta di inedita clausola del concordato più favorevole alla Chiesa. Da questo punto di vista l'Accordo italiano del 1984 sembra aver fatto scuola per la stipula di accordi successivi, ad esempio con alcuni Paesi ex comunisti dell'Europa orientale.

La dilatazione dell'attività concordataria mette in luce anche alcuni significativi effetti di un mutamento (ma forse sarebbe meglio parlare di un allargamento) della politica internazionale della Sede Apostolica, che si riflette nel senso e nell'orientazione delle varie convenzioni. Ad esempio sembra essersi progressivamente spostato il *focus* dei diversi accordi dalle ragioni dell'istituzione alle ragioni della persona umana. Si vuole dire in altre parole che se in passato i concordati avevano sostanzialmente motivazione nella garanzia della *libertas Ecclesiae*, cioè nella libertà di cui la istituzione ecclesiastica ha bisogno per esercitare la missione sua propria, oggi i concordati sembrano piuttosto centrati sull'esigenza di garantire la libertà religiosa individuale e collettiva, non solo in via di principio ma anche concretamente, non solo come libertà negativa ma anche come libertà positiva. Si vuol dire che i concordati, e più in generale gli accordi della Santa Sede con gli Stati, sembrano essere focalizzati sulla promozione della persona umana e sulla tutela dei suoi diritti inalienabili.

Certo, la dilatazione della attività concordataria ha tra i suoi effetti un ritorno di rilevanza del diritto canonico negli ordinamenti giuridici statuali, dopo gli anni di emarginazione e di oblio che hanno seguito i trionfi del positivismo giuridico e dello statalismo. È un ritorno per certi aspetti singolare, ma non impreveduto, se già negli anni cinquanta uno studioso acuto come Gabriel Le Bras osservava: «all'inizio del diciannovesimo secolo, l'ordine giuridico sembra ricostruito su fondamenta profane (...). Il dualismo di potenza era finito. Rimaneva, tuttavia, una duplice possibilità. Poco a poco, gli Stati restituivano alla Chiesa e, conseguentemente, al diritto canonico, il loro appoggio (...). Questa restaurazione (...) si realizzò per riconoscimento di fatto o con un concordato».

Le Bras scriveva avendo sotto gli occhi una limitata attività concordataria, anche se in alcuni casi assai significativa (si pensi ai concordati con le dittature); oggi, come s'è detto, il fenomeno ha as-

sunto ben più ampie proporzioni e quindi la sua osservazione appare pienamente convalidata.

Giova notare che questo ritorno di rilevanza del diritto canonico negli ordinamenti secolari avviene non per forza propria, ma grazie al richiamo fattone nel diritto convenzionale. Com'è facilmente intuibile, ciò pone delicati e non di rado inediti problemi dal punto di vista tecnico-giuridico, in particolare per quanto attiene al sistema delle fonti sia negli ordinamenti statuali che nell'ordinamento canonico. Si allarga, d'altra parte, il diritto canonico particolare prodotto in via convenzionale, derogatorio del diritto generale a partire da quello contenuto nel codice di diritto canonico.

E tuttavia la dilatazione dell'attività concordataria, col conseguente ritorno di vigenza del diritto canonico negli ordinamenti statuali, dà luogo al fenomeno dell'allargarsi di spazi di un diritto «personale», per molti aspetti nuovo nel contesto della storia del moderno diritto statale. Questo, infatti, si è venuto costruendo su principi caratteristici e caratterizzanti, in particolare quelli della «territorialità» e della eguaglianza di trattamento.

A ben vedere il fenomeno della dilatazione, a seguito dell'attività concordataria, di spazi di diritto «personale» negli ordinamenti statali può rivestire un particolare interesse per lo studioso del fenomeno giuridico, ben oltre i definiti limiti delle relazioni Chiesa-Stati. Difatti se si guarda al difficile governo delle moderne società pluralistiche, cioè frammentate per etnia, per cultura, per religione, nelle quali si deve trovare il giusto equilibrio fra diritto all'eguaglianza e diritto alla diversità, fra assimilazione e distinzione, sembra doversi rilevare che questo equilibrio può forse rintracciarsi anche nell'affermazione di ambiti di diritto «personale» all'interno di un ordinamento statale caratterizzato da valori, principi e norme comuni a tutti. Da questo punto di vista, dunque, il dilatarsi dell'attività concordataria ed il conseguente allargamento di spazi di diritto «personale» in ordinamenti statali i più diversi, può divenire esperienza paradigmatica.

Per il futuro, si può immaginare un consolidamento ed un incremento della veduta tendenza alla dilatazione dell'attività concordataria. Vari fattori potrebbero concorrere in tal senso, tra i quali due paiono particolarmente interessanti: il declino progressivo, ma inarrestabile, della forma di organizzazione della comunità politica che convenzionalmente si chiama «Stato moderno»; la progressiva, ma anch'essa inarrestabile crescita dei fenomeni di globalizzazione. Il

primo provoca una riduzione della sovranità statale a vantaggio di altre sovranità, una riduzione delle pretese di esclusività del diritto statale rispetto ad altre espressioni di diritto positivo: basti pensare alle più recenti evoluzioni del c.d. diritto internazionale privato, segnate da una apertura degli ordinamenti statali verso gli altri ordinamenti, in luogo delle chiusure di un tempo. È pensabile che siffatto processo potrà essere governato da una politica di collegamenti fra ordinamenti, realizzati di volta in volta in via pattizia: in questo caso il ruolo dei concordati, in ordine ai rapporti fra ordinamenti statuali e ordinamento canonico, sarebbe del tutto evidente.

D'altra parte i fenomeni di globalizzazione possono essere governati e non subiti, possono essere accolti per quanto di positivo è in loro, ma senza massificazioni o sterili crisi di rigetto. Ma ciò può avvenire nella misura in cui le varie identità — etniche, culturali, religiose ecc. — presenti sul territorio sono chiare, forti, condivise. Solo un'identità forte resiste positivamente all'urto della globalizzazione, così come un'identità forte è idonea a confrontarsi positivamente con i fenomeni della multietnicità e del multiculturalismo. Anche per questo le convenzioni della Santa Sede con gli Stati e con le altre istituzioni internazionali e sovranazionali dovrebbero avere un futuro, nella misura in cui possono essere sostanzialmente dirette anche a salvaguardare l'identità religiosa di determinati gruppi umani con l'assicurazione di ampie aree di diritto «personale».

Se l'evoluzione dovesse muoversi nel senso accennato, dal punto di vista giuridico si assisterà ad uno scompaginamento del sistema gerarchico delle fonti, che tradizionalmente ha marcato l'esperienza del moderno Stato sovrano, a vantaggio di un sistema di fonti concorrenti distinte secondo il criterio di competenza. In questo senso è paradigmatico il caso europeo.

Se tale sarà l'evoluzione, in futuro potremo trovarci dinnanzi ad una realtà giuridica globale assai vicina a quella che caratterizzò l'Europa nell'età di mezzo e che ha fatto giustamente parlare, a fronte di una unitaria comunità politica, di «ordinamenti giuridici medioevali».

Ma, come la storia insegna, non è detto che la storia si muova secondo le prospettazioni che gli uomini amano fare.

VICENTE PRIETO

CONCORDATO E COSTITUZIONE. IL CASO COLOMBIANO

1. Alcuni elementi di storia concordataria.— 2. Il Concordato del 1973.— 3. La Costituzione del 1991 ed il progetto di riforma del Concordato (1992).— 4. Controllo di costituzionalità.— 5. Incostituzionalità del Concordato. Evoluzione giurisprudenziale e situazione odierna.— 6. Conclusioni.

Il Concordato colombiano del 1973 fu il primo firmato dopo il Concilio Vaticano II⁽¹⁾. Questa circostanza spiega l'interesse suscitato fra gli autori. Per alcuni, infatti, il Concilio aveva finito in modo definitivo con l'istituzione concordataria. La crisi del *Diritto Pubblico Ecclesiastico*, evidente alla luce dei documenti conciliari, sembrava confermare quest'opinione.

Tuttavia, la prassi della Santa Sede negli anni successivi, e particolarmente durante il pontificato di Giovanni Paolo II, ha dimostrato esattamente il contrario⁽²⁾.

⁽¹⁾ Sebbene dopo la chiusura del Concilio furono sottoscritti diversi patti e convenzioni (Yugoslavia, Haiti, Baviera, Argentina, El Salvador...) il Concordato colombiano è stato il primo, dopo il Concilio, a regolare in modo generale e completo i rapporti Chiesa-Stato. Al riguardo vid. G. CATALANO, *Il Concordato colombiano del 1974 e i principi del Concilio Vaticano II*, in «*Ius Canonicum*» 29, 1975, p. 261.

⁽²⁾ Al riguardo vid. la recente raccolta pubblicata da J.T. MARTÍN DE AGAR, *Raccolta di Concordati, 1950-1999*, Città del Vaticano 2000. Il testo del Concordato colombiano, nelle versioni spagnole ed italiane, si può trovare in pp. 126-139, nonché i successivi scambi di note diplomatiche (pp. 140-145) e l'Accordo del 20 novembre 1992 (pp. 146-148). Per una visione panoramica dei Concordati firmati durante l'attuale pontificato ha una grande utilità il volume I, 1999, dei «*Quaderni di Diritto e Politica Ecclesiastica*» ed in particolare R. ASTORRI, *Gli accordi concordatari durante il pontificato di Giovanni Paolo II. Verso un nuovo modello?*, pp. 23-35; G. BARBERINI, *I Concordati di Giovanni Paolo II nell'Europa centrale e orientale*, pp. 49-71; I.C. IBAN, *I Concordati del-*

Gli ultimi decenni hanno anche conosciuto lo sviluppo di «tecniche» diverse e, per così dire, «non tradizionali» per l'impostazione concreta dei singoli concordati. È il caso dell'«accordo-quadro», il cui esempio forse più noto è l'Italia (1984) oppure la tecnica degli accordi separati (Spagna, 1976-1979). Tuttavia, la possibilità di concordati in senso classico, cioè gli accordi che regolano tutte o quasi tutte la materie di comune interesse, resta in vigore, come lo dimostra il Concordato polacco del 1993.

Fra questi ultimi si trova il Concordato colombiano del 1973. Il suo interesse attuale deriva soprattutto degli sviluppi dell'ultimo decennio in relazione con la nuova realtà costituzionale colombiana (1991). Alla vecchia questione della compatibilità o meno fra norme costituzionali e norme concordatarie si è aggiunta la circostanza del consolidamento progressivo (non senza problemi) dell'interpretazione della nuova Costituzione colombiana in materia di trattati internazionali.

Lo scopo di questo studio è quello di presentare in modo sintetico lo «status quaestionis». Ci è inoltre sembrato opportuno descrivere alcune circostanze storiche che possono contribuire a situare il Concordato del 1973 nell'ambito della già ormai lunga tradizione concordataria colombiana.

1. *Alcuni elementi di storia concordataria.*

Fin dall'inizio della vita repubblicana, dopo l'indipendenza dalla Spagna nel 1819, le autorità colombiane vollero l'istaurazione di un regime concordatario con la Chiesa cattolica. Tuttavia, in quegli anni la questione s'impostava in collegamento stretto con la continuità del *Patronato real*, la forma particolare di giurisdizionalismo vigente nelle colonie spagnole.

l'Europa meridionale, pp. 37-47; A. HOLLERBACH, *Concordati e accordi concordatari in Germania sotto il pontificato di Giovanni Paolo II*, pp. 73-79; A. TALAMANCA, *Le nomine episcopali nei concordati post-conciliari*, 97-110; R. PUZA, *Giovanni Paolo II e i concordati. Il finanziamento della Chiesa*, pp. 111-125; S. FERRARI, *I concordati di Giovanni Paolo II: spunti (problematici) per una sintesi*, pp. 173-181; S. RAPONI - F. VASINI, *I concordati di Giovanni Paolo II. Cronologia e tavole sinottiche*, pp. 154 ss. Altri contributi recenti in materia, pubblicati nel vol. 11, 1999, di «Ius Ecclesiae»: V. BUONOMO, *L'Unione Europea e i regimi concordatari degli stati membri*, pp. 345-364; C. MIGLIORE, *Relazioni tra la Santa Sede e gli Stati europei*, pp. 365-407.

L'interesse particolare del nuovo governo in materia fu dimostrato, pochi anni dopo l'indipendenza, dalla emanazione della Legge del 22 luglio 1824. Questa legge, infatti, stabiliva nell'art. 1 la continuazione del *Patronato*, ovviamente sotto l'autorità della Repubblica. Per le nuove autorità politiche era un dato indiscutibile che le prerogative concesse dalla Santa Sede alla corona spagnola passavano loro in modo necessario e per così dire « naturale ». L'art. 2 ordinava all'Esecutivo l'avvio delle trattative per la celebrazione di un Concordato con la Santa Sede che assicurasse questa pretesa. Negli articoli successivi fu regolato l'esercizio concreto del *Patronato* fino ai più minimi particolari⁽³⁾.

Il 26 novembre 1835 la Santa Sede riconobbe la nuova Repubblica e furono istaurati rapporti diplomatici ufficiali. Come primo nunzio apostolico fu nominato Mons. C. Baluffi. La sua missione diplomatica, iniziata il 14 dicembre del 1835, aveva come scopo principale la soluzione delle controversie riguardanti il *Patronato* (mai riconosciuto dalla Santa Sede) attraverso la firma di un Concordato. La sua missione si concluse il 22 settembre 1841 senza successo, sia in materia di *Patronato* che di Concordato.

Durante la seconda metà del XIX secolo, fino all'anno 1886, i rapporti fra lo Stato colombiano e la Chiesa cattolica furono senza dubbio problematici. Una delle cause principali della situazione di conflitto si può individuare nella serie di leggi di tipo liberale-radicali emanate da diversi governi anticlericali, indirizzate a eliminare o perlomeno diminuire l'influsso della Chiesa nella vita civile, in un Paese in cui la quasi totalità della popolazione professava la fede cattolica⁽⁴⁾.

⁽³⁾ Per i diversi testi e documenti vid. G. CAVELIER, *Las relaciones entre la Santa Sede y Colombia*, 2 vol., Bogotá 1988. In sintesi, con parole di questo autore, « la Ley detallaba la manera como debía ejercerse el Patronato y repartía su competencia entre el Legislativo, el Ejecutivo, los intendentes y los gobernadores, y constituía una completa reglamentación del gobierno eclesiástico en la República. En resumen, la Ley colombiana de Patronato recogía en un solo cuerpo todo cuanto el antiguo gobierno español hacía en la materia por delegación papal o por habérselo atribuido él mismo » (cit., vol. I, p. 110).

⁽⁴⁾ L'elenco delle disposizioni anti-ecclesiastiche è assai lungo. Ad esempio, la Legge del 14 maggio 1851 attribui alla Corte Suprema di Giustizia la competenza nelle cause penali contro Arcivescovi e Vescovi non soltanto in materia di reati comuni, ma anche per cattivo svolgimento delle loro funzioni (art. 2). Il 21 maggio 1853 entrò in vigore una nuova Costituzione e la Legge del 15 giugno dello stesso anno stabilì la se-

Tutto ciò accompagnato da diverse guerre civili, nelle quali ebbe particolare importanza la questione religiosa. Dal 1880, con l'elezione a Presidente della Repubblica di Rafael Núñez, si arrivò ad un cambio radicale nei rapporti con la Chiesa cattolica. La situazione di continuo conflitto non era sostenibile e fu Núñez a capire la necessità di un regime di concordia con la Chiesa cattolica che mettesse fine ad anni di difficoltà.

Si arrivò infatti, prima alla Costituzione del 1886 (in vigore, con diverse riforme, fino al 1991) e poi alla firma del primo Concordato con la Santa Sede, il 31 dicembre 1887⁽⁵⁾. Un esempio del diverso atteggiamento raggiunto dopo anni di conflitto è l'art. I: «La Religión Católica, Apostólica Romana es la de Colombia, los Poderes Públicos la reconocen como elemento esencial del orden social, y se obligan a protegerla y hacerla respetar, lo mismo que a sus ministros, conservándola a la vez en el pleno goce de sus derechos y prerrogativas»⁽⁶⁾.

Negli anni successivi l'influsso della Chiesa cattolica nelle vicende sociali e politiche fu particolarmente intensa. Il Concordato del 1887 si sviluppò attraverso Accordi diversi come, ad esempio, quegli del 24 settembre 1888 e del 4 agosto 1898 sugli obblighi finanziari dello Stato come compenso per l'espropriazione dei beni ec-

parazione fra Chiesa e Stato. Di conseguenza la Repubblica rinunciò a pretendere il diritto di *Patronato* sulle nomine ecclesiastiche; furono espropriati i templi cattolici con i rispettivi redditi; le comunità religiose persero la loro personalità giuridica civile; furono dichiarate senza effetti legali le sentenze emanate da Tribunali ecclesiastici. Si aggiunse la Legge del 20 giugno 1853 che stabilì la competenza esclusiva del giudice civile per la celebrazione del matrimonio e per le cause di nullità e di divorzio (ottenibile per mutuo consenso). La Legge del 29 luglio 1853 sottomise i cimiteri all'autorità civile e dichiarò senza effetti legali le nascite, decessi e nozze non registrate davanti al notaio. Altre misure negli anni successivi aggravarono ancor più la situazione: necessità dell'autorizzazione del governo per lo svolgimento di funzioni sacre; espulsione del legato pontificio e dei gesuiti; espropriazione di beni ecclesiastici; dissoluzione delle comunità religiose. Importanza particolare ebbe la Costituzione del 1863 e le leggi successive. Si stabilì, per esempio, la non esecuzione di qualsiasi atto emanato dalla Santa Sede senza l'autorizzazione del governo e l'obbligo ai ministri sacri di giurare fedeltà alla Costituzione ed al Governo sotto pena di esilio.

⁽⁵⁾ Approvato con la Legge 35 del 27 febbraio 1888. Il 5 luglio dello stesso anno, a Roma, si fece lo scambio degli strumenti di ratifica.

⁽⁶⁾ Le citazioni di articoli di Leggi, Concordati e testi giurisprudenziali si faranno in spagnolo, tranne i casi in cui sia disponibile una versione ufficiale italiana.

clesiastici; Accordo del 20 luglio 1892 sul foro ecclesiastico, cimiteri e registro civile; Accordi vari riguardanti le missioni (7).

Dal 1930, con l'arrivo dei governi liberali, cambiarono ancora una volta le circostanze e gli atteggiamenti. Una manifestazione emblematica di tutto ciò fu la riforma costituzionale del 1936, in particolar modo per quanto riguardava la garanzia e non soltanto la permissione della libertà di culto. Inoltre, sia nella Costituzione del 1886 che nella riforma del 1936 vi erano riferimenti espressi alla possibilità di celebrare « con la Santa Sede convenios sujetos a la posterior aprobación del Congreso para regular, sobre bases de recíproca deferencia y mutuo respeto, las relaciones entre el Estado y la Iglesia católica » (8).

Nel 1937, in collegamento con la riforma costituzionale dell'anno precedente, il governo colombiano iniziò le trattative per la firma di un nuovo Concordato, che durarono ben cinque anni e si conclusero con la firma del Concordato denominato *Echandía-Maglione* (9). Per motivi politici interni non fu approvato in Parlamento e restò quindi in vigore il Concordato del 1887.

2. Il Concordato del 1973.

Il mutamento nelle circostanze sociali e politiche del paese, nonché la dottrina del Concilio Vaticano II, provocarono un nuovo interesse per la questione concordataria all'inizio degli anni '70. Dopo le normali trattative si giunse alla firma del Concordato attualmente vigente in Colombia, il 12 luglio 1973. L'approvazione in Parlamento del Concordato e del Protocollo addizionale si fece attraverso la Legge 20 del 1974. Lo scambio degli strumenti di ratifica ebbe luogo in Vaticano il 2 luglio 1975.

Il Concordato colombiano del 1973 è un riflesso del suo tempo, e perciò può qualificarsi come di « transizione ». Infatti, molte delle

(7) In materia matrimoniale, l'interpretazione fatta del art. XVII del Concordato attraverso la Legge 54 del 1924 (*Ley Concha*) stabilì l'obbligo di esprimere formalmente l'abbandono della Chiesa cattolica per poter celebrare matrimonio civile.

(8) Art. 53, modificato attraverso l'« Acto Legislativo número 1 de 1936 ». In materia vid. I.M. HOYOS, *La libertad religiosa en la Constitución de 1991*, Bogotá 1993, pp. 53 ss.; V. PRIETO, *El Concordato en la jurisprudencia colombiana*, vol. I, Bogotá 1998, pp. 44 ss.

(9) Dai cognomi dei rappresentanti del governo e della Santa Sede.

sue disposizioni trattano delle classiche «materie miste» in termini simili ai Concordati precedenti: libertà e indipendenza della giurisdizione ecclesiastica nei confronti della potestà civile (art. II); riconoscimento di personalità giuridica civile agli enti ecclesiastici (art. IV); riconoscimento di effetti civili al matrimonio canonico (art. VII) e alle sentenze canoniche di nullità matrimoniale (art. VIII); libertà della Chiesa per fondare, organizzare e dirigere centri scolastici di qualsiasi livello (art. X); aiuto economico dello Stato ai centri scolastici cattolici (art. XI); lezioni di religione cattolica nella scuola pubblica (art. XII); libertà nella nomina dei Vescovi, con il requisito della previa comunicazione al governo (art. XIV); libertà nell'erezione e modificazione delle circoscrizioni ecclesiastiche (art. XV); cura pastorale delle forze armate (art. XVII); esenzione dal servizio militare per chierici e religiosi (art. XVIII); competenza esclusiva della Santa Sede nei processi penali contro i Vescovi (art. XIX); l'esercizio illegittimo di giurisdizione o funzioni ecclesiastiche equiparata all'usurpazione di funzioni pubbliche (art. XXII); esenzione fiscale per gli edifici destinati al culto, le curie diocesane, le case vescovili e parrocchiali ed i seminari (art. XXIV); obblighi finanziari dello Stato e contributi per la creazione di nuove diocesi e per il sostentamento di quelle che si trovano nei territori anteriormente chiamati di missione (art. XXVI); diritto della Chiesa di possedere e amministrare i propri cimiteri (art. XXVII).

Altri articoli sono collegati con aspetti particolari della situazione colombiana, e costituiscono chiari esempi di sviluppi concreti del principio di collaborazione proclamato dal Concilio Vaticano II⁽¹⁰⁾. Concretamente, la Chiesa s'impegna a cooperare con lo Stato nei servizi d'insegnamento e promozione sociale⁽¹¹⁾ e l'art. XIII riguarda la celebrazione di contratti attraverso i quali la Chiesa collabora con lo Stato nei programmi d'istruzione nelle zone più arretrate⁽¹²⁾. Altre manifestazioni concrete di collaborazione riguardano

(10) Cfr. Cost. Past. *Gaudium et Spes*, n. 76.

(11) Art. V: «La Chiesa, cosciente della missione che le spetta di servire alla persona umana, continuerà a cooperare per lo sviluppo della medesima e della comunità per mezzo delle sue istituzioni e servizi pastorali, in particolare mediante l'educazione, l'insegnamento, la promozione sociale ed altre attività di pubblico beneficio».

(12) Art. XIII: «Come servizio della comunità nelle zone marginali, che hanno bisogno temporaneamente di un regime canonico speciale, la Chiesa collaborerà nel settore dell'educazione ufficiale mediante contratti che svolgano i relativi programmi uffii-

la promozione delle condizioni umane e sociali degli indigeni e della popolazione residente in zone marginali⁽¹³⁾ e la cooperazione per la difesa e la promozione del patrimonio artistico e culturale⁽¹⁴⁾.

La sintonia con i principi conciliari⁽¹⁵⁾ è presente in altri aspetti. Per esempio, la rinuncia a dichiarazioni di confessionalità cattolica, tipiche dei Concordati precedenti come quello spagnolo del 1953 o dominicano del 1954. La formula scelta ha il testo seguente: «Lo Stato, in ossequio al tradizionale sentimento cattolico della Nazione Colombiana, considera la Religione Cattolica, Apostolica e Romana come elemento fondamentale del bene comune e dello sviluppo integrale della comunità nazionale» (art. I)⁽¹⁶⁾.

La dottrina del Concilio si manifesta anche attraverso il riconoscimento esplicito nello stesso art. I del diritto di libertà religiosa per i cattolici e per i membri di altre confessioni: «Lo Stato garantisce alla Chiesa Cattolica e a quanti appartengono ad essa il pieno godimento dei loro diritti religiosi, senza pregiudizio della giusta libertà religiosa delle altre confessioni e dei rispettivi membri, come pure di tutti i cittadini».

ciali e contemplino le circostanze e le esigenze specifiche di ciascun luogo. Tali contratti stipulati col Governo nazionale si adatteranno a criteri previamente concordati fra questo e la Conferenza Episcopale, conformemente alle disposizioni dell'Articolo VI».

(13) Art. VI: «Lo Stato e la Chiesa collaboreranno alla sollecita ed efficace promozione delle condizioni umane e sociali degli indigeni e della popolazione residente in zone marginali suscettibili di un regime canonico speciale. Una Commissione Permanente composta di funzionari designati dal Governo Nazionale e di prelati scelti dalla Conferenza Episcopale, regolata di comune accordo, progetterà piani di sviluppo e vigilerà sulla graduale esecuzione di quelli adottati. Le funzioni della Commissione Permanente saranno esercitate senza pregiudizio dell'autorità che è propria della pianificazione dello Stato e senza che la Chiesa debba assumere attività aliene dalla sua natura e missione».

(14) Art. XXVIII: «Per la difesa e la promozione del patrimonio culturale colombiano la Chiesa e lo Stato collaboreranno nell'inventario dell'arte religiosa nazionale, il quale comprenderà monumenti, oggetti di culto, archivi, biblioteche ed altri oggetti che per il loro valore storico o estetico siano degni di un'attenzione congiunta affinché siano conservati, restaurati ed esposti, ai fini dell'educazione sociale».

(15) Al riguardo vid. G. CATALANO, *Il Concordato colombiano del 1974...*, cit., pp. 265-270. Vid. anche il completo studio comparativo fra i Concordati del 1887 e del 1973 di P. CIPROTTI, *Il nuovo Concordato tra la Santa Sede e la Repubblica di Colombia*, in «Apollinaris» XLVIII, 1975, pp. 71-148.

(16) Il contrasto con il rispettivo art. I del Concordato del 1887, citato poc'anzi, è evidente.

Il 2 luglio 1975, in occasione dello scambio degli strumenti di ratifica, si fecero previsioni importanti, in particolar modo il riferimento esplicito al pieno rispetto alla libertà di studenti e genitori per quanto riguarda la partecipazione alle lezioni di religione cattolica nella scuola pubblica⁽¹⁷⁾. Fu fissato inoltre il termine di dieci anni per procedere ad eventuali revisioni e modifiche del Concordato.

Durante gli anni successivi non ci furono particolari cambiamenti di circostanze. In conformità con il termine prefissato, il 2 luglio 1985 ci fu lo scambio di note diplomatiche, a Bogotà, fra il Nunzio Apostolico ed il Ministro degli Esteri⁽¹⁸⁾. Una manifestazione della stabilità giuridica del Concordato e della sua specificità di trattato internazionale fu l'iniziativa del governo colombiano di voler fare riferimento esplicito alla Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati, ratificata dalla Santa Sede e dal governo colombiano: «Queda evidentemente entendido que el Concordato, como Tratado Internacional, continúa regido para todos sus efectos por las normas del Derecho Internacional General y por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados».

In alcuni settori dell'opinione pubblica si parlava, tuttavia, della necessità di introdurre riforme, particolarmente in materia matrimoniale⁽¹⁹⁾.

⁽¹⁷⁾ «La asistencia a la enseñanza y formación religiosas según el magisterio de la Iglesia Católica que ofrecerán los planes educativos en los establecimientos oficiales de primaria y secundaria de acuerdo con el artículo doce del Concordato, no es obligatoria para los alumnos católicos menores cuyos representantes legales hayan pedido dispensa de los cursos de religión católica y para los alumnos católicos mayores de edad que presenten una solicitud en ese sentido, de conformidad con el principio de la libertad religiosa consagrado en las conclusiones del Concilio Vaticano II y en las normas de la Constitución Política de Colombia» (literal *e*). Altre precisioni si riferiscono ai processi di separazione dei coniugi ed all'applicazione del privilegio paolino. Negli anni successivi diverse volte si fece uso del meccanismo dello scambio di note diplomatiche: obblighi finanziari dello Stato (26 dicembre 1979 e 24 luglio 1984) in applicazione del art. XXVI del Concordato; continuazione dei contratti in materia d'istruzione (22 marzo 1985) (cfr. artt. VI y XIII).

⁽¹⁸⁾ Le questioni trattate furono due: *a*) per l'applicazione del privilegio paolino è necessaria la dissoluzione previa, attraverso il divorzio, del matrimonio civile precedente; *b*) cambiamento dei gradi di competenza nei processi di separazione dei coniugi.

⁽¹⁹⁾ Il «*punctum dolens*» era l'impossibilità di divorzio per i matrimoni celebrati canonicamente.

3. *La Costituzione del 1991 ed il progetto di riforma del Concordato (1992).*

Si arriva così al 1991, durante il governo di César Gaviria (1990-1994). In seguito all'iniziativa di diversi settori sociali e politici fu avviato il processo per la modifica della Costituzione allora vigente. Alla fine non si trattò di modifica ma di vera e propria abrogazione in seguito ad un processo criticato per la sua rapidità. Il 5 luglio 1991 fu promulgata la nuova Costituzione che abrogava quella del 1886⁽²⁰⁾.

Pochi mesi dopo, il 20 novembre 1992, fu firmato a Bogotá l'Accordo fra la Santa Sede e la Repubblica di Colombia per introdurre alcune modifiche al Concordato del 1973.

Il rapporto fra questi due avvenimenti si spiega in qualche modo dalle parole del Preambolo dell'Accordo: «la nueva situación que se ha creado en Colombia con relación a disposiciones contenidas en algunos artículos de dicho Concordato ha llevado al Gobierno de Colombia a solicitar a la Santa Sede la introducción de modificaciones al Concordato vigente. La Santa Sede, por su parte, se ha declarado dispuesta a examinar la solicitud, con el fin de mantener en vigor el régimen concordatario y así continuar la colaboración existente».

Più chiaramente, per spiegare la firma di un Accordo in termini così brevi, si deve far riferimento alla questione matrimoniale. La nuova Costituzione, infatti, nel suo art. 42, oltre ad estendere a tutte le confessioni religiose ciò che fino a quel momento era stata prerogativa della Chiesa cattolica (veniva stabilito il riconoscimento di effetti civili per tutti i matrimoni religiosi e l'efficacia civile delle rispettive sentenze di nullità) determinò che «los efectos civiles de todo

(20) Sulle diverse questioni riguardanti il rapporto fra nuova Costituzione e Concordato vid. V. PRIETO, *El Concordato en la jurisprudencia colombiana*, cit.; ID., *Iglesia Católica y libertad religiosa en Colombia*, in «La Libertad Religiosa. Memoria del IX Congreso Internacional de Derecho Canónico», Ciudad de México 1996, pp. 787-812; M.A. FÉLIX BALLESTA, *Aproximación histórica de las relaciones Iglesia-Estado en Colombia*, in «Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado» XIII, 1997, pp. 77-136; J.T. MARTÍN DE AGAR-M. URIBE BLANCO, *Concordato y jurisprudencia constitucional en Colombia*, in AA.VV. (J. Martínez-Torrón, ed.), «La libertad religiosa y de conciencia ante la justicia constitucional. Actas del VIII Congreso Internacional de Derecho Eclesiástico del Estado, Granada, 13-16 de mayo de 1997», Granada 1998, pp. 635-643.

matrimonio cesarán por divorcio con arreglo a la ley civil». Questa formulazione⁽²¹⁾ includeva senza dubbio i matrimoni celebrati canonicamente. Fino a quel momento la possibilità di divorzio si applicava soltanto al matrimonio civile (Legge 1 del 1976).

Il conflitto normativo fra Costituzione e Concordato risultava a questo punto evidente. Questo, infatti, nell'art. VII, stabilisce che «el Estado reconoce plenos efectos civiles al matrimonio celebrado de conformidad con las normas del Derecho canónico». Il che significava l'assunzione del matrimonio canonico, con tutte le sue caratteristiche (fra cui l'indissolubilità) da parte dell'ordinamento civile colombiano.

L'Accordo del 1992 tentò di risolvere il conflitto attraverso una formula di compromesso che aggiunse al citato art. VII il riferimento «ai termini stabiliti dalla legge». Il testo è il seguente: «El Estado reconoce plenos efectos civiles, en los términos que establezca la ley, al matrimonio celebrado de conformidad con las normas del derecho canónico. Para la efectividad de este reconocimiento, la competente autoridad eclesiástica transmitirá copia auténtica del Acta al correspondiente funcionario del Estado, quien deberá inscribirla en el Registro Civil».

Per evitare possibili confusioni che potevano indurre i fedeli a pensare che la possibilità di divorzio diventava moralmente lecita per i cattolici, la Santa Sede volle includere la seguente dichiarazione unilaterale: «La Santa Sede, ante las nuevas normas introducidas en Colombia en el campo matrimonial, reafirma la doctrina de la Iglesia Católica acerca de la indisolubilidad del vínculo matrimonial y recuerda a los cónyuges que han contraído matrimonio canónico el grave deber que les incumbe de no recurrir a la facultad civil de pedir el divorcio».

Altre disposizioni dell'Accordo riguardavano l'applicazione del privilegio paolino (art. II) e l'insegnamento della religione cattolica nella scuola pubblica (art. IV). Questi due punti erano già stati stipulati sostanzialmente in occasione dello scambio di strumenti di ratifica del 2 luglio 1975, ma non erano stati incorporati formalmente nel testo del Concordato. Inoltre fu eliminata la clausola relativa alla

(21) Regolamentata posteriormente attraverso la Legge 25 del 1992, nella quale si includono alcune cause di divorzio estremamente «aperte». Concretamente il mutuo consenso e la separazione di due anni.

comunicazione previa al governo delle nomine episcopali (art. V) e furono incorporate modifiche nelle norme riguardanti i processi contro chierici e religiosi (artt. VI e VII). Forse il cambiamento più importante introdotto in questa materia (oltre a modifiche nel grado di competenza) riguardò i processi penali contro i Vescovi, differiti nel Concordato del 1973 alla Santa Sede, e affidati nella riforma del 1992 alla Corte Suprema di Giustizia.

La riforma del Concordato brevemente descritta non è mai entrata in vigore. Infatti, il processo d'approvazione dell'Accordo da parte delle autorità interne colombiane (Parlamento, Corte Costituzionale) fu bloccato il 5 febbraio 1993 a seguito della sentenza C-027 che dichiarò incostituzionali una parte degli articoli del Concordato del '73⁽²²⁾.

4. *Controllo di costituzionalità.*

Per poter valutare adeguatamente l'incidenza della sentenza C-027/93 e delle successive sentenze della Corte costituzionale è utile ricordare la situazione creata con la Costituzione del 1991 in materia di controllo di costituzionalità. Fino a quel momento la funzione di stabilire la conformità o meno delle leggi con la Costituzione era compito della Corte Suprema di Giustizia. La nuova Costituzione attribuì questa funzione ad un nuovo ente, la Corte Costituzionale, con le competenze previste nell'art. 241.

Per quanto riguarda il nostro argomento, interessano particolarmente i comma 4 e 10 di quest'articolo. Il testo è il seguente: « A la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, en los estrictos y precisos términos de este artículo. Con tal fin, cumplirá las siguientes funciones: (...) 4. Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra las leyes, tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación (...); 10. Decidir definitivamente sobre la exequibilidad⁽²³⁾ de los Tratados internacionales y de las leyes que los aprueben. Con tal fin, el Gobierno los remitirá a la Corte, dentro de los seis días siguientes a la sanción de la ley.

⁽²²⁾ La riforma del '92 non fu esaminata dalla Corte per il semplice motivo che non era stata approvata come legge in Parlamento.

⁽²³⁾ Questo termine è usato normalmente come sinonimo di « costituzionalità ».

Cualquier ciudadano podrá intervenir para defender o impugnar su constitucionalidad. Si la Corte los declara constitucionales, el Gobierno podrá efectuar el canje de notas; en caso contrario no serán ratificados. Cuando una o varias normas de un Tratado multilateral sean declaradas inexecutable por la Corte Constitucional, el Presidente de la República sólo podrá manifestar el consentimiento formulando la correspondiente reserva».

Inoltre, nell'art. 243 si dispone che «los fallos que la Corte dicte en ejercicio del control jurisdiccional hacen tránsito a cosa juzgada constitucional. Ninguna autoridad podrá reproducir el contenido material del acto jurídico declarado inexecutable por razones de fondo, mientras subsistan en la Carta las disposiciones que sirvieron para hacer la confrontación entre la norma ordinaria y la Constitución».

Il citato comma 10 dell'art. 241 riguarda i trattati internazionali ed è ovviamente il punto di riferimento nei confronti del Concordato. In una prima analisi, concorde con i più elementari principi giuridici, si dovrebbe concludere che la sua applicabilità riguarda i trattati sottoscritti *dopo* l'entrata in vigore della Costituzione e non quelli firmati e ratificati *prima*, com'è il caso del Concordato del 1973. Tuttavia, l'applicazione del principio di irretroattività non è tanto semplice quando si tratta di controllo costituzionale. Lo dimostra l'evoluzione giurisprudenziale, che ha dovuto interpretare la norma nel contesto di altri principi e situazioni giuridiche (supremazia della Costituzione su ogni Legge, rapporto fra diritto internazionale e diritto interno, ecc.). In estrema sintesi, la questione si può impostare nei termini seguenti: può la Corte Costituzionale dichiarare non conformi con la Costituzione le Leggi che approvano trattati internazionali ratificati prima dell'entrata in vigore della nuova Costituzione?

5. *Incostituzionalità del Concordato. Evoluzione giurisprudenziale e situazione odierna.*

In una prima tappa la Corte affermò senza dubbi che il controllo stabilito dall'art. 241, comma 10, era *previo, automatico ed integrale* ⁽²⁴⁾. *Previo* significa *prima* dello scambio degli strumenti di ra-

⁽²⁴⁾ Cfr. sentenza C-574 del 28 ottobre 1992. La stessa interpretazione nelle sentenze C-477 del 6 agosto 1992, C-562 del 22 ottobre 1992 e C-589 del 23 novembre 1992.

tifica del trattato internazionale. Nel caso di un trattato già ratificato, la Corte non sarebbe competente per avviare il controllo di costituzionalità.

Bisogna aggiungere che questo criterio era coerente con la giurisprudenza della Corte Suprema di Giustizia durante quasi ottant'anni, cioè dal 1914. Questa Corte, incaricata del controllo di costituzionalità nell'ambito della Costituzione del 1886, si dichiarò sempre incompetente per decidere su richieste di incostituzionalità nei confronti di trattati internazionali ratificati. I motivi derivavano fondamentalmente dal rispetto alle competenze dell'Esecutivo in materia di relazioni internazionali e dall'applicazione del principio « *pacta sunt servanda* »⁽²⁵⁾.

In questo contesto, che coinvolgeva non soltanto la nuova Costituzione ma anche una lunga tradizione giurisprudenziale, si comprende la polemica causata dalla sentenza C-027 del 5 febbraio 1993. Per la prima volta nella tradizione giuridica colombiana, infatti, l'organo competente per il controllo di costituzionalità assunse la competenza per risolvere sulla costituzionalità di un trattato internazionale ratificato. Nel caso concreto, il Concordato del 1973.

Gli argomenti della sentenza sono diversi, a volte poco chiari, e si possono riassumere in due: *a*) prevalenza della Costituzione sui trattati internazionali⁽²⁶⁾; *b*) violazione, da parte del Concordato,

⁽²⁵⁾ Durante gli anni '80 ci fu una certa evoluzione, fino ad ammettere la possibilità di dichiarare l'incostituzionalità di un trattato ratificato in due situazioni: *a*) nel periodo fra la promulgazione della legge che approva il trattato e lo scambio di strumenti di ratifica poiché si tratta di un trattato ancora non perfezionato; *b*) in qualsiasi momento, quando si dimostri l'esistenza d'irregolarità procedurali nella formazione della legge. Queste due eccezioni non toccano tuttavia il principio fondamentale dell'intangibilità dei trattati internazionali pienamente conformi con l'ordinamento interno e ratificati dall'Esecutivo. Al riguardo, con la documentazione opportuna, cfr. V. PRIETO, *El Concordato en la jurisprudencia colombiana...*, cit., vol. I, pp. 81-124.

⁽²⁶⁾ Ai sensi dell'art. 4 della Costituzione del 1991: « La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales (...) ». La sentenza a sua volta afferma: « nuestra constitución no reconoce la supremacía de los Tratados internacionales sobre la Constitución Política. Por tanto la Carta no autoriza a su guardiana a abstenerse de pronunciar la inexecutable de un Tratado que aún perfeccionado viola los postulados fundamentales que estructuran la organización jurídico-política e ideológica del Estado colombiano ».

dei diritti umani fondamentali (uguaglianza davanti alla Legge, libertà religiosa, ecc.)⁽²⁷⁾.

L'analisi delle motivazioni concrete per dichiarare incostituzionali i diversi articoli (alcune molto discutibili) va oltre lo scopo di questo studio. Nel tentativo di trovare un punto di riferimento comune, si potrebbe affermare che gli articoli dichiarati non conformi con la Costituzione sono stati quelli in cui appare qualsiasi ombra d'attribuzione alla Chiesa cattolica di situazioni giuridiche «privilegiate», cioè diverse da quelle riconosciute ad altre confessioni religiose.

Concretamente gli articoli VI (collaborazione nei piani di sviluppo di zone marginali); IX (attribuzione allo Stato delle cause di separazione dei coniugi); XI (contributi economici dello Stato alle scuole cattoliche); XII (lezioni di religione nella scuola pubblica); XIII (contratti per la collaborazione nei programmi educativi in zone marginali); XVI (impegno della Santa Sede di trasformare tempestivamente le giurisdizioni missionali in diocesi); XVII (cura pastorale delle forze armate); XX (norme speciali per i processi penali di chierici e religiosi); XXII (assimilazione all'usurpazione di funzioni pubbliche dell'illegittimo esercizio di funzioni ecclesiastiche).

Inoltre furono dichiarate incostituzionali le clausole relative a dissoluzione del vincolo e matrimonio rato e non consumato (art. VIII); comunicazione previa al governo delle nomine episcopali (art. XIV); informazione al governo sulla modifica di circoscrizioni ecclesiastiche (art. XV); differimento alla Santa Sede dei processi penali contro i Vescovi (art. XIX); contributi economici dello Stato per

(27) Un brano della sentenza in commento afferma: «si bien es cierto que la Ley 20 de 1974 y su Tratado y Protocolo Final estaban perfeccionados al entrar a regir la nueva Constitución, ellos según se ha explicado ampliamente en párrafos anteriores ofrecen la especial connotación de referirse al 'ius cogens' de derecho internacional que ampara los derechos humanos y los coloca en la cima de la jerarquía normativa internacional. Por esta razón y teniendo en cuenta la integración que debe existir entre el ordenamiento interno de las naciones y el exterior de los Estados (art. 93 C.N.), los actos acusados han de ser examinados a la luz de los Tratados internacionales sobre derechos humanos con el fin de verificar si se ajustan o no a ellos». Il citato art. 93 ha il testo seguente: «Los Tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los Tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia».

la trasformazione di giurisdizioni missionali in diocesi (art. XXVI)⁽²⁸⁾.

L'art. VII (riconoscimento di effetti civili al matrimonio canonico) fu dichiarato conforme alla Costituzione. Infatti, l'art. 42, già ricordato, estende questo riconoscimento a tutti i matrimoni religiosi.

In questa materia, e particolarmente per quanto riguarda il conflitto già menzionato fra Costituzione e Concordato, derivato dall'introduzione della possibilità di divorzio per i matrimoni celebrati canonicamente, la sentenza C-027/93 offre una «soluzione». Si afferma che «la cesación de efectos civiles del matrimonio católico por divorcio, en los términos del art. 42 de la Constitución, no rompe el vínculo matrimonial eclesiástico». Di conseguenza, non ci sarebbe opposizione, in questa materia, fra Costituzione e Concordato. Il divorzio sarebbe una questione puramente civile (cessazione di «effetti civili») che in alcun modo toccherebbe il vincolo canonico, che rimane nella coscienza⁽²⁹⁾.

La giurisprudenza stabilita dalla sentenza C-027 non durò a lungo. In sentenze successive la Corte Costituzionale modificò il suo criterio, dichiarandosi non competente per esaminare i trattati internazionali già ratificati⁽³⁰⁾.

Importanza particolare, per l'articolazione degli argomenti, ebbe la sentenza C-276 del 22 luglio 1993. La Corte, conformemente alla nuova giurisprudenza, non è competente in materia di trattati ra-

(28) Questo panorama di articoli e clausole incostituzionali riflette, a nostro avviso, un'atteggiamento non conforme con la realtà storica e sociologica del Paese. È vero che alcuni articoli, anacronici, meritavano la soppressione oppure la modifica (come fu stabilito nell'Accordo del 1992). Tuttavia, determinare che qualsiasi norma che stabilisce un trattamento diverso è sinonimo di «privilegio ingiusto» diventa «ugualitarismo» e non proprio giustizia. Al riguardo possono essere utili le considerazioni fatte anni fa da Mirabelli nel contesto della situazione italiana: «l'adeguatezza della disciplina alla realtà è una esigenza costituzionale. La realtà, o meglio la molteplicità di realtà (...) impone l'articolazione dello strumento normativo, che rende vana la possibilità di disciplinare secondo un modulo unitario i rapporti con i frastagliati gruppi sociali religiosi presenti nel paese» (C. MIRABELLI, *Osservazioni conclusive*, in AA.VV., «Le intese tra Stato e confessioni religiose. Problemi e prospettive», Milano 1978, pp. 160-161).

(29) La separazione fra coscienza e vita sociale non può accettarsi, a nostro parere, con tanta semplicità. Il matrimonio (incluso, ovviamente, il matrimonio canonico) è per natura un'istituzione con un'essenziale dimensione sociale.

(30) Le prime decisioni posteriori alla sentenza C-027/93 che assumono il criterio dell'incompetenza corrispondono all'8 marzo ed al 21 aprile 1993.

tificati per i seguenti motivi: *a*) interpretazione restrittiva dell'art. 241, comma 10, in applicazione della clausola iniziale dello stesso articolo (« en los estrictos y precisos términos de este artículo »); *b*) secondo l'art. 9 della Costituzione, lo Stato colombiano, nei suoi rapporti internazionali, assume i principi del diritto internazionale⁽³¹⁾ fra cui il principio « pacta sunt servanda ».

Gli stessi criteri furono assunti dalla sentenza C-567 del 9 dicembre 1993. Si ricorda inoltre il fatto della personalità internazionale della Santa Sede e l'applicazione dell'ordinamento internazionale al Concordato. Altre affermazioni riguardano la competenza dell'Esecutivo in materia di rapporti internazionali, il principio « pacta sunt servanda », e la prevalenza delle norme internazionali su quelle interne.

Nonostante il cambio di giurisprudenza, un fatto è rimasto indiscusso: il principio della « res iudicata » costituzionale⁽³²⁾. Il che significa che gli articoli del Concordato dichiarati incostituzionali nel febbraio del '93 rimangono tali.

Questione diversa, ma strettamente collegata, è la portata della decisione del 1993. La stessa sentenza C-027 riconobbe che soltanto l'Esecutivo poteva avviare il processo indirizzato all'abbandono degli obblighi assunti attraverso un trattato internazionale. Nel frattempo il trattato rimaneva in vigore⁽³³⁾. A sua volta, la sentenza C-225 del 5 maggio 1994 affermò che il Concordato, in quanto trattato internazionale, era in vigore nell'ambito internazionale. La sua modifica, sospensione, estinzione, era regolata dalla Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati. Tuttavia, nell'ambito interno, gli arti-

(31) « Las relaciones exteriores del Estado se fundamentan en la soberanía nacional, en el respeto a la autodeterminación de los pueblos y en el reconocimiento de los principios del derecho internacional aceptados por Colombia » (art. 9 Cost.).

(32) Cfr. art. 243 Cost., già citato.

(33) « En lo que atañe al procedimiento obsérvase que el control constitucional no pretende injerir en una órbita del resorte exclusivo del Ejecutivo. Si bien esta Corte reconoce que a este órgano la Constitución Política le reserva la conducción y manejo de las relaciones internacionales, considera que un aspecto bien distinto es que, si en un caso dado llegare a prosperar el control y a proferirse una decisión de inexequibilidad, en virtud del respeto y observancia a la norma 'pacta sunt servanda', el órgano ejecutivo del Estado colombiano estaría conminado a acudir a los conductos regulares para, según un procedimiento de orden jurídico-internacional, desatar en ese ámbito el vínculo, procediendo a denunciar el tratado » (Sentenza C-027, 5 febbraio 1993).

coli dichiarati incostituzionali nel febbraio 1993 erano inapplicabili⁽³⁴⁾.

Un nuovo cambiamento nella giurisprudenza fu attuato dalla sentenza C-400 del 10 agosto 1998. Ancora una volta la Corte costituzionale afferma la propria competenza in materia di controllo costituzionale dei trattati ratificati. Si torna quindi al criterio del febbraio '93⁽³⁵⁾, in modo più elaborato e coerente.

La sentenza C-400 sottolinea, nella sua interpretazione dell'art. 241 della Costituzione, l'importanza del comma 4. Viene riconosciuto innanzitutto che il controllo stabilito dal comma 10 è di natura *previa* nei confronti di trattati futuri. Tuttavia, in nessun modo si può concludere l'esclusione di controllo costituzionale per i trattati precedenti all'entrata in vigore della Costituzione. Infatti, il comma 4 stabilisce la possibilità di controllo su tutte le Leggi, quindi su quelle che incorporano un trattato internazionale all'ordinamento interno⁽³⁶⁾.

In questo modo, secondo la Corte, si deve parlare di due forme complementari di controllo di costituzionalità sulle Leggi riguardanti trattati internazionali. Da un lato, quello stabilito dal comma 10 del-

(34) «Es oportuno (...) precisar, que no obstante que el Concordato, como Tratado internacional, se encuentra vigente en el ámbito internacional y se rige para su enmienda, modificación, terminación y suspensión por lo previsto en las partes IV y V de la Convención de Viena sobre el derecho de los Tratados (...), en el ámbito interno, en cambio, los preceptos del mismo (...) que fueron declarados inexecutable por esta Corte en su Sentencia C-027 del cinco (5) de febrero de 1993, son inaplicables dentro del territorio nacional a partir de la fecha del citado fallo y como consecuencia de dicha declaratoria» (Sentenza C-225, 5 maggio 1994).

(35) Forse è importante sottolineare che questi cambiamenti («altalena» giurisprudenziale) sono, da un lato, il frutto naturale del processo di consolidamento di una nuova Costituzione; dall'altro, si deve tener conto che le modifiche di criterio sono il risultato dei cambiamenti nella composizione della stessa Corte. Corrispondono infatti all'ingresso/uscita di magistrati con opinioni diverse, che costituiscono maggioranze — quasi sempre molto strette — con criteri differenti.

(36) «Así, del hecho de que el ordinal 10 expresamente consagre una revisión constitucional previa para todos los nuevos Tratados que Colombia pretenda ratificar, una vez en vigor la Constitución de 1991, en manera alguna podemos inferir que la Carta ha excluido el control sobre los Tratados preconstituyentes por vía de demanda ciudadana, cuando todo Tratado, para poder ser incorporado al ordenamiento colombiano, requiere ser aprobado mediante ley, y a la Corte se le atribuyó, en el ordinal 4º del mismo artículo 241, la facultad de decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que presenten los ciudadanos contra todas las leyes, tanto por su contenido material como por vicios de procedimiento en su formación» (Sentenza C-400, 10 agosto 1998).

l'art. 241, riguarda la revisione automatica dei trattati futuri; dall'altro, il controllo stabilito dal comma 4, applicabile a tutte le Leggi, e quindi a quelle relative a trattati ratificati, sia per motivi di forma che di contenuto ⁽³⁷⁾.

L'argomento definitivo deriva dalla necessità di salvaguardare un principio fondamentale: l'integrità e la prevalenza della Costituzione su qualsiasi altra norma. L'interpretazione assunta dell'art. 241 è la conseguenza di questo principio ⁽³⁸⁾ e implica la competenza della Corte su qualsiasi Legge, perfino quelle riguardanti trattati internazionali ⁽³⁹⁾.

Fra le conseguenze di quest'impostazione, sottolineate dalla stessa sentenza, si possono ricordare:

a) Nell'ordine internazionale, la sentenza che dichiara l'incostituzionalità di un trattato non tocca il vincolo internazionale, che rimane in vigore. In quest'ordine una tale sentenza non ha alcuna forza giuridica, non consente allo Stato di svincolarsi degli obblighi assunti dal trattato e può diventare causa di responsabilità internazionale ⁽⁴⁰⁾;

⁽³⁷⁾ «El artículo 241 estatuyó dos controles complementarios sobre las leyes aprobatorias de Tratados, de la siguiente manera: en virtud del ordinal 10, y hacia el futuro, una revisión automática de todo nuevo proyecto de Tratado y, en virtud del ordinal 4º y hacia el pasado, un control por vía de demanda ciudadana sobre las leyes aprobatorias de Tratados perfeccionados, tanto sobre su contenido como sobre su forma» (Id.).

⁽³⁸⁾ «La función de este tribunal es preservar la supremacía e integridad de la Constitución, por lo cual, cuando existen dudas sobre el alcance de una de las competencias consagradas en el artículo 241 superior, es natural que se prefiera aquella interpretación que mejor permita la guarda de la supremacía de la Carta» (Id.).

⁽³⁹⁾ «Debe concluirse que, salvo que exista ya cosa juzgada, esta Corporación es competente para conocer de fondo de las demandas ciudadanas contra leyes aprobatorias de Tratados, incluso si éstos se encuentran perfeccionados» (Id.).

⁽⁴⁰⁾ «Una declaratoria de inconstitucionalidad de la ley aprobatoria de un Tratado no afecta el vínculo internacional como tal, pues frente al derecho internacional esa Sentencia no tiene ninguna validez jurídica sino que es un mero aspecto fáctico a ser considerado para evaluar si el Estado está o no cumpliendo sus compromisos internacionales (...). En efecto, para la jurisprudencia y la doctrina internacionales, el fallo de un tribunal que anule internamente un Tratado o su ley aprobatoria es considerado un mero «hecho», que si bien tiene implicaciones jurídicas, pues puede comprometer la responsabilidad internacional del Estado, en manera alguna afecta la validez internacional del Tratado como tal» (Id.).

b) Tuttavia, nell'ordine interno, la prevalenza della Costituzione significa che un trattato contrario ad essa è semplicemente inapplicabile⁽⁴¹⁾;

c) Il conflitto con il principio «pacta sunt servanda», derivato da quest'impostazione, si risolve con la modifica del trattato o della Costituzione;

d) Nel frattempo, è un dovere per gli operatori giuridici applicare le norme diverse da quelle costituzionali nel modo più coerente con gli impegni internazionali, ovviamente nel rispetto alla Costituzione⁽⁴²⁾.

6. Conclusioni.

Conformemente alla più recente giurisprudenza colombiana in materia, la situazione del Concordato si può riassumere nei seguenti punti:

a) L'applicazione del principio della «res iudicata» costituzionale significa che la sentenza C-027 del 1993 non è modificabile, non esiste cioè possibilità di ricorso contro le sue disposizioni. La dichiarazione d'incostituzionalità di diversi articoli del Concordato del 1973 è quindi in vigore;

b) Di conseguenza, gli articoli del Concordato dichiarati non conformi con la Costituzione sono inapplicabili in Colombia, in armonia con il principio della prevalenza della Costituzione. Tuttavia, il Concordato, in quanto trattato internazionale, è in vigore;

c) È dovere dell'Esecutivo portare avanti le procedure di revisione del Concordato per adeguarlo alla Costituzione e ristabilire in questo modo l'armonia fra ordine interno ed ordine internazionale.

D'altronde, negli ultimi anni diversi organismi del governo colombiano hanno affermato in diversi modi che il Concordato è in vigore, non soltanto nell'ambito internazionale *ma anche in quello interno*. Per la modifica di questa situazione occorrerebbe l'avvio e la

(41) «En el plano interno, la supremacía de la Carta implica que un Tratado contrario a la Constitución debe ser inaplicado por las autoridades, en virtud del mandato perentorio del artículo 4° superior» (Id.).

(42) «En virtud del principio *Pacta sunt servanda*, que encuentra amplio sustento en la Carta (CP art. 9°) (...) es deber de los operadores jurídicos aplicar las normas internas distintas de la Constitución de manera que armonicen lo más posible con los compromisos internacionales suscritos que tiene el país (...)» (Id.).

conclusione delle procedure previste dal diritto internazionale per la modifica dei trattati internazionali.

Secondo quest'interpretazione la portata della sentenza C-027/93 non è stata quella di decretare in modo diretto ed immediato l'inapplicabilità interna degli articoli non conformi con la Costituzione, bensì quella di *dichiarare* la non conformità con i precetti costituzionali. Questa dichiarazione comporta l'obbligo dell'Esecutivo di portare avanti le trattative per la riforma del Concordato e la sua adeguazione alla Costituzione. Nel frattempo il Concordato è in vigore con tutte le conseguenze, internazionali ed interne⁽⁴³⁾.

Si tratta di posizioni non facilmente concordabili. In pratica ha prevalso quella del Governo⁽⁴⁴⁾ e il Concordato ha continuato ad essere applicato normalmente, non senza qualche conflitto, risolto a favore delle norme concordatarie⁽⁴⁵⁾.

È chiaro che il problema di fondo, cioè l'invocata incompatibilità fra Concordato e Costituzione, non è ancora risolto. L'unica via di uscita sembrerebbe quella di riavviare le trattative per la modifica del Concordato, conformemente con i meccanismi del diritto internazionale. Il nuovo patto dovrebbe essere sottoposto al controllo costituzionale della Corte, come stabilito dall'art. 241, comma 10. In questo modo si giungerebbe ad un accordo chiaro e stabile, che consentirebbe il superamento delle incertezze e dubbi degli ultimi anni. Un punto concreto di riferimento potrebbe essere l'Accordo sottoscritto nel novembre 1992.

⁽⁴³⁾ Al riguardo vid. V. PRIETO, *El Concordato en la jurisprudencia colombiana...*, cit., vol. I, pp. 179-186; J.T. MARTÍN DE AGAR-M. URIBE BLANCO, *Concordato y jurisprudencia constitucional en Colombia...*, cit., p. 640. Questi autori fanno riferimento a diversi pareri di organismi del governo concordi con quest'opinione: Parere del Procuratore Generale n. 208 del 7 giugno 1993; Nota del Ministero degli Esteri, M 1339, 2 maggio 1994; Parere della Segreteria Giuridica della Presidenza della Repubblica, n. 7779, 24 novembre 1993.

⁽⁴⁴⁾ Fin dall'inizio della controversia è stata questa la posizione della Santa Sede, che non può accettare la violazione unilaterale di un trattato internazionale. Concretamente, di conformità con l'art. 27 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati (1969), ratificata sia dalla Santa Sede che dallo Stato colombiano, una parte non può invocare le disposizioni di diritto interno come giustificazione per l'inadempimento di un trattato.

⁽⁴⁵⁾ Concretamente per quanto riguarda il differimento alla Santa Sede dei processi penali contro i Vescovi. In materia vid. J.T. MARTÍN DE AGAR-M. URIBE BLANCO, *Concordato y jurisprudencia constitucional en Colombia...*, cit., pp. 641-643.

KRZYSZTOF WARCHALOWSKI

LE GARANZIE INERENTI L'INSEGNAMENTO
DELLA RELIGIONE E LE SCUOLE CATTOLICHE
NEL CONCORDATO TRA LA SANTA SEDE
E LA REPUBBLICA DI POLONIA

1. L'insegnamento della religione nelle scuole pubbliche. — 1.1. Ambito dell'insegnamento della religione. — 1.2. La partecipazione alle lezioni di religione. — 1.3. I programmi dell'insegnamento della religione. — 1.4. La posizione degli insegnanti di religione. — 2. Le scuole cattoliche. — 2.1. Scuole materne, scuole elementari e medie superiori. — 2.1.1. Il riconoscimento del diritto della Chiesa di istituire e gestire proprie scuole. — 2.1.2. Lo status delle scuole cattoliche. — 2.1.3. I programmi delle scuole cattoliche. — 2.1.4. Dotazioni statali. — 2.1.5. Gli insegnanti delle scuole cattoliche. — 2.1.6. Gli alunni delle scuole cattoliche. — 2.1.7. Il diritto a rilasciare certificati e diplomi. — 2.2. Scuole superiori. — 2.2.1. Università pontificie e cattoliche. — 2.2.1.1. Il riconoscimento del diritto della Chiesa di istituire e gestire proprie università e facoltà teologiche. — 2.2.1.2. Lo status delle università cattoliche e delle facoltà teologiche. — 2.2.1.3. Dotazioni statali. — 2.2.2. Le facoltà di teologia negli atenei statali nonché nei seminari maggiori. — Conclusioni.

Sul piano della collaborazione tra la Chiesa e lo Stato l'educazione occupa un posto particolarmente importante. Essa abbraccia due tipi di problemi: l'insegnamento della religione nelle scuole pubbliche e le scuole cattoliche a tutti i livelli scolastici. I problemi scolastici rientrano tradizionalmente fra le cause miste (*causae mixtae*) oggetto del Concordato.

Un problema particolarmente importante è quello di stabilire quali principi in questa materia sono stati iscritti nel Concordato fra la Santa Sede e la Polonia, stipulato durante le trasformazioni politiche che miravano al passaggio dal totalitarismo comunista alla democrazia.

Nel periodo comunista, durante il quale l'ateismo era l'ideologia di stato, le autorità statali in Polonia avevano tolto l'insegnamento

della religione dalle scuole pubbliche. La stessa situazione si aveva nelle scuole cattoliche, soprattutto in quelle di livello medio-superiori, dirette da istituti ecclesiastici. Negli anni cinquanta le autorità statali erano passate all'abolizione di queste scuole il che avvenne definitivamente in forza alla legge del 15 luglio 1961 sullo sviluppo del sistema della pubblica istruzione e dell'educazione. Nelle università statali di Cracovia e Varsavia furono chiuse le facoltà di teologia. Neppure la Università Cattolica di Lublino, l'unica università cattolica nei paesi comunisti, sfuggì alle angherie: furono aumentate le imposte sulle entrate, fu limitato il numero degli studenti, fu vietato l'ampliamento della struttura didattico-scientifica⁽¹⁾.

Dopo la caduta del comunismo l'insegnamento della religione fu di nuovo introdotto nelle scuole pubbliche in forza alla legge sul sistema della pubblica istruzione del 7 settembre 1991 che, nell'art. 12, aveva introdotto nelle scuole pubbliche polacche l'insegnamento della religione secondo un sistema facoltativo⁽²⁾. I singoli principi dell'insegnamento della religione nelle scuole pubbliche sono stati definiti nel Decreto del Ministro dell'Educazione Nazionale (MEN) del 14 aprile 1992⁽³⁾ sulle condizioni ed i metodi dell'insegnamento della religione nelle scuole pubbliche.

Nelle leggi sul rapporto tra lo Stato e la Chiesa cattolica, ed anche nella legge sul sistema di istruzione pubblica del 1991, si è inoltre garantito alla Chiesa il diritto di fondare e dirigere propri centri d'istruzione pubblica.

I principi contenuti nei suddetti atti del diritto polacco hanno, in un certo ambito, trovato conferma nel Concordato tra la Santa Sede e la Repubblica di Polonia, firmato il 28 luglio 1993. Oggetto della presente analisi saranno le disposizioni del Concordato, ratificato il 24 gennaio 1998, relative all'insegnamento della religione nelle scuole pubbliche polacche nonché ciò che riguarda le scuole cattoliche di tutti i livelli.

(1) W. GÓRALSKI, W. ADAMCZEWSKI, *Konkordat między Stolicą Apostolską i Rzeczpospolitą Polska z 28 lipca 1993* (Il concordato fra la Santa Sede e la Repubblica di Polonia del 28 luglio 1993, Pock 1994, p. 86.

(2) Dz.U. (Dziennik Ustaw Gazzetta Ufficiale) 1991, nr 95, pos. 425; cfr. J. KRUKOWSKI, *La nuova normativa sull'insegnamento della religione nelle scuole pubbliche in Polonia*, Jus Canonicum 62 (1991), p. 569; D. BINGEN, *Schwierigkeiten mit der pluralistischen Gesellschaft. Will Polens Kirche den katholischen Staat?*, Herder Korrespondenz 44 (1990) p. 517-518.

(3) Dz.U. 1992, nr 36 pos. 155.

1. *L'insegnamento della religione nelle scuole pubbliche.*

1.1. *Ambito dell'insegnamento della religione.*

L'ambito dell'insegnamento della religione nelle scuole pubbliche polacche è definito dall'art. 12 comma 1 del Concordato: «Riconoscendo il diritto dei genitori all'educazione religiosa dei figli ed il principio della tolleranza, lo Stato garantisce alle scuole pubbliche elementari e medio-superiori nonché alle scuole materne, gestite da organismi dell'amministrazione statale o autogestite, l'organizzazione, conformemente alla volontà degli interessati, dell'insegnamento della religione nel quadro del programma scolastico o prescolastico»⁽⁴⁾.

Come deriva da questa disposizione l'insegnamento della religione riguardava i seguenti livelli delle scuole pubbliche:

- 1) le scuole materne;
- 2) le scuole fondamentali (8 anni);
- 3) le scuole professionali;
- 4) le scuole medie superiori.

L'articolo 7 punto 1 della legge sul sistema dell'istruzione pubblica del 7 novembre 1991 stabiliva le norme per le scuole pubbliche. Il Concordato precisa che si tratta delle scuole materne e delle scuole gestite da organismi dell'amministrazione statale e autogestite⁽⁵⁾. Il *novum* del regolamento concordatario rispetto alla legge sulla pubblica istruzione sino ad allora in vigore riguardava quindi l'organizzazione dell'insegnamento della religione nelle scuole materne⁽⁶⁾. Questa innovazione è stata oggetto di numerose controversie e critiche. Alcuni politici fecero notare che la Chiesa, in questo modo, avrebbe esteso i suoi privilegi nell'ambito della pubblica istruzione imponendo l'obbligo religioso persino ai bambini che frequentavano le scuole materne⁽⁷⁾.

Le garanzie in materia di insegnamento ed educazione, incluse nel Concordato polacco, non sono un privilegio dato dallo Stato alla

(4) Dz.U. 1998, nr 51 pos. 318.

(5) Dz.U. 1991, nr 95 pos. 425; GÓRALSKI, ADAMCZEWSKI, *op. cit.*, p. 74.

(6) GÓRALSKI W., *O czym mówi Konkordat?* (Di che parla il Concordato), in *Prawda o Konkordacie* (a cura di W. Góralski), Częstochowa 1994, p. 24.

(7) KURSKI J., *Konkrety Konkordatu* (Concretezze del Concordato), *Gazeta Wyborcza* del 28 gennaio 1994, nr 23, p. 9.

Chiesa cattolica, ma la conferma, nella forma di convenzione internazionale, di quei diritti e di quelle libertà che spettano ai cattolici alla pari di tutti gli altri cittadini dello Stato⁽⁸⁾.

Lo sottolinea il Concordato nel preambolo ed anche nell'art. 12 richiamandosi:

- 1) alle norme generali del diritto internazionale;
- 2) al rispetto dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali;
- 3) al diritto dei genitori di dare ai figli un'educazione religiosa secondo le proprie convinzioni;
- 4) all'eliminazione di ogni forma d'intolleranza e di discriminazione per motivi religiosi⁽⁹⁾.

La decisione del Concordato di introdurre l'insegnamento della religione anche nelle scuole materne sta a significare che il Concordato garantisce ai genitori, in modo ancora più completo, il diritto all'educazione religiosa dei propri figli. Nel contempo si deve rilevare che non si tratta di un elemento nuovo, ma esso è presente nel concordato stipulato con la Spagna nel 1979 e con l'Italia nel 1984⁽¹⁰⁾.

1.2. *La partecipazione alle lezioni di religione.*

Il Concordato tra la Santa Sede e la Repubblica di Polonia, firmato il 28 luglio 1993, stabilisce che l'insegnamento della religione nella scuola sia organizzato « (...) in conformità alla volontà degli interessati (...) nell'ambito del programma delle lezioni scolastiche e prescolastiche » (art. 12 comma 1)⁽¹¹⁾.

Come risulta dalla suddetta legge concordataria la facoltà di frequentare le lezioni di religione nelle scuole e nelle scuole materne è garantita dall'espressione « in conformità alla volontà degli interessati »⁽¹²⁾.

Ciò significa che l'insegnamento della religione è organizzato solo per quegli alunni i cui genitori, i tutori o gli studenti stessi —

⁽⁸⁾ KRUKOWSKI J., *Gwarancje dotyczące wolności w dziedzinie wychowania i nauczania* (Garanzie inerenti la libertà nel settore dell'educazione e dell'insegnamento), in *Ateneum Kapańskie*, I (1996), p. 41.

⁽⁹⁾ Dz.U. 1998, nr 51, pos. 318.

⁽¹⁰⁾ KRUKOWSKI J., *Konkordaty współczesne. Doktryna. Teksty* (Concordati moderni. Dottrina. Testi), Warszawa 1995, p. 196.

