

# IUS ECCLESIAE

RIVISTA INTERNAZIONALE DI DIRITTO CANONICO

Vol. XVII - Num. 3 - Settembre-Dicembre 2005

PONTIFICIA UNIVERSITÀ DELLA SANTA CROCE  
GIUFFRÈ EDITORE

**Pagina bianca**

## SOMMARIO

### DOTTRINA

- M. DEL POZZO, *La comprensione del realismo giuridico nel pensiero canonistico di Javier Hervada* ..... 611
- J. HERVADA, *Le radici sacramentali del diritto canonico* ..... 629
- B. SERRA, *L'equità canonica quale limite interno della discrezionalità dell'amministrazione ecclesiale* ..... 659

### GIURISPRUDENZA

- TRIBUNALE DELLA ROTA ROMANA. *Int. Malaesiae Paeninsulae seu Pinangen*. Nullità del matrimonio. Discrezione di giudizio. Immaturità, specialmente affettiva. Necessità o meno della perizia. Sentenza definitiva, 22 maggio 2002. Huber, *Ponente* (con nota CARLOS J. ERRÁZURIZ M.) ..... 683
- TRIBUNALE DELLA ROTA ROMANA. *Reg. Insubris seu Mediolanen*, *Nullitatis matrimonii* sentenza definitiva (11/04), 23 gennaio 2004, Serrano Ruiz, *Ponente* (con commento di J. LLOBELL, *Ancora sulla modifica «ex officio» del decreto di concordanza del dubbio*) ..... 713

### NOTE E COMMENTI

- A. CHIRICO, *Problema ambientale e diritto alla vita nel rapporto tra Chiesa e società civile: profili giuridici* ..... 761
- J.I. RUBIO LÓPEZ, *Diez tesis sobre el derecho norteamericano de libertad religiosa (Corte Rehnquist: 1986-2005)* ..... 773

### RASSEGNA DI BIBLIOGRAFIA

#### Recensioni

- A. ALBISETTI, *Il diritto ecclesiastico nella giurisprudenza della Corte costituzionale* (A. Filipazzi) ..... 795

M. ARETIO, <i>Obediencia y libertad en la vida consagrada</i> (F. Puig).....	798
J. BAQUERO DE LA CALLE RIVADENEIRA, <i>Personas jurídicas de Derecho Especial</i> (J.T. Martín de Agar).....	800
S. GHERRO (ed.), <i>Il principio del contraddittorio tra l'ordinamento della Chiesa e gli ordinamenti statali</i> (E. Cadelo de Isla).....	804
V. MARANO, <i>Il fenomeno associativo nell'ordinamento ecclesiale</i> (L. Navarro) .	807
J. MARTÍNEZ-TORRÓN, <i>Religión, derecho y sociedad. Antiguos y nuevos plantea- mientos en el derecho eclesiástico del Estado</i> (J. Ferrer Ortiz) .....	809
M.Á. ORTIZ (ed.), <i>Ammissione alle nozze e prevenzione della nullità del matri- monio</i> (J. M. Vázquez García-Peñuela) .....	815
G. RIVETTI, <i>Non profit. Profili ecclesiasticistici e statuali. Nuove prospettive</i> (J. Miñambres).....	824
J.M. VÁZQUEZ GARCÍA-PENUELA (ed.), <i>Los concordatos: pasado y futuro. Actas del Simposio internacional de Derecho Concordatario (Almería, 12-14 de noviembre de 2003)</i> (J.-P. Schouppe) .....	826

## DOCUMENTI

*Atti della Santa Sede*

PONTIFICIO CONSIGLIO PER I TESTI LEGISLATIVI, <i>Nota esplicativa</i> sul can. 1681 CIC, 2 marzo 2005 .....	833
--	-----

*Legislazione particolare*

ITALIA, CONFERENZA EPISCOPALE ITALIANA. PRESIDENZA, <i>Indicazioni su « I matri- moni tra cattolici e musulmani in Italia », 29 aprile 2005 (con nota di A. Perlasca)</i> .....	839
---	-----

## COLLABORATORI DI QUESTO FASCICOLO

ADRIANA CHIRICO, Dottore di Ricerca - Università di Bari (sede Taranto).

MASSIMO DEL POZZO, Docente di Diritto canonico - Pontificia Università della Santa Croce.

JAVIER HERVADA, Emerito di Diritto canonico - Universidad de Navarra (Spagna).

JOSÉ IGNACIO RUBIO LÓPEZ, Dottore di ricerca - Universidad Complutense (Madrid, Spagna).

BEATRICE SERRA, Ricercatrice - Università «La Sapienza» (Roma).

Hanno collaborato anche: E. CADELO DE ISLA, C.J. ERRÁZURIZ M., J. FERRER ORTIZ, A. FILIPAZZI, J. LLOBELL, J.T. MARTÍN DE AGAR, J. MIÑAMBRES, L. NAVARRO, A. PERLASCA, F. PUIG, J.-P. SCHOUPPE, J.M. VÁZQUEZ GARCÍA-PENUELA.

Pagina bianca

*Dottrina*

Pagina bianca

MASSIMO DEL POZZO

## LA COMPrensIONE DEL REALISMO GIURIDICO NEL PENSIERO CANONISTICO DI JAVIER HERVADA

1. Un pensiero in costante evoluzione alla ricerca della verità. — 2. La preoccupazione metodologica del giovane Hervada ed il «ravvedimento» del maestro. — 3. La costruzione del sistema e la stagione costituente nel diritto della Chiesa. — 4. La ricomposizione dei pezzi di un rompicapo: la comprensione profonda del *de iure* di Tommaso d'Aquino. — 5. Le *res iustae in Ecclesia*. — 6. Un legato per le future generazioni di canonisti.

### 1. *Un pensiero in costante evoluzione alla ricerca della verità.*

«Educatore secondo una concezione formalista [del diritto], l'autore conobbe presto il realismo giuridico classico, però, per la sua educazione, per molto tempo né lo apprezzò né lo comprese a fondo. Gli sembravano formule vuote il cui senso non riusciva a percepire. Circa vent'anni tardò nell'arrivare a comprenderlo, ma nel momento in cui si verificò tale evento, non ebbe il minor dubbio di aver scoperto la miglior spiegazione conosciuta del diritto e della scienza giuridica»<sup>(1)</sup>.

L'esplicita confessione del prof. Hervada riportata è la testimonianza diretta della percezione di un profondo cambiamento intervenuto nel suo pensiero e della laboriosità del percorso intellettuale compiuto. La scoperta o, come meglio preciseremo in seguito, l'illuminazione realista circa il senso ultimo della nozione tomista di diritto (*ipsa res iusta*) costituisce quindi, per espressa am-

---

<sup>(1)</sup> J. HERVADA, *Lecciones de Filosofía del Derecho*, Pamplona 1989, prólogo, p. 9. Per un riscontro diretto della validità della considerazione esposta anche in riferimento al diritto canonico cfr. J. HERVADA, *Coloquios propedéuticos sobre el derecho canónico*, Pamplona 2002, p. 29.

missione dell'illustre canonista di Navarra, la sua più preziosa e valida acquisizione, anche sotto il profilo canonistico<sup>(2)</sup>. In queste pagine si cercherà pertanto di illustrare sommariamente i passaggi ed i contenuti di questo « pensiero in costante evoluzione verso la verità »<sup>(3)</sup>.

L'evoluzione dell'impostazione di fondo del pensiero del maestro di Pamplona sembra infatti un utile criterio ermeneutico per comprendere appieno il senso e la portata del suo contributo alla scienza canonica e per apprezzare le virtualità e le potenzialità insite in un'impostazione profondamente alternativa alla deformazione normativistica presente in non pochi canonisti<sup>(4)</sup>. La problematicità e la faticosità dell'*iter* concettuale di Hervada, oltre ad attestare la sincerità e l'onestà intellettuale dell'acquisizione da lui compiuta, manifestano la difficoltà di comprendere la linearità e la estrema semplicità della concezione giuridica tradizionale in un

---

(2) Occorre puntualizzare subito che anche se le affermazioni di Hervada trovano un referente obbligato in San Tommaso, in Aristotele e nei giuristi romani, cui il professore di Navarra ha sempre riconosciuto la paternità del realismo giuridico, da lui definito appunto « classico » per la sua ascendenza e plurimillennaria continuità storica, l'impostazione hervadiana nella cornice del realismo giuridico classico, come cercheremo di dimostrare, non è meramente compilativa e divulgativa ma profondamente innovativa e originale.

È noto, inoltre, che il prof. Hervada non si è dedicato solo al diritto canonico, ma si è interessato, tra l'altro, con conspici e conclamati risultati, alla scienza del diritto naturale, alla filosofia del diritto, alla disciplina dei diritti umani ed al diritto ecclesiastico; la maturazione della concezione realista, avvenuta a seguito dell'approfondimento della teoria della giustizia e del diritto in un periodo di intensa dedizione al diritto naturale, si è esplicitata anche e decisamente nel versante giusnaturalista e giusfilosofico della sua produzione, ma ha trovato anche una diretta e specifica formulazione in riferimento allo *ius* ecclesiale.

(3) L'espressione riportata è utilizzata proprio da Hervada per descrivere lo spirito della sua attività e del suo impegno scientifico nel *pórtico* dell'opera che raccoglie i suoi principali articoli di carattere canonistico: J. HERVADA, *Vetera et Nova. Cuestiones de Derecho Canónico y afines* (1958-1991), I, Pamplona 1991.

(4) In un precedente lavoro di ricerca (M. DEL POZZO, *L'evoluzione della nozione di diritto nel pensiero canonistico di Javier Hervada*, tesi dottorale presso la Facoltà di Diritto Canonico della Pontificia Università della Santa Croce, Roma 2005), cui si rinvierà ampiamente nel corso della trattazione, abbiamo già cercato di esporre con un taglio cronologico-testuale lo sviluppo dell'opera di Hervada in ordine alla precisazione della nozione più elementare e basilare del suo argomentare giuridico; in questa sede, fermo restando il profilo storico, ma in un piano più logico-concettuale, esamineremo succintamente i tratti salienti della *metanoia* hervadiana.

ambiente culturale fortemente impregnato di formalismo, logicismo ed idealismo. Il presente scritto non ha la pretesa di sintetizzare e di inquadrare complessivamente l'apporto di Hervada alla scienza canonica, ma ha solo lo scopo di cercare di descrivere un processo — a nostro giudizio pregnante e caratterizzante, ma pur sempre circoscritto e limitato — utile per la considerazione e la valutazione dell'opera di uno dei più autorevoli canonisti del XX secolo.

Di seguito analizzeremo, con la problematicità e parzialità che ogni schematizzazione comporta, le tappe previe all'«illuminazione realista» di Hervada; il contesto, l'essenza e il contenuto della rivoluzione copernicana avvenuta con la comprensione della *res iusta* tomista nel 1980; la configurazione del realismo giuridico ecclesiale hervadiano ed i principali lineamenti della sua costruzione; la percezione dell'incompletezza di quella risistemazione complessiva del diritto canonico da lui auspicata. Il ruolo svolto da Hervada nelle «due conversioni metodologiche» del suo grande maestro, Pedro Lombardía, cui sono dedicati i prossimi due paragrafi, è un punto di partenza obbligato per cogliere l'impostazione iniziale del «discepolo» ed evidenziare al contempo la differente portata, anche epistemologica, ed il notevole stacco ideale contenuto nella formulazione giuscanonica hervadiana della piena maturità rispetto al semplice programma di modernizzazione del diritto canonico, congiuntamente sempre perseguito dai due<sup>(5)</sup>. L'essenza della *metanoia* di Hervada ed i profili del realismo giuridico ecclesiale pro-

---

(5) Hervada si è sempre dichiarato discepolo di Lombardía (cfr. tra le molteplici attestazioni di stima e di profonda gratitudine J. HERVADA, *Vetera et Nova*, I, cit., *pórtico*); tuttavia il loro rapporto di collaborazione scientifica si è svolto in maniera egualitaria e paritaria, dando origine ad una sinergia intellettuale ed umana tra i due canonisti di singolare fecondità e rilevanza. C. J. ERRÁZURIZ (*Circa la concezione del diritto canonico in Pedro Lombardía e Javier Hervada*, in AA.VV., *Escritos en honor de Javier Hervada, Volumen especial, Ius Canonicum*, 1999, p. 17) li qualifica espressamente come «cofondatori di una vera scuola canonistica».

Hervada stesso ha parlato incisivamente delle «due conversioni metodologiche» lombardiane per indicare le importanti svolte avvenute nel pensiero e nella produzione del suo maestro ed amico (cfr. J. HERVADA, *Personalidad científica de Pedro Lombardía*, in *Ius Canonicum*, XXVI (1986), n. 52, pp. 491-496). Conformemente alla teoria dei livelli della conoscenza giuridica da lui seguita (interdipendenza e differenziazione nella concettualizzazione giuridica del livello ontologico-fondamentale, di quello scientifico-fenomenologico e di quello prudenziale, in ragione del loro diverso grado di astrazione), Hervada col tempo si concentrerà nell'elaborazione della sua produzione soprattutto sul livello teorico fondamentale, (cfr. M.

spettato, poi, manifestano la sua comprensione critica e l'originale penetrazione del *de iure* dell'Aquinate e la derivativa necessità di dedurre i principi e le esigenze di giustizia dalla natura della Chiesa e dagli specifici contenuti del *Mysterium Ecclesiae* (6). Il paragrafo d'epilogo, infine, è una valutazione sintetica dell'operato del professore di Pamplona e delle prospettive e degli sviluppi dischiusi per le future generazioni di canonisti.

## 2. *La preoccupazione metodologica del giovane Hervada ed il «ravvedimento» del maestro.*

Nella produzione iniziale di Hervada la preoccupazione metodologica è centrale e quasi pregiudiziale. Il rinnovamento metodologico della scienza canonica prospettato da Lombardía: coniugare la tecnica moderna con la filosofia tradizionale, è pienamente condiviso e seguito da Hervada (7). Il discepolo tuttavia manifesta subito una vocazione più spiccatamente teoretica e più attenta ai presupposti filosofici della costruzione che lo mettono in guardia contro il dogmatismo ed il positivismo giuridico.

---

DEL POZZO, *L'evoluzione della nozione di diritto*, cit., *Appendice*, spec. pp. 592 e 597-8); tale approccio non è stato specificamente coltivato da Lombardía.

(6) L'apporto decisivo prestato da Hervada alla scienza canonica non è costituito quindi da una mera applicazione o adeguazione di una teoria giuridica o di un sistema di concetti ad un settore del diritto, ma dalla enucleazione dei veri e propri *debita* di giustizia presenti nel mistero salvifico cristiano.

(7) Il problema del metodo è stata il primo e fondamentale interesse scientifico di Lombardía. Il maestro cordobese ha delineato le coordinate essenziali di una vera e propria scuola canonistica; ha il grande merito di aver percepito sin dall'inizio la piena giuridicità del diritto canonico e l'esigenza di rispettare la sua formalità propria; sua è anche la equanime presa di distanza rispetto agli indirizzi allora esistenti (scuola esegetica ecclesiastica e scuola secolare italiana) per l'adozione del metodo sistematico e per il ricorso alla purezza metodologica formale e non totale (cfr. A. DE LA HERA, *Dos maestros de la ciencia canónica de la segunda mitad del siglo XX. Perfil humano y personalidad científica de Pedro Lombardía y Eugenio Corecco*, in AA.VV., *Metodo, fonti e soggetti del diritto canonico*, a cura di J.I. ARRIETA e G.P. MILANO, *Atti del Convegno Internazionale di Studi «La Scienza Canonistica nella seconda metà del '900. Fondamenti, metodi e prospettive in D'Avack, Lombardía, Gismondi e Corecco»*, Roma 13-16 novembre 1996, Roma 1999, p. 26-27). Se la prima intuizione e le linee maestre sono riconducibili a Lombardía, Hervada però, come appresso vedremo, ha l'indubbio merito di aver contribuito decisamente a configurare la teoria metodologica, di averla elaborata epistemologicamente ed approfondita concettualmente.

In questo contesto e alla luce del rilevante influsso di Hervada — nel corso di «lunghe conversazioni» — matura il ripudio di Lombardía per la tesi della *canonizatio*, della giuridicità cioè del diritto divino solo per effetto della ricezione nell'ordinamento canonico, fino ad allora seguita<sup>(8)</sup>. L'abbandono della dottrina di Del Giudice circa la relazione tra il diritto divino ed il diritto umano col ritorno alla concezione tomistica classica e la «decantazione» del pensiero lombardiano si produsse tra gli anni 1958 e 1959<sup>(9)</sup>. In quegli anni si configura pure una nota distintiva dell'indirizzo metodologico lombardiano, la purezza metodologica formale (l'autonomia e l'originalità della prospettiva formale della scienza canonica, senza però prescindere e ignorare i dati forniti da altri rami del sapere riguardo allo stesso oggetto materiale), rivedendo criticamente un postulato della scuola dogmatica italiana (la purezza metodologica totale, che nega la necessità dell'interdipendenza tra le diverse scienze per la compiuta apprensione dell'oggetto)<sup>(10)</sup>. Lombardía ed Hervada, in pratica, partendo da un'atteggiamento di ammirazione e quasi di emulazione, prendono sempre più accortamente le distanze dai profili della canonistica italiana dell'epoca inconciliabili con una visione di stampo metafisico-tradizionale.

---

(8) «Conoscevo assai bene la dottrina di san Tommaso sull'unità e la relazione tra il diritto umano e quello divino naturale e positivo. Perciò, leggendo Del Giudice e comprendendo la sua teoria della *canonizatio*, mi resi subito conto che era inaccettabile in quanto introduceva il positivismo, un difetto che scoprii ben presto nella Scuola Italiana di allora. Parlai con Pedro Lombardía del problema ed egli, non appena vi riflettè sopra, abbandonò la teoria della *canonizatio* ed accolse quella tomista, come si può vedere nell'articolo che pubblicò riassumendo il suo lavoro di dottorato» (J. HERVADA, *Confessioni di un canonista*, in questa Rivista, 14 (2002), pp. 617-618). Quello che in questa sede per le esigenze di sintesi e di chiarezza di una lezione dottorale viene presentato in forma molto schematica e lineare in realtà ci sembra che sia stato un passaggio abbastanza complesso e delicato.

(9) Cfr. J. HERVADA, *Nota preliminar a P. LOMBARDÍA, Contribución a la teoría de la persona física en el ordenamiento canónico*, in *Ius Canonicum*, 57 (1989); la pubblicazione postuma della tesi dottorale discussa da Lombardía nel 1956. Hervada spiega dettagliatamente in questa sede l'evoluzione del pensiero del maestro e le circostanze che lo indussero a procrastinare tale pubblicazione.

(10) «Verso il 1958 si forgiò la purezza metodologica formale nel corso di lunghe conversazioni con me» (J. HERVADA, *Coloquios propedéuticos sobre el derecho canónico*, Pamplona 2002, p. 89). Hervada sta descrivendo qui la genesi dei tratti salienti della scuola lombardiana (l'essenziale giuridicità del diritto canonico, la purezza metodologica formale, il metodo sistematico e la divisione in branche).