⁽¹¹⁾ Dz.U. 1998, nr 51, pos. 318.

⁽¹²⁾ GÓRALSKI W., ADAMCZEWSKI W., *op. cit.*, p. 74.

in quest'ultimo caso riguarda solo gli allievi delle scuole medie superiori — ne fanno domanda per iscritto alle autorità scolastiche⁽¹³⁾. Le lezioni di religione, organizzate per gli interessati nelle scuole e negli asili d'infanzia pubblici si svolgono «nell'ambito del programma delle lezioni».

L'importanza di questa norma è che le lezioni di religione siano trattate come una materia scolastica normale, cioè tale da essere inserita nel programma delle lezioni. Da questa norma derivano determinate conseguenze:

- 1) il dovere per l'amministrazione scolastica di stendere un adeguato programma delle lezioni, in cui il posto per la religione è trattato alla pari di quello per qualsiasi altra materia;
- 2) il dovere di valutare le lezioni di religione;
- 3) la parità dei diritti degli insegnanti di religione con gli insegnanti delle altre materie;
- 4) il rimborso da parte dello Stato delle spese connesse con l'insegnamento della religione;
- 5) la cooperazione tra la scuola e la Chiesa nello stabilire i programmi d'insegnamento⁽¹⁴⁾.

Rimangono vigenti le deliberazioni previste dalla legge secondo cui, per coloro i quali non prendono parte alle lezioni di religione, deve essere organizzato l'insegnamento di etica, quale materia alternativa, che deve essere facoltativa per quegli studenti i cui genitori, i tutori oppure gli stessi studenti — solo delle scuole medie superiori — esprimono un tale desiderio. Per gli allievi i quali, per mancanza della dichiarazione, restano fuori dell'insegnamento della religione e dell'etica, le autorità scolastiche hanno il dovere di organizzare la loro tutela nelle ore in cui gli altri allievi partecipano alle lezioni. Il sistema facoltativo dell'insegnamento della religione o dell'etica garantisce il massimo rispetto della libertà religiosa e rispetta in

(13) Decreto del Ministro dell'Educazione Nazionale del 14 aprile 1992 sulle condizioni ed i metodi d'insegnamento della religione nelle scuole pubbliche, in Dz.U. 1992, nr 36 pos. 155; Krukowski J. *Podstawy relacji prawnych* (Fondamenti dei rapporti giuridici), Lublin 1993, p. 240.

(14) Cfr. SUCHOCKA H., *Nauczanie religii w szkole w świetle konstytucji i ustawodawstwa wybranych państw europejskich* (L'insegnamento della religione nella scuola alla luce delle costituzioni e delle legislazioni di alcuni stati europei) in *Nauczanie religii w szkoach publicznych*, in Dz.U. 1992, nr 36, pos. 155.

pieno il pluralismo confessionale ed ideologico dei genitori e dei figli⁽¹⁵⁾.

Alcuni pubblicisti fanno osservare che le suddette norme del Concordato che riguardano i principi della partecipazione alle lezioni scolastiche di religione sono nello stesso concordato poco precise ed addirittura lapidarie⁽¹⁶⁾. Si deve però dire che i principi che riguardano il funzionamento del sistema facoltativo d'insegnamento della religione nelle scuole polacche derivano non dal Concordato, ma dagli atti della legge polacca e che pertanto nel Concordato sono stati solamente confermati.

1.3. I programmi dell'insegnamento della religione.

L'articolo 12 comma 2 del Concordato dice: «Il programma d'insegnamento della religione cattolica ed i libri di testo sono elaborati a cura dell'autorità ecclesiastica che li presenta all'autorità statale competente»⁽¹⁷⁾. In questo modo è stata riconosciuta l'esclusiva competenza delle autorità ecclesiastiche ad elaborare i programmi d'insegnamento della religione cattolica ed a scegliere i libri di testo più adatti. Poiché l'insegnamento della religione si svolge nelle scuole e negli asili d'infanzia pubblici, pertanto sia il programma d'insegnamento sia i manuali devono essere presentati all'autorità statale competente, che è in questo caso il Ministero dell'Educazione Nazionale (MEN)⁽¹⁸⁾.

Alcuni giuristi criticano duramente il fatto che il Concordato non dà all'autorità statale alcuna prerogativa nell'ambito dei programmi d'insegnamento della religione cattolica o almeno nella scelta dei libri di testo⁽¹⁹⁾. L'insegnamento della religione nondimeno deve essere fondamentalmente legato anzitutto alla comunità religiosa, che in questo caso è la Chiesa cattolica, cosa che sembra essere un fatto chiaro e basilare⁽²⁰⁾.

(15) Decreto del Ministro dell'Educazione Nazionale del 14 aprile 1992 sulle condizioni e i metodi d'insegnamento della religione nelle scuole pubbliche, in Dz.U. 1992, nr 36 pos. 155.

(16) PODEMSKI S., *Wykadnia konkordatu* (Interpretazione del concordato) in *Polityka* del 21 ottobre 1995, nr 42, p. 15-16.

(17) Dz.U. 1998, nr 51, pos. 318.

(18) GÓRALSKI, ADAMCZEWSKI, *op. cit.*, p. 75.

(19) WISLOCKI J., *Konkordat kościelnych przywilejów (Il concordato dei privilegi ecclesiastici)*, in *Wprost* dell'8 agosto 1993, nr 32, p. 24-25.

(20) EHLERS D., *Entkonfessionalisierung des Religionsunterrichts. Eine Untersu-*

Le richieste, avanzate da alcuni ambienti laici, di dare alle autorità statali la possibilità d'influire sulla elaborazione dei programmi d'insegnamento, e pertanto di controllare i contenuti trasmessi durante le lezioni di religione, è un residuo dello stato totalitario che possedeva il monopolio nel campo dell'istruzione pubblica.

1.4. *La posizione degli insegnanti di religione.*

Il Concordato dichiara: Gli insegnanti di religione devono ricevere l'autorizzazione (*missio canonica*) del vescovo diocesano. La revoca di tale autorizzazione comporta la perdita del diritto all'insegnamento della religione. I criteri della preparazione pedagogica, nonché la forma ed il modo di completare questa preparazione, saranno oggetto di accordi fra le autorità statali competenti e la Conferenza Episcopale Polacca» (art. 12. n. 3) ⁽²¹⁾.

L'articolo sopra citato garantisce alla Chiesa cattolica la possibilità di decidere l'assunzione degli insegnanti di religione cattolica nelle scuole pubbliche, dato che condizione per tale assunzione è l'aver ricevuto la «*missio canonica*». Gli insegnanti di religione ricevono così l'autorizzazione delle autorità ecclesiastiche come coloro che, in nome della Chiesa, debbono insegnare le verità di fede e pertanto garantiscono fedeltà alla dottrina della Chiesa nell'insegnamento della religione ⁽²²⁾.

Nel contempo si affida alle autorità statali la competenza nel definire le esigenze nel campo della preparazione pedagogica degli insegnanti di religione d'accordo con la Conferenza dell'Episcopato di Polonia ⁽²³⁾.

La legge concordataria definisce poi i confini della competenza delle autorità ecclesiastiche e statali nei confronti degli insegnanti di religione cattolica. «Per quanto concerne il contenuto dell'insegnamento e dell'educazione religiosi, gli insegnanti di religione sono sog-

chung über die inhaltlichen Gestaltungsanforderungen der Verfassung, Neuvied-Berlin 1975, p. 94-98.

⁽²¹⁾ Dz.U. 1998, nr 51, pos. 318.

⁽²²⁾ GÓRALSKI, ADAMCZEWSKI, *op. cit.*, p. 76.

⁽²³⁾ KRUKOWSKI J., *Konkordat między Stolicą Apostolską i Rzeczpospolitą Polską podpisany 28 lipca 1993 r. - zagadnienie prawnoustrojowe* (Il Concordato fra la Santa Sede e la Repubblica di Polonia Firmato il 28 luglio 1993 - problemi giuridici politici), in: *Nowy Konkordat a prawo polskie* (studio collettivo a cura di J. Krukowski), Warszawa 1994, p. 44.

getti alle leggi e alle disposizioni ecclesiastiche; negli altri casi devono rispettare le disposizioni statali» (art. 12 comma 4) ⁽²⁴⁾. Questo significa che gli insegnanti di religione cattolica, come persone che lavorano nelle scuole pubbliche, sono soggetti alle disposizioni statali della pubblica istruzione. Essi possiedono gli stessi diritti degli insegnanti delle altre materie, cosa che si manifesta, fra l'altro, nel campo delle retribuzioni o nella loro partecipazione al consiglio pedagogico ⁽²⁵⁾.

2. *Le scuole cattoliche.*

2.1. *Scuole materne, scuole elementari e medie superiori.*

2.1.1. *Il riconoscimento del diritto della Chiesa di istituire e gestire proprie scuole.* — Il Concordato polacco garantisce alla Chiesa cattolica il diritto di istituire e gestire «(...) centri d'istruzione ed educazione, tra cui scuole materne e scuole di ogni tipo, in conformità alle norme del diritto canonico e secondo i principi stabiliti dalle adeguate leggi» (art. 14 punto 1) ⁽²⁶⁾.

I diritti della Chiesa inseriti nell'articolo sopra citato riguardano in generale «i centri d'istruzione ed educazione» e particolarmente le scuole materne, le scuole elementari e medie superiori di ogni tipo ⁽²⁷⁾. L'istituzione e la gestione di questi istituti d'istruzione ed educazione dipendono oggettivamente dal compiersi di due condizioni: la prima è il rispetto delle disposizioni del diritto canonico al fine di ottenere lo status di istituzioni ecclesiastiche. Il conferimento di un tale status viene deciso formalmente da un decreto dell'autorità ecclesiastica competente: cioè se si tratta di un centro diocesano da un decreto dell'ordinario del luogo, mentre se si tratta di un centro di portata nazionale è necessario il decreto della Conferenza dell'Episcopato di Polonia ⁽²⁸⁾.

⁽²⁴⁾ Dz.U. 1998, nr 51, pos. 318.

⁽²⁵⁾ Decreto del Ministro dell'Educazione Nazionale del 14 aprile 1992 sulle condizioni ed i modi dell'insegnamento della religione nelle scuole pubbliche, Dz.U. 1992, nr 36 pos. 155.

⁽²⁶⁾ Dz.U. 1998, nr 51 pos. 318.

⁽²⁷⁾ GÓRALSKI, ADAMCZEWSKI, *op. cit.*, p. 80.

⁽²⁸⁾ KRUKOWSKI, *Gwarancje dotyczące wolności w dziedzinie nauczania i wychowania*, *op. cit.*, p. 42.

Dal punto di vista della Santa Sede questo principio deriva dalla necessità della Chiesa cattolica di conservare la sua identità nell'ambito del proprio sistema scolastico⁽²⁹⁾.

La seconda condizione riguarda il rispetto dei principi stabiliti dalla legislazione polacca per l'istituzione di questi centri, il loro riconoscimento e l'assegnazione di un adeguato status nell'ambito del sistema dell'istruzione pubblica polacco. Istituire e gestire scuole cattoliche infatti significa non soltanto la loro esistenza *de facto*, ma anche il loro collocamento nel sistema giuridico dell'istruzione pubblica⁽³⁰⁾.

2.1.2. *Lo status delle scuole cattoliche.* — Il Concordato polacco definisce lo status delle scuole istituite e gestite dalla Chiesa nel modo seguente: «Nell'attuare il programma minimo delle materie obbligatorie e nel rilasciare documenti ufficiali, tali scuole sono soggette al diritto polacco. Nell'attuare invece il programma d'insegnamento delle altre materie, queste scuole si adeguano alle disposizioni ecclesiastiche. Il carattere pubblico di tali scuole e di tali centri è stabilito dal diritto polacco (art. 14 comma 2)⁽³¹⁾. L'assegnazione centro dello status previsto dalla legislazione polacca ad una data scuola, viene decisa dalle competenti autorità statali che agiscono conformemente alla legge sul sistema dell'istruzione pubblica e alle direttive del Ministro dell'Educazione Nazionale. Lo status che possono ricevere le scuole gestite dalle istituzioni ecclesiastiche può essere di vario tipo. Possono infatti ricevere lo status di scuole private, di scuole sociali oppure di scuole pubbliche. Le scuole pubbliche e sociali possono avere le competenze delle scuole pubbliche, ma differiscono da queste per una maggiore autonomia. Condizione per ricevere le competenze delle scuole pubbliche è quella di rispettare il «minimo di programma» stabilito dalle autorità scolastiche. Le scuole, che adempiono questa condizione, possono rilasciare scritti ufficiali conformemente alle disposizioni statali vigenti.

Assegnare ad una scuola lo status di centro pubblico significa da una lato, la parificazione con le scuole gestite dagli organi dell'ammi-

(29) GÓRALSKI, ADAMCZEWSKI, *op. cit.*, p. 81.

(30) *Ibid.* p. 80-81.

(31) Dz.U. 1998, nr 51, pos. 318.

nistrazione statale o autogestiti. Dall'altro lato obbliga la scuola ed il suo programma ad adeguarsi alle leggi scolastiche statali⁽³²⁾.

2.1.3. *I programmi delle scuole cattoliche.* — Nel realizzare i programmi d'insegnamento le scuole cattoliche sono soggette sia alla legislazione polacca sull'istruzione pubblica, sia alle leggi ecclesiastiche. Il Concordato del 1993 obbliga le scuole cattoliche a rispettare il « minimo di programma » stabilito dalle autorità statali. Nella realizzazione delle altre materie queste scuole si adeguano alle disposizioni ecclesiali (art. 14. comma 2)⁽³³⁾.

Ne risulta che le scuole cattoliche, grazie alla realizzazione del « minimo di programma », stabilito dalle autorità statali, permettono agli allievi di ottenere una formazione culturale paragonabile a quella delle parallele scuole statali. La realizzazione delle altre materie, in base al diritto ecclesiale, pertanto in conformità con i fondamentali principi dell'insegnamento cattolico, garantisce a questi centri un carattere cattolico. Grazie a ciò i genitori che mandano i loro figli alle scuole cattoliche, hanno la garanzia che questa scuola darà loro l'istruzione richiesta dalla legislazione statale e nel contempo un'adeguata formazione religiosa⁽³⁴⁾.

2.1.4. *Dotazioni statali.* — Lo Stato, in forza alla legge concordataria garantisce che il Tesoro di Stato o gli organi delle autogestioni territoriali concederanno sovvenzioni alle scuole cattoliche « (...) secondo i principi stabiliti dalle adeguate leggi » (art. 14 comma 4)⁽³⁵⁾.

Le scuole cattoliche infatti realizzano un programma di educazione che comprende non solo gli elementi dell'insegnamento cattolico, ma anche — fondata su questo insegnamento — la formazione dell'uomo nell'ottica del bene comune, per poter in tal modo preparare i bambini ed i giovani a partecipare attivamente nella vita sociale. Si tratta pertanto di un ruolo di servizio delle scuole cattoliche anzitutto nei confronti dei genitori e dei loro figli, in quanto cittadini

⁽³²⁾ GÓRALSKI, ADAMCZEWSKI, *op. cit.*, p. 81; cfr. WISLOCKI, *Konkordat polski 1993. Tak czy nie?*, *op. cit.*, p. 146.

⁽³³⁾ KRUKOWSKI, *Konkordat ...*, *op. cit.*, p. 46.

⁽³⁴⁾ GÓRALSKI, ADAMCZEWSKI, *op. cit.*, p. 82.

⁽³⁵⁾ Dz.U. 1998, nr 51 pos. 318; cfr. KRUKOWSKI, *Gwarancje ...*, *op. cit.*, 43-44.

dello Stato, ma anche nei confronti dello Stato stesso che viene aiutato nel suo sforzo d'istruire ed educare bambini e giovani⁽³⁶⁾.

Le garanzie di queste sovvenzioni non sono pertanto un privilegio per la Chiesa, come dichiarano alcuni oppositori al Concordato, ma sono l'espressione del rispetto e della parità di quei genitori, in quanto contribuenti, che mandano i propri figli alle scuole private con quei genitori che iscrivono i loro figli alle scuole pubbliche⁽³⁷⁾.

Il Concordato non introduce in questo ambito nuovi obblighi finanziari dello Stato a favore delle scuole gestite dalle istituzioni ecclesiastiche, nei confronti di quanto è garantito dalla vigente legge sul « sistema della pubblica istruzione » a tutte le scuole. È la conferma delle norme del diritto polacco vigenti⁽³⁸⁾.

2.1.5. *Gli insegnanti delle scuole cattoliche.* — Il Concordato polacco definisce anche lo status degli insegnanti e degli allievi delle scuole cattoliche: « Gli insegnanti, gli educatori e gli altri impiegati, nonché gli alunni esterni e interni delle scuole (...) (cattoliche) — se sono scuole o centri pubblici oppure possiedono le competenze delle scuole o dei centri pubblici — hanno gli stessi diritti e doveri di cui godono le persone analoghe nelle scuole e nei centri pubblici » (art. 14, comma. 3)⁽³⁹⁾.

Lo stato polacco garantisce al corpo insegnante e agli allievi delle scuole gestite da un'istituzione ecclesiastica, diritti analoghi a quelli degli impiegati e degli allievi delle scuole pubbliche, se esse possiedono lo status o almeno i diritti di scuola pubblica⁽⁴⁰⁾. È questo il risultato del principio generale secondo cui l'avverarsi delle stesse condizioni provoca i medesimi effetti giuridici in un dato ambito del diritto oggettivo.

Di conseguenza è questa una forma particolare del principio della parità dei diritti di tutti i cittadini dello Stato in base alle norme. Generalmente accettate, che costituiscono una società democratica⁽⁴¹⁾.

⁽³⁶⁾ GÓRALSKI, ADAMCZEWSKI, *op. cit.*, p. 81; cfr. can 795 CIC 1983.

⁽³⁷⁾ KRUKOWSKI, *Konkordat między Stolicą Apostolską ...*, *op. cit.*, p. 46; WISŁOCKI, *op. cit.*, p. 46.

⁽³⁸⁾ KRUKOWSKI, *Gwarancje dotyczące wolności ...*, *op. cit.*, 43.

⁽³⁹⁾ Dz.U. 1998, nr 51. pos. 318.

⁽⁴⁰⁾ KRUKOWSKI, *Konkordaty współczesne*, *op. cit.*, p. 202.

⁽⁴¹⁾ GÓRALSKI, ADAMCZEWSKI, *op. cit.*, p. 81.

2.1.6. *Gli alunni delle scuole cattoliche.* — In forza al Concordato gli alunni esterni e interni delle scuole cattoliche, premettendo che queste scuole possiedano lo status oppure i diritti di scuole o di centri pubblici, hanno gli stessi diritti e doveri degli allievi delle analoghe istituzioni pubbliche (art. 14, comma 3)⁽⁴²⁾. In questo caso è stato rispettato il principio dell'analogia⁽⁴³⁾.

2.1.7. *Il diritto a rilasciare certificati e diplomi.* — Nel rilasciare certificati, diplomi ed altri documenti ufficiali le scuole cattoliche sono tenute a rispettare le adeguate disposizioni della legge polacca (art. 14, comma 2)⁽⁴⁴⁾. Pertanto i certificati ed i diplomi ricevuti nelle scuole cattoliche danno gli stessi diritti che danno gli analoghi documenti ricevuti nelle scuole statali.

2.1. Scuole superiori.

2.2.1. *Università pontificie e cattoliche.* — 2.2.1.1. *Il riconoscimento del diritto della Chiesa di istituire e gestire proprie università e facoltà teologiche.* — Il Concordato contiene un principio generale: «La Repubblica di Polonia garantisce alla Chiesa cattolica il diritto d'istituire e gestire liberamente scuole superiori, tra cui università, facoltà autonome e seminari maggiori nonché istituti di ricerca scientifica» (art. 15 n. 1)⁽⁴⁵⁾.

Oggetto del diritto garantito dalla disposizione concordataria sopra citata è il diritto delle Chiesa cattolica d'istituire e gestire liberamente proprie università e altre scuole superiori⁽⁴⁶⁾. Questa garanzia generale riguarda sia gli atenei che la Chiesa possedeva al momento della firma del Concordato sia quelle che potranno essere istituite in futuro⁽⁴⁷⁾.

2.2.1.2. *Lo status delle università cattoliche e delle facoltà teologiche.* — Il Concordato polacco stabilisce: «Lo stato giuridico delle scuole superiori (...) (università, facoltà autonome, seminari maggiori e istituti di ricerca scientifica), ed anche le modalità e l'ambito del ri-

⁽⁴²⁾ Dz.U. 1998, nr 51, pos. 318.

⁽⁴³⁾ GÓRALSKI, ADAMCZEWSKI, *op. cit.*, p. 83.

⁽⁴⁴⁾ Dz.U. 1998, nr 51, pos. 318.

⁽⁴⁵⁾ *Ibid.*

⁽⁴⁶⁾ GÓRALSKI, ADAMCZEWSKI, *op. cit.*, p. 85.

⁽⁴⁷⁾ KRUKOWSKI, *Gwarancje dotyczące wolności ...*, *op. cit.*, p. 44.

conoscimento da parte dello Stato dei gradi e dei titoli scientifici rilasciati nonché lo stato giuridico delle facoltà di teologia nelle università statali, sono regolati da accordi presi tra il Governo della Repubblica di Polonia e la Conferenza dell'Episcopato di Polonia, con l'autorizzazione della Santa Sede (art. 15, comma 2) ⁽⁴⁸⁾.

Oggetto di questo regolamento è la definizione della forma giuridica con cui lo Stato riconosce lo status giuridico delle università e delle altre scuole superiori cattoliche nonché delle condizioni per il riconoscimento da parte dello Stato dei gradi e dei titoli assegnati da questi atenei. Tali questioni devono essere definite in via d'accordo tra il Governo della Repubblica di Polonia e la Conferenza dell'Episcopato di Polonia, dopo aver ricevuto l'autorizzazione dalla Santa Sede ⁽⁴⁹⁾. Attualmente esse sono regolate dal Proclama del Ministro dell'Educazione Nazionale del 30 giugno 1989, il cui testo era concordato con la Conferenza dell'Episcopato di Polonia ⁽⁵⁰⁾.

Occorre rilevare che in Polonia gli atenei ecclesiastici hanno status regolati in varia forma ⁽⁵¹⁾. Il Concordato non introduce modifiche nei diritti acquisiti da questi atenei nel passato ⁽⁵²⁾.

2.2.1.3. *Dotazioni statali.* — Nel nuovo Concordato lo Stato è obbligato a concedere sovvenzioni finanziarie a due atenei ecclesiastici: all'Università Cattolica a Lublino (KUL) e alla Pontificia Accademia Teologica a Cracovia (PAT) ⁽⁵³⁾. La novità della soluzione concordataria è il fatto che lo Stato è tenuto a sovvenzionare la PAT; per quanto riguarda la KUL è una conferma della garanzia contenuta in una legge precedente ⁽⁵⁴⁾.

Lo Stato non è obbligato a fornire aiuti finanziari alle altre università cattoliche, ma promette di esaminare tale possibilità in futuro

⁽⁴⁸⁾ Dz.U. 1998, n. 51, pos. 318.

⁽⁴⁹⁾ GÓRALSKI, ADAMCZEWSKI, *op. cit.*, p. 86.

⁽⁵⁰⁾ MP 1989, nr 22 pos. 174.

⁽⁵¹⁾ Per ulteriori approfondimenti su questo tema cfr.: GÓRALSKI, ADAMCZEWSKI, *op. cit.*, p. 86.

⁽⁵²⁾ KRUKOWSKI, art. cit.

⁽⁵³⁾ Dz.U. 1998, nr 51 pos. 318.

⁽⁵⁴⁾ Legge del 14 giugno 1991 sul finanziamento dell'Università Cattolica di Lublino dal bilancio dello Stato. Dz.U. 1991, nr 61, pos. 259; cfr. KRUKOWSKI, *Konkordat między Stolicą ...*, *op. cit.*, p. 47.

(art. 15, comma 3)⁽⁵⁵⁾. La prestazione di tali sovvenzioni non potrà basarsi su una nuova legge o su una nuova convenzione⁽⁵⁶⁾.

2.2.2. *Le facoltà di teologia negli atenei statali nonché nei seminari maggiori.* — Il Concordato firmato il 28 luglio 1993 garantisce alla Chiesa cattolica in Polonia la possibilità di aprire facoltà di teologia negli atenei statali, il cui status viene regolato in via d'accordo tra il Governo della Repubblica di Polonia e la Conferenza dell'Episcopato Polacco, analogamente a quanto avviene nel caso di università e di altre scuole superiori istituite e gestite dalla Chiesa cattolica (art. 15, n. 1, 2)⁽⁵⁷⁾. Lo status giuridico dei seminari maggiori in Polonia è regolato da norme simili a quelle che si riferiscono alle scuole superiori ecclesiastiche. Ne parla l'articolo 15 del Concordato⁽⁵⁸⁾.

Conclusioni.

Riassumendo queste riflessioni occorre dire che il Concordato firmato fra la Santa Sede e la Repubblica di Polonia il 28 luglio 1928 e ratificato il 24 gennaio 1998, sull'insegnamento della religione nelle scuole pubbliche e sulle scuole cattoliche conferma i precedenti regolamenti legislativi.

Il Concordato garantisce l'insegnamento della religione nelle scuole materne, nelle scuole elementari e medio superiori di tutti i tipi, definisce le competenze delle autorità statali ed ecclesiastiche per quanto riguarda i programmi d'insegnamento della religione, i principi della frequenza degli alunni alle lezioni di religione, nonché regola lo status degli insegnanti di religione. La novità è che garantisce il diritto all'insegnamento della religione anche nelle scuole materne.

Per quanto riguarda il regolamento delle scuole cattoliche il Concordato polacco riconosce il diritto della Chiesa di istituire e gestire proprie scuole a tutti i livelli e pertanto: scuole materne, scuole

⁽⁵⁵⁾ Dz.U. 1998, nr 51, pos. 318.

⁽⁵⁶⁾ KRUKOWSKI, *Gwarancje ...*, op. cit., 45.

⁽⁵⁷⁾ Dz.U. 1998, nr 51, pos. 318; cfr. Proclama del Ministro dell'Educazione Nazionale del 30 giugno 1989, MP 1989, nr 22, pos. 174. Attualmente esiste già una facoltà di Teologia cattolica presso l'Università di Opole, aperta in forza della legge del 10 marzo 1994, sull'istituzione dell'Università di Opole - Dz.U. 1994, nr 55, pos. 225.

⁽⁵⁸⁾ Dz.U. 1998, nr 51, pos. 318.

elementari e medio superiori, università, facoltà di teologia negli atenei statali e nei seminari maggiori. Queste garanzie sono in gran parte una ripetizione di quelle raccolte nelle leggi statali. Una novità del Concordato risiede nell'obbligo assunto di sovvenzionare la Pontificia Accademia Teologica a Cracovia. Il Concordato inoltre apre la possibilità d'istituire facoltà di teologia negli atenei statali e di sovvenzionare i seminari maggiori.

Pagina bianca

TOMASZ ROZKRUT

IL MATRIMONIO CONCORDATARIO IN POLONIA

1. Matrimonio civile, matrimonio canonico, matrimonio concordatario nella realtà polacca. — 2. Le nuove leggi in vigore del matrimonio concordatario. — 3. La costruzione del matrimonio concordatario. — 4. Conclusione.

Il matrimonio concordatario in Polonia, dopo l'entrata *in vigore* il 25 aprile 1998 del Concordato fra la Santa Sede e la Repubblica di Polonia, appare come una grande novità nel campo giuridico civile ed ecclesiale del paese.

Le semplici informazioni, raccolte nella presente nota sul matrimonio concordatario in Polonia, sono dedicate innanzi tutto a coloro, che non conoscono la realtà polacca; il testo ha quindi solamente uno scopo informativo.

1. *Matrimonio civile, matrimonio canonico, matrimonio concordatario nella realtà polacca.*

Il matrimonio concordatario, e prima ancora il Concordato fra la Santa Sede e la Repubblica di Polonia, sono le nuove e grandi realtà sia per lo Stato, sia per la Chiesa, in Polonia. Il vecchio Concordato dal 10 febbraio 1925 non regolava la realtà matrimoniale in Polonia perché, dopo oltre cento anni di sottomissione della Polonia ai tre paesi confinanti (Russia, Austria e Prussia), esistevano nella nuova Polonia, dopo la prima guerra mondiale, i tre diversi sistemi matrimoniali delle rispettive nazioni. Successivamente, dopo la seconda guerra mondiale, il nuovo regime comunista ha rotto unilateralmente il Concordato del 1925. Dunque per lo Stato esisteva solo il matrimonio civile, mentre il matrimonio canonico non produceva

nessun effetto civile. Inoltre lo Stato introdusse la legge che vietava al sacerdote (sotto la pena di fino a cinque anni di carcere) di benedire il matrimonio canonico senza ricevere il documento della previa celebrazione del matrimonio civile. Questa legge è stata abolita nell'anno 1989, ma nonostante questo la Conferenza Episcopale Polacca raccomandava e obbligava a contrarre il matrimonio civile per garantire agli sposi il riconoscimento civile dalla loro unione matrimoniale.

Occorre anche ricordare che il termine: *matrimonio concordatario* non appare nel testo del Concordato fra la Santa Sede e la Repubblica di Polonia dove si parla espressamente solamente del matrimonio canonico e del matrimonio contratto secondo la legge polacca (cfr. art. 10).

La legge civile polacca, quella successiva al Concordato (è infatti cambiato con la Legge del 24 luglio 1998 il Codice familiare e tutelare), usa solo il termine matrimonio. Essa ricorda che tale istituzione può essere contratta davanti al capo dell'Ufficio dello Stato Civile (matrimonio così detto civile), e anche che il matrimonio può essere celebrato quando un uomo e una donna hanno contratto matrimonio secondo la legge canonica e hanno anche dichiarato le loro volontà di contrarre simultaneamente il matrimonio sottoposto alla legge polacca e che il capo dell'Ufficio dello Stato Civile successivamente dovrà fare l'atto del matrimonio (cfr. art. 1. §§ 1-2). Naturalmente questa situazione, secondo il Codice civile familiare e tutelare, è stata resa possibile solamente quando prima è stato ratificato il Concordato fra la Chiesa e lo Stato, il quale prevedeva questa situazione, cioè che il matrimonio canonico possa creare anche gli effetti civili (cfr. art. 1. § 3). Dunque la celebrazione del matrimonio canonico risulta come la condizione *sine qua non*, senza la quale non potrebbe esistere il matrimonio concordatario⁽¹⁾.

L'Istruzione della Conferenza Episcopale Polacca usa espressamente già nel suo titolo il termine: *matrimonio concordatario*, e subito, nell'introduzione, lo definisce. L'Istruzione afferma che, d'accordo con l'art. 10 del Concordato e dopo il cambiamento nella legge polacca, è nata in Polonia l'istituzione del matrimonio concor-

(1) Il matrimonio canonico celebrato in forma straordinaria senza la presenza del chierico (cfr. can. 1112) non può produrre gli effetti civili, quindi non dà il fondamento al matrimonio concordatario. Dunque la presenza del chierico appare come necessaria nel processo della costruzione del matrimonio concordatario. W. GÓRALKI, *Zawarcie małżeństwa konkordatowego w Polsce*, Warszawa 1998, p. 16 s.

datario, cioè del matrimonio canonico che, dopo la realizzazione di alcune condizioni, crea anche gli effetti civili nella legge polacca. Dunque per matrimonio concordatario bisognerebbe comprendere non un terzo tipo di matrimonio, oltre quello civile e canonico (ciò che è sicuramente una interpretazione impropria e sbagliata), ma come lo stesso matrimonio canonico in quanto, con l'osservanza di certe condizioni e formalità, produce anche gli effetti civili⁽²⁾.

2. *Le nuove leggi in vigore del matrimonio concordatario.*

2.1. La Conferenza Episcopale Polacca, allo scopo di tradurre nella quotidiana pratica ecclesiale il decimo articolo del Concordato, basandosi sul can. 34 § 1 del CIC'83, cioè volendo rendere chiare le disposizioni del Concordato fra la Santa Sede e la Repubblica di Polonia e volendo determinare i procedimenti nel confronto del matrimonio concordatario, congregata a Varsavia per la sua 296 congregazione plenaria il 22 ottobre 1998, ha promulgato l'Istruzione sul matrimonio concordatario: *Instrukcja Konferencji Episcopatu Polski dla duszpasterzy dotycząca małżeństwa konkordatowego*. L'Istruzione, in vigore dal 15 novembre 1998, è molto pratica ed è dedicata innanzi tutto ai pastori d'anime.

Prima di analizzare il testo dell'Istruzione bisogna ricordare che cosa dice il Concordato fra la Santa Sede e la Repubblica di Polonia sul matrimonio concordatario nell'art. 10:

«1. Dal momento della celebrazione, il matrimonio canonico comporta gli effetti del matrimonio contratto secondo la legge polacca, se:

(1) fra gli sposi non esistono impedimenti previsti dalla legislazione polacca,

(2) in occasione della celebrazione del matrimonio essi fanno una concorde manifestazione della volontà di produrre tali effetti⁽³⁾, e

(3) la celebrazione del matrimonio è stata trascritta nei registri civili su notifica trasmessa all'Ufficio dello Stato Civile entro cinque

(2) Cfr. P. URSO, *Note sul matrimonio concordatario*, in: A. LONGHITANO, *Matrimonio canonico fra tradizione e rinnovamento*, Bologna 1991, p. 310 s.

(3) La concorde manifestazione della volontà degli sposi di produrre gli effetti civili dal contratto matrimonio canonico appare come elemento molto originale del Concordato polacco nel confronto con gli altri Concordati contemporanei. W. GÓRALSKI, *op. cit.*, p. 44.

giorni dalla celebrazione del matrimonio; questo termine verrà prolungato, qualora non fosse stato osservato a causa di forza maggiore, fino al momento della cessazione di essa».

Inoltre la Chiesa in Polonia si obbliga affinché la preparazione alla celebrazione del matrimonio canonico comprenda l'istruzione dei futuri sposi sulle norme del diritto polacco concernenti gli effetti del matrimonio (cfr. art. 10, n. 2)⁽⁴⁾; invece lo Stato solennemente dichiarava: «*Allo scopo di tradurre nella pratica il presente articolo, verranno fatti i necessari cambiamenti nella legislazione polacca*» (art. 10, n. 6).

E anche conveniente ricordare che, il citato art. 10 del Concordato (contrariamente al Concordato italiano dal 18 febbraio 1984) lascia una lacuna, che deve essere successivamente riempita attraverso la legislazione civile. W. Góralski, che faceva parte della delegazione della Santa Sede in preparazione del Concordato, scrive che questo fatto appare come il suo vantaggio ed è stato predisposto dai negoziatori del Concordato⁽⁵⁾.

2.2. In riferimento al Concordato sono stati fatti i cambiamenti nella legislazione civile. Concretamente è stato cambiato innanzi tutto il Codice familiare e tutelare dove con la legge del 24 luglio 1998 il parlamento della Repubblica di Polonia ha introdotto i necessari cambiamenti⁽⁶⁾, inoltre è stata pubblicata la disposizione del Ministro degli Interni ed Amministrazione del 26 ottobre 1998 sul lavoro degli Uffici dello Stato Civile⁽⁷⁾ e l'Annuncio del Ministro degli Interni ed Amministrazione del 4 novembre 1998 sull'elenco degli uffici ecclesiastici delle diverse Chiese della Polonia competenti a riempire la seconda pagina dell'attestato rilasciato dal capo dell'Ufficio dello Stato Civile e a spedirlo successivamente al capo dell'Uffi-

(4) L'Istruzione dei Vescovi della Polonia stabilisce che questo avviene attraverso il far conoscere agli sposi, da parte del parroco, gli artt. 1, 8 e 23 del Codice familiare e tutelare.

(5) W. GÓRALSKI, *op. cit.*, p. 11.

(6) *Ustawa z dnia 24 lipca 1998 r. o zmianie ustaw — Kodeks rodzinny i opiekuńczy, Kodeks postępowania cywilnego, Prawo o aktach stanu cywilnego, ustawy o stosunku Państwa do Kościoła Katolickiego w Rzeczypospolitej Polskiej oraz niektórych innych ustaw.*

(7) *Rozporządzenie Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji z dnia 26 października 1998 r. w sprawie szczegółowych zasad sporządzania aktów stanu cywilnego, sposobu prowadzenia ksiąg stanu cywilnego, ich kontroli, przechowywania i zabezpieczenia.*

cio di Stato Civile⁽⁸⁾. Dalla Chiesa cattolica sono elencati: ordinario del luogo, parroco, amministratore parrocchiale, vicario in sostituzione del parroco, chierico in sostituzione del parroco. Inoltre sono stati elencati anche chierici di altre dieci Chiese.

2.3. Successivamente sono state introdotte, dalla summenzionata Istruzione dei vescovi della Polonia, alcune novità nella particolare legislazione polacca⁽⁹⁾:

a) La Conferenza Episcopale Polacca, il 4 giugno 1998, ha stabilito che i fedeli della Chiesa cattolica in Polonia contraendo il matrimonio canonico abbiano l'obbligo di riconoscere ad esso gli effetti civili previsti dal Concordato (art. 10). Perciò senza il permesso dell'ordinario del luogo è vietato benedire il matrimonio degli sposi, i quali non vogliono avere gli effetti civili per loro matrimonio canonico. L'Istruzione stabilisce che l'ordinario del luogo può dispensare dall'obbligo di avvalersi del riconoscimento agli effetti civili assicurato dal Concordato soltanto in casi eccezionali per gravi motivi pastorali. La decisione dei Vescovi della Polonia basa sulla norma del can. 1071 § 1, n. 2 del CIC'83 e ha ricevuto la *recognitio* della Santa Sede con la lettera del 29 ottobre 1998 (N. 8426/98/RS). La norma è obbligatoria in Polonia dal 15 novembre 1998.

Nella pratica pastorale questo significa che, generalmente, tutti i matrimoni canonici devono avvalersi del riconoscimento degli effetti civili. Questo fatto si può realizzare nella doppia pratica:

- attraverso la celebrazione del matrimonio concordatario,
- attraverso la previa celebrazione del matrimonio civile e la successiva celebrazione del matrimonio canonico. In questo caso ab-

(8) *Obwieszczenie Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji z dnia 4 listopada 1998 r. w sprawie ogłoszenia wykazu stanowisk, których zajmowanie upoważnia do sporządzenia zaświadczenia stanowiącego podstawę sporządzenia aktu małżeństwa zawartego w sposób określony w art. 1 § 2 i 3 Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego, wraz z Załącznikami.*

(9) L'Istruzione consta della piccola introduzione e di due parti: una generale e una particolare. Nella prima parte viene presentata la nuova legislazione civile (n. 1-2) e canonica (n. 3-10) nel contesto del matrimonio concordatario. La parte particolare presenta la procedura normale della costruzione del matrimonio concordatario (n. 11-24) e la procedura in pericolo di morte (n. 25-26). Il testo si conclude con le informazioni sulla promulgazione dell'Istruzione.

biamo due matrimoni celebrati separatamente senza nessuna infusione giuridica.

b) La Conferenza Episcopale Polacca ha cambiato sulla base del can. 1083 § 2 del CIC'83 l'età minima per la lecita celebrazione del matrimonio canonico stabilendo che essa sia di diciotto anni compiuti per l'uomo e per la donna. Così la legislazione particolare della Chiesa in Polonia corrisponde alla nuova disposizione della legge civile contenuta nel Codice familiare e tutelare che stabilisce la stessa età per l'uomo e per la donna. Con questa nuova disposizione è stata derogata l'età stabilita nell'Istruzione della Conferenza Episcopale Polacca sulla preparazione al matrimonio dal 5 settembre 1986 r. La vecchia Istruzione, la quale come principio stabiliva che l'età per contrarre matrimonio canonico corrisponde alla legge civile e stabiliva ventuno anni compiuti per l'uomo e diciotto anni compiuti per la donna.

La nuova disposizione della legge particolare riguarda tutti i matrimoni e non soltanto il matrimonio concordatario.

L'Istruzione ricorda anche che per la celebrazione del matrimonio concordatario da parte di una donna minorenni, la quale ha compiuto sedici anni di vita, occorre il permesso del tribunale tutelare e la dispensa del ordinario del luogo.

c) L'Istruzione introduce anche un piccolo cambiamento alla forma canonica del matrimonio. Essa stabilisce che i due testimoni del matrimonio canonico, la cui celebrazione fa parte del processo di sorgimento o di costruzione del matrimonio concordatario, devono essere maggiorenni; cioè devono avere compiuti diciotto anni di vita. Questo cambiamento corrisponde anche alla legislazione civile stabilita nel Codice familiare e tutelare (cfr. art. 8 § 2). Il Codice del diritto canonico del 1983 parla solamente dei due testimoni senza indicare la loro età (cfr. can. 1108 § 1).

d) L'Istruzione ricorda e stabilisce che per celebrare validamente il matrimonio concordatario tramite procuratore si richiede, oltre che di rispettare il diritto canonico (cfr. can. 1105), anche il permesso del tribunale civile⁽¹⁰⁾.

⁽¹⁰⁾ Questa risoluzione corrisponde bene con tutto lo spirito del Concordato, il quale sottolinea il principio dell'indipendenza e dell'autonomia dei due ordini giuridici: statale ed ecclesiale. W. GÓRALSKI, *op. cit.*, p. 57.

3. *La costruzione del matrimonio concordatario.*

Lo schema per contrarre il matrimonio concordatario si presenta nella maniera seguente:

in primo luogo, tre mesi dalla prevista data della celebrazione del matrimonio canonico, il ritiro da parte degli sposi dell'attestato dall'Ufficio dello Stato Civile, dove il capo dell'Ufficio dello Stato Civile, del luogo del domicilio uno dei nubendi dichiara, sulla prima pagina dell'attestato, che fra gli sposi non esistono impedimenti matrimoniali previsti dalla legislazione polacca. Successivamente tre copie dell'attestato devono essere da loro presentate all'ufficio parrocchiale, mentre la quarta copia rimane nell'Ufficio dello Stato Civile. L'attestato è valido tre mesi e sul foglio dell'attestato il capo dell'Ufficio dello Stato Civile indica l'ultimo giorno della validità del documento da lui firmato. Rilasciando il documento il capo dell'Ufficio dello Stato Civile ha obbligo di informare gli sposi sulla successiva procedura nella costruzione del matrimonio concordatario.

Il parroco non può fare le preparazioni canoniche al matrimonio senza avere l'attestato civile; inoltre ha l'obbligo di informare i futuri sposi sulle norme del diritto polacco concernenti gli effetti civili del celebrato matrimonio concordatario.

Prima della celebrazione del matrimonio, il chierico davanti al quale i nubendi contraggono il matrimonio canonico (competente a benedire il matrimonio secondo il can. 1108 § 1), ha l'obbligo di riempire la seconda pagina dell'attestato, dove anche i futuri sposi, immediatamente prima della celebrazione del loro matrimonio, mettendo la loro firma dichiarano così le proprie volontà, che il matrimonio canonico comporti per loro anche gli effetti del matrimonio contratto secondo la legge polacca. Nello stesso momento mettono le loro firme anche i due testimoni. Invece il chierico, che benedice il matrimonio canonico, mette la sua firma subito dopo l'avvenuta celebrazione del matrimonio canonico e ha l'obbligo di dare tutti i tre attestati al parroco, il quale firma tutti i tre attestati.

Successivamente, prima di cinque giorni dalla data della celebrazione del matrimonio canonico⁽¹¹⁾, il parroco della parrocchia dove è stato celebrato il matrimonio, ha obbligo di spedire uno degli

(11) Il termine perentorio di cinque giorni viene sospeso, quando esiste una forza maggiore che impedisce l'agire del parroco.

attestati all'Ufficio dello stato civile competente il luogo della avvenuta celebrazione del matrimonio. Può fare questo direttamente o attraverso il servizio postale. Dunque l'autore dell'informazione dell'avvenuto matrimonio è sempre il chierico. Il parroco deve dare agli sposi un'attestato, mentre l'altro deve rimanere nell'ufficio parrocchiale.

Tutto il processo del sorgimento o della costruzione del matrimonio concordatario si conclude quando il capo dell'Ufficio dello Stato Civile fa l'atto del matrimonio, non più tardi che nel giorno lavorativo seguente quando l'attestato è arrivato nel suo ufficio. Il matrimonio concordatario ha gli effetti civili previsti dalla legislazione polacca dal giorno in cui gli sposi hanno dato il loro consenso matrimoniale, non invece dal giorno in cui è stato fatto l'atto del matrimonio.

Bisogna dire che l'Istruzione della Conferenza Episcopale contiene la procedura normale di contrarre il matrimonio concordatario (11-24) e la procedura nel pericolo di morte (25-26). In questo ultimo caso la procedura di contrarre il matrimonio concordatario può essere fatto senza la presentazione dell'attestato rilasciato dal Capo dell'Ufficio dello Stato Civile. Il chierico che benedice il matrimonio in caso del pericolo di morte, deve ricevere la dichiarazione dei nubendi, in cui affermano di non sapere degli eventuali impedimenti civili previsti dalla legislazione polacca. In questa situazione il chierico riempie soltanto la seconda pagina dell'attestato dove deve indicare che il matrimonio è stato celebrato d'accordo con l'art. 9 § 2 del Codice familiare e tutelare.

4. *Conclusioni.*

Lo schema presentato della costruzione del matrimonio concordatario crea la possibilità di reciproca collaborazione fra lo Stato e la Chiesa in Polonia, innanzi tutto per il bene dell'istituzione. La costruzione del matrimonio concordatario è tale che sia il matrimonio canonico, sia il matrimonio civile conservano le loro proprie caratteristiche. Questo dualismo giuridico è contenuto nello stesso Concordato quando dice: «È di esclusiva competenza dell'autorità ecclesiastica sentenziare circa la validità del matrimonio canonico, nonché circa le altre cause matrimoniali previste dal diritto canonico. Sentenziare circa cause matrimoniali nell'ambito degli effetti definiti dalla le-

gislazione polacca, è di esclusiva competenza dei tribunali statali» (art. 10, 3-4).

In tutto il processo della costruzione del matrimonio concordatario il capo dell'Ufficio dello Stato Civile custodisce ordine giuridico statale, mentre il parroco quello della Chiesa.

Come per il sorgimento del matrimonio concordatario occorre- vano reciproci cambiamenti, sia nella legislazione civile, sia nella legislazione canonica, così attualmente è necessaria la collaborazione fra l'Ufficio dello Stato Civile e l'ufficio parrocchiale, non soltanto allo scopo di garantire la validità del matrimonio concordatario, ma innanzi tutto, per offrire l'ottima preparazione ai nubendi per realizzare per i loro grandi impegni per il bene comune. Questa collaborazione deve essere simile all'osmosi del diritto canonico e diritto civile nel processo del sorgimento del matrimonio concordatario, come solennemente dichiara il Concordato fra la Santa Sede e la Repubblica di Polonia: *«Le Parti Contraenti dichiarano la volontà di collaborare per difendere e rispettare l'istituzione del matrimonio e della famiglia, fondamento della società. Esse rilevano il valore della famiglia, e la Santa Sede, per parte sua, riafferma la dottrina cattolica sulla dignità e l'indissolubilità del matrimonio»* (art. 11).

Pagina bianca

Giurisprudenza

Pagina bianca

TRIBUNALE DELLA ROTA ROMANA - *Piacentina-Bononien.* - Nullità del matrimonio - Esclusione della prole e della fedeltà - Sentenza definitiva - 28 marzo 1995 - Giannecchini, *Ponente* (*).

Matrimonio — Consenso — Simulazione parziale — Esclusione della prole e della fedeltà — Positivo atto di volontà — Distinzione tra diritto e uso del diritto.

Matrimonio — Consenso — Simulazione parziale — Esclusione della prole — Diritto agli atti veramente coniugali — Irrilevanza della esclusione *ad tempus*.

Matrimonio — Consenso — Simulazione parziale — Esclusione del *bonum fidei* — Poligamia — Distinzione tra diritto e uso del diritto riguardo all'unità.

Matrimonio — Consenso — Simulazione parziale — Esclusione della prole e della fedeltà — Prova dell'esclusione.

Nella determinazione dell'esistenza di una volontà simulatoria si deve distinguere tra la volontà di escludere il diritto e la volontà di escludere il suo esercizio. Non sembra che si possa ammettere l'esistenza della volontà simulatoria se non esiste una causa proporzionatamente grave. Perché si possa parlare di simulazione è necessario che ci sia una volontà veramente contraria, o che, mediante un atto positivo della volontà, l'oggetto del consenso venga modificato o limitato in alcuno dei suoi elementi o proprietà essenziali. Perciò, non hanno forza invalidante il consenso le intenzioni abituali e tanto meno la volontà interpretativa, la quale non determina la volontà, od anche i desideri, le velleità, gli errori, ecc., contrari ai beni del matrimonio.

La procreatività appartiene all'essenza del matrimonio, e si concretizza nell'ordinazione alla prole, non nella prole come realtà, la quale potrebbe mancare per cause indipendenti dalla volontà dei coniugi.

(*) Sentenza pubblicata in RRDec. vol. LXXXVII (1995), pp. 240-251. Presentiamo due sentenze che riflettono due punti di vista diversi sulla distinzione tra il diritto e il suo esercizio. Vedi, alla fine delle due sentenze, *nota* di Héctor Franceschi F., *L'oggetto dell'esclusione del bonum fidei nella giurisprudenza della Rota Romana*.

L'interscambio del diritto-dovere agli atti veramente coniugali apparterrebbe all'oggetto del consenso matrimoniale. La procrastinazione della prole, sia a tempo determinato che indeterminato, sia sottomettendola a una condizione di per sé temporanea e che di solito si avvera, come sarebbe ad esempio il miglioramento della situazione economica o il ricupero della salute, non inficia la validità del consenso. Sarebbe anche irrilevante una volontà di rimandare la prole che poi diventasse assoluta per circostanze successive alla celebrazione del matrimonio.

L'esclusione della fedeltà rende nullo il consenso, non perché implichi un uso peccaminoso delle facoltà sessuali, ma perché, nel manifestare il consenso, si rifiuta la donazione integra alla comparte, la quale ha il diritto perpetuo ed esclusivo sul coniuge. Si deve comunque distinguere tra la vera simulazione, che riguarda il matrimonio «in fieri», e l'inadempimento degli obblighi veramente assunti. La volontà poligamica è senza dubbio contraria al «bonum fidei», perché ripugna alla pari dignità dell'uomo e della donna e all'unità ed esclusività dell'amore coniugale. Tenendo alla distinzione tra il diritto e il suo esercizio, per quanto riguarda il «bonum fidei», si dovrebbe affermare che la volontà di commettere adulterio o di avere dei rapporti sessuali con terze persone non renderebbe nullo il matrimonio, sempre che questa volontà non riguardi l'obbligo di osservare la fedeltà, ma soltanto l'adempimento dell'obbligo assunto. Lo stesso si dovrebbe dire dell'intenzione o della previsione che si manterranno relazioni con terze persone dopo il matrimonio, perché per la simulazione è necessario l'atto positivo di volontà, al quale non si può identificare la semplice intenzione abituale.

È sempre difficile la prova della simulazione, particolarmente per quanto riguarda la distinzione tra l'esclusione del diritto stesso o soltanto del suo esercizio. Nella determinazione della verità del caso i giudici terranno conto delle presunzioni iuris e di quelle stabilite dalla giurisprudenza rotale lungo gli anni. Elemento importante in questa determinazione è l'accertamento della «causa exclusionis», grave e proporzionata, messa in rapporto con la «causa contrahendi», considerata anche l'indole psicologica, l'educazione, l'ingegno, l'età, ecc., del presunto simulante, nonché la sua convinzione nel difendere le sue idee e nel perseverare nelle sue condotte contrarie al bene che si presume abbia escluso.

(*Omissis*). — FACTI SPECIES. — 1. Ineunte anno 1974 obviam venerunt Maria, adhuc discipula, nata anno 1957, et Robertus, ortus

anno 1956, qui primum amicitia ligati dein mutuo amore exarserunt. Quibusdam difficultatibus ratione aetatis utriusque partis superatis, iuvenes ad aras, die 5 augusti anni insequentis, intra fines Placentinae dioeceseos, accesserunt.

Initio vita coniugalis feliciter ac prospere processit, etsi nulla prole recreata, sed definitive, exeunte anno 1979, abrupta est cum vir ad aliam mulierem cor convertit quam iam dereliquerat antequam Mariam cognosceret et quacum nunc vivere incepit.

Incassum expletis conaminibus reconciliationis, post sanctionem separationis coniugalis ex parte auctoritatis civilis diei 21 martii 1980 et subsequentem declarationem s. d. divortii civilis die 15 martii 1988, etiam mulier alii viro adhaesit et binam prolem procreavit.

Mulier tandem die 25 maii 1983 supplicem libellum Tribunali Ecclesiastico Aemiliano porrexit, declarationem nullitatis matrimonii exostulans pluribus ex capitibus: «Le motivazioni addotte sono sei».

Occasione autem iudicialis depositionis suam mentem determinavit efflagitans «che il matrimonio venga accusato di nullità soltanto per l'esclusione della prole da parte di mio marito, come concordato all'atto della contestazione della lite con il mio Procuratore».

Post publicationem actorum vero eadem petiit ac obtinuit ut nova capita nullitatis, nempe exclusio bonorum sacramenti et fidei ex parte viri, adderentur.

Iterum auditaе sunt partes in causa et quidam testes.

Sententia diei 9 septembris 1985 favens fuit votis Actricis nullitatem matrimonii declarans tantum ob exclusionem bonorum prolis et fidei.

Tribunal appellationis Bononiense causam decreto diei 20 februarii 1986 ad ordinarium examen secundi iudicii gradus admisit.

Consentientibus partibus statutum est dubium disceptandum exclusive quoad exclusionem bonorum prolis et fidei.

Iterum in instructoria suppletiva auditaе sunt partes in causa.

Sententia in altero iurisdictionis gradu, die 3 iulii 1987 lata, pro validitate matrimonii edixit.

Tribus elapsis annis, nempe die 12 iulii 1990, Actrix appellationem ad Rotae Romanae Tribunal interposuit at, post Turni constitutionem, causa quievit ob defectum constitutionis patroni.

Tandem, concesso gratuito patrocinio parti actrici, dubium concordatum est die 4 octobris 1991, at, ob exortas difficultates, alium Patronum ex officio designare oportuit.

Interim causa perempta est, at, attentis adiunctis, die 24 martii 1994 reassumpta est.

Scripturis defensionalibus tandem commutatis, nunc respondendum est dubio: *An constet de nullitate matrimonii, in casu, ob exclusum bonum prolis et fidei ex parte viri.*

IN IURE. — 2. Consensus matrimonium efficiens est actus voluntatis quo vir et mulier sese tradunt et accipiunt ad illud constituendum; quod sua natura specifica ad bonum coniugum et ad generationem et educationem prolis ordinatur.

Institutum matrimoniale plures ob causas pluresque ob fines contrahi potest, sed eius natura et ordinatio voluntate hominum immutari, ne ex parte quidem, potest. Elementum ergo procreativum, in ordinatione ad prolem consistens, est de essentia matrimonii et nemini illud excludere fas est. Quare « si alterutra vel utraque pars positivo voluntatis actu excludat matrimonium ipsum vel matrimonii essenziale aliquod elementum, vel essentialem aliquam proprietatem, invalide contrahit » (can. 1101, § 2).

Cum factum prolis non sit semper et quomodocumque in potestate hominis, pluribusque de causis, aliquando ignotis, contra voluntatem coniugum deficere possit, sequitur quod « sterilitas matrimonium nec prohibet nec dirimit » (can. 1084, § 3).

Obiectum consensus est ius et obligatio ad actus vere conjugales, quorum tantum commutatio est plene in voluntate contrahentium. Ordinatio ad prolem conscia voluntate contrahentis (cf. can. 1101, § 2) eiusque aptitudine physica (cf. can. 1084) et psychica (cf. can. 1095) plenam habet consecutionem.

Contra bonum prolis et fidei malitia vel fragilitate quis deliberate agere potest cum consensum elicit, negans aut excludens iuris commutationem cum comparte. Sed hoc non est omnibus facile et expeditum.

In simulatione partiali enim voluntas contrahendi adest sed obiectum matrimonii ex parte deficit, seu illud nonnisi dimidiatum intenditur. Haec determinatio non est absolute facilis, quia periculum confusionis inter eius obligationes et harum adimplementum, inter ius et eius exercitium imminet. Insuper praemunt praesumptiones iuris et hominis, quae praevalent nisi contrarium probetur.

Evidenter simulatio excludi absolute vel a priori nequit, sed admittenda non videtur nisi adsit causa proportionate gravis. Est ab humano sensu alienum in re tanti momenti, quae incidit in compartem, habitualiter amatam, in societatem civilem et ecclesiasticam.

Absque gravi causa, simulatum actum ponere eo vel magis quod ad simulationem vel partialem patrandam necesse est ut adsit vera contraria voluntas, seu per actum positivum voluntatis manifestata, quae revera circumscribat consensus obiectum et consequenter matrimonium irritum reddat. Quem effectum autem non obtinent intentiones habituales et eo vel magis interpretativae, quae voluntatem non determinant, item desiderio, velleitates, animi suasiones, errores et alia huiusmodi contra bona matrimonii militantia.

Pariter, ad bonum proles quod spectat, consensum non inficit procrastinatio generationis proles ad tempus definitum aut indeterminatum sed subordinatum conditioni per se temporaneae et quam citius implendae, v. g. conditioni oeconomicae vel valetudini recuperandae. Haberi non potest absolute exclusum seu negatum quod exoptatur concedendum.

Nec obstat sufficientiae consensus temporanea praenuptialis statuta procrastinatio proles quae post matrimonium, novis causis supervenientibus, commutetur in perpetuam et absolutam, quia haec serotina voluntatis determinatio inficere non potest consensum iam positum et matrimonium irrevocabiliter iam in suo esse perfectum.

3. Quoad bonum fidei memorare oportet quod unitas et indissolubilitas sunt proprietates essentiales matrimonii (cf. can. 1056), quae aliquo modo hoc tuentur, eius essentiam defendendo utpote consortium totius vitae inter coniuges et eiusdem ordinationem ad generationem et educationem proles (cf. can. 1055).

«Quaevis ideo intentionaliter manca vel vitiosa donatio vitiat consensum. Intentio non servandi fidem, nedum bonum coniugum vulnerat et offendit, sed et consortium totius vitae impedit. Et hoc non quia coniux peccaminose utitur sua facultate sexuali, sed quia hanc, in proferendo consensu, integram comparti non tradit, quae circa eandem ius exclusivum et perpetuum habet. Paucis compartem coniugem non constituit cum positive et intentionaliter aliquid essenziale detrahat in donatione, commutationem non operetur et consortium totius vitae constituere non intendat. Neminem fugit nihil laedere, ferire, offendere consortium totius vitae quam fidei detrectationem, etsi indefinite, in matrimonio in fieri, et fidei fractionem in matrimonio in facto esse» (coram Funghini, decisio diei 23 octobris 1991, RRDec., vol. LXXXIII, pp. 604 s., n. 5).

Huiusmodi bono fidei, quod in vinculo natura sua perpetuo et exclusivo (cf. can. 1134) fundatur, «funditus polygamia adversatur:

haec enim directe recusat Dei propositum, sicut ipsis initiis revelatur, quoniam pari personalique dignitati viri et mulieris repugnat, qui in matrimonio alter alteri se dant amore integro ideoque ex se unico et exclusorio» (Ioannes Paulus PP. II, Adh. Ap. *Familiaris Consortio*, AAS, vol. LXXIV, p. 102, n. 19).

Ex recepta distinctione inter ius et iuris obligationem, quae exclusioni boni prolis et fidei pariter applicatur, cum in utroque casu ius et obligatio mutuo commutanda exclusive attendenda sint, patet, cum agitur de bono fidei, est «dicendum validitati coniugii non obstare adulterandi propositum aut ad libitum sexualibus voluptatibus cum extraneis fruendi, cum propositum in casu non obligationem servandae fidei respiciat, sed dumtaxat susceptae obligationis implementum».

Pariter nullo modo matrimonii fidem respuit qui certum in sexuales relationes relapsus post nuptias praevidet, immo et qui habituali intentione fidem frangere intenderit: ad simulationem enim patrandam requiritur positivus voluntatis actus, habitualis vero intentio improprie ad voluntatis notionem reducitur» (coram Funghini, decisio diei 19 novembris 1985, RRDec., vol. LXXVII, p. 507, n. 4).

4. Probatio simulationis, an nempe in casu agatur de excluso iure aut tantum de eius exercitio, de obligatione aut de eius implemento, semper difficilis apparet, ut patet ex natura rei et ex praesumptionibus in favorem matrimonii.

Utrumque: «Ad veritatem eruendam, nempe ad investigandam intentionem in latebris cordis absconditam, Iudici subveniunt praesumptiones iure fundatae ac in Nostri S. Fori iurisprudencia, decursu temporis, constabilitae. Intentio praevalens de nuptiis ineundis non nisi prole (et fide) exclusa patebit tum ex simulantis confessione iudiciali, et praesertim extraiudiciali tempore insuspecto facta atque comparti testibusque fide dignis manifestata et ab iisdem in iudicio confirmata, quibus ostendatur reapse adfuisse in casu exclusionem ipsius radicalis iuris ad prolem (et ad fidem).

Perpendenda est causa exclusionis quae, in aestimatione simulantis, gravis sit ac proportionata, ratione habita causae contrahendi, quaeque, denique, urgens ac perpetua habeatur, in concreta realitate, consideratis indole psychologica, ingenio ac educatione simulantis, eius aetate, statu valetudinis necnon vitae vicissitudinibus...

Cumque ex agentis personalitate qualitate actionis clarescant praesumptiones de praevalenti voluntate simulantis contra bonum

prolis (et fidei) deducuntur vel ex tenacitate in proposito servando, vel ex serietate qua simluans suas convinctiones defendit, et ex finalitatibus intentis, vel ex defectatione actuum coniugalium ab initio et toto tempore vitae coniugalis, etiamsi altera parte petente vel consentiente» (coram Palestro, decisio diei 21 iunii 1989, n. 6).

IN FACTO. — 5. In hoc iudicii gradu capita nullitatis ab Actrice adducta, exclusio nempe boni prolis et fidei, adhuc definienda manent.

Quoad bonum prolis Actrix in prima depositione haec habet: «Io mi sentivo innamorata; lui, non so dire. Ci si incontrava due-tre volte la settimana, mai però abbiamo fatto vacanze insieme... Io ne ero innamorata e avevo piena fiducia che avrebbe cambiato e mi sarebbe stato fedele... Fra noi si è parlato anche del problema dei figli: io non mancavo di far presente che ne desideravo dal matrimonio, e lui si dichiarava disposto ad accettarne dopo un certo periodo, senza però precisare mai niente. Lui sapeva che a me piacevano molto i figli e capiva che non l'avrei certamente sposato, se si fosse dichiarato contrario ad averne. Per questo era sempre pronto a mostrarsi accondiscendente e consenziente a quel mio desiderio, ma lo faceva sempre, evidentemente, più che altro per troncane il discorso.

Devo confessare, però, che dopo il matrimonio mi è venuto di sospettare che egli non potesse avere figli, perché, pur comportandoci in modo che dai nostri rapporti intimi per sé ne potevano venire, mai ci furono gravidanze. Posso aggiungere che, preoccupata per questo fatto, ho consigliato Roberto a sottoporsi a visite specialistiche, ma egli vi si è sempre rifiutato.

Per me e Roberto il giorno del matrimonio è stato un bel giorno... e il matrimonio è stato consumato in modo atto alla procreazione».

Antequam Tribunal Aemilianum primae instantiae ad definitionem causae perveniret, Actrix postulavit ac obtinuit ut etiam nova capita nullitatis matrimonii disceptarentur, nempe exclusio boni fidei et sacramenti, quam ob rem ipsa denuo audita est.

Ast in secunda deposizione haec tantum Maria habet: «Circa il problema dei figli non ho nulla da aggiungere», dum in tertia, turbata verbis et factis relatis, Iudici sciscitanti, potius quam simulationem viri admittere, respondit se tribuere defectum prolis potius impotentiae quam pravae voluntati viri, dicens: «A questa domanda io

non posso rispondere se non che Roberto si comportava realmente da incosciente ed irresponsabile, se, come lui afferma, non voleva assolutamente figli e poi si comportava in modo che avrebbero potuto venirne. Non saprei se la cosa possa spiegarsi anche col fatto che lui fosse consapevole di non poter avere figli».

Actrix iterum audita est in altera iudicii instantia, sed supra relata confirmat, sive quoad consummationem matrimonii: «in modo atto alla generazione. Io avrei potuto rimanere anche incinta», sive quoad suas suspiciones de sterilitate viri: «Io sospettavo che mio marito non potesse avere figli, perché, pur compiendo l'atto matrimoniale in modo normale, io non sono mai rimasta incinta».

Etenim: «gli atti matrimoniali avvenivano in modo normale con penetrazione ed eiaculazione in vagina...» et «...venivano compiuti in qualsiasi periodo senza alcuna precauzione».

His omnibus perpensis, patet quod ex verbis ipsius Actricis de exclusione prolis ex parte viri loqui non possumus, quia ipsa Conventum nunquam contra filios loquentem audivit. E contra ante nuptias ipse Conventus «capiva che non lo avrei certamente sposato, se si fosse dichiarato contrario ad averne». Immo, saltem verbis, Conventus «si dichiarava disposto ad accettarne dopo un certo periodo, senza però precisare niente».

Neque post nuptias de praesumpta voluntate simulatoria viri suspicata est mulier; ex modo agendi viri in intimitatibus potius in favorem procreationis prolis concludendum est. Dubia enim quae sub exitu vitae coniugalis tandem aliquando Actrix fovit exclusive sterilitatem viri respiciunt, ita ut ipsa viro consuleret «a sottoporsi a visite specialistiche».

Si vel a longe mulier quid a viro novisset de eius prava voluntate contra susceptionem prolis, certo certius medicos vel peritos eidem non consulisset.

Hinc concludendum est quod ex Actricis verbis minime de voluntate viri contra prolem constat.

6. Praetensus simulans, seu Conventus, de relatione sponsalicia serena, pacifica, amore plena, absque dissentionibus in problematibus familiae condendae loquitur et enarrat: «Dal primo incontro al matrimonio sono passati cinque-sei mesi. Maria era di carattere buono, tranquillo: eravamo reciprocamente innamorati e ci si frequentava con la prospettiva di eventuale futuro matrimonio. Si andava qualche volta a qualche breve passeggiata o al cinema; ci si in-

contrava quasi tutti i giorni. Il nostro fidanzamento si è sempre svolto molto serenamente.

Io sono sempre rimasto fedele alla mia fidanzata, come lei è sempre stata fedele a me.

Siccome ci si voleva veramente bene, io ho cominciato presto a parlare di matrimonio con Maria, proponendole di sposarci presto, perché io sentivo il bisogno di fare una mia famiglia ed avere una mia casa, e Maria ha aderito volentieri alla mia proposta».

Quoad «problema dei figli» vir conventus, si ipsum audis, loquutus est cum Actrice, sed aliter ac ipsa retulit. Cum eadem convenisset quod «per i primi cinque-sei anni non se ne sarebbero assolutamente andati a prendere, poi si sarebbe veduto... eravamo ancora troppo giovani e volevamo poterci divertire ed inoltre sentivamo che per noi allora era una responsabilità troppo grave avere figli».

Conventus ultra non procedit in prima depositione. Simpliciter ob juvenilem aetatem vel ob desiderium oblectamenti vel voluptatis ipse ad tempus vitare voluisset prolem. Nullam aliam causam idem invocat aut memorat proli infensam, quae graviter et perpetuo natiuitatem prolis praepedire potuisset.

Causa adducta, enim, est satis levis et inepta praeter quam quod pertransiens ac circumscripta, quae simulationem per se fundare non potest.

Sed pergit Conventus: «Ci siamo sposati il 5 agosto 1975, è stato un bellissimo giorno, avendo coronato il nostro sogno d'amore. Ci fu pranzo e viaggio di nozze.

Il matrimonio non è stato consumato in modo atto alla procreazione, perché io sono sempre stato attento a non mettere incinta la moglie, o interrompendo tempestivamente l'atto o facendo uso di proffilattici, consapevole e consenziente la moglie».

Statim animadvertunt Patres inter partes contradictionem quoad matrimonii usum. At dum Actrix semper sibi constans est, Conventus vero sibi contradicit. Etenim dum iam nova capita introducta sunt, Conventus, ratione aliquo modo suspecta, in secunda depositione ait: «Circa il problema dei figli, ribadisco ancora una volta che io li escludevo in modo assoluto e per sempre, perché mi piaceva di divertirmi e i figli sarebbero stati un ostacolo».

Illud vero «modo assoluto e per sempre» ab eius mente totaliter exsulat. Utique Conventus etiam in litteris diei 14 maii 1985, scribit: «Ribadisco che nel modo più assoluto non volevo figli, e se qualche volta il matrimonio è stato consumato in modo atto alla procrea-

zione, lo è stato soltanto perché ho visto che le cose andavano bene».

At in tertia depositione, clare et perspicue tempora distinguens, dicit: «È vero che qualche volta da sposati avevamo avuto rapporti intimi senza precauzioni, mentre prima li avemmo sempre con precauzioni per evitare la prole...