La posizione radicalmente e nettamente antipositivistica di Hervada in questa prima fase di attività non può tuttavia nascondere alcuni limiti della sua impostazione di fondo. Le monografie matrimonialistiche<sup>(11)</sup>, l'ampia memoria composta per il concorso a cattedre del 1959-60<sup>(12)</sup> e gli altri scritti<sup>(13)</sup> di questo periodo evidenziano una sorta di giustapposizione tra la struttura giuridica e la realtà sociale. La verità sul matrimonio, ad esempio, è il risultato della somma della struttura giuridica e della materia sociale<sup>(14)</sup>. Il diritto non appare come una dimensione della realtà delle cose ma come un elemento ordinatore e organizzatore, con un deciso sbilanciamento verso la legislazione canonica ed una certa tendenza di stampo latamente normativistico<sup>(15)</sup>. Lo stesso

(11) F. J. HERVADA XIBERTA, *La impotencia del varón en el derecho matrimonial canónico*, Pamplona 1959, ove pure la nozione e la caratterizzazione giuridico canonica dell'impedimento è apprezzabilmente desunta dalla realtà delle cose e dalla fisiologia della relazione coniugale («alla luce del diritto naturale» appunto); ID., *Los fines del matrimonio (su relevancia en la estructura jurídica matrimonial)*, Pamplona 1960, che intende dimostrare l'interrelazione dei fini del matrimonio e la loro decisiva confluenza nella determinazione della struttura giuridica dell'istituto.

(12) È una significativa rivelazione del carteggio allegato al lavoro anzi citato (M. DEL POZZO, *L'evoluzione della nozione di diritto*, cit., pp. 583-585) la risalenza alla memoria composta tra il 1959 ed il 1960 di gran parte della monografia sull'ordinamento canonico (J. HERVADA, *El ordenamiento canónico. I. Aspectos centrales de la construcción del conceto*, Pamplona 1966) e degli ampi saggi di fondamentazione del diritto canonico (J. HERVADA, *Reflexiones acerca de la prudencia jurídica y el derecho canónico*, in *Ius Canonicum*, I (1961), pp. 415-451; ID., *El Derecho como orden humano*, in *Ius Canonicum*, V (1965), pp. 401-454; ID., *Sugerencias acerca de los componentes del Derecho*, in *Ius Canonicum*, VI (1966), pp. 53-110); in detta sede si chiariscono anche i fondamentali intenti antiformalista, antilogicista e antinormativista (riteniamo che sarebbe più corretto definirlo antipositivista) che animano quegli scritti.

(13) Tra gli altri, si segnalano in particolare: J. HERVADA *El matrimonio in facto esse. Su estructura jurídica*, in *Ius Canonicum*, I (1961), pp. 135-175 ed ID., *La relación de propiedad en el patrimonio canónico*, in *Ius Canonicum*, II (1962), pp. 425-467, che manifestano una visione sistematica dei relativi istituti, all'epoca tutt'altro che scontata, e la centralità della feconda nozione di relazione giuridica come perno del sistema giuridico.

(14) È indicativo che Hervada stesso utilizza il segno aritmetico dell'addizione per indicare tale composizione: struttura giuridica + realtà sociale, quali parti, fattori od elementi disomogenei e staccati (J. HERVADA, *Los fines del matrimonio*, cit., p. 185). Il diritto si limita, quindi, ad informare e strutturare il coniugio (*ibidem*, p. 192).

(15) «(...) il Diritto è ordine e, conseguentemente, è fondamentale conoscere l'organizzazione che producono le norme, dalla quale derivano i diritti e i doveri della

Hervada d'altronde ha qualificato *ex post* come realismo meramente «concettuale» questa fase, dominata dalla identificazione — confusione, a nostro modo di vedere — della *ipsa res iusta* tommasiana con la realtà giustamente ordinata e dalla supposizione di una distinzione di ragione con fondamento *in re* tra realtà sociale e struttura giuridica<sup>(16)</sup>.

### 3. *La costruzione del sistema e la stagione costituente nel diritto della Chiesa.*

Se nei primi scritti del professore di Navarra il fine dichiarato è il rinnovamento tecnico-metodologico della scienza canonica, a partire dalla fine del Vaticano II l'attenzione si concentra soprattutto sulla modernizzazione contenutistica imposta dall'approfondimento ecclesiologico del Concilio e dalla corretta ricezione dei contenuti dei suoi documenti. La preoccupazione epistemologica passa in secondo piano per dare maggior spazio ai contenuti dottrinali ed al proposito di promuovere e favorire il buon governo ed il riconoscimento e la garanzia dei diritti fondamentali dei fedeli nella Chiesa. Con questo spirito nasce l'ambizioso progetto di *Il Diritto del Popolo di Dio*<sup>(17)</sup> e l'entusiastica partecipazione alle vicende legate all'elaborazione del progetto di legge fondamentale della Chiesa.

Alla base della summenzionata opera e del nuovo orizzonte di impegno scientifico di Hervada e di Lombardía vi è quella profonda illuminazione della mentalità canonistica avvenuta nel marzo 1966<sup>(18)</sup>. L'ostacolo che si frapponeva alla realizzazione del dise-

---

persona» (J. HERVADA, *La relación de propiedad en el patrimonio canónico*, in *Ius Canonicum*, cit., in *Vetera et Nova*, p. 215).

<sup>(16)</sup> Cfr. in M. DEL POZZO, *L'evoluzione della nozione di diritto*, cit., *Appendice*, pp. 588-591.

<sup>(17)</sup> J. HERVADA-P. LOMBARDÍA, *El Derecho del Pueblo de Dios. Hacia un sistema de derecho canónico*, vol. I. (*Introducción. La constitución de la Iglesia*), Pamplona 1970; vol. III (*Derecho matrimonial* [1]), Pamplona 1973. Com'è noto l'ampio progetto delineato nella presentazione del primo volume (pp. 15-25) è rimasto poi largamente incompleto.

<sup>(18)</sup> Sia Hervada (J. HERVADA, *Confessioni di un canonista*, cit.; ID., *La personalidad científica de Pedro Lombardía*, cit.; ID., *Coloquios propedéuticos sobre el derecho canónico*, cit.) sia Lombardía (P. LOMBARDÍA, *Amore alla Chiesa*, in *Escritos de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, V, Pamplona 1991, p. 499) hanno ricor-

gno di modernizzazione che si era andato plasmando nelle menti dei due canonisti era, infatti, rappresentato dalla remora di recare un cattivo servizio ecclesiale e di intaccare il nerbo della disciplina ecclesiastica con l'auspicata costruzione del sistema canonico e con il superamento di vecchi schemi e modelli concettuali<sup>(19)</sup>. L'autoritarismo ed il giuridismo in senso deteriore ancora diffusi in alcuni ambienti ecclesiali, mentre insorgevano prepotentemente e preoccupantemente la contestazione e l'antigiuridismo postconciliari, motivavano lo stato di impasse e di angustia a cui erano giunti Lombardia ed Hervada e la conseguente sensazione di angoscia e di demotivazione. La conversazione del marzo '66 ebbe, allora, l'effetto di dissipare le tenebre del dubbio e dell'incertezza per procedere speditamente e con disinvoltura alla costruzione del sistema scientifico del diritto del Popolo di Dio. Da un punto di vista pratico, la «seconda conversione metodologica lombardiana» comporta l'aquisizione e la concreta applicazione della distinzione in branche nel diritto canonico, conclusione implicita nell'adozione del metodo sistematico, ma alla prospettiva epistemologica se ne aggiunge una forse più decisiva assiologico-sostanziale: la tutela dei diritti dei fedeli ed il rispetto dei loro ambiti di libertà in quanto espressione della volontà fondazionale di Cristo, portato essenziale del diritto divino e valore cardine del diritto costituzionale della Chiesa.

Prescindendo dagli specifici contenuti e dall'indiscusso valore dei due volumi del trattato e degli altri scritti di questa fase<sup>(20)</sup>, si deve però registrare il persistere di una nozione giusrealistica solo in

---

dato in maniera circostanziata l'incontro con San Josemaría Escrivá de Balaguer che segnò l'inizio di questa nuova tappa.

<sup>(19)</sup> Hervada ha esplicitamente parlato a questo riguardo della «divinizzazione», nella mentalità canonistica diffusa, di idee e di concetti contingenti sull'organizzazione della Gerarchia ecclesiastica e sull'esercizio della potestà (presentando come eterne, immutabili e quasi «infallibili», semplici forme di governo storiche e relative) e della concezione del diritto canonico come pura disciplina o come strumento di ordine nelle mani dei Pastori (J. HERVADA, *Confessioni di un canonista*, cit., p. 619).

<sup>(20)</sup> L'esposizione della costituzione della Chiesa costituisce la prima trattazione organica di diritto costituzionale canonico (P. LOMBARDIA, voce: «*Costituzione della Chiesa*», in *Enciclopedia del Diritto Treccani*, vol. II, p. 2.) e l'ossatura del tutt'oggi largamente apprezzato manuale J. HERVADA, *Elementos de Derecho Constitucional Canónico*, 2ª ed. Pamplona 2001 (trad. it. *Diritto Costituzionale Canonico*, Milano

senso lato<sup>(21)</sup>. L'individuazione della necessaria dimensione giuridica del Popolo di Dio con i principi di ordine e le esigenze di giustizia che ne derivano e la determinazione delle basi sacramentali del diritto canonico non comportano una sostanziale revisione della posizione già delineata in *L'ordinamento canonico* e del riferimento a tale concetto cardine. Per Hervada il diritto canonico rimane fondamentalmente l'ordine sociale giusto nella Chiesa. Il fenomeno giuridico è dato dal concorso e dall'integrazione di tre elementi (le norme, il diritto soggettivo e la realtà sociale) e dei tre sensi dell'espressione diritto (normativo, soggettivo ed oggettivo). La soluzione realista (il diritto come realtà sociale giusta, in una dubbia lettura del genuino pensiero dell'Aquinate), viene accomunata in questa fase, senza alcuna specificazione e distinzione, ad altre nozioni (il diritto come facoltà e soprattutto il diritto come legge)<sup>(22)</sup>.

---

1989). Estremamente interessante, e largamente propositiva è pure la teoria della conoscenza e l'impostazione della problematica metodologica.

Il terzo volume del trattato (J. HERVADA-P. LOMBARDÍA, *El Derecho del Pueblo de Dios. Hacia un sistema de Derecho Canónico*, III, (1), *Derecho Matrimonial Canónico*, Pamplona 1973) inaugura un biennio di straordinaria fecondità e ricchezza sul fronte matrimonialistico che coincide con un inquadramento generale dell'istituto e giunge alla compiuta penetrazione dell'essenza del coniugio (unità delle nature) e delle sue proprietà (totalità, esclusività e fecondità).

(<sup>21</sup>) La distinzione tra due possibili accezioni del realismo giuridico: il realismo in senso ampio (oggettivismo) ed il realismo in senso stretto o proprio funge da falsariga del lavoro di ricerca sul tema compiuto da Schoupe (*Le réalisme juridique*, Bruxelles 1987, spec. pp. 149-181), opera di spiccato interesse, trattandosi di una tesi dottorale diretta dallo stesso Hervada. Ivi si illustra come la semplice affermazione dell'esistenza di norme oggettive e preesistenti a tutte le norme umane ed il riconoscimento del fondamento naturale del diritto, che si oppone al soggettivismo ed al positivismo, non equivale alla nozione giusrealista in senso stretto (identificazione del diritto con la cosa giusta).

(<sup>22</sup>) È interessante notare che nell'opera che precede immediatamente la « conversione realista » (M. SANCHO IZQUIERDO-J. HERVADA, *Compendio de Derecho Natural*, vol. I, Pamplona 1980) nel capitolo sul concetto elementare di diritto naturale (pp. 17-38) la nozione elementare di diritto coincide appunto, anche nella scansione dei paragrafi (1. ordine; 2. sociale; 3. giusto, cui si aggiunge: 4. il carattere obbligatorio e vincolante, pp. 32-38), con la spiegazione del significato dei tre termini della definizione espressa.

Un discorso a parte meriterebbe la concezione matrimonialistica di Hervada ove la riscoperta del realismo giuridico classico ci sembra meno decisiva e determinante per le ragioni che abbiamo altrove espresso e cui rinviamo (M. DEL POZZO, *L'evoluzione della nozione di diritto nel pensiero canonistico di Javier Hervada*, cit., pp. 445-447). Per una presentazione del pensiero di Hervada sul tema cfr. soprat-

4. *La ricomposizione dei pezzi di un rompicapo: la comprensione profonda del de iure di Tommaso d'Aquino.*

L'autentica giuridicità del diritto canonico, la sua originalità e specificità (in ragione della sua fonte soprannaturale) e l'unità interna dell'ordinamento ecclesiale (inesistenza di una soluzione di continuità tra il diritto umano ed il diritto divino) rappresentano delle costanti irrinunciabili del pensiero di Hervada e l'oggetto principale della sua attenzione nelle tappe anzi esposte. Il realismo invece, pur sempre invocato, subisce un'immanente trasformazione nella sua produzione a seguito della tematizzazione della questione avvenuta con l'approfondimento della teoria della giustizia e del diritto durante la sua intensa dedizione alla scienza del diritto naturale. Il giusrealismo ecclesiale hervadiano ultimo non è costituito infatti dalla mera esigenza di adeguamento dell'ordinamento canonico alla realtà sociale data o dalla semplice ricezione dei principi di ordine e delle esigenze di giustizia presenti nel nucleo di normatività del Popolo di Dio, quali sensi che potevano darsi all'espressione «realismo» nelle fasi che abbiamo precedentemente esposto, ma dalla dimostrazione della intrinseca dimensione giuridica dei beni salvifici che strutturano e conformano la Chiesa (fondamentalmente la Parola e i Sacramenti). È difficile pertanto comprendere la profondità e l'innovatività del «secondo Hervada» senza cogliere la genesi e l'essenza della sua illuminazione intellettuale.

«Giungiamo così all'estate del 1980 — non ricordo se in luglio o agosto — nel quale un giorno mentre — passeggiando — pensavo alla questione, subito, in un istante ricevetti luce, compresi alla fine il *de iure* di Tommaso d'Aquino e i pezzi del rompicapo si misero al loro posto: avevo finalmente compreso il realismo giuridico classico»<sup>(23)</sup>. La puntualità ed istantaneità della svolta descritta deve quindi coniugarsi con la formazione remota e lo studio profondo compiuto in quegli anni da Hervada. La svolta realista non consiste nella scoperta di un materiale o di una fonte inedita, ma nella comprensione profonda del trattato *de iustitia et de*

---

tutto F. PUIG SANAHUJA, *La esencia del matrimonio a la luz del realismo jurídico*, Pamplona 2004.

<sup>(23)</sup> M. DEL POZZO, *L'evoluzione della nozione di diritto*, cit., *Appendice*, p. 599. L'Appendice raccoglie lo scambio epistolare intervenuto con lo stesso Hervada.

*iure* dell'Aquinate, già conosciuto e lungamente meditato, senza però cogliere l'essenza propria del diritto (*ipsa res iusta*) e la rilevanza della sua definizione come oggetto della virtù della giustizia. Non a caso se anteriormente i riferimenti al Dottore Angelico (Hervada lo ha sempre ritenuto il suo vero e unico Maestro) si riferivano principalmente al trattato *de legibus* (*S. Th.* I-II, qq. 90-96), nel nuovo corso hervadiano i richiami alla *Summa*, sempre più costanti e insistenti, riguardano quella parte della speculazione tomista che illustra la nozione di diritto e la sua pregiudizialità rispetto alla virtù della giustizia (*S. Th.* II-II, qq. 57-122 ed in particolare proprio la q. 57). Questo processo è stato favorito e preparato anche dalla lettura di Villey *medio tempore* intervenuta<sup>(24)</sup>. Occorre, inoltre, precisare che la conoscenza globale del pensiero di Tommaso d'Aquino da parte di Hervada manifesta l'esigenza di possedere solidi fondamenti metafisici (antropologici, logici e gno-seologici) per giungere alla costruzione di un valido sistema giuridico alternativo a quello fondato sull'immanentismo moderno. In questa linea il percorso intellettuale compiuto dal professore di Navarra rappresenta una sorta di evoluzione nella continuità: la concezione trascendente e teleologica dell'uomo, della società e del diritto, da lui sempre affermata, ricevono una decisiva conferma in una visione del diritto di taglio prettamente realista.

Il fulcro di quell'autentica rivoluzione copernicana avvenuta nel percorso intellettuale di Hervada con la riscoperta del realismo giuridico classico è quindi costituito dal porre al centro del fenomeno giuridico la «cosa» (materiale o immateriale che sia, ma sempre esteriormente percepibile per la caratteristica dell'esteriorità ed oggettività del fenomeno giuridico) in quanto dovuta in giustizia e non più la legislazione, l'ordinamento o la scienza canonica<sup>(25)</sup>. L'essenza

---

(24) Estremamente significativa dell'influenza e della rilevanza dell'opera del filosofo francese nella formazione del Nostro è l'iniziativa della traduzione spagnola del *Précis*, curata dallo stesso Hervada (M. VILLEY, *Compendio de Filosofía del Derecho. Definiciones y fines del Derecho*, Pamplona 1979; ID., *Compendio de Filosofía del Derecho. Los medios del Derecho*, Pamplona 1981). A Villey Hervada attribuisce l'intuizione e l'impostazione del realismo giuridico, senza però un'adeguata sistemazione e trattazione.

(25) L'esposizione del sistema del realismo giuridico è mirabilmente delineata in J. HERVADA, *Introducción crítica al Derecho Natural*, Pamplona 1981, trad. it. *Introduzione critica al diritto naturale*, Milano 1990, e approfondita e sviluppata in ID., *Leciones propedéuticas de filosofía del derecho*, Pamplona 1992, 3ª ed. 2000. Circa la di-

del «realismo giuridico classico»<sup>(26)</sup> è appunto costituita dall'identificazione del diritto in senso proprio e primario con la cosa dovuta in giustizia (specificazione della *ipsa res iusta* tommasiana) e non con nozioni secondarie e derivate, quali quelle di diritto soggettivo (la facoltà di esigere), di norma o di complesso di norme (talora equivocamente definito diritto in senso oggettivo)<sup>(27)</sup>. La concretezza e la praticità che connotano immediatamente l'approccio realista al diritto, secondo una prospettiva metafisica e trascendente dell'uomo e della società, mettono al riparo dall'astrattismo e dal formalismo (concettualismo e logicismo) delle impostazioni idealistiche e razionalistiche e, soprattutto, dal soggettivismo e dal volontarismo di stampo positivistico e normativistico che imperano nell'ambiente giuridico moderno (non di rado anche nel settore canonico). Partendo dalla formula classica della virtù della giustizia (*suum cuique tribuere*) si ricava agevolmente, invece, che il diritto (il *suum*, lo *ius*, il giusto), in quanto dovuto in base ad una ripartizione anteriore (atto primo di attribuzione), precede l'atto volontario di dazione, in senso ampio, del *suum* (atto secondo)<sup>(28)</sup>. La definizione più com-

---

retta destinazione di tali opere alla formazione dei canonisti cfr. J. HERVADA, *Coloquios propedéuticos*, cit., p. 135 e ID., *Introduzione critica*, cit., p. VII. Anche le concettologie sopra richiamate sono state frequentemente adoperate in relazione all'ambito canonistico (cfr. J. HERVADA, *Pensamientos de un canonista en la hora presente*, Pamplona 1989, 2ª ed 2004, pp. 27-55; ID., *Coloquios*, cit., pp. 23-54).