Dopo, qualche volta abbiamo avuto rapporti intimi senza alcuna precauzione da parte mia, ma soltanto per una mia più piena soddisfazione. Se mia moglie fosse rimasta per sbaglio incinta, un figlio lo avrei accettato».

Mirabilis vir! ex una parte relationes intimas fovet cum Conventa, at tempore praenuptiali cum praecautioibus et cum intentione prolem vitandi; post nuptias vero nedum praecautioes dimittit sed prolem vitare non praesumit; ita forsitan egit cum spe illam statim non habendi, sed cum determinatione filios acceptandi.

Transeat voluntas filios vitandi et usus anticonceptionalium ante nuptias, sed usus iuxta naturam debiti coniugalis per annos conviventiae, minime vero interdum, productus, est factum quod solis verbis non deletur et nullo modo componi potest cum simulatione. Eius disponibilitas filios acceptandi — «Ripeto, però, che se per sbaglio mia moglie fosse rimasta incinta, un figlio lo avrei preso» — plene illud «modo assoluto e per sempre» evacuat et vel initium probationis simulationis inficit.

Adde: dimissis sermonibus, potius laevitati aetatis quam verae voluntati tribuendis, in depositionibus praetensi simulantis nullam aptam causam contra susceptionem prolis inveniunt Patres. Vir educatione ac institutione christiana non excellit, tamen novit nec repulit doctrinam catholicam de matrimonio neque nomen dedit consociationibus illam adversantibus, quare difficulter fundamentum simulationis inveniri potest. Deficere, in casu, etiam praetensi simulantis confessionem concludendum est, quia illius depositiones contradictionibus et irrationalitate graviter inficiuntur. Immo eius credibilitas ab ipsa Actrice in discrimen ponitur, cum expresse profiteatur: «Non ritengo mio marito sincero ed onesto in questa causa».

7. Etiam testes parum vel nihil conferunt thesi ab Actrice propositae.

Pater Conventi, qui, proh dolor!, filium adhuc puerum et familiam reliquerat, nihil de possibili simulatione novit: «Mai ho sentito i

due manifestare idee divorzistiche o abortiste... mai ho sentito, nessuno dei due, parlare del problema dei figli».

Tantum post nuptias eidem postulanti «di farmi diventare nonno presto» coniuges «davano risposte evasive», quapropter testis deduxit quod «quei due di figli assolutamente non ne volevano». At, praeter momentum illationis, testis addit: «però non ho mai saputo il perché», et: «ho visto che è diventato rosso e mi ha dato una risposta evasiva ed io, per non metterlo in imbarazzo, non ho insistito».

Quibus ex circumstantiis deducere et suspicari possumus causam defectus filiorum non in voluntate viri inveniri. In casu maximi momenti est quod coniuges semper usi sunt matrimonio modo naturali, seu procreationi favente, et quod praetensus simulans filium forte enatum non recusavisset.

Mater Conventi, etsi semper vitam una cum filio duxit, de simulatione ne suspicata quidem est.

Etenim: «Prima del matrimonio non ho mai avuto occasione di sentire i due parlare del problema dei figli; dopo il matrimonio... qualche volta domandai a mio figlio quando mi avrebbe dato un nipotino, mi rispondeva che ci avrebbe pensato».

Post naufragium matrimonii: «Io non ho mai saputo o capito — cum tristitia ipsa concludit — che fra i due ci fossero discussioni sul problema dei figli».

Duo testes Ioanna et Aloysius, amici Actricis, numquam a praetense simulante quidquid audiverunt; tamen alter «dopo circa due anni» a nuptiis celebratis, altera «un anno circa dopo il matrimonio» praeoccupationes et anxietates mulieris Actricis quoad prolem noverunt, quia «suo marito non voleva figli ed ho capito che si era sempre mostrato contrario ad averne».

Ne tamen quis simulationem inducere praesumat e mente Actricis, testis Ioanna prosequitur: «mai però ha accennato al perché del rifiuto della prole da parte di Roberto e mi ha confidato che ella dubitava che lui non potesse averne e per questo di aver consigliato a suo marito di sottoporsi ad una visita specialistica e che lui non ha mai voluto sottoporvisi».

Ne incongruentia vel falsitate Actrix plectetur, patet quod defectus prolis pravae voluntati viri tribuendus non est, secus consilium «di visita specialistica» irrisionem saperet et dissentionum inter coniuges facilis causa fuisset.

Non sine ratione alter testis instat: «A quanto mi consta, vissero insieme d'amore e d'accordo per quattro anni. Poi Roberto si è innamorato di un'altra donna e si è messo a convivere con lei».

8. Alexandra coniuges novit «da sei-sette anni, ancora prima che si separassero» et edocta, forsan nimis, apparet quoad exclusionem prolis ex parte utriusque partis in causa. Absque haesitatione testis deponit: «Parlando con me, ambedue hanno sempre detto che non volevano figli; loro dicevano: "Non vogliamo figli, perché stiamo bene così"», tamen, ne in errorem aestimationis incidamus, memorandum est quod ipsa addit: «questo, però, l'ho sentito dopo il matrimonio», eo vel magis quod testis aversionem contra prolem tribuit utrique coniugi, ad «ambedue», quod evidenter falsum est. Numquam enim Actrix prolem recusavit.

Pater Actricis ne verbum quidem habet de simulatione, at non sine significatione memorat: «A quanto ho visto, i due sono andati d'accordo fino a quando lui se n'è andato con un'altra donna».

Pariter mater, Clorinda, totaliter ignoravit «quali fossero in merito (ai figli) le idee ed i propositi di Roberto». Tantum «a me è giunta improvvisa la notizia che Roberto se n'era andato con un'altra donna».

Eadem referunt Rosa, soror Actricis, et Marcus, amicus Conventi.

Cum Actricis fides et sinceritas sua enarratione factorum et circumstantiarum circumscribatur, haud obstantibus favorabilibus testimonii attestationibus, patet quod ex actis relatis minime erui potest exclusio prolis ex parte viri conventi.

Cum facta potiora sint verbis, cum praetensus simulans scite distinguere valeat in intimatibus quando et quomodo se gerere debeat in ordine ad prolem suscipiendam vel minus, parum prodest eiusdem contraria declaratio. Exclusio prolis sustineri non potest solis verbis, factis vero contrarium conclamantibus.

9. Implexior evadit probatio exclusionis alterius boni, nempe fidelitatis, ex parte eiusdem viri.

Scribit praetensus simulans: «Io penso che la chiave di lettura di tutta la mia vicenda matrimoniale sta in quello che affermo a pag. 8 ad 3: "giovane come ero, ci ho riflettuto poco o niente". Non ho messo alcuna attenzione al passo che stavo per compiere e tanto meno un'attenzione proporzionata all'importanza del contratto matrimoniale».

Non est qui non videat difficultatem eliciendi actum positivum voluntatis contra fidem in eo qui se proclamat inconsideratum ac imprudentem et ab aliis describitur « un tipo molto volubile, instabile », « poca voglia di lavorare », « abitualmente sempre in giro », etc.

His non obstantibus, Conventus non veretur Tribunali scribere: « Ribadisco pure che non ho voluto in alcun modo assumere l'obbligo della fedeltà. Sposandomi mi sono riservato il diritto di andare anche con altre donne, diritto che ho esercitato come risulta dagli atti ».

Veruntamen Conventus, ut ait in prima depositione, fidelitatem de facto et intentionaliter observavit nedum ante nuptias, sed etiam post matrimonium. Quando enim uxorem dereliquit, seu anno 1980, ob « improvviso ritorno di fiamma che mi ha fatto perdere la testa », proclamat: « prima di allora mai avevo tradito mia moglie ».

Ex actis ergo nihil infertur contra fidem, eo vel magis quod ipsa Actrix sibi persuasum habuit maritum fidelem futurum « avevo piena fiducia che mi sarebbe stato fedele ».

Conventus ceterum, qui tempore sponsalicio Actrici confessus erat se tempore anteacto « aveva frequentato altre ragazze », in iudicio declarat « io sono sempre rimasto fedele alla mia fidanzata », sicut sponsae sincere promiserat.

In depositionibus vero habitis post admissionem alterius nullitatis capitis, nempe exclusionis boni fidei, res immutantur, sed probatio simulationis perfecta non videtur.

Probabiliter Conventus, ut innuit in altera depositione, non semel fidem fregit sed hoc evenit non ex intentione ante nuptias statuta potius vero ex fragilitate humana et ex rectae conscientiae errore « come uomo ».

Ipsemet Conventus non ad proposita praenuptialia provocat sed ad modum cogitandi et forsitan ad exempla in familia originis, « alla, giovane età » et « alla vita che conducevo » propter quod « mi sono detto che anche dopo il matrimonio come uomo ritenevo di poter sempre andare con altre donne; non pensavo affatto di essere obbligato a stare soltanto con la moglie; ed infatti, appena mi è capitata l'occasione, ci sono andato. Questo sarà avvenuto, se ricordo bene, un sette-otto mesi dalla celebrazione delle nozze e mai mi è venuto di pensare che facevo male facendo così ».

Res vero in peius vertitur saltem quoad credibilitatem cum subsequenti tempore, idem Tribunali rescripsit. Modus loquendi Roberti animum non evincit. Ipse enim exscribere non potuisset:

« non ho voluto in alcun modo assumere l'obbligo della fedeltà » aut « mi sono riservato il diritto » fidem frangendi, et ita porro, nisi suggerente consiliario.

Defectus simulationis confirmatur in tertia depositione, nempe ex progressionem et multiplicitate infidelitatum.

In prima nullum signum infidelitatis habetur; in altera semel tantum « sette-otto mesi dopo le nozze » cum « una donna occasionale e quindi non conosco il nome »; in tertia habentur « altre donne... occasionali », de quibus uxor in suspicionem venisset sed certitudinem numquam habuit, praeter, evidenter, casum Claudiae, quacum vir contubernium instituit, quique naufragii matrimonii causa exstitit.

10. Complexus circumstantiarum in fractionem fidei coniugalis (nunquam, semel, pluries) ob mentem alienatam, ob deperditam credibilitatem probationem actus positivi voluntatis contra fidem praepedit.

Conventus inde a primo occurso semper Actricem ferventi amore persecutus est, quae nulla causa eidem occasionem obtulit sibi reservandi ius alias mulieres colendi. Nunc autem ab humano sensu alienum est sponsam sincere amare et eodem tempore sibi riservare ius fidem frangendi. Hoc posset quidem malitia humana, sed non sine apta causa.

Forsitan Conventus praevidebat ac timuit adulteria, sed hoc ferme idem non est ac simulatio. Haec enim in recusatione iuris consistit, non in adulteriis ex fragilitate mentis ac carnis forte patratiss.

Idem dicendum de Actrice, quae, quoad fidelitatem ex parte viri, nonnisi admnicula vel suspiciones, aliquando aequivocas, in prima depositione habet. Mulier edocta fuerat de vita anteacta sponsi et « aveva piena fiducia che avrebbe cambiato e mi sarebbe stato fedele ».

Praeter suspiciones paucos post menses a nuptiis inductas ob viri negligentiam « nelle faccende di casa e del bar », Actrix nihil ab eo vel ab aliis novit aut audivit contra fidem. Nonnisi « verso la fine del 1979... venni a conoscenza... della relazione di mio marito con lei », seu cum muliere quacum postea aufugit et brevi tempore Actricem dereliquit, sed de viri intentionibus ante nuptias nihil novit.

Tantum post primam publicationem actorum, ex relatis a testibus, mulier inducere potuit quod Conventus « quando si è sposato

ha voluto riservare a sé la possibilità di avere rapporti con donne»; sed hae interpretationes et inductiones non superant, quae nunquam probationes constituunt.

Supra relata confirmat Actrix in secunda depositione, fidem faciens quod tempore sponsalicio et initio vitae coniugalis «lui contemporaneamente sia andato con altre ragazze».

In tertia depositione sese refert ad «clienti del nostro bar», sed nihil novi addidit.

Acceptare possumus quod Actrix in quarta depositione refert, i.e. de infidelitate viri rumores non immediate post nuptias se accepisse: «soltanto cinque o sei mesi dopo il matrimonio io ho cominciato a dubitare che mio marito andasse con altre donne e ben presto ne ho avuto la certezza. Ho cominciato a dubitare perché lui era sempre fuori casa e me lo dicevano in paese», animadvertendo quod Conventus omnia negabat: «Io lo facevo presente a mio marito, ma lui mi rispondeva che non era vero».

Intentiones contra fidei bonum antenuptiales, omnibus ignotae, et non eius violationes, adhuc probandae manent.

In priore parte instructoriae primae instantiae frustra quaeres testimonium contra bonum fidei quia caput inductum non erat, at etiam in altera non nisi inlationes vel opiniones testium invenies, si duos excipitas, i.e.: patris Conventi, qui solummodo habet: «Conoscendo bene mio figlio, ritengo di poter dire che egli ha sposato Maria, ma senza intendere con questo rinunciare ad avventure con altre donne», et Rev. C., qui paucos post annos a matrimonii naufragio vicissitudines Actricis cognovit: «Non ricordo — ait — mi siano stati fatti cenni circa le idee di Roberto relativamente alla fedeltà coniugale. Ricordo bene, invece, che, sempre secondo le confidenze di Maria, egli vi sarebbe venuto ben presto meno».

Tam generica, incerta ac serotina affirmatio certo certius fere nihil probationi simulationis prodest.

Ceteri vero testes, aliter ac partes in causa, violationes fidelitatis referre videntur ad unicum «ritorno di fiamma improvviso che mi ha fatto perdere la testa» quod videtur excludere alias relationes cum mulieribus, etsi occasionalibus. Ita Ioanna, Aloysius, Ioannes Carolus, pater Conventi, Vincentius et Clorinda, parentes Actricis.

Mater Conventi, quacum partes convivebant et una simul tabernam potoriam administrabant, absolute declarat: «I due sono andati d'accordo per circa 4 anni, cioè fino a quando mio figlio si innamorò di un'altra donna».

Absque difficultate Patres modum agendi viri — «Lui era sempre in giro e lei era condannata al Bar e non aveva un attimo di libertà»; «Era già da qualche tempo che Roberto la sera si assestava dicendo che andava con certi suoi amici e poi rientrava verso mezzanotte o anche più tardi, il che dava motivo a me di sospetti e, chiedendo e indagando, ho scoperto la verità» — *inlationes ac suspiciones provocare potuisse concedunt, at haec media apta probationis simulationis constituere negant.*

Dissentiones inter coniuges primis temporibus conviventiae habitae tribuendae sunt potius irresponsabilitati Conventi quam eius infidelitati: «Sapeva disimpegnarsi anche nella conduzione del bar e però, se si arrabbiava, piantava lì tutto e se ne andava»;

«Roberto era sempre in giro con me e con altri amici, tanto che alle volte gli si diceva: “Ti sei sposato per far lavorare tua moglie in pizzeria?”».

His habitis, nihil mirum si soror Actricis ex auditu deponat: «Nel mio negozio ho avuto occasione di sentire miei clienti dire che Roberto non stava molto nella pizzeria, che se ne andava per conto suo, che amava la propria libertà e che era stato visto insieme anche ad altre ragazze».

Unde probatio simulationis adhuc procul distat quia et hae circumstantiae sunt ex auditu, nimis genericae et serotinae, quae cum intentione recusandi ius ad fidem difficulter connectuntur. Potius quam simulatio in casu nonnisi defectus studii laboris apparet, qui consequenter inlationes provocavit.

Conveniunt Infrascripti cum appellatis Patribus: «Roberto è una persona che, almeno in questa causa, ha dimostrato di aver un concetto tutto soggettivo della verità, per cui afferma tutto ed il contrario di tutto...».

Dal complesso però delle deposizioni in atti e delle circostanze che ne risultano, è certo che lui è stato fedele a Maria nel periodo del fidanzamento, ed è certo ancora che quattro anni dopo le nozze ha iniziato una relazione con la T.

Non sono invece giuridicamente provate in atti... le “avventure occasionali”», *quae utcunque signum fragilitatis humanae aut erroris,* «di non essere obbligato, “come uomo”, a stare soltanto con la moglie».

At error Conventi consensum non ingreditur, simulationem non constituit, nec validitatem coniugii afficere potest.

TRIBUNALE DELLA ROTA ROMANA - *Sancti Sebastiani Fluminis Ianuarii* - Nullità del matrimonio - Esclusione della fedeltà - Sentenza definitiva - 20 novembre 1996 - Civili, *Ponente* (*).

Matrimonio — Consenso — Simulazione parziale — Esclusione della fedeltà — Poligamia e proprietà essenziale dell'unità — Fedeltà come elemento essenziale del matrimonio.

Matrimonio — Consenso — Simulazione parziale — Esclusione del *bonum fidei* — Difficoltà per ammettere la distinzione tra diritto e uso del diritto.

Matrimonio — Consenso — Simulazione parziale — Esclusione del *bonum fidei* — Contenuto dell'obbligo della fedeltà.

Matrimonio — Consenso — Simulazione parziale — Esclusione del *bonum fidei* — Positivo atto di volontà.

L'esclusione del « bonum fidei » inteso come il dovere della fedeltà non si deduce dalla relazione tra i canoni 1086 § 2 y 1013 § 2 CIC 17 (oggi 1101 § 2 y 1056), secondo la quale l'esclusione del « bonum fidei » riguarderebbe la proprietà essenziale dell'unità, bensì dalla relazione tra i canoni 1101 y 1055 § 1, per cui l'esclusione della fedeltà sarebbe contraria prevalentemente non all'unità del matrimonio ma all'essenza del patto coniugale, mediante il quale l'uomo e la donna si danno e si accettano in alleanza irrevocabile per costituire il matrimonio. Perciò, la proprietà dell'unità riguarderebbe l'intrinseca natura monogamica del matrimonio cristiano, espressamente sanzionata da Cristo contro l'antica legge che permetteva all'uomo di avere più mogli. L'unità proibisce all'uomo di avere più mogli e alla donna di avere più mariti. Per questo, non potendo identificare il « bonum fidei » con la proprietà essenziale dell'unità, l'esclusione del bene della fedeltà renderebbe nullo il matrimonio perché è l'esclusione di un elemento essenziale del matrimonio, non di una sua proprietà.

(*) Sentenza pubblicata in RRDec. vol. LXXXVIII (1996), pp. 724-732. Vedi, alla fine della sentenza, nota di Héctor Franceschi F., *L'oggetto dell'esclusione del bonum fidei nella giurisprudenza della Rota Romana.*

11. Quibus omnibus in iure et in facto perpensis, Nos infra-scripti Auditores de turno sententiamus: *Negative, seu non constare de nullitate matrimonii, in casu, ob exclusum bonum prolis et fidei ex parte viri.*

Romae, in sede Rotae Romanae Tribunalis, die 28 martii 1995.

Marius Giannecchini, ponens
Hyginus Ragni
Franciscus López-Illana

San Tommaso distingue tra la prole e la fedeltà «in suis principiis» e la prole e la fedeltà come realtà, cioè, la prole effettivamente nata e la fedeltà come realtà vissuta, da una parte, e l'indissolubilità come proprietà essenziale di ogni matrimonio, dall'altra. Effettivamente, San Tommaso afferma che il matrimonio sussiste benché non ci siano i figli o non si sia fedele al coniuge, ma non può sussistere il matrimonio senza l'indissolubilità. Parte della dottrina e della giurisprudenza hanno portato all'estremo questo ragionamento quando hanno ammesso la possibilità di una spaccatura tra il diritto e il suo esercizio nello stesso momento della manifestazione del consenso, contemplando la possibilità di una volontà che, nello stesso atto di dare il consenso, assuma il dovere/diritto alla prole o il dovere della fedeltà, ma escluda il loro esercizio. Secondo questa dottrina, chi assumesse il diritto escludendo solo il suo esercizio, contrarrebbe validamente il matrimonio, se questa scissione riguardasse la prole o la fedeltà. Ma il pensiero del dottore Angelico era un'altro: se di fatto, nella vita coniugale, non si seguisse la nascita dei figli, per cause naturali o per una volontà contraria sopravvenuta alla celebrazione del matrimonio, il matrimonio sarebbe ugualmente valido. Invece, se nello stesso atto di consentire, ci fosse una volontà positiva di non procreare o di essere infedele, saremmo davanti a un matrimonio nullo. Distinguere nell'in fieri tra la volontà di escludere il diritto e la volontà di non adempierlo è una distinzione fallace. Siamo di fronte ad una distinzione artificiosa che non trova fondamento né nella legislazione del 1917 né tanto meno in quella vigente, e non si deve distinguere dove il legislatore non lo ha fatto, soprattutto se queste distinzioni andassero a scapito della certezza del diritto. Tenendo conto di questa definizione del « bonum fidei », si osserva chiaramente la contraddizione intrinseca che ci sarebbe in una volontà di assumere l'obbligo di essere fedele e, simultaneamente, non essere disposto a osservarla, dato che il contenuto dell'obbligo è proprio la sua prestazione. Per questo, chi nel momento in cui manifesta il consenso, con volontà attuale o virtuale, ha l'intenzione di mantenere relazioni sessuali con terze persone, non assume l'obbligo e, quindi, esclude il « bonum fidei », contraendo invalidamente.

La natura o specificità del « bonum fidei » è l'obbligo del nubente di osservare — perpetuamente — la fedeltà verso il coniuge, cosa che implica l'astenersi dagli atti sessuali con persone diverse dal proprio coniuge. A questo obbligo si corrisponde il diritto dell'altro a vedere rispettata la fedeltà. In questo si vede la lucidità di San Tommaso nel definire il « bonum fidei » come « debitum servandi fidem ».

Si deve provare la presenza di un atto positivo di volontà, attuale o virtuale, esplicito o implicito, mediante il quale si esclude il dovere della fedeltà. Da qui che non sia sufficiente: «mera velleitas vel etiam mera praevisio contrahentis se forsan in futuro coniugio esse in adulterium lapsurum». Ci sarebbe l'atto di volontà implicito quando il contraente, prima del matrimonio, si propone di continuare anche dopo la celebrazione le relazioni intime che manteneva già prima con una terza persona, rifiutando quindi il dovere di fedeltà verso l'altro coniuge.

(*Omissis*). — FACTI SPECIES. — 1. Ada et Damianus sese cognoverunt anno 1959, cum ipsa erat puella duodeviginti annorum et scholas adhuc frequentabat, dum vir triginta annorum erat et illuc sese contulerat uti officialis Status.

Mutuo orto amore, sponsalicia conversatio cito inita est, quae tamen procellosa erat et etiam pluries interrupta ob indolem viri violenti et zelotypi. Praeterea Adae familiares puellae amoris erga Damianum adversabantur, sive attentis litibus inter iuvenes, sive praesertim quia ille se iactabat ad protestantismum conversum; id quod religiosos sensus totius familiae Adae offendebat. Quin etiam is assebat se nolle matrimonium contrahere catholico ritu, et potius Adae proponebat meram cohabitationem sine nuptiali ligamine: quae propositio fermissime a puella, quae utpote optima catholica virginitatem suam servare volebat usque ad canonicas nuptias, reiecta est.

Tandem vir cessit, ne sponsam amitteret; itaque, nuptiae celebratae sunt die 29 iunii 1964 extra dioecesim Ilheosensem ubi domicilium habebat familia sponsae, et quidem in domo patris sponsi, iuxta catholicum ritum. Aberant Adae familiares, excepta matre, quae aegre comparuit ab alio filio fere coacta.

2. Coniugalis convictus quinque circiter annos duravit, usque a primordiis infelix, potissimum ob iuges violationes fidelitatis ex viri parte, qui eo pervenit ut uxori veneream contagionem inflixerit. Una tamen filia enata est (anno 1966).

Haud valens ulterius tolerare funestam illam rerum conditionem, post octo annos Ada separationem instituit deindeque, die 24 iulii 1984 a civili magistratu divortium impetravit, necnon filiae custodiam. Alteri viro postea civili, uti aiunt, matrimonio adhaesit. Etiam Damianus alii mulieri sese iunxit, duabus generatis filiabus.

3. Cum interea Ada ad civitatem Fluminis Ianuarii domicilium suum transtulisset, libellum die 25 martii 1993 porrexit Tribunali ec-

clesiastico Regionali illius civitatis ad normam can. 1673, n. 3, postulans declarationem nullitatis sui matrimonii ob exclusionem boni fidei ex parte viri conventi, et/aut simulationem totalem consensus ex parte eiusdem.

Tribunal, praehabito consensu Vicarii iudicialis dioecesis Fori Sanctae Annae (v. Feira de Santana) in cuius territorio domicilium retinebat pars conventa, libellum admisit et dubium sic concordavit: «Se consta da nulidade do matrimónio em questão: 1) por simulação total, por parte do demandado (cân. 1101 § 2); 2) subsidiariamente, por exclusão da fidelidade por parte do demandado (cân. 1101 § 2)».

Secuta est causae instructio, tota per rogatorias excepta Actricis depositione; praeter partes, testes quinque excussi sunt. Sententia primi gradus, die 2 iunii 1995 lata, negativa fuit super utroque accusato nullitatis capite.

4. Appellante Actrice ad Tribunal Regionale Sancti Pauli in Brasilia, hoc kalendis septembribus 1995 bina tulit decreta; in priore causam remisit ad ordinarium examen secundi gradus (quod decretum tamen a can. 1682, § 2, praescribitur solummodo in causis affirmativa sententia decisis in primo gradu); in altero recte cadem dubia iam in prima instantia concordata reproduxit.

Deinde, auditis Patrono Actricis et vinculi Defensore (qui pro matrimonii nullitate conclusit), die 20 novembris 1995 sententiam edidit, qua confirmavit decisionem primi gradus super capite simulationis totalis, infirmavit vero super altero, nempe matrimonio declaravit nullitatem ob exclusum a viro convento bonum fidei.

5. Delata causa ad N.A.T. ad normam can. 1682, § 1, Actrix beneficium gratuiti patrocinii impetravit, eique datus est Patronus ex officio.

Nulla peracto instructionis supplemento, ampla habita est disceptatio inter laudatum Patronum et vinculi Defensorem deputatum, super uno altero capite, cum prius seu totalis simulatio duplici conformi sententia negativa dimissum sit. Ac quidem dubii concordatio die 8 maii 1996 ita formulata est: *An constet de nullitate matrimonii, in casu, ob exclusionem fidelitatis ex parte viri conventi*. Iuxta hanc quidem formulam Nobis hodie definitivum iudicium ferendum est.

IN IURE. — 6. Recte sententiae primae et secundae instantiae utuntur canonibus novi Codicis Iuris Canonici licet matrimonium

de quo agitur sub imperio Codicis anni 1917 celebratum sit; cum enim agatur de iure naturali, nulla substantialis innovatio in instituti disciplina locum habuit.

Etiam plene Nobis probanda est provocatio quam sententia secundi gradus facit ad auctoritatem plurium decisionum rotalium coram De Jorio lucide ostendentium bonum fidei nequaquam identificari cum proprietate essentiali «unitatis» matrimonii christiani.

Pressius legitur in sententia coram De Jorio diei 30 octobris 1963, nullitatem matrimonii ob exclusum bonum fidei cogendam esse non ex praescripto canonis 1086, § 2, conlati cum canone 1013, § 2 (veteris CIC: cui correspondent canones 1101, § 2, et 1056 vigentis Codicis), sed canonis 1081, § 2 (veteris CIC), quem penes «consensus matrimonialis est actus voluntatis, quo utramque pars tradit atque acceptat ius in corpus, perpetuum et exclusivum... in ordine ad actus per se aptos ad prolis generationem» (RRDec., vol. LV, p. 717, n. 3).

Novum canon 1057, § 2, utique non reproducit veterem hanc formulam, sed conceptus «exclusivitatis» iuris coniugalis implicite firmatur immo sublimatur in ampliore textu qui trascendens respectum mere sexualem, feliciter amplectitur complexum praesertim spiritualem instituti matrimonialis: «Consensus matrimonialis est actus voluntatis, quo vir et mulier foedere irrevocabili sese mutuo tradunt et accipiunt ad constituendum matrimonium». Quod foedus — uti recitat can. 1055, § 1 — efficit ut vir et mulier inter se totius vitae consortium constituent.

7. Proprietas unitatis, a novo Codice iterum affirmata in can. 1056, de se non tangit bonum fidei, sed, uti ceterum liquet ex ipso litterali verbi sensu, significat intrinsecam naturam monogamicam christiani coniugii, a Iesu Christo expresse sancitam, in oppositione antiquae legi indulgenti viro plures habere uxores severe tamen vetito adulterio. Aliis verbis, «unitas» vetat virum habere plus quam unam uxorem (polygamiam), mulierem habere plus quam unum maritum (polyandriam).

Videantur etiam ad rem sententiae coram De Jorio: diei 13 iulii 1968 (RRDec., vol. LX, pp. 551-562), et alia diei 26 februarii 1969 (*ibid.*, vol. LXI, pp. 202-210); necnon una coram infrascripto Ponente diei 7 novembris 1996, Foroiulien.-Tolonen.

8. Semel acclarata impossibilitate identificandi aut assimilandi bonum fidei cum essentiali proprietate unitatis, evidentius fit bonum

fidei esse unum ex iis essentialibus elementis matrimonii quorum voluntaria exclusio a matrimoniali consensu matrimonium ipsum nullum reddit ad normam canonis 1101, § 2.

Hoc semper affirmavit iurisprudencia una cum doctrina canonica. Inter Auctores satis memorare lucidissimam expositionem S. Thomae Aquinatis in *Summa Theologica*, suppl. 3^{ae} partis, qu. 49, art. 3, circa tria «bona augustiniana»: quaesito «utrum sacramentum sit principalius inter bona matrimonii», Angelicus Doctor sic respondet: «Principalius bonum matrimonii, uti dignius, ipsum sacramentum est; proles vero, id est prolis intentio, maxime essentialis in ipso est; quam sequitur fides, id est, debitum servandae fidei, deinde sequitur sacramentum». Et explicat: «Respondeo dicendum quod aliquid dicitur in re aliqua principalius altero duobus modis, aut quia est essentialius, aut quia dignius. Si quia dignius, sic omnibus modis sacramentum est principalius inter tria coniugii bona, quia pertinet ad matrimonium, inquantum est sacramentum gratiae; alia vero pertinent ad ipsum inquantum est quoddam naturae officium: perfectio autem gratiae est dignior perfectione naturae. Si autem dicatur principalius quia essentialius, sic distinguendum est, quia fides et proles possunt dupliciter considerari: uno modo in seipsis, et sic pertinent ad usum matrimonii, per quem et proles producitur, et pactio coniugalis servatur. Sed indivisibilitas, quam sacramentum importat, pertinet ad ipsum matrimonium secundum se, quia ex hoc ipso quod per pactionem coniugalem sui potestatem invicem in perpetuum coniuges tradunt, sequitur quod separari non possunt; et inde est quod matrimonium numquam invenitur sine inseparabilitate; invenitur autem sine fide et prole, quia esse rei non dependet ab usu suo».

9. Ista postrema verba intelligenda sunt in relatione ad praecedentia, ubi divus Thomas agens de «usu matrimonii» intendebat matrimonium in facto esse. Aliis verbis, Auctor, intuitu roborandi suam demonstrationem quae revera iuridicum ordinem transcendit, notaverat in coniugali vita contingere posse ut coniuges prolem non generent vel fidelitatem non servent: hos tamen subsequentes eventus non tangere validitatem matrimonii rite contracti; hocce quidem «quia esse rei non dependet ad usu suo».

10. Qui sensu evidentior fit ex immediate subsequentibus verbis Angelici Doctoris, ubi agit de altero modo considerandi bona fidei et prolis, nempe «in suis principiis», id est in ordine ad matrimonium in fieri seu ad vinculi constitutionem: «Alio modo possunt

considerari fides et proles secundum quod sunt in suis principiis, ut pro prole accipiatur intentio prolis, et pro fide debitum servandi fidei, sine quibus matrimonium esse non potest, quia haec in matrimonio ex ipsa pactioe coniugali causantur; ita quod si aliquid contrarium his exprimeretur in consensu, qui matrimonium facit, non esset verum matrimonium; et sic accipiendo fidem et prolem, constat quod proles est essentialissimum in matrimonio, et secundo fides, et tertio sacramentum; sicut etiam homini est essentialius esse naturae quam esse gratiae, quamvis esse gratiae sit dignius».

11. Immorandum aliquandiu esse censemus super relato Divi Thomae textu, quoniam nonnulli theologi et canonistae saeculi XVII interpretationem adstruxerunt, iuxta quam nulla quaestio surgeret quod attinet ad boni sacramenti essentialitatem, ita ut si quis a suo consensu excluserit vinculi perpetuitatem eo ipso nullum contraheret matrimonium; contra, quoad bona fidei et prolis, contrahens distinguere posset inter «exclusionem iuris» et exclusionem «meri exercitii iuris» seu «usus»; in priore casu matrimonium foret invalidum, in altero non, hocce quia «esse rei non dependet ab usu suo».

Ambigendum haud est distinctionem istam diu acceptam esse a plerisque Doctoribus et a iurisprudencia. Serioribus autem temporibus eam confutarunt Auctores nonnulli (Oesterle, H. Graziani, J.B. Ferrata); quoad N.A.T. iurisprudenciam, decisio coram De Jorio diei 18 decembris 1963 adnotavit de laudata «distinctione» eam «neque naturali neque canonico iure niti, et fuisse alienam a mente S. Thomae, qui intentionem a facto tantummodo discrevit. Angelicus Doctor id unum docuisse nobis videtur: matrimonium est nullum, si in ipso consensu praestando uterque vel alteruter coniux excluserit intentionem generandi prolem, contra est validum, etiamsi de facto generatio prolis naturaliter non sequatur vel perversa voluntate impediatur» (RRDec., vol. LV, p. 911, n. 3). Quod item valet pro excluso bono fidei, ceu ceterum ab aliis sentiis eiusdem Ponentis patet.

12. Consideretur «distinctionem» illam, praeterquam alienam prorsus a mente S. Thomae, omnino ignorari ab omnibus legibus ab ecclesiastico legislatore latis, incluso Codice anno 1917 necnon vigente ab anno 1983. Silentibus legibus, eiusdem «distinctionis» fautores coacti sunt ad artificiosas interpretationes multiplicandas, cum gravi discrimine illius summi boni quod est «iuris certitudo». Itaque, assertum est praenuptialem voluntatem adulterandi non secum ferre exclusionem boni fidei quatenus probaret solummodo proposi-

tum abutendi « iure » vel non adimplendi obligationem. Alii asseruere exclusionem boni fidei haberi solummodo si contrahens intenderit dividere iura coniugalia cum alia vel aliis personis, vel suum corpus seu carnem dividere cum tertio, vel si contrahens « pari iure » tertiae personae adhaerere velit; aliae demum postularunt pravam intentionem in condicionem vel etiam in pactum deducendam esse...

Neque defuerunt qui in eaasperato conatu defendendi coëxistentiam asserti « iuris » cum esclusione « exercitii eiusdem iuris » ausi sunt instituere analogiam cum iure proprietatis, in quo alter potest esse nudus proprietarius alicuius boni et alter esse usufructuarius vel usuarius vel conductor vel commodatarius eiusdem boni.

Ast adamussim aberratio ista prodest ad melius illustrandam naturam iurium in materia matrimoniali, quae nullo modo adsimilari possunt iuribus realibus (quorum typicum est ius proprietatis), in quibus solis concipi potest exercitium distinctum a iure. Iura matrimonialia, contra, sunt personalia immo personalissima, adeo ut titularis nequeat ad libitum de eis disponere; nec concipi quidem potest ut ea cedat, donet, vendat et ita porro.

Unica adsimilatio, igitur, concipi potest cum obligationibus, dum « ius » est stricte conexum immo conrelatum cum obligatione respectiva, quae mutua est relate ad compartem.

13. Haec conclusio magni quidem momenti est quod attinet ad bonum fidei, cuius natura seu quidditas est praecise obligatio nupturientis servandi — in perpetuum — fidelitatem erga coniugem, nempe sese abstinendi ab actibus sexualibus cum aliis personis utriusque sexus. Ab hac obligatione corrivatur ius alterius ad videndam fidem servatam.

Haec est enim lucida mens S. Thomae, ubi definit bonum fidei — uti supra visum est — debitum servandi fidem.

14. Ceterum ipsi fautores illius « distinctionis » aperte admittunt in bono fidei agi de obligatione servandae fidei, sed simul praetendunt contrahentem posse in praestando matrimoniali consensu operari hanc distinctionem: acceptare nempe obligationem, sed simul negare obligationis adimplendum. Ast clare affirmare debemus praetensionem istam esse prorsus irrationalem et contrariam ipsi conceptui « obligationis », qualis a sapientia usque romanorum iurisperitorum mirabili luciditate definitus est: « Obligatio est iuris vinculum quo necessitate adstringimur alicuius solvendae rei secundum nostrae civitatis iura » (Iustinianus, pr. Inst., 3, 13); necnon: « Obligationum sub-

stantia non in eo consistit, ut aliquod corpus nostrum aut servitutem nostram faciat, sed ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid vel faciendum vel praestandum» (Paulus, fr. 3 pr. Dig., 7). Potissimum in hac altera definitione sculptoriae discernitur in sua essentia obligatio a iuribus realibus, et in luce meridiana ponitur quod obligationis obiectum non est res praestanda, sed praestatio ipsa.

Aliis verbis, essentia ipsa obligationis consistit in vinculo eam adimplendi. Quisquis se obligat, sese obligat adamussim ad adimplendum.

Qui igitur in actu suscipiendi obligationem simul non vult eam adimplere, eo ipso nullam obligationem suscipit. Agitur enim de intrinseca contradictione.

Eodem ergo modo, ne concipi quidem potest quod acceptet obligationem servandi fidem (elementum essenziale in consensu matrimoniali) is qui simul (idest voluntate actuali vel virtuali) sibi proponat sexualem commixtionem cum tertia vel tertiis personis. Talis enim contrahens re reiicit obligationem servandae fidei, ideoque invalide contrahit.

15. Ulterius arcumentum pro recusanda illa « distinctione » est eiusdem intrinseca inutilitas, quam sic illustrat, inter alias, sententia rotalis coram De Jorio diei 18 decembris 1963, supra citata: « Ceterum distinctio inter voluntatem sese non obligandi et non implendi susceptam obligationem haud est utilis ad definiendam quaestionem de validitate alicuius matrimonii ob exclusum boni prolis. Nam in casu concreto est fere impossibilis decernere utrum contrahentes excluderint ius ad prolem an eiusmodi iuris exercitium seu usum. Et, si verum dicerent, ordinarie fateri deberent se unum intendisse, id est non generare prolem, quin distinxerint inter ius et eiusdem exercitium seu usum » (RRDec., vol. LV, p. 911, n. 3). Quae, licet scripta in sententia circa exclusum bonum prolis aequè pro escluso bono fidei valent; praeterea sine praevia cognitione et intellectione illius dubie intellegibilis « distinctionis », personae profanae nequeunt profecto determinare utrumvis excludere voluerint, nempe ius vel exercitium, iuxta notum principium: « nihil volitum nisi praecognitum ».

16. Semel igitur constabito exclusionem praevisam a can. 1101, § 2, respicere debere acceptationem obligationis servandae perpetuae fidelitatis, probare necesse est hanc exclusionem elicitam esse ab alterutro vel utroque contrahente actu positivo voluntatis.

Inefficax igitur esset mera velleitas vel etiam mera praevisio contrahentis se forsan in futuro coniugio esse in adulterium lapsurum. Non est tamen necessarius actus explicitus voluntatis, cum sufficiat implicitus. Huc accedit hypothesis contrahentis qui ante nuptias sibi proponat continuandi post easdem intimas relationes cum alia persona habitas: de qua hypothesis scribit M.F. Pompedda: «non si può nemmeno sottovalutare che da tale intenzione nasce un fortissimo indizio per il quale si può presumere non essere stato assunto l'obbligo alla fedeltà. Il che vale soprattutto ove si dimostri il proposito nel nubente di non abbandonare la o il concubino» (M.F. POMPEDDA, *Studi di diritto matrimoniale canonico*, Milano 1993, p. 245).

Quoad iurisprudentiam, legitur in una coram De Jorio diei 13 iulii 1968: «Pro certo habemus excludere bonum fidei et ideo invalide hoc ex capite contrahere virum, qui, dum consensum praestat, propositum gerat non dimittendi concubinam, quacum consuetudinem stupri servare constituat: non tradit enim comparti ius exclusivum in proprium corpus. Item invalide contrahere censemus mulierem, quae in nuptiis ineundis propositum, actuale vel virtualiter perseverans, gerat corporis sui copiam faciendi et aliis viris, quamvis ne cogitet quidem de iure in proprium corpus tradendi praedictis: in hypothesis enim mulier non assumit obligationem servandi fidem, quod satis superque habemus ad matrimonium irritandum» (RRDec., vol. LX, pp. 556 s., n. 10).

17. *De probationibus.* — Non probamus consuetudinem indicandi et disserendi de necessitate aut de valore probationum adductarum vel adducendarum ad fulciendum hoc aut illud nullitatis matrimonialis caput. Etenim, novus Codex, feliciter eversis postumis reliquiis antiquandi systematis s.d. «probationum legalium», plenam vindicavit vim principio liberae persuasionis iudicis. Hic enim in suo animo adipisci debet certitudinem moralem, uno cum limite, quod nempe eam hauriat ex actis et probatis; ast probationes debet ipse aestimare ex sua conscientia (apparens exceptio contenta in § 3 canonis 1608 «firmis praescriptis legis de quarundam probationum efficacia» non respicit materiam matrimonialem, ubi talia «praescripta» abrogata sunt).

Itaque nova lex iudicem permittit uti «probationibus cuiuslibet generis quae ad causam cognoscendam utiles videantur et sint licitae» (can. 1527, § 1), nempe extra schemata s.d. probationum typi-

carum a Codice recensitarum. Quas inter manent praesumptiones quas iudex ipse coniiicere potest ad normam can. 1586.

Absonum igitur esset affirmare necessariam esse confessionem s.d. simulantis siquidem iudex ex adiunctis a se aestimatis certitudinem de simulato a contrahente consensu haurire pariter valeat.

Meminisse tandem iuvabit moralem certitudinem eam esse quae non omne dubium expellat, sed solum dubium prudens, idest positivum, rationale, probabile, nempe contrariam conclusionem quodammodo probabilem reddens.

IN FACTO. — 18. Facile intellectu non est quaenam praecise fuerit voluntas viri conventi in ordine ad bonum fidei saltem quo tempore Actricem in uxorem duxit.

Deest in primis iudicialis confessio; quinimmo in tota Conventi depositione ne minima quidem adest mentio de quaestione infidelitatis, esto indirecte. Quod pressius attinet ad consensum matrimonialem, propositum est quaesitum n. 9 sic sonans. «A parte demandada aceitou livremente contrair matrimónio católico conforme a Igreja sempre entendeu, isto é, um sacramento indissolúvel»: cui ille respondit: «Casou-se religiosamente para satisfazer a parte demandante». Ac subsequenti quaestio n. 10 ita expresso: «Alguma vez a parte demandada afirmou claramente à demandante a) no aceito o casamento conforme assim determina a Igreja Católica? b) no quería contrair matrimónio na Igreja Católica? c) no aceito jamais a indissolubilidade matrimonial?», ecce responsio Conventi: «a) Insistiu no querer casar pela Igreja Católica: b) No quería contrair matrimónio católico, já que ele era inclinado a se tornar «crente», melhor dizendo: Batista; c) no aceitava nem aceita a indissolubilidade do matrimónio católico».

Nihil aliud. Evidenter non agitur de reticentia Conventi in thēmate exclusi boni fidei, sed de errore Defensoris vinculi primi gradus qui exaravit quaesitum loquens de bono sacramenti loco boni fidei; qui error non est ideo imputandus Iudici rogatoriali dioecesis Fori S. Annae (qui libellum ideoque capita nullitatis ignorabat). Mirum sane est quod Patronus Actricis errorem non adverterit post publicata acta (cf. silentium eius in scripta defensione). Iudices autem primi gradus in sua sententia relevaverunt Conventi verba indicare exclusionem boni sacramenti nempe «de titulo extra petita»; sed eorum fuisset denunciare gravem lacunam instructoriam super accusato capite exclusi boni fidei, atque, dilata causae decisione, suppletivum iubere Conventi interrogatorium.

Iudices secundi gradus ab ista lacuna abstrahere censuere, subtiliter interpretati mentem Conventi quasi ille excludendo indissolubilitatem eo ipso non acceptasse fidelitatem.

19. Quidquid est de hisce dissertationibus super iudiciali Conventi depositione, unum certum videtur: eum nullibi dixisse se actu positivo voluntatis ante nuptias elicitore reiicere intendisse obligationem perpetuae fidelitatis erga futuram uxorem.

Sed ne extraiudicialis quidem confessio ex actis probatur. Etenim sive Actrix sive pauci testes ab ea inducti nihil aliud deponere possunt nisi de pessimo modo agendi Conventi post nuptias erga uxorem per iuges violationes fidelitatis.

Itaque Actrix admittit quidem sponsum ante matrimonium vixisse «unido a outra pessoa» quamquam «era muito mulheroso»; sed hoc vitium vere grave factum est postea: «depois de casar-se ele continuou frequentando outras mulheres, chegando eu mesma a contrair doença venérea. Ele no me falava de rejeitar a fidelidade conjugal, mas de fato ele, em casa, se furtava aos contatos comigo, preferindo os encontros com mulheres fora de casa. Quando eu reclamava, ele me dizia que se eu quisesse viver com ele, era dessa maneira. Até com as minhas alunas elenamorava, tendo-o eu surpreendido no IBGE onde ele trabalhava».

Ac separatio quidem evenit quia Actrix eum deprehendit «com uma moça, e aí comecei a ter uma briga violenta com ele, disposta até a matá-lo».

20. Eadem adamussim facta relata sunt a testibus de auditu ab Actrice: ita ab huius matre Ernestina, quae exinde pessimam opinionem de Convento habuit: «Ele tinha uma capacidade de fingimento muito grande. Eu sempre duvidei e, por isso, fui contra o casamento, de que ele seria capaz de ser fiel a minha filha. Eu sempre ouvi a minha filha se queixar das infidelidades do demandado». Atque confirmat separationis motiva: «ele era muito ruim para ela-no cumpria suas obrigações no lar — além de ter sido sempre infiel, ele tinha uma amante, o que deu motivo de separação».

Item enarrat soror minor Actricis Antonina. Confirmat etiam adiunctum venereae contagionis a Convento sorori transmissae.

Necnon frater maior Tancredus, qui firmiter ait: «ele sempre teve amantes, mas a que causou a separação foi outra... viviam em brigas constantes e terríveis por causa da infidelidade conjugal da parte dele, sei que até doenças venéreas ele as transmitiu à minha irm».

Quibus accensenda est testis Valdete, aequalis et conlega Actricis in docendi professione, quae una adstitit fere clandestinae celebrationi nuptiarum et etiam itinera fecit cum coniugibus in eodem sistens deversorio: «posso dizer que (conventus) se dedicava mais à leitura do que a sair à noite e Demandante no sabia que ele no aceitava a fidelidade conjugal... o Demandado que era Professor namorava as moças que frequentavam a escola».

21. Hisce omnibus attentis et potissimum considerata magna credibilitate quam sive Actrix sive testes merentur, credimus revera Conventum fuisse ultra modum mulierosum et nimis propensum ad intexendas sexuales relationes cum quibuslibet foeminis. Quare satis probata foret illa «causa simulandi» gravis et proportionata de qua loquebatur vetus iurisprudencia, quaeque rationabiliter duxit appellatos Iudices ad coniiciendam simulationem ipsam seu exclusionem boni fidei in bene ordinata suae sententiae motivatione. Ast Nos perplexos reddit haec «illatio a posse ad esse» idest ad admittendum actum positivum voluntatis denegandi obligationem servandae fidei iam ante matrimonium elicited ex parte viri, qui sincere videtur dilexisse sponsam cum deliberavit cum ea contrahere matrimonium catholicum aegre sacrificando suam ideologiam protestanticam. Aliis verbis, in eo forsitan praevaluit «causa contrahendi», ut re utamur terminologia.

22. Potius immorandum Nobis videtur in circumstantia quae emergit e depositione testis Tancredi, ubi, de scientia non hausta ab Actricis ore, refert: «Sei claramente que ele fingiu, tenho plena consciência disto, ele no aceitava a fidelidade conjugal, visto que quando eles se casaram ele já tinha e continuou a ter uma amante. Eu, sendo rapaz, como ela sabia desta situação, mas não disse à minha irm para não causar inimizades e conflitos». Fieri forsitan potest ut ista circumstantia conectenda sit cum ea quae relata est a Maria (negativa super ceteris): «Ela (actrix adhuc sponsa) ciumava muito dele com uma moça contra-parente dele, que vivia na casa do tio, por nome Madalena».

Dolendum sane est quod circumstantia ista profundius haud investigata sit, ad acclarandum an forte Conventus positive intenderit relationem cum puella illa non intercipere post nuptias; qua in hypothesisi de implicita sed efficaci reiectione boni fidei ideoque de matrimonii nullitate non esset dubitandum, prout dictum est supra in iure n. 16.

23. Quodsi demum dissoluta seu libidinosa Conventi sese gerendi ratione habenda sit signum non pravae voluntatis, sed gravis deordinationis psychicae quae eum incapacem reddidisset sin minus suscipiendi et adimplendi essentialem obligationem perpetuae fidelitatis coniugalis, de nullitate matrimonii ad normam can. 1095 n. 3 ambigendum non esset.

Ast Nobis de hoc capite agere non licet, cum extra terminos appellationis Nobis necnon dubii concordati in praesenti instantia versaretur.

24. Quibus omnibus in iure et in facto perpensis, Nos infra-scripti Auditores de turno sententiamus: *Negative, seu non constare de nullitate matrimonii, in casu, ob exclusionem fidelitatis ex parte viri conventi.*

Romae, in sede Rotae Romanae Tribunalis, die 20 novembris 1996.

*Laurentius Civili, ponens
Iosephus Huber
Franciscus López-Illana*

L'oggetto dell'esclusione del *bonum fidei* nella giurisprudenza della Rota Romana.

1. Introduzione.

In questo commento alla giurisprudenza, prendendo spunto dagli ultimi due volumi delle sentenze rotali, riguardanti gli anni 1995 e 1996, dai quali sono tratte le due sentenze che pubblichiamo, intendiamo proporre i punti centrali della giurisprudenza della Rota Romana sull'esclusione del *bonum fidei*. Non ci limiteremo quindi alle due sentenze che abbiamo proposto, in quanto rappresentative della diverse tendenze della giurisprudenza, ma estenderemo la nostra analisi a tutte le sentenze pubblicate nei suddetti volumi.

La dottrina e la giurisprudenza, tradizionalmente, hanno messo in rapporto il *bonum fidei* con la proprietà essenziale dell'unità del matrimonio, la quale ha il suo fondamento nella complementarità

tra mascolinità e femminilità. Il matrimonio è unione tra uomo e donna in quanto persone sessualmente modalizzate, il che significa che è un'unione tra persone corporee, cioè, sia nella loro anima che nel loro corpo sessuato. Questa caratteristica propria della sessualità umana, che è una sessualità «personale», esige l'unità e l'esclusività del dono della propria condizione maschile o femminile. La persona non è divisibile, per cui l'uomo non può donare totalmente la sua mascolinità a diverse donne, né la donna può donare totalmente la propria femminilità a diversi uomini. Da ciò ne deriva che la donazione coniugale debba essere, per la sua stessa natura, unica, esclusiva e totale in tutto quello che riguarda la coniugalità.

La dottrina canonica ha definito questa caratteristica della donazione coniugale come «proprietà essenziale dell'unità» o, utilizzando la terminologia di Sant'Agostino, come «*bonum fidei*». Benché, come si vedrà dall'analisi della giurisprudenza rotale, alcuni opinino che il *bonum fidei* e la proprietà essenziale dell'unità siano due realtà diverse, noi li considereremo come due punti di vista complementari per la comprensione di una stessa realtà. Questo bene del matrimonio risponde all'esigenza intrinseca della sessualità umana di essere compartecipata in termini di uguaglianza dall'uomo e dalla donna, che non possono costituire una relazione di dominazione e di appropriazione dell'altro sesso, come sarebbe quella che si dà nella poligamia: appropriazione della sessualità di più donne da parte del maschio, il quale si colloca in una condizione di superiorità nei confronti delle donne, non donandosi quindi totalmente, in tutta la sua persona, a nessuna delle sue «mogli», come si dà nella poliginia; o nel caso della poliandria, nella quale una donna ha diversi mariti, non essendo quindi totalmente ed esclusivamente di alcuno di essi nella sua femminilità, in quanto persona-donna.

Questa esigenza di unità ed esclusività della donazione personale in quanto uomo e donna si concretizza anche nell'esigenza della fedeltà coniugale. Come afferma Viladrich, «la fedeltà è espressione, in termini di diritto e di dovere coniugale, della piena e mutua appartenenza in esclusiva tra gli sposi, in virtù della quale essi si defraudano in quello che per diritto gli appartiene se fanno partecipi ad un terzo della mascolinità personale o della femminilità personale che si donarono interamente tra loro a titolo di giustizia. Questa pienezza di coappartenenza reciproca è il bene comune che si devono in

esclusiva tra di essi: questo dovere e diritto è la fedeltà coniugale»⁽¹⁾.

Uno dei punti sui quali c'è più disaccordo nella dottrina e nella giurisprudenza sull'esclusione del *bonum fidei* è la distinzione tra il diritto e il suo esercizio. Questa distinzione acquisisce una grande importanza soprattutto quando si fa riferimento all'obbligo della fedeltà coniugale. A nostro avviso, seguendo Viladrich, la distinzione tra il diritto e il suo esercizio è chiara se facciamo riferimento al matrimonio *in fieri*, cioè nel suo momento fondazionale, e al matrimonio nella sua realizzazione durante la vita coniugale, rispettivamente: una cosa è il fatto di assumere l'obbligo della fedeltà e tutt'altra è il suo adempimento, che non riguarda il momento fondazionale bensì la vita coniugale. Da una parte, l'identificazione del diritto con il suo esercizio porterebbe all'abuso di ritenere nullo per esclusione del *bonum fidei* un matrimonio per il solo fatto dell'infedeltà da parte di uno o entrambi i coniugi: l'infedeltà sarebbe la prova della mancata assunzione del diritto. Questa interpretazione, però, non tiene conto della realtà della persona umana, che può assumere realmente un obbligo e successivamente non adempierlo. Anzi, per la nostra condizione, la fedeltà non è la semplice osservanza lungo il tempo; ma esige una continua rinnovazione degli impegni realmente assunti. Un altro errore sarebbe quello opposto, cioè, pensare che nello stesso momento del consenso matrimoniale — nell'*in fieri* — potrebbero darsi simultaneamente l'assunzione del dovere della fedeltà e insieme una volontà positiva di non osservarlo. In questo modo, l'infedeltà sarebbe semplicemente una conseguenza della volontà di non osservare un dovere che sarebbe stato assunto realmente. Tanto inadeguata è questa posizione quanto l'altra. Né ogni infedeltà è prova dell'esclusione del *bonum fidei*, perché si deve distinguere tra quello che realmente si voleva e quello che successivamente si è vissuto; né ogni infedeltà è irrilevante in quanto sarebbe semplicemente un inadempimento di un dovere assunto, benché con una volontà iniziale di non osservarlo. È radicalmente inconciliabile una volontà di assumere il dovere personalissimo dell'esclusività e della totalità nella coniugalità, con la volontà positiva di non osservarlo. Probabilmente, l'irrilevanza della volontà positiva di non osservare la fedeltà che si

(1) P.J. VILADRICH, *Estructura esencial del matrimonio y simulación del consentimiento*, Pamplona 1997, p. 83.

riscontra in parte della dottrina e della giurisprudenza, abbia la sua origine in questa distinzione tra il diritto e il suo esercizio applicata allo stesso momento di manifestazione del consenso matrimoniale, come se l'unica fattispecie di esclusione della proprietà essenziale dell'unità fosse la volontà di stabilire delle relazioni dello stesso rango — coniugali — con una persona diversa dal proprio coniuge, alla quale si concederebbe non soltanto il « fatto » della relazione sessuale, ma il « diritto » sulla propria persona in quanto uomo o donna. Vedremo come è stato affrontato l'argomento nella giurisprudenza rotale degli ultimi anni.

D'altra parte, la dottrina e la giurisprudenza recenti frequentemente si interrogano sul contenuto del *bonum fidei* e sui diversi casi di esclusione di questo bene o proprietà essenziale. Le posizioni sono molto diverse, da coloro che riducono i casi di esclusione del *bonum fidei* all'esistenza di una volontà poligamica o concubinaria, fino a coloro che affermano senza esitare che il fatto dell'esistenza di un'inclinazione all'infedeltà presente al momento del matrimonio, sarebbe prova sufficiente dell'esclusione dell'unità. Come in tutto, bisogna andare alla verità delle cose, al fine di evitare che i casi concreti vengano decisi mediante categorie preconcepite. La prudenza del giudice, che esige la conoscenza tanto del contenuto del vero consenso matrimoniale quanto del caso concreto, è sempre insostituibile per poter dare una risposta giusta, cioè, conforme a verità. Vedremo i diversi casi nei quali ci troviamo dinanzi a una possibile esclusione del *bonum fidei*, partendo dall'analisi di alcune sentenze rotali recenti. Ad ogni modo, l'esclusione del *bonum fidei* deve comportare una volontà positiva presente nello stesso atto di manifestazione del consenso matrimoniale e può far riferimento, a nostro avviso, sia alla volontà poligamica o concubinaria quanto all'esclusione del diritto/dovere alla fedeltà, che si deve comunque distinguere dall'effettivo adempimento del dovere assunto nel momento del consenso.

2. *Analisi della giurisprudenza recente della Rota Romana sull'esclusione del « bonum fidei ».*

Tra le sentenze pubblicate negli ultimi anni, ci sono alcune che riguardano l'esclusione del *bonum fidei*. Tenendo conto dei diversi elementi e dei punti discussi dalla dottrina, presenteremo in seguito gli argomenti trattati da queste sentenze. Incentreremo la nostra esposizione sui punti ai quali abbiamo fatto riferimento: la distin-

zione tra il diritto e il suo esercizio; il contenuto del *bonum fidei*, le diverse possibilità di esclusione di questo bene; la prova dell'esclusione.

a) c. POMPEDDA, *Lausannen., Geneven., et Friburgen.*, 16 gennaio 1995 ⁽²⁾.

In questa, come nella altre sentenze, presentiamo alcuni elementi «di fatto» per poi capire il ragionamento della parte «in iure». Benché si sia trattato di due capi di nullità — esclusione della sacramentalità e del *bonum fidei* — limiteremo l'analisi all'oggetto generale di questo commento: l'esclusione del *bonum fidei*.

Si tratta di un matrimonio tra una cattolica e un luterano. Celebrarono il matrimonio civile nel 1949 e poi, nel 1953, su richiesta della donna e con conoscenza del marito, il vescovo di Cincinnati concesse la sanazione nella radice. Nel 1968 si sono separati e nel 1983 ottennero il divorzio civile. Nel 1987 la donna chiese la dichiarazione di nullità del matrimonio per difetto di discrezione di giudizio e per esclusione del *bonum fidei* da parte dell'uomo. Il tribunale sentenziò la nullità soltanto per l'esclusione del *bonum fidei*. La seconda istanza invece decise a favore del matrimonio. Nella Rota Romana si aggiunse un nuovo capo di nullità, per cui il dubbio venne determinato nell'esclusione della dignità sacramentale (come in prima istanza) e del *bonum fidei* (in terza istanza). La sentenza rotale fu negativa per entrambi i capi.

La sentenza, per superare la discussione sul fatto se la fedeltà riguardi o meno la proprietà essenziale dell'unità, dice chiaramente che, in ogni caso, non c'è dubbio che l'obbligo della fedeltà matrimoniale è un elemento essenziale del matrimonio (n. 8, p. 5). Però, nel singolo caso, si deve distinguere tra la volontà positiva di escludere l'obbligo della fedeltà, che rende nullo il matrimonio, dalla semplice velleità o della previsione che nel futuro potrebbero darsi violazioni a questo obbligo di fedeltà. Come negli altri casi di esclusione, si deve distinguere tra la volontà positiva e le idee, sentimenti, inclinazioni, ecc. L'esclusione della fedeltà rende nullo il matrimonio quando è un'esclusione, mediante atto positivo della volontà, della

⁽²⁾ RRDéc., vol. LXXXVII (1995), pp. 1-9. La decisione è negativa a entrambi i capi presentati: esclusione della dignità sacramentale e del *bonum fidei*, ambedue da parte dell'uomo.

fedeltà dell'unione coniugale. Ci sembra che, anche nell'ambito dell'esclusione della fedeltà, si debbano fare i chiarimenti che facevamo nel parlare del *bonum prolis* riguardo alla distinzione tra il diritto e il suo esercizio⁽³⁾.

Nel caso concreto, la sentenza ritiene che non fu provata l'esclusione della fedeltà: l'uomo si sposò senza avere dei dubbi, volendosi unire a sua moglie ed esserle fedele. Un problema diverso è che successivamente non sia stato fedele all'impegno veramente assunto e che abbia avuto dei rapporti con altre donne. Dall'analisi dei fatti appare chiaramente che queste condotte non rispondevano a una volontà concreta preesistente, bensì alle circostanze post-matrimoniali.

Rispetto all'altro capo di nullità — esclusione della dignità sacramentale — i giudici si sono soffermati sul significato dell'espressione «atto positivo di volontà» utilizzata dal legislatore nel canone 1101 § 2. Ci sembra di capire che è stata seguita una visione duale dell'atto positivo di volontà, quando si è affermato: «Ad simulationem matrimonii efficiendam non sufficit simplex absentia intentionis contrahendi. Consensus etenim externe manifestatur per actum positivum voluntatis, qui eliditur tantummodo per contrarium actum positivum» (n. 4, p. 3). Siamo d'accordo sulla necessità di una volontà positiva contraria, ma ciò non significa che debbano esserci due atti positivi che si annullano a vicenda, perché l'oggetto di questi atti è diverso. Come dicevamo nel citato studio sull'esclusione della prole⁽⁴⁾, nella vera volontà matrimoniale c'è un unico atto di volontà che viene manifestato esternamente: il consenso matrimoniale è, in se stesso, tanto la volontà interna quanto la sua manifestazione esterna (cfr. cc. 1057 y 1104). Nell'esclusione, invece, troviamo una volontà di manifestare esternamente un segno che, in quanto non risponde a quello che vuole significare, non causa il vincolo matrimoniale. Non c'è dubbio che senza il positivo atto di volontà non c'è l'esclusione, ma ciò non ci deve portare a esigere una doppia volontà interna: quella di volere il matrimonio e, allo stesso tempo e quasi a senso contrario, quella di non volere un suo elemento o proprietà essenziale. Nella vera esclusione quello che di solito troviamo è una vo-

⁽³⁾ Cfr. H. FRANCESCHI, *La giurisprudenza di merito sull'esclusione della prole nel recente volume delle decisioni rotali dell'anno 1995*, in «Quaderni Studio Rotale» 11 (in corso di stampa).

⁽⁴⁾ *Ibidem*.

lontà non matrimoniale insieme a una volontà di manifestare il segno esterno. In questo senso, ci sembra che giovi approfondire il significato e non attenersi solo alle parole del testo legale, in quanto l'espressione « positivo atto di volontà » è un modo di esprimere una realtà, che non va assolutizzato a scapito della comprensione della natura del fenomeno simulatorio.

Per quanto riguarda la simulazione, tenendo conto del *favor iuris*, il legislatore ha stabilito due presunzioni *iuris*: nel dubbio si deve stare per la validità del matrimonio, finché non si provi il contrario (c. 1060); il consenso interno si presume conforme con le parole o i segni equivalenti utilizzati nella celebrazione del matrimonio (c. 1101 § 1). Qualunque altra presunzione sarebbe una *praesumptio hominis* (cfr. n. 5, p. 3). Inoltre, le presunzioni stabilite dal legislatore sono presunzioni *iuris tantum*. Nello spiegare l'atto positivo della volontà, la sentenza afferma che si tratta del « volontario », cioè, di un atto umano veramente posto, *elicito* e perfetto, che deve procedere dalla conoscenza dell'oggetto al quale si rivolge la volontà (n. 5, p. 4). In questo senso De Jorio afferma, riferendosi all'atto positivo della volontà: « Non è facile dire in che cosa consiste l'atto positivo di volontà. Si tratta di determinare, mediante una accurata esplorazione della volontà interna del contraente, realizzata a partire dagli elementi esterni, se questa volontà era indirizzata effettivamente a contraddire quello che si manifestava mediante i segni esterni, cioè, a dissentire positivamente dalla dichiarazione esterna » (cfr. n. 5, p. 4) ⁽⁵⁾.

b) c. GIANNECCHINI, *Placentina-Bobien.*, 28 marzo 1995 ⁽⁶⁾.

Maria conobbe Roberto agli inizi dell'anno 1974. Celebrarono il matrimonio nell'agosto del 1975. I primi anni della vita coniugale trascorsero felici e senza gravi difficoltà, benché non ci fu prole. Nel 1979 Roberto abbandonò Maria e andò a vivere con un'altra donna, con la quale aveva avuto un rapporto amoroso prima di conoscere sua moglie. Maria chiese la nullità del matrimonio nel 1983. Dopo un iter processuale abbastanza complesso, con una sen-

⁽⁵⁾ La sentenza cita O. DI JORIO, *Iurisprudencia novissima circa simulationem*, vol. II, 1971, p. 176.

⁽⁶⁾ RRDec., vol. LXXXVII (1995), pp. 240-251. La sentenza è negativa ai capi presentati: esclusione del *bonum prolis* e del *bonum fidei* da parte del marito.

tenza di prima istanza affermativa per esclusione del *bonum prolis* e del *bonum fidei* da parte del marito, e una sentenza di seconda istanza negativa a entrambi i capi, la causa arrivò in Rota nel 1990. Ci fu la perenzione della causa, che fu poi ripresa nel 1994. La sentenza rotale risultò negativa a entrambi i capi.

Riguardo al *bonum fidei* — il *bonum prolis* è già stato oggetto del nostro studio⁽⁷⁾ — la sentenza fa riferimento direttamente alla proprietà essenziale dell'unità (n. 3, p. 242-243), per poi sviluppare il suo contenuto: sarebbe senz'altro contraria al *bonum fidei* la volontà poligama, perché rifiuta l'uguaglianza tra uomo e donna, nonché l'unità ed esclusività della donazione coniugale (cfr. n. 3, p. 243).

In seguito, applicando la distinzione tra il diritto e il suo esercizio, afferma che la volontà di commettere adulterio o di non osservare la fedeltà coniugale che non implichi la volontà positiva di escludere il diritto non sarebbe un'esclusione del *bonum fidei* (*idem*), perché sarebbe una volontà di non adempiere, che non corrisponde necessariamente con la volontà di non obbligarsi.

Tuttavia, ci sembra che la distinzione, per quanto dicevamo in precedenza, potrebbe diventare artificiosa: se si provasse che già al momento della celebrazione del matrimonio c'era una positiva volontà di non osservare la fedeltà, come mai si può dire che c'era simultaneamente una volontà di assumere il dovere? Quale tipo di assunzione di un dovere personalissimo, come è quello della fedeltà coniugale, sarebbe quello che nella sua radice, con volontà positiva, non si è disposti a osservare? Pensiamo quindi che convenga approfondire l'argomento per evitare delle categorie preconcepite che, è vero, potrebbero aiutare il giudice nel prendere la decisione, ma hanno il grave pericolo di forzare la realtà dei fatti. Una cosa è che l'inadempimento dell'obbligo della fedeltà sia di per se irrilevante, perché l'elemento determinante è la volontà reale e determinata esistente nel momento di manifestare il consenso, e una cosa molto diversa sarebbe quella di tentare di distinguere nello stesso atto del consenso, tra la volontà di impegnarsi e la volontà di adempiere, perché colui che non voglia assolutamente adempiere già al momento di fondare il vincolo, non assume le sue esigenze intrinseche.

(7) Cfr. H. FRANCESCHI, *La giurisprudenza di merito sull'esclusione della prole...*, cit.

Siamo però consapevoli della difficoltà per distinguere una volontà simulatoria contraria al *bonum fidei* da una volontà disordinata che, malgrado voglia celebrare un vero matrimonio e donarsi totalmente, ritenga che le infedeltà sarebbero compatibili con una vera volontà matrimoniale. Dall'analisi della dottrina e della giurisprudenza che ritengono applicabile la distinzione tra il diritto e il suo esercizio, talvolta viene fuori uno sforzo di distinzione tra la vera esclusione e le situazioni di disordine di tipo morale che, malgrado siano contrarie alle esigenze del matrimonio, potrebbero non arrivare fino al rifiuto della donazione totale ed esclusiva della coniugalità. Il problema, in molti casi, sarebbe che, un modo imperfetto di spiegare la distinzione tra volontà non matrimoniale e volontà veramente matrimoniale ma impoverita o imperfetta a causa delle mancanze e debolezze morali, sarebbe assolutizzato e applicato indiscriminatamente ai singoli casi. Dobbiamo ricordare che i «modi di dire» sono soltanto questo, e non possono oscurare o travisare la realtà. Nei casi di esclusione del *bonum fidei* questo sarebbe molto importante, nella misura in cui i giudici dovessero fare un lavoro non facile di distinzione tra le volontà non matrimoniali e i disordini tali da rendere difficile ma non impossibile sia l'assunzione dell'obbligo della fedeltà che il suo adempimento. Non dimentichiamo che il consenso valido non è il consenso perfetto, ma quello sufficiente per fondare il vincolo coniugale.

c) c. FUNGHINI, *Forolivien.-Brittinorien.*, 24 maggio 1995⁽⁸⁾.