(26) Hervada ha espressamente qualificato la dottrina giuridica di ispirazione tomista da lui seguita come «realismo giuridico classico» (cfr. J. HERVADA, *Introduzione critica al diritto naturale*, cit., p. VI) per indicare l'ineludibile riferimento alle sue fonti (Aristotele, i giuristi romani e San Tommaso d'Aquino) e per differenziarla da equivoche formulazioni del realismo moderno (realismo scandinavo e realismo nordamericano), da lui deprecate quali derivazioni del sociologismo e del positivismo giuridico. Per una trattazione ed un inquadramento sistematico del realismo giuridico cfr. J. P. SCHOUPE, *Le réalisme juridique*, cit.

(27) In linea con l'illuminante esplicazione del Dottore Angelico (*S. Tb.*, II-II, q. 58, a. 10), il costante riferimento alla cosa giusta intende evidenziare il fondamento reale del rapporto interpersonale di giustizia, ma non la semplice materialità: diritto è il bene tanto materiale quanto immateriale. Sostrato della relazione giuridica sono sempre *res exteriores* ma beninteso tanto *corporales* quanto *incorporales* (cfr. J. HERVADA, *¿Qué es el derecho? La moderna respuesta del realismo jurídico*, Pamplona 2002, pp. 64-65).

(28) Hervada insiste costantemente sui due presupposti necessari del fenomeno giuridico: le cose sono ripartite; le cose stanno o possono stare in potere di altri (cfr. J. HERVADA, *Introduzione critica*, cit. pp. 9-18, ed in riferimento agli stessi concetti nel diritto canonico: ID., *Las raíces sacramentales del derecho canónico*, in *Sacramentalidad*

piuta e corretta di diritto è, allora, quella di costituire l'oggetto della virtù della giustizia. Il giusto mezzo reale del rapporto intersoggettivo di eguaglianza tra le persone, quindi, non solo possiede la caratteristica che lo rende atto a stabilire una relazione di giustizia (percepibilità esterna), ma ha una sua autonoma consistenza giuridica, anche a prescindere da ogni regolamentazione positiva, in ragione del suo fondamento naturale. La riconduzione del fenomeno giuridico ad una dimensione intrinseca alla realtà delle cose (la relazione di eguaglianza nella prospettiva della giustizia) rinvia comunque al rapporto intersoggettivo di alterità ed implica che il presupposto del diritto o la ragione ultima di doverosità deve essere ricercato nello statuto ontologico della persona umana (nella sua dignità o eccellenza di essere).

Conseguenza dell'impostazione realista è che il ruolo del giurista non è solo quello di conoscere le leggi e di interpretare il dettato normativo, ma essenzialmente quello di discernere e determinare il diritto (ciò che è giusto) nel caso singolo. La giurisprudenza (come sapere prudente) è propriamente *iusti et iniusti scientia*. Il titolo e la misura del diritto rappresentano in definitiva l'obiettivo dell'ermeneutica giuridica<sup>(29)</sup>.

##### 5. *Le res iustae in Ecclesia.*

L'operazione culturale compiuta da Hervada nella riconformazione della scienza canonica (si tratta beninteso di un ritorno e di un illuminazione del suo genuino spirito e di un recupero della sua impostazione, smarriti con il tempo) non è costituita da una mera attività di applicazione e di adeguazione di una teoria giuridica e di un sistema di concetti ad un determinato settore giuridico (il di-

---

*de la Iglesia y Sacramentos. IV Simposio Internacional de Teología. Pamplona abril de 1983, Pamplona 1983, riportato in Vetera et Nova, II, cit., pp. 860-868; Id., Coloquios propedéuticos, cit., Cap. 4, pp. 39-46; Id., Pensamientos de un canonista en la hora presente, Pamplona 1989, 2ª ed. 2004, II/7, II/13, pp. 31-2, 35-6).*

<sup>(29)</sup> Il fatto che il giurista, ed il canonista in specie, non sia al servizio della legge, ma del diritto comporta che anche l'interpretazione della legge (nell'ipotesi, sempre limitata e mai assolutizzabile, che il criterio di determinazione del rapporto di giustizia sia legale), oltre che con *sensus Ecclesiae*, è sempre in funzione del giusto del caso concreto e del suo ineludibile collegamento con la realtà delle cose (cfr. J. HERVADA, *Pensamientos*, cit. II/29, pp. 45-46; Id., *Coloquios*, cit., p. 48).

ritto canonico), ma dalla deduzione dei principi giuridici e delle esigenze di giustizia presenti nel Popolo di Dio a partire dagli specifici contenuti del *Mysterium Ecclesiae* e dalla peculiare natura dell'economia salvifica cristiana. In tal senso le intuizioni già presenti nel «primo Hervada»<sup>(30)</sup> si coniugano con le acquisizioni del nuovo corso hervadiano, dando origine ad una formulazione propria e originale dello *ius ecclesiale*<sup>(31)</sup>.

Il nucleo della «illuminazione realista» di Hervada in campo canonico sta nel rapportare la *ipsa res iusta* tommasiana non all'organizzazione, alla strutturazione o alla regolazione della dimensione visibile della Chiesa (società ecclesiastica) ma alle *res sacrae* per eccellenza (i Sacramenti e la Parola). La dimostrazione della giuridicità dei sacramenti cristiani, molto ben sviluppata ed argomentata<sup>(32)</sup>, e la considerazione del magistero ecclesiastico e della giurisdizione quali fonti di veri e propri *debita* di giustizia, solo accennata ed abbozzata<sup>(33)</sup>, rappresentano infatti il frutto più maturo del realismo giuridico canonico hervadiano. I diversi passaggi compiuti in *Le radici sacramentali del diritto canonico*, rispondendo alla più pura e rigorosa impostazione realista, dimostrano non solo la doverosità in giustizia dei sacramenti ma le virtualità e potenzialità insite in questo

---

(30) Le espressioni complementari «primo Hervada» e «secondo Hervada», che fungono da falsariga del nostro lavoro ripetutamente citato, sono state adoperate da C. J. ERRÁZURIZ (*Il diritto e la giustizia nella Chiesa, per una teoria fondamentale del diritto canonico*, Milano 2000, pp. 87-88), riecheggiando un'espressione cara a Pedro Lombardía, ed alludono alla piena consapevolezza della svolta intervenuta sia da parte di Hervada che del suo compianto maestro.

Per quanto riguarda le intuizioni del «primo Hervada» ci riferiamo, a livello meramente esemplificativo e non certo esaustivo, alla praticità e concretezza della conoscenza e della prassi giuridica; alla storicità e dinamicità, con una notevole sensibilità per l'influenza del fattore culturale; al fondamento antropologico (statuto ontologico della persona) e relazionale del fenomeno giuridico ed all'oggettività ontologica e gnoseologica.

(31) Si può citare anche qui a scopo solo illustrativo: il collegamento diretto esistente tra il diritto ed il bene (bontà trascendentale del giusto); la profonda convinzione della razionalità e relazionalità interpersonale, e soprattutto la rilevanza della realtà delle cose nella determinazione dell'ordine di giustizia.

(32) J. HERVADA, *Las raíces sacramentales del derecho canónico*, cit.

(33) J. HERVADA, *La ley del Pueblo de Dios como ley para la libertad*, in *Vetera et Nova*, II, cit., pp. 1077-1101. La dichiarazione è chiara, ma abbastanza marginale e poco sviluppata in questo scritto (spec. pp. 1089-1090), né mai è stata ampiamente ripresa in seguito.

tipo di approccio. Hervada giunge appunto a rinvenire un vero *ius suum* in ciò che apparentemente è più opposto al diritto (la grazia), attraverso la materializzazione (esteriorizzazione) dei suoi canali, l'oggettività del criterio di attribuzione e di distribuzione (*efficacia ex opere operato*) e la doverosità della sua amministrazione da parte del ministro (chiaramente in presenza delle dovute condizioni). L'indole misterica e la sacramentalità radicale della Chiesa completano lo sviluppo del discorso sull'economia salvifica e sulla compenetrazione dell'elemento giuridico nella realtà soprannaturale.

Nella piena maturità di Hervada si assiste pure ad una sottolineatura sempre più accentuata del tema della libertà, quale criterio ermeneutico principale per cogliere la consistenza e la portata della struttura giuridica delineata dal Concilio Vaticano II<sup>(34)</sup>. La ricerca della giuridicità si sposta sempre più all'interno del mistero cristiano nell'individuazione dell'essenza, della specificità e dei contenuti della *lex gratiae*. Anche la *dignitas christiana*, di cui la libertà è una manifestazione, è una realtà ontologica con una diretta valenza e rilevanza giuridica intraecclesiale e non semplicemente morale<sup>(35)</sup>.

#### 6. *Un legato per le future generazioni di canonisti.*

La relazione sulle radici sacramentali del diritto canonico può ben costituire una sorta di «manifesto programmatico» della fecondità e delle potenzialità insite nell'approccio hervadiano. L'ambizioso disegno di rifondazione del diritto canonico in base alla penetrazione delle *res iustae* nella Chiesa auspicato da Hervada, tuttavia, almeno per ora, non ha trovato compimento nella sua produzione<sup>(36)</sup>. Purtroppo, il precario stato di salute dell'illustre canonista

---

(34) I diritti fondamentali dei fedeli e l'organizzazione ecclesiastica, con la loro diversa valenza e portata, costituiscono secondo Hervada gli autentici pilastri e capisaldi del sistema giuridico ecclesiale.