Si chiede la nullità per diversi capi: simulazione totale, esclusione del *bonum fidei* e incapacità di assumere gli obblighi essenziali del matrimonio, tutti quanti da parte dell'uomo. Ci soffermeremo soltanto per quanto riguarda l'esclusione del *bonum fidei*. Il matrimonio tra Dario e Ida fu celebrato nel 1962. Durò quattordici anni ed ebbero due figli, ma la vita coniugale fu problematica, a causa del fatto che il marito era un donnaiolo e si approfittò anche economicamente di sua moglie e dei suoi parenti. La decisione è negativa a tutti i capi presentati.

⁽⁸⁾ RRDec., vol. LXXXVII (1995), p. 311-337. La sentenza è negativa a tutti i capi presentati: simulazione totale, esclusione del *bonum fidei* e incapacità di assumere gli obblighi essenziali del matrimonio, da parte dell'uomo.

Secondo la recente giurisprudenza della Rota, non si richiede, per affermare l'esclusione del *bonum fidei*, come riteneva la giurisprudenza maggioritaria fino al 1963, che il simulante abbia dato il «diritto» che appartiene al coniuge simultaneamente a una terza persona con la quale intrattenga rapporti di tipo coniugale. «Sarebbe sufficiente, invece, la volontà positiva di non dare al coniuge il diritto esclusivo sul proprio corpo o, utilizzando le parole del Codice vigente, che il contraente non facesse il dono pieno e integro di sé per costituire la comunità di tutta la vita, per sua natura ordinata al bene dei coniugi e alla procreazione ed educazione della prole» (n. 6, p. 315).

La sentenza, ammettendo che l'esclusione del *bonum fidei* non si presenta soltanto nel caso di una volontà di dare il «diritto» simultaneamente a una persona diversa dal proprio coniuge, si pone il problema della rilevanza o meno della cosiddetta «voluntas adulterandi». La domanda sarebbe: esclude il *bonum fidei* colui che al momento di sposarsi ha la volontà di essere infedele al coniuge? Il solo fatto di prevedere che non si sarà fedele è un'esclusione del *bonum fidei*? La sentenza dice: «*Bonum fidei non excludit merum adulterandi propositum, si casus ferat, sed firma ac determinata detrectatio integram sui donationem faciendi seu reservatio positivo voluntatis actu facta cum aliis quoque rem habendi iuxta placita vel obnoxium propositum in nubendo copiam sui corporis faciendi amasio vel amasiae quacum ante nuptias contrahens nexuerat relationem*» (n. 6, p. 315). Però, non c'è dubbio, la previsione di commettere adulterio a causa della condizione di «donnaiolo» del marito, o l'inclinazione disordinata ai rapporti sessuali, possono indurre all'esclusione del *bonum fidei* (idem).

La sentenza, a nostro parere, tenta di raggiungere un equilibrio; da una parte, respinge la giurisprudenza che riduceva l'esclusione del *bonum fidei* alla volontà di donarsi simultaneamente a due persone, cioè, quella che riconosce a una terza persona lo stesso diritto che dovrebbe donare esclusivamente al proprio coniuge. D'altra parte, prova a distinguere tra la semplice previsione che non sarà fedele al coniuge e la vera esclusione della fedeltà, la quale implica il rifiuto della donazione esclusiva della coniugalità che si dà nel consenso matrimoniale. La giurisprudenza ha sempre affermato che la «prassi adulterina» non è in se stessa prova dell'esclusione del *bonum fidei*, soprattutto quando l'adulterio non si commette con una persona che si conosceva già prima del matrimonio e con la quale si continua ad

avere relazioni, ma si incorre in esso con persone diverse e molte volte senza che si stabilisca un rapporto stabile con queste persone.

Pensiamo che la risposta al caso concreto si debba cercare nell'analisi della volontà specifica alla luce dell'oggetto del consenso, allo scopo di determinare se la volontà reale del contraente era quella di donarsi coniugalmente, con l'esclusività che questa donazione implica, o se, invece, c'era una volontà positiva al momento della manifestazione del consenso, a causa della quale si escludeva alla radice questa esclusività. Non c'è dubbio che questo è più fattibile quando nella storia della persona troviamo una relazione precedente che si vuole mantenere malgrado la celebrazione del matrimonio. Tuttavia, e questo è importante, non possiamo far diventare uno dei modi in cui di fatto si dà l'esclusione — quello della volontà poligamica — nell'unica fattispecie di esclusione del *bonum fidei*, tra l'altro quello la cui prova riesce più facile. Il giudice deve analizzare il caso concreto tenendo in mente la verità sul matrimonio, per poter in questo modo determinare se ci fu o meno l'esclusione del *bonum fidei* mediante un atto positivo della volontà, cioè, se nel caso si è data la donazione reale della propria persona in quanto persona-uomo e persona-donna, la quale è necessariamente unica ed esclusiva.

d) c. SERRANO, *Philadelphien. Latinorum*, 22 marzo 1996⁽⁹⁾.

Biagio, di origine italiana, nel tornare dalla guerra di Corea, conobbe Albina, anch'essa d'origine italiana. Dopo alcuni anni di fidanzamento, si sposarono nel 1953. Nel 1986 il marito abbandonò la moglie e i figli. Nel 1990 chiese la nullità del matrimonio per esclusione del *bonum fidei* da parte sua. Dopo una sentenza negativa, lui stesso si appellò alla Rota Romana. La sentenza rotale fu negativa, perché nel corso del dibattimento non fu possibile provare che il marito, al momento del matrimonio, aveva una volontà positiva che escludeva la fedeltà e l'esclusività della donazione coniugale. Tutt'al più, quello che appare sono le sue frequenti infedeltà durante la vita matrimoniale, senza che si possa però sostenere minimamente che queste rispondano a un'esclusione del *bonum fidei* presente nello stesso momento della celebrazione del matrimonio.

⁽⁹⁾ RRDec., vol. LXXXVIII (1996), p. 309-314. La sentenza è negativa al capo di nullità presentato: esclusione del *bonum fidei* da parte dell'attore.

La sentenza fa uno sforzo di approfondimento sul contenuto del *bonum fidei*. Come altre sentenze, ricorda la giurisprudenza precedente, la quale riduceva l'esclusione del *bonum fidei* alla volontà positiva di dare simultaneamente a più persone il diritto coniugale, proprio in quanto « diritto ». Citando *Gaudium et Spes*, 48 — « plenam coniugum fidem exigunt atque indissolubilem eorum unitatem urgent » — afferma che la giurisprudenza odierna analizza con più attenzione espressioni che in precedenza erano semplicemente respinte come irrilevanti: « volontà di adulterare, riserva della licenza di fornicare, ecc. ». Sostiene che, nonostante unità ed esclusività siano due realtà diverse, per quanto riguarda il *bonum fidei* possiamo dire che questo bene è escluso tanto nei casi in cui si pretende concedere a più persone il diritto esclusivo sulla sessualità, quanto in quelli in cui non lo si attribuisce con esclusività ad un'unica persona, quella del proprio coniuge: « ... ius coniugale defecisset tam si inter plures consortes dispertiretur quam si uni non totum tribueretur » (n. 3, p. 310).

Nello stesso numero la sentenza parla della totalità come una caratteristica della donazione coniugale, la quale riguarderebbe anche il *bonum fidei*. Analizzando la natura del patto coniugale alla luce del magistero recente, sostiene che il bene della fedeltà rientrerebbe nell'ambito dell'essenza del matrimonio e della comunità coniugale (n. 3, p. 311). Anziché parlare di « proprietà essenziali dell'istituzione », converrebbe parlare di esigenze intrinseche della donazione coniugale, tra le quali ci sarebbe la fedeltà: da lì che l'elemento determinante dell'esclusione della fedeltà non sia tanto se si è dato o meno a una terza persona il diritto sugli atti per sua natura atti alla generazione della prole, bensì la determinazione dell'esistenza o meno della donazione totale ed esclusiva della coniugalità mediante il consenso matrimoniale.

Ad ogni modo, quando siamo davanti ad una causa di nullità per esclusione del *bonum fidei*, si deve distinguere tra la volontà positiva che respinge la donazione totale ed esclusiva della volontà, esistente nel momento del patto, e la condotta successiva, che in quanto tale è irrilevante: « Quae tamen omnia cuiuscumque sunt vis et momenti inveniuntur — vel invenire debent — in dispositione animorum nubentium cum consensum expriment. Tunc ille evenit illa mutua totalis traditio et acceptatio ad invicem, qua vir et mulier coniuges fiunt quaeque dein solum ad modum iurium et officiorum, nempe matrimonialium, permanere potest. Quare quae post nuptias

accidunt inepta sunt ut illa iura et officia inficiant si vere ea coniuges acceperunt. Nec per se adulteria vel infidelitates quaecumque post matrimonium admissae inficere valent illam nuptiale dispositionem, quae de caetero iure utimur semper praesumi debet» (n. 4, p. 311). In fondo, la questione centrale è se ci fu o meno una vera donazione in quanto coniuge, la quale, tra l'altro, esige la totalità nel coniugabile e l'esclusività della donazione.

e) *c. TURNATURI, Florentina, 18 aprile 1996* ⁽¹⁰⁾.

Si tratta di un caso difficile perché il marito nega tutto. Dalle prove presentate in causa, i giudici stimarono che era stato sufficientemente provato che il convenuto aveva una concezione errata della sessualità, non soltanto per il frequente ricorso alle relazioni sessuali fuori del matrimonio, sia prima che dopo la sua celebrazione, ma anche per le sue continue esigenze alla moglie di realizzare atti sessuali contrari alla natura e alla dignità del matrimonio. La sentenza è affermativa all'esclusione del *bonum fidei* da parte del convenuto.

La fedeltà — afferma la sentenza — non riguarda soltanto il diritto esclusivo, nel senso che ne fosse contraria la donazione a un terzo, ma anche la donazione della coniugalità. Tuttavia, è molto importante distinguere l'aspetto morale dal giuridico (n. 9, p. 336). La fedeltà fa riferimento alla donazione personale in quanto coniuge, la quale è totale — nella coniugalità — ed esclusiva (cfr. n. 11, p. 337). In questo senso, giova ricordare quanto dicevamo nell'introduzione, cioè, che il fondamento ultimo del dovere di fedeltà si trova nella complementarità tra uomo e donna e nella esclusività della donazione della propria condizione maschile e femminile che ne segue.

La sentenza ricorda, secondo quanto affermato nel discorso del Papa alla Rota del 1982 e nella *Familiaris Consortio* n. 11, che la donazione coniugale non è una semplice donazione della potenza sessuale corporea, bensì è una donazione della persona che esige l'esclusività e la fedeltà. Perciò, una donazione del proprio corpo che non sia esclusiva e indissolubile sarebbe una menzogna, perché non rispondente alla dignità e alla verità della persona umana sessuata (cfr. n. 13, p. 338).

D'altra parte, tenta di definire il contenuto della fedeltà, affermando che non è solo il fatto che non si avranno atti sessuali con per-

⁽¹⁰⁾ RRD., vol. LXXXVIII (1996), pp. 334-348. La decisione è affermativa all'esclusione del *bonum fidei* da parte del convenuto.

sona diversa dal coniuge, ma anche l'obbligo di vivere la sessualità in conformità con la sua propria natura, cioè, sempre entro l'ambito degli atti per la sua stessa natura adeguati per la generazione della prole (cfr. n. 12, p. 338). Lo dice in un altro momento la sentenza: «sexualitas coniugalis consideranda est ut bonum, secundum ordinationem naturae exercendum; ac proinde, sexualitas deflexa, quatenus a naturali et institutionalis ordinatione recessa, causa esse potest contra bonum fidei, potissimum quia falsificat donationem suipsius coniugalem et alteram partem facit instrumentum libidinis, quod nefas est» (n. 19, p. 341). Benché siamo d'accordo sul fatto che una volontà che positivamente rifiuta la verità dell'atto sessuale matrimoniale, indirizzando quindi verso atti contro natura, non è una vera volontà matrimoniale, perché non riconosce la coniugalità dell'altro, troviamo delle difficoltà a considerarla come una delle fattispecie dell'esclusione dell'unità o della fedeltà. Questa difficoltà sarebbe una conferma dei limiti di qualunque classificazione *a priori* nonché del pericolo di ricondurre tutte le possibilità di esclusione del consenso matrimoniale, che di fatto si possono dare, alla classica distinzione agostiniana dei *tria bona* che, se c'è qualcosa di sicuro, non riguardava le diverse possibilità di esclusione del vero consenso, ma proprio i beni che rendono vero e buono il matrimonio. Convieni ricordare che il legislatore, nel canone 1101 § 2, non riduce la simulazione ai *tria bona*, ma parla senza più precisazioni di elementi e proprietà essenziali del matrimonio. Da lì che se si provasse con certezza che uno dei contraenti escludeva con volontà positiva l'esigenza di rispetto della dimensione personale della sessualità, avendo una volontà indirizzata positivamente ad atti sessuali contrari alla natura, da dove risulta che non accetta l'altro esclusivamente in quanto persona-uomo o persona-donna, non saremmo dinanzi a una vera volontà matrimoniale.

Sull'esclusione della fedeltà la sentenza afferma: «Generatim bonum fidei excluditur ubi alteruter vel uterque contrahens positive respuit obligationem ad fidelitatem erga compartem servandam, seu non assumit eiusmodi obligationem; nec necesse est ut nubens ius in suum corpus tertiae personae tradere statuatur, cum sufficiat ut ipse eiusmodi ius detrectet exclusivum tradere alteri contrahenti, seu facultatem vel ius sibimet servet adulterandi» (n. 18, p. 340). Per questo, non esclude la fedeltà soltanto colui che dà a un terzo lo stesso *ius in corpus* (usando la vecchia definizione) ma anche chi non voglia concederlo esclusivamente, o chi non voglia concederlo né alla comparte né a nessun altro. In fondo, è quanto dicevamo della causa ultima del-

l'efficacia giuridica dell'esclusione del *bonum fidei*: la volontà positiva di non donare veramente la coniugalità, in questo caso per quanto riguarda l'unità, l'esclusività e la totalità della donazione coniugale. Nella formazione di questa volontà, non vi è dubbio, possono influire le idee erranee sull'unità del matrimonio che imperversano nella cultura odierna: l'idea del matrimonio «aperto», la poligamia ancora imperante in alcune culture, il matrimonio «di prova». Per questo l'importanza di una preparazione in positivo che metta l'accento non su quello che per la Chiesa «non sarebbe bene», ma sulla grandezza, la bellezza e la fattibilità della donazione coniugale unica, esclusiva, indissolubile e feconda, che è l'unica che può soddisfare le esigenze della persona umana nella donazione nella sessualità in tutta la sua integrità.

Infine, parlando della prova dell'esclusione della fedeltà, la sentenza fa riferimento alla condotta depravata antecedente e successiva alla celebrazione del matrimonio (cfr. n. 21, p. 342). Distingue, da una parte, l'esclusione dell'esclusività degli atti coniugali conformi alla natura (seguendo la linea che precedentemente indicava), come succedeva nel caso di colui che avesse una volontà di «usare» l'altro per soddisfare il suo impulso libidinoso con ogni tipo di atti di contenuto sessuale, fino al punto che, se la comparte si negasse, farebbe ricorso ad altre persone; e d'altra parte, potremmo avere un fenomeno che, benché esternamente simile, risponderebbe ad una realtà diversa, come sarebbe il caso di una persona che, anche volendo esserlo, non riuscirebbe a essere fedele a causa di un disordine di tipo psicosessuale. Nel primo caso, benché il disordine morale renda difficile l'assunzione e l'adempimento degli obblighi matrimoniali, ci muoviamo nell'ambito dell'esercizio della libertà: chi esclude «non vuole». Nel secondo caso, possiamo essere davanti a un'incapacità psichica, come quella di chi è impossibilitato ad assumere l'obbligo della fedeltà per una causa di natura psichica.

f) c. POMPEDDA, *Bonaëren.*, 15 novembre 1996⁽¹¹⁾.

Il caso riguarda il matrimonio celebrato nel 1977 tra Ernesto, militare, e Cecilia. Fin dall'inizio ci furono problemi perché la donna

⁽¹¹⁾ RRDec., vol. LXXXVIII (1996), pp. 697-715. Si chiede la nullità per esclusione del *bonum fidei* da parte della convenuta e per errore in qualità direttamente e principalmente intesa da parte dell'attore. La sentenza è affermativa soltanto per il capo di esclusione del *bonum fidei*.

manteneva relazioni con Alfredo, collega di lavoro, con il quale ebbe rapporti anche durante il periodo di fidanzamento con Ernesto. Il marito tentò di salvare il matrimonio, dicendo alla moglie che voleva perdonare tutto, ma Lei disse di non amare lui ma Alfredo. Si separarono e Lei si mise ad abitare con Alfredo, dal quale ha avuto dei figli. Nel 1987 Alfredo chiese la nullità per esclusione del *bonum fidei* da parte della donna e per errore circa una qualità direttamente e principalmente intesa da parte sua. La prima istanza fu negativa a entrambi i capi. Il turno rotale, invece, dichiarò la nullità soltanto per l'esclusione del *bonum fidei* da parte della convenuta.

La sentenza afferma che, nell'ambito canonico, non possiamo fare una distinzione netta e autonoma tra l'ordine morale e quello giuridico, come se il diritto si limitasse agli atti esterni e la morale a quelli interni. Questo si vede con chiarezza nella materia matrimoniale, nella quale un atto interno può avere precise conseguenze giuridiche, come capita nella simulazione del consenso. Tuttavia, è chiaro che una volontà interna che non abbia nessuna manifestazione esterna sarebbe irrilevante nell'ambito giuridico, almeno per l'impossibilità di prova nel foro esterno (cfr. n. 6, p. 699).

Il dovere della fedeltà matrimoniale, che non è soltanto morale bensì prettamente giuridico, trova il suo fondamento nella donazione ed accettazione della persona stessa nella sua coniugalità, perché sono le medesime persone in quanto maschio e femmina l'oggetto del patto coniugale, e questa donazione della persona esige la fedeltà e l'indissolubile unità tra i coniugi (cfr. n. 5, p. 699).

Nello studio delle cause sull'esclusione del *bonum fidei*, afferma la sentenza, si deve tener conto della costituzione della persona, in quanto la vita depravata o i disordini di tipo psicosessuale certamente possono influire nella formazione di una volontà di escludere: «Quibus attentis vel praeter casus conclamatae anomaliae psychosexualis profunda quoque consideratio habenda est psychologae constitutionis nubentis cum sermo fit de exclusione boni fidei, ubi contrahens ob suam psychicam constitutionem vel pravos mores pergere intendit in commerciis adulterinis negligens vel immemor susceptorum onerum» (n. 6, p. 699). Indubbiamente, in questi casi si dovrà distinguere tra la simulazione e l'incapacità, perché una cosa è il disordine morale o persino psichico che rende difficile il dono di sé e che può portare all'esclusione, e un'altra cosa sarebbe l'incapacità di assumere o il difetto grave della discrezione di giudizio, che rendono la persona incapace per dare un vero consenso matrimoniale.

Entrando nel contenuto del *bonum fidei*, la sentenza cita una c. Serrano ⁽¹²⁾ nella quale si sottolinea la forza che la fedeltà, propria di ogni patto, acquisisce nel matrimonio, nel quale i coniugi diventano una sola carne e, perciò, non si appartengono più nel coniugabile, ma appartengono all'altro coniuge, diventano «carne dell'altro».

Per tanto, esclude il *bonum fidei*, «qui positiva voluntate ius exclusivum in proprium corpus alteri parti tradere haud intendit, scilicet cum statuatur plenam integramque sui donationem cum altera parte non perficere pro constituendo consortio totius vitae indole sua naturali ordinato ad bonum coniugum et ad prolis generationem et educationem» (n. 9, p. 700). In fondo, come fanno altre sentenze, mette il fondamento del *bonum fidei* nella natura del patto coniugale così come viene spiegato dal recente Magistero della Chiesa, da dove si deduce che chi non vuole costituire questa comunità di vita e di amore, con le sue caratteristiche intrinseche, non vuole realmente donarsi e accettare l'altro come coniuge. Nel caso concreto, si dovrà determinare quale è il bene che si esclude, perché sembra che alle volte si confonda il *bonum fidei* con il *bonum coniugum*. Non c'è dubbio che il contraente che esclude positivamente la fedeltà in fondo rifiuta l'altro in quanto coniuge, ma lo stesso si potrebbe dire di colui che esclude l'indissolubilità o il bene della prole, perché la realtà «coniuge» implica ed esige la fedeltà, l'indissolubilità e la potenziale paternità o maternità. Da lì che convenga distinguere in ogni situazione concreta, benché si debba evitare una visione chiusa che riconduce necessariamente tutti i casi di esclusione ai *tria bona* agostiniani.

Tenendo conto di questo fondamento, la sentenza afferma che esclude il *bonum fidei* non soltanto chi pretenda dare a un terzo il diritto sul proprio corpo, come sosteneva la giurisprudenza precedente, ma anche chi pretenda dare il diritto alla comparte, ma non esclusivamente, o chi non voglia dare il diritto né al coniuge né a un'altra persona, soprattutto se, a causa della mancanza di amore nel periodo prenuziale, il contraente non vuole costituire una vera comunione di vita e amore coniugale (cfr. n. 9, p. 700). A nostro avviso, non si tratterebbe tanto di esigere una volontà di fondare un'unione veramente basata sull'amore ⁽¹³⁾, perché non possiamo esigere

⁽¹²⁾ C. SERRANO, *Romana*, 25 luglio 1980, in RRDec., vol. LXXII (1980), pp. 531 ss., n. 6.

⁽¹³⁾ Inoltre, c'è il problema di definire adeguatamente l'amore: se è quel minimo

come requisito di validità quello che è della perfezione del matrimonio, ma indagare se *in casu* c'erano dei motivi che portassero a pensare ad una volontà restia alla fondazione del matrimonio con le sue esigenze intrinseche, chiaramente non come piena prova dell'esclusione, ma come uno degli indizi da mettere insieme agli altri elementi di prova della volontà simulatoria.

Citando una sentenza c. Funghini⁽¹⁴⁾, sostiene che «*bonum fidei* essenziale, praeter vincoli unitatem, amplectitur ius mutuumque contrahentium obligationem tum ad coniugale debitum exspostulandum ac praestandum tum ad exclusivatem quoad actus vitae coniugalis proprios ponendos» (n. 9, p. 700). Perciò, non si riduce il *bonum fidei* all'unità, ma include l'esclusività della donazione coniugale, potendo quindi affermare che la volontà di compartire gli atti propri della coniugalità, presente nello stesso atto di manifestazione del consenso, sarebbe anche un'esclusione del *bonum fidei*.

Nel determinare quando siamo dinanzi a un'esclusione del *bonum fidei*, la sentenza afferma che l'esistenza del mero proposito di commettere adulterio, o la sola prassi adulterina, non costituiscono l'esclusione del *bonum fidei*. L'esclusione quindi implicherebbe il rifiuto della genuina e integra donazione di se stesso, o la riserva stabilita mediante atto positivo di volontà, di mantenere rapporti con una terza persona, o il proposito fermo di continuare una relazione amorosa con una persona con la quale si avevano già relazioni durante il tempo del fidanzamento. Da qui l'importanza di conoscere la volontà — e la condotta concreta — del presunto simulante nel periodo prenuziale (cfr. n. 10, p. 700-701).

Infine, la sentenza si pone una questione: è compatibile l'accettazione dell'obbligo della fedeltà con la volontà di realizzare atti contrari a questo obbligo? Dopo aver fatto alcune considerazioni sulla distinzione tra «volontà contraria alla fedeltà» e «volontà di realizzare atti contrari alla fedeltà», la quale sembra celare una contraddizione, la sentenza sostiene che quello importante è non fermarsi nei fatti ma fare lo studio del caso alla luce dei principi del consenso ma-

di amore coniugale necessario per il patto coniugale, il quale si deve intendere come amore di volontà, sulla necessità del quale non abbiamo dubbi o, invece, se si intende per tale l'amore-sentimento, che può esserci o meno e quindi non appartiene all'essenza del patto coniugale.

⁽¹⁴⁾ C. FUNGHINI, *Perusina*, 25 novembre 1987, in RRDec., vol. LXXIX (1987), p. 686, n. 3.

trimoniale. Ad ogni modo, si afferma, l'elemento determinante sarebbe la conoscenza della volontà reale del contraente nel momento della manifestazione del consenso perché, dice citando Casellati Alberti, «chi esprime pertanto l'intenzione di volere sì il matrimonio monogamico, ma in quanto aperto a relazioni extraconiugali, contrae invalidamente, secondo, del resto, gli indirizzi dottrinali e giurisprudenziali precedentemente esaminati, richiamanti il concetto di fedeltà e non di unità»⁽¹⁵⁾. Questa affermazione va però ridimensionata tenendo conto da quanto abbiamo detto sulla distinzione tra la vera volontà simulatoria e le imperfezioni di una volontà matrimoniale pur vera, dovute ai limiti e alle mancanze della persona umana.

In ogni modo, come abbiamo detto in precedenza, a nostro avviso la distinzione tra esclusione del diritto e dell'esercizio del diritto può diventare artificiosa se viene applicata con un certo automatismo all'*in fieri* del matrimonio, perché non si capisce come una persona possa volere allo stesso tempo assumere il dovere della fedeltà e rifiutare, *ab initio* e radicalmente, con una volontà determinata, il suo adempimento. Questa distinzione è utile invece per quanto riguarda la differenza tra il dovere in se stesso, l'assunzione del quale appartiene all'*in fieri*, e il suo esercizio, che appartiene alla realizzazione della vita matrimoniale, nel senso che non ogni inadempimento dell'obbligo implica la sua esclusione nel momento iniziale, per cui questa dovrà essere provata nel caso concreto, nella misura in cui l'atto positivo di esclusione non si presume (cfr. cc. 1101 § 1 y 1060). Torneremo sull'argomento nell'analisi della successiva sentenza.

g) c. CIVILI, *Sancti Sebastianis Fluminis Ianuarii*, 20 novembre 1996⁽¹⁶⁾.

Adda e Damiano si conobbero nel 1956, quando lei aveva 22 anni e lui 30. Il fidanzamento si interruppe diverse volte a causa della gelosia e del carattere violento di Damiano. Il convenuto, che si era convertito al protestantesimo, si faceva beffa della fede cattolica della famiglia di Adda. Fece la proposta di celebrare le nozze civili

⁽¹⁵⁾ M.E. CASELLATI ALBERTI, *Indissolubilità e unità nell'istituto naturale del matrimonio canonico*, Padova 1984, p. 172). La sentenza rimanda ad una decisione precedente dello stesso ponente, del 23 aprile 1985 (in RRDec., vol. LXXVII, p. 218, n. 6).

⁽¹⁶⁾ RRDec., vol. LXXXVIII (1996), pp. 724-732. La sentenza è negativa al capo di nullità presentato: esclusione del *bonum fidei* da parte del convenuto.

o di convivere semplicemente, ma lei respinse questa proposta per le sue convinzioni cattoliche. Alla fine, contrassero il matrimonio religioso nel 1964. La convivenza coniugale si protrasse per cinque anni, ma fu infelice sin dall'inizio a causa delle frequenti infedeltà del marito, il quale persino contagiò sua moglie di una malattia venerea. Nell'anno 1966 nacque una figlia. La donna, alcuni anni dopo, chiese la separazione ed ottenne dopo il divorzio civile e l'affidamento della figlia. Successivamente, sposò civilmente un altro uomo. Anche Damiano sposò civilmente un'altra donna, con la quale ebbe due figlie. Adda chiese la dichiarazione di nullità del suo matrimonio presentando come capi di nullità la simulazione totale e, sussidiariamente, l'esclusione del *bonum fidei* da parte del marito. La sentenza di prima istanza fu negativa ad entrambi i capi. Il tribunale di seconda istanza, invece, dichiarò la nullità per l'esclusione del *bonum fidei*, e in Rota il dubbio venne determinato nell'esclusione della fedeltà da parte del marito. La sentenza rotale fu negativa perché non si provò l'esistenza della volontà positiva nel momento del consenso, mancando anche la confessione del convenuto su questo aspetto, soprattutto a causa di un'istruttoria deficiente, nella quale le domande riguardavano l'indissolubilità e non la fedeltà. Malgrado non ci fossero dubbi sulla condotta gravemente disordinata del convenuto, mancò la prova dell'esclusione al momento della celebrazione del matrimonio.

Citando alcune sentenze c. De Jorio, analizza la relazione tra il *bonum fidei* e la proprietà essenziale dell'unità, per sostenere che queste non si identificano. Effettivamente, in alcune sentenze c. De Jorio, si dice che l'esclusione del *bonum fidei* inteso come il dovere della fedeltà non si deduce dalla relazione tra i canoni 1086 § 2 y 1013 § 2 CIC 17 (oggi 1101 § 2 y 1056), secondo la quale l'esclusione del *bonum fidei* sarebbe esclusione della proprietà essenziale dell'unità, bensì dalla relazione tra i canoni 1101 y 1055 § 1, per cui l'esclusione della fedeltà sarebbe contraria prevalentemente non all'unità del matrimonio ma all'essenza del patto coniugale, mediante il quale l'uomo e la donna si danno e accettano in alleanza irrevocabile per costituire il matrimonio. In questo senso, la sentenza sostiene che la proprietà dell'unità, invece, riguarderebbe l'intrinseca natura monogamica del matrimonio cristiano, espressamente sanzionata da Cristo contro l'antica legge che permetteva all'uomo di avere più mogli. In altre parole, afferma la sentenza, l'unità proibisce all'uomo di avere più mogli (poliginia) e alla donna di avere più mariti (polian-

dria). Per questo, non potendo identificare il *bonum fidei* con la proprietà essenziale dell'unità, l'esclusione del bene della fedeltà renderebbe nullo il matrimonio perché è l'esclusione di un elemento essenziale del matrimonio, non di una sua proprietà essenziale (cfr. n. 6-8, p. 726).

In seguito, la sentenza cita la dottrina di San Tommaso sull'essenzialità dei diversi beni del matrimonio (*prolis, fidei et sacramentum*), nella quale il Dottore Angelico distingue tra la prole e la fedeltà *in suis principiis* e la prole e la fedeltà come realtà, cioè, la prole effettivamente nata e la fedeltà come realtà vissuta, da una parte, e l'indissolubilità come proprietà essenziale di ogni matrimonio. Effettivamente, San Tommaso afferma che il matrimonio sussiste benché non ci siano i figli o non vi sia fedeltà nei confronti del coniuge, ma non può sussistere il matrimonio senza l'indissolubilità. Una volta ricordata l'affermazione tomista, la sentenza ricorda che parte della dottrina e della giurisprudenza hanno portato all'estremo questo ragionamento quando hanno ammesso la possibilità di una spaccatura tra il diritto e il suo esercizio nello stesso momento della manifestazione del consenso, contemplando la possibilità di una volontà che, nello stesso atto di dare il consenso, assuma il dovere/diritto alla prole o il dovere della fedeltà, ma escluda il loro esercizio. Secondo questa dottrina, chi assumesse il diritto escludendo solo il suo esercizio, contrarrebbe validamente, se questa scissione riguardasse la prole o la fedeltà (cfr. n. 11, p. 727). Contro questa interpretazione, la sentenza sostiene che la mente del dottore Angelico era un'altra: se di fatto, nella vita coniugale, non si seguisse la nascita dei figli, per cause naturali o per una volontà contraria sopravvenuta alla celebrazione del matrimonio, il matrimonio sarebbe ugualmente valido. Invece, se nello stesso atto di consentire, si avesse una volontà positiva di non procreare o di essere infedele, saremmo davanti a un matrimonio nullo. Distinguere nell'*in fieri* tra la volontà di escludere il diritto e la volontà di non adempierlo è una distinzione fallace. Su questo punto siamo d'accordo con il ragionamento della sentenza, che rispecchia quanto dicevamo nei paragrafi iniziali.

D'altra parte, continua la sentenza, siamo di fronte ad una distinzione artificiosa che non trova fondamento né nella legislazione del 1917 né tanto meno in quella vigente, e non si deve distinguere dove il legislatore non lo ha fatto, soprattutto se queste distinzioni andassero a scapito della certezza del diritto (cfr. n. 12, p. 728). Inoltre, i difensori di questa distinzione finiscono per paragonare i

diritti personalissimi del matrimonio con i diritti «reali», come sarebbe quello della proprietà, nei quali è ammissibile una diversa partecipazione nei suddetti diritti: proprietà, uso e usufrutto. Di fatto, alcune sentenze rotali affermavano che ci trovavamo dinanzi a un'esclusione del *bonum fidei* soltanto quando si concedeva a una terza persona lo stesso diritto che si era concesso al coniuge, per cui non sarebbe una vera esclusione del *bonum fidei* la volontà positiva di mantenere una relazione di tipo sessuale con persona diversa dal contraente se si accettava che «coniuge», con diritto, era soltanto il coniuge «legale».

Riguardo al contenuto del *bonum fidei*, alla luce di quanto finora detto, la sentenza sostiene che la sua «natura seu quidditas est praecisae obligatio nupturientis servandi — in perpetuum — fidelitatem erga coniugem, nempe sese abstinendi ab actibus sexualibus cum aliis personis utriusque sexus. Ab hac obligatione corrivatur ius alterius ad videndam fidem servatam. Haec est enim lucida mens S. Thomae, ubi definit bonum fidei — uti supra visum est — debitum servandi fidem» (n. 13, p. 728).

Tenendo conto di questa definizione del *bonum fidei*, si osserva chiaramente la contraddizione intrinseca che ci sarebbe in una volontà di assumere l'obbligo di essere fedele e, simultaneamente, non essere disposto a osservarlo, dato che il contenuto dell'obbligo è proprio la sua prestazione (cfr. n. 14, p. 728-729). Per questo, chi nello stesso momento di manifestare il consenso, con volontà attuale o virtuale, ha la volontà di mantenere relazioni sessuali con terze persone, non assume l'obbligo, e, quindi, esclude il *bonum fidei* e, perciò, contrae invalidamente⁽¹⁷⁾. Bisogna però tener conto da quanto dicevamo sulla distinzione tra la volontà simulatoria e la volontà matrimoniale vera ma imperfetta. In fondo, i giudici hanno il difficile compito di distinguere tra la volontà di donarsi ed accettarsi vicendevolmente come coniugi, dalle mancanze, limitazioni, disordini che si possono scorgere nel singolo progetto matrimoniale. Nessuna formula legale o giurisprudenziale può dare da sola la risposta nel caso concreto: soltanto i giudici, mediante la conoscenza del caso reale, possono e devono dare una risposta conforme a verità.

⁽¹⁷⁾ Cfr. C. De Jorio, 18 dicembre 1963, in RRDec., vol. LX (1963), n. 10, p. 556 ss.

Un altro elemento analizzato dalla sentenza è l'esigenza di provare la presenza di un atto positivo di volontà, attuale o virtuale, esplicito o implicito, mediante il quale si esclude il dovere della fedeltà. Da qui che non sia sufficiente: «mera velleitas vel etiam mera praevisio contrahentis se forsan in futuro coniugio esse in adulterium lapsurum» (n. 16, p. 729). Ci sarebbe l'atto di volontà implicito quando il contraente, prima del matrimonio, si propone di continuare anche dopo la celebrazione con le relazioni intime che manteneva già prima con terza persona, rifiutando quindi il dovere di fedeltà verso l'altro coniuge. Come afferma Pompèdda: «Non si può nemmeno sottovalutare che da tale intenzione nasce un fortissimo indizio per il quale si può presumere non essere stato assunto l'obbligo alla fedeltà. Il che vale soprattutto ove si dimostri il proposito nel nubile di non abbandonare la o il concubino»⁽¹⁸⁾.

3. *Valutazione conclusiva.*

Negli ultimi anni si è verificata un'evoluzione nella giurisprudenza della Rota Romana sull'esclusione del *bonum fidei*, in buona misura dovuta all'approfondimento nella comprensione del matrimonio operatosi nel Magistero. Una miglior comprensione della natura della donazione coniugale dalla quale nasce il vincolo matrimoniale ha aiutato a situare nel luogo adeguato il bene della fedeltà.

Ciononostante, ci sono ancora dei punti che abbisognano di una migliore precisione perché, malgrado si veda un'evoluzione nella comprensione del bene della fedeltà coniugale come qualcosa dovuta «in giustizia», in alcune occasioni non è chiara l'ubicazione sistematica della fedeltà tra gli elementi e le proprietà essenziali del matrimonio. Questa difficoltà si scorge, soprattutto, nel momento di determinare la *ratio* ultima della rilevanza giuridica dell'esclusione della fedeltà coniugale, principalmente a causa della rigidità con la quale si continua ad applicare la definizione agostiniana dei *tria bona* alle fattispecie di simulazione parziale del consenso matrimoniale. Lo stesso bisogno di chiarezza si scorge nell'interpretazione dell'esigenza di un positivo atto di volontà che appare nel testo legale del canone 1101 § 2, nonché nella distinzione tra il diritto e il suo esercizio realizzata

(18) M.F. POMPEDDA, *Studi diritto matrimoniale canonico*, Milano 1993, p. 245; cfr. anche la sentenza c. De Jorio, 13 luglio 1968, cit., n. 10, p. 556 ss.

dalla dottrina e dalla giurisprudenza precedenti. Perciò, tenteremo di fare una valutazione conclusiva su questi tre elementi nella giurisprudenza recente che abbiamo presentato lungo questo commento.

a) *Il contenuto del « bonum fidei ».*

Salvo qualche eccezione, ci sembra che si possa dire che ha fatto strada l'indirizzo giurisprudenziale secondo il quale il *bonum fidei* non si riduce all'unità del matrimonio, per cui non saremmo di fronte a un'esclusione del *bonum fidei* soltanto quando ci fosse una volontà poligama, che non riconosce l'unità del vincolo coniugale. Nella giurisprudenza recente, invece, si afferma che il *bonum fidei* include anche, e primariamente per alcuni, il dovere di osservare la fedeltà.

Nel definire invece il contenuto del *bonum fidei*, troviamo diversità d'opinioni nella giurisprudenza. Queste discrepanze non riguardano tanto la rilevanza o meno dell'esclusione della fedeltà, quanto la collocazione sistematica di questa nella struttura del canone 1101 § 2. Riassumendo, le posizioni sarebbero le seguenti:

1. Il *bonum fidei* si identificherebbe con la proprietà essenziale dell'unità, intesa come rifiuto della poligamia o dei vincoli di contenuto matrimoniale simultanei, onde ci troveremmo dinanzi ad un'esclusione giuridicamente rilevante soltanto in quei casi nei quali la volontà positiva nel momento della manifestazione del consenso matrimoniale fosse quella di compartire il « diritto » con persona diversa dal proprio coniuge. Come dicevamo in precedenza, questo indirizzo giurisprudenziale è stato praticamente abbandonato.

2. Il *bonum fidei* si identificherebbe con la proprietà essenziale dell'unità, ma questa proprietà includerebbe non soltanto l'unità del vincolo, ma anche la sua esclusività. Perciò, escluderebbe il vincolo chi rifiutasse l'esclusività della donazione coniugale, benché questo rifiuto non arrivasse fino alla volontà di compartire lo stesso « diritto » con un'altra persona. Al momento di spiegare il perché della rilevanza giuridica di questa esclusione, troviamo diversi ragionamenti nella giurisprudenza: la stessa natura del patto coniugale, la quale esige la donazione totale ed esclusiva della coniugalità; il contenuto del *bonum fidei*, che si traduce nel dovere/diritto di osservare la fedeltà coniugale tanto nella sua unità quanto nella sua esclusività; la relazione tra il *bonum fidei* e il *bonum coniugum*, che sono inseparabili nella misura in cui il rifiuto della fedeltà è un diniego del *bonum coniugum*. Pensiamo che questi modi di spiegare la rilevanza

giuridica dell'esclusione della fedeltà sono complementari e, pertanto, servono a conoscere la realtà del caso concreto, sempre che non vengano assolutizzati.

3. Il *bonum fidei* non si identificherebbe con la proprietà essenziale dell'unità, perché il primo riguarderebbe la fedeltà come elemento essenziale del matrimonio, mentre la seconda riguarderebbe la natura monogamica del matrimonio cristiano. Secondo questa opinione, l'esclusione della fedeltà renderebbe nullo il matrimonio non per essere un'esclusione di una proprietà essenziale, ma in quanto esclusione di un elemento essenziale del patto coniugale, quale sarebbe il bene della fedeltà.

In ogni caso, ci sembra che oggi giorno sia praticamente unanime la giurisprudenza sulla rilevanza dell'esclusione della fedeltà coniugale. La diversità di vedute si trova piuttosto nella *ratio* di questa rilevanza. Il motivo di questa diversità lo scorgiamo, in buona misura, nella trasposizione tra le sistematiche agostiniana — quella dei *tria bona* — e tomista — causa, essenza, fini e proprietà — nella comprensione del matrimonio. Come ricordavamo precedentemente, durante molto tempo la giurisprudenza e la dottrina hanno concentrato le diverse possibilità di esclusione parziale del consenso nei tre beni agostiniani, per cui in molti casi si rende difficile la qualificazione giuridica di una determinata volontà di esclusione parziale, nella misura in cui non fosse facilmente classificabile tra uno dei tre beni agostiniani i quali, giova ricordare, non furono pensati dall'ottica negativa della simulazione, ma ebbero la loro origine nella necessità di difendere la bontà del matrimonio e dei suoi beni intrinseci, di fronte alle dottrine che mettevano in dubbio la bontà dell'istituto matrimoniale. Per tutto ciò, tenendo conto della redazione stessa del 1101 § 2, ci pare che sia più conforme alla struttura della norma seguire la sistematica di San Tommaso nello studio e nell'applicazione della norma sulla simulazione del consenso matrimoniale⁽¹⁹⁾. La difficoltà per inquadrare il *bonum fidei* dimostra la necessità di rinnovazione della giurisprudenza, che nell'ambito della simulazione è rimasta ancorata nella dottrina dei *tria bona* agostiniani come le tre uniche categorie di simulazione parziale del consenso.

(19) Cfr. P.J. VILADRICH, *Estructura esencial del matrimonio y simulacin del consentimiento*, Pamplona 1997, pp. 59-60.

Comunque sia, la questione principale e determinante non è tanto la sistematica adoperata, quanto saperla usare con realismo.

b) *Il positivo atto di volontà.*

Nella determinazione dell'atto positivo di volontà la giurisprudenza afferma che non basta, perché ci sia una volontà escludente, la semplice previsione di infedeltà né, tanto meno, il solo fatto delle frequenti infedeltà matrimoniali. Di fatto, in molte delle sentenze analizzate, la decisione fu negativa perché mancava la prova dell'esistenza di una volontà positiva contraria alla fedeltà, benché non ci fossero dei dubbi sulle frequenti infedeltà del coniuge durante la vita matrimoniale. Le sentenze, evidenziando che siamo dinanzi a un'esclusione soltanto quando ci sia una volontà positiva contraria all'unità o alla fedeltà, sostengono che le velleità, il fatto stesso dell'infedeltà, non sono prova sufficiente dell'esclusione del *bonum fidei*, perché questa non si può presumere. Indubbiamente, una condotta contraria alla fedeltà presente già prima della celebrazione del matrimonio e che si mantiene anche dopo, è una forte presunzione a favore della simulazione, soprattutto se la relazione si mantiene con la stessa persona prima e dopo il matrimonio. D'altra parte, alcune sentenze ricordano che la volontà positiva può essere attuale o virtuale, esplicita o implicita, benché debba essere sempre volontà positiva. In questo senso, si può affermare che nessuno esclude senza rendersene conto, perché è necessario che ci sia una volontà formata contraria al bene dell'unità o della fedeltà.

Per quanto riguarda la natura del positivo atto di volontà, alcune sentenze rispecchiano quanto dicevamo del « doppio atto di volontà », nel senso che sembrerebbe necessario, perché si dia l'esclusione, che il contraente volesse con un atto positivo il matrimonio e, allo stesso tempo, con piena consapevolezza, volesse escludere, con un altro atto positivo della sua volontà, un elemento o una proprietà essenziale. Al riguardo, pensiamo che il legislatore, quando parla del positivo atto di volontà, quello che esige è l'esistenza di una volontà determinata contraria al *bonum fidei*, non essendo sufficienti pertanto le idee, i desideri, le opinioni, le previsioni, contrarie alla fedeltà. Così come nel vero consenso abbiamo un'unica volontà interna, che si manifesta esternamente mediante il segno nuziale, nella simulazione abbiamo da una parte, una volontà interna non matrimoniale e, dall'altra, una volontà del segno nuziale: non c'è il bisogno di volere il matrimonio e, in un secondo atto, non volerlo fedele.

Nei casi di esclusione del *bonum fidei* quello che succede è che si vuole, con volontà positiva, un «matrimonio» chiuso al bene della fedeltà, volendosi ciononostante il segno nuziale, il quale verrebbe svuotato del suo vero significato. Nella simulazione, la scissione dell'unità della volontà non si dà tra una volontà matrimoniale e una volontà di escludere, ma tra una volontà «non matrimoniale», perché si esclude un elemento o una proprietà essenziale, e la volontà del segno nuziale, il quale viene falsato in quanto non rappresenta quello che dovrebbe significare, cioè, la volontà di darsi ed accettarsi in quanto coniugi per costituire il matrimonio, che è necessariamente fecondo, fedele e indissolubile.

c) *La distinzione tra il diritto e il suo esercizio.*

Alcune sentenze rotali continuano a fare la distinzione tra l'esclusione del diritto stesso e l'esclusione del suo esercizio, limitando l'efficacia invalidante soltanto all'esclusione del diritto. Altre, invece, rifiutano totalmente la distinzione tra l'esclusione rilevante del diritto e l'esclusione irrilevante dell'esercizio del diritto. Questa distinzione, affermata nella dottrina per molto tempo, non deve essere assolutizzata. Sembra che ci sia una contraddizione intrinseca e insuperabile tra una pretesa volontà di assumere l'obbligo della fedeltà e una volontà, presente nello stesso atto di contrarre, di escludere l'esercizio dell'obbligo presuntamente assunto. Come si può affermare che si assume il dovere della fedeltà se la stessa volontà esclude in partenza l'adempimento dell'obbligo che si sostiene è stato assunto? Per questo, bisogna essere molto precisi nel caso concreto, per non applicare distinzioni artificiali che non tengano conto della realtà del caso.

In particolare, dinanzi a una pretesa volontà di esclusione del *bonum fidei*, il giudice dovrà distinguere tra le diverse possibilità reali. Da una parte, in alcuni casi si trova una concreta e ben determinata volontà di condividere la propria condizione sessuale con persona diversa dal proprio coniuge, volontà che va oltre la previsione di essere infedele o l'errore che le infedeltà siano «normali» oggi giorno, che troviamo in tanti ambiti culturali. Sono questi i casi nei quali molte volte la giurisprudenza è solita affermare che la volontà di commettere adulterio o la previsione di infedeltà non sono in se stesse volontà che escludano il vero consenso matrimoniale. In altri casi, invece, si scorge soltanto un'accettazione dell'idea che il matrimonio, considerato in astratto, esiga la fedeltà, esigenza che non si sarebbe disposti ad osservare nel caso concreto del matrimonio che si sta per celebrare. Come

ben sappiamo, il matrimonio non lo fanno le idee ma la volontà veramente matrimoniale dei contraenti che si manifesta esternamente mediante il segno nuziale. Quindi, in alcuni di questi casi ci troviamo dinanzi a una vera esclusione del *bonum fidei*. Infine, in molti dei casi analizzati i giudici hanno riscontrato soltanto delle infedeltà lungo la vita coniugale, senza che ci fosse una chiara volontà di escludere esistente al momento della manifestazione del consenso.

Se per diritto/dovere e uso del diritto intendiamo la necessaria distinzione tra il momento fondazionale del matrimonio mediante il consenso matrimoniale — matrimonio *in fieri* — e l'effettivo adempimento del diritto/dovere assunto mediante la costituzione del vincolo, la distinzione tra il diritto e il suo uso può reggere, perché non è lo stesso non assumere un diritto/dovere che non adempierlo successivamente. Da lì che la giurisprudenza sia costante nell'affermare che la prova delle frequenti infedeltà durante la vita matrimoniale non sia motivo sufficiente per dichiarare la nullità di un matrimonio a causa dell'esclusione del *bonum fidei*, essendo quindi necessaria la prova della volontà positiva contraria all'unità o alla fedeltà nello stesso atto del consenso matrimoniale.

Come ben afferma la citata sentenza c. Civili⁽²⁰⁾, in buona misura la causa della esacerbazione della distinzione tra il diritto e il suo esercizio ha la sua origine in un'interpretazione della dottrina di San Tommaso che va oltre il detto dal Dottore Angelico. La questione, a nostro avviso, resta aperta e, quindi, non possiamo semplicemente dare torto a coloro che, nelle concrete sentenze, applicano la distinzione tra il diritto e il suo esercizio⁽²¹⁾. Se è vero che molte volte questa distinzione viene applicata con un automatismo che non rispecchia la complessità del caso concreto, è anche vero che questa terminologia risponde tante volte alla difficoltà per analizzare e classificare una realtà così complessa e ricca come il consenso matrimoniale, nel quale si può rendere assai ardua la distinzione tra consenso sufficiente, benché imperfetto, e consenso nullo. In questo tema, come in tanti altri, conviene superare schematismi e dogmatismi che tentano di incasellare la realtà a scapito della verità dei fatti concreti.

Héctor Franceschi F.

⁽²⁰⁾ C. Civili, 20 novembre 1996, cit.

⁽²¹⁾ Al riguardo, cfr. C. BURKE, *El contenido del «Bonum fidei»*, in «Ius Canonicum» XXXI, n. 62 (1991), pp. 659-679.

Note e commenti

Pagina bianca

IL PROCESSO CANONICO PENALE AMMINISTRATIVO
MEZZI POSSIBILI DELL'EFFICACIA
DEL SISTEMA PENALE CANONICO
(QUESTIONI FONDAMENTALI E PRELIMINARI)

I. Premesse. — II. La regolamentazione del processo penale. — III. L'indagine previa. — IV. La scelta dell'Ordinario dopo l'indagine previa. — V. Il processo amministrativo. — Appendice.

I. *Premesse.*

Molti autori contemporanei considerano il diritto positivo come un insieme di norme che regolamentano il comportamento sociale, provviste di una sanzione istituzionale⁽¹⁾. Tali sanzioni istituzionali specifiche per il diritto possono essere, in un senso più largo, diverse conseguenze giuridiche connesse, nella legge stessa, con una certa fattispecie. Alcune di loro non sono penali, come per esempio la nullità di un atto o l'inabilità di una persona, previste nelle leggi irritanti o inabilitanti, altre invece sono propriamente penali.

Nei nostri giorni è un problema attuale quello dell'efficienza del sistema penale canonico. Alcuni vedono una delle cause principali della mancata efficienza di questo sistema proprio nell'attuale procedura penale dicendo che per tutto ciò, prescindendo da poche eccezioni, il foro esterno non sembra funzionare nel campo penale⁽²⁾.

⁽¹⁾ Della duplice realtà del diritto nella società Chiesa (diritto istituzionale e diritto positivo) si veda ad es. A. LONGHITANO, *Il diritto nella realtà ecclesiale*, in AA.VV., *Il diritto nel mistero nella Chiesa*, I, *Il diritto nella realtà umana e nella vita della Chiesa. Il libro I del Codice: le norme generali* (Quaderni di Apollinaris 5), Roma², 1986, 69-133; P. ERDÖ, *Teologia del diritto canonico. Un approccio storico-istituzionale* (Collana di studi di diritto canonico ed ecclesiastico 17), Torino 1996, 43-49.

⁽²⁾ Cf. per es. J.C. ROCHET, *Efficacité du droit pénal canonique*, in *L'Année Canonique* 38 (1995-96) 139.

I critici ribadiscono che la legislazione vigente contiene una serie di esigenze le quali rendono le pene difficilmente applicabili. Tale esigenza è l'esaurimento delle altre possibilità pastorali come la correzione fraterna, la riprensione ed altre vie per la riparazione dello scandalo, il ristabilimento della giustizia e l'emendazione del reo (cf. c. 1341). Un'altra circostanza che, per alcuni, rischia di rendere arbitrario, opportunistico o persino politico l'intero funzionamento del sistema penale è il fatto che l'Ordinario (o il giudice), secondo la sua coscienza e prudenza, può differire l'irrogazione della pena o astenersi dalla medesima in diversi casi, anche se la legge usa verbi precettivi (cf. c. 1344)⁽³⁾.

Malgrado queste voci critiche, bisogna considerare il tema del processo penale canonico nel contesto dell'intero rinnovamento della legislazione successivo al Concilio Vaticano II. Già nei principi accolti per la revisione del Codice latino si metteva l'accento sull'opportunità di irrogare e rimettere le pene generalmente nel foro esterno (principio 9). Si ribadiva anche la necessità di tutelare i diritti e gli obblighi dei fedeli (principio 1). Si desiderava anche che fosse evitato il conflitto tra il foro esterno e quello interno (principio 2). Veniva richiesto di tenere conto anche della carità, della temperanza, della moderazione e che fossero accantonate le norme troppo rigide (principio 3). Nonché l'osservanza del principio di sussidiarietà (principio 5), che alcuni vedono realizzato, ad esempio nelle ampie competenze discrezionali degli Ordinari circa l'applicazione delle pene. Era pure ribadito che la potestà dovesse apparire più chiaramente come un servizio (principio 6).

Malgrado le difficoltà derivanti dall'applicazione del sistema penale vigente, sembra che il processo penale attuale — interpretando le leggi in modo corretto — possa servire come strumento efficace per il raggiungimento del fine della Chiesa e del suo diritto che è la salvezza delle anime. Questa salvezza è un principio generale di applicazione del diritto (c. 1752). Essa è certamente lo scopo personale dell'uomo, non è collettiva né meccanica. Non sempre la non applicazione della pena promuove maggiormente la salvezza individuale del reo. D'altronde questa salvezza non è soltanto la salvezza spirituale dell'imputato, ma si riferisce al bene pubblico. Nella

⁽³⁾ Cf. ROCHET 139; M. VENTURA, *Pena e penitenza nel diritto canonico postconciliare*, Napoli 1996, 85-90.

Chiesa la salvezza delle anime, come principio di interpretazione e applicazione del diritto, significa sia l'autenticità e l'efficacia della Chiesa, come unità visibile ed organizzata, sacramento della salvezza, che la salvezza individuale dell'uomo singolo, inseparabile dal ministero e dall'efficacia sacramentale della Chiesa⁽⁴⁾.

Nella presente analisi illustreremo quindi la sostanza della normativa vigente sul processo penale sempre dal punto di vista della possibilità del raggiungimento dello scopo delle pene, cioè la riparazione dello scandalo e l'emendamento del reo (cf. c. 1341) che può richiedere — come *ultima ratio* — l'applicazione efficace delle pene.

II. *La regolamentazione del processo penale.*

Nel diritto canonico vigente le norme principali del processo penale si trovano nella Parte IV (*De processu poenali*) del Libro VII del Codice di Diritto Canonico (cc. 1717-1731), nonché tra le norme del diritto penale sostantivo soprattutto nei canoni 1341-1353. Nel diritto orientale cattolico invece tale processo viene regolato soprattutto dai canoni 1468-1487 del Codice dei Canoni delle Chiese Orientali. Una differenza interessante tra le due regolamentazioni si riscontra già nell'intestazione: il Titolo XXVIII del CCEO porta la rubrica *De procedura in poenis irrogandis*, perché il diritto orientale non conosce le pene *latae sententiae*. Questo Titolo si divide in due Capitoli, il primo dei quali parla *De iudicio poenali*, il secondo invece *De irrogatione poenarum per decretum extra iudicium*. Quest'ultimo costituisce una novità strutturale rispetto al Codice latino il quale non dedica un Capitolo speciale alla procedura amministrativa penale. Benché nel Codice Orientale l'indagine previa venga regolata dal primo Articolo del Capitolo che tratta del processo penale giudiziario, essa deve precedere anche la procedura amministrativa⁽⁵⁾.

Oltre a questi brani ci sono altre disposizioni che si seguono in tali procedure. Nel processo giudiziario si applicano i canoni sui giudizi in generale e sul giudizio contenzioso ordinario, a meno che vi si

(4) Cf. ad es. J. HERVADA, *La «salus animarum» y la «merces iniquitatis»*, in *Ius Canonicum* 1 (1961) 263-269; ID., *Vetera et nova. Cuestiones de Derecho Canónico y afines (1958-1991)*, Pamplona 1991, I, 55-67; ERDO, *Teologia del diritto canonico* 155-156.

(5) Sul processo penale nel diritto canonico orientale si veda C.G. FÜRST, *La «procedura nell'infliggere le pene» nel CCEO*, in AA.VV., *Il processo penale canonico* (in corso di stampa).

opponga la natura della cosa, nonché le norme per le cause riguardanti il bene pubblico (c. 1728 § 1). Nella procedura amministrativa invece oltre alle disposizioni del canone 1720, si applicano pure le regole circa l'emanazione degli atti amministrativi, specialmente dei decreti singolari (cc. 35-58) ⁽⁶⁾.

III. *L'indagine previa.*

Perché si possa iniziare un processo penale sia giudiziario che amministrativo è necessario che venga svolta un'indagine previa. Per avviare una tale indagine l'Ordinario deve avere una notizia «almeno probabile» di un delitto (c. 1717 § 1). Questa notizia può provenire da diverse fonti, per esempio dalla fama pubblica, dall'esperienza personale, dai mezzi di comunicazione, dalle informazioni provenienti dai suoi collaboratori, o persino da una denuncia, cioè da un atto «con cui viene portato a notizia dell'autorità un reato». Non soltanto i battezzati, ma chiunque può denunciare un delitto presso l'autorità ecclesiastica ⁽⁷⁾.

Di fronte a tali notizie l'Ordinario non può rimanere indifferente, perché deve tutelare la fede, i sacramenti, i diritti dei fedeli, promuovere la disciplina nel ministero della parola, nella celebrazione dei sacramenti, nell'intero culto e nell'amministrazione dei beni (cf. c. 392). Tale obbligazione generale si concretizza tra l'altro nel dovere degli Ordinari di cominciare l'indagine qualora avessero notizia di un delitto (c. 1717 § 1).

Questo dovere però non è assoluto. A volte l'indagine può sembrare assolutamente superflua. Questo avviene se le notizie del delitto fossero inconsistenti, ma in questo caso in mancanza di una notizia probabile del delitto, non si applica il c. 1717 § 1. Nell'applica-

⁽⁶⁾ Cf. E. LABANDEIRA, *Gli atti giuridici dell'amministrazione ecclesiastica*, in *Ius Ecclesiae* 2 (1990) 230-242; ID., *Trattato di diritto amministrativo canonico* (Ateneo Romano della Santa Croce, Trattati di diritto 2), Milano 1994, 384-398; 445-483; J.M. SANCHIS, *L'indagine previa al processo penale*, in AA.VV., *I procedimenti speciali nel diritto canonico* (Studi Giuridici 27), Città del Vaticano 1992, 235-236.

⁽⁷⁾ P. CIPROTI, *Denuncia penale (Diritto Canonico)*, in *Enciclopedia del Diritto*, XII, Milano 1963, 210; SANCHIS, *L'indagine*, 239. V. MANCINI C., *L'indagine previa nel processo penale del Codice di Diritto Canonico della Chiesa Latina e delle Chiese Orientali*, in AA.VV., *Incontro fra canoni d'oriente e d'occidente*, a cura di R. COPPOLA, II, Bari 1994, 543-556.

zione di questo canone l'indagine risulta essere superflua piuttosto quando il delitto è pubblico e notorio per cui l'Ordinario può iniziare un processo penale immediatamente, senza alcuna indagine speciale⁽⁸⁾.

È l'Ordinario che deve decidere sulla probabilità delle notizie sul delitto o anche sull'evidenza pubblica del medesimo; nonché, dopo una attenta valutazione di questi fatti, avviare l'indagine se la notizia è probabile, ma non così sicura al punto tale da poter iniziare direttamente un processo penale. Questo Ordinario — o *Hierarcha* nel diritto orientale (cf. CCEO c. 984 § 1) — non è soltanto il Romano Pontefice, il Vescovo diocesano o un altro Presule a lui equiparato (cf. c. 368), il Prelato personale (c. 295 § 1), l'Ordinario militare (Const. ap. *Spirituali militum curae*, Art. I, § 1), ma anche il Vicario generale e il Vicario episcopale, nonché il Superiore maggiore di un istituto religioso clericale di diritto pontificio o di una società di vita apostolica dello stesso tipo (cf. c. 134 § 1).

Anche se l'indagine previa non è ancora un atto processuale, essa è una condizione prescritta, perché l'Ordinario possa dare inizio al processo. Di conseguenza i criteri della competenza per giudicare la causa si applicano anche alla competenza per l'indagine previa. È competente generalmente l'Ordinario del domicilio o quasi-domicilio dell'indiziato, o se si tratta di un *vagus*, quello del luogo, dove egli si trova (cc. 1408-1409), ma è competente pure l'Ordinario del luogo dove il delitto probabile è stato commesso (c. 1412). È sicuro invece che il Vicario giudiziale, non essendo Vicario episcopale e non essendo Ordinario, perché non gode di potestà esecutiva (cf. c. 134 § 1), non può disporre che venga iniziata un'indagine di questo genere.

Qualora un Vicario generale o un Vicario episcopale voglia iniziare un'indagine, deve procedere, come sempre secondo il canone 480, conformemente alla volontà del Vescovo diocesano.

L'indagine può essere svolta sia dall'Ordinario personalmente che tramite una persona idonea (c. 1717). Questa persona si chiama investigatore (c. 1718 § 4) e può essere sia chierico che laico, sia uomo che donna⁽⁹⁾. Può essere naturalmente anche un giudice o il

⁽⁸⁾ Cf. la storia del testo del canone 1717 § 1: *Communicationes* 12 (1980) 190; SANCHIS, *L'indagine* 250.

⁽⁹⁾ Durante la preparazione del testo del c. 1717 § 1 si precisava che l'investigatore poteva essere anche una donna, cf. *Communicationes* 12 (1980) 189.

promotore della giustizia, ma se si avvia successivamente un processo giudiziario, l'investigatore non può essere giudice in esso (c. 1717 § 3). Dato che il Codice usa la parola *nequit*, sembra che abbiano ragione quei canonisti i quali affermano il carattere inabilitante di questa legge⁽¹⁰⁾. L'investigatore ha gli stessi poteri ed obblighi che ha l'uditore nel processo (c. 1717 § 3, cf. c. 1428 § 3).

L'oggetto dell'indagine è il delitto o, più precisamente, i fatti, le circostanze e l'imputabilità (c. 1717 § 1). Anche se il canone 1468 § 1 del Codice orientale non fa menzione espressa dell'imputabilità, sembra che essa sia inclusa nel concetto delle «circostanze». Fra queste occupano un posto centrale le circostanze esimenti, attenuanti ed aggravanti (cf. cc. 1322-1325). Bisogna ribadire la differenza tra questa indagine previa e l'istruttoria del processo giudiziario penale (cf. c. 1428 § 1). Le due investigazioni differiscono tra l'altro già nella loro finalità. Mentre l'istruttoria del processo penale giudiziario serve a fornire materiale sufficiente affinché il giudice abbia la certezza morale per pronunciare la sentenza, l'indagine previa deve raccogliere soltanto gli elementi perché l'Ordinario possa scegliere tra le due possibilità che esistono in tali casi, cioè l'avvio di un processo o l'archiviazione degli atti (cf. cc. 1718-1719)⁽¹¹⁾.

Non esiste alcun limite di tempo alla durata di quest'indagine, ma bisogna tener presente che, salvo alcune eccezioni, l'azione criminale si estingue generalmente in tre anni per prescrizione (c. 1362). Al termine dell'indagine, l'investigatore deve consegnare le prove all'Ordinario (cf. c. 1428 § 3). L'Ordinario può richiedere naturalmente ulteriori investigazioni, anche più volte. Le modalità dell'indagine possono essere determinate dall'investigatore stesso a meno che l'Ordinario disponga diversamente (ivi).

Durante tutta l'investigazione bisogna evitare che qualcuno, anche l'indiziato, possa essere danneggiato nella sua buona fama (cf. c. 1717 § 2). Per questo si applicano i canoni generali che si riferiscono al segreto d'ufficio (cf. cc. 471, 2° e 1455 § 1) o permettono all'au-

⁽¹⁰⁾ F. LOZA, *Ad can. 1717*, in *Code de Droit Canonique*, Édition bilingue et annotée sous la responsabilité de l'Institut Martin de Azpilcueta, Montréal 1990, 1001; L. CHIAPPETTA, *Il Codice di Diritto Canonico. Commento giuridico-pastorale*, Napoli 1988, II, 772, nr. 5283; J. MARTIN, *Ad can. 1717*, in *The Canon Law. Letter and Spirit. A Practical Guide to the Code of Canon Law*, London 1995, 954, nr. 3344 («cannot validly act as a judge»).

⁽¹¹⁾ Cf. SANCHIS, *L'indagine* 252.

torità di imporre il segreto (cf. cc. 127 § 3, 1455 § 3). Ciononostante l'Ordinario può prendere delle iniziative pastorali, per esempio informandosi dall'indiziato sulla sua situazione e sui fatti. Questa presa di contatto però non è obbligatoria secondo il diritto latino, mentre il canone 1469 § 3 del Codice orientale obbliga il Gerarca ad ascoltare l'indiziato prima di decidere sull'avvio del processo⁽¹²⁾.

Il risultato dell'indagine, per la natura della cosa, deve essere redatto in iscritto (atti o sommario). Questo documento sarà importante nel processo penale, ma potrà avere la forza di una vera prova soltanto se viene allegato e debitamente pubblicato (cf. c. 1598), perché l'imputato possa difendersi⁽¹³⁾. In qualche forma questa possibilità di difesa deve essere concessa all'imputato pure nel processo penale amministrativo (c. 1720, 1°).

La conclusione dell'indagine preliminare avviene mediante una decisione dell'Ordinario pronunciata in forma di un decreto (c. 1718 § 1 e 2, cf. c. 48). Questo decreto conclude l'indagine, ma lo può fare indirettamente, perché esso contiene principalmente una decisione sul passo successivo ossia deve decidere « 1) se possa essere iniziato il processo per irrogare o dichiarare una pena; 2) se questo, atteso il c. 1341, sia opportuno; 3) se si debba ricorrere al processo giudiziale, o, a meno che la legge non lo vieti, si debba procedere con decreto extragiudiziale » (c. 1718 § 1). Il decreto però che conclude indirettamente l'indagine deve essere revocato o mutato se all'Ordinario sembra che questo sia necessario per nuovi elementi (c. 1718 § 2). Anche in questo punto, come pure nel decidere sulla conclusione dell'indagine previa, prevale il principio della discrezionalità.

IV. *La scelta dell'Ordinario dopo l'indagine previa.*

Come risulta dal canone 1718 § 1 testé citato, dopo l'indagine previa, l'Ordinario deve decidere sulla via da seguire nel caso concreto. Per l'importanza di questa decisione il canone 1718 § 3 dispone che l'Ordinario « se prudentemente lo ritiene opportuno, ascolti due giudici e altri esperti in diritto ». Tale consultazione non è quindi sempre obbligatoria, ma dipende dal giudizio dell'Ordinario. I giudici menzionati nel canone sono quelli ecclesiastici, mentre gli esperti in diritto possono essere anche esperti di diritto

(12) SANCHIS, *L'indagine* 253.

(13) Cf. SANCHIS, *L'indagine* 251.

civile, data la possibilità degli aspetti civili di una causa penale canonica⁽¹⁴⁾. Il Codice orientale invece impone l'obbligo di ascoltare l'indiziato e il promotore di giustizia prima di una tale decisione (CCEO c. 1469 § 3).

In tutta questa decisione prevale come principio informativo la discrezionalità dell'Ordinario. Tale discrezionalità però non si confonde con l'arbitrio. L'Ordinario è tenuto a proteggere la fede e la disciplina, l'autenticità della testimonianza della Chiesa stessa.

Per questo egli può ordinare l'*archiviazione* degli atti dell'indagine senza ulteriori provvedimenti, se il risultato non è sufficiente per cominciare né un processo penale né un'altra azione pastorale, perché l'indiziato risulta innocente o la presenza del delitto non risulta nemmeno probabile. Deve archiviare gli atti anche se l'azione criminale risulta estinta per prescrizione o se a suo giudizio non è opportuno iniziare il processo penale. «Gli atti dell'indagine e i decreti dell'Ordinario, con i quali l'indagine si comincia e si chiude, e tutto il materiale che precede l'indagine, a meno che non siano necessari per il processo penale», devono essere custoditi nell'archivio segreto della curia (c. 1719).

Se invece, in base agli elementi raccolti, gli sembra che si possa cominciare un processo penale, l'Ordinario deve decidere sull'opportunità di un tale processo, atteso il canone 1341. Questo canone, infatti, prescrive che si promuova la procedura penale solo quando l'Ordinario avrà constatato che né con la correzione fraterna nel senso del Vangelo di San Matteo (Mt 18,15-17), né con la riprensione (*correptio*) che è un rimedio penale secondo il canone 1339 § 2⁽¹⁵⁾, né con altre vie della sollecitudine pastorale si possa riparare lo scandalo, ristabilire la giustizia ed arrivare alla correzione del reo.