(35) J. HERVADA, *La dignidad y la libertad de los hijos de Dios*, in *Fidelium Iura*, 4 (1994), pp. 9-31. La determinazione della dignità cristiana, sempre accanto al principio gerarchico, come l'elemento ultimo, principale e fondamentale della costituzione della Chiesa è probabilmente l'ultimo passo nel processo di progressiva semplificazione concettuale compiuto da Hervada.

(36) Lo stesso professore di Navarra ha espresso anche l'esigenza di applicare il realismo giuridico non solo a livello ontologico o fondamentale ma anche a livello fenomenico o tecnico-giuridico, coltivato dalla maggioranza dei canonisti, recuperando le sue «antiche» concettologie (ordinamento canonico, relazione giuridica,

di Navarra (da lui ironicamente definito *tempus otii*) ha notevolmente condizionato e menomato la possibilità di esplicazione della sua attività scientifica negli ultimi anni<sup>(37)</sup>. All'acume e alla brillantezza della tesi sulla intrinseca giuridicità dei beni salvifici non ha fatto seguito nella produzione dell'Autore quell'approfondimento organico e sistematico dell'oggetto di studio che l'importanza del tema avrebbe probabilmente meritato. Più in generale si costata la mancanza di una sistemazione globale del pensiero canonistico di Hervada successiva alla sua «illuminazione» in senso realista<sup>(38)</sup>.

In questo contesto, gli unici testi canonistici di portata generale, pur con i limiti e le difficoltà del genere adottato, sono rappresentati dalle raccolte di *Pensieri* e di *Colloqui*<sup>(39)</sup>. In tali opere si rinviene pertanto la perfetta adeguazione, più che la semplice applicazione, del patrimonio giuridico classico alla realtà ecclesiale nel variegato spettro dei campi prevalentemente coltivati da Hervada nel corso della sua feconda carriera accademica<sup>(40)</sup>. L'operazione culturale compiuta in *Pensamientos* e *Coloquios* è quindi costituita dalla diretta osservazione del mistero della Chiesa nella sua dimensione giuridica dalla prospettiva del realismo giuridico. L'esistenza di un vero e proprio *ius* ecclesiale è riconducibile al dato che nel Popolo di Dio le *res exteriores* sono effettivamente ripartite e distribuite come cose dovute (costituiscono un *suum ius*) e che

---

momenti ed elementi del diritto, ecc.) depurate però dai residui di normativismo e di realismo meramente concettuale.

<sup>(37)</sup> La precaria situazione di salute è palesata dallo stesso Hervada in *Los eclesiasticistas ante un espectador*. *Tempus otii secundum*, Pamplona 1993, pp. 13-14; 2<sup>a</sup> ed. 2002.

<sup>(38)</sup> Anche la revisione del manuale di diritto costituzionale, compiuta dopo il suo approdo al realismo giuridico, ci pare che non trovi la sua ragion d'essere in tale evento e non risponde ad una mutata chiave di lettura della disciplina, anche se si integra bene con la nuova impostazione.

<sup>(39)</sup> J. HERVADA, *Pensamientos de un canonista en la hora presente*, Pamplona 1989, 2<sup>a</sup> ed. 2004; ID., *Coloquios propedéuticos sobre el derecho canónico*, Pamplona 1990, 2<sup>a</sup> ed. *corregida y aumentada* 2002.

<sup>(40)</sup> Soprattutto J. HERVADA, *Pensamientos*, cit., per la caratteristica dell'opera, ma anche ID., *Coloquios*, cit., manifestano oltretutto la proficuità dell'approccio giuridico-realistico non solo in chiave giuridico fondamentale, che è stata quella, a livello gnoseologico, prevalentemente coltivata da Hervada, ma anche da un punto di vista tecnico-scientifico nell'inquadramento degli istituti e financo nel piano interpretativo del dato normativo, che il professore di Navarra, pur auspicandone il superamento in una impostazione sistematica della disciplina, non ha mai disprezzato e trascurato.

tale attribuzione ha forza di debito nel senso univoco e stretto del diritto. Alla luce della ormai acquisita distinzione tra *lex* e *ius*, Hervada manifesta nella piena maturità l'esigenza di sottolineare sempre di più la natura intrinsecamente pastorale del diritto canonico, precisando sempre che la soluzione autenticamente pastorale resta subordinata al riconoscimento della verità oggettiva della situazione dedotta ed al rispetto della giustizia del singolo caso<sup>(41)</sup>.

Queste ultime osservazioni evidenziano una sorta di circolarità dell'itinerario hervadiano: il punto di partenza sembra coincidere con il punto di arrivo, ma ad un livello e con una penetrazione notevolmente superiore. Il ritorno alle questioni epistemologiche e metodologiche che avevano segnato la produzione iniziale di Hervada manifesta la riappropriazione critica delle sue posizioni ed addita una possibile linea di continuità del suo lavoro. La formulazione del primo principio dianoetico: «essere canonista significa essere giurista»<sup>(42)</sup>, ad esempio, richiama direttamente l'essenza del diritto canonico e giustifica la costante insistenza sulla vera natura giuridica del diritto canonico<sup>(43)</sup>. Se la giuridicità dello *ius canonicum* non è mai stata messa in discussione da Hervada, il suo contenuto, come abbiamo cercato di descrivere in queste pagine, si è andato precisando e arricchendo con l'esatta determinazione del concetto di base (la nozione di diritto) e questo resta probabilmente il suo più prezioso legato alle future generazioni di canonisti.

\* \* \*

Alla luce di quanto esposto nell'articolo che precede, la pubblicazione della traduzione in lingua italiana della relazione di Hervada *Le radici sacramentali del diritto canonico* (*Las raíces sacramentales del derecho canónico*, pubblicato in *Sacramentalidad de la Iglesia y Sacramentos. IV Simposio Internacional de Teología. Pamplona, abril de 1983*, Pamplona 1983, pp. 359-385, ed in *Estudios de De-*

(41) Cfr. J. HERVADA, *Pensamientos*, cit., I/7, pp. 17-18.

(42) Cfr. tra le tante formulazioni del principio J. HERVADA, *Coloquios*, cit., Cap. 2, spec. p. 24; ID., *Pensamientos*, cit., I/12, pp. 23-25.

(43) In M. DEL POZZO, *L'evoluzione della nozione di diritto*, cit., pp. 508-510 abbiamo cercato di dimostrare il contenuto sostanziale delle acquisizioni metodologiche della scuola lombardiano-hervadiana ed il supporto gnoseologico-filosofico delle relative affermazioni.

*recho Canónico y Derecho Eclesiástico en homenaje al profesor Maldonado*, Madrid 1983, pp. 245-269; riportato in J. HERVADA, *Vetera et Nova. Cuestiones de derecho canónico y afines (1958-1991)*, II, pp. 855-892; traduzione portoghese in *Theologica*, vol. XVII (1983), fasc. I-IV) ci sembra la più eloquente dimostrazione della fecondità e proficuità dell'approccio giusrealista anche nell'ambito canonico. In essa si ritrovano, infatti, tutti gli elementi ed i concetti del realismo giuridico hervadiano (la consistenza reale del diritto, l'oggettività della relazione di giustizia, le caratteristiche di alterità, esteriorità, obbligatorietà ed esigibilità, le nozioni di fondamento, titolo e misura del diritto, ecc.) in una visione originale e stimolante della dimensione giuridica dell'economia salvifica a partire proprio dalla natura dalle *res sacrae* per eccellenza, i sacramenti.

Partendo dall'assunto che la grazia di per sé è quanto di più opposto possa esistere al diritto, l'Autore giunge in maniera rigorosa ed argomentata a spiegare ed illustrare la doverosità in giustizia dei sacramenti cristiani, quali mezzi e strumenti della grazia divina. Il discorso viene completato con interessanti spunti sull'efficacia direttamente giuridica e strutturante del battesimo e dell'ordine e sull'indole misterica di tutto il diritto della Chiesa.

Abbiamo altrove (M. DEL POZZO, *L'evoluzione della nozione di diritto nel pensiero canonistico di Javier Hervada*, Roma 2005) già qualificato questo scritto «il capolavoro del secondo Hervada» per le caratteristiche tecnico-stilistiche (semplicità, linearità e conclusione), per il rigore e la profondità dottrinale che lo animano e per il valore intrinseco delle sue conclusioni. L'originalità della trattazione e l'audacia delle soluzioni rendono il saggio — assolutamente innovativo nel panorama canonistico coevo — estremamente attuale, anche a distanza di oltre vent'anni dalla sua elaborazione, e un punto di passaggio obbligato per ogni seria disquisizione sul tema, almeno a livello teorico fondamentale. Nella traduzione abbiamo cercato di rispettare per la loro forte pregnanza e significazione la letteralità delle espressioni e il tono dell'esposizione, anche a scapito della brillantezza e della qualità della resa del testo. Le citazioni riportate si riferiscono, ove possibile, alla corrispondente edizione italiana dell'opera.

JAVIER HERVADA

## LE RADICI SACRAMENTALI DEL DIRITTO CANONICO (\*)

Introduzione. — 1. La radice del problema. — 2. Il principio di soluzione. — 3. L'efficacia « ex opere operato ». — 4. Il sacramento come diritto. — 5. Il diritto della Chiesa e i sacramenti dell'ordine e del battesimo. — 6. La sacramentalità radicale e il diritto.

### *Introduzione.*

a) Mi pare necessario cominciare quest'intervento con un'avvertenza circa i limiti e la portata dell'argomento che affronterò. È un fatto noto che con il termine diritto si è soliti designare almeno tre cose analoghe: la legge, il giusto e il diritto soggettivo. Orbene, sin dall'inizio chiarisco che fuoriesce dalle mie intenzioni studiare le radici sacramentali di queste tre realtà della Chiesa; mi limiterò soltanto ad una di esse: il giusto, le cose giuste. Quando parlo qui di diritto mi riferisco al suo significato classico quale *il giusto* o *res iusta*; tratterò pertanto di cose giuste, non della legge nella Chiesa. Quali siano le radici e le ragioni della legge giuridica (*lex divina* e *lex ecclesiastica*) nella Chiesa è qualcosa di estraneo alle pagine che seguono. Ai fini di questo studio l'espressione diritto canonico vuol dire *il giusto nella Chiesa*, l'insieme di cose giuste nel Popolo di Dio.

Se il lettore tiene presente questa precisazione e non interpreta la parola *diritto* come legge potrà comprendere interamente la tesi che cerco di sviluppare e eviterà il rischio di cadere in quella incomunicabilità che rese celebri i costruttori della torre di Babele.

---

(\*) Traduzione di Massimo del Pozzo.

b) Attorno agli anni cinquanta ebbe una certa attualità l'antigiuridismo. Studi canonici e teologici contribuirono allora a ricordare la tesi della *Ecclesia Iuris* ed anche a rinfrescare la lista degli antigiuridismi che si erano presentati fino a quel momento; una lunga lista che cominciava con gli gnostici ed i donatisti, non tralasciava i beghini e soprattutto la crisi protestante e terminava con le teorie di Söhm, Barth e il dimenticato Klein. Inoltre i canonisti non tralasciavano di menzionare la teoria dello statalismo con una certa attenzione a Carnelutti, che si vide invischiato in una questione tanto estranea a lui solo per alcune parole, incidentalmente pronunziate, che meglio avrebbe fatto a non dire<sup>(1)</sup>.

Dal punto di vista storico poteva osservarsi una costante dell'antigiuridismo: le correnti contrarie alla natura giuridica del diritto canonico di origine teologica coincidevano in un attacco, più o meno scoperto, ai sacramenti e in maniera speciale alla loro efficacia *ex opere operato*. Dai donatisti alle teorie estreme di Barth, le distinte posizioni apparivano, su questo punto fondamentale, coincidenti, anche se con una gran varietà di formulazioni. Se qualcosa insegnava la storia fino a quel momento sembrava essere l'intima connessione tra l'efficacia *ex opere operato* dei sacramenti e la natura giuridica del diritto canonico. «Il diritto è possibile nella Chiesa perché esistono i sacramenti» era una semplice conclusione del percorso storico. Tesi che potremmo anche formulare così: «Posto che i sacramenti sono segni esterni che causano la grazia *ex opere operato*, la Chiesa ha nel suo seno vero diritto».

Continua ad essere valida oggi questa conclusione? Ha il diritto nella Chiesa un fondamento sacramentale? Ecco il tipo di domande che corrisponde a ciò che sembra essere un'inversione di tendenza che un settore minoritario di teologi e di canonisti ha in-

---

(1) Vedi J. MALDONADO, *Acerca del carácter jurídico del Derecho Canonico*, in *Revista Española de Derecho Canónico*, I (1946), pp. 67 ss.; G. FORCHIELLI, *La giuridicità del diritto canonico al vaglio della dottrina contemporanea*, in *Studi in onore di Vincenzo del Giudice*, II, Milano 1953, pp. 471 ss.; J.M. ALONSO, *Juridismo y caridad*, in *XII Semana Española de Teología*, Madrid 1953, pp. 470 ss.; M. FERRO COUSELO, *Errores teológicos acerca de la naturaleza jurídica de la Iglesia y de su Derecho público*, in *Semana Española de Teología*, Madrid 1955, pp. 8 ss.; J. SALAVERRI, *El derecho en el misterio de la Iglesia*, in *Investigación y elaboración del Derecho Canónico*, Barcelona 1956, pp. 1 ss.; A. DE LA HUERGA, *La Iglesia de la Caridad y la Iglesia del Derecho*, in *La potestad de la Iglesia*, Barcelona 1960, pp. 5 ss.

trodotto negli ultimi tempi. Questa inversione potremmo enunciarla così: «dato che il diritto canonico ha un fondamento sacramentale possiede una giuridicità attenuata; quanto più è sacramentale, tanto meno è diritto».

Che è accaduto perché si sia potuta produrre un'inversione di termini tanto evidente? È possibile che si sia scoperta una nuova comprensione dei sacramenti o del diritto canonico? Che cosa passò inavvertito agli antiggiuridisti e ai loro contraddittori per quasi venti secoli, perché gli uni e gli altri scorgessero una relazione di diretta proporzionalità tra i sacramenti e l'indole giuridica del diritto canonico, dal momento che ora si afferma esser vera la proporzione contraria: più fondamento sacramentale meno giuridicità?

Ciò che desta maggiori sospetti in questo caso è che, anche considerando gli effettivi progressi della teologia sacramentale, non c'è stata nessuna scoperta sufficientemente decisiva da giustificare quest'inversione di termini a prima vista tanto impressionante. E, ciò che è più importante, non c'è da aspettarsi una simile scoperta dato il tenore sufficientemente esplicito del magistero ecclesiastico sui sacramenti. Al contrario, non è un segreto per nessuno che l'ambiente è stato impregnato di una sottile, però inequivoca, attenuazione dell'efficacia sacramentale *ex opere operato*. Il legittimo desiderio di vivificare la pratica dei sacramenti, facendo di essi atti pieni di senso cristiano, è stato accompagnato da una revisione, non frontale ma indiretta e collaterale, dell'efficacia *ex opere operato*. Da questa prospettiva svanisce l'impressione di una inversione di termini nella relazione tra sacramento e diritto. Non si sono invertiti i termini; piuttosto siamo allo stesso punto di partenza: quanto più si diluisce l'efficacia *ex opere operato* dei sacramenti, tanto più si dissolve l'indole giuridica del diritto canonico<sup>(2)</sup>.

---

(2) Per diverse posizioni riguardo alla relazione tra sacramenti e diritto — tra esse quelle riferite — possono consultarsi i seguenti lavori: A. VITALE, *Sacramenti e diritto*, Roma 1967; P.J. VILADRICH, in *Corso di diritto canonico*, a cura di E. CAPPELLINI, Cremona 1976, pp. 58 ss.; A. ROUCO VARELA-E. CORECCO, *Sacramento e diritto: antinomia nella Chiesa?*, Milano 1971; F. ZANCHINI DI CASTIGLIONCHIO, *La Chiesa come ordinamento sacramentale*, Milano 1971; P. WILPERT E ALTRI, *Lex et Sacramentum in Mittelalter*, Berlin 1969; D. LLAMAZARES, *Derecho Canónico Fundamental*, León 1980; V. RAMALLO, *El Derecho y el Misterio de la Iglesia*, Roma 1972.

### 1. *La radice del problema.*

a) Lasciamo da parte le premesse e andiamo alla radice del problema.

Sembra chiaro che quando parliamo dell'*Ecclesia Iuris* e del fenomeno giuridico nella Chiesa, ciò che pone il problema della sua esistenza e del suo corrispondente fondamento non è la necessità del diritto in ciò che potremmo chiamare i confini della Chiesa: per esempio, la proprietà dei luoghi di culto e di riunione o la retribuzione di coloro che dedicano tutto il loro tempo ad attività ecclesiastiche o simili<sup>(3)</sup>. Neppure gli spiritualismi più estremi hanno messo in dubbio che questi fenomeni hanno una dimensione giuridica. Quello che si hanno messo in dubbio è che questo diritto sia canonico, poiché non si vede — e in ciò non mancano di ogni ragione — per quale motivo questo fenomeno giuridico dà origine ad un ordine giuridico indipendente dallo Stato. Nell'ordine giuridico della *polis* esistono i diritti naturali che regolano queste materie — il diritto di proprietà, il diritto di riunione, la libertà religiosa ed altri — in virtù dei quali la Chiesa può sviluppare la sua attività senza che né l'esigenza di libertà né la natura di dette materie giustifichino un ordine giuridico specifico, separato dall'ordine giuridico della *civitas*, ossia da quello proprio della *lex naturae*.

La vera questione si pone quando osserviamo dove risiede l'origine del diritto canonico come diritto distinto da quello proprio della *civitas terrena*. Quest'origine non è altra che il mistero della Chiesa e la *lex gratiae* in quanto distinta dalla *lex naturae*. Il problema nasce quando consideriamo che il fenomeno giuridico è uno degli elementi costitutivi del *Mysterium Ecclesiae*, realtà visibile che contiene una realtà soprannaturale interna e invisibile, il problema si pone anche quando constatiamo che il diritto della Chiesa è una parte della Legge Nuova o *lex gratiae* (distinta dalla *lex naturae* e conseguentemente dà origine a un ordine giuridico che non è quello della *civitas terrena*). Ossia quando osserviamo che i fedeli si uniscono alla Chiesa attraverso un vincolo giuridico, oltre ai vincoli della grazia; che la costituzione gerarchica della Chiesa ha la sua radice in uno *ius divinum* e dà origine ad uno *ius humanum*; o

(3) Cfr. le osservazioni di P.J. VILADRICH in op. cit. p. 58.

che la ricezione della grazia dipende da alcuni atti dei ministri umani rispetto ai quali possiamo parlare di diritti e di doveri<sup>(4)</sup>; o che mediante una pena si può separare qualcuno dalla *communio ecclesiastica*<sup>(5)</sup>, ecc. Solo chi non ha riflettuto sufficientemente sull'intima essenza della *lex gratiae*, può tralasciare di sperimentare, in qualche circostanza, l'importanza e la profondità della questione. Com'è possibile che la *lex gratiae* che è legge di una realtà invisibile il cui centro è lo Spirito Santo contenga un fenomeno giuridico esterno? In virtù di quale ragione l'elemento esterno della Chiesa è canale e strumento della grazia invisibile e, pur essendolo, perché, avendo la grazia l'indole di un dono gratuito, i suoi canali esterni operano come diritto, che è ciò che è dovuto secondo giustizia? Non sarebbero forse i carismi — *gratiae gratis datae* — i canali più adeguati, se Dio volesse operare negli uomini servendosi di altri uomini?

b) Per presentare con più chiarezza il problema e porre le basi della soluzione ricordiamo molto brevemente alcune idee elementari sulla giustizia e sul diritto, visti dalla prospettiva che interessa il fine che ci siamo proposti.