⁽¹⁴⁾ Cf. per es. SANGHIS, *L'indagine* 255-256.

⁽¹⁵⁾ Secondo alcuni autori la *correptio* ha, in questo contesto, un significato più largo che nel canone 1339, cf. K. LÜDICKE, *Ad can. 1341*, in *Münsterischer Kommentar zum Codex Iuris Canonici*, Hrsg. K. LÜDICKE, Essen 1985 ss. (Stand Dezember 1998), 1341/5, nr. 6. Tale opinione però non sembra convincente, perché la terza categoria elencata nel canone («altre vie della sollecitudine pastorale») è senz'altro indeterminata e può comprendere tutte le possibilità, cf. V. DE PAOLIS, *Comentario al c. 1341*, in *Comentario exegético al Código de Derecho Canónico*, dir. A. MARZOA - J. MIRAS - R. RODRIGUEZ-OCAÑA, Pamplona 1996, IV/1, 398.

Come vediamo, il canone 1341 dà una netta preferenza alle altre soluzioni pastorali rispetto all'applicazione delle pene. Questo vuol dire che per la liceità dell'applicazione di tutte le pene è necessario che lo scopo della pena non possa essere sufficientemente raggiunto attraverso un'altra via pastorale⁽¹⁶⁾. Questo significa che le altre soluzioni pastorali sono da preferire anche quando si tratti della dichiarazione di una pena *latae sententiae*, come risulta dal testo del canone stesso (*proceduram... ad poenas irrogandas vel declarandas*). La stessa cosa vale anche per tutte le pene obbligatorie e non soltanto per quelle facoltative. È da osservare che il canone non pretende che lo scopo della pena possa essere raggiunto meglio o egualmente che mediante l'applicazione della pena, ma dice che le altre vie pastorali sono da preferirsi qualora lo scopo della pena possa essere raggiunto sufficientemente (*satis*)⁽¹⁷⁾.

Dato che questo canone viene considerato da diversi autori come il criterio basilare dell'intero sistema del diritto penale canonico⁽¹⁸⁾, sembra opportuno raccogliere in questa sede alcuni criteri circa le possibilità di raggiungere lo scopo della pena per un'altra via pastorale.

Tra questi mezzi pastorali occupa un posto speciale l'*ammonizione* che è, da una parte, un rimedio penale (cf. c. 1339 § 1), ed è una misura facoltativa; dall'altra, essa risulta obbligatoria e necessaria per la valida irrogazione (ma non per la dichiarazione!)⁽¹⁹⁾ delle censure (c. 1347 § 1). Come misura pastorale l'ammonizione può essere applicata anche quando non si può provare l'esistenza di un delitto commesso, ma soltanto l'occasione prossima di un delitto. Quando invece l'inflizione di una censura è possibile, il momento migliore per l'ammonizione sembra essere proprio quello che precede l'avvio della procedura penale. Tale ammonizione può essere oppor-

⁽¹⁶⁾ Cf. ad es. G. DI MATTIA, *Il diritto penale canonico a misura d'uomo*, in *Apolinaris* 64 (1991) 765 («Quel «tunc tantum» del canone è vincolante, categorico, inderogabile. Al punto che, a me sembra, il mancato adempimento possa essere denunciato e suscettibile di censura o di sanzione, quanto meno con la caducità del provvedimento adottato»).

⁽¹⁷⁾ DE PAOLIS, *Comentario al c. 1341*, 398.

⁽¹⁸⁾ Cf. DI MATTIA, *Il diritto penale* 765-766; P. CIPROTTI, *La riforma del diritto penale nella Chiesa*, in *Raccolta di scritti in onore di Pio Fedele*, Perugia 1984, 78.

⁽¹⁹⁾ Cf. A. CALABRESE, *La procedura stragiudiziale penale* in AA.VV., *I procedimenti speciali nel diritto canonico* (Studi Giuridici 27), Città del Vaticano 1992, 277.

tuna anche durante il processo penale. L'ammonizione può essere anche ripetuta⁽²⁰⁾.

Un'altra possibilità, che sembra avere una importanza pratica speciale in alcuni paesi, rassomiglia in qualche misura all'istituto giuridico del *plea bargaining* conosciuto nel diritto statunitense, che è stato introdotto recentemente anche in alcuni paesi europei (per es. in Ungheria) per combattere la criminalità organizzata. Si tratta di una certa contrattazione tra l'Ordinario e il delinquente. Tale soluzione può essere opportuna per esempio quando l'esecuzione della pena richieda anche un processo davanti al tribunale civile e l'esecuzione della sentenza civile risulti molto lenta o quasi impossibile. Per poter considerare un accordo di questo tipo come soluzione pastorale alternativa all'applicazione della pena è necessario che l'accordo realizzi sufficientemente tutte le finalità della pena.

Un caso tipico che è accaduto nella prassi era quello di un parroco che aveva commesso un peculato sottraendo una notevole somma di denaro dalla cassa parrocchiale per costruirsi una casa. Questo atto era senz'altro un abuso del suo ufficio di parroco e realizzava il delitto menzionato nel canone 1389 § 1. Dopo l'indagine previa il Vescovo offrì al delinquente di non avviare alcun processo penale se il parroco avesse restituito la somma rubata. Il parroco fu successivamente trasferito e ripagò la somma. Tra i fedeli si evitò uno scandalo pubblico, poiché pochi conoscevano i fatti. In tal modo sembra che sia stato applicato anche il canone 1718 § 4 il quale prevede che prima di decidere sul processo penale l'Ordinario valuti se per evitare inutili processi sia conveniente che, consenzienti le parti, o lui o l'investigatore dirima secondo giustizia ed equità la questione dei danni. Anche se la questione della riparazione dei danni sia distinta da quella dell'applicazione della pena, in questo caso concreto la restituzione del denaro costituiva anche un segno dell'emendamento del reo. Date le difficoltà di ottenere tale risultato mediante l'inflizione di qualche pena, sembra che lo scopo della pena sia stato raggiunto tramite tale accordo che può considerarsi quindi una soluzione pastorale secondo il canone 1341.

Era ben diverso, invece, l'accordo tra un Vescovo e un parroco concubinario che abitava nella casa parrocchiale con la sua famiglia. Dato che il parroco non voleva lasciare la casa parrocchiale, il Ve-

(20) *Ivi* 278.

scovo prevedeva l'estrema difficoltà di arrivare ad una esecuzione civile che era possibile soltanto dopo un processo canonico di privazione dell'ufficio con una sentenza passata in giudicato e in base a questa sentenza un processo civile pure continuato fino alla *res iudicata*, dopo di che sarebbe stato necessario offrire un altro appartamento alla famiglia per poterne chiedere l'esecuzione. Impressionato da tutte queste difficoltà, il Vescovo si mise d'accordo con il reo promettendo di non avviare alcun processo penale, ma accontentarsi di una semplice rimozione, se il parroco, con i suoi, avesse lasciato la casa parrocchiale. La condizione del parroco però era largamente conosciuta e tutto ciò costituiva uno scandalo pubblico. Dopo la rimozione l'ex-parroco si trasferì in una grande città offrendo il suo aiuto pastorale a diversi parroci dietro compenso, continuando a provocare uno scandalo. In questo caso la misura amministrativa non fu sufficiente a realizzare uno degli scopi principali della pena, la riparazione dello scandalo. Lo scandalo è un effetto esternamente percepito del delitto che disturba l'ordine della comunità ecclesiale provocando danni spirituali per altre persone⁽²¹⁾. Tale scandalo può essere considerato riparato se il reo si è emendato⁽²²⁾. Per una piena riparazione sembra però anche necessario che non rimanga una impressione pubblica secondo la quale il comportamento delittuoso venga tollerato dalla Chiesa e possa essere imitato senza conseguenze⁽²³⁾. In questo caso concreto l'insufficienza della misura si è verificata successivamente, perché l'altro Ordinario, competente per la grande città, dopo diversi scandali, un'indagine previa e la dovuta ammonizione, doveva sospendere il reo dal servizio sacerdotale. È da osservare però che il sacerdote, in quel momento, non abitava più in un appartamento della Chiesa.

Per la realizzazione dello scopo delle pene ecclesiali può risultare quindi a volte proprio indispensabile l'applicazione delle pene stesse. È da tener presente che, secondo l'espresso insegnamento di Giovanni Paolo II, anche l'applicazione della pena è una misura pastorale e non solo il non ricorso alle sanzioni. Così anche la giustizia e lo stretto diritto sono richieste per il bene delle anime⁽²⁴⁾.

(21) Cf. LÜDICKE, *Ad can. 1341/2*.

(22) Cf. *Communicationes* 9 (1977) 160-161.

(23) Cf. LÜDICKE, *Ad can. 1341/3*.

(24) GIOVANNI PAOLO II, *Discorso alla Rota Romana*, 18 gennaio 1990, nr. 3, in AAS 82 (1990) 873-874.

Tra le altre misure pastorali alternative all'applicazione della pena giova menzionare in generale i semplici provvedimenti amministrativi (come il trasferimento e la rimozione). Questi vengono preferiti spesso alle pene nella prassi, quando altrimenti sarebbe possibile un processo penale. Ricorrere ad un semplice atto amministrativo invece di applicare la pena sembra giusto soltanto se si raggiungono così sufficientemente tutti gli scopi della pena.

Quando l'Ordinario giudica possibile e opportuna l'applicazione di una pena, deve decidere sul tipo di processo da seguire. Deve scegliere tra la via amministrativa e quella giudiziale. Per quanto riguarda questa scelta, la normativa canonica preferisce nettamente la via giudiziale. Prima di tutto è vietato procedere extragiudizialmente quando si tratta dell'inflizione o della dichiarazione di pene perpetue (c. 1342 § 2), come per esempio la dimissione dallo stato clericale (cc. 290, 2° e 1336 § 1, 5°) o la privazione penale dell'ufficio (c. 196). È doveroso il processo giudiziale anche quando la legge o il precetto che costituisce una pena, vieta di applicarla per decreto (cc. 1342 § 2, 1718 § 1, 3°). Ma, anche in altri casi, per poter scegliere legittimamente la via amministrativa, l'Ordinario deve avere una giusta causa che si opponga alla via giudiziale (c. 1342 § 1: *iustae obstant causae*). Questa causa ostativa tuttavia non va interpretata con rigorismo. In base alla storia del testo del canone 1342 dobbiamo riconoscere che la preferenza del legislatore per la via giudiziale, pur essendo rimasta conservata, è diventata sempre meno radicale durante la redazione⁽²⁵⁾. Una giusta causa ostativa non deve essere talmente grave da escludere la possibilità del processo giudiziario, ma — come osserva giustamente Velasio De Paolis — deve semplicemente sconsigliarlo⁽²⁶⁾.

Rispetto alla scelta tra via giudiziale e stragiudiziale si osserva una notevole tensione tra la teoria che influiva anche sulla legislazione e la prassi. Mentre la prima dà preferenza al processo giudiziale, nella prassi i giudizi penali sono rarissimi. È evidente che il processo giudiziale offre maggiori garanzie per la difesa dell'imputato (per es. l'accusato deve avere sempre un avvocato, cf. cc. 1481 § 2, 1723), anche se tali garanzie non mancano del tutto nem-

(25) V. DE PAOLIS, *Processo penale*, in *Nuovo dizionario di diritto canonico* a cura di C. CORRAL SALVADOR - V. DE PAOLIS - G. GHIRLANDA, Cinisello Balsamo 1993, 856-857.

(26) V. DE PAOLIS, *Il processo penale giudiziario*, in AA.VV., *I procedimenti speciali nel diritto canonico* (Studi Giuridici 27), Città del Vaticano 1992, 302.

meno dal processo amministrativo⁽²⁷⁾. Il rispetto del diritto del fedele alla propria difesa risulta necessario per l'autentica testimonianza della Chiesa davanti al mondo. Ma per la stessa ragione è anche necessaria la difesa efficace dell'autenticità della Chiesa contro i delitti che può richiedere maggiore celerità e riservatezza. Hanno ragione anche quegli interpreti che ribadiscono la possibilità giuridica di un processo giudiziale rapido con la dovuta salvaguardia del segreto, ma non è da trascurare neanche l'esperienza di molti Ordinari che vedono anche le difficoltà pratiche che impediscono in molte Chiese particolari l'andamento ideale del processo giudiziale.

V. *Il processo amministrativo.*

Se l'Ordinario decide di procedere per decreto extragiudiziale deve concludere l'investigazione previa con un decreto (c. 1718 § 1, 3°, cf. § 2) in cui stabilisce questo modo di procedere. Successivamente, egli — rispettivamente il suo delegato, se decide di procedere mediante un delegato che rimane senz'altro possibile⁽²⁸⁾ — ha tre compiti principali:

1) Deve « notificare al reo l'accusa e le prove, dandogli la facoltà di difendersi a meno che il reo, debitamente citato, non abbia rifiutato di presentarsi » (c. 1720, 1°). Tale facoltà di difendersi dell'imputato può richiedere nella prassi che egli non venga a conoscere per la prima volta le accuse e le prove durante l'interrogatorio o se ne viene informato soltanto in quel momento, potrebbe chiedere un certo tempo per preparare la propria difesa. Alcuni autori ribadiscono che per la preparazione della difesa, l'accusato potrebbe avere bisogno di ricevere per iscritto le accuse e le prove addotte contro di lui⁽²⁹⁾. Se dopo il primo interrogatorio l'Ordinario concede un certo tempo all'imputato per preparare la sua difesa, quest'ultimo potrà chiarire la sua posizione non soltanto mediante una lettera, ma, se l'Ordinario glielo consente, anche durante un interrogatorio successivo. Se l'imputato, malgrado la convocazione regolare, non si pre-

(27) Cf. c. 1720; vedi anche H. BERGNER, *Rechtsschutzmöglichkeiten in einem aussergerichtlichen Strafverfahren*, Kanonistische Dissertation, München 1995 (dattiloscritto).

(28) Cf. per es. A. CALABRESE, *La procedura stragiudiziale penale* in AA.VV., *I procedimenti speciali nel diritto canonico* (Studi Giuridici 27), Città del Vaticano 1992, 276.

(29) CALABRESE, *La procedura stragiudiziale* 275.

sentata, tale comportamento potrà essere valutato come rinuncia alla propria difesa. È da notare che avvocati difensori non sono ammessi nel processo stragiudiziale. Questo non esclude però che l'accusato riceva il sostegno di un avvocato o di un altro esperto come consulente.

2) In seguito l'Ordinario deve valutare accuratamente, con due assessori, tutte le prove e gli argomenti (c. 1720, 2°). Lo scopo di questa valutazione è di raggiungere la certezza morale (necessaria pure in questo tipo di processo: cf. c. 1342 § 3) circa il fatto del delitto e l'imputabilità. Il compito dei due assessori consiste nella valutazione degli elementi di prova e di difesa, ma la decisione spetta unicamente all'Ordinario.

3) Se consta con certezza del delitto e l'azione criminale — che doveva esistere ancora nel momento del rilascio del decreto sulla scelta del processo amministrativo penale — non è estinta, l'Ordinario può emanare il decreto per infliggere o dichiarare la pena. Nell'emanare il decreto, l'Ordinario deve seguire i prescritti dei canoni 1342-1350 sull'applicazione delle pene (c. 1720, 3°). I canoni 1344 e 1345 contengono autorizzazione di non applicare le pene anche nei casi in cui la legge usa verbi precettivi. Se si tratta dell'inflizione di una censura, il termine ultimo per fare la legittima ammonizione previa prescritta nel canone 1347 § 1 è quello precedente all'emanazione di questo decreto. Il decreto deve contenere anche le ragioni della decisione sia «in diritto» che «in fatto» (c. 1720, 3°). Se le ragioni mancano completamente, il decreto è comunque valido, ma illegittimo, cosa che dà base giuridica sufficiente per un ricorso al superiore gerarchico, o se il ricorso procede, ci si potrà rivolgere alla Segnatura Apostolica per violazione di leggi «in procedendo vel decernendo», come osserva Antonio Calabrese⁽³⁰⁾. Il decreto deve contenere evidentemente anche una parte dispositiva — che assolve il reo o infligge o dichiara⁽³¹⁾ la pena, o la sospende — e deve concludersi con la parte esecutiva che disponga l'esecuzione del decreto (cf. c. 1651). Il decreto, per la validità, deve essere notificato al reo. Il ricorso contro un decreto che infligge o dichiara una pena ha ef-

⁽³⁰⁾ *Ivi* 280.

⁽³¹⁾ Sul decreto amministrativo che dichiara una pena *latae sententiae* vedi E. PSIUK, *Deliktswirklichkeit und Strafentscheidung. Erwägungen zum kanonischen Dekretverfahren in Tatstrafsachen*, in *Österreichisches Archiv für Kirchenrecht* 44 (1995-1997) 332-357, sui problemi speciali dell'indagine previa in tali casi cf. *ivi* 348-351.

fetto sospensivo (c. 1353). La prima petizione per la revoca o l'emanazione del decreto deve essere presentata entro il termine perentorio di dieci giorni utili a partire dalla legittima intimazione del decreto (c. 1734 § 2).

Circa il processo penale giudiziale, da preferirsi a quello stragiudiziale, ma molto raro nella prassi, non possiamo offrire un quadro completo dati i limiti di questo articolo. Giova raccomandare però alcune recenti sintesi sull'argomento come quello di Zbigniew Suchecki nel primo volume del suo manuale di diritto penale⁽³²⁾.

Appendice

PASSI PRINCIPALI DI UN TIPICO PROCESSO PENALE AMMINISTRATIVO (secondo il CIC)

I. Fase preparatoria.

1. Notizie del probabile delitto
2. Decreto dell'Ordinario sull'avvio dell'indagine previa (con l'indicazione dell'investigatore, l'oggetto dell'indagine ed eventuali istruzioni sul modo di svolgere l'indagine)
3. Indagine, raccolta di prove
4. Sommario o atti dell'indagine (l'investigatore li prepara e trasmette all'Ordinario)
5. Consultazione dell'Ordinario (eventualmente con l'indiziato od altri, o con due giudici od esperti di diritto)
6. Eventuale decisione sul risarcimento dei danni
7. Decreto dell'Ordinario sulla possibilità, sull'opportunità e sul tipo di processo penale da iniziare
8. Archiviazione dei due decreti, gli atti dell'indagine e tutti i documenti che l'hanno preceduto, se non necessari per il processo
9. Eventuali misure pastorali diverse dal processo penale

(32) Z. SUCHECKI, *Le Sanzioni penali nella Chiesa. Parte I. I delitti e le sanzioni penali in genere* (cann. 1311-1363), Città del Vaticano 1999, 152-203; cf. V. DE PAOLIS, *Il processo penale giudiziario*, in AA.VV., *I procedimenti speciali nel diritto canonico* (Studi Giuridici 27), Città del Vaticano 1992, 283-302; K. BREITSCHING, *Das kirchliche Strafverfahren in seinen geschichtlichen Ausprägungen und seiner gegenwärtigen Gestalt, in Iustitia in caritate. Festgabe für Ernst Rössler zum 25jährigen Dienstjubiläum als Offizial der Diözese Rottenburg-Stuttgart*, Hrsg. R. PUZA - A. WEISS (Adnotationes in ius canonicum 3), Frankfurt a. M. 1997, 101-124.

II. *Vero processo extragiudiziale*

10. Citazione del reo (o altra via per notificargli l'accusa e le prove)
11. Eventuale decisione dell'Ordinario che conceda un certo tempo al reo per comporre la sua difesa
12. Eventuale nuovo incontro personale con il reo
13. L'Ordinario consulta due assessori
14. Eventuale ammonizione del reo (se si vuole infliggere una censura e prima non c'era un'ammonizione sufficiente)
15. Decreto dell'Ordinario con motivazione in iure e in facto, decisione e disposizione di esecuzione
16. Notifica del decreto al reo (per la validità)
17. Eventuale prima domanda che avvia un ricorso (entro 10 giorni utili dalla notifica).

PÉTER ERDŐ

IL DIRITTO CANONICO NELLA MISSIONE SALVIFICA DELLA CHIESA (*)

Questa volta, seguendo il turno ormai tradizionale tra le Facoltà della nostra Università, tocca ad un canonista incaricarsi della lezione inaugurale dell'anno accademico. Dover tenere tale lezione durante l'Anno Santo del 2000 costituisce senz'altro un motivo di particolare gioia. Ma implica pure una certa dose di imbarazzo, che nel mio caso è forse più sentita. Infatti, il diritto canonico non potrebbe apparire piuttosto lontano dalla prospettiva giubilare? Lasciando da parte qualche opinione estrema, che forse lo vorrebbe far rientrare in modo globale e radicale nella «purificazione della memoria» che la Chiesa è chiamata a compiere nel Giubileo⁽¹⁾, è indubbio che per non pochi cristiani di oggi, l'aspetto giuridico del Popolo di Dio non solo non corre il rischio di essere sopravvalutato, ma può facilmente essere oggetto di un atteggiamento d'indifferenza, essendo considerato più che altro quale materia riservata ad alcuni specialisti, ossia ai canonisti. Questa sfida di situare il diritto canonico nell'orizzonte dell'Anno Santo mi ha portato alla scelta del titolo per l'odierna lezione: Il diritto canonico nella missione salvifica della Chiesa.

Nella celebrazione del bimillenario della nascita di Gesù, Giovanni Paolo II ha messo costantemente in risalto l'attualità del mistero dell'incarnazione e, inseparabilmente, l'attualità della missione salvifica della Chiesa. «Il passo dei credenti verso il terzo millennio — ha scritto nella Bolla d'indizione del Giubileo — non risente affatto della stanchezza che il peso di duemila anni di storia potrebbe

(*) Testo della lezione inaugurale dell'anno accademico 2000-2001, Pontificia Università della Santa Croce; Roma, 9 ottobre 2000.

(1) Cfr. Giovanni Paolo II, Bolla d'indizione del Giubileo dell'anno 2000 *Incar-nationis mysterium*, 29 novembre 1998, n. 11.

portare con sé; i cristiani si sentono piuttosto rinfrancati a motivo della consapevolezza di recare al mondo la luce vera, Cristo Signore. La Chiesa annunciando Gesù di Nazaret, vero Dio e Uomo perfetto, apre davanti ad ogni essere umano la prospettiva di essere "divinizzato" e così diventare più uomo. È questa l'unica via mediante la quale il mondo può scoprire l'alta vocazione a cui è chiamato e realizzarla nella salvezza operata da Dio»⁽²⁾.

In questa grande e profonda prospettiva, quale posto spetta al diritto ecclesiale? Più specificamente, qual è il rapporto tra la missione di salvezza della Chiesa e la dimensione giuridica di quest'ultima? A questi interrogativi cercheranno di rispondere le mie riflessioni, in maniera ovviamente assai sintetica.

L'esposizione si articolerà in tre parti. Nelle prime due saranno descritti due modi di rispondere a quelle domande che, a mio parere, non risultano soddisfacenti, a motivo di un'inadeguata comprensione (sia per difetto, sia per eccesso) di ciò che è il diritto nella Chiesa. Infine, la terza parte conterrà un tentativo di risposta.

1. *Il diritto canonico quale strumento per la missione salvifica della Chiesa.*

Il rapporto tra diritto e Chiesa è molto spesso impostato secondo uno schema nel quale al diritto spetterebbe la funzione di strumento o mezzo al servizio della vita e della missione della Chiesa. All'apparenza in ciò non vi è nulla di erroneo né di pericoloso; anzi, affermare che il diritto possa servire alla finalità salvifica della Chiesa, con cui essa continua la missione dello stesso Cristo, sembra costituire il massimo onore che potrebbe toccare al diritto. Inoltre, la condizione di strumento attribuita con insistenza al diritto, ribadisce il primato della sostanza pastorale a cui deve sempre subordinarsi la norma canonica, ed impedisce pertanto l'assurda rigidità del giuridismo legalista. La flessibilità nella configurazione e nell'applicazione del diritto, vista in rapporto al principio della *salus animarum* quale legge suprema nella Chiesa — enunciata a conclusione del Codice latino del 1983⁽³⁾ —, avallerebbe la fondatezza ecclesiale di quest'ottica strumentale del diritto.

⁽²⁾ *Ibidem*, n. 2.

⁽³⁾ Cfr. can. 1752.

Si tratta certamente di una visione corretta, ma parziale, secondo cui il diritto sarebbe primariamente l'insieme delle norme giuridiche della Chiesa, ossia l'insieme dei canoni vigenti. Com'è ben noto, da questa denominazione di « canone » prende nome lo stesso diritto della Chiesa Cattolica (diritto canonico), la disciplina scientifica che se ne occupa (canonistica), nonché i suoi cultori (canonisti). Proprio tale rilevanza anche terminologica dei canoni nella comprensione della realtà giuridica ecclesiale, mostra l'esistenza del rischio di quella riduzione che si suol chiamare « normativismo ». Il normativismo certamente non nega che vi siano norme di diritto divino, e nemmeno comporta l'assolutizzare le leggi canoniche umane, come se esse non fossero suscettibili di legittime eccezioni nei casi singoli. Il problema concettuale è più a monte: secondo il normativismo, il diritto ecclesiale esisterebbe anzitutto nei canoni, raccolti attualmente soprattutto nel Codice latino e in quello orientale, e nel passato sarebbe esistito nelle successive collezioni dei canoni, che sbocciarono a suo tempo in quel monumento della storia giuridica rappresentato dal *Corpus Iuris Canonici*. In queste fonti si troverebbe il diritto, in tal modo che il suo contatto con la vita della Chiesa avverrebbe mediante l'applicazione, più o meno flessibile, dei canoni alla realtà di quella vita.

Questa concezione può essere presentata ed attuata in modo che vengano tenute presenti tutte le esigenze della missione ecclesiale. Attraverso il diritto divino, autenticamente dichiarato dal magistero ecclesiastico, e col ricorso ai tradizionali mezzi di adattamento dei canoni generali alle situazioni particolari (l'equità, la dispensa, ecc.), i canonisti tradizionali sono riusciti ad essere spesso dei veri maestri nell'applicazione giusta e pastoralmente adeguata dei *sacri canones*.

Ciò nonostante, alla base di quest'impostazione rimane un'insufficienza del modo stesso di percepire la giuridicità nella Chiesa, e per la verità in ogni ambito sociale. È un'insufficienza che trapela nelle abituali connotazioni peggiorative che accompagnano il sostantivo « diritto », e forse ancor di più l'aggettivo « giuridico ». Manifestazione evidente dei disagi strutturali causati da questa visione sono, all'interno della Chiesa, le ricorrenti contrapposizioni tra « giuridico » e « pastorale », tra « giuridico » e « teologico ». È unanime il riconoscimento della necessità di superare dialettiche del genere, ritenute a ragione del tutto fuorvianti. Ma sta di fatto che non si riesce ad eliminarle finché rimane in piedi la loro comune radice.

Questa radice è tutt'altro che ardua e sofisticata, e consiste proprio nel concepire il diritto quale semplice mezzo o strumento tecnico. Evidentemente il diritto può sempre essere nobilitato in funzione della missione salvifica della Chiesa, ed assumere in tal modo un valore teologico e pastorale. Ma in quanto tale il diritto resta separato, quale realtà tecnica estrinseca rispetto alla Chiesa. Il senso salvifico non sarebbe intrinseco al diritto, ma deriverebbe solo dal suo servizio ai fini ecclesiali.

La gravità di questa separazione tra diritto e vita ecclesiale appare al massimo grado in quella deformazione dell'esperienza giuridica che consiste nell'exasperare l'indole strumentale delle regole, fino a cadere nella loro pura e semplice strumentalizzazione, nel nostro caso per fini alieni o addirittura opposti a quelli della Chiesa. Il dottor Azzecca-garbugli è, come altre creature del Manzoni nei suoi *Promessi Sposi*, un vero prototipo di quella contraffazione della professione di giurista. Rileggiamo alcuni passi del racconto al capitolo III, perché riflettono alla perfezione la peggiore tra le possibili mentalità che passano per essere « giuridiche ». Ad Agnese, madre di Lucia, dinanzi alla prepotenza di don Rodrigo che impedisce il matrimonio di quest'ultima con Renzo, viene in mente la brillante idea di ricorrere al dottore: « A noi poverelli le matasse paion più imbrogliate, perché non sappiam trovarne il bandolo; ma alle volte un parere, una parolina d'un uomo che abbia studiato... so ben io quel che voglio dire. Fate a mio modo, Renzo; andate a Lecco; cercate del dottor Azzecca-garbugli, raccontategli... Ma non lo chiamate così, per amor del cielo: è un soprannome. Bisogna dire il signor dottor... (...) Raccontategli tutto l'accaduto; e vedrete che vi dirà, su due piedi, di quelle cose che a noi non verrebbero in testa, a pensarci un anno ». L'episodio dell'incontro andrebbe ricordato per esteso, ma bastano queste due battute del personaggio per disporre di un fedelissimo autoritratto: « All'avvocato bisogna raccontar le cose chiare; a noi tocca poi a imbrogliarle »; e più avanti: « a saper maneggiare bene le gride ⁽⁴⁾, nessuno è reo, e nessuno è innocente ».

Il diritto ridotto a pura tecnica, a mezzo di attacco o di difesa in favore di interessi di qualsivoglia specie: ecco il pericolo insito in ogni sua visione che tenda a staccarlo dalla realtà umana. La stessa

(4) Cioè i provvedimenti legislativi emanati dai governatori di Milano durante la dominazione spagnola.

dicotomia tra *in facto* ed *in iure*, pur potendosi intendere bene, rasenta la mentalità secondo cui il mondo giuridico sarebbe una sovrastruttura rispetto ai fatti, allo scopo di dirigere tali fatti nella direzione scelta dalla volontà degli interessati che riescono ad imporre il loro interesse mediante la forza.

Una simile comprensione del giuridico può portare anche nella Chiesa ad un uso del diritto nei più svariati sensi. Si può ricorrere al canonista perché con i canoni e con la sua perizia tecnica sostenga le ragioni dell'autorità, indipendentemente dal valore di tali ragioni, e malgrado si tratti di provvedimenti chiaramente opposti ai diritti dei fedeli e delle comunità; lo stesso si può fare per difendere la libertà dei singoli e dei gruppi ed opporsi ai dettami dell'autorità ecclesiastica, vale a dire per trovare dei ragionamenti che sgomberino il campo alle più diverse soluzioni «pastorali» ritenute adeguate al vero bene dei singoli e delle comunità, nonostante la loro palese opposizione alla disciplina e al magistero della Chiesa. Il diritto canonico e la scienza canonica fornirebbero gli strumenti per una lotta che in sostanza non sarebbe giuridica. Perciò, tutti potrebbero appellarsi ai canoni, e la decisione in definitiva non sarebbe giuridica, ma «politica», nel senso ampio del termine. Ovviamente si continuerà sempre ad ammantarsi del diritto e del suo linguaggio e ragionamenti tipici: guai a chi usi il soprannome di «Azzecca-garbugli», poiché avrebbe scoperto e perciò impedito il gioco.

Insomma, per evitare questo pericolo occorre ribadire l'inseparabilità tra tecnica e sostanza giuridica. La tecnica giuridica in generale non è paragonabile ad un modo di realizzare un'attività relativa alle cose materiali, nella quale si possono distinguere un bene funzionale ed un bene personale nell'uso che se ne fa. Nel caso della tecnica del diritto, l'uso è insito nella stessa tecnica, poiché è una tecnica riguardante il comportamento umano, precisamente in quanto tale. Quando si utilizza una buona automobile per commettere un crimine, essa serve ai fini delittivi in quanto offre prestazioni tecnicamente valide di velocità, sicurezza, ecc. Nel caso del diritto ciò non ha senso: dal momento che si ricorre ad esso per fini contrari al vero bene della persona e della società, non vi è più diritto. Rimane solo l'apparenza della tecnica giuridica: in realtà, esiste solo la frode, la contraffazione del diritto e delle professioni giuridiche, nella misura in cui tutti i «meccanismi» giuridici sono manipolati per produrre effetti opposti rispetto a quelli che dovrebbero produrre. A differenza dell'automobile, non può esistere un diritto dal valore umano

neutro, poiché il diritto non è essenzialmente un semplice mezzo o strumento esterno all'uomo, bensì una realtà legata alla stessa persona umana ed al suo agire personale. Norme, istituzioni, sanzioni, processi e tutte le altre realtà «tecniche» del diritto possiedono una «sostanza» personale che le configura anche nella loro funzionalità specificamente giuridica.

Nell'ambito del diritto ecclesiale ciò significa che il rapporto tra esso e la Chiesa stessa risulta determinante per comprendere il suo essere veramente diritto. Perciò, la prospettiva della missione salvifica non è per nulla estrinseca rispetto all'essenza del diritto canonico. La sua indole salvifica e la sua indole giuridica sono inseparabili.

2. *L'inserzione non sufficientemente determinata del diritto canonico nella missione salvifica della Chiesa.*

Poiché una concezione strumentale del diritto non è capace di inserirlo in modo intrinseco nella vita e nella missione della Chiesa pellegrina, nel dibattito canonistico postconciliare si è fatta strada una proposta alternativa che muove verso l'estremo opposto. Non può certamente arrivare ad un'identificazione *tout court* tra diritto canonico e missione salvifica, ma sottolinea fortemente un rapporto di immedesimazione tra le due realtà. È una tendenza indubbiamente molto apprezzabile per quel che riguarda la percezione dell'indole intrinseca del diritto nella Chiesa, come ha mostrato in modo esemplare Klaus Mörsdorf⁽⁵⁾. Ciò nonostante, nel suo pensiero l'elemento teologico e quello giuridico non sono ancora ben integrati in una sintesi armonica, tra l'altro perché manca un adeguato approfondimento della nozione di diritto⁽⁶⁾. Alcuni fra i suoi discepoli, segnatamente Eugenio Corecco, hanno radicalizzato la comprensione «teologica» del diritto canonico, e lo hanno concepito in modo talmente diverso rispetto a quello secolare, da rimanere oscuro che cosa si intenda per diritto. Scelgo le posizioni di Mons. Corecco per un confronto critico, perché la stessa radicalità delle sue tesi consente

(5) Sul suo pensiero circa la fondazione del diritto canonico, cfr. A. CATTANEO, *Questioni fondamentali della canonistica nel pensiero di Klaus Mörsdorf*, EUNSA, Pamplona 1986, pp. 43-76.

(6) Lo osserva C. REDAELLI, *Il concetto di diritto della Chiesa nella riflessione canonistica tra Concilio e Codice*, Glossa, Milano 1991, pp. 61-63.

di avvertire meglio i loro limiti. Del resto, non penso che occorra adesso dilungarsi sull'importanza della sua figura, né sui pregi della sua produzione, segnatamente su quello di aver posto in primo piano il rapporto tra *communio* e diritto⁽⁷⁾.

In uno dei suoi ultimissimi scritti (la prolusione in occasione della laurea *honoris causa* che gli fu conferita dall'Università Cattolica di Lublino nel 1994, dedicata proprio a *Il valore della norma canonica in rapporto alla salvezza*), Mons. Corecco diceva: «Mentre l'essenza della legge statale, ma anche del Vecchio Testamento, sta nel suo carattere imperativo, derivante dalla volontà estrinseca del legislatore, sia assoluto che democratico, l'essenza del Vangelo e della Grazia e, perciò, del Diritto Canonico, sta invece in una partecipazione intrinseca di Dio nel cuore dell'uomo, così come aveva intuito Tommaso d'Aquino nella *Ia-IIae* quando ha affermato che la "*nova lex evangelii... est ipsa gratia (seu ipsa praesentia) Spiritus Sancti, quae datur Christi fidelibus*" (q. 106, art. 1)»⁽⁸⁾.

Anzitutto, ritengo molto significativo il fatto che l'essenza dei diritti diversi da quello canonico venga intesa nell'ottica di un'impeparatività volontaristica ed estrinseca: sicuramente ciò condiziona parecchio il seguito del discorso di Corecco, nella misura in cui viene a mancare una visione adeguata del diritto in generale, e perciò sono carenti le basi per comprendere quello della Chiesa. In secondo luogo, ai nostri effetti è ancor più significativo l'accostamento nel testo tra «l'essenza del Vangelo e della Grazia», da un lato, e «l'essenza del Diritto Canonico»: le due essenze sarebbero coincidenti, e si identificherebbero con la stessa grazia in cui consiste la legge nuova.

In stretto rapporto con queste vedute, Corecco in altri scritti non situa il diritto canonico nell'ambito della giustizia come virtù cardinale del dare *unicuique suum*, bensì in quello della carità e delle altre virtù teologali: «Chi non pratica la fede, la speranza e la carità, da cui dipendono e verso cui convergono tutti i valori fondamentali

(7) Su questi aspetti ho già avuto modo di scrivere altrove: cfr. di recente C.J. ERRÁZURIZ M., *Il diritto e la giustizia nella Chiesa. Per una Teoria Fondamentale del diritto canonico*, Giuffrè, Milano 2000, pp. 69-75.

(8) *Il valore della norma canonica in rapporto alla salvezza*, testo ora pubblicato nella raccolta dei suoi lavori in italiano *Ius et Communio. Scritti di Diritto Canonico*, a cura di G. Borgonovo e A. Cattaneo, Facoltà di Teologia di Lugano - Piemme, Lugano - Casale Monferrato 1997, I, p. 63.

dell'esperienza cristiana, non pratica ultimamente la giustizia ecclesiale: non garantisce agli altri ciò cui hanno diritto, non realizza l'«*unicuique suum*»⁽⁹⁾. La fede, la speranza e la carità sono valori sociali che costituiscono il tessuto intersoggettivo della struttura comunionale della Chiesa, radicata nella forza, giuridicamente vincolante, della Parola e del Sacramento»⁽¹⁰⁾.

È possibile definire il diritto canonico in funzione della grazia e della carità? Il passo della *Summa Theologiae* in cui San Tommaso d'Aquino sostiene che la carità è «forma virtutum»⁽¹¹⁾ può essere illuminante a questo proposito. Egli precisa il senso — d'indole chiaramente teleologica — in cui sostiene tale tesi: «per caritatem ordinantur actus omnium aliarum virtutum ad ultimum finem»⁽¹²⁾, e nega esplicitamente che la carità sia forma delle altre virtù «exemplariter aut essentialiter»⁽¹³⁾. L'ambito del diritto canonico non è essenzialmente identificabile con la carità né con la grazia. In tal caso si incorrerebbe nel problema opposto a quello riscontrato in relazione alla concezione strumentale del diritto: lì il diritto veniva ridotto ed impoverito, qui esso risulta certamente esaltato con la migliore delle intenzioni, ma assume contorni eccessivi, o meglio viene collocato in un mondo che certamente è quello che gli appartiene, ma senza precisare il suo posto, la sua essenza. Se si sostiene che il diritto canonico può essere compreso solo nel suo vitale inserimento nella missione salvifica della Chiesa, si compie un passo avanti molto importante nella direzione giusta, verso il superamento dell'estrinsecismo della concezione strumentale propria del normativismo. Ciò però non può accadere al prezzo di far svanire lo stesso diritto, di farlo rientrare indeterminatamente nel mistero salvifico. Al limite di un tale processo si trova l'identificazione del diritto con la stessa salvezza, con la grazia: avremo così esaltato il diritto nella Chiesa ed evitato ogni rischio positivista. Ma avremo ancora tra le mani la realtà che cercavamo di fondare e di purificare, cioè il diritto ecclesiale?

(9) Qui rimanda a R. SOBAŃSKI, *Die methodologische Lage des katholischen Kirchenrechts*, in *Archiv für katholisches Kirchenrecht*, 147 (1978), p. 370.

(10) *Considerazioni sul problema dei diritti fondamentali del cristiano nella Chiesa e nella società*, in *Ius et Communio*, cit., I, p. 274.

(11) *Summa Theologiae*, II-II, q. 24, a. 8.

(12) *Ibidem*, c.

(13) *Ibidem*, ad 1.

3. *Il diritto canonico nell'ottica della dimensione di giustizia intrinseca alla missione salvifica della Chiesa.*

«Il senso comune percepisce il fenomeno giuridico in termini di giustizia, della quale ha un'idea invero generica, ma spontanea e perciò convinta. Se si traduce in formula filosofica codesto convincimento, è lecito dire che per il senso comune la giustizia è l'essenza del diritto»⁽¹⁴⁾. Ecco una grande verità, espressa in modo semplice e profondo da Sergio Cotta, in uno scritto che sintetizza in qualche modo il suo lungo e fecondo itinerario nella filosofia del diritto. È vero che si potrebbe precisare che il diritto è ciò che è giusto, oggetto cioè della giustizia; ma il punto è soprattutto che diritto e giustizia sono inseparabili.

Ma di quale giustizia si tratta? Per non parlare di altri sensi, ci si riferisce alla giustizia della giustificazione, ossia alla giustizia dei salvati e riconciliati con Dio in Cristo, oppure alla giustizia dei giuristi, secondo la classica definizione di Ulpiano: «Iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi»⁽¹⁵⁾? Corecco ed altri autori opterebbero senz'altro per la prima, che immediatamente ci situa nell'ambito della salvezza. Penso invece che abbia ragione Javier Hervada quando, dopo aver scoperto la fecondità del realismo giuridico classico⁽¹⁶⁾, lo ha applicato al diritto della Chiesa⁽¹⁷⁾, nella tappa della sua produzione scientifica che Pedro Lombardía, suo maestro e collega di lavoro, chiamava quella del «secondo Hervada». Nella presentazione da lui appositamente scritta per l'edizione italiana della sua *Introducción crítica al derecho natural*, Hervada parlava della utilità di quel libro nell'ambito canonico, al quale

⁽¹⁴⁾ S. COTTA, *Il diritto nell'esistenza: linee di ontofenomenologia giuridica*, 2a ed., Giuffrè, Milano 1991, p. 21.

⁽¹⁵⁾ *Digesto* 1,1,10.

⁽¹⁶⁾ Egli lo presenta in diverse opere, tra cui la più nota e diffusa in diverse lingue è *Introducción crítica al derecho natural*, 1a. ed., EUNSA, Pamplona 1981 (trad. it.: *Introduzione critica al diritto naturale*, Giuffrè, Milano 1990).

⁽¹⁷⁾ Cfr. il suo lavoro del 1983 *Las raíces sacramentales del derecho canónico*, ora in *Vetera et Nova. Cuestiones de Derecho Canónico y afines (1958-1991)*, Servicio de publicaciones de la Universidad de Navarra, Pamplona 1991, II, pp. 855-892. In termini generali, e cioè non solo con riferimento ai sacramenti, è tornato altre volte sull'argomento: cfr. ad esempio *Pensamientos de un canonista en la hora presente*, Servicio de publicaciones de la Universidad de Navarra, Pamplona 1989, pp. 11-79, e *Coloquios propeúuticos sobre el derecho canónico*, EUNSA, Pamplona 1990.

tale edizione era specialmente rivolto, anzitutto nell'insegnamento presso la nostra Facoltà: «Nel momento presente, in cui il canonista soffre di una crisi di identità, ricordare la voce della tradizione giuridica, che ha scandito le ore più gloriose della canonistica, può non essere tempo sprecato. Se il canonista ricorderà di essere un giurista e che pertanto il suo compito è discernere il giusto nella comunità ecclesiastica, senza dubbio recupererà le radici della sua vera identità»⁽¹⁸⁾.

Nell'apparente strettezza della *ipsa res iusta in Ecclesia*, come si potrebbe dire applicando alla Chiesa la nota espressione tomista sullo *ius*⁽¹⁹⁾, si può trovare l'autentico senso salvifico del diritto canonico. Tenterò di spiegarlo nella prospettiva della missione della Chiesa. A tal fine possono essere utili due testi del Concilio Vaticano II, il primo appartenente al Decreto *Ad gentes* sull'attività missionaria della Chiesa, il secondo alla Costituzione dogmatica *Lumen gentium* sulla Chiesa.

Nel primo capitolo dell'*Ad gentes*, dedicato ai principi dottrinali, dopo aver mostrato che «La Chiesa peregrinante per sua natura è missionaria, in quanto essa trae origine dalla missione del Figlio e dalla missione dello Spirito Santo, secondo il disegno di Dio Padre»⁽²⁰⁾, si legge, tra l'altro, questa descrizione della missione ecclesiale: «la missione della Chiesa si realizza attraverso un'azione tale, per cui essa, obbedendo all'ordine di Cristo e mossa dalla grazia e dalla carità dello Spirito Santo, si fa pienamente ed attualmente presente a tutti gli uomini e popoli, per condurli con l'esempio della vita e con la predicazione, con i sacramenti e gli altri mezzi della grazia, alla fede, alla libertà e alla pace di Cristo, rendendo loro libera e sicura la possibilità di partecipare pienamente al mistero di Cristo»⁽²¹⁾.

Ritengo che sia utile accostare questo brano ad un altro passo conciliare, ancor più noto, posto all'inizio del capitolo II della *Lumen gentium*, dedicato al Popolo di Dio: «In ogni tempo e in ogni nazione è accetto a Dio chiunque lo teme e opera la sua giustizia

(18) *Introduzione critica al diritto naturale*, cit., p. VII.

(19) *Summa Theologiae*, II-II, q. 57, a. 1, ad 1.

(20) Decreto *Ad gentes*, n. 2a. Si veda il testo completo dei nn. 2-4, riguardanti il disegno del Padre (n. 3), la missione del Figlio (n. 4), e la missione dello Spirito Santo (n. 4).

(21) Decreto *Ad gentes*, n. 5a.

(cfr. Atti 10, 35). Tuttavia piacque a Dio di santificare e salvare gli uomini non individualmente e senza alcun legame tra loro, ma volle costituire di loro un popolo, che lo riconoscesse nella verità e santamente lo servisse»⁽²²⁾.

Il legame tra gli uomini ha raggiunto il suo massimo in Cristo e nel Popolo di cui Egli è capo. Sarebbe però del tutto fuorviante pensare che nella comunità della Chiesa, la persona singola non conti più. Il Popolo di Dio è composto da persone. E lo stesso vale nell'ottica della missione. Se la pregnante descrizione dell'*Ad gentes* s'intendesse in maniera esclusivamente istituzionale, allora non sarebbe nemmeno possibile comprendere il vero senso della Chiesa in quanto istituzione, inseparabile dalle persone che la compongono e dalle altre — in verità tutte — alle quali si rivolge. In altri termini, la missione salvifica della Chiesa deve essere vista alla luce dei vincoli che uniscono i cristiani tra di loro e con l'intera umanità. La prospettiva della comunione, specificatamente nella sua dimensione orizzontale⁽²³⁾, risulta inseparabile da quella della missione⁽²⁴⁾. Una nozione di comunione che non includesse, come dimensione essenziale, la sua tensione missionaria, sarebbe del tutto contraria allo stesso essere comunione della Chiesa, perché pretenderebbe di chiuderlo entro determinati limiti umani, staccandolo in definitiva dal soffio evangelizzatore universale dello Spirito Santo. Un altro brano della *Lumen gentium*, poco dopo quello che ho prima citato, indica chiaramente l'unità tra la comunione e la missione: «Costituito [il Popolo di Dio] da Cristo in una comunione di vita, di carità e di verità, è pure da lui preso per essere strumento della redenzione di tutti e, quale luce del mondo e sale della terra (cfr. Mt 5, 12-16), è inviato a tutto il mondo»⁽²⁵⁾.

La relazionalità intraecclesiale tra le persone è assolutamente inscindibile dalla loro relazionalità verticale con la Trinità attraverso

(22) Costituzione dogmatica *Lumen gentium*, n. 9a.

(23) Su questa prospettiva, cfr. Congregazione per la dottrina della fede, Lettera *Communio notio* circa alcuni aspetti della Chiesa come comunione, 28 maggio 1992, in AAS, 85 (1993), pp. 838-850. Sulla distinzione tra il doppio aspetto, verticale ed orizzontale, della comunione, cfr. n. 3, p. 839.

(24) Del rapporto tra comunione e missione nella Chiesa si viene occupando da tempo A. Aranda, di cui cfr. ad es. *El misterio de Cristo en el misterio de la Iglesia*, in *Scripta Theologica*, 24 (1992), pp. 941-963.

(25) Costituzione dogmatica *Lumen gentium*, n. 9a.

l'unica mediazione di Cristo. Ciò non toglie che si possano distinguere aspetti orizzontali, dotati di una consistenza propria. Il primo tra essi è la stessa carità verso il prossimo, la quale si traduce in atti aventi un oggetto proprio. L'ammonimento di Giovanni lo mette chiaramente in risalto: «Se uno dice "Io amo Dio", e odia il suo fratello, è un mentitore. Chi infatti non ama il proprio fratello che vede, non può amare Dio che non vede. Questo è il comandamento che abbiamo da lui: chi ama Dio, ami anche il suo fratello» (1 Gv, 4, 20-21).

Il diritto come ciò che è giusto nella Chiesa corrisponde ad un altro aspetto della relazionalità interpersonale nel Popolo di Dio. Dare a ciascuno ciò che è suo significa in questo contesto la partecipazione specificamente giuridica a quel condurre ognuno (e nel contempo la comunità) «con l'esempio della vita e con la predicazione, con i sacramenti e gli altri mezzi della grazia, alla fede, alla libertà e alla pace di Cristo», per rendere così «libera e sicura la possibilità di partecipare pienamente al mistero di Cristo»⁽²⁶⁾. Il diritto di ogni persona umana a ricevere l'annuncio cristiano, nonché il battesimo qualora sia ben disposta, i diritti ed i correlativi doveri reciproci tra le persone nella Chiesa e nei confronti della stessa Chiesa, e anche le relazioni giuridiche tra i Pastori e gli altri fedeli, riguardano anzitutto e soprattutto i beni della salvezza. La giuridicità ecclesiale è intrinsecamente salvifica, e non solo per la sua finalità ultima, ma in virtù dell'indole del suo stesso oggetto e della sua stessa dinamica. Anche quando i rapporti giuridici vertono su beni puramente umani, come quelli patrimoniali, è indubbio che tali beni sono materia di una giustizia intraecclesiale solo in quanto collegati con la missione di salvezza della Chiesa.

In questo contesto la giustizia giuridica non perde i suoi connotati propri, tra cui quello di esigere lo sviluppo di una «tecnica» particolare (pur non essendo essa mai una semplice tecnica, conformemente alle precisazioni che abbiamo cercato di fare nella prima parte di questa esposizione). I diritti e i doveri giuridici devono essere suscettibili di una determinazione esterna che consenta la loro soddisfazione, e la loro doverosità sociale richiede un sistema di tutela e di promozione. L'aspetto umano della giuridicità costituisce una sola realtà con quello divino, per cui immaginare un diritto canonico ai

(26) Decreto *Ad gentes*, n. 5a.

marginii della storia, e senza strumenti normativi ed applicativi ben concreti, non ha senso⁽²⁷⁾.

Nello stesso tempo però si rende evidente il nesso tra la giustizia giuridica nella Chiesa e la giustizia della giustificazione in Cristo. Non solo esiste il rapporto comune con la salvezza cristiana che è proprio di ogni virtù e delle sue opere proprie, ma vi è una relazione peculiare, basata sul fatto che l'oggetto della giustizia giuridico-canonica riguarda proprio le vie visibili della giustificazione, anzitutto la parola di Dio e i sacramenti. Ricevere il genuino ed integro annuncio cristiano e i segni efficaci della grazia divina, è la primaria *res iusta in Ecclesia*. Lo affermava già nel 1969 Mons. del Portillo nella sua celebre monografia sullo statuto giuridico dei fedeli e dei laici nella Chiesa: «Il diritto alla parola di Dio ed il diritto ai sacramenti sono forse i diritti più radicali e più elementari perché sono la condizione *sine qua non*, il mezzo assolutamente necessario per esercitare l'irrinunciabile e primordiale diritto di appartenere alla Chiesa e di partecipare alla sua unica missione»⁽²⁸⁾.

Quest'unica missione della Chiesa è missione salvifica, cioè di grazia e di gloria. All'interno della sua stessa realtà di missione nella storia vi è un'intrinseca dimensione giuridica: essa è perciò, in modo intrinseco e necessario, missione di giustizia in relazione ai beni visibili della salvezza. E ciò in un senso ben preciso, che è quello di attualizzare l'attribuzione di tali beni — anzitutto la parola di Dio e i sacramenti — fatta da Dio agli uomini. Tale attribuzione è dono dell'amore trinitario alle persone umane chiamate a diventare figli di Dio Padre in Cristo per opera dello Spirito Santo. In definitiva, la missione termina nell'incontro salvifico dell'uomo con Cristo, e mediante Lui, con il Padre nello Spirito Santo. Ma il mistero della Chiesa comporta la sua mediazione anche visibile, attraverso quei beni salvifici nei quali Cristo si rende presente nell'oggi della storia. Siffatta mediazione implica, per arrivare alla sua dimensione giuridica, una relazionalità secondo giustizia tra le persone in rapporto ai beni ecclesiali visibili della salvezza. L'oggetto di quella relazionalità sono questi beni nonché i beni umani inerenti alla vita della

(27) Lo stesso Corecco è ben conscio di questa fondazione dell'umano nel divino, ed invoca in proposito il principio «incarnazione»: cfr. *Il valore della norma canonica in rapporto alla salvezza*, cit., pp. 60-63.

(28) A. DEL PORTILLO, *Laici e fedeli nella Chiesa. Le basi dei loro statuti giuridici*, trad. it. della 3a. ed. spagnola, Giuffrè, Milano 1999, p. 65.

Chiesa su questa terra (libertà e disciplina, organizzazione, beni patrimoniali, mezzi di tutela dei diritti, ecc.): altrimenti, se si volesse concepire la relazionalità secondo giustizia direttamente in funzione della grazia o della giustificazione, si trascenderebbe assolutamente il piano del diritto. Tuttavia, pur ponendosi su questo piano, la giustizia intraecclesiale, con le sue caratteristiche proprie e certamente entro i limiti che le derivano dall'agire umano, partecipa all'indole essenzialmente salvifica dell'intera vita e missione della Chiesa.

La relazionalità giuridico-canonica certamente investe il rapporto tra i Pastori e gli altri fedeli. Perciò è tanto rilevante il seguente canone, sostanzialmente identico nei due Codici, e con precedenti diretti nel Codice del 1917 e nella *Lumen gentium*: «I fedeli hanno il diritto di ricevere dai sacri Pastori gli aiuti derivanti dai beni spirituali della Chiesa, soprattutto dalla parola di Dio e dai sacramenti»⁽²⁹⁾. Sarebbe però riduttivo concepire la relazionalità giuridica nella Chiesa unicamente in chiave gerarchica. Un altro canone, quasi uguale in entrambe le nuove codificazioni, ci addita una dimensione relazionale ancor più fondamentale, situata proprio a livello dell'uguaglianza battesimale tra tutti i cristiani. «I fedeli sono tenuti all'obbligo di conservare sempre, anche nel loro modo di agire, la comunione con la Chiesa»⁽³⁰⁾. A meno che si voglia lasciare questo obbligo in una vaga, inoperante e perfino pericolosa indeterminazione, dal punto di vista giuridico esso va collegato con i vincoli tradizionali della comunione visibile: la professione della fede, i sacramenti e il governo ecclesiastico⁽³¹⁾. La giuridicità di tale dovere di comunione visibile deve essere collegata con l'esistenza di un vero diritto corrispettivo, di cui sono titolari gli altri fedeli nonché la Chiesa nel suo insieme istituzionale. Inoltre, non deve essere dimenticato il fatto che questo dovere comunionale comprende quello di rispettare la legittima libertà delle persone e delle comunità nella Chiesa, vero bene giuridico e salvifico, inseparabile dall'autentica comunione cristiana nella libertà dei figli di Dio.

Anche nel diritto ecclesiale possiamo dire con Giovanni Paolo II che l'uomo è «la prima strada che la Chiesa deve percorrere nel

⁽²⁹⁾ CIC, can. 213. Cfr. CCEO, can. 16; CIC 1917, can. 682; Costituzione dogmatica *Lumen gentium*, n. 37a.

⁽³⁰⁾ CIC, can. 209 § 1. Cfr. CCEO, can. 12 § 1.

⁽³¹⁾ Cfr. CIC, can. 205; CCEO, can. 8; Costituzione dogmatica *Lumen gentium*, n. 14b.

compimento della sua missione: egli è la prima e fondamentale via della Chiesa, tracciata da Cristo stesso, via che costantemente passa attraverso il mistero dell'Incarnazione e della Redenzione»⁽³²⁾. Da un lato, la persona è chiamata ad essere giusta nei riguardi di tutti nella Chiesa, e anche rispetto a coloro che ancora sono fuori, in quanto la salvezza è anche per loro. Tale giustizia si vive ordinariamente senza un'esplicita avvertenza del suo carattere giuridico, poiché è vitalmente inserita in un contesto ecclesiale che supera di gran lunga l'aspetto strettamente giuridico. In effetti, essendo la Chiesa «società familiare nell'ordine soprannaturale» secondo la profonda espressione di Rosmini⁽³³⁾, il cristiano vive gli aspetti giuridici in modo inseparabile rispetto ai suoi impegni religiosi ed apostolici, e alla sua partecipazione a quella vita cristiana che mediante la Chiesa si trasmette. Perciò, l'indole morale dei suoi obblighi giuridici nella Chiesa appare con singolare intensità, e non è sempre agevole tracciare i limiti propriamente giuridici di tali obblighi⁽³⁴⁾. Dall'altro lato, i diritti dei cristiani, proprio perché vertono su beni salvifici o collegati con la salvezza, sono particolarmente lontani dalla dialettica del diritto inteso come sfera individualistica di potere e di interessi che occorre controbilanciare con quella degli altri e dell'intero corpo sociale. Tale visione del diritto è in realtà inadeguata per qualunque diritto, ma nel caso di quello ecclesiale la natura stessa del suo oggetto, legato alla comunione salvifica, rende particolarmente evidente la falsità di tale impostazione, contraddittoria con la realtà relazionale della persona. Anche per questo motivo, il diritto ecclesiale è chiamato ad essere un fattore di civiltà per la riscoperta dell'indole veramente personale di tutti i diritti.

Sarebbe questo il momento di tornare a considerare il Grande Giubileo nella prospettiva della componente di giustizia della missione salvifica della Chiesa. Penso che non occorra dilungarsi in proposito, perché ritengo ormai sufficientemente chiarito il senso fondamentale che dovrebbero avere tali considerazioni: si tratta di mettere a disposizione di tutti, con singolare intensità, i beni della salvezza

(32) Enc. *Redemptor hominis*, 4 marzo 1979, n. 14, in AAS, 71 (1979), pp. 284-285.

(33) A. ROSMINI, *Filosofia del diritto*, CEDAM, Padova 1969, vol. IV, n. 966, p. 985.

(34) Si pensi ad esempio ai «precetti della Chiesa»: cfr. *Catechismo della Chiesa Cattolica*, nn. 2041-2043.

che Cristo ha lasciato nelle mani della sua Chiesa, essendo tali beni l'oggetto essenziale del diritto nella Chiesa.

Per concludere questa lezione, vorrei citare alcune parole del Beato Josemaría Escrivá, riguardanti il senso salvifico del diritto canonico, nelle quali l'intreccio tra la sua sensibilità di pastore e quella di giurista è particolarmente evidente: «La legge, figli miei — scriveva in un lettera ai fedeli dell'Opus Dei nel 1964 —, e ancor di più nella vita della Chiesa, è qualcosa di molto santo. Non è una forma vuota, né un'arma per soggiogare i cittadini o le coscienze, bensì un ordine ragionevole e soprannaturale, secondo la giustizia»⁽³⁵⁾.

CARLOS J. ERRÁZURIZ M.

⁽³⁵⁾ *Lettera 15-VIII-1964*, n. 103.

Rassegna di bibliografia

Note bibliografiche

Pagina bianca

IL LIBRO « DE PROCESSIBUS » NELLA CODIFICAZIONE DEL 1917

Il 12 novembre 1999, presso l'Aula Magna della Pontificia Università della Santa Croce, si è svolto un atto accademico di presentazione del volume di JOAQUÍN LLOBELL - ENRIQUE DE LEÓN - JESÚS 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*, Pontificia Università della Santa Croce, Monografie Giuridiche 15, Giuffrè Editore, Milano 1999, pp. XII + 1303. L'atto è stato moderato dal Prof. Gaetano Lo Castro, Ordinario di Diritto Canonico dell'Università di Roma La Sapienza, e sono intervenuti S.E.R. il Cardinale Zenon Grocholewski, allora Prefetto della Segnatura Apostolica e attualmente Prefetto della Congregazione per l'Educazione Cattolica, S.E.R. il Cardinale Mario F. Pompedda, allora Decano della Rota Romana e attualmente Prefetto della Segnatura Apostolica, il Prof. Giorgio Feliciani, Ordinario di Diritto Canonico dell'Università del Sacro Cuore (Milano) e Presidente della *Consociatio Internationalis Studio Iuris Canonici Promovendo*, e il Prof. Carmine Punzi, Ordinario di Procedura Civile dell'Università di Roma La Sapienza. Pubblichiamo i rispettivi interventi.

L'ATTUALITÀ DEL DIRITTO PROCESSUALE CANONICO DEL PASSATO

Intervento di S.E.R. Mons. Zenon Grocholewski

Fra i simposi, convegni, giornate di studio e conferenze di diritto canonico, le più numerose — sia qui a Roma che a livello di tutta la Chiesa — sembrano essere quelle che direttamente coinvolgono gli operatori di giustizia nella Chiesa. Essi, infatti, hanno quotidianamente a che fare con l'applicazione del diritto nelle questioni non facili.

Ora viene dato a loro disposizione un libro di 1300 pagine — che inoltre è soltanto il primo di tre volumi previsti — il quale documenta la dinamica della formazione del diritto processuale canonico del Codice del 1917.

Nonostante si tratti di un volume recentissimo, l'ho visto già consistentemente preso in considerazione in uno studio su un tema molto specifico circa il sigillo del tribunale⁽¹⁾.

Nel mio breve intervento, in questa presentazione dell'importante volume, vorrei soprattutto sottolineare l'attualità del libro, ossia la sua utilità pratica per gli operatori della giustizia di oggi. Inoltre — siccome Mons. Pompedda tratterà di alcune questioni riguardanti la Rota Romana — io mi soffermerò su altri due Tribunali Apostolici, ossia sulla Segnatura Apostolica e sulla Penitenzieria Apostolica.

1. *L'attualità del volume.*

a) *Valutare secondo lo «ius vetus».* Il can. 6 al § 1 dell'attuale Codice sancisce l'abrogazione del Codice del 1917 e di tutte le leggi «*quae hoc Codice ex integro ordinatur*». Invero, questa è la situazione del libro settimo «*de processibus*», nel quale in realtà è stata ordinata integralmente tutta la materia del diritto processuale canonico.

Tuttavia, appare evidente che il nuovo Codice non ha inteso regolare *ex novo* ogni singolo istituto giuridico. Anzi, in molte materie e, sicuramente, nella maggiore parte di quelle processualistiche (quantunque vi siano importanti innovazioni), il legislatore ha voluto accogliere gli istituti così come li ha recepiti dalla tradizione millenaria canonica. Si potrebbe dire, addirittura, che gli elementi essenziali del processo, tipizzati dal diritto romano, consentono un'opera legislativa soltanto limitata, tesa cioè ad accogliere, con modalità diverse, aspetti indisponibili in quanto appartenenti a quell'ambito ontologico della dimensione giuridica che si suole definire come «natura delle cose».

Perciò assume una particolare importanza il § 2 del citato canone che recita: «*Canones huius Codicis, quatenus ius vetus referunt aestimandi sunt ratione etiam canonicae traditionis habita*».

Per detti motivi, lo studio del vigente processo canonico richiede conoscenze risalenti all'esperienza giuridica universale e, in modo particolare, al Codice piano-benedettino e anche al sistema normativo previo a detto Codice.

b) *Lo «ius vetus».* Questo sistema precedente al 1917 era chiamato, in modo non completamente esatto ma sostanzialmente giusto, «*ius decretalium*» ed era — come sappiamo — imperniato su un insieme di norme le quali possedevano una natura fondamentalmente «giurisprudenziale» e

(1) Cfr. F. KALDE, *Das Gerichtssiegel als Beglaubigungsmittel, mit Siegelbeispielen aus der österreichischen Gerichtsbarkeit*, in AA.VV., *Gnade und Recht*, Festschrift für Gerhard Holotik zur Vollendung des 60. Lebensjahres, hgb. S. Haering, J. Kandler und R. Sagmeister, Frankfurt am Main 1999, p. 346.

raggiungevano la qualifica legislativa di norme generali soltanto in ambito formale, cioè mediante la promulgazione da parte del legislatore della compilazione delle medesime «sentenze» o, comunque, provvedimenti *ad casum*, singolari o particolari.

La vera completa tipizzazione degli istituti processuali si riscontrava nell'insieme della dottrina e della prassi giurisprudenziale, e, in particolare, in quello specifico genere letterario degli «*ordines iudicarii*», misto di esperienza giudiziaria e di riflessione teoretica, fra cui spicca lo «*Speculum*» del maestro Guglielmo Durante, il quale è seppellito nella chiesa di Santa Maria sopra Minerva, vicina a questo Palazzo dell'Apollinare.

Tale situazione fu descritta con notevole lucidità storica dal Gasparri quando, nel febbraio 1904, proponeva l'opportunità di avviare i lavori della codificazione ai Cardinali membri della Sacra Congregazione degli Affari Ecclesiastici Straordinari, della quale era Segretario, e trasmetteva loro il progetto del m.p. «*Arduum sane munus*», redatto dal Card. Gennari⁽²⁾.

Il libro che presentiamo dimostra compiutamente la profonda volontà dei membri della commissione codificatrice, e dello stesso san Pio X, di accogliere in forma codiciale soltanto lo «*ius decretalium*», inteso nel senso lato, vigente all'epoca, senza introdurre nel testo promulgando particolari innovazioni, se non quelle richieste dalla nuova «concordia» canonica, affidata ai codificatori poco più di sette secoli dopo quella prima realizzata da Graziano.

c) *Il valore dei verbali*. In modo analogo all'importanza dei *dicta* graziani (non minore degli stessi testi delle *auctoritates* riportati sul *Decreto*), appaiono importanti per la comprensione dei nuovi canoni, oltre alle loro fonti, le discussioni nel seno della commissione codificatrice.

Da una parte, infatti, dette discussioni contengono motivi del discernimento su quali fra le norme precedenti (spesso contrastanti) fossero considerate vigenti. In tale prospettiva appare giustificata la tesi degli Autori secondo cui i primi progetti (chiamati voti) e le iniziali discussioni sul libro «*de processibus*» (del 1907 e del 1908) costituiscono una presentazione dell'ultimo *ordo iudicarius* del periodo decretalista, cioè la più completa esposizione del diritto processuale vigente al momento dell'entrata in vigore del Codice⁽³⁾.

D'altra parte le menzionate discussioni esprimono le ragioni delle innovazioni introdotte allo *ius vetus*. Siccome la normativa riguardante la maggior parte degli istituti processuali del CIC 1983 è rimasta sostanzialmente quella stabilita dal testo piano-benedettino — infatti, la riforma post-

(2) Questo documento di Gasparri si trova opportunamente nel volume: *vide* il Capitolo I e il *Documento* 1, C, pp. 25-37, 263-274.

(3) Cfr. ad es., *Presentazione*, pp. 10-11.

conciliare ha rivisto fundamentalmente soltanto il processo di nullità del matrimonio, modificato già dal m.p. *Causas matrimoniales* del 1971: la riforma dei titoli di competenza, l'obbligo dell'invio *ex officio* al tribunale superiore della prima sentenza *pro nullitate*, la possibilità di ratificare mediante decreto la sentenza *pro nullitate* di prima istanza, ecc. ed il processo contenzioso-amministrativo — la ricostruzione storica dei disposti del CIC 1917 acquista un'attualità ed un interesse sorprendenti.

Per questo motivo dobbiamo ringraziare gli Autori del volume per la cura con la quale hanno pubblicato questi verbali.

2. *La Segnatura Apostolica.*

Per motivi ovvi, come prefetto del Supremo Tribunale della Segnatura Apostolica, ho letto con particolare interesse quanto nel volume riguarda quel tribunale apostolico. In realtà ho trovato parecchi elementi interessanti al riguardo e specialmente nei verbali⁽⁴⁾. Mi limito soltanto a due osservazioni:

a) *Evoluzione storica.* La Segnatura Apostolica ha avuto una lunga storia, praticamente dalla fine del sec. XIII. Poi, verso l'anno 1496, è stata divisa in *Signatura Gratiae* e *Signatura Iustitiae*. La prima è stata strutturata da Sisto V a mo' di Congregazione, mentre la «*Signatura Iustitiae*» era un vero tribunale. La prima ha cessato la propria attività nel 1839, la seconda insieme con la Sacra Romana Rota ha cessato di esistere nel 1870.

Nel libro vediamo la dinamica della restaurazione o piuttosto della formazione della nuova Segnatura, unica, che rispecchia le competenze della sola antica Segnatura di Giustizia. Dai verbali risulta che la questione non era tanto chiara per quanti preparavano la codificazione. Perfino c'era chi riteneva non necessario il ripristinare la Segnatura. Comunque, in base alla *Lex propria Sacrae Romanae Rotae et Signaturae Apostolicae* del 1908 (can. 37) e del Codice del 1917 (can. 1603), per la Segnatura Apostolica — che è diventata sostanzialmente una specie di corte di cassazione per la Sacra Romana Rota — non si poteva prevedere una grande attività.