La giustizia è la virtù di dare a ciascuno il suo, il suo diritto, secondo la classica definizione romana ammessa comunemente dalla tradizione canonica e dalla teologia morale cattolica: *constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi*<sup>(6)</sup>. Secondo questa definizione della giustizia ci sono due punti fondamentali. L'atto della giustizia consiste nel dare, verbo che ha qui un'accezione generica; dare equivale, a seconda dei casi, a donare, distribuire, conferire, rispettare, restituire, ecc. In ogni caso l'atto della virtù della giustizia è una condotta umana che dà — vale a dire, dona, distribuisce, rispetta, restituisce — un bene alla persona rispetto alla

(4) Il tema del diritto ai sacramenti può vedersi in A. DEL PORTILLO, *Laici e fedeli nella Chiesa*, Roma 1999, pp. 64 ss.; J. HERVADA-P. LOMBARDIA, *El Derecho del Pueblo de Dios*, I, Pamplona 1970, pp. 296 ss. Per i diritti dei fedeli cfr. P.J. VILADRICH, *Teoría de los derechos fundamentales del fiel*, Pamplona 1969; una panoramica generale delle attuali posizioni intorno ai diritti fondamentali del fedele può trovarsi in *I Diritti Fondamentali del Cristiano nella Società e nella Chiesa* (a cura di E. Corecco, N. Herzog e A. Scola), *Atti del IV Congresso Internazionale di Diritto Canonico*, Fribourg 6-11.X.1980, Milano 1981.

(5) Il senso della scomunica può vedersi in J. ARIAS, *La pena canónica en la Iglesia primitiva*, Pamplona 1975.

(6) D. 1,1,10.

quale la cosa ha l'indole di diritto. Siccome l'atto della giustizia consiste nel dare ad altri il bene che gli è attribuito, questo atto è sempre, per sua natura, un atto esterno perché solo attraverso atti esterni gli uomini comunichiamo e ci relazioniamo; a sua volta l'oggetto dell'atto della giustizia, il bene che si dà, deve essere, per la stessa ragione, una cosa esterna. È vero che la cosa che si dà può essere una *res incorporalis*, ma quando alla cosa in sé manca la materialità o corporeità, deve averla nelle sue manifestazioni e solo attraverso le sue manifestazioni o esteriorizzazioni può essere diritto o avere rilevanza giuridica.

Il secondo punto fondamentale è ciò che si intende per *ius suum* o diritto di ciascuno. Quest'espressione della formula della giustizia si interpreta molto frequentemente come il diritto soggettivo: la giustizia consisterebbe nel rispettare il diritto soggettivo di ciascuno o la facoltà di fare, omettere o esigere qualcosa. Senza dubbio, quest'interpretazione, i cui antecedenti si rinvengono in Occam, non ne rispetta il senso originale, correttamente inteso da San Tommaso d'Aquino. L'oggetto della giustizia, ossia l'oggetto che l'atto giusto dà, è la cosa stessa — *res corporalis vel incorporalis* — che si attribuisce al soggetto passivo dell'atto di giustizia per qualche titolo. Questa cosa o bene che si dà è il diritto del titolare, in senso realista o oggettivo per dirla con gli antichi<sup>(7)</sup>. Punto questo che mi sembra importante per intendere ciò che dirò in seguito: non parlo di diritti soggettivi ma di cose giuste, cose dovute a qualcuno in virtù di un titolo<sup>(8)</sup>.

Perché una cosa sia giusta, ossia perché costituisca un diritto è necessario che, in virtù del titolo, sia dovuta. Questo carattere di debito è tipico e specifico del diritto e di ciò che caratterizza la giustizia. Il giusto è il dovuto, un debito, perché è di colui a cui si dà; in altri termini la giustizia dà il bene o diritto al soggetto di cui è la cosa. Per questo si dice che la giustizia consiste nel dare a ciascuno il suo.

(7) Sul diritto in senso realista (*ipsa res iusta*) cfr. II-II, q. 57, a. 1. Maggiori spiegazioni sono rinvenibili in L. LACHANCE, *Le concept de droit selon Aristote et saint Thomas*, 2<sup>a</sup> ed., Ottawa-Montreal 1948.

(8) Non è ora il momento opportuno per sviluppare di più queste idee, mi limito a rinviare a quanto esposto nel mio libro *Introduzione critica al diritto naturale*, Milano 1990. Per la nozione originale di diritto soggettivo vedi A. FOLGADO, *Evolución histórica del concepto de derecho subjetivo*, San Lorenzo de El Escorial 1960.

Da questa prospettiva si vede chiaramente che il diritto presuppone che il soggetto abbia un titolo sopra la cosa. Questo titolo può essere di genere molto diverso — dalla proprietà alla mera servitù di passaggio —, però la cosa decisiva è che esista un qualche genere di titolo attraverso il quale al titolare viene attribuita la cosa; la cosa costituisce il suo diritto perché gli appartiene o perché usarla è un suo diritto o semplicemente perché è destinata alla sua utilità. Poiché i titoli sono molto diversi tra loro le cose possono essere diritto del loro titolare in molte forme, esistendo conseguentemente una gran diversità di diritti.

Il diritto è quindi l'opposto del dono gratuito, del dono grazioso, di ciò che si chiama una grazia. Orbene, questo non significa che all'origine di un diritto non possa esserci un dono gratuito. Una donazione rende la cosa donata proprietà del donatario; all'origine dell'attribuzione della cosa al suo titolare può esserci la liberalità e la misericordia come può esserci la giustizia. Anzi la costituzione di un diritto non è di per sé un atto di giustizia, ma un atto di dominio; a causa di ciò si dice — lo dice tra gli altri San Tommaso<sup>(9)</sup> — che la giustizia presuppone sempre un primo atto che non è di giustizia, ma causa della relazione di giustizia. Per questo, ed interessa molto al nostro tema averlo chiaro, il diritto e la conseguente relazione di giustizia possono avere come origine un atto di liberalità e di misericordia. Può accadere per esempio che, a motivo di un terremoto che abbia avuto effetti catastrofici, si organizzino collette in denaro o in natura per aiutare le persone danneggiate. È chiaro che i beni così ottenuti dalle organizzazioni benefiche procedono dalla misericordia e dalla solidarietà. Ma non è meno certo che le organizzazioni benefiche sono depositarie dei beni attribuiti ai danneggiati non per proprietà ma per destinazione. Pertanto è di giustizia che i beni giungano ad essi. Tali beni non sono uno *ius* delle organizzazioni benefiche. Si assiste qui ad un caso di diritto e di giustizia distributiva rispetto ad alcuni beni, la cui attribuzione ha origine nella liberalità e nella misericordia; attribuzione misericordiosa che ingenera, rispetto al depositario, un dovere di giustizia, non solo in relazione al depositante, ma an-

---

<sup>(9)</sup> *Summa contra Gentiles*, lib. II, cap. 28. Cfr. J. PIEPER, *La giustizia*, Brescia-Milano 2000, pp. 25 ss.

che in relazione al destinatario, perché la donazione ha originato lo *ius* di quest'ultimo.

c) Questa descrizione elementare della giustizia e del diritto ci sta indicando che la condizione necessaria perché esistano il diritto e la giustizia è che le cose siano ripartite e divise, ossia attribuite — in sé, nel loro uso, nella loro destinazione o sotto qualche altro aspetto — a distinti soggetti: non attribuite in comune ma a ciascuno; per questo si parla di dare a ciascuno il suo. Si tratta di qualcosa di evidente: se bisogna dare a ciascuno il suo, se dare a ciascuno il suo diritto è una virtù delle relazioni sociali, è chiaro che alla base della società vi è una pluralità di soggetti con cose ripartite tra loro. Senza cose ripartite, se la base e il fondamento fosse ciò che è comune, non ci sarebbe il suo di ciascuno né avrebbe senso dare a ciascuno il suo: non avrebbe ragion d'essere né il diritto né la giustizia.

d) Ciò presupposto, l'esistenza del diritto non presenta difficoltà nella *polis* o nella società civile. In primo luogo, l'uomo ha come suo quanto riguarda il proprio essere e i propri fini per essere persona: è l'insieme degli *iura naturalia* che possiede. Inoltre, la divisione o il riparto di beni è legge di base della società civile perché l'uomo non è solo anima, ma anche corpo, ed è conseguentemente limitato dalla quantità, dallo spazio e dal tempo. Gli alimenti, per esempio, devono essere necessariamente divisi per il loro uso e consumo. Anche in ciò che di per sé non è divisibile appare la divisione per i limiti stessi che impone la finitezza dei beni naturali; per esempio, quanti ascoltano un'orchestra si ripartiscono la sua audizione; ciascuno degli ascoltatori sente l'intera musica suonata, e in quest'aspetto non c'è divisione. In cambio, è limitato il campo acustico e, nel caso di specie, la sala di concerto, per cui è necessario un sistema di distribuzione dei posti e dei biglietti, quand'anche si applicasse solo la regola del *prior in tempore potior in iure*: il riparto per rigoroso ordine di richieste o acquisto dei biglietti. Il riparto o divisione dei beni è la legge basilare delle relazioni sociali.

Anche rispetto al bene comune appare la divisione. Divisione in quanto il perseguimento del bene comune dipende dal contributo di tutti, contributo che esige la giustizia legale: ogni cittadino ha una parte, il suo debito o bene che deve apportare alla comunità; divisione anche rispetto al godimento dei beni