Nella riforma postconciliare della Curia Romana, compiuta con la Cost. Ap. *Regimini Ecclesiae universae*, la Segnatura Apostolica è apparsa come l'organo più riformato, ossia quello più ampliato nelle sue competenze. Infatti, non soltanto è stata potenziata come tribunale, diventando, con la creazione della c.d. allora «*Sectio Altera*», anche un tribunale contenzioso-amministrativo, ossia accanto ai compiti di Corte di Cassazione assumendo quelli di un Consiglio di Stato, ma inoltre le sono stati attribuiti

(4) Cfr. pp. 490-491, 523-524, 767-769, 1091, 1093-1097, 1101, 1106-1108, 1115-1124, 1221-1222, 1235-1236, 1238-1239; inoltre cfr. pp. 381 can. 11, 385 can. 34, 429 can. 12, 459 can. 47.

molti compiti amministrativi, riguardanti l'attività giudiziaria della Chiesa. In tal modo oltre al tribunale (ordinario e contenzioso-amministrativo) è diventata una congregazione (congregazione di giustizia). Così, oggi, circa la metà, o piuttosto oltre la metà del proprio lavoro, la Segnatura lo svolge come congregazione di giustizia.

Di nuovo quindi la Segnatura Apostolica torna ad essere tribunale e congregazione, anche se non divisa in organi separati.

La riforma descritta nel libro espone quindi il primo passo normativo riguardante la nuova Segnatura che si è poi sviluppata enormemente, assumendo compiti molto delicati, soprattutto nella realtà attuale che è assai complessa.

b) *Competenze nel campo legislativo.* Nel progetto della menzionata «Lex propria» troviamo la seguente formulazione, proposta da Ojetti: «*Idem supremo [sic] tribunal debet omnes leges pontificias, quae promulgandae sunt, antea recognoscere ad hoc ut constet utrum eae cum universa pontificia legislatione concordent necne, idque Romano Pontifici referre*»⁽⁵⁾. Una tale competenza, com'è noto, non fu accolta dalla *Lex propria* del 29 giugno 1908.

Nella ultima riforma della Curia Romana la questione in qualche modo è ritornata, ed anzi è diventata più ampia: non soltanto si è trattato di coordinare i documenti normativi della Santa Sede (quantunque difficilmente si possa immaginare la discordanza nella legislazione pontificia), ma anche di affrontare le eventuali discordanze fra la legislazione canonica universale e quella delle Chiese locali, il potere legislativo delle quali è stato aumentato nel nuovo Codice.

Per quanto riguarda il coordinamento dei documenti normativi della Santa Sede la questione in qualche parte è stata affidata al Pontificio Consiglio per l'Interpretazione dei Testi Legislativi che collabora con i Dicasteri della Curia Romana affinché le loro norme (decreti generali esecutivi e istruzioni) «*iuris vigentis praescriptis congruant et recta forma iuridica exarentur*» (art. 156). Comunque, il Pontificio Consiglio per l'Interpretazione dei Testi Legislativi non ha, sugli atti normativi dei Dicasteri né tanto meno sulle leggi *stricto sensu*, quella competenza, più incisiva, proposta nel 1908 per la Segnatura di *recognoscere* le medesime.

Più discussa era, invece, la questione riguardante l'organo competente per giudicare le eventuali discordanze delle legislazioni locali con quella della Chiesa universale. Non mancava chi — avendo anche presente che le simili questioni negli ordinamenti statali vengono logicamente trattate da un tribunale (Corte Costituzionale) — ha proposto che detta competenza venisse affidata alla Segnatura Apostolica. Così, alle tre sezioni attual-

(5) Documento 6, p. 1236.

mente esistenti nella Segnatura Apostolica (che assomigliano rispettivamente alla Corte di Cassazione, al Consiglio di Stato e al Ministero di Grazia e Giustizia), sarebbe stata aggiunta come quarta sezione una specie di Corte Costituzionale. La stessa Segnatura Apostolica era contraria a cumulare tante competenze in materia giudiziaria. Quindi la Cost. Ap. *Pastor bonus* ha affidato il controllo delle norme dei legislatori locali al medesimo Pontificio Consiglio per l'Interpretazione dei Testi Legislativi («*Iis quorum interest postulantibus, decernit utrum leges particulares et generalia decreta, a legislatoribus infra supremam auctoritatem lata, universalibus Ecclesiae legibus consentanea sint necne*»: art. 158; cfr. art. 157).

3. La Penitenzieria Apostolica come tribunale.

La Penitenzieria Apostolica già nelle fonti antiche veniva designata come tribunale. Anzi, nei documenti del nostro secolo — come la Cost. Ap. *Sapientis consilio* del 1908 (cfr. pars II), l'*Ordo servandus in Sacris Congregationibus, Tribunalibus, Officiis Romanae Curiae* del medesimo anno (cfr. pars altera, cap. VIII), il Codice di Diritto Canonico del 1917 (cfr. cann. 258-259) — nonché nell'*Annuario Pontificio*, pubblicato ogni anno, e nei volumi annuali *L'Attività della Santa Sede* viene addirittura indicata al primo posto fra i tribunali della Santa Sede. Nella Cost. Ap. *Regimini Ecclesiae universae* del 1967 la troviamo, in verità, al terzo posto (cfr. pars VI, artt. 104-113), ma nella successiva riforma della Curia Romana è tornata al primo posto tra i tribunali della Sede Apostolica: cfr. la Cost. Ap. *Pastor bonus* del 1988 pars. IV, artt. 117-130.

Colpisce quindi che nel grande volume che stiamo presentando sul libro «*De processibus*» nella codificazione del 1917 non troviamo neppure una parola della Penitenzieria Apostolica e della procedura da seguire in essa.

Il motivo appare chiaro. La Penitenzieria Apostolica non è vero tribunale: *a*) ad essa si ricorre, infatti, non per rivendicare un diritto e conseguentemente per chiedere la giustizia, ma per implorare una grazia (in foro interno, anche non sacramentale); *b*) in essa non s'instaura un vero contraddittorio, non si raccolgono le prove, non si dà la possibilità di difesa con la facoltà di confutare le prove avverse, ecc. In altre parole, non si riscontrano né nell'oggetto della competenza della Penitenzieria Apostolica né nella procedura in essa seguita gli elementi essenziali dei veri processi giudiziari.

Altrove mi son posto la questione di perché ciò nonostante essa venga costantemente annoverata fra i tribunali, rispondendo: «Collocando la Penitenzieria Apostolica fra i tribunali, ed anzi al primo posto, si è voluto forse dare a ciò un significato particolare, ricordandoci che la nostra vita — terrena e tanto più eterna — non è segnata dalla giustizia ma dalla misericordia di Dio [...]. Con altre parole, forse si è voluto mettere in rilievo ciò che — con riferimento all'attività giudiziaria — ha notato Giovanni Paolo II: “Nel-

l'esperienza esistenziale della Chiesa, le parole *diritto*, *giudizio* e *giustizia*, pur tra le imperfezioni e le difficoltà di ogni orientamento umano, rievocano il modello di una superiore giustizia, la Giustizia di Dio, che si pone come meta e come termine di confronto ineludibile". E la giustizia di Dio — come sappiamo — è strettamente connessa con la misericordia»⁽⁶⁾.

⁽⁶⁾ *I Tribunali*, in AA.VV., *La Curia Romana nella Cost. Ap. «Pastor Bonus»*, Città del Vaticano 1990, p. 397.

IL RIPRISTINO DEL TRIBUNALE APOSTOLICO DELLA ROTA ROMANA
AD OPERA DELLA COMMISSIONE CODIFICATRICE SUL LIBRO
«DE PROCESSIBUS» (1907-1908)

Intervento di S.E.R. Mons. Mario Francesco Pompedda

Nel breve spazio disponibile, vorrei accennare soltanto a talune tematiche, riguardanti il Tribunale Apostolico della Rota Romana, che i documenti e gli studi del volume presentato segnalano come dibattute quando, all'inizio del ventesimo secolo (il 27 novembre 1907), la commissione codificatrice sul libro «*de processibus*» ricevette dal Santo Padre Pio X l'incarico di preparare il progetto di *lex propria* della Segnatura Apostolica e della Rota Romana ⁽¹⁾, questioni su cui appare ancora utile soffermarsi.

In particolare, tratterò di un argomento il quale, pur avendo fondamentalmente, valenza ecclesiologica, ha forti implicazioni giuridiche. Mi riferisco all'armonico esercizio della suprema potestà del Papa e di quella dei vescovi diocesani, in modo che la potestà giudiziaria del Romano Pontefice non significhi lo svuotamento di quella dei vescovi diocesani e, nel contempo, permetta ai Tribunali Apostolici di esercitare, senza la previa avocazione della causa da parte del Santo Padre, quella potestà giudiziaria vicaria loro propria. La questione fu lasciata parzialmente in sospeso al Concilio Vaticano I, il quale si occupò prevalentemente di affermare la potestà del Romano Pontefice (cost. dogm. «*Pastor aeternus*», de *Ecclesia Christi*, 18 luglio 1870). Invece, detto rapporto è stato approfondito e potentemente illuminato dalla cost. dogm. *Lumen gentium* e dal decr. «*Christus Dominus*», de *pastorali Episcoporum munere in Ecclesia* del Concilio Vaticano II. Comunque, il problema — che non è di pura ragione, rientrando nel disegno misterico divino — continua a non essere ben compreso da alcuni settori cattolici e, quindi, il magistero pontificio ha dovuto soffermarvisi per offrire ulteriori chiarimenti, come si evince, ad es., dalla lettera *Communio nis notio* della Congregazione per la Dottrina della Fede (28 maggio 1992).

All'epoca precedente la prima codificazione canonica, gli insegnamenti del Concilio Vaticano I dovevano confrontarsi con le impostazioni giurisdizionalistiche (gallicanesimo in Francia, giuseppinismo nell'Impero Austro-ungarico, regalismo in Spagna, ecc.). In ambito processuale la questione riguardava direttamente l'opportunità di concedere ai Tribunali Apostolici la possibilità di giudicare le cause non rientranti fra le *causae maiores* (cioè quelle riservate sin dalla prima istanza al Santo Padre, *ratione personae*, o al Sant'Uffizio, *ratione materiae*: sulla fede), e, in modo più con-

(1) Cfr. pp. 1054-1055.

creto, l'opportunità di limitare la potestà dei Tribunali Apostolici alla terza istanza.

La posizione limitatrice dell'esercizio della potestà dei tribunali del Papa nelle cause non riservate fu sostenuta con vigore dal consultore francese della commissione codificatrice, Serafino Many, il quale, nel 1908, diventò membro del primo collegio degli Uditori rotali e, nel 1920, Decano della Rota Romana⁽²⁾. La posizione di quest'ultimo all'interno della commissione codificatrice fu, inizialmente, minoritaria ma, alla fine, riuscì ad imporsi. Infatti, il volume documenta quanti sforzi dovette compiere Many per convincere gli altri consultori sull'opportunità di approdare a quello che sarebbe stato il testo del can. 1569 del CIC 1917, il quale è rimasto sostanzialmente immutato nel CIC 1983 (can. 1417).

La maggior parte dei consultori consideravano necessario affermare la suprema e immediata potestà giudiziaria del Romano Pontefice su ogni fedele e quindi, la possibilità del giudizio pontificio sin dal nascere della controversia, ciò derivando da principi dogmatici della teologia cattolica. Many, non contestava tale affermazione, ma cercava di evitare due situazioni da egli ritenute pericolose: in primo luogo, che la potestà giudiziaria del vescovo diocesano potesse essere *frustrata*, restando priva di contenuto qualora i fedeli avessero ed esercitassero il *diritto ad essere giudicati dai tribunali pontifici sin dalla prima istanza*; in secondo luogo, che l'esercizio di tale diritto avesse scopi ostruzionistici della giusta soluzione del contraddittorio, in particolare da parte dei chierici colpevoli di un reato penale.

Di fatto ognuno dei due *voti* iniziali sulla parte generale del libro «*de processibus*» (Noval 1907 e Many 1907) sottolineava uno dei due menzionati aspetti del problema: rispettivamente quello di Noval sosteneva il diritto del Papa e del fedele al giudizio presso i Tribunali Apostolici sin dalla prima istanza⁽³⁾; quello di Many, invece, limitava il giudizio presso i tribunali romani al foro dei pellegrini nell'Urbe⁽⁴⁾. Già durante la *prima lettura* (sui due citati *voti*) i verbali della commissione dei consultori (la *Consulta*) testimoniano le divergenze in seno alla commissione codificatrice: «tutti (i consultori) ... vogliono che si mettano le parole "*omnes fideles possunt Romae convenire*". P. Many è contrario a questa formula»⁽⁵⁾. Di conseguenza, il primo *schema* (*Schema 1 ig*), quello successivo e conseguente alla *prima lettura* sui citati *voti* iniziali, sottolineava prevalentemente il diritto del Papa e del fedele al giudizio in prima istanza⁽⁶⁾. Il rispettivo esame di questo te-

(2) Cfr. pp. 97-98, 106-108.

(3) Cfr. *Noval 1907*, cann. 5, 2° e 35-36, pp. 379-380, 385.

(4) Cfr. *Many 1907*, can. 30 §§ 3 e 4, p. 417.

(5) *Consulta* del 2 maggio 1907, p. 977.

(6) Cfr. *Schema 1 ig*, can. 3, preliminare, p. 427.

sto, durante la *seconda lettura* del progetto, comportò un ampio dibattito su tale can. 3 preliminare in rapporto con il capitolo *Causae omnes* del Concilio di Trento (cap. 20, della sessione 24, *de reformatione*)⁽⁷⁾. Non senza difficoltà, Many riuscì a convincere canonisti del calibro di Lega, De Lai (entrambi poi divenuti Cardinali), Ojetti, ecc., che il diritto del fedele ad essere giudicato in prima istanza dal Romano Pontefice o dai suoi tribunali (vicari o delegati) e la suprema ed immediata potestà del Papa su tutti i fedeli era compatibile con l'autolimitazione dell'esercizio del medesimo diritto — la quale doveva essere attuata sul codice dallo stesso supremo legislatore, analogamente alle prescrizioni tridentine —, in modo da affidare il giudizio di prima istanza esclusivamente ai tribunali diocesani, salvo il diritto del Papa di avocare a sé o ai suoi tribunali la causa, sia *motu proprio* sia ad istanza di parte, senza che però la richiesta dell'avocazione da parte di un fedele comportasse il diritto ad ottenere detta avocazione e, quindi, senza che la medesima avesse effetto sospensivo nei confronti della giurisdizione del tribunale diocesano. Una tale impostazione appare nello schema successivo (*Schema 2 ig*), anch'esso del 1907 e — con notevoli modifiche redazionali che rendono la disposizione sostanzialmente uguale a quella del can. 1569 del CIC 1917 e del can. 1417 del CIC 1983 — nello *Schema 3 ig*, il quale incorporò gli approfondimenti concettuali e formali effettuati in occasione della discussione della *lex propria* della Rota Romana e della Segnatura Apostolica⁽⁸⁾.

Comunque, mentre il primo progetto di *lex propria* — redatto da Ojetti e Pacelli, gennaio 1908, sotto l'influsso del dibattito sullo *Schema 2 ig* (durante la terza lettura effettuata da parte della *Consulta*) — e lo *Schema 3 ig* — il quale incorporava al codice le norme di detto primo progetto di *lex propria* — affidavano alla Rota Romana in via ordinaria soltanto la terza istanza, lo *Schema 4 ig*, successivo alla promulgazione della *lex propria* (29 giugno 1908), prescriveva la competenza ordinaria della Rota Romana come tribunale universale di appello, *concorrente* con i tribunali locali di seconda istanza⁽⁹⁾, come la recente normativa sulla Rota della Nunziatura Apostolica in Spagna ha voluto ribadire, modificando la precedente legislazione la quale rendeva, di fatto, impossibile ai fedeli sottoposti alla giurisdi-

(7) Cfr. *Consulta* del 13 giugno 1907, pp. 1005-1012.

(8) Cfr. *Schema 2 ig*, cann. 11-12, p. 452-453; *Schema 3 ig*, can. 13, p. 481; *Schema 4 ig*, can. 13, p. 515; *Schema 1909 Cardinali*, can. 13, pp. 756-757.

(9) Many voleva escludere l'appello in seconda istanza dalla competenza della Rota Romana (cfr. *Consulte* del 26 e del 31 gennaio 1908, pp. 1092, 1094, 1095). Cfr. *Many 1907*, can. 39, p. 419, *Schema 1 ig*, can. 17, p. 429; *Schema 2 ig*, can. 60, p. 459; *Progetto Rota e Segnatura*, cann. 3 § 1, 4, p. 1234; *Schema 3 ig*, can. 65 §§ 2 e 3, p. 490; *Schema 4 ig*, can. 47, p. 522.

zione dei tribunali spagnoli l'accesso alla Rota Romana senza l'avocazione della causa da parte del Romano Pontefice⁽¹⁰⁾.

Suddetta competenza della Rota in grado di appello diventava il veicolo tramite il quale questo Tribunale Apostolico avrebbe contribuito a formare una giurisprudenza canonica autentica ed uniforme — analogamente a quanto indica l'art. 126 della vigente cost. ap. *Pastor bonus* —, mansione la quale era stata voluta sin dal voto di *Noval 1907* e che, nel primo progetto e nelle relative discussioni della *lex propria*, veniva affidata alla Segnatura Apostolica⁽¹¹⁾.

Fra le altre numerose questioni riguardanti la Rota Romana contenute nell'opera presentata, possiamo segnalare la *perpetuatio iurisdictionis* del Tribunale Apostolico in seguito all'«*appositio manuum*» su una causa, a prescindere dall'istanza in cui ciò avveniva⁽¹²⁾; il dibattito sull'opportunità di affidare la mansione di Decano all'Uditore più anziano o lasciare la nomina, invece, alla libera designazione del Romano Pontefice⁽¹³⁾; l'obbligo di motivare i provvedimenti, quantunque la motivazione delle sentenze rotali fosse, inizialmente, *mediata* giacché il primo progetto della *lex propria* continuava a distinguere — sulla scia della tradizione, accolta dal titolo della pubblicazione ufficiale della giurisprudenza rotale — le *decisiones*, le quali dovevano essere motivate, dalle *sententiae*, le quali potevano non contenere alcuna motivazione qualora dichiarassero di fondarsi sulle ragioni manifestate nelle precedenti *decisiones*⁽¹⁴⁾; il divieto per il ponente del turno rotale di compiere gli atti istruttori nelle cause penali⁽¹⁵⁾, in modo analogo a quanto prescrivono le nuove norme della Rota Española⁽¹⁶⁾. Di questi e di altri molti interessanti argomenti lo studioso del processo canonico potrà avere puntuale notizia sul volume che ci ha riuniti in questa sede.

⁽¹⁰⁾ Cfr. Giovanni Paolo II, m.p. *Nuntiaturae Apostolicae in Hispania*, 2 ottobre 1999, di promulgazione delle *Normas orgánicas y procesales del Tribunal de la Rota de la Nunciatura Apostólica en España*, in *AAS*, 92 (2000), pp. 5-17.

⁽¹¹⁾ Cfr. *Noval 1907*, can. 6, nota 2, p. 380; *Progetto Rota e Segnatura*, can. 13 § 2, p. 1236.

⁽¹²⁾ Cfr. *Schema 3 ig*, can. 66, p. 490; *Normae Rotae Romanae Tribunalis*, 18 aprile 1994, art. 70, in *AAS*, 86 (1994), pp. 508-540.

⁽¹³⁾ *Consulta* del 31 gennaio 1908, p. 1093; *Schema 3 ig*, can. 62 § 1, p. 489.

⁽¹⁴⁾ Cfr. *Progetto Rota e Segnatura*, cann. 20, 23, 27 e 28, pp. 1237-1238.

⁽¹⁵⁾ Cfr. *Progetto Rota e Segnatura*, can. 17.

⁽¹⁶⁾ Cfr. *Normas del Tribunal de la Rota de la Nunciatura Apostólica en España*, 2 ottobre 1999, cit., art. 51.

Intervento del prof. Giorgio Feliciani

Questo primo ponderoso tomo dell'opera intrapresa dai docenti della cattedra di diritto processuale della Pontificia Università della Santa Croce riveste per la scienza canonistica una importanza che eccede il pur rilevante e significativo apporto di conoscenze e di pensiero offerto allo studio della disciplina dei processi. Contribuisce, infatti, e in misura notevole, a colmare una lacuna che, come si ricorda nel volume ⁽¹⁾, agli inizi degli anni ottanta descrivevo in questi termini: « a distanza di più di sessant'anni dalla promulgazione del *Codex* e quando ormai esso sta per essere sostituito da una nuova normativa, la storia giuridica e culturale del processo di codificazione della legislazione canonica » è « in massima parte ancora da scrivere, nonostante l'interesse che presenta dal punto di vista ecclesiologico e giuridico. Sotto il primo profilo, infatti, consentirebbe di identificare le concezioni teologiche che hanno ispirato questa riforma e l'incidenza che essa ha avuto sulla vita e sulla coscienza della comunità ecclesiale, mentre, sotto il secondo, permetterebbe una miglior conoscenza dello sviluppo del diritto della Chiesa e una più rigorosa interpretazione delle norme giuridiche, che dai lavori preparatori potrebbe trarre nuove e preziose indicazioni, utili anche nella prospettiva della loro revisione » ⁽²⁾.

Questa singolare carenza era in larga parte dovuta alla inaccessibilità delle carte relative ai lavori della Commissione Codificatrice che solo nel 1985, dopo il loro trasferimento all'Archivio Segreto Vaticano, vennero aperte alla libera consultazione degli studiosi. Gli autori del volume ritengono che già negli anni immediatamente precedenti esse fossero consultabili presso la Commissione per la revisione del Codice dove erano state trasferite dalla Segreteria di Stato ⁽³⁾, ma in realtà la situazione era ben diversa, come dimostra un'esperienza di carattere personale: riuscii ad ottenere il relativo permesso dal cardinal Felici, allora presidente della Commissione, solo dopo essermi fatto segnalare e in seguito a non poche insistenze. E, per di più, mi fu consentito di accedere solo alle prime cinque scatole del Fondo e con il divieto assoluto di fare fotocopie, obbligandomi a un lavoro certosino di copiatura manuale. Peraltro con una paziente attività di ricerca nelle biblioteche e negli archivi di diverse Università pontificie mi fu possibile acquisire numerosi altri documenti che vennero poi valorizzati dagli

⁽¹⁾ Vedi *Il libro «de processibus»*, cit., pp. 3-4.

⁽²⁾ G. FELICIANI, *Presentazione*, in M. VISMARA MISSIROLI - L. MUSSELLI, *Il processo di codificazione del diritto penale canonico*, Padova, Cedam, 1983, p. 4.

⁽³⁾ Vedi *Il libro «de processibus»*, cit., p. 2, nota 6.

autori dei primi volumi, dedicati rispettivamente al diritto penale e ai chierici, della collana «Quaderni della codificazione canonica» a cui davo vita in quegli anni⁽⁴⁾.

All'impossibilità di accedere alle fonti archivistiche si aggiungeva però un altro fattore: il sostanziale disinteresse di larga parte della dottrina che considerava la codificazione come una ineccepibile operazione di carattere meramente tecnico da studiare con metodo esclusivamente giuridico positivo. E anche qui posso addurre una testimonianza personale: quando parlai del mio progetto di studiare il processo di codificazione al maestro Orio Giacchi, egli mi disse chiaramente di non ritenere importante una ricerca in tal senso, sconsigliandomi decisamente dall'intraprenderla. E forse avrei seguito questa autorevole indicazione se non avessi avuto la fortuna di incontrare, poco tempo dopo, un altro grande maestro, l'indimenticabile Pedro Lombardía, che, al contrario, si dimostrò entusiasta dell'idea, al punto da invitarmi immediatamente a Pamplona per impostare e sviluppare l'indagine in stretta collaborazione.

Dopo questo decisivo incoraggiamento presentai senz'altro il mio progetto al quarto Congresso internazionale della Società Italiana di Storia del Diritto⁽⁵⁾ e avanzai una richiesta di finanziamento, che mi fu immediatamente concesso, al Consiglio Nazionale delle Ricerche. Mi fu così possibile raccogliere in modo organico in una microfilmoteca — ora collocata presso l'Istituto Giuridico dell'Università Cattolica del Sacro Cuore — tutte le carte della Commissione codificatrice conservate presso l'Archivio Segreto Vaticano nel Fondo Codex Iuris Canonici, e dare vita ai già ricordati «Quaderni della codificazione canonica» per pubblicarvi i più significativi risultati delle indagini da me promosse.

Invece la collaborazione con l'Università di Navarra — dopo la produzione di alcune tesi di dottorato relative ai lavori preparatori del primo libro del Codice — si interruppe ben presto a causa della chiamata di Lombardía alla Università Complutense di Madrid.

Il compito di realizzare il suo desiderio originario di promuovere approfonditi studi sul processo di codificazione venne però assunto, diversi anni dopo quell'incontro, dalla Università della Santa Croce e in modo sempre più ampio e approfondito, come dimostra questo volume.

(4) Vedi M. VISMARA MISSIROLI - L. MUSSELLI, *Il processo di codificazione del diritto penale canonico*, cit., e F. FALCHI, *I chierici nel processo di formazione del Codice piobenedettino*, Padova, Cedam, 1987. La collana è pubblicata nell'ambito delle Pubblicazioni della Università di Pavia. Studi nelle scienze giuridiche e sociali.

(5) Vedi G. FELICIANI, *Diritto e potere nella codificazione del diritto canonico*, in *Diritto e potere nella storia europea. Atti del quarto Congresso internazionale della Società Italiana di Storia del Diritto*, Firenze, Leo S. Olschki Editore, 1982, pp. 1093-1105.

Una iniziativa tutt'altro che casuale poiché ai miei colloqui a Pamplona con Lombardía partecipava regolarmente un suo giovane collaboratore e assistente, Juan Ignacio Arrieta, che poi divenne decano di questa facoltà al momento della sua istituzione e per diversi mandati.

Ma, nonostante l'impegno dei colleghi di questa facoltà e di pochi altri studiosi, il giudizio che formulavo sullo stato delle ricerche quasi vent'anni or sono resta ancora pienamente valido, come del resto mostrano di ritenere gli stessi autori di questo volume quando osservano che a tutt'oggi la pur «abbondante letteratura riguardante gli aspetti storici della codificazione» si riduce per lo più a «semplici esposizioni dei dati desumibili dai documenti» ufficiali, talvolta «illustrati e arricchiti» da quei primi commentatori del Codice che potevano disporre di ulteriori notizie, a causa della loro personale partecipazione ai lavori o grazie a testimonianze occasionalmente raccolte⁽⁶⁾.

Certamente in questi ultimi anni sono stati pubblicati alcuni studi che si sono avvalsi in modo organico delle carte conservate presso l'Archivio Segreto Vaticano. Si è trattato però quasi esclusivamente di indagini che, essendo dedicate a singoli istituti, non si preoccupano di affrontare e approfondire quella che gli autori del volume definiscono come «la storia della codificazione, in generale»⁽⁷⁾, vale a dire, ad esempio, le ragioni che la determinarono e la ispirarono; il metodo e l'organizzazione dei lavori; il ruolo complessivamente svolto dal cardinal Gasparri, dal Congresso dei cardinali, dalla Commissione dei consultori, dall'episcopato mondiale e dallo stesso Pio X; la ricezione del Codice nella Chiesa universale; il suo influsso sulla evoluzione della scienza canonistica sotto il duplice profilo della ricerca e dell'insegnamento.

Anche il presente volume, essendo dedicato a una determinata materia, sia pure di notevole ampiezza, non pretende di affrontare e tanto meno risolvere tutta questa vasta e complessa problematica. Offre tuttavia un importante contributo di riflessioni e conoscenze a chiunque vorrà cimentarsi sia con tali tematiche sia con questioni più circoscritte.

A tale proposito va innanzitutto segnalata l'attenta opera di ricognizione e descrizione delle fonti archivistiche da prendere in esame, con l'importante scoperta che «la catalogazione disponibile dell'ASV Fondo CIC non comprende tutto il materiale documentario esistente nell'ASV sulla codificazione del 1917». Sono stati, infatti rinvenuti «altri due gruppi di documenti, che si trovano negli scaffali vicini a quelli in cui è custodito il Fondo CIC, ma della cui esistenza» non si aveva alcuna notizia⁽⁸⁾. Di

(6) Vedi *Il libro «de processibus»*, cit., p. 3.

(7) Vedi *Il libro «de processibus»*, cit., p. 2.

(8) Vedi *Il libro «de processibus»*, cit., p. 6.

uno di questi viene anche pubblicata una completa e accurata classificazione⁽⁹⁾, come pure viene pubblicato, con opportune avvertenze e precisazioni, il testo finora inedito dell'«Indice» del *Fondo CIC*, composto da mons. Di Marchi nel 1955⁽¹⁰⁾.

Solo chi ha passato intere mattinate nella sala dell'Archivio Segreto nel faticoso tentativo, non sempre coronato di successo, di individuare in quale scatola fossero custoditi i documenti che lo interessavano, è in grado di apprezzare appieno quale prezioso servizio si sia così reso a tutti gli studiosi desiderosi di impegnarsi in questo tipo di ricerche.

Ma ai futuri ricercatori risulteranno anche molto utili ai fini della pubblicazione delle fonti le indicazioni di tipo metodologico che uniscono a un assoluto rigore di tipo filologico il costante impegno a mettere in luce non solo la natura specifica di ogni singolo documento ma anche la sua collocazione nel contesto dell'intero processo di codificazione, sotto il profilo sia cronologico sia, per così dire, logico. Particolarmente apprezzabile in tale impegno il tentativo di catalogare per generi le diverse fonti, al di là delle loro denominazioni ufficiali e formali, che porta, ad esempio, ad individuare ben quattro categorie di «vota»⁽¹¹⁾.

Per quanto poi riguarda quella che abbiamo chiamato la storia generale della codificazione occorre sottolineare il contributo derivante dalla pubblicazione integrale di non pochi documenti che la riguardano direttamente, in particolare dei verbali delle adunanze dei cardinali preparatorie del motu proprio «*Arduum sane munus*» e dei verbali delle riunioni della Commissione dei consultori dedicate alla suddivisione delle materie⁽¹²⁾. I primi consentono di individuare le modalità e, almeno in una certa misura, le motivazioni con cui si giunse alla decisione di procedere alla codificazione. I secondi — soprattutto se letti alla luce dei voti formulati dai singoli consultori, che però, comprensibilmente, non vengono pubblicati — pongono in luce, come ebbi a rilevare anni or sono, «tutte le implicazioni giuridiche, culturali, ideologiche ed ecclesiologiche del progetto, evidenziando al contempo le numerose divergenze esistenti che esistono a questo proposito tra i consultori»⁽¹³⁾.

Sarebbe peraltro riduttivo ritenere che l'apporto di questo volume alla storia generale della codificazione pio-benedettina si limiti ai pur apprezzabili risultati di aver formulato utili indicazioni di carattere metodologico, di aver notevolmente facilitato la consultazione dei fondi conservati presso

(9) Vedi *Il libro «de processibus»*, cit., pp. 251-259.

(10) Vedi *Il libro «de processibus»*, cit., pp. 235-249.

(11) Vedi *Il libro «de processibus»*, cit., pp. 73-77.

(12) Vedi *Il libro «de processibus»*, cit., pp. 263-354.

(13) Vedi G. FELICIANI, *Presentazione*, cit., p. 11.

l'Archivio Segreto Vaticano, di aver pubblicato una serie di importanti documenti relativi alla fase iniziale dei lavori.

Basti a questo proposito fare presente come il primo capitolo dello studio introduttivo offra la più completa e organica ricostruzione a tutt'oggi esistente dei lavori preparatori del motu proprio «*Arduum sane munus*». Una ricostruzione che, oltre a una accurata descrizione degli avvenimenti, ne offre originali e pertinenti valutazioni critiche. Ad esempio: sulla base di un appunto del Pacelli, si mette in luce come, dopo le varie adunanze dei cardinali e persino al momento della promulgazione del motu proprio, avvenuta il 19 marzo 1904, non si fosse ancora «*chiaramente*» deciso se «*le leggi anteriori al futuro Codice dovranno o no essere dal medesimo abrogate*»⁽¹⁴⁾. Non mi sento però di condividere l'opinione che considera «*ragionevole e saggia*» la soluzione prospettata dal Pacelli «*secondo cui doversero essere gli stessi consultori con i loro lavori a risolvere effettivamente la questione*»⁽¹⁵⁾.

Il dilemma era di importanza talmente fondamentale da poter essere risolto solo da una scelta assolutamente autonoma della sovrana volontà del supremo legislatore. E, in effetti, a ben guardare, la questione risulta definita, sia pure implicitamente, già poche settimane dopo nella lettera indirizzata alle Università Cattoliche il 6 aprile, dove si precisa che è intenzione del pontefice provvedere a distribuire adeguatamente in canoni o articoli sul modello dei più recenti codici statuali tutto il diritto canonico, curando, al contempo, la raccolta dei documenti, pubblicati dopo le collezioni autentiche contenute nel Corpus, da cui essi siano desunti.

Concludo porgendo vivissime congratulazioni per i risultati conseguiti agli amici e colleghi Joaquín Llobell, Enrique De León e Jesús Navarrete, unitamente ai più fervidi auguri per la continuazione dell'opera.

(14) Vedi *Il libro «de processibus»*, cit., pp. 35-36.

(15) Vedi *Il libro «de processibus»*, cit., p. 37.

Intervento del prof. Carmine Punzi

1. La prima, immediata sensazione, che ho provato, quando ho intrapreso la lettura dello studio dei professori Llobell e De León e del dottore Navarrete, dedicato al libro «de processibus», è stata di smarrimento.

Mi è sembrato di essere entrato in una foresta, ricca e smisurata.

Ma, dopo la prima impressione, mi sono subito reso conto che non mi ritrovavo in una «selva oscura». Quella foresta non era solo ricca di piante, ma anche piena di luce.

E per ritrovare la «diritta via» chi, come me, ignorava i luoghi, poteva confidare nell'ausilio di quei segni di colore che, sovente, nei boschi sono tracciati sugli alberi per indicare i vari sentieri.

Ma sorgeva l'ulteriore problema della *scelta* del sentiero che, nella foresta «de processibus», io intendevo trovare e percorrere.

Questa scelta è stata guidata dalla mia curiosità o — se mi è permesso — dal mio interesse di studioso del processo civile.

Mi sono domandato se dall'esame dei verbali, dei «vota» e degli «schemata» emergesse la ricerca, nella fase preparatoria del Codex, di un processo «dovuto» e di un processo «giusto» e quante di queste istanze fossero state recepite e trasfuse in precetto positivo nei canoni del Codex Juris Canonici del 1917.

2. Per non smarrirmi e non abbandonare la strada prescelta ho confidato — a buona ragione — nei segni di colore che gli autori dell'opera avevano tracciato per individuare i sentieri.

Ho così letto alle pagg. 89/90 di quest'opera che il «Liber Extra di Gregorio IX aveva strutturato la trattazione del diritto processuale con una netta scissione fra le “*norme sui titolari della potestà giudiziaria* e sull'organizzazione giudiziaria”, raggruppate nel libro I delle Decretali, e le *norme sulla procedura*, sia quella non “penale... sia quella penale”. Aggiungono gli Autori che “le successive Collezioni canoniche rispettarono tale struttura... E le costruzioni dottrinali si adeguarono alla scelta del legislatore”».

Ed è appunto su questa base che affiora, durante i lavori, la tendenza a distinguere tra la *potestà giudiziaria*, ritenuta sostanziale — i consultori usano il termine *sostantiva* — e la *procedura*, considerata *aggettiva*, cioè meramente funzionale.

Nei primi progetti individuali del Codex — i *vota* — emerge, infatti, in più di un luogo, la prevalenza della considerazione dell'operato del *giudice* rispetto alla disciplina del *processo*.

In particolare, alla pag. 388 viene riportato il canone 53 del voto di Noval del 1907, che si articola in undici commi (che per brevità riassumo),

nei quali si descrive quale comportamento debba tenere il giudice «virtute officii sui»:

E cioè: *a) assumere sollecitamente* il suo ufficio e portarlo a termine il più *celermente* possibile; *b) ammettere le prove necessarie*, le eccezioni e le difese di qualunque tipo e *assicurare la difesa* della parte, anche con la nomina di un avvocato; *c) giudicare nel contraddittorio* delle parti e decidere, non ricorrendo alla sua scienza privata, ma *iuxta alligata et probata partium*.

I commi 9 e 10 riguardano, poi, la persona del giudice, che deve conservarsi imparziale, rifiutare doni dalle parti e riparare i danni da lui prodotti «*ex ignorantia vel errore vel inadvertentia vel malitia graviter culpabilibus*».

Questo tema del giudice giusto è ripreso nel voto di Many del 1907, (che si legge alla pag. 412 del libro), nel cui canone 10 si ribadisce appunto l'esigenza di imparzialità del giudice e l'obbligo di astenersi, quando abbia un interesse nella controversia.

Ma è da ricordare, anche per la bellezza del dettato, il canone 9 del voto di Many. *Nel primo comma*, che gli autori del libro avvertono ripreso da un passo di Innocenzo IV, si legge: «Essendo i giudici nominati *ut unicuique ius suum reddant*, abbiano cura in modo assoluto che nei processi *nil vindicet odium, vel favor usurpet, timor exsulet*, che un compenso o la speranza di un compenso non sovverta la giustizia, ma (i giudici) reggano in mano la bilancia (della giustizia), e ne mettano in equilibrio i piatti».

Si aggiunge nel secondo comma: «A tal fine, memori del precetto divino, aborriscono in ogni modo i donativi ed evitino anche ciò che può solo *apparire* un favore personale».

E si conclude il canone 9 con un passo che riecheggia l'insegnamento del Concilio Tridentino: i giudici «badino anche che, nei processi, i poveri e gli umili non siano posti in condizione sfavorevole o siano schiacciati dai ricchi e dai potenti; inoltre si adoperino per concludere le cause nel modo più rapido e si oppongano con decisione agli espedienti maliziosi e dilatori delle parti, stabilendo all'uopo termini, o in altro modo opportuno».

Questa forte istanza morale ed evangelica, che si esprime nelle due proposizioni del voto di Many, ove si riafferma il dovere del giudice di rendere giustizia ad ognuno — «*ut unicuique ius suum reddant*» — e di non permettere che i poveri e gli umili «*graventur aut opprimantur*» dai ricchi e dai potenti, si trasforma, nel corso dell'elaborazione legislativa, nella necessità di provvedere alla tutela dei non abbienti, come risulta dallo schema dell'anno 1909 — canone 497 (riportato alla pag. 837 del libro) — e viene sancito nei canoni sul gratuito patrocinio del Codex (canoni 1914-1916).

3. Vengo così al tema del «dovuto processo», argomento che deve essere affrontato appunto avendo riguardo al diritto di azione, alla sua titolarità ed ai modi e i limiti del suo esercizio.

Sulla elaborazione di quello che sarebbe diventato il canone 1646 del Codex del 1917, il libro dei professori Llobell e De León e del dottore Navarrete riporta alle pagine 951/960 una serie di lunghe e dibattute sedute dei consultori, che avevano appunto ad oggetto « de actore et de reo convento ».

Ed è interessante notare che, in una Consulta del 1907, i consultori mostrano già un'attenta familiarità con le categorie della scienza processuale moderna. Si trattava di delimitare i casi in cui non è permesso *stare in iudicio*, perché vi è un espresso ostacolo nella legge canonica, e, in particolare, di come formulare questa eccezione e limitazione alla regola generale della capacità di agire in giudizio.

Si legge alla pagina 917 del libro: « Pacelli (decano degli avvocati concistoriali e padre di Colui che diventerà Papa Pio XII) osserva che per avere diritto ad un'azione in giudizio non è necessario nient'altro che avere interesse ... P. Oietti, osserva che non si può mettere "aut actio aut interesse" perché tutte e due sono necessarie, tanto l'interesse che l'azione. M. Martini osserva che altro è stare in giudizio, altro avere l'azione: "gli infanti possono stare in giudizio, ma non hanno l'azione" ». E il diritto di *azione* e il *principio del contraddittorio* vengono riconosciuti e consacrati, negli schemi, in una formula, che poi così risulterà accolta nel canone 1646 del Codex: « Quilibet potest in iudicio agere, nisi a sacris canonibus prohibeatur: reus autem legitime conventus respondere debet ».

L'altro aspetto del processo « dovuto » si esprime nel divieto fatto al giudice di *denegare justitiam*, consacrato nei canoni 1608 e 1625 del Codex. Questo precetto si trova già nelle Decretali e non riguarda tanto la persona del giudice, quanto il « procedere » del giudizio. Infatti non è collocato nel primo libro — *de iudice* —, ma nel secondo — *de iudiciis* —.

4. Dunque, affrontando l'opera monumentale dei professori Llobell, De León e del dottore Navarrete, non mi sono ritrovato in una « selva oscura », ma in una foresta ricca, ricca anche di luce e di chiari segni, che mi hanno permesso di individuare i sentieri percorsi dai Consultori, che hanno preparato il Codex del 1917.

Conducevano quei sentieri al « processo dovuto » e a un « giusto processo »?

A proposito del *processo dovuto* ho ricordato i canoni del Codex del 1917, nei quali sono consacrati il *diritto di azione* e il *principio del contraddittorio* (can. 1646), nonché il divieto per il giudice di *denegare justitiam* (can. 1608 e 1625).

Ma se anche per il « dovuto processo » è necessario considerare la persona del giudice, al quale è diretto il divieto di *denegare justitiam*, certo è che l'esigenza del « giusto processo » si risolve nella esigenza di un *giudice giusto*.

C'è forse da osservare che, nella redazione finale del Codex, le istanze di giustizia emerse nel lavoro dei Consultori perdono l'aggancio al linguag-

gio morale-religioso delle fonti tradizionali e, nella formulazione asciutta voluta da chi ha guidato la codificazione, sembrano stemperarsi in una impostazione non ancora secolarizzata, né «garantista», ma comunque oggettiva e tecnica.

Basta qui ricordare: *il canone 1620*; sulla *durata dei processi*, che non devono superare, in prima istanza, il biennio e, in secondo istanza, un anno; *il canone 1623*: sul *dovere di segretezza* per i giudici; *il canone 1624*: sul *divieto di accettare «munera»*, «*occasione agendi iudicii*»; *il canone 1613*: sul *dovere di «imparzialità»* e sul conseguente obbligo di astensione.

5. Se mi è permesso trarre una conclusione, devo dire che è prezioso il contributo offerto dagli Autori di questa importante ricerca per individuare nel giudice il nucleo fondamentale della riflessione compiuta nella formazione del Codex del 1917: dunque la prevalenza della considerazione della *persona* e dell'operato del giudice, rispetto alla *disciplina del processo*.

Si è avuta così consapevolezza del fatto che, riconosciuto il diritto all'azione nel processo — il processo dovuto —, l'ottenimento del «giusto processo» è legato all'opera del giudice.

E qui non v'è distinzione o differenza tra il processo canonico e il processo approntato dallo Stato.

Per l'uno e per l'altro è valida la bella pagina di un giurista laico, di grande onestà intellettuale, qual'era Piero Calamandrei. Diceva appunto Piero Calamandrei nel suo *Elogio dei giudici scritto da un avvocato*: «Non mi è dato incontrare sulla strada che io percorro, uomo tra uomini nella realtà sociale, il *diritto astratto*, che vive solo nelle regioni sideree della quarta dimensione: ma ben mi è dato incontrare te, o *giudice*, testimonianza corporea della legge, dalla quale dipende la sorte dei miei beni terreni... Io so che di tutto quello che mi è intimamente più caro, Tu sei custode e garante; in te saluto la *pace* del mio focolare, il mio *onore* e la mia *libertà*».

Recensioni

Pagina bianca

Joaquín CALVO ÁLVAREZ, *Aborto y Derecho*, Instituto de Ciencias para la Familia, Pamplona, 1996, p. 110.

L'Autore, Joaquín Calvo Álvarez, laureato in Giurisprudenza e Dottore in Diritto Canonico, insegna attualmente presso l'Università di Navarra, in Spagna.

L'opera, *Aborto y Derecho*, studia il problema della legalizzazione dell'aborto nell'ordinamento giuridico spagnolo. L'11 Aprile del 1985, il Tribunale Costituzionale (T.C.) emanò una sentenza che fondava sull'ordinamento giuridico spagnolo la costituzionalità dell'aborto in tre circostanze. La tesi centrale del libro è che la legalizzazione dell'aborto in uno Stato di Diritto che si fonda sul rispetto e promozione della dignità umana, rappresenta un'incoerenza difficile da giustificare dal punto di vista giuridico. L'opera può essere considerata uno studio giuridico-critico dei presupposti teoretici che sono alla base della sentenza in questione. Affronta i problemi giuridici — formali e di giustizia materiale — che sorgono in seguito a questa sentenza (capitoli I a III), esaminando nell'ultimo capitolo altre questioni complementarie di interesse: riflessioni sull'influenza dell'aborto negli statuti sociali e la discriminazione che ne suppone, il conflitto di beni giuridici, la pena giuridica come puni-

zione della colpa sociale, il carattere limitato della protezione dei beni giuridici, una visione giuridica della condotta della madre ed un appello alla protezione effettiva dei nuclei fondamentali dell'ordinamento. Offre, inoltre, in Appendice il testo completo di questa sentenza storica nel Diritto Costituzionale spagnolo.

Assistiamo ad un momento paradossale in relazione alla considerazione giuridica della persona, alla protezione che il Diritto fornisce all'essere umano in distinti ambiti quali, per esempio, quello civile, penale, lavorativo, internazionale, ... e alla pratica dell'aborto legalizzata (quasi liberalizzata) in molti Paesi. Possiamo dire di trovarci di fronte alla indifesa sostanziale del nascituro in una tappa storica che si caratterizza proprio per la maggiore protezione formale della vita umana (cfr. p. 13).

L'art. 15 della Costituzione spagnola proclama il diritto alla vita e lo garantisce con adeguati meccanismi costituzionali. L'Autore traccia una linea d'interpretazione logico-giuridica di questo articolo con particolare riferimento ad alcuni argomenti, tra i quali: l'interpretazione letterale del testo, il momento della redazione e lo spirito del legislatore (senso storico contestuale), il rango costituzionale della norma (principio della gerarchia normativa) e la sua finalità di tutela di un diritto

fondamentale (senso teleologico). L'Autore, inoltre, pone in relazione questo contenuto con certi principi giuridici di carattere generale dell'ordinamento spagnolo raccolti nell'art. 1 della Costituzione e con argomenti della dottrina.

I principi giuridici che si oppongono all'ammissione dell'aborto sono la giustizia, la libertà e la uguaglianza.

Ammesso l'aborto, l'ordinamento giuridico non rispetta più la naturale attribuzione della vita che appartiene al nascituro come propria, e più precisamente, lo priva — permette che lo privino — di ciò che è suo, senza che questo sembri essere conforme al più elementare senso di giustizia (cfr. p. 29). D'altra parte, la libertà degli individui risulta coartata fin dal primo momento della vita umana, dal momento che senza vita non è possibile neppure parlare di libertà (cfr. p. 30). Infine, anche il principio di uguaglianza viene leso nell'ammettere l'aborto, dal momento che l'essere umano possiede un'unica identità dall'inizio della sua gestazione fino alla sua morte; ammettere una specie di *statuto di classe* tra nati e non nati rispetto al bene primario e comune per entrambi, com'è la vita di ciascuno, significa legittimare una situazione estremamente offensiva per la dignità della vita umana (cfr. p. 30).

Molto interessante è, inoltre, l'approccio allo studio della sentenza sul *Soggetto di ciascuna vita umana ed il concetto giuridico di persona*, sviluppato nel capitolo III.

Il TC afferma che la vita del nascituro è un bene giuridico la cui di-

fesa è legittimata dall'art. 15 della Costituzione; tuttavia non contempla gli argomenti dei ricorrenti che chiedono che si riconosca il nascituro come titolare del diritto alla propria vita. Giuridicamente questo è possibile se si svincola il soggetto (nascituro) dal bene giuridico tutelato (vita umana). In realtà questa separazione non risulta possibile perché la vita umana inerisce al soggetto che la possiede; se c'è una vita umana è perché esiste un soggetto che la protagonizza, che la « vive » come sua. Quando il centro dell'attenzione si colloca nell'oggetto che si pretende proteggere (la vita umana) al posto di farla vertere sul proprio e naturale soggetto, quest'ultimo risulta giuridicamente più vulnerabile. È il soggetto che richiede e giustifica qualsiasi protezione giuridica. Di conseguenza, la tutela offerta alla vita umana dalla Costituzione spagnola risulta tecnicamente insufficiente.

La vita umana viene trattata come un semplice oggetto a disposizione della donna e del medico nei casi previsti dalla legge. Di fatto, si sta riconoscendo ad un altro essere umano la titolarità di questo bene, anche quando risulta inconcepibile che una persona sia titolare della vita di un'altra. Risulta così una flagrante violazione della dignità umana, senza contare il grave danno sociale che suppone aprire questa breccia nella protezione della vita.

Il riconoscimento della personalità giuridica del nascituro, la sua protezione legale, sono relazionate con il concetto di persona che sog-

giace ad essi. Né il Diritto civile, né quello penale, per i limiti propri dei loro fini, offrono un concetto giuridico di persona sufficiente al Diritto costituzionale, che per sua natura lo richiede più ampio.

L'Autore delinea, in seguito, un'interpretazione dell'art. 15 della Costituzione spagnola più consona alla realtà che si tratta di tutelare ed allo spirito del Diritto: l'art. 15 riconosce il diritto alla vita a tutti ed a ciascuno degli esseri umani. Nel riconoscere il diritto a tutti, riconosce loro il carattere di persone; perché persona e diritto soggettivo sono concetti intimamente uniti (cfr. p. 40).

Nell'ultima parte dell'opera (cfr. capitolo IV, *Otras cuestiones complementarias*) vengono prese in considerazione dal punto di vista giuridico diverse circostanze sociali e politiche che accompagnano il fenomeno della legalizzazione dell'aborto. L'ammissione dell'aborto racchiude una discriminazione per il nascituro, la cui vita rimane giuridicamente relegata ad uno statuto inferiore alla vita umana del neonato, che gode, al contrario, di ogni tipo di garanzie. Il principio di uguaglianza giuridica implica l'obbligo da parte delle autorità pubbliche di promuovere detto valore che si traduce, normalmente, in una protezione speciale nei confronti di chi si incontra in una situazione naturale o sociale di particolare debolezza.

Un'altra situazione che si contempla sul filo della legalizzazione dell'aborto è quella della collisione di beni giuridici in favore di entrambi le parti. Da una parte si po-

stula in favore della salute, della sicurezza e dell'onore della madre, dall'altra della vita del figlio. Se si considerano i beni in termini di perdita, il nascituro rimane in una posizione giuridica svantaggiosa. La depenalizzazione dell'aborto penalizza il nascituro (cfr. p. 66). La « soluzione » abortista è antiggiuridica nella sua origine ed applicazione, in quanto ricade su un soggetto necessariamente innocente e indifeso.

La quarta questione affrontata contempla il bene giuridico della vita davanti al Diritto ed il carattere limitato della protezione dei beni giuridici. L'Autore fa notare di nuovo come la vita umana sia un unico bene giuridico costituzionale — tanto quella del nascituro come quella dei nati — verso cui tutti hanno lo stesso diritto. Contempla la vita umana come bene giuridico con valore intrinseco in se stesso, che è condizione per lo sviluppo della personalità e la sua salvaguardia, garantisce l'efficacia delle misure che i poteri pubblici prendono a favore della dignità, libertà e uguaglianza umana.

La Costituzione spagnola riconosce che la dignità umana è il fondamento dell'ordinamento giuridico spagnolo. È evidente che nel caso dell'aborto deve rivolgersi alla dignità del figlio e della madre. Suddetta dignità personale, tuttavia, non è soltanto una somma di diritti, esige un comportamento coerente con questo statuto: anche la madre deve comportarsi in accordo colla dignità che le corrisponde (cfr. p. 83). Né la situazione di aborto vo-

lontario né la dottrina della « condotta non esigibile », sembrano compatibili con la dignità di una madre. Nel caso della maternità per violazione, l'aggressione non è provocata dal nuovo essere umano; questi non può, pertanto, soffrire l'ingiusto castigo della distruzione della sua nuova vita (cfr. p. 83). Per quanto riguarda la teoria della « condotta non esigibile », sembra non solo antiggiuridico ma anche contrario ad una sana antropologia, giustificare un libero sviluppo della personalità materna fondato sulla distruzione di esseri umani.

L'Autore richiama l'attenzione sulla necessità di ottenere una protezione effettiva dei nuclei fondamentali di un ordinamento giuridico, perché esso serva al suo fine, ed in concreto all'urgenza di ottenere una tutela adeguata della vita umana. Conclude con la necessità di rinnovare la protezione sul piano costituzionale che esige la protezione non solo della vita umana in generale, ma del soggetto umano nel suo diritto a vivere e a svilupparsi dal suo concepimento nel seno materno. In tal modo si estende la protezione costituzionale al nascituro in coerenza con la realtà biologica e con il Diritto, come si è visto da quanto si è detto precedentemente. L'Autore segnala, inoltre, l'importanza sociale di questa tutela: non si depenalizza la fuga dal fronte di battaglia né si cessa di sanzionare l'evasione delle tasse. Non pretendiamo dire che non sia necessaria, in maggiore o minore grado, la protezione offerta

dal ordinamento giuridico a determinati beni sociali, dal momento che se questa protezione si trascurasse, sarebbe impossibile il conseguimento dei diversi e legittimi obiettivi propri di una società organizzata. Ma se un ordinamento giuridico protegge il tesoro pubblico o, in generale, la sicurezza della società, in quanto tale, più che la vita concreta di esseri umani innocenti, abbandonati, in quanto non legalmente tutelati, un tale ordinamento giuridico rende manifesta una profonda lacuna nella giustizia che si propone (cfr. p. 84-85).

L'opera è un eccellente studio critico, chiaro ed ordinato nell'esposizione del problema, solido nelle argomentazioni che propone e positivo nella critica in quanto suggerisce valide alternative. Un altro dato di interesse, soprattutto per i giuristi, è l'aver incluso la sentenza che consentì la promulgazione della legge dell'aborto in Spagna; si facilita, così, un dialogo tra l'Autore ed i magistrati che redattarono, nel loro momento, la sentenza.

Patricia Santos

Francesco D'AGOSTINO (ed.), *Ius divinum. Fondamentalismo religioso ed esperienza giuridica*, G. Giappichelli Editrice, Torino, 1998, p. 394.

Ce recueil présente les diverses interventions à un Congrès convoqué sur ce thème d'actualité: le droit divin (naturel et révélé) peut être un

atout précieux à l'heure du débousolement et de l'effondrement des valeurs. Par ailleurs, il peut s'avérer également dangereux s'il se prête à une lecture et à une mise en uvre «fondamentaliste», inconciliable avec les légitimes autonomies dans les questions temporelles. L'ouvrage fait bien de le souligner, «i vari "fondamentalismi" rappresentanno probabilmente uno dei problemi più scottanti con i quali, a Oriente e Occidente, a Nord e a Sud, dovremo fare i conti in questo scorcio di millennio». Tout l'art consistera sans doute à redécouvrir aussi bien le *ius divinum* que sa véritable portée, c'est-à-dire un système qui situe Dieu, la personne humaine et le pouvoir étatique dans leurs justes perspectives et rapports réciproques.

Les 17 contributions, qui ne sont pas toutes inédites, sont livrées selon l'ordre alphabétique des auteurs. Il en résulte pour le lecteur un constant changement de perspective épistémologique: théologie, théologie du droit, philosophie juridique, droit canonique, sociologie, etc. Si un tel critère de classement offre la satisfaction de la variété, il n'évite pas, dans certains cas, le risque d'une certaine confusion entre les divers objets formels et méthodes adoptés. Il n'est pas possible d'entrer dans le détail des diverses argumentations ni de privilégier l'une ou l'autre des contributions au détriment des autres; aussi nous bornerons nous à signaler brièvement les différentes conférences.

Dans une perspective théologique, G. Chantraine illustre les ex-

cès du fondamentalisme et du rationalisme et encourage à suivre la voie d'une raison ouverte au Médiateur, le Verbe incarné. De son côté, F. Compagnoni, en se référant aux réflexions de catholiques italiens en écho à *Evangelium vitae*, n. 73, aborde notamment la question de la coopération licite aux lois imparfaites. Trois canonistes (J.I. Arrieta, S. Berlingò et G. Lo Castro) montrent que le problème du fondamentalisme semble bien résolu dans le droit de l'Eglise, où le droit divin — le fondement de la science canonique — va de pair avec la recherche de la liberté et de la communion des fidèles du Christ.

Charnière entre les sciences théologiques et la philosophie juridique, la théologie du droit est défendue par F. D'Agostino, concepteur de l'ouvrage. L'auteur de *Il diritto come problema teologico* plaide en faveur de cette approche récente pour répondre aux besoins, plus qu'aux attentes explicites, d'une société sécularisée. Il prend ainsi ses distances par rapport à une démarche iusnaturaliste, sans toutefois émettre de jugement de valeur à l'égard de la science du droit naturel. De manière analogue, T. Serra s'inspire de la pensée de la Restauration, en particulier de L. De Bonald (qui, au XIXe siècle, réagit aux excès du positivisme juridique en invoquant un ordre naturel), pour tirer quelques réflexions actuelles. Il s'agirait notamment d'opérer une ampliation du droit qui s'ouvrirait ainsi à la théologie et y trouverait les repères qui font

cruellement défaut à la science juridique contemporaine.

Il va de soi qu'une perspective de théologie du droit peut mettre mal à l'aise bon nombre de juristes contemporains, souvent soucieux de maintenir fermement la distinction entre la théologie et la science juridique. De ce dernier point de vue, on ne peut que souligner le rôle qu'est encore appelé à jouer le droit naturel classique (à ne pas confondre avec le droit naturel moderne). Les lumières du droit naturel seront d'autant plus intenses que le juriste et le politique ne s'enfermeront pas dans un immanentisme réducteur, mais, il importe de le souligner, elles ne requièrent pas de ces derniers une perspective de foi, étant donné que les exigences primordiales découlant de la nature humaine — fondement nécessaire de l'universalité des droits humains — sont accessibles à la raison, de même que leur prolongement au travers de l'éthique juridique et de l'éthique politique (à ce sujet, nous nous permettons de renvoyer à notre article *Convergences et différences entre le droit divin des canonistes et le droit naturel des juristes*, dans *Ius Ecclesiae*, 12 (2000)).

Une perspective iusnaturaliste se retrouve notamment dans l'exposé de J.-M. Trigeaud. Le professeur de Bordeaux rappelle fort opportunément que l'accent doit toujours être mis sur la *personne*, car c'est elle qui possède la nature par son acte d'être; c'est donc elle qui est *imago Dei* et jouit de droits et de devoirs. Sans se référer expressément au droit natu-

rel, A. Ollero conclut également à la nécessité de voir toujours en l'autre une personne, comme telle porteuse d'une intangible dignité. Cela mène à réconcilier *tolérance et vérité*. Cela suppose l'adoption d'une attitude d'ouverture par rapport aux perspectives métaphysiques et transcendantes, de manière à pouvoir découvrir l'égalité ontologique des personnes.

S. Amato précise les notions de foi, fidélité et sujétion, et distingue celles-ci du fondamentalisme, tout en soulignant les vertus du principe de légalité. Avec S. Belardinelli, c'est une lecture socio-politique du fondamentalisme religieux qui est proposée. A. Catania traite du fondement du droit et critique une approche normativiste et positiviste à la Kelsen. Quant à P. Grossi, il aborde l'expérience juridique du fondamentalisme religieux. J.A. Ibáñez-Martín démonte le préjugé en vertu duquel l'éducation basée sur des convictions serait attentatoire à l'esprit démocratique. De la sorte il rejoint la nécessaire distinction entre *valeurs absolues* et *absolutismes*, récurrente dans l'ouvrage, et qui est aussi abordée, sous l'angle des rapports entre le droit et la morale, dans l'exposé de J. Strangas. Ce dernier rappelle, par ailleurs, les principes qui doivent régir les relations entre les Eglises et les Etats et qui doivent être garantis par les règles constitutionnelles. Parmi ceux-ci la liberté religieuse ou de culte figure en bonne place. En réaction aux excès du fondamentalisme, il faut donc se garder de sombrer dans ce qu'il ap-

pelle l'*antifondamentalismo fondamentalistico*. Le sort qui est réservé à l'Etat, la liberté et les corps intermédiaires, envisagés d'un point de vue fondamentaliste, fait l'objet de la contribution de S. Stammati. Enfin, V. Vitale ferme l'ouvrage en présentant une suggestive proposition de classification des diverses positions selon trois modèles herméneutiques: la *teocrazia integralista*, l'*autocrazia ateistica*, et le *trinitarismo liberante*.

Cette étude fournit au lecteur un réservoir d'idées, d'arguments et de références bibliographiques tout à fait intéressant sur ces sujets actuels d'importance capitale. On regrettera toutefois que ces réflexions soient livrées à l'état brut: une introduction globale, une brève présentation des auteurs (encore qu'il soient pour la plupart connus), un rangement systématique des articles en raison de leurs affinités, ainsi qu'une ébauche de synthèse (aussi périlleuse qu'elle eût sans doute été) auraient augmenté encore l'intérêt et l'accessibilité du livre.

Jean-Pierre Schouppe

Niccolò DEL RE, *La Curia Romana. Lineamenti storico-giuridici*, quarta edizione aggiornata ed accresciuta, Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano 1997, p. 705.

La Curia Romana, che conta secoli di storia, ha subito negli ultimi cent'anni ben tre riforme di note-

vole portata. La prima è avvenuta sotto il pontificato del Papa Pio X quando il ventesimo secolo era ancora nel suo primo decennio, mediante la Cost. Ap. «Sapienter Consilio» (1908). Le altre due sono state portate a termine, invece, già ben inoltrato il secolo, in seguito ad eventi ecclesiali di enorme portata. Quella di Paolo VI dell'anno 1967, quando si era appena conclusa la grande assise conciliare del Vaticano II, mediante la Cost. Ap. «Regimini Ecclesiae Universae»; e poi, in seguito alla pubblicazione del nuovo Codice di Diritto Canonico — che volutamente aveva rinviato la normativa in questa materia ad una legge speciale (cfr. can. 360 CIC '83) —, la riforma fatta da Giovanni Paolo II tramite la vigente Cost. Ap. «Pastor Bonus» dell'anno 1988.

Del Re ha ripercorso questi momenti di mutamento della fisionomia della Curia Romana attraverso le diverse edizioni di quest'opera, che risulta tanto ben nota da non abbisognare di presentazione alcuna. Vale la pena tuttavia riprodurre qui alcune delle parole che il compianto Card. Pietro Palazzini aveva scritto nella presentazione della precedente edizione, e che ben si possono applicare a questa nuova edizione: «Il presente lavoro, quindi, o meglio il totale rifacimento e ripensamento di un libro già affermatosi, viene così provvido per darci un'accurata ricostruzione storica degli organismi di Curia, una ricostruzione altresì completa — pur senza essere troppo minuziosa —

ed aggiornata fino agli ultimissimi avvenimenti» (p. 10).

La struttura dell'opera riflette questo sforzo di sintesi tra passato e presente. Così, ad un'ampia introduzione (pp. 15-73) segue la trattazione dei singoli dicasteri e gli altri organismi attualmente vigenti (pp. 73-230), per poi affrontare la trattazione dei dicasteri soppressi (pp. 321-458) e in fine quella relativa alla sede vacante, sia in prospettiva storica che con riferimento alla più recente normativa in materia (461-494). In appendice (pp. 495-605) vengono poi pubblicati i testi in latino delle diverse costituzioni apostoliche che hanno regolato la Curia Romana nella storia; e cioè, la Cost. Ap. «Inmensa aeterni Dei» di Sisto V (1588) e quelle altre più recenti, già prima ricordate. Completano quindi il volume una vasta bibliografia, con opere sia di carattere generale sulla Curia considerata nel suo insieme, che specifiche sui singoli dicasteri e organismi (pp. 609-616) e due indici, l'uno relativo agli atti pontifici citati (659-665) e l'altro analitico (pp. 666-702).

Ci sembra, in conclusione, che il lavoro portato a termine in quest'opera possa essere ben descritto con alcune parole prese ancora da quella presentazione alla terza edizione a cui prima ci riferivamo: «L'Autore, dopo il primo sforzo di togliere da un edificio storico la patina e le sovrastrutture dei secoli — così si esprimeva il Card. Palazzini —, ne ha poi curato man mano i particolari, con successivi ritocchi. Dopo il triplice sforzo, l'opera può

dirsi avviata a quella perfezione che è possibile in indagini difficili. E di questo l'Autore ha soprattutto il merito, che nessuno potrà contestargli, come nessuno potrà negargli la diligenza dell'indagine, la forza della sintesi, la nitidezza» (p. 11).

Juan González Ayesta

Luis MARTÍNEZ FERRER, *La Penitencia en la Primera evangelización de México (1523-1585)*, Colección Bibliotheca Mexicana, Universidad Pontificia de México, A.C., México, D.F., 1998, p. 294.

Todo estudio de las fuentes canónicas proporciona un amplio conocimiento de la sociedad y costumbres que el ordenamiento de la Iglesia pretende regular. Si esta afirmación es verdadera en línea de máxima, en la presente tesis doctoral, publicada recientemente, resulta una conclusión obligada.

La Penitencia en la Primera evangelización de México no sólo pretende, sino que consigue de hecho, ofrecer una panorámica general del sacramento de la confesión en Nueva España, desde la llegada de los primeros misioneros franciscanos en 1523, hasta la celebración del III Concilio Mexicano de 1585. Este periodo, fundamental para el asentamiento de la fe cristiana en ese territorio, es conocido, de acuerdo con el CELAM, como el de la evangelización fundante.

El enfoque utilizado por el autor no es exclusivamente canónico, sino más bien, como él mismo explica, sociológico-religioso. No obstante, esto es así sólo desde el punto de vista del resultado, porque de hecho el estudio consiste en gran parte en un análisis de las fuentes canónicas que, inevitablemente, nos dan a conocer la sociedad mejicana en el periodo que estudiamos. El estudio de las fuentes canónicas se alterna con diversos documentos que completan el cuadro jurídico-sociológico.

Los dos primeros capítulos ofrecen una presentación del sacramento de la confesión en la Península Ibérica durante los siglos XV y XVI. En ellos se estudia tanto la legislación canónica penitencial como la literatura del mismo género en los reinos castellanos de la época. Los capítulos III y IV, respectivamente, analizan los ritos religiosos penitenciales existentes en las religiones indígenas prehispánicas, así como la primera pastoral de la confesión que llega a América con los primeros evangelizadores.

Constituye un hecho de vital importancia la legislación eclesiástica sobre este sacramento emanada por las Juntas eclesiásticas celebradas entre los años 1524 y 1547, así como los dos primeros concilios provinciales mexicanos de 1555 y 1565: son objeto de estudio en el capítulo V. Los tres siguientes tienen un carácter más pastoral; su objetivo es profundizar en la respectiva práctica confesional de las órdenes mendicantes franciscana, domi-

nicana y agustina, así como de la Compañía de Jesús y del clero secular. El capítulo IX está dedicado a la literatura penitencial de Nueva España hasta 1585.

Los capítulos más importantes desde el punto de vista de la pastoral del sacramento de la Penitencia son los dos últimos. En el X se estudian las disposiciones del III concilio provincial mexicano, mientras que en el XI, se analiza el Directorio para confesores y penitentes, nunca publicado, pero no por ello menos relevante en lo que a este sacramento se refiere.

Las disposiciones canónicas constituyen el eje alrededor del cual gira toda la estructura del trabajo. Las demás fuentes (tratados sobre la confesión, visiones de conjunto de la pastoral penitencial mejicana, ensayos sobre la recepción de la confesión por parte de determinados grupos sociales, o estudio de los ritos confesionales prehispánicos) se integran y con las disposiciones normativas, de modo que puede reconstruirse la historia del sacramento de la confesión en Nueva España, entre 1523 y 1585.

Efectivamente, lo que constituye el centro de la investigación de esta tesis doctoral es la propia confesión: el modo cómo se vivía en la península, su introducción en la tierra conquistada, la adaptación que sufrió al empezar a vivirla los indios, la legislación de que fue objeto por parte de las autoridades eclesiásticas, su efectivo ejercicio en manos de los diversos agentes pastorales, etc. Se comprueba simultáneamente

cómo el autor intenta dar una visión localizada de toda la investigación, pues destaca los aspectos que resultan más genuinos para reflejar la realidad mejicana del momento.

El estudio de las fuentes, tanto manuscritas como impresas, es muy completo. Cabe destacar entre las primeras el estudio del III Concilio Provincial Mexicano del volumen 268 de los *Mexican Manuscripts* de la Bancroft Library en Berkeley, la versión manuscrita latina de los decretos del mismo concilio que se conserva en el Archivo della Congregazione per il Clero (en el Vaticano), así como otros aspectos — siempre del III Concilio Provincial Mexicano — documentados en cierta correspondencia que se encuentra en el Archivo General de Indias de Sevilla. Resulta difícil hacer un resumen del resto de fuentes: de la bibliografía puede deducirse que se han consultado todas las fuentes disponibles en el momento.

Para estudiar con profundidad la historia de la evangelización de América constituye un paso insoslayable el análisis de sus fundamentos en el territorio conocido como la Nueva España. Aunque puede pensarse que son ya muchos los trabajos realizados en este sentido, el autor nos demuestra que todavía es posible elaborar ulteriores investigaciones que nos ayudan a profundizar en los inicios de la implantación de la fe en las Indias.

El estudio global y sistemático del sacramento de la Penitencia en el México del S. XVI constituye un

medio por el cual llegamos a conocer el comportamiento cristiano de sus habitantes: nos enseña el modo de vivir la fe tanto de los nativos como de los primeros españoles que llegaron a esas tierras; las prioridades pastorales de la Iglesia Mexicana; las obstáculos — costumbres ancestrales — con que tuvieron que enfrentarse los primeros evangelizadores; el empeño por asegurar un clero realmente preparado para atender las necesidades de los naturales; etc.

Hasta ese momento se han elaborado algunos estudios acerca de este sacramento. Sin embargo, ninguna de las investigaciones ha pretendido hacer una síntesis general del sacramento de la confesión en el periodo y territorio al que nos referimos. Los anteriores trabajos se centran en la confesión de los indios, o bien se trata de trabajos breves que espigan algunos datos de la legislación canónica del momento, relaciones históricas de las misiones, o bien de los diversos confesionarios que se sucederían en los siguientes años. En este sentido, podemos decir que el estudio de *La Penitencia en la Primera Evangelización de México* constituye un paso obligado para todos aquellos que pretendan profundizar en la historia implantación de este sacramento en Nueva España.

Francesc Manuel-Rimbau

Francis MESSNER, Jean Marie WOEHRLING (eds.), *Les statuts de*

l'enseignement religieux, Cerf, Paris, 1996, p. 205.

Il presente volume intende presentare « dans une perspective comparative le statuts de l'enseignement religieux confessionnel en France » (p. 7), mettendo cioè a confronto la situazione di detto insegnamento nella scuola pubblica e in quella privata, nel ciclo primario e in quello secondario, nel territorio nazionale, nei dipartimenti dell'Alsazia-Mosella, come pure nei confinanti Belgio e Lussemburgo. Questo confronto viene costituito anche fra i diversi tipi di norme che influiscono e regolano tale insegnamento: diritto internazionale, costituzionale, legislazione ordinaria, regolamenti amministrativi, accordi bilaterali. Il tutto, poi, viene esaminato anche dal punto di vista storico e sociologico, perché, come ricorda il primo curatore dell'opera Francis Messner nell'introduzione, « chaque système est marqué par l'histoire de ses relations entre l'État et les religions et le poids sociologique d'une ou de plusieurs confessions religieuses » (p. 10).

Allo studio delle « sources supra-législatives » dell'insegnamento religioso, cioè i principi costituzionali e le convenzioni internazionali, è dedicato lo studio di Jean-François Flauss, che si sofferma su possibili evoluzioni del principio di neutralità dell'insegnamento a cui tali fonti potrebbero dar luogo, influenzando la giurisprudenza costituzionale ed amministrativa. Si tratta di temi e prospettive quali: la possibilità di organizzare un insegnamento reli-

gioso facoltativo nelle scuole pubbliche primarie o di generalizzare le « aumôneries » in quelle secondarie; la questione del giorno feriale riservato nelle scuole pubbliche primarie all'insegnamento religioso; il problema della dispensa da tale insegnamento nell'ambito di istituti scolastici privati o per alunni appartenenti a culti non riconosciuti o agnostici; il ruolo dei genitori nella scelta dell'insegnamento religioso per i loro figli.

Seguono due studi che si occupano dell'insegnamento religioso nella scuola pubblica francese.

Patrice Mannot tratta anzitutto della scuola primaria pubblica, che « a longtemps constitué et constitue encore aujourd'hui, au moins sur le plan symbolique, l'un des principaux champs d'application de la conception française de la laïcité » (p. 35). Questo studio ci fa ripercorrere le tappe di un'evoluzione che dalla Rivoluzione francese giunge fino ai nostri giorni. Frutto di questa storia e di questa visione della laicità è il principio tuttora vigente della triplice neutralità dell'insegnamento, dei locali e del personale insegnante della scuola pubblica, con la contropartita dell'organizzazione di un giorno riservato all'insegnamento religioso da impartirsi al di fuori dell'ambito scolastico. Questo compromesso raggiunto nel secolo scorso è stato però messo in discussione negli ultimi decenni da parte di fattori socio-culturali, che vengono identificati dall'A. nell'erosione della laicità repubblicana e nello sviluppo dell'indifferenza reli-

giosa. Ciò è apparso, rispettivamente, nel noto «*affaire des foulards islamiques*» e con la messa in questione della «*journée réservée*» attraverso l'ipotesi di spostarla dal mercoledì al sabato.

Rispetto a quanto accade nelle scuole primarie pubbliche, il regime dell'insegnamento religioso negli istituti secondari pubblici è meno restrittivo, prevedendo la possibilità di creare delle «*aumôneries*». Ad esse è dedicato il primo dei due studi di Pierre-Henri Prelot presenti in questo volume. In esso vengono presentate le radici storico-giuridiche di questo istituto; i rapporti delle «*aumôneries*» con le autorità ecclesiastiche; il loro statuto giuridico (creazione, nomina del responsabile e funzionamento). Esse sono oggi presenti in un istituto su due, ma il numero dei loro iscritti è minimale (cfr. p. 70). Il Prelot conclude la sua esposizione rilevando che «*les difficultés que rencontrent aujourd'hui les services d'aumônerie ne sont pas liées à un quelconque problème de statut juridique... Elles sont la marque du déclin de l'intérêt pour l'enseignement religieux, et ce déclin touche également l'école privée ainsi que la catéchèse organisée dans les communautés*» (p. 76).

Trattando dello statuto dell'insegnamento religioso in Francia, occorre tener in conto la particolare situazione in Alsazia-Mosella, dove permane l'influenza del concordato napoleonico e della legislazione introdotta dall'impero prussiano. A ciò sono dedicati tre studi del volume qui recensito.

Anzitutto Guy Siat si occupa delle scuole normali e degli istituti universitari di formazione dei maestri. Egli delinea dapprima l'evoluzione delle scuole normali quanto alla loro confessionalità: sorte come interconfessionali, dopo il 1870 sono divenute strettamente confessionali e tali sono rimaste, sia pure in forma aperta, per oltre un secolo, caratterizzandosi infine per un'interconfessionalità di fatto. Il Siat esamina poi il ruolo dell'insegnamento religioso impartito in esse ai futuri insegnanti. Agli inizi degli anni '90 le scuole normali sono state sostituite dagli istituti universitari di formazione dei maestri (IUFM), che prevedono l'insegnamento religioso come materia obbligatoria per gli insegnanti di primo grado e facoltativa per quelli di secondo grado.

L'insegnamento religioso nelle scuole primarie pubbliche dell'Alsazia-Mosella viene presentato da Jean-Louis Bonnet. Nei tre dipartimenti francesi qui considerati vige ancora il principio della confessionalità stabilito dalla legge Falloux del 1850. La presenza sul territorio di alunni di diverse confessioni ha portato a creare scuole interconfessionali di diritto o di fatto, che sono oggi quasi la totalità, configurandosi come scuole neutre che assicurano un insegnamento religioso per ciascuno dei culti riconosciuti. Nelle scuole primarie l'insegnamento religioso è obbligatorio, ma con facoltà di dispensa per gli alunni i cui genitori lo richiedono, nel qual caso viene impartito un complemento d'insegnamento morale. Insegnanti

di religione possono essere gli stessi insegnanti o dei ministri di culto o persone qualificate proposte dalle autorità ecclesiastiche. Lo studio del Bonnet si conclude con dati del 1992-93 circa la frequenza degli alunni all'insegnamento religioso (la quasi totalità lo riceve) e le persone che lo impartiscono (in maggioranza catechisti).

All'insegnamento religioso nelle scuole secondarie pubbliche dell'Alsazia-Mosella è dedicato lo studio di Jean-Paul Pietri. In esso vengono illustrati il processo che ha condotto all'introduzione dell'insegnamento religioso obbligatorio, le modalità (dispensa, contenuto, numero di ore d'insegnamento) secondo le quali esso viene impartito, il reclutamento degli insegnanti e la prassi delle ispezioni da parte di ispettori ecclesiastici e di ispettori pedagogici. Quanto alla situazione concreta, essa si caratterizza per «une baisse constante des inscriptions au point que l'enseignement religieux n'est suivi que par un peu plus d'un élève sur deux en moyenne dans les établissements du secondaire» (p. 107).

Nel secondo dei contributi di Pierre-Henri Prelot in quest'opera ci si occupa dell'insegnamento religioso nelle scuole private primarie e secondarie, nelle quali vengono scolarizzati meno del 20% degli alunni francesi. Ci vengono presentati prima gli «établissements hors de contrat», cioè le scuole private completamente autonome e non finanziate dallo stato, che esercita su di esse un controllo minimale, per-

mettendo così ad esse di assumere un profilo confessionale molto marcato. Si tratta poi degli «établissements sous contrat», che funzionano con modalità analoghe agli istituti scolastici pubblici e beneficiano del sostegno finanziario dello stato e delle collettività territoriali; tali scuole costituiscono il 90% delle scuole private, che, a loro volta, sono nella stragrande maggioranza cattoliche. Queste scuole «sous contrat» mantengono sempre il loro carattere proprio, che per la maggior parte di esse è costituito dal riferimento confessionale. Esse sono tenute per legge ad accogliere alunni di qualsiasi religione, ma non sono obbligate a garantire la loro specifica istruzione religiosa. Di fatto nelle scuole private primarie è obbligatorio l'insegnamento religioso, mentre è prevalentemente facoltativo in quelle superiori, che di fatto hanno ormai solo «un coeur catholique», cioè una minoranza molto limitata di alunni che frequentano i corsi di religione. Anche queste scuole, dunque, risentono del declino della pratica religiosa, che, lungi dal privarle di alunni, ha condotto però a sceglierle non in quanto religiose, ma per il loro carattere privato o per il loro livello.

Con lo studio di Rik Torfs si passa a considerare lo statuto dell'insegnamento religioso nelle scuole pubbliche del Belgio. Va però tenuto presente che in questo paese il 60% degli alunni frequentano scuole cattoliche, nelle quali l'insegnamento religioso è obbligatorio. Per quanto riguarda gli istituti

pubblici primari e secondari, la legge del 1959, che ha sancito il cosiddetto «pacte scolaire», prevede almeno due ore di religione (sei sono le religioni ammesse: 4 cristiane, l'islam e l'ebraismo) o di morale non confessionale. Questa situazione deve oggi fare i conti con la trasformazione del Belgio in uno stato federale, con l'attribuzione alle comunità linguistiche francese e fiamminga dell'organizzazione concreta e dell'esecuzione pratica del «pacte scolaire», sia pure salvaguardato nella costituzione dello stato belga. Inoltre vi è stata una discussione circa le motivazioni della dispensa da sia dai corsi di religione sia da quelli di morale, discussione che ha condotto ad attribuire alle autorità scolastiche locali il potere di accordare dispense, che sono sempre più dovute all'indifferentismo religioso. Trattando, poi, dell'organizzazione pratica dei corsi di religione, il Torfs si sofferma in particolare sul tema della designazione, dello statuto giuridico e dell'eventuale rimozione degli insegnanti di religione.

Alexis Pauly presenta la situazione dell'insegnamento religioso nel Lussemburgo, inquadrandola nel contesto storico, sociologico e giuridico ed evidenziandone così le peculiarità. Tale insegnamento è seguito dalla stragrande maggioranza degli alunni delle scuole primarie, presso le quali è pure prevista l'organizzazione di corsi di morale laica. Più ampiamente l'A. descrive nella sua evoluzione storica la problematica dell'insegnamento religioso a livello di scuola postprimaria. Interes-

sante è notare l'intervento legislativo che, di fronte al grande aumento di domande di dispensa, l'ha riservata agli alunni di una religione non compresa fra quelle impartite. Lo studio si conclude esaminando le questioni giuridiche ancora aperte circa lo statuto del personale insegnante e la dispensa dall'insegnamento della religione o della morale.

L'ultimo studio del presente volume è dedicato alla presenza dell'islam nei corsi di «langue et culture d'origine» (LCO) organizzati per i figli di immigrati sulla base di accordi bilaterali fra la Francia e alcuni paesi a maggioranza mussulmana (Algeria, Marocco, Tunisia e Turchia) (si deve in proposito ricordare che corsi del genere sono previsti anche per i figli d'immigrati da Portogallo, Italia, Spagna ed ex-Yugoslavia). Scopo del contributo di Françoise Lorcerie è quello di fare chiarezza a proposito certi pregiudizi che vedono in tali iniziative una deroga indebita alla non confessionalità dell'insegnamento scolastico, in quanto sono viste come forme di insegnamento religioso obbligatorio nella scuola pubblica. In realtà, da tale analisi appare come la dimensione strettamente religioso-islamica degli LCO è assai meno marcata di quanto taluni ritengono o temono.

Le conclusioni del volume sono tratte da Yves Madiot, il quale, tenuto conto delle incertezze giuridiche ancora esistenti sia livello costituzionale, sia a livello di leggi nazionali, sia a livello di diritto locale, auspica che, servendosi dell'apporto del diritto internazionale e di quello

comparato, la problematica riguardante l'insegnamento religioso sia affrontata cercando di chiarificare il diritto in materia, dato che «juridiciser le débat c'est, d'une certaine manière, le civiliser» (p. 202).

Ma il ricco panorama sullo statuto giuridico dell'insegnamento religioso in Francia e nei paesi confinanti, che quest'opera collettiva ci offre, non interroga soltanto i giuristi. Esso lascia intravedere la situazione di una società europea secolarizzata nella quale l'insegnamento della religione nelle scuole è messo in discussione non più tanto da un rifiuto ideologico, quanto piuttosto da scelte pratiche marcate dall'indifferentismo religioso. La Chiesa è chiamata ad accogliere oggi anche questa sfida affinché un tale strumento possa continuare ad essere utile ed efficace nell'ambito del ministero di annuncio del vangelo e della collaborazione con la famiglia e lo stato per la formazione dei cristiani e dei cittadini europei di domani.

Antonio Filipazzi

Angela Maria PUNZI NICOLÒ, *Libertà e autonomia negli enti della Chiesa*, collana di monografie dell'Università degli Studi «Roma Tre», Facoltà di Giurisprudenza-Dipartimento Studi Giuridici, G. Giappichelli editore, Torino, 1999, p. 214.

Ebbi il piacere di pubblicare proprio sul primo fascicolo di questa

Rivista la recensione al libro della professoressa Punzi Nicolò, intitolato *Gli enti nell'ordinamento canonico* (cfr. *Ius Ecclesiae*, 1 [1989], pp. 327-330). In quell'opera, la Punzi si occupava della qualifica canonica dei diversi enti ecclesiastici soprattutto in riferimento alle categorie giuridiche adoperate dal Codice in quel momento appena promulgato. La ricerca allora condotta rifletteva approfonditamente, tra l'altro, sulla necessità e opportunità del concetto di persona giuridica e della sua partizione in pubblica e privata, proponendo una classificazione concettuale degli enti ecclesiastici che tenesse conto di aspetti giuridici più sostanziali: enti di struttura ed enti di libertà. Già in quello studio veniva annunciato il desiderio di continuare la ricerca esaminando le modalità attraverso le quali gli enti di libertà si pongono all'interno della Chiesa.

Il tempo trascorso dalla pubblicazione del primo libro ha consentito all'a. di affrontare l'argomento, in coerenza con la ricerca precedente, facendo tesoro dell'esperienza maturata in questo periodo e della bibliografia prodotta in questi anni. In questo nuovo libro, la professoressa Punzi Nicolò, Ordinario di diritto canonico nell'Università di Roma Tre, prosegue, infatti, la ricerca intrapresa anni fa ma, oserei dire, da una prospettiva diversa. Mentre il primo saggio poneva al centro dell'attenzione gli enti, in questo secondo il centro dell'interesse si sposta sul fedele nel momento in cui entra in relazione

con gli enti di libertà e spesso, attraverso di essi, con l'istituzione della Chiesa. In tal modo emerge il problema relativo alla armonizzazione di due elementi fondamentali: la necessaria libertà e autonomia del singolo, manifestazioni derivanti dalla volontà divina che chiama ed elargisce carismi ai fedeli, con le esigenze di stampo istituzionale, altrettanto rispondenti ad una volontà divina. In questo senso risulta particolarmente azzeccato il titolo scelto dall'a. per questo libro: «libertà e autonomia negli enti della Chiesa».

Proprio tale questione — libertà e autonomia ed esigenze istituzionali negli enti della Chiesa — costituisce il filo conduttore di tutta la ricerca, nella quale vengono, infatti, esaminate numerose tematiche, alcune annose e talvolta appartenenti a settori della scienza canonistica lontani tra di loro (si pensi all'autonomia degli statuti delle associazioni laicali, al potere dei superiori religiosi, alle disposizioni sull'amministrazione dei beni ecclesiastici), ma tutte unite dall'intento di trovare il modo in cui si articolano i principi di autonomia e libertà con il rispetto dei requisiti derivanti dall'istituzione. Nel passare in rassegna tematiche così varie, non viene data (e ritengo che questa sia l'intenzione dell'a.) una risposta compiuta alle numerose questioni emergenti lungo la trattazione. L'a. si accontenta spesso di additare il problema, rilevando come alcune spiegazioni, tradizionali perché assunte acriticamente dalla dottrina, non resistano ad un'analisi critica allorché ven-

gano esaminate dalla prospettiva delle implicazioni dei principi di autonomia e di istituzionalità.

Il libro è diviso in 5 capitoli. Il primo si intitola «carisma, vocazione e libertà». In maniera coraggiosa vengono affrontate le difficili questioni canoniche implicate in questi concetti. L'a. parte dalla premessa che «la Chiesa è, per eccellenza, una società libera, dove si entra con un atto volontario e i suoi membri sono caratterizzati anche mediante il loro basilare atteggiamento di libertà. Ma ciò detto — continua l'a. —, non mi sembra dubbio che l'uomo, compiuta la libera scelta di entrare nella Chiesa, è inserito necessariamente nei suoi enti di struttura, che ne esplicitano il nucleo delle funzioni di diritto divino e insieme la concreta e storica impalcatura organizzativa. Naturalmente, il fedele non appartiene (né lo potrebbe) a tutti gli enti di struttura, ma certo non può non appartenere a taluni di questi» (pp. 3 e 4).

A partire da questa considerazione, si riprende la partizione di enti di struttura ed enti di libertà. I primi sarebbero ineliminabilmente collegati con i *munera* gerarchici e avrebbero nel potere dell'autorità ecclesiastica la loro fonte istitutiva. Gli enti di libertà sarebbero, invece, quelli che nascono dalla risposta ad una vocazione, come attuazione di un carisma personale e trovano la loro fonte giuridica nella *conventio* (cfr. p. 34).

Altri argomenti di grande spessore vengono esaminati in questo capitolo, come, per esempio, il tema

della doverosità di seguire la propria vocazione e la libertà giuridica di non subire costretti e, soprattutto, la delimitazione del concetto di autonomia nel diritto canonico. Per Punzi Nicolò, nel diritto della Chiesa si dovrebbe sostituire la qualifica di «privata», riferita all'autonomia, con quella di «ecclesiale», in quanto essa viene spesso determinata da una (almeno presunta) vocazione specifica e dalla necessità di essere inserita nella *communio* (cfr. pp. 28 e 29).

Del capitolo II, dedicato alle associazioni (Associazione ed istituzione), in cui si analizza il diritto ad associarsi nella Chiesa, la costituzionalità del fenomeno associativo ed altri argomenti connessi, vorrei richiamare specificamente l'attenzione sul problema relativo alla qualifica degli istituti di vita consacrata. L'a. li inquadra tra gli enti di libertà (sorti dalla libertà e carisma dei fondatori e degli altri membri), essendo a base associativa, benché assumano funzioni pubbliche. Questi enti costituiscono invero il paradigma dell'intreccio autonomia-istituzione nella Chiesa, poiché sono enti costitutivamente di libertà ma al contempo hanno il compito di svolgere delle funzioni pubbliche (la stessa vita consacrata implica l'assunzione di una funzione pubblica *in Ecclesia*). Ne segue una serie di problemi prettamente giuridici relativi alla tensione derivante dalla necessità, innanzitutto, di proteggere l'autonomia dei singoli fedeli e dei singoli enti e, contemporaneamente, di tutelare le esigenze istituzionali, tra

cui si può trovare il carisma del fondatore, se è entrato a far parte del patrimonio della santità della Chiesa. Di questo tipo di istituto Punzi Nicolò dirà più avanti che «pur restando associazione nel suo momento genetico (...) nel suo *in facto esse*, si svincola da connotazioni contrattuali e da meccanismi societari e si colloca decisamente sul versante della comunità» (p. 79).

Il capitolo III si occupa specificamente del ruolo della volontà dei fedeli negli enti di libertà. Anche in questa sezione emergono diverse questioni problematiche messe al vaglio dalla specifica angolatura del gioco tra autonomia e istituzione, dal momento che negli enti di libertà non viene assunta allo stato puro la libertà associativa, essendo possibile, infatti, scorgere in essi la presenza sia dell'elemento volontario che di quello istituzionale. Giustamente rileva l'a. che «l'opposizione frontale istituzione-contratto è non solo semplificante, ma anche chiaramente sviante» (p. 74). La presenza di questi due elementi si evidenzia in maniera eclatante negli istituti religiosi. Anche negli altri enti di libertà è comunque possibile rinvenire questa tensione, come accade, ad esempio, quando viene analizzata la difficile questione di delimitare la portata dei verbi «agnoscere» (un'associazione) e «recognoscere» gli statuti dell'associazione, di cui al can. 299 § 3, in quanto viene posta in gioco l'efficacia reale che l'ordinamento canonico concede alla volontà associativa

in quanto creatrice delle norme costitutive dell'ente.

In questa sezione vengono messe in evidenza altre manifestazioni della limitazione del fattore volontario (per esempio, la regola dello *ius vetus* che vuole privilegiare la *pars sanior* al momento di formare la volontà collettiva dell'ente, nonostante il sacrificio del criterio maggioritario), ma vorrei sottolinearne una che a mio avviso viene trattata con speciale lucidità. Mi riferisco al commento alla *Regula iuris* del Sesto (n. 29) «quod omnes tangit ab omnibus approbari debet», regola che acquista una particolare valenza allorchando si applica a interessi spirituali, quale è la necessità di seguire il proprio carisma. In virtù di questo principio ne consegue che la volontà del singolo può addirittura impedire la formazione maggioritaria di uno atto collegiale. Come osserva Punzi Nicolò, tener conto «della persistente rilevanza dei singoli all'interno dell'ente personificato e delle loro situazioni individuali, significa appunto negare, in certa misura, la persona giuridica stessa come centro di interessi e completa realtà unitaria», ed è proprio ciò che fa l'ordinamento della Chiesa, nel contenere le conseguenze che l'astratto concetto di persona giuridica comporterebbe. «Ogni volta che è in gioco un interesse spirituale, comunitario o individuale che sia, si solleva (addirittura si "strappa") il velo della personalità, si denuda la verità sotto la *fic-tio*, si torna a guardare alla realtà umana e alla sua inevitabile, inelimi-

nabile contraddittorietà» (p. 117). A mio modo di vedere, questo fatto innegabile, lungi dal rendere il diritto canonico meno rigoroso, costituisce invero un suo pregio, in quanto consente di adattare le categorie legali astratte (del resto, del tutto necessarie) alle esigenze dei singoli casi. Ritengo che un siffatto realismo dovrebbe essere imitato da tutti gli ordinamenti giuridici, sebbene le peculiari esigenze delle necessità spirituali si diano con particolare intensità nel diritto della Chiesa.

Nel capitolo IV vengono esaminati i rapporti patrimoniali all'interno degli enti associativi. Anche qui l'a. non si accontenta di semplici risposte e mette in evidenza come i beni spirituali, garantiti dall'attuazione della gerarchia, costituiscano spesso un limite alla logica della dinamica del principio di autonomia nella gestione dei beni patrimoniali.

Nel quinto e ultimo capitolo si tratta del rapporto tra gli enti associativi e le strutture ecclesiali. La maggior parte di questa sezione è dedicata alla presenza dell'elemento, non già meramente istituzionale, ma propriamente gerarchico in alcuni aspetti della vita degli istituti di vita consacrata, specialmente in quelli religiosi. Prima di tutto l'a. si pone il problema della natura della potestà negli istituti di vita consacrata; essa non sarebbe la *sacra potestas*, poiché non comporta necessariamente l'ordine sacro, tuttavia non andrebbe qualificata semplicemente come potestà dominativa, in quanto non sarebbe riconducibile

alla volontà naturale dei membri dell'istituto. Conclude dunque affermando che tale potestà è comunque ecclesiale e pubblica ed è collegabile alla *potestas iurisdictionis*, benché non corrisponda in tutto ad essa. Tale conclusione deriva dalla convinzione che gli istituti di vita consacrata, pur essendo alla loro radice dei fenomeni associativi, hanno una funzionalità pubblica che richiama una presenza forte dell'elemento istituzionale.

Oltre allo studio della potestà nel caso specifico degli istituti clericali di diritto pontificio, vengono esaminati altri temi di interesse, quale l'istituto dell'esenzione, le commissioni agli istituti di vita consacrata di funzioni gerarchiche (per esempio, i contratti in terra di missione) e i casi storici in cui alcune badesse hanno esercitato una potestà *vere episcopalis*. Tutto ciò viene sempre esaminato con l'intento di spiegare l'intreccio tra carisma, vocazione, autonomia e istituzione.

Una menzione a parte merita, a mio avviso, il riferimento che l'a. fa alle prelature personali (pp. 195-207); pur riconoscendo che potrebbe sembrare poco congruente con il tema generale del libro, la giustificazione a tale allusione deriva dal fatto che in questi enti può eventualmente verificarsi, come di fatto si verifica, un incontro tra strutture gerarchiche e scelte vocazionali. È notevole l'onestà scientifica che traspare nell'approccio a questo tema. Siffatto atteggiamento porta alla Punzi Nicolò a superare qualsiasi questione di inquadramento in de-

terminati settori dottrinali e ad esprimere la propria perplessità di fronte alla sistematica dei primi due libri del Codice e, concretamente, alla collocazione delle prelature personali, che «certamente diverge fortemente dalla prima intuizione progettuale che aveva dato il Concilio» (pp. 196 e 197).

Non è però oggetto d'interesse la figura stessa della prelatura personale — la quale va, «nella sua configurazione astratta, descritta come un ente di struttura gerarchica, di istituzione umana» (pp. 198 e 199), né può essere considerato un mero strumento organizzativo del clero (p. 205) —, ma la concreta realtà della prelatura dell'Opus Dei. Penso di poter riassumere in due punti le perplessità suscitate: in primo luogo, la preesistenza di un ente che all'origine era associativo (inquadabile tra gli «enti di libertà», nascente da un carisma fondazionale), ma che diventa un ente di struttura gerarchica, il che lascia una zona «non spiegabile, perché attinente ad una scelta discrezionale dell'autorità gerarchica o — per altro verso — perché discendente dalla superiore libertà dello Spirito» (p. 201 in nota); in secondo luogo, la delimitazione della prelatura sulla base dei fedeli chi vi aderiscono volontariamente mediante una convenzione, che non sembra «facilmente compatibile con l'intensità e la pervasività dell'impegno personale degli aderenti alla prelatura» (p. 202).

Concordo con l'a. nel considerare questi due punti degni di essere me-

glio studiati. Pur non potendo negli stretti margini di una recensione segnalare, neanche sinteticamente, le soluzioni di questi delicati interrogativi, penso di poter almeno additare la strada che, a mio avviso, converrebbe percorrere in un lavoro di approfondimento. Innanzitutto, credo che convenga esaminare con molta attenzione (direttamente e non attraverso la storia delle sue forme giuridiche) la realtà stessa preesistente che ha dato luogo all'erezione della prelatura, al fine di rinvenire la *rationabilitas* della scelta dell'autorità suprema di erigere la prelatura. A ben guardare, infatti, l'Opus Dei presentava già *in nuce* un fenomeno pastorale tale da essere gestito non autonomamente, ma dalla gerarchia ecclesiastica, in quanto non è mai stato un gruppo di fedeli associati per il raggiungimento di un determinato scopo spirituale o apostolico, ma una convocazione di comuni fedeli impegnati a vivere coerentemente la fede cristiana in mezzo al mondo e a propagare la chiamata universale alla santità, per il cui compimento si rendeva necessaria una particolare attenzione pastorale, la quale veniva garantita dai sacerdoti ordinati per svolgere questo ministero, onde la struttura dell'ente comunitario si basava sin dalle sue origini sul rapporto fra il sacerdozio comune e il sacerdozio ministeriale, rispecchiando, dunque, la struttura *ordoplebs* propria delle comunità cristiane rette da un Pastore dotato della *sacra potestas*. L'erezione di questa prelatura non costituisce

quindi una sovrastruttura per l'ente preesistente, ma piuttosto la constatazione da parte della Sede Apostolica dell'esistenza di una missione che la Chiesa deve compiere nel mondo e della presenza di una comunità cristiana, che viene affidata alla cura pastorale di un Prelato, aiutato dal suo presbiterio, affinché la regga con potestà propria e la renda uno strumento valido per favorire la pienezza della vita cristiana tra i fedeli comuni.

Per quanto riguarda l'impegno preso dai fedeli, esso andrebbe considerato dall'ottica della novità trasmessa dal Fondatore dell'Opus Dei rispetto alla vocazione di tutti i fedeli alla radicalità evangelica, la quale è tanto «normale» e «laicale» (per quanto impegnativa) da potersi svolgere negli enti di struttura. Del resto, essendo la Chiesa, come ricorda giustamente l'a., «una società libera, dove si entra con un atto volontario», nulla dovrebbe ostare all'adesione libera ad un ente di struttura, né alla creazione di un ente di struttura sulla base della convocazione, sebbene il fenomeno meriti di essere approfondito in quanto costituisce per certi versi una novità nella Chiesa.

Sotto il profilo metodologico, ritengo degno di encomio il modo realistico e schietto con cui viene affrontato l'argomento delle prelature personali, senza dilungarsi in discussioni sui modelli normativi astratti (da cui scaturiscono facilmente posizioni rigide volte a difendere gli schemi di pensiero previa-

mente elaborati o ermeneutiche troppo letteraliste) e rivolgendo subito l'attenzione alle questioni che la prelatura dell'Opus Dei suscita al canonista. Penso, però, che sia importante far avvertire che tale scelta metodologica non deve portare erroneamente al lettore a pensare che il prototipo delle prelature personali sia quello dell'Opus Dei, né a credere che le questioni analizzate dall'a., per connessione con l'argomento generale del libro (penso soprattutto al rapporto di un elemento carismatico e vocazionale con la gerarchia ecclesiastica), si daranno sempre in tutte le prelature personali, poiché ciò sarebbe confondere la parte con il tutto. Di fatto, le prelature che possono eventualmente erigersi nel futuro per l'assistenza spirituale a gruppi umani che si trovano in speciali circostanze, non devono necessariamente essere di ambito universale, né contare sulla cooperazione dei laici stabilita mediante convenzioni, né sorgere in seguito all'esistenza di una comunità previamente strutturata.

L'opera recensita termina con brevi pagine conclusive in cui si svelano, in maniera letterariamente elegante, le preoccupazioni di fondo che hanno indotto l'a. a condurre la ricerca attraverso aree giuridiche sparse, e cioè i problemi posti all'intellettuale dalla dialettica tra il vivere nelle associazioni e il sorgere delle istituzioni, tra la libertà di associarsi e la tutela istituzionale della libertà. E con tale pensiero la Punzi Nicolò ha saputo percorrere la sua

indagine attraverso i diversi ambiti del diritto della Chiesa, offrendo acute riflessioni, degne di essere considerate dai cultori delle diverse branche del diritto canonico.

Eduardo Baura

Nikolaus SCHÖCH, *Die kirchenrechtliche Interpretation der Grundprinzipien der christlichen Anthropologie als Voraussetzung für die ebeprozessrechtliche Beurteilung der psychischen Ebekonsensunfähigkeit. Eine kanonistische Studie unter besonderer Berücksichtigung der päpstlichen Allokutionen und der Judikatur der Römischen Rota*, Peter Lang Verlag, col. Adnotationes in Ius Canonicum, Frankfurt a.M., 1999, p. LXXV + 393.

Esta reciente obra del Dr. Schöch, en cuyas densas páginas se tratan temas y problemas referentes a varias de las bases hipotéticamente determinantes de defecciones consensuales por causas psíquicas, se propone como eje central del estudio contrastar algo tan importante hoy en los análisis matrimoniales en general y sobre todo canónicos como las bases antropológicas de la unión hombre-mujer con las orientaciones magisteriales más recientes del R. Pontífice y de la jurisprudencia rotal sobre los apoyos del matrimonio canónico en una cierta y específica antropología, la teológico-cristiana, enlazando todo ello con las formulaciones más mo-

dernas y actuales de las ciencias psicológicas y psiquiátricas en su relación con los ajustes-desajustes, posibilidades o imposibilidades del psiquismo humano ante esta opción fundamental de la existencia del hombre que llamamos matrimonio.

Todo el fondo de la obra se enraíza en la idea general de que el matrimonio, en cuanto institución de naturaleza humana, tiene por necesidad que asentarse en una metafísica antropológica. Y ya más en concreto, al tratarse del matrimonio canónico, se marca la exigencia de una constante orientación hacia el estudio de los presupuestos antropológicos cristianos como punto de partida y base de fundamentación necesaria para el descubrimiento, el análisis y la valoración de las variadas y posibles incapacidades por causas psíquicas recogidas en el ordenamiento matrimonial de la Iglesia.

Es de todo punto elemental señalar que al matrimonio-uni6n de personas dotadas de conyugalidad, en cuanto realidad radicalmente expresiva de tendencias y exigencias de conyugaci6n, subyace por necesidad una determinada antropología: es decir, una concreta doctrina o ideología sobre el hombre, su naturaleza, sus posibilidades y destino, su situaci6n en el mundo, sus proyecciones de presente y de futuro, etc.

La visi6n del ser humano y la b6squeda — incesantemente mantenida desde los orígenes de la reflexi6n filos6fica — de qu6 cosa es el hombre impregna por l6gica todas

las raíces y las proyecciones de la juridicidad sobre cualesquiera realidades humanas: qu6 es, qu6 puede, a qu6 aspira, qu6 caminos recorre y con qu6 posibilidades, etc. el hombre en lo f6sico-material, en lo biol6gico o psicol6gico, en lo moral, en lo étnico, en lo cultural o en lo social, en lo espiritual inclusive ha de ser premisa ineludible ante cualesquiera construcciones jurídicas sobre el ser o el existir de los hombres y sobre las diferentes formas o modalidades de su convivencia interhumana. El viejo axioma de que «*hominum causa omne ius constitutum est*» del Digesto (D. 1.5.2) no hace otra cosa que abrir cauces amplios de conexi6n entre juridicidad y antropología. Este principio general de relacionalidad entre ambas cosas vendrá sometido a las necesarias concreciones de calidad, de proporciones, de concepciones sobre el hombre y la vida, de cultura y, en todo caso, de respeto a las marcas indelebles impresas por Dios y la naturaleza en la condici6n humana y a las que no debiera sustraerse ninguna ordenaci6n jurídica que se precie.

Estas demandas e inquietudes en torno al hombre referibles concretamente al matrimonio se extienden también y constituyen el horizonte de la Teología, en cuanto es innegable que la misma es siempre antropocéntrica por ser el hombre, en la actual economía de la salvaci6n, la verdadera medida de la revelaci6n y de la apertura del Dios infinito (Cfr. J.B. Metz, *Antropocentrismo cristiano*, Trad.

ital., Torino, 1968; K. Rahner, *Grundsätzliche Überlegungen zur Anthropologie und Protologie im Rahmen der Theologie*, en Feiner-Löhner, *Mysterium salutis*, 2, Einsiedeln, 1967, 406-420).

La reflexión sobre el hombre no se encierra y reduce a una parte de la revelación, sino que en el hombre se contiene y centra «un aspecto de toda la revelación».

La consideración del hombre — desde puntos de vista tanto filosóficos como teológicos e incluso jurídicos — muestra sin duda y ante todo una perspectiva del mismo como persona individual, con lo que se potencia el análisis y estudio de los derechos y deberes de los hombres singulares en relación consigo mismos o con otros igualmente considerados «uti singuli», dentro de un campo especialmente abierto a pretensiones, exigencias o deberes de fondo preferente aunque no exclusivamente ético.

Pero el fenómeno, siempre real y efectivo pero modernamente más resaltado y cultivado, de la creciente socialización humana ha llevado — incluso a la teología — a prestar mayor atención a ese otro aspecto de lo humano también intensamente conectado con la revelación: la sociabilidad del ser humano.

Una muestra de este nuevo o mejor renovado interés por lo sociable de los hombres se aprecia en el capítulo de la Const. «Gaudium et spes» — la comunidad de los hombres — (nros. 23-32), que se culmina con las ideas de que el hombre fue creado no para vivir aisladamen-

te sino para vivir en sociedad y de que la salvación querida por Dios ha de producirse no aisladamente y sin conexión alguna de unos con otros sino constituyendo un pueblo, como miembros de una comunidad y como seres vocacionados incluso por naturaleza a insertarse en colectivos de perfeccionamiento individual.

La socialidad de los seres humanos se perfila, por exigencias naturales impresas en el mismo ser de hombres, en el plano de una relationalidad con otros en todos los planos de sus potencialidades: desde las puramente físico-materiales hasta las intelectual-afectivas y también las espiritual-sobrenaturales.

Esta socialidad humana se constituye efectivamente por la interacción de las dos categorías de la receptividad y de la oblatividad. Las innatas tendencias humanas centrípeta-receptivas, para que la socialidad sea algo más que un sonido hueco y base potencial de perfección humana, necesitan alternarse y completarse con las también innatas tendencias centrífugo-oblativas: «Il singolo non ha solamente bisogno di ricevere ma anche di dare, di impegnarsi per altri, tanto che se quest'impulso non trova realizzazione la persona umana si atrofizza» (Cfr. M. Flick-Z. Alszeghi, *Fondamenti di una antropologia teologica*, 10, Nuova Collana di Teologia cattolica, Firenze, 1969, pag. 104).

Por esta dimensión sociable del hombre, al mismo se le llama y es en verdad «imagen y semejanza

de Dios» no sólo en su individualidad sino también en su dimensión comunitaria y en todas las posibles concreciones naturales de la misma.

Y en ello radica ya una primera raíz de la sacralidad de esa «prima communitas» que es el matrimonio. El que al matrimonio se le haya calificado de «res suapta natura sacra» no puede ser considerado como una concesión al mito, sino la expresión de un sentimiento universalmente reconocido cuando los ojos miran la realidad sin telarañas de prejuicios o de burdos «progresismos».

En la Biblia, el primer hombre es mostrado con ansias de superar su aislamiento y como necesitado de contar con «una ayuda semejante a él»: no era bueno para él permanecer solo (Gen. 2, 19-20).

Estas naturales y primigenias ansias de comunicación y de diálogo interhumanos pueden hablar ya mucho y bien del tan moderno jurídicamente hablando pero tan antiguo en el esquema humano del «bonum coniugum» y de las bases incluso de muchas terapias y normalidades interhumanas.

De este modo, el hombre y la mujer, en su diversidad congénita, aparecen y están llamados a constituirse en unidad existencial o algo más óptico todavía, querida por Dios y bosquejada a partir de las mismas raíces de lo humano (Gen. 2, 21-24), aún contando o a pesar de contarse con las discusiones sobre «géneros literarios» o sobre los mitos antiguos o sobre los interrogantes posibles

sobre los primeros capítulos del Génesis (cfr. por ejemplo P. Grelot, *Homme, qui es-tu? Les onze premiers chapitres de la Genese*, Editions du Cerf, Paris, 1973, pags. 6 ss.)

En este sentido se puede concluir ya que la imagen de Dios refulege no sólo en los ojos del hombre individuo, sino que «rifolge in un modo più intenso nell'unità strutturata bisessuale dell'uomo» (M. Flick-Z. Alszeghi, cit., pag. 105).

Ya con ello se descubre cómo la comunidad humana del hombre y de la mujer enmaridados se inserta decidida y profundamente en la economía y en la historia de la salvación, con apertura a las exigencias de una antropología teológica de base en los designios salvíficos de Dios sobre las personas individuales y sobre las comunidades humanas, como el matrimonio o la familia, urgidas por impulsos naturalmente impresos en el ser y en el existir de cada ser humano.

El natural y nuevo «yo colectivo» matrimonial, que arranca de las mismas esencias del «eterno humano» salido del proyecto divino creador, por necesidad nace blindado por las reglas maestras de una antropología natural y teológica y, todo a lo largo de su «iter» histórico-vivencial, reclama proclamación y respeto de esas raíces antropológicas humano-cristianas. Y exige todo eso en su ser ontológico de tal y lo exige también en el desarrollo existencial y en las distintas formulaciones históricas, filosóficas o jurídicas, antiguas o modernas.

Sin esos respeto y acatamiento a las más entrañables raíces de una sana antropología respetuosa con al menos los principios de naturaleza, como ya se ha indicado antes, «la persona umana si atrofizza».

El Papa Juan Pablo II, en su conocido Discurso a la Rota, de fecha 5 de febrero de 1987 (cfr. *Communicationes*, 19, 1987, 3-8), desde la vigilante conciencia acerca de la opción fundamental de la existencia que todo matrimonio entraña y en el abrirse natural de la reflexión canonística a los grandes progresos y adelantos de las ciencias psicológicas y psiquiátricas en relación con la auscultación y estudio de los procesos del psiquismo humano, tanto conscientes como no conscientes en sus distintas medidas, alude a existencia y presencia incluso en torno a la concepción cristiana, en materia especialmente de causas de nulidad de base psíquica, de «presupuestos antropológicos inconciliables con las exigencias más elementales de la antropología cristiana».

El seguimiento de estas corrientes, tenidas por algunos como científicamente correctas aunque puedan no ser en ocasiones más que hipótesis sin contraste científico válido y seguro, introduce en aspectos muy cualificados de la concepción humano-cristiana del matrimonio elementos y factores de distorsión y plantean ahora mismo serias y graves dificultades para un diálogo fecundo entre determinados postulados psicológicos actuales y las formulaciones de una antro-

pología conyugal como la cristiana, que — quíerese o no reconocer — toma asiento en bases de la más limpia y auténtica filosofía perenne y de la eticidad más acorde con postulados ineludibles de naturaleza humana.

Este problema básico de una delineación depurada de los principios antropológicos perennes al contrastarse con y ser manejados en función de conquistas incuestionables de las ciencias psicológicas y psiquiátricas actuales, dentro de una aplicación de los mismos en cada parcela de lo conyugal sobre todo cuando eso conyugal se tiñe de rasgos de anormalidad o de patologías aún sin diagnósticos diferenciales seguros y definidos, es en prácticamente todo el libro una de las claves y común denominador de fondo en todas las reflexiones que el Dr. Schöch se va planteando en todo su recorrido y que trata de acomodar racionalmente a las más limpias y contrastadas exigencias antropológicas.

El marco cristiano del hombre y del matrimonio contando con la inevitable tensión dialéctica entre las aportaciones no siempre científicamente asumidas de las ciencias del hombre por un lado y los frutos de una reflexión filosófico-teológica necesitada también en ocasiones de afinamiento acorde con los auténticos «signos de los tiempos» por otro así como las esencias de las más modernas enseñanzas de la Iglesia conciliar sobre matrimonio y familia junto con las normas jurídico-canónicas promul-

gadas en 1983 en formulaciones jurídicas de la doctrina conciliar sobre el matrimonio y el mundo actual... llena con luz propia sobre todo los dos primeros capítulos de la obra que comentamos. En ellos se destacan ideas tan humana y cristianamente fecundas y de lleno vigentes en la actualidad como que en todo concurso, concierto, alianza o comunidad humana ha de erigirse como filón primario e insustituible el principio de que todo ser humano es persona; es decir, un ser que, dentro de una inmanencia y trascendencia irrenunciables, por la conciencia y el autodomínio de sí, en unos horizontes de al menos una mínima pero suficiente libertad — posible siempre en condiciones y personas normales —, es capaz de construir su propio destino en la línea de una vocación asumida responsablemente por la apertura personal a compromisos consigo mismo, con otros hombres y con Dios.

Este personalismo sano, que estudia y al que se refiere el autor dentro del 2º capítulo de la obra, está fundamentando la natural capacidad del ser humano para las exigencias normales de su realización humana y cristiana a través de la posibilidad de secundar positivamente las exigencias de la propia vocación sentida y querida a partir de elecciones u opciones de permanentes y hasta inalterables compromisos de vida y existencia.

Es realmente la persona humana, toda ella en su conjunto «integrado» somático-psíquico-es-

piritual, lo que — con sus fuerzas humanas potenciales y elevadas por la gracia — es capaz incluso hasta de «strutturare le sue tendenze, scegliendo qualche valore come norma e legge della propria vita, organizzandola in funzione ad un polo liberamente scelto. Questa scelta, progressivamente realizzata, dà alla realtà dell'individuo una struttura, cioè un'unità ordinata nella molteplicità. L'uomo acquisita così un modo di essere, in quanto 'esiste' emerge per propria scelta dall'indeterminatezza iniziale: la persona emerge così della natura» (M. Flick-Z. Alszeghi, cit., pags. 71-72).

Entre los restantes puntos de la conyugalidad abordados en este interesante y actual estudio de la problemática más acuciante y sensible del matrimonio cristiano, no podemos por menos de resaltar algunas ulteriores cuestiones que, por su misma entidad y por el cuidado y diligencia del autor, muestran atisbos novedosos y clarificadores en algunos aspectos de lo conyugal humano y cristiano.

Especialmente me han impresionado gratamente esas tres cuestiones, antropológicamente relevantes en el panorama actual de las hipotéticas nulidades matrimoniales, que alertan esos tres binomios de normalidad-anormalidad, de madurez-inmadurez y de libertad-determinismo de las personas en trance de contraer matrimonio o en trance de vivirlo existencialmente cada día (refiriendo la sintomatología nosológica del devenir existencial a la

realidad del ser humano de los esposos en el momento de la celebración).

En estos tres campos y anotando de entrada la suma dificultad de trazar exactas o rotundas líneas divisorias entre los polos de esos enunciados binomios, el esquema canonístico y antropológicamente correcto podría centrarse en esta idea matriz: que las categorías jurídicas del valor de los actos humanos, cualesquiera que sean y como quiera que se llamen, y las categorías de la perfección y fructificación ético-social-gratificante de los mismos pueden en ocasiones coincidir y procurarse a la vez pero sin que esa hipotética coincidencia haya de llegar a ser una regla invariable jurídicamente requerida para el valor del acto.

El Derecho cuida y atiende primordialmente al valor de los actos y en ello consiste precisamente su función y ello se actúa a partir de unas mínimas aunque suficientes condiciones y exigencias psico-físicas de la persona. Por el contrario, las otras categorías de lo más perfecto o de lo gratificante o de lo feliz, sin descartarse nunca o por principio de la actuación jurídica, nunca llegan a ser sin embargo exigibles jurídicamente e ineludibles al celebrarse el acto, hasta poner en tela de juicio la validez del mismo.

En este preciso terreno tiene cabida el estudio que en la obra se hace sobre el deslinde de los conceptos de « dificultad » para una cosa y de « imposibilidad-incapacidad » para la misma (pags. 219-227).

Se hace imprescindible, para eludir trivializar estas cuestiones y hasta el mismo matrimonio en materia de nulidades conyugales y evitar deformaciones o desnaturalizaciones conceptuales, tratar de llegar lo más y mejor posible al fondo de la diferenciación entre lo verdaderamente anormal y patológico por un lado y lo meramente dificultoso, pesado o desagradable por otro. Se trata sin duda de categorías, calificaciones y hasta conceptualizaciones diferentes con resultados jurídicos muy distintos.

Y en esta misma línea se pueden insertar las cuestiones referentes a las múltiples posibles causalidades de las crisis o de los fracasos conyugales, cuya gama oscila desde los que son debidos a unas verdaderas deficiencias psíquicas hasta los derivados de personales claudicaciones más o menos voluntarias o buscadas o las tan socorridas faltas de fidelidad a compromisos libremente adquiridos o a incumplimiento de responsabilidades, hasta de raíz natural, con frecuencia anudadas a derechos de terceras personas sin culpa de ninguna clase.

Inciendo más sobre esta problematicidad, hay que decir que la normalidad perfecta o la madurez perfecta o la libertad perfecta — en lo humano — están, si acaso, en los libros y son o pueden ser sin duda posibilidades y aspiraciones humanamente deseables y perseguibles en un horizonte de proyectos de construcción progresiva del propio destino por y a través de un despliegue siempre esforzado de las posibi-

lidades de desarrollo de cada condición humana encarnada en un ser y en una historia personales. Ni la libertad «absoluta» ni la madurez «absoluta» ni la felicidad «absoluta» existen en lo humano; lo que sí existen y son posibles serán una libertad, una madurez o una felicidad «razonables» o suficientemente «razonables» para la normalidad de los actos y de la vida humana. Lo que se salga de esa «normalidad razonable» es lo que podría entrar ya en la galería de los desajustes en la forma de ser y consiguiendo en la redacción de ese libro de cada vida que los hombres vamos escribiendo con nuestra conducta diaria.

En el libro concretamente y dentro del cap. IV (4.3: «die Willensfreiheit»), sobre la libertad del hombre ante su matrimonio, se plantean sugestivas e importantes cuestiones sobre el principio de la ineludible necesidad de una proporcionada autonomía personal para contraerlo, sobre el significado y situaciones en los estados consciente-inconsciente-subconsciente ante el desarrollo efectivo de una libertad proporcionada a la trascendencia humana del matrimonio y sobre la posible incidencia negativa de las distintas formas de presión exterior sobre la formación del voluntario.

No falta en esta obra la parte que podría llamarse deontológico-profesional.

Las funciones de los expertos-peritos, del defensor del vínculo y de los jueces completan el desarrollo de los temas con oportunísimas ob-

servaciones en materia sobre todo de las delicadas elaboraciones periciales (pags. 265 ss.) y del «munus» primacial de los jueces con la exigencia de una cierta preparación y hasta competencia de los mismos en el cultivo de la antropología y de la psicología (pags. 315 ss.), con posibilidades y aptitudes para una valoración crítica de los alegatos periciales que llegan al proceso de nulidad.

Todo el libro, que estimamos muy actual y muy actualizado, muy cuidado literaria y lexicográficamente, muy pensando y fundamentado racional y bibliográficamente y muy bien surtido de aciertos y de sugerencias en sectores muy sensibles hoy en día de la normatividad canónico-conyugal, nunca suficientemente pensados y precisados a causa de la riquísima y variadísima subjetividad de cada contrayente, nos parece no sólo un acierto meritorio de una persona vocacionada para sensibilizarse ante estas realidades de la patología conyugal canónica, sino también, y sobre todo más aún, una preciada ayuda para cuantos, en estos momentos de profunda crisis pública y privada de lo verdaderamente conyugal y familiar se proponen servir a la verdad y a la justicia en el terreno siempre arduo de las nulidades matrimoniales canónicas.

El cierre de la obra contiene una llamada muy constructiva a la colaboración convergente entre la ciencia teológico-jurídica del Derecho Canónico y los logros ciertos de las ciencias del hombre conexas

de alguna manera con el matrimonio. Los métodos distintos de tan distintos planos científicos no serán — creemos — óbice mayor para la apertura de un diálogo interdisciplinar, sobre todo cuando los juristas-canonistas pueden tener a mano los más modernos y garantizados Manuales diagnósticos de los desórdenes mentales y de los múltiples trastornos de la personalidad junto a los correspondientes análisis y comentarios apoyados en aportaciones debidas a investigaciones serias y muy contrastadas y cuidadas.

El final, por todo ello, no puede ser otro que la expresión de un sentimiento de gratitud al autor por la cuidada obra que ha puesto en las manos de cuantos nos dedicamos casi de por vida al estudio teórico y a la « praxis » judicial en estas materias de nulidad de matrimonio por causas, más específicamente, de naturaleza psíquica.

Santiago Panizo Orallo

José Luis SOBERANES FERNÁNDEZ, *Los bienes eclesiásticos en la historia constitucional de México*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie Estudios Jurídicos, 9, Universidad Nacional Autónoma de México, México D. F., 2000, p. 104.

Fra tutti i Paesi dell'America ispanica, forse è il Messico quello in cui i rapporti fra la Chiesa e le strutture statali presenta connotati più contrastanti. Il prof. Soberanes,

noto ecclesiasticista messicano, presenta in queste pagine un riassunto della complicata storia dell'eliminazione della mano morta (soprattutto ecclesiastica, ma con accenni anche a quella appartenente ai comuni o agli stati federati) per vie costituzionali, dal momento dell'indipendenza del Messico dalla Spagna agli inizi del XIX secolo, fino alla riforma della Costituzione del 1992.

Il proposito confessato del volume è quello di aggiungere una riflessione storico-giuridica alla discussione sui rapporti fra la Chiesa e lo Stato in Messico e, di conseguenza, a quella sulla libertà religiosa. Il lavoro segue i momenti di regalismo, di liberalismo e di supremazia dello Stato sulla Chiesa che si sono susseguiti nella storia messicana degli ultimi due secoli, mediante lo studio dei testi normativi attraverso i quali le diverse concezioni si venivano man mano sviluppando nell'ordinamento giuridico. Fulcro della trattazione è la considerazione che i beni ecclesiastici hanno avuto nelle successive tappe costituzionali messicane.

La riforma costituzionale del 1992 diede luogo ad una nuova legge sulle associazioni religiose e il culto pubblico nella quale, mediante la creazione della figura giuridica delle « associazioni religiose », si conferì personalità nell'ordinamento statale alle chiese e ad altre istituzioni religiose tramite l'iscrizione cosiddetta « costitutiva » in un registro pubblico. Il governo messicano si riserva l'approvazione degli acquisti di beni da parte di

queste associazioni mediante una denominata « declaratoria de procedencia ».

L'autore del libro ritiene gli sviluppi legali degli ultimi anni molto positivi per il riconoscimento giuridico costituzionale delle realtà religiose in Messico; auspica il chiarimento di alcuni punti controversi mediante la normativa regolamentare applicativa della legge sulle associazioni religiose che non è stata ancora pubblicata e ritiene che anche le realtà religiose che non possono o non vogliono essere iscritte al registro possano godere nell'ordinamento costituzionale messicano attuale di libertà di azione. Per quanto riguarda l'aspetto patrimoniale, indica che la proprietà dei templi appartiene alla nazione — come prima dell'ultima riforma — ma lo Stato s'impegna a destinarli a finalità religiose.

Il volume apporta dati storici interessanti adoperati con abilità dal noto ecclesiasticista. Mostra, sulla base di questi dati, il conflitto sociale causato da un'ideologia di regime che si scontra con il sentire sociale, ma anche l'abilità, tutta messicana, di far convivere entrambe le posizioni senza eccessive stridenze. A monte del concreto discorso tecnico portato avanti nelle pagine del volume, l'autore lascia intravedere come la libertà religiosa, tanto nelle manifestazioni personali o individuali quanto nelle possibilità di esercizio sociale o collettivo con rilevanza pubblica, costituisca una conquista dell'umanità, nel senso filosofico del termine, un contributo alla realizza-

zione della persona umana nei suoi connotati personali e sociali.

Jesús Miñambres

William H. WOESTMAN, *Ecclesiastical Sanctions and the Penal Process. A Commentary on the Code of Canon Law*, Faculty of Canon Law Saint Paul University, Ottawa, 2000, p. 290.

Come denuncia chiaramente lo stesso titolo del volume, il lavoro di Woestman vuole essere un commento alle norme del codice di diritto canonico del 1983 che concernono il Libro VI, sulle sanzioni penali nella Chiesa (cann. 1311-1399), e quella parte del Libro VII, sui processi, che si riferisce al processo penale (cann. 1717-1731). Il commento è condotto seguendo l'ordine dei canoni e le partizioni dei libri del codice che ne costituiscono l'oggetto specifico, trattando, quindi, prima dei delitti e delle pene in generale (pp. 1-96), poi delle pene per i singoli delitti (pp. 97-152) ed infine del processo penale (pp. 155-177). La tecnica espositiva consiste nel far seguire ad ogni canone, riportato integralmente in doppia lingua, latino ed inglese, le annotazioni dell'A.: una breve introduzione precede il commento analitico dell'intero complesso delle norme contenute, rispettivamente, nei libri VI e VII (quest'ultimo per la sola parte relativa al processo penale) del codice di diritto canonico.

Completa il volume una corposa appendice di documenti (pp. 179-278) ed una selezione bibliografica dei commenti e degli altri contributi della dottrina relativi alle problematiche del diritto penale canonico (pp. 279-284).

Le annotazioni dell'A. su ogni singolo canone si segnalano per l'efficacia della sintesi dei problemi eseggetici posti dalla norma e degli sviluppi che ne hanno accompagnato e favorito la formazione nel sistema penale canonico, con gli opportuni riferimenti alla disciplina pregressa e agli altri documenti (molti dei quali riportati in appendice) idonei a chiarire meglio il contenuto della disposizione esaminata. Ed uno degli aspetti più interessanti dell'opera è l'attenzione con la quale l'A. si sofferma nell'elaborazione di esempi e di ipotesi per rendere maggiormente comprensibile il concreto funzionamento della norma penale anche per quanto riguarda le varie attività che i diversi soggetti coinvolti pongono (debbono porre o non debbono porre) in essere per rispondere al dettato normativo: in questa prospettiva appaiono particolarmente significativi alcuni dei documenti contenuti nell'appendice al volume, che aiutano il lettore a percepire i profili pratici del problema (di alcuni problemi) e, quindi, a muoversi meglio all'interno del non facile universo del diritto penale canonico.

Questo tipo di approccio avrebbe certo meritato di essere ancor più sviluppato, in special modo perché manca rispetto alla norma-

tiva penale della Chiesa una elaborazione giurisprudenziale di rilievo, sicché in questo campo più che in altri risulta di notevole utilità il tentativo di elaborare esemplificazioni pratiche o rendere disponibili documenti che consentano di penetrare il funzionamento delle norme, superando gli angusti limiti delle espressioni letterali: un modo di far «vivere» indirettamente al diritto penale canonico quel «respiro» che alle norme generalmente riesce a dare l'esegesi della giurisprudenza.

Vero è che il diritto penale della Chiesa è un diritto sostanzialmente «inapplicato» in quanto concepito come una *extrema ratio*, cui si ricorre solo dopo che siano davvero falliti tutti i mezzi pastorali a disposizione per risolvere la situazione di conflitto che il peccato, elevatosi a delitto, determina tra il fedele e la comunità ecclesiale. Ma proprio per questo resta assai difficile comprendere correttamente i meccanismi che regolano il ricorso alle misure penali nell'ordinamento canonico e i percorsi valutativi che accompagnano il progredire da un mezzo pastorale (rivelatosi) inefficace all'applicazione della pena: in una sfera nella quale la discrezionalità potrebbe apparire praticamente illimitata, si avverte il bisogno di una guida che aiuti a individuare quei limiti che invece certamente vi sono. Il volume di Woestman cerca di rispondere in qualche modo a questa esigenza, proponendosi di accompagnare il lettore, canone dopo canone, all'interno del sistema penale e di illuminarne gli angoli più oscuri.

L'obiettivo non sempre è colto appieno e può accadere talvolta di sentirsi inappagati per un eccesso di sintesi che risulta inefficace a dipanare sufficientemente l'intricato disposto normativo, ma lo sforzo dell'A. è sicuramente apprezzabile e il lavoro nel suo complesso risponde allo scopo di invitare il lettore alla conoscenza di un diritto, che secondo l'acuta definizione di un canonista francese, è, nella Chiesa, il diritto meno studiato e più contestato. Del resto lo stesso autore dichiara che «sanctions are not the favorite subject for canonists», rivelandoci così tutta la generosità del suo sforzo nell'affrontare un tema arduo, immeritatamente negletto, e sul quale, invece, varrebbe la pena di approfondire gli studi anche in ragione della rilevanza che il diritto penale della

Chiesa ha avuto nella formazione del diritto penale degli Stati specialmente nella tradizione giuridica occidentale, come ha occasione di porre in evidenza un recente affascinante studio di Paolo Prodi sulla storia della giustizia.

Al libro di Woestman va, quindi, senz'altro riconosciuto il merito di una affinata sensibilità nei confronti di questo particolare settore di indagine nell'ambito degli studi canonistici, di cui esso segnala nell'attualità l'importanza e sul quale ci costringe a riflettere adeguatamente, senza poter rispondere, come ha pur fatto qualche collega a Woestman quando ha conosciuto il suo proposito di scrivere questo volume, «I don't like sanctions».

Raffaele Botta

Documenti

Pagina bianca

ATTI DI GIOVANNI PAOLO II

Discorso ai partecipanti all'assemblea plenaria dell'*Unione Internazionale dei Giuristi Cattolici* in occasione del loro pellegrinaggio a Roma per il Grande Giubileo, 24 novembre 2000 (*L'Osservatore Romano*, 25 novembre 2000, p. 5) (*).

Signor Presidente, Cari Amici,

1. Sono lieto di accogliervi, membri dell'*Unione Internazionale dei Giuristi Cattolici*, mentre realizzate il vostro giubileo e vi siete riuniti per la vostra assemblea plenaria; ringrazio il vostro Presidente, il Professore Joël-Benoît d'Onorio. Mi rallegro del fatto che l'*Unione Internazionale dei Giuristi Cattolici* metta in contatto giuristi cattolici di tutto il mondo, legati a realtà non solo politiche ma anche tradizionali e storiche molto diverse; essa risponde così alla sua vocazione profonda e ricorda il carattere universale del diritto. Non a caso la vostra rivista ha il titolo significativo di *Juristes du monde entier*. Il carattere cattolico non è comunque un segno di separazione e di chiusura, ma piuttosto un segno di apertura e una manifestazione del servizio che i giuristi desiderano rendere all'intera comunità umana.

2. Occorre tuttavia riconoscere che il pericolo del particolarismo grava sul diritto. Se da un lato il particolarismo agisce legittimamente per salvaguardare il genio specifico di ogni popolo e di ogni cultura, dall'altro, nella misura in cui si perde di vista l'unità essenziale del genere umano, molto spesso provoca non solo separazioni ma anche situazioni di frattura e di conflitto ingiustificate. È indubbio che l'approccio stesso dello studio e della teoria del diritto può essere legittimamente differenziato, sebbene la grande tradizione scientifica del diritto romano, alla quale la stessa Chiesa cattolica è stata estremamente sensibile nel corso della sua storia, abbia lasciato un'impronta alla quale nessun giurista, a qualsiasi scuola esso appartenga, può restare insensibile. Tuttavia, al di là di qualsiasi distinzione fra i sistemi, le scuole e le tradizioni giuridiche, un principio di unità s'impone. Il diritto nasce da una profonda esigenza umana, che è presente in tutti gli uomini e che non può rivelarsi estranea o marginale per nessuno di

(*) Vedi nota di Carlos J. Errázuriz M., *La missione del giurista cattolico alla luce della verità sul diritto*, alla fine del documento.

essi: si tratta dell'esigenza di giustizia che è la realizzazione di un ordine equilibrato dei rapporti interpersonali e sociali, atti a garantire che a ciascuno sia dato ciò che gli spetta e che a nessuno sia tolto ciò che gli appartiene.

3. L'antico e sempre ineguagliato principio di giustizia «*unicuique suum*» presuppone in primo luogo che ogni uomo abbia ciò che gli spetta come proprio e a cui non potrebbe rinunciare: riconoscere il bene di ognuno e promuoverlo costituisce un dovere specifico per qualsiasi uomo. L'ordine della giustizia non è un ordine statico ma dinamico, proprio perché la vita degli individui e delle comunità è essa stessa dinamica; come diceva san Bonaventura, non è un *ordo factus* ma un *ordo factivus*, che esige l'esercizio costante e appassionato della saggezza, che i Latini chiamavano *iurisprudencia*, saggezza che può impegnare tutte le energie della persona e il cui esercizio costituisce una delle più elevate pratiche virtuose dell'uomo. La possibilità di dare ciò che è dovuto non solo al parente, all'amico, al concittadino, al correligionario, ma anche a ogni essere umano, semplicemente perché è una persona, semplicemente perché la giustizia l'esige, costituisce l'onore del diritto e dei giuristi. Se esiste una manifestazione dell'unità del genere umano e dell'uguaglianza fra tutti gli esseri umani, essa è data proprio dal diritto, che non può escludere nessuno dal suo orizzonte, altrimenti altererebbe la sua identità specifica. In tale prospettiva, gli sforzi che la comunità internazionale da alcuni anni sta compiendo per proclamare, difendere e promuovere i diritti umani fondamentali costituiscono per il diritto il modo migliore per realizzare la sua vocazione profonda. I giuristi devono perciò sentirsi impegnati per primi nella difesa dei diritti dell'uomo poiché, attraverso di essi, è l'identità stessa della persona umana ad essere difesa.

4. Il nostro mondo ha bisogno di uomini e di donne che, con coraggio, si oppongano pubblicamente alle innumerevoli violazioni dei diritti, che continuano purtroppo a schernire le persone e l'umanità. Da parte loro, i giuristi sono chiamati — e questo è uno dei compiti dell'*Unione Internazionale dei Giuristi Cattolici* — a denunciare tutte le situazioni in cui la dignità della persona non viene riconosciuta o le situazioni che, sebbene sembrano agire in sua difesa, in realtà l'offendono profondamente. Oggi troppo spesso non si riconosce alla libertà di pensiero e alla libertà di religione lo statuto giuridico dei diritti fondamentali che corrisponde loro; in molte parti del mondo, anche alle nostre porte, i diritti delle donne e dei bambini vengono scherniti in modo ingiustificabile. Si registrano sempre più casi in cui il legislatore e il magistrato perdono la consapevolezza del valore giuridico e sociale specifico della famiglia, e in cui si mostrano pronti a porre sullo stesso piano legale altre forme di vita comune, il che genera grande confu-

sione nell'ambito dei rapporti coniugali, familiari e sociali, negando in un certo modo il valore dell'impegno specifico di un uomo e di una donna, e il valore sociale che è alla base di tale impegno. Per molti nostri contemporanei, il diritto alla vita, diritto primordiale e assoluto che non dipende dal diritto positivo ma dal diritto naturale e dalla dignità di ogni uomo, è ignorato o sottovalutato, come se si trattasse di un diritto disponibile e non essenziale; basti pensare al riconoscimento giuridico dell'aborto, che sopprime un essere umano fragile nella sua vita prenatale in nome dell'autonomia di decisione del più forte sul più debole, e all'insistenza con cui alcuni cercano oggi di far riconoscere il preteso diritto all'eutanasia, un diritto di vita e di morte, per sé stessi o per un altro. Vi sono anche casi in cui il magistrato e il legislatore prendono decisioni indipendentemente da qualsiasi valore morale, come se il diritto positivo potesse essere fondamento di se stesso e fare a meno dei valori trascendenti. Un diritto che si distacca dai fondamenti antropologici e morali reca in sé numerosi pericoli, poiché sottopone le decisioni al puro arbitrio delle persone che lo promulgano, non tenendo conto della dignità insigne degli altri. Per il mondo giuridico è importante seguire un approccio ermeneutico e richiamare costantemente i fondamenti del diritto alla memoria e alla coscienza di tutti, legislatori, magistrati, semplici cittadini, poiché ad essere in gioco non è solo il bene di un particolare individuo o di una particolare comunità umana, ma il bene comune, che trascende l'insieme dei beni particolari.

5. Il campo di azione dei giuristi è dunque vasto e, al contempo, disseminato d'insidie. Da parte loro i giuristi cattolici non sono i depositari di una forma particolare del sapere: l'identità cattolica e la fede che li anima non forniscono loro conoscenze specifiche dalle quali sarebbero esclusi quanti non sono cattolici. Ciò che i giuristi cattolici e quanti condividono la loro fede possiedono è la consapevolezza che il loro appassionato lavoro a favore della giustizia, dell'equità e del bene comune s'inscrive nel progetto di Dio, che invita tutti gli uomini a riconoscersi come fratelli, come figli di un Padre unico e misericordioso, e conferisce agli uomini la missione di difendere ogni individuo, in particolare i più deboli, e di costruire la società terrena, conformemente alle esigenze evangeliche. L'instaurare la fraternità universale non può certo essere il risultato dei soli sforzi dei giuristi; tuttavia il contributo di questi ultimi alla realizzazione di tale compito è specifico e indispensabile. Fa parte della loro responsabilità e della loro missione. E in questo spirito di servizio ai vostri fratelli che realizzate questo pellegrinaggio giubilare. Possa lo Spirito Santo assistervi nel vostro compito! Vi affido all'intercessione della Vergine Maria e di Sant'Isidoro di Siviglia, che fu un eminente giurista, e di tutto cuore vi imparto la Benedizione Aposto-

lica, che estendo alle vostre famiglie e a tutti i membri della vostra unione internazionale.

La missione del giurista cattolico alla luce della verità sul diritto

Ai giuristi cattolici venuti a Roma per l'Anno Santo il Papa ha voluto rivolgere un discorso estremamente chiaro, sintetico e soprattutto essenziale. Infatti, è andato direttamente al nucleo di tutte le questioni che pone la loro professione: qual è l'essenza del diritto? Sulla base di questa verità ha offerto inoltre qualche riflessione sulla missione del giurista cattolico. Intendo esaminare brevemente questi due aspetti.

1. *Il diritto come esigenza di giustizia.*

«Il diritto nasce da una profonda esigenza umana, che è presente in tutti gli uomini e che non può rivelarsi estranea o marginale per nessuno di essi: si tratta dell'esigenza di giustizia che è la realizzazione di un ordine equilibrato dei rapporti interpersonali e sociali, atti a garantire che a ciascuno sia dato ciò che gli spetta e che a nessuno sia tolto ciò che gli appartiene» (n. 2).

Nella sua semplicità questa descrizione riesce a mostrare la verità essenziale sul diritto. Diritto e giustizia non vengono visti, come succede spesso, quale ambiti separati: il diritto sarebbe mero fenomeno di potere o, tutt'al più, di accordi tra i vari interessi in gioco; mentre la giustizia costituirebbe un valore soggettivo e relativo, privo di rilevanza per giudicare sull'esistenza di un'autentica giuridicità. In questo modo diventerebbe coerentemente concepibile un diritto ingiusto, ossia un certo assetto normativo che alcuni potrebbero considerare nello stesso tempo come contrario alle proprie idee sulla giustizia. Giovanni Paolo II invece ripropone il nucleo di quella verità oggettiva sul diritto che caratterizza il meglio della tradizione classica e cristiana sul diritto: il diritto è un'esigenza di giustizia. Le nozioni di diritto e di giustizia risultano radicalmente deformate se si cerca di separarle. Solo ciò che è giusto può avere il valore e la dignità di diritto, e la giustizia specifica del mondo dei giuristi è precisamente quella legata al diritto, al dare *unicuique suum*.

Le visioni essenziali che colgono il nucleo di una realtà complessa ne rivelano progressivamente l'inesauribile ricchezza. Il discorso papale si sofferma specialmente sull'universalità del diritto e della giustizia, una nota della giuridicità a cui il nostro tempo appare molto sensibile. «La possibilità di dare ciò che è dovuto non solo al parente, all'amico, al concittadino, al correligionario, ma anche a ogni essere umano, semplicemente perché è una persona, semplicemente perché la giustizia l'esige, costituisce l'onore del diritto e dei giuristi. Se esiste una manifestazione dell'unità del genere umano e dell'uguaglianza fra tutti gli esseri umani,

essa è data proprio dal diritto, che non può escludere nessuno dal suo orizzonte, altrimenti altererebbe la sua identità specifica» (n. 3).

Quest'universalità non viene rapportata ad un determinato sistema giuridico o politico, benché ovviamente siano tanto auspicabili degli sviluppi di segno unitario in tali sistemi per attuare efficacemente la giustizia. Il punto di riferimento è ben più fondamentale, poiché riguarda la stessa persona umana. Contro ogni sedicente personalismo tendente a relativizzare il diritto, il discorso evidenzia i nessi più profondi tra diritto e persona. Il diritto presuppone «che ogni uomo abbia ciò che gli spetta come proprio e a cui non potrebbe rinunciare» (n. 3). La distanza rispetto ad una visuale individualistica e liberale dei diritti dei singoli risulta evidente. Il diritto riguarda anzitutto i beni essenziali della persona umana, non è un mero strumento di lotta in favore di interessi di parte. Tra gli esempi di violazioni pubbliche ed innumerevoli dei diritti ricordati da Giovanni Paolo II (cfr. n. 4), vengono presi in considerazione i diritti connessi con la famiglia e con la vita. Essi occupano l'attenzione preponderante nell'attuale magistero sul diritto e la giustizia, perché l'antigiuridicità principale del nostro tempo ricade proprio lì. A questo livello ogni dialettica tra individuo e collettività perde senso, poiché questi diritti della persona rientrano nel bene comune dell'intera umanità (cfr. n. 4).

2. *La missione del giurista cattolico.*

Giovanni Paolo II afferma che «il carattere cattolico non è comunque un segno di separazione e di chiusura, ma piuttosto un segno di apertura e una manifestazione del servizio che i giuristi desiderano rendere all'intera comunità umana» (n. 1). In questo senso, cattolicità ed universalità vengono accostate, facendo onore non solo alle radici del termine «cattolico», ma anche alla realtà dell'influsso della fede sull'attività giuridica. Tale influsso, precisa il Pontefice, non consiste in un sapere giuridico speciale. «Ciò che i giuristi cattolici e quanti condividono la loro fede possiedono è la consapevolezza che il loro appassionato lavoro a favore della giustizia, dell'equità e del bene comune s'inscrive nel progetto di Dio, che invita tutti gli uomini a riconoscersi come fratelli, come figli di un Padre unico e misericordioso, e conferisce agli uomini la missione di difendere ogni individuo, in particolare i più deboli, e di costruire la società terrena, conformemente alle esigenze evangeliche» (n. 5).

I giuristi cattolici hanno perciò una speciale responsabilità derivante dalla loro fede e da tutti i beni ecclesiali cui partecipano. Il valore della fede che illumina e fortifica l'intelligenza umana in ogni campo, si fa particolarmente sentire oggi nell'ambito del diritto. La tutela della vita di ogni persona umana dal concepimento fino alla morte naturale, l'identità del matrimonio quale impegno di giustizia tra un uomo e

una donna sino alla morte, sono cause che nel nostro mondo vengono abitualmente abbinate alle convinzioni e alla preoccupazione dei cattolici. Tuttavia, si deve respingere con forza la tentazione del fideismo, come se in quelle cause fossero in gioco valori e interessi cattolici, da «imporre» agli altri. In tal modo si smarrirebbe la stessa concezione cattolica, per la quale il valore della vita o della famiglia costituisce una verità oggettiva, non un mero prodotto storico-culturale, per quanto raffinato ed evoluto. La fede cattolica si caratterizza per la sua affermazione ottimistica circa le capacità umane, anche nell'ambito della ragione. Ciò crea uno spazio naturale di comunicazione e di dialogo con tutti gli uomini nelle grandi questioni giuridiche che interessano la società. Sarebbe un grave errore il solo fatto di dare l'impressione che in tali campi si agisca in virtù di una posizione confessionale, legata a certi interessi particolari. La legittima difesa della verità sul diritto non può essere giudicata un'imposizione.

I giuristi cattolici non ricevono una missione particolare, che li separerebbe dai loro colleghi. Non esiste una specie di «mondo giuridico cattolico»: in realtà, il giurista cattolico, in quanto cattolico, è tenuto ad essere semplicemente un giurista, ossia deve sforzarsi per meritare al meglio tale degnissimo nome. La fede consente di comprendere meglio ogni realtà dell'uomo, ed è per questo che la stessa verità del diritto quale esigenza della giustizia può essere afferrata e vissuta più pienamente quando la si vede e vive in Cristo. Ciò però non significa in alcun modo snaturare la sua indole di verità naturale, e si deve evitare ogni presentazione di quella verità come se fosse patrimonio esclusivo dei cattolici. Anche perché di fatto non lo è: in tanti aspetti ci sono moltissimi uomini e donne che, dappertutto e senza rumore, colgono e cercano di vivere le esigenze della giustizia.

Queste considerazioni possono gettar luce sul senso dell'ancor recente *Unione Internazionale dei Giuristi Cattolici*, nonché sulle Unioni nazionali che la compongono (tra le quali hanno avuto uno speciale ruolo fondazionale quella italiana, da cui proveniva il primo Presidente dell'Unione Internazionale, prof. Sergio Cotta, e quella francese, cui appartiene l'attuale Presidente, prof. Joël-Benoît d'Onorio), e anche su altre associazioni simili esistenti o che si potrebbero creare. Non si tratta di associazioni per la tutela dei diritti e degli interessi della professione giuridica; esse sono piuttosto associazioni di natura culturale, in cui il significato dell'essere cattolico per il giurista viene affermato attraverso riunioni di studio, pubblicazioni, prese di posizione dinanzi all'opinione pubblica, ecc. Ma vi è pure una dimensione spirituale, inseparabile dall'impegno culturale, per cui queste unioni intendono favorire anche la vita cristiana dei loro soci e delle loro famiglie mediante la celebrazione eucaristica, ritiri, incontri di preghiera, ecc.

Ovviamente questa formula presuppone un legame con la Chiesa in quanto istituzione, la quale riconosce in qualche modo l'associazione (al-

ATTI DELLA SANTA SEDE

PONTIFICIO CONSIGLIO PER I TESTI LEGISLATIVI, **Dichiarazione**, 6 luglio 2000 («*Communicationes*» 32 (2000)) (*).

Il *Codice di Diritto Canonico* stabilisce che: «Non siano ammessi alla sacra Comunione gli scomunicati e gli interdetti, dopo l'irrogazione o la dichiarazione della pena e gli altri che ostinatamente perseverano in peccato grave manifesto» (can. 915). Negli ultimi anni alcuni autori hanno sostenuto, sulla base di diverse argomentazioni, che questo canone non sarebbe applicabile ai fedeli divorziati risposati. Viene riconosciuto che l'Esortazione Apostolica *Familiaris consortio* del 1981 aveva ribadito, al n. 84, tale divieto in termini inequivocabili, e che esso è stato più volte riaffermato in maniera espressa, specialmente nel 1992 dal *Catechismo della Chiesa Cattolica*, n. 1650, e nel 1994 dalla Lettera *Annus internationalis Familiae* della Congregazione per la Dottrina della Fede. Ciò nonostante, i predetti autori offrono varie interpretazioni del citato canone che concordano nell'escludere da esso in pratica la situazione dei divorziati risposati. Ad esempio, poiché il testo parla di «peccato grave» ci sarebbe bisogno di tutte le condizioni, anche soggettive, richieste per l'esistenza di un peccato mortale, per cui il ministro della Comunione non potrebbe emettere *ab externo* un giudizio del genere; inoltre, perché si parli di perseverare «ostinatamente» in quel peccato, occorrerebbe riscontrare un atteggiamento di sfida del fedele, dopo una legittima ammonizione del Pastore.

Davanti a questo preteso contrasto tra la disciplina del Codice del 1983 e gli insegnamenti costanti della Chiesa in materia, questo Pontificio Consiglio, d'accordo con la Congregazione per la Dottrina della Fede e con la Congregazione per il Culto Divino e la Disciplina dei Sacramenti, dichiara quanto segue:

1. La proibizione fatta nel citato canone, per sua natura, deriva dalla legge divina e trascende l'ambito delle leggi ecclesiastiche positive: queste non possono indurre cambiamenti legislativi che si oppongano alla dottrina della Chiesa. Il testo scritturistico cui si rifà sempre la tradizione ecclesiale è quello di San Paolo: «Perciò chiunque in modo indegno mangia il pane o beve il calice del Signore, sarà reo del corpo e del sangue del Signore. Ciascuno, pertanto, esamini se stesso e poi mangi di questo pane

(*) Vedi nota di Juan Ignacio Arrieta, *Il profilo sostanziale dell'interpretazione canonica delle norme*, alla fine del documento.

meno ai fini di consentirle l'uso del nome di «cattolica»: cfr. can. 300 CIC), rendendosi così in qualche misura garante della sua sintonia con la fede cattolica (poiché altrimenti dovrebbe ritirare l'anzidetta qualifica di «cattolica»), e favorisce altresì l'assistenza pastorale ai membri di queste realtà associative. Ciò nonostante, l'attività di queste associazioni, pur dovendo essere completamente fedele al magistero della Chiesa, non rappresenta un'istanza di tale magistero. Di conseguenza, vi è spazio perché, nel seno di queste associazioni, si prendano posizioni diverse, entro l'ampio ambito di ciò che per un cattolico è opinabile. Sembra perciò sconsigliabile che queste entità assumano corporativamente una determinata posizione opinabile, poiché ciò potrebbe facilmente indurre a confusioni, come se la Chiesa assumesse ufficialmente quell'opinione. Del resto, i giuristi cattolici non sono tenuti a partecipare a queste associazioni, né tanto meno ad identificarsi con le loro eventuali scelte nel campo opinabile. Ciò che deve unire sempre e profondamente i cattolici è la fedeltà a tutto ciò che è dottrina della Chiesa.

Questa formula non esaurisce però i modi in cui i giuristi cattolici possono e debbono essere presenti associativamente nel mondo giuridico. Si possono creare realtà associative di natura esclusivamente civile, aventi un forte impegno culturale e di valori in favore della giustizia e del diritto (in un settore determinato, o in generale). Tale via offre il vantaggio di sottolineare più chiaramente la responsabilità propria dei fedeli laici, ed inoltre a queste iniziative possono partecipare giuristi non cattolici a pieno titolo di soci, nella misura in cui siano in sintonia con le convinzioni ispiratrici. Si evitano altresì diversi rischi: introdurre una sorta di identificazione confessionale del giurista cattolico con l'eventuale creazione di un mondo più o meno separato rispetto agli altri professionisti del diritto, attribuire alla Chiesa delle posizioni opinabili, ecc. Con ciò non intendo sostenere che la via confessionale sia da scartare: si tratta piuttosto di saperla adoperare con la dovuta prudenza. Anzi, in non pochi casi essa può rivelarsi utile e feconda, soprattutto quando i giuristi trovino nel riferimento alla Chiesa istituzionale un fondamento permanente per la continuità e la fedeltà alla dottrina cattolica delle loro aggregazioni. In molti casi può essere opportuna una pluralità di vie, saldamente unite nei fondamenti veramente cattolici, e con la diversità di orientamenti culturali e strategie che si addice alla complessità delle situazioni.

Queste associazioni, in qualunque modo siano impostate, sono certamente molto importanti per l'apostolato dei tale nel mondo giuridico. Ma ciò che conta in definitiva è che servano all'intera esistenza di un giurista cattolico, il quale deve essere veramente tale, con una profonda coerenza di vita, che non gli permetterà di chiudersi nei suoi problemi, ma lo coinvolgerà nelle grandi questioni attinenti al bene dell'umanità, nelle quali la dimensione di giustizia occupa un posto tanto rilevante.

Carlos J. Errázuriz M.

e beva di questo calice; perché chi mangia e beve senza riconoscere il corpo del Signore, mangia e beve la propria condanna» (1 Cor 11, 27-29).

Questo testo concerne anzitutto lo stesso fedele e la sua coscienza morale, e ci è formulato dal Codice al successivo canone 916. Ma l'essere indegno perché si è in stato di peccato pone anche un grave problema giuridico nella Chiesa: appunto al termine « indegno » si rifà il canone del *Codice dei Canoni delle Chiese Orientali* che è parallelo al can. 915 latino: « Devono essere allontanati dal ricevere la Divina Eucaristia coloro che sono pubblicamente indegni » (can. 712). In effetti, ricevere il corpo di Cristo essendo pubblicamente indegno costituisce un danno oggettivo per la comunione ecclesiale; è un comportamento che attenta ai diritti della Chiesa e di tutti i fedeli a vivere in coerenza con le esigenze di quella comunione. Nel caso concreto dell'ammissione alla sacra Comunione dei fedeli divorziati risposati, lo scandalo, inteso quale azione che muove gli altri verso il male, riguarda nel contempo il sacramento dell'Eucaristia e l'indissolubilità del matrimonio. Tale scandalo sussiste anche se, purtroppo, siffatto comportamento non destasse più meraviglia: anzi è appunto dinanzi alla deformazione delle coscienze, che si rende più necessaria nei Pastori un'azione, paziente quanto ferma, a tutela della santità dei sacramenti, a difesa della moralità cristiana e per la retta formazione dei fedeli.

2. Qualunque interpretazione del can. 915 che si opponga al suo contenuto sostanziale, dichiarato ininterrottamente dal Magistero e dalla disciplina della Chiesa nei secoli, è chiaramente fuorviante. Non si può confondere il rispetto delle parole della legge (cfr. can. 17) con l'uso improprio delle stesse parole come strumenti per relativizzare o svuotare la sostanza dei precetti.

La formula « e gli altri che ostinatamente perseverano in peccato grave manifesto » è chiara e va compresa in un modo che non deformi il suo senso, rendendo la norma inapplicabile. Le tre condizioni richieste sono:

a) il peccato grave, inteso oggettivamente, perché dell'imputabilità soggettiva il ministro della Comunione non potrebbe giudicare;

b) l'ostinata perseveranza, che significa l'esistenza di una situazione oggettiva di peccato che dura nel tempo e a cui la volontà del fedele non mette fine, non essendo necessari altri requisiti (atteggiamento di sfida, ammonizione previa, ecc.) perché si verifichi la situazione nella sua fondamentale gravità ecclesiale;

c) il carattere manifesto della situazione di peccato grave abituale.

Non si trovano invece in situazione di peccato grave abituale i fedeli divorziati risposati che, non potendo per seri motivi — quali, ad esempio, l'educazione dei figli — « soddisfare l'obbligo della separazione, assumono l'impegno di vivere in piena continenza, cioè di astenersi dagli atti propri dei coniugi » (*Familiaris consortio*, n. 84), e che sulla base di tale proposito hanno ricevuto il sacramento della Penitenza. Poiché il fatto che tali fedeli non vivono *more uxorio* è di per sé occulto, mentre la loro

condizione di divorziati risposati è di per sé manifesta, essi potranno accedere alla Comunione eucaristica solo *remoto scandalo*.

3. Naturalmente la prudenza pastorale consiglia vivamente di evitare che si debba arrivare a casi di pubblico diniego della sacra Comunione. I Pastori devono adoperarsi per spiegare ai fedeli interessati il vero senso ecclesiale della norma, in modo che essi possano comprenderla o almeno rispettarla. Quando però si presentino situazioni in cui quelle precauzioni non abbiano avuto effetto o non siano state possibili, il ministro della distribuzione della Comunione deve rifiutarsi di darla a chi sia pubblicamente indegno. Lo farà con estrema carità, e cercherà di spiegare al momento opportuno le ragioni che a ciò l'hanno obbligato. Deve però farlo anche con fermezza, consapevole del valore che tali segni di forza hanno per il bene della Chiesa e delle anime.

Il discernimento dei casi di esclusione dalla Comunione eucaristica dei fedeli, che si trovino nella descritta condizione, spetta al Sacerdote responsabile della comunità. Questi darà precise istruzioni al diacono o all'eventuale ministro straordinario circa il modo di comportarsi nelle situazioni concrete.

4. Tenuto conto della natura della succitata norma (cfr. n. 1), nessuna autorità ecclesiastica può dispensare in alcun caso da quest'obbligo del ministro della sacra Comunione, né emanare direttive che lo contraddicano.

5. La Chiesa riafferma la sua sollecitudine materna per i fedeli che si trovano in questa situazione o in altre analoghe, che impediscano di essere ammessi alla mensa eucaristica. Quanto esposto in questa Dichiarazione non è in contraddizione con il grande desiderio di favorire la partecipazione di quei figli alla vita ecclesiale, che si può già esprimere in molte forme compatibili con la loro situazione. Anzi, il dovere di ribadire questa non possibilità di ammettere all'Eucaristia è condizione di vera pastoralità, di autentica preoccupazione per il bene di questi fedeli e di tutta la Chiesa, poiché indica le condizioni necessarie per la pienezza di quella conversione, cui tutti sono sempre invitati dal Signore, in modo particolare durante quest'Anno Santo del Grande Giubileo.

Dal Vaticano, 24 giugno 2000, Solennità della Natività di San Giovanni Battista

Julián Herranz
Arcivescovo tit. di Vertara, Presidente
Bruno Bertagna
Vescovo tit. di Drivasto, Segretario

Il profilo sostanziale dell'interpretazione canonica delle norme.

Lo scorso mese di luglio è stata pubblicata una Dichiarazione del «Pontificio Consiglio per i Testi Legislativi» (come è noto, questa è

la nuova denominazione del precedente « Pontificio Consiglio per l'interpretazione dei Testi Legislativi ») riguardante l'applicazione del can. 915 CIC, *in fine*, ai fedeli divorziati risposati. Il dicastero pontificio ricorda la posizione del magistero della Chiesa in argomento, dottrina già ribadita in vari documenti recenti. Mentre viene rafforzata ancora una volta la « sollicitudine materna » della Chiesa per le persone che si trovano in queste o analoghe circostanze (n. 5), il Pontificio Consiglio si sente nel dovere di segnalare quale sia la corretta interpretazione del menzionato canone del Codice di diritto canonico, che vieta ai ministri l'amministrazione dell'Eucaristia a quanti ostinatamente perseverano in peccato grave manifesto (n. 1).

La Dichiarazione del Pontificio Consiglio risulta abbastanza chiara in quanto al contenuto, e quindi non richiede particolari considerazioni di merito. Si tratta di un delicato problema pastorale che, negli ultimi anni, ha sollecitato a più riprese l'intervento della Chiesa, particolarmente nei paesi del cosiddetto « primo mondo », dell'America del Nord e dell'Europa centrale, principalmente.

Più interessante può risultare, invece, soffermare brevemente la nostra attenzione su un altro aspetto che solleva la Dichiarazione e riguarda direttamente il mestiere proprio del canonista: il suo ruolo di interprete e di integratore della norma canonica, e il contesto logico entro il quale deve svolgere la propria attività. La riflessione muove, concretamente, dalla valutazione generale presente nel testo all'inizio del n. 2, che considerava « chiaramente fuorviante » qualunque interpretazione tale da confondere « il rispetto delle parole della legge (cfr. can. 17 CIC) con l'uso improprio delle stesse parole come strumenti per relativizzare o svuotare la sostanza dei precetti ». È su questo punto che intendo adesso fare alcune brevi considerazioni⁽¹⁾.

La Dichiarazione del Pontificio Consiglio risulta, infatti, chiaramente rivolta a scongiurare un genere di interpretazioni giuridiche che, nel caso in specie e sulla base di una determinata comprensione delle regole ermeneutiche del can. 17 CIC, potrebbe vanificare l'applicazione del precetto del can. 915 CIC ai casi menzionati nei nn. 82 e 84 dell'esortazione apostolica *Familiaris consortio*, e più volte ripresi in altri successivi documenti della Chiesa. Chi abbia seguito sulle pagine di « The Jurist » il recente dibattito a proposito della questione su cui verte la Dichiarazione — svolto nel contesto della cultura americana, e quindi, della cultura giuridica in tale contesto imperante —, avrà avuto l'opportunità di comprovare come dal diverso modo di leggere il can. 17

(1) Cf. Per una più ampia trattazione dell'argomento, a proposito dell'interpretazione applicativa del diritto canonico, si può vedere il mio studio *La «salus animarum» quale guida applicativa del diritto da parte dei Pastori*, in «Ius Ecclesiae», 12, 2000, pp. 343-374.

CIC sul ruolo interpretativo della *significatio verborum*, si seguano conclusioni pratiche in netto contrasto⁽²⁾.

La questione, tuttavia, non concerne soltanto una opinione interpretativa tutta circoscritta a questa importante vicenda pastorale. Il problema canonistico che solleva il documento è ben più ampio, ed è presente da tempo nella letteratura canonistica. Riguarda propriamente la legittimità, all'interno del sistema canonico, di un certo tipo di ermeneutica interpretativa.

Per quanto riguarda concretamente la Dichiarazione, va evidenziata, anzitutto, la forma adottata dall'intervento del Pontificio Consiglio. Non si è ritenuto necessario far ricorso ad una interpretazione autentica sul mandato rivolto ai ministri dal can. 915 CIC; è parso sufficiente adoperare lo stile formale, meno costrittivo giuridicamente, di una semplice dichiarazione. La scelta rivela che, quanto meno all'interno dell'organismo vaticano, non è stata rilevata l'esistenza oggettiva di alcun problema giuridico di natura interpretativa in merito alla congruenza dei cann. 915 e 17 CIC con la disciplina ricordata nel magistero pontificio recente riguardante la esclusione dall'Eucaristia dei battezzati che si trovano nelle descritte circostanze. È parso, al contrario, che un tale contrasto rappresenti piuttosto un problema di « non retta applicazione », o meglio, di « non retta interpretazione » della norma in questione. E, su questo, pare che non si possa dar torto al Pontificio Consiglio.

Si è consapevoli della problematicità delle questioni aperte dalla *propria verborum significatio* indicata dal can. 17 CIC come guida da seguire nell'interpretazione delle norme, argomento che ha dato luogo ad una ricca letteratura canonistica⁽³⁾. Detta *significatio verborum* risulta determinante per portare a compimento il ruolo di mediazione tra la

(2) Cf. P.J. TRAVERS, *Reception of the Holy Eucharist by Catholics Attempting Remarriage After Divorce and the 1983 Code of Canon Law*, in «The Jurist» 55, 1995, pp. 187-217; la risposta, per ricordare la tradizionale posizione della Chiesa, di J.J. MYERS, *Divorce, Remarriage and Reception of the Holy Eucharist*, in «The Jurist» 57, 1997, pp. 485-516; e ancora contro-risposta, nello stesso numero della rivista di P.J. TRAVERS, *Holy Communion and Catholics who have Attempted Remarriage after Divorce: a Revisitation*, in «The Jurist» 57, 1997, pp. 517-540. Risultano anche in evidente contrasto con la Dichiarazione i due commenti (corredato il secondo di nuovi e più sviluppati argomenti) di J.M. HUELS al can. 915 nei due volumi pubblicati per conto della «Canon Law Society of America» a distanza di quindici anni: *The Code of Canon Law. A Text and Commentary*, New York-Mahwah, 1985, p. 653, e *New Commentary on the Code of Canon Law*, New York-Mahwah, 2000, pp. 1110-1111.

(3) Si veda, per esempio, lo studio di A. PRIETO PRIETO, *La interpretación de la norma canónica*, in «Estudios de Derecho Canónico y de Derecho Eclesiástico en Homenaje al Profesor Maldonado», Madrid, 1983, pp. 624-671 (pur situato nel contesto codiciale del 1917, il lavoro mantiene pieno vigore dopo il Codice del 1983). Per una

norma generale e il caso singolo che, come diceva Capograssi⁽⁴⁾, è chiamato a realizzare chi, a qualunque livello, deve applicare l'ordinamento canonico, e dunque, anche il ministro interpellato dal can. 915 CIC. E tuttavia, l'insegnamento comune degli autori segnala come, nel diritto della Chiesa, l'interpretazione della legge non è questione lasciata al libero ragionare del mediatore, o all'efficiente impiego degli strumenti tecnici forniti dall'ordinamento, volutamente elastico in ragione di una precisa finalità (la salvezza, appunto, delle anime). Esistono, al contrario, in diritto canonico, punti di riferimento obiettivi, sostanziali, che servono da guida a chi applica la legge, e che accompagnano l'attività ermeneutica del canonista, agendo da permanente confronto per assicurare la retta interpretazione della norma all'interno dell'ordine canonico. In verità, c'è da ritenere che analoghi riferimenti debbano essere anche adoperati dall'interprete del diritto secolare, se non vuole mancare ad una determinazione reale dello « iustum ». Ma questa sarebbe un'altra questione.

La Dichiarazione invita a non confondere « il rispetto delle parole della legge con l'uso improprio delle stesse parole come strumenti per relativizzare o svuotare la sostanza dei precetti », citando esplicitamente il can. 17 CIC che indica i ricorsi da impiegare nell'interpretazione. Questo canone, sostanzialmente uguale al can. 18 del CIC del 1917 — anche se il nuovo testo ha avuto la significativa accortezza di non circoscrivere la ricerca dei luoghi paralleli al solo Codice, come faceva il suo predecessore, rinviando invece all'intero ordinamento canonico —, stabilisce che il significato proprio delle parole rappresenta la regola primaria nell'interpretazione dei testi di legge: « *Leges ecclesiasticae intellegendae sunt secundum propriam verborum significationem in textu et in contextu consideratam* ». Successivamente, il precetto invita a seguire altri mezzi interpretativi, aggiungendo che in casi di dubbio o di oscurità si deve far ricorso ai luoghi paralleli, alla fine e alle circostanze della legge e all'intendimento del legislatore.

Davanti alla pluralità di ricorsi interpretativi che ci vengono forniti, si pone la questione del rapporto che debba esserci tra di loro nel concreto processo ermeneutico che porta avanti l'interprete. C'è chi, affermando l'autonomia della *significatio verborum* proposta in primo luogo dal can. 17 CIC, ritiene tecnicamente incorretto richiamare gli altri mezzi di interpretazione che il canone menziona, a meno che non esistano positivi dubbi o riserve riguardo alla chiarezza del testo. C'è chi considera, invece, che il richiamo primario del can. 17 CIC al senso

efficace sintesi recente della problematica, vedi di J. OTADUY, *Comentario al can. 17*, in *ComEx*, I, 2^a ed., Pamplona, 1997, pp. 359-371.

(4) G. CAPOGRASSI, *La certezza del diritto nell'ordinamento canonico*, in « *Ephemerides iuris canonici* » 5, 1949, pp. 24 ss.

delle parole non rappresenti che un scontato punto di partenza del compito interpretativo, i cui risultati vadano ulteriormente verificati attraverso una più accurata indagine condotta attraverso gli altri mezzi che lo stesso canone menziona. In fondo, questa è la principale sostanza tecnica del dibattito a cui si è prima accennato.

Penso che non sia superfluo ricordare in questo contesto come la natura sacramentale della struttura ecclesiastica determini in modo irrinunciabile alcune delle specificità del suo ordinamento e, in concreto, una particolare esigenza di coerenza, di adeguazione, tra la realtà sostanziale coinvolta in ogni caso, e le relative posizioni giuridico-formali delle persone. L'interprete e chi, in genere, applica il diritto canonico non può mai rinunciare al rapporto della propria attività interpretativa con la realtà sostanziale — e questo serve, come dico, sia per delineare posizioni soggettive, sia per individuare il significato di un istituto ecclesiastico di governo —, perché ciò equivarrebbe a non fare una interpretazione « canonica », cioè, propria dell'ordinamento della Chiesa. E, appunto, da una tale realtà sottostante che scaturiscono, in verità, le posizioni giuridiche nella società ecclesiale.

Proprio a questo postulato di coerenza sostanziale rispondono, d'una parte, le caratteristiche tipiche dell'ordinamento canonico — tra cui, per esempio, la elasticità della norma, o la priorità della certezza (del diritto) sostanziale su quella meramente formale —⁽⁵⁾; e dall'altra parte, anche, gli strumenti stessi che l'ordinamento canonico mette a disposizione di chi deve applicare la legge — l'*aequitas*, la *dissimulatio*, l'*epicheia*, etc. —, non hanno altro scopo che quello di consentire di riportare, eventualmente, alla realtà sostanziale il fluire di un processo ermeneutico di interpretazione puramente formale, attraverso, appunto, il ruolo mediatore (non arbitrario, però) che assume in ogni caso l'interprete del diritto canonico.

Sono queste le ragioni che hanno contribuito a consolidare la dottrina canonistica tradizionale riguardo il simultaneo impiego dei mezzi di interpretazione indicati dal can. 17 CIC, e sull'inesistenza di qualunque genere di gerarchia tra loro. Anzi, detta dottrina ha ribadito la necessità di adoperarli tutti insieme poiché, in fondo, non possono che concorrere a delineare meglio la « verità giuridica » del caso: « quomodo cum certitudine scire possumus illum sensum esse reapse a legislatore intentum — si domanda Michiels —, quamdiu circumstantias, finem, materiam legis interpretandae simul ac mentem legislatoris aliunde circa eamdem rem manifestatam, non examinaverimus, et ex hoc examine

(5) Vedi su questo P. LOMBARDÍA, *Sobre las características peculiares del ordenamiento canónico*, « Escritos de Derecho Canónico » I, pp. 185 ss.; E. CORECCO, *Valore dell'atto contro legem*, in « La norma en el derecho canónico », Pamplona, 1979, pp. 845 ss.

certiores facti simus sensui proprio per formulam expresso non obstare voluntatem legislatoris?»⁽⁶⁾.

In realtà, come ha messo di rilievo Prieto (le osservazioni riguardano il can. 18 del Codice del 1917, ma servono lo stesso), l'esatta portata della *propria verborum significatione* come regola interpretativa non è altra che il divieto di snaturare una norma di per se chiara, mentre il suo senso inesatto sarebbe, appunto, quello di ritenere che davanti ad una norma grammaticalmente chiara non sia più necessaria alcun altro genere di indagine⁽⁷⁾. Le diverse risorser interpretative vanno applicate *semper simul*, quanto meno a conferma dei risultati inizialmente forniti dal *sensus verborum*⁽⁸⁾, e per evitare che certe sue applicazioni possano condurre ad un assurdo rispetto della realtà sostanziale.

Nel suo ruolo interpretativo e di integrazione del diritto, il canonista deve adoperare tecniche che in larga misura appartengono al patrimonio comune della cultura giuridica che gli è contemporanea, e proprio perciò, risulterà di estremo interesse seguire l'evoluzione che nelle diverse aree geografiche possa avere il diritto canonico particolare (a livello diocesano, di conferenza episcopale, ecc.) a seconda della cultura giuridica prevalente nella regione. Ma non per questo dovrà dimenticare l'operatore del diritto della Chiesa la specificità del proprio ordinamento, e il fatto che, non di rado, i valori oggettivi che esso tende a tutelare risultano oggigiorno in netto contrasto con quelli ricercati dai sistemi giuridici delle attuali democrazie occidentali. L'interpretazione canonica va portata a termine (certamente con purezza di metodo giuridico) senza perdere di vista il riferimento alla realtà teologica sottostante all'ordinamento della Chiesa, che in fin dei conti rappresenta la giustificazione e ragione d'essere della norma stessa, e che *non può* essere diversa — nel senso che essa si trova vincolata alla realtà teologica — dalla *mens legislatoris*: una conseguenza di tutto ciò è quella segnalata dal n. 4 della Dichiarazione.

Tornando al caso che in concreto ha motivato l'intervento del Pontificio Consiglio, sembra che in una interpretazione canonistica del genere non può essere sottovalutata l'utilità — la necessità, direi — di fare ricorso al principio *salus animarum* — che il can. 1752 CIC chiama *suprema lex Ecclesiae* —, per verificare la coerenza sostanziale delle proposte interpretative. Potrebbe dirsi che l'applicazione al caso presente di

(6) G. MICHIELS, *Normae Generalis Juris Canonici*, vol. I, ed. altera, Parisii-Tornaci-Romae, 1949, pp. 516-517.

(7) «Su sentido exacto es la prohibición de desnaturalizar la norma clara; su sentido inexacto es considerar que, ante una norma gramaticalmente clara, sobra toda otra indagación» (A. PRIETO PRIETO, *La interpretación de la norma canónica*, cit., p. 635).

(8) Cfr. J. OTADUY, *Comentario al can. 17*, cit., p. 360; G. MICHIELS, *Normae Generalis Juris Canonici*, cit., p. 517.

tale criterio di interpretazione capovolga di per se una valutazione soltanto formale della posizione del ministro richiamato dal can. 915 CIC, e quella dei fedeli che non sono in condizioni di ricevere l'Eucaristia. Si pensi, per esempio, all'influsso di questo criterio — il principio della *salus animarum* — per valutare la realtà (verità) delle condizioni giuridiche stabilite dal can. 18 CIC — la limitazione all'esercizio dei diritti, per esempio — come requisito per legittimare una interpretazione restrittiva della legge canonica. In realtà, il limite del diritto del fedele a ricevere la comunione eucaristica nei casi contemplati dal can. 915 CIC, si pu comprendere unicamente all'interno della dottrina della Chiesa sui sacramenti e sulla loro finalità salvifica: un « diritto » in contrasto con tale finalità è sostanzialmente inconcepibile nella Chiesa. Il can. 223 CIC — e il can. 843 CIC per quanto riguarda l'amministrazione di sacramenti — rappresenta anche, in questo senso, un paradigmatico richiamo alle peculiarità proprie dell'ordinamento canonico, e ai limiti dei diritti soggettivi dei fedeli.

Il problema interpretativo additato dalla Dichiarazione del Pontificio Consiglio merita, tuttavia, un'ultima considerazione di ordine canonico, che secondo me non è meno importante. Riguarda l'attenzione che l'autorità ecclesiastica deve prestare al modo in cui nell'odierna cultura giuridica secolare vengono percepiti i documenti giuridici generali e anche i provvedimenti particolari che essa promulga. Se è vero che una diffusa sensibilità giuridica nella difesa di pretese posizioni soggettive di diritto porta, alle volte, ad un meno lecito impiego dei mezzi interpretativi dell'ordinamento canonico, sembra chiaro che l'autorità ecclesiastica, prendendone atto, dovrà essere altrettanto attenta all'inneccepibilità formale dei documenti giuridici che propone, adoperando risorse che scongiurino, nei limiti dell'umana perizia, eventuali contrapposizioni, e facilitando, invece, la ricezione dei contenuti.

Juan Ignacio Arrieta

LEGISLAZIONE PARTICOLARE

ITALIA, **Statuto del Collegio dei consultori della diocesi di Roma**, 16 maggio 2000 (Rivista Diocesana di Roma, 2000, pp. 389-392) (*).

CAMILLO
DEL TITOLO DI S. AGNESE FUORI LE MURA
della SANTA ROMANA CHIESA CARDINALE RUINI
VICARIO GENERALE DI SUA SANTITÀ
PER LA DIOCESI DI ROMA

La Costituzione Apostolica *Ecclesia in Urbe* circa il nuovo ordinamento del Vicariato di Roma, del 1° gennaio 1998, prevede all'art. 21 che il Collegio dei Consultori della Diocesi di Roma sia retto da uno Statuto approvato dal Cardinale Vicario.

Pertanto

DECRETO

l'approvazione del qui allegato Statuto del Collegio dei Consultori della Diocesi di Roma, e la sua immediata entrata in vigore.

Dato in Roma, dalla sede del Vicariato nel Palazzo Apostolico Lateranense, il giorno 16 maggio A. D. 2000.

CAMILLO, Card. RUINI
*Vicario Generale di Sua Santità
per la Diocesi di Roma*

Don GIUSEPPE TONELLO
Cancelliere
Prot. n. 499/00

(*) Vedi *nota* di Javier Canosa alla fine del documento.

STATUTO DEL COLLEGIO DEI CONSULTORI DELLA DIOCESI DI ROMA

Art. 1. — § 1. Il Collegio dei Consultori della Diocesi di Roma è un organo consultivo costituito nell'ambito del Vicariato di Roma⁽¹⁾. I suoi compiti e il suo funzionamento sono determinati dal presente Statuto nonché dalle norme del Codice di Diritto Canonico, nella misura in cui queste siano compatibili con la peculiare natura e funzione della Diocesi di Roma⁽²⁾.

§ 2. Altre specifiche funzioni possono essere di volta in volta attribuite al Collegio dei Consultori dal Cardinale Vicario.

Art. 2. — § 1. Il Collegio dei consultori, costituito da dodici presbiteri⁽³⁾ nominati dal Cardinale Vicario tra i membri del Consiglio Presbiterale diocesano, dura in carica per un quinquennio. Al termine del quinquennio esso continua a esercitare le sue funzioni fino alla costituzione del nuovo Collegio⁽⁴⁾.

§ 2. Fanno parte del Collegio dei Consultori i Parroci di cui al can. 1742 C.I.C.⁽⁵⁾, eletti dal Consiglio Presbiterale, in numero di sei.

§ 3. Durante il quinquennio i componenti del Collegio restano in carica anche se cessano di essere membri del Consiglio Presbiterale⁽⁶⁾.

§ 4. Venendo a cessare dall'ufficio uno o più dei membri, per qualunque causa, il Cardinale Vicario è tenuto a sostituirli per il rimanente periodo del mandato del Collegio, solo qualora il numero complessivo dei membri effettivi del Collegio stesso scenda al di sotto del numero minimo di sei⁽⁷⁾.

Art. 3. — § 1. Il Collegio Consultori è presieduto dal Cardinale Vicario o, in sua assenza, dal Vicegerente.

§ 2. Nell'ambito del Collegio il Cardinale Vicario designa stabilmente un Segretario, al quale spetta in particolare di redigere il verbale delle sedute, curare l'archivio e predisporre il materiale necessario in occasione degli incontri.

Art. 4. — § 1. Il Cardinale Vicario convoca il Collegio tutte le volte che lo ritiene opportuno, dando mandato al Segretario di trasmettere con sufficiente anticipo la convocazione con l'ordine del giorno ai singoli membri.

(1) Cf. Costituzione Apostolica *Ecclesia in Urbe*, art. 21.

(2) Cf. Costituzione Apostolica *Ecclesia in Urbe*, art. 8.

(3) Cf. can. 502 § 1 c.i.c.

(4) Cf. can. 502 § 1 C.I.C.

(5) Cf. anche art. 37 dello Statuto del Consiglio Presbiterale diocesano di Roma.

(6) *Risposta* della Pontificia Commissione per l'Interpretazione Autentica del CIC dell'11.07.1984, in *AAS LXXVI*, 1984, p.746-7.

(7) Cf. can. 502 § 1 C.I.C e nota precedente.

§ 2. Il Cardinale Vicario può invitare a partecipare, senza diritto di voto, quelle persone la cui presenza riterrà utile ai fini della sessione.

Art. 5. — Il Cardinale Vicario chiede il parere del Collegio dei Consultori negli affari di particolare rilievo ed in ogni occasione in cui egli lo ritenga utile, soprattutto sotto il profilo pastorale.

Art. 6. — Il Collegio Consultori può agire in rappresentanza del Consiglio Presbiterale e su mandato dello stesso, con il consenso del Cardinale Vicario, per dare all'Ordinario un parere qualificato in quelle materie che sono di competenza del medesimo Consiglio.

Art. 7. — § 1. Quando sia richiesto un parere del Collegio, esso viene validamente espresso se, presente la maggior parte dei Consultori, ha ricevuto il voto favorevole della maggioranza assoluta dei presenti.

§ 2. Quando i Consultori devono pronunciarsi formalmente tramite voto, esso viene espresso a voce o per alzata di mano. Però, su richiesta di chi presiede o su istanza di almeno cinque Consultori, il voto deve essere dato in forma segreta.

§ 3. È diritto di ogni Consultore richiedere che venga messa a verbale la propria opposizione motivata o qualunque altra osservazione.

§ 4. I Consultori sono tenuti ad astenersi dal voto quando si tratta di affari relativi ad enti ecclesiastici da loro amministrati.

§ 5. Chi presiede alla sessione non dà il proprio voto.

Artt. 8. — Il verbale delle sessioni, redatto dal Segretario, viene presentato quanto prima al Cardinale Vicario per l'approvazione.

Note sullo statuto del Collegio dei consultori della Diocesi di Roma.

In seguito alla promulgazione della cost. ap. *Ecclesia in Urbe*⁽¹⁾, circa il nuovo ordinamento del Vicariato di Roma, sono state emanate altre norme collegate con la menzionata costituzione apostolica: in ordine d'importanza, si dovrebbe far menzione in primo luogo al *Regolamento Generale del Vicariato di Roma*⁽²⁾, approvato da Giovanni Paolo II il 30 maggio 2000, e entrato in vigore il 1° luglio 2000. Non si può trascurare, tuttavia, lo *Statuto del Collegio dei consultori della Diocesi di Roma* (riportato ora

⁽¹⁾ GIOVANNI PAOLO II, cost. ap. *Ecclesia in Urbe*, 10 gennaio 1998, in AAS 90 (1998), pp. 183-193.

⁽²⁾ VICARIATO DI ROMA, *Regolamento Generale del Vicariato di Roma*, 1° luglio 2000, in «Rivista Diocesana di Roma», VII (2000), pp. 793-862. Per un commento a tale norma, vedi G. TONELLO, *Il nuovo strumento normativo, punto di riferimento per quanti collaborano a diverso titolo nella Curia diocesana*, nel citato fascicolo della «Rivista Diocesana di Roma», pp. 858-862.

nella nostra rivista, ma già apparso nel fascicolo della « Rivista Diocesana di Roma » corrispondente ai mesi di maggio-giugno del 2000 ⁽³⁾, approvato dal Cardinale Vicario il 16 maggio 2000.

Lo statuto, entrato in vigore lo stesso giorno della sua approvazione, come espressamente stabilito nel decreto di approvazione, è una norma amministrativa ⁽⁴⁾. Come ogni statuto, ha lo scopo di definire il fine, la costituzione, il governo e il modo di agire (cf. can. 94 CIC) del Collegio dei consultori della Diocesi di Roma, previsto nell'art. 21 della cost. ap. *Ecclesia in Urbe*, che, a sua volta rinvia alla norma del can. 502 CIC, che prescrive per ogni diocesi un collegio di questo tipo ⁽⁵⁾. Come tale, il collegio dei consultori è un organo che si configura come un « organismo di natura collegiale, legato nella sua composizione al consiglio presbiterale, che interviene in forma consultiva nel regime giuridico di governo della diocesi » ⁽⁶⁾.

1. *Il fine e la composizione del Collegio dei consultori.*

Nell'art. 1 § 1 dello statuto si stabilisce che il Collegio dei consultori « è un organo consultivo », e cioè, un collegio previsto per fornire pareri utili per l'adeguato svolgimento della funzione di governo.

La necessità, per il governo della diocesi, della sussistenza del Collegio fa sì che venga stabilito il prolungamento delle sue funzioni, oltre al quinquennio per il quale è prevista la durata, fino quando non sia costituito il nuovo Collegio (cf. art. 2 § 1 e il can. 502 § 1 CIC). Allo stesso modo determina che, in assenza del Cardinale Vicario, presieda il Collegio il Vicegerente del Vicariato (cf. art. 3 § 1, e cost. ap. *Ecclesia in Urbe*, artt. 10, 12-16).

⁽³⁾ VICARIATO DI ROMA, *Statuto del Collegio dei consultori della Diocesi di Roma*, 16 maggio 2000, in « Rivista Diocesana di Roma », VII (2000), pp. 390-392. Viene preceduto, nello stesso fascicolo della rivista, a p. 389, del *Decreto di approvazione dello Statuto del Collegio dei consultori della Diocesi di Roma*, del Card. Camillo Ruini, Vicario Generale di Sua Santità per la Diocesi di Roma, prot. n. 499/00. Sulla convenienza di stabilire regolamenti circa il modo di svolgersi la collaborazione del collegio dei consultori al governo della diocesi, vedi M. MARCHESI, *Comentario al c. 502*, in AA.VV. (a cura di A. Marzoa, J. Miras, R. Rodríguez-Ocaña), *Comentario exegetico al Código de Derecho Canónico*, Pamplona, 1996, vol. II, p. 1168. Una traccia del possibile statuto del collegio dei consultori di una diocesi viene offerta da E. PIACENTINI, *Le competenze del collegio dei consultori nel nuovo codice*, in « Monitor Ecclesiasticus » 110 (1985), pp. 407-410.

⁽⁴⁾ Vedi A. BETTETINI, *Comentario al tit. V, De statutis et ordinibus*, in AA.VV. (a cura di A. Marzoa, J. Miras, R. Rodríguez-Ocaña), *Comentario exegetico al Código de Derecho Canónico*, cit., vol. I, p. 705.

⁽⁵⁾ Vedi M. SITARZ, *Kolegium Konsultorów*, Lublin, 1999, p. 216.

⁽⁶⁾ J.I. ARRIETA, *Diritto dell'Organizzazione Ecclesiastica*, Milano, 1997, p. 435. Vedi la bibliografia ibi riportata.

Il riferimento al profilo pastorale e al rilievo delle questioni che costituiscono l'oggetto proprio dei pareri dati dal Collegio dei consultori rende necessario che i membri (cf. art. 2 § 1 e il can. 502 § 1 CIC) siano anche pastori di anime — il Collegio è « costituito da dodici presbiteri » —, come anche comporta che esista un rapporto di fiducia fra il Cardinale e i membri, che appunto, sono nominati dal Cardinale Vicario, nonché presuppone la rappresentatività dei membri del collegio, poiché per essere nominati, i membri devono appartenere al Consiglio presbiterale⁽⁷⁾. L'art. 2 § 2 determina ancora che sei membri del Collegio siano i Parroci di cui al can. 1742, eletti dal Consiglio Presbiterale. La prassi consolidata è quella di segnalare al Consiglio Presbiterale, agli effetti del can. 1742 CIC, i dodici membri già scelti dal Cardinale Vicario a norma del can. 502 § 2, e quindi fra questi, il Consiglio Presbiterale, procede a costituire stabilmente il gruppo dei sei parroci⁽⁸⁾.

2. *Il governo del Collegio dei consultori.*

Nell'art. 3 § 1 è disposto che « il Collegio è presieduto dal Cardinale Vicario o, in sua assenza, dal Vicegerente ». Risulta logico che a presiedere il Collegio sia il Cardinale Vicario, data la funzione consultiva e la dipendenza di siffatto organo collegiale rispetto al Vicario del Sommo Pontefice per la Diocesi di Roma, che « obit episcopale ministerium magisterii, sanctificationis et regiminis pastoralis intra terminos a Nobis signatos » (cost. ap. *Ecclesia in Urbe*, art. 10; cf. can. 502 § 2 CIC). Infatti, il Cardinale Vicario è stata l'autorità superiore competente che ha approvato lo statuto e ha ordinato la sua immediata entrata in vigore, con decreto del 16 maggio 2000.

Secondo le disposizioni dello statuto, il Cardinale Vicario può attribuire al Collegio altre specifiche funzioni, oltre a quelle previste nello stesso Statuto (cf. art. 1) e nel CIC; lui è l'autorità che nomina i dodici

⁽⁷⁾ Vedi VICARIATO DI ROMA, *Statuto del Consiglio Presbiterale della Diocesi di Roma*, 20 dicembre 1994, in « Rivista Diocesana di Roma », II (1995), pp. 14-25, art. 39: « Fra i membri del Consiglio Presbiterale il Cardinale Vicario nomina liberamente dodici sacerdoti per costituire il Collegio dei Consultori. Il Collegio dei Consultori collabora più strettamente con il Cardinale Vicario, sentendosi partecipe della cura pastorale propria di tutto il presbiterio e in particolare del consiglio Presbiterale. È opportuno quindi che vengano mantenuti stretti rapporti tra i due organismi ». Sulle relazioni di ambedue gli organi consultivi, e sulla indipendenza del collegio dei consultori rispetto al consiglio presbiterale, vedi J.I. ARRIETA, *La configuración jurídica del colegio de consultores*, in « Ius Canonicum » 24 (1984), pp. 783-793, in particolare, p. 787.

⁽⁸⁾ « Su proposta del Cardinale Vicario, il Consiglio Presbiterale costituisce stabilmente un gruppo di parroci con i quali il Cardinale Vicario deve trattare della rimozione di un parroco dal suo ufficio (cf. can. 1742, 1) », *Statuto del Consiglio Presbiterale della Diocesi di Roma*, cit., art. 37.

presbiteri che costituiscono il Collegio (art. 2 § 1 e *Decreto di nomina dei membri del Collegio dei Consultori della Diocesi di Roma*)⁽⁹⁾ e che sostituisce, quando è necessario (cf. art. 2 § 4), i membri che risultino cessati⁽¹⁰⁾. Il Cardinale Vicario «convoca il Collegio tutte le volte che lo ritiene opportuno» (art. 4 § 1, cf. can. 166 CIC); può invitare a partecipare alle sedute del Collegio altre persone, se lo considera utile ai fini della sessione (cf. art. 4 § 2). Al Cardinale Vicario spetta anche dare il necessario consenso affinché il Collegio agisca alcune volte rappresentando al Consiglio Presbiterale (cf. art. 6).

Con il Cardinale Vicario collabora strettamente il Segretario del Collegio: designato stabilmente dal Cardinale, nell'ambito del Collegio, si occupa delle questioni organizzative e di coordinamento: predisporre il materiale necessario in occasione degli incontri e curare l'archivio (cf. art. 3 § 2); trasmettere ai singoli membri, e con sufficiente anticipo — secondo il mandato del Cardinale Vicario —, la convocazione, unitamente all'ordine del giorno, tutte le volte che il Cardinale ritenga opportuno convocare il Collegio (cf. art. 4 § 1); redigere il verbale delle sedute (cf. art. 8).

3. *Il funzionamento del Collegio dei consultori.*

I compiti e il funzionamento del Collegio dei Consultori sono determinati dallo «Statuto nonché dalle norme del Codice di Diritto Canonico, nella misura in cui queste siano compatibili con la peculiare natura e funzione della Diocesi di Roma»⁽¹¹⁾ (art. 1 § 1).

⁽⁹⁾ *Decreto di nomina dei membri del Collegio dei consultori della Diocesi di Roma*, del Card. Camillo Ruini, Vicario Generale di Sua Santità per la Diocesi di Roma, prot. n. 592/00 in «Rivista Diocesana di Roma», VII (2000), p. 393.

⁽¹⁰⁾ Vedi *Risposta* della Pontificia Commissione per l'Interpretazione Autentica del CIC dell'11 luglio 1984, in AAS 76 (1984), pp. 746-747. Per un commento a la risposta, A. STANKIEWICZ, *Prima responsa authentica Pontificiae Commissionis codicis iuris canonici interpretando* in «Periodica» 73 (1984), pp. 290-292. Occorre far notare come l'art. 2 § 4 dello *Statuto del Collegio dei consultori* risulta interessante — forse è la parte più originale dello statuto — perché risolve una questione che poteva destare dei dubbi (l'eventuale sostituzione, si estende durante il quinquennio dei restanti membri originari o la nomina del sostituto si prolunga autonomamente per cinque anni, a partire della sostituzione?), sottolineando così la dimensione *collegiale* dell'organo. In questo senso si era pronunziato LL. MARTINEZ SISTACH, *El colegio de consultores en el nuevo Código*, in «Revista Española de Derecho Canónico» 39 (1983), pp. 291-305, p. 300.

⁽¹¹⁾ GIOVANNI PAOLO II, cost. ap. *Ecclesia in Urbe*, cit., art. 8: «Vicariatus Urbis, Sanctae Sedis institutum quod personalitate iuridica pollet, dioecesanæ Curiae munera gerit, quae tamen collustratur peculiari natura Dioecesis Romanae. Quapropter, ratione quadam subsidiaria, communis iuris normae in eo usurpantur, prout consentaneae sunt illius indoli et functioni».

Emerge allora la questione riguardante la portata dell'espressione «peculiare natura e funzione della Diocesi di Roma». Se le esigenze provenienti dalla «peculiare natura e funzione» tali da impedire la compatibilità di una disposizione del Codice riguardante il collegio dei consultori, e quindi, la sua applicazione per la Diocesi di Roma, dovrebbero essere soltanto quelle contenute in talune norme legislative con forza di derogare i canoni del Codice di diritto canonico, non sembra che ci siano ostacoli per l'applicazione dei canoni nei quali risulta obbligatorio il voto del Collegio in periodo di *sede plena* ⁽¹²⁾. Poiché non appare contraddizione con la «peculiare natura e funzione» della Diocesi di Roma, si potrebbe ritenere che sarebbero di applicazione i canoni che, in materia di amministrazione dei beni ecclesiastici, stabiliscono che il Vescovo debba avere il previo consenso del Collegio, come accade nei casi previsti dai cann. 1277, 1292 § 1 e 1295 nonché la norma secondo la quale il Vescovo debba ascoltare anche il parere del Collegio prima di nominare o rimuovere l'economista diocesano (can 494 § 1 CIC). In pratica, nel governo ordinario della diocesi, cioè durante il periodo di *sede plena*, oltre agli interventi obbligatori del Collegio stabiliti dal Codice, il Cardinale Vicario deciderebbe quali affari renderebbero necessario o utile chiedere un parere al Collegio (cf. art. 5) ⁽¹³⁾.

Diversamente, sembrerebbe — qui, forse sarebbe stata utile una menzione dello Statuto in merito — che il Collegio dei consultori della Diocesi di Roma non dovrebbe esercitare i compiti, stabiliti nel diritto con carattere generale per i collegi dei consultori, relativi al governo della diocesi durante il periodo di sede impedita o di sede vacante ⁽¹⁴⁾. Infatti, il can. 419 dispone che quando una sede diocesana divenga vacante, il governo della diocesi, fino alla costituzione dell'Amministratore diocesano, passi al Vescovo ausiliare e, se questi sono più d'uno, al più anziano per promozione; se mancasse il Vescovo ausiliare, il governo dovrebbe affidarsi al collegio dei consultori, « nisi a Sancta Sede aliter provi sum fuerit ». Nel caso della Diocesi di Roma, la Santa Sede ha provveduto tramite le disposizioni della cost. ap. *Universi Dominici Gregis*, di 22 febbraio 1996 ⁽¹⁵⁾. Nell'art. 14 della menzionata legge pontificia sulla elezione

⁽¹²⁾ Vedi l'analisi svolta da J. PUNDERSON, *Diocesan consultors: development and present legislation*, Romae, 1988, pp. 260-268, sui compiti del collegio dei consultori durante la *sede plena*.

⁽¹³⁾ Tale parere non necessariamente deve riguardare questioni tecniche o economiche (cf. F. DANEELS, *De diocesanis corresponsabilitatis organis*, in «Periodica» 74 (1985), pp. 301-324, p. 320); infatti, nell'art. 5 dello Statuto si legge che «il Cardinale Vicario chiede il parere del Collegio dei Consultori negli affari di particolare rilievo ed in ogni occasione in cui egli lo ritenga utile, soprattutto sotto il profilo pastorale».

⁽¹⁴⁾ Cf. cann. 419, 421 § 1, 382 § 3, 404 §§ 1 e 3, 272, 1018 § 1, 2° CIC. Vedi un inquadramento di questi compiti in J.I. ARRIETA, *Diritto dell'Organizzazione Ecclesiastica*, cit., p. 436.

⁽¹⁵⁾ In AAS 88 (1996), pp. 305-343.

del Papa, viene stabilito che il Cardinale Vicario Generale per la Diocesi di Roma non cessi dal suo ufficio durante la vacanza della Sede Apostolica, e nell'art. 16 della stessa norma si aggiunge che se, in periodo di Sede Vacante, venisse a mancare il Vicario Generale per la Diocesi di Roma, il Vicegerente allora in carica eserciterà anche l'ufficio proprio del Cardinale Vicario, oltre alla giurisdizione ordinaria vicaria che gli è propria⁽¹⁶⁾.

Tornando al funzionamento del Collegio dei consultori nelle circostanze ordinarie, durante la *sede plena*, va notato come esso può agire in quanto tale, ma anche, tenuto conto della sua composizione (presbiteri membri del Consiglio Presbiterale), « può agire in rappresentanza del Consiglio Presbiterale e su mandato dello stesso, con il consenso del Cardinale Vicario » (art. 6). In ambedue i casi la formazione del parere — che è l'oggetto proprio dell'attività del Collegio — richiede, per la validità, il voto favorevole della maggioranza assoluta dei presenti, che, a sua volta, devono aver raggiunto il *quorum* minimo, composto dalla maggior parte dei consultori (cf. art. 7 § 1 e can. 127 § 1 CIC).

Si capisce, che affinché il Collegio possa adempiere utilmente le proprie funzioni consultive, debba agire in modo conforme ai principi della economicità funzionale e dell'adeguato formalismo (cf. l'art. 7 § 2, che prevede l'espressione normale del voto a voce o con alzata di mano) e a quelli dell'oggettività e dell'imparzialità (in tale senso, è previsto che su richiesta di chi presiede o di almeno cinque Consultori, il voto si debba dare in forma segreta — cf. art. 7 § 2 —, che ogni Consultore abbia « il diritto di richiedere che venga messa a verbale la propria opposizione motivata o qualunque altra osservazione » — cf. art. 7 § 3 —, che i Consultori siano tenuti ad « astenersi dal voto quando si tratta di affari relativi ad enti ecclesiastici da loro amministrati » — cf. art. 7 § 4 —, e che non dia il proprio voto « chi presiede alla sessione » — cf. art. 7 § 5 —).

Javier Canosa

⁽¹⁶⁾ Vedi in merito, J. MIÑAMBRES, *Commento agli artt. 14 e 16 della cost ap. Universi Dominici Gregis*, in AA.VV., *Legislazione sull'organizzazione centrale della Chiesa*, Milano, 1997, pp. 28-29 e 31-32.

DOTTRINA

J.I. ARRIETA, <i>La salus animarum quale guida applicativa del diritto da parte dei pastori</i>	343
G. DALLA TORRE, <i>Concordati dell'ultimo mezzo secolo</i>	673
C.J. ERRÁZURIZ M., <i>La salus animarum tra dimensione comunitaria ed esigenze individuali delle persone</i>	327
P. GEFAELL, <i>Fondamenti e limiti dell'oikonomia nella tradizione orientale cristiane</i>	419
J.L. GUTIÉRREZ, <i>La proclamazione della santità nella chiesa</i>	493
J. HERRANZ, <i>Salus animarum, principio dell'ordinamento canonico</i>	291
J. LLOBELL, <i>Le parti, la capacità processuale e i patroni nell'ordinamento canonico</i>	69
J.T. MARTÍN DE AGAR, <i>Passato e presente dei Concordati</i>	613
C. MIGLIORE, <i>Presentazione di una raccolta di Concordati</i>	671
P. MONETA, <i>La salus animarum nel dibattito della scienza canonistica</i>	307
P. O'CALLAGHAN, <i>Il principio della «salus animarum» nelle altre confessioni cristiane</i>	437
I. PÉREZ DE HEREDIA, <i>I profili ecumenici della «salus animarum» nella codificazione della Chiesa cattolica</i>	465
H. PREE, <i>Le tecniche canoniche di flessibilizzazione del diritto: possibilità e limiti ecclesiali di impiego</i>	375
V. PRIETO, <i>Concordato e Costituzione. Il caso colombiano</i>	679
J. RATZINGER, <i>I movimenti ecclesiali e la loro collocazione teologica</i>	3
T. ROZKRUT, <i>Il matrimonio concordatario in Polonia</i>	715
J.-P. SCHOUPE, <i>Convergences et différences entre le droit divin des canonistes et le droit naturel des juristes</i>	29
K. WARCHALOWSKI, <i>Le garanzie inerenti l'insegnamento della religione e le scuole cattoliche nel Concordato tra la Santa Sede e la Repubblica di Polonia</i>	699

GIURISPRUDENZA

- TRIBUNALE DELLA ROTA ROMANA. *Piacentina-Bononien*. Nullità del matrimonio. Esclusione della prole e della fedeltà. Sentenza definitiva. 28 marzo 1995. Giannecchini, Ponente 727
- TRIBUNALE DELLA ROTA ROMANA. *Sancti Sebastiani Fluminis Ianuarii*. Nullità del matrimonio. Esclusione della fedeltà. Sentenza definitiva. 20 novembre 1996. Civili, Ponente (con *nota* alle due sentenze di H. FRANCESCHI F., *L'oggetto dell'esclusione del bonum fidei nella giurisprudenza della Rota Romana*) 744
- 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 (con *nota* di P. GEAELL, *Sulla cumulabilità dei capitoli d'incapacità ed esclusione*) 101

NOTE E COMMENTI

- J.I. ARRIETA, *Il sistema elettorale della cost. ap.* Universi Dominici gregis ... 137
- R. COPPOLA, *Processo di globalizzazione e indebitamento estero nella posizione della Santa Sede* 163
- P. ERDÖ, *Il processo canonico penale amministrativo. Mezzi possibili dell'efficacia del sistema penale canonico (questioni fondamentali e preliminari)* ... 787
- C.J. ERRÁZURIZ M., *Il diritto canonico nella missione salvifica della Chiesa* ... 803
- J.-M. GERVAIS, *La quarta edizione dell'Enchiridion indulgentiarum* 173
- J. GONZÁLEZ AYESTA, *La specificità delle «facoltà abituali» all'interno della delega (can. 132 CIC '83)* 187
- P. PELLEGRINO, *La scientia aut opinio nullitatis nel nuovo codice di diritto canonico* 209

RASSEGNA DI BIBLIOGRAFIA

Note bibliografiche.

- Presentazione del volume *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* di J. Llobell - E. De León - J. Navarrete. Interventi di Z. Grocholewski, M.F. Pompedda, G. Feliciani e C. Punzi ... 821

Recensioni.

J.I. BAÑARES, <i>Reserva y culto de la Eucaristía: ¿cómo? ¿dónde? ¿cuándo?</i> (A. Filipazzi)	533
P.J. COGAN (ed.), <i>Selected Issues on Religious Law</i> (J.M. Pommarès, o. s. b.)	225
J. CALVO ÁLVAREZ, <i>Aborto y Derecho</i> (P. Santos)	843
E. CAPARROS, M. THERIAULT, J. THORN (eds.), <i>Code de droit canonique. Édition bilingue et anotée. 2ème édition révisée et mise à jour</i> (M. Monier)	534
F. D'AGOSTINO (ed.), <i>Ius divinum. Fundamentalismo religioso ed esperienza giuridica</i> (J.-P. Schoupe)	846
A. DEL PORTILLO, <i>Laici e fedeli nella Chiesa. Le basi dei loro statuti giuridici</i> (G. Dalla Torre)	230
N. DEL RE, <i>La Curia Romana. Lineamenti storico-giuridici</i> (J. González Ayesta)	849
J. GAUDEMET, <i>Droit de l'Église et société civile (XVIIIe-XXe siècles)</i> (J.-P. Schoupe)	232
A. GIANNI, <i>L'insegnamento della religione nel diritto ecclesiastico italiano</i> (F. Mignone)	233
V. GÓMEZ-IGLESIAS, <i>Libertad y Derecho Constitucional en Pedro Lombardía</i> (A.S. Sánchez-Gil)	535
J. GOTI ORDEÑANA, <i>Del Tratado de Tordesillas a la doctrina de los derechos fundamentales en Francisco de Vitoria</i> (M. Fazio)	237
J. MARTÍN DE AGAR, <i>Raccolta di Concordati 1950-1999</i> (V. Prieto)	539
J. MIRAS, «Praelatus»: <i>de Trento a la primera codificación</i> (A. Filipazzi)	239
L. MARTÍNEZ FERRER, <i>La Penitencia en la Primera evangelización de México (1523-1585)</i> (F. Manuel-Rimbau)	850
F. MESSNER, J.-M. WOEHRLING (eds.), <i>Les statuts de l'enseignement religieux</i> (A. Filipazzi)	852
A. MONTI, <i>L'obbligo di emettere la professione di fede. Studio teologico-giuridico del can. 833</i> (G. Gänswein)	543
J. ORLANDIS, <i>La Iglesia en la segunda mitad del siglo XX</i> (P. Olmos)	241
R. PALOMINO, <i>Derecho a la intimidad y religión. La protección jurídica del secreto religioso</i> (J.T. Martín de Agar)	546
A.M. PUNZI NICOLÒ, <i>Libertà e autonomia negli enti della Chiesa</i> (E. Baura)	857
T. RINCÓN-PÉREZ, <i>La liturgia y los sacramentos en el Derecho de la Iglesia</i> (M. Gas i Aixendri)	549
N. SCHÖCH, <i>Die kirchenrechtliche Interpretation der Grundprinzipien der christlichen Anthropologie als Voraussetzung für die ehprozessrechtliche Beurteilung der psychischen Ehekonsensunfähigkeit</i> (S. Panizo Orallo)	863

J.L. SOBERANES FERNÁNDEZ, <i>Los bienes eclesiásticos en la historia constitucional de México</i> (J. Miñambres).....	871
F.D. VÁZQUEZ GUERRERO, <i>Ética, Deontología y Abogados</i> (J.J. Marcos).....	243
A. VIANA (ed.), <i>La dimensión de servicio en el gobierno de la Iglesia</i> (J. González Ayesta).....	552
F. VISCOME, <i>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)</i> (J.A. Araña).....	245
W.H. WOESTMAN, <i>Ecclesiastical Sanctions and the Penal Process. A Commentary on the Code of Canon Law</i> (R. Botta).....	872

DOCUMENTI

Atti di Giovanni Paolo II.

Discorso alla Rota Romana, 21 gennaio 2000 (con <i>nota</i> di B.E. Ferme, <i>The Rotal Allocation, 21 January 2000: A Note on the Exercise of the Magistrum</i>).....	249
Discorso ai partecipanti all'assemblea plenaria dell'Unione Internazionale dei Giuristi Cattolici in occasione del loro pellegrinaggio a Roma per il Grande Giubileo, 24 novembre 2000 (con <i>nota</i> di C.J. Errázuriz M., <i>La missione del giurista cattolico alla luce della verità sul diritto</i>).....	877

Atti della Santa Sede.

SEGRETERIA DI STATO, <i>Basic Agreement between the Holy See and the Palestine Liberatio Organization, 15 febbraio 2000</i> (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, 18 marzo 1999</i> (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 tributatum, 1986</i>	283
CONGREGAZIONE DE PROPAGANDA FIDEI, <i>Index Facultatum Legatis Pontificiis in territoriis missionum tributatum, 1999</i>	286
PENITENZIERIA APOSTOLICA, <i>Decretum Bullae «Incarnationis mysterium» annexum. Praescripta de iubilari indulgentia acquirenda, 29 giugno 1998, e Nota «Il dono dell'indulgenza», 29 gennaio 2000</i> (con <i>nota</i> di R.D. Ruiz Mainardi, <i>L'indulgenza dell'Anno Santo 2000</i>).....	557

PONTIFICIO CONSIGLIO PER I TESTI LEGISLATIVI, Dichiarazione, 6 luglio 2000 (con <i>nota</i> di J.I. Arrieta, <i>Il profilo sostanziale dell'interpretazione canonica delle norme</i>).....	884
--	-----

Legislazione particolare.

ITALIA, Decreto generale della Conferenza Episcopale «Disposizioni per la tutela del diritto alla buona fama e alla riservatezza», 20 ottobre 1999 (con <i>nota</i> di D. Mogavero, <i>Diritto alla buona fama e tutela dei dati personali</i>).....	570
ITALIA, Statuto del Collegio dei consultori della diocesi di Roma, 16 maggio 2000 (con <i>nota</i> di J. Canosa, <i>Note sullo statuto del Collegio dei consultori della Diocesi di Roma</i>).....	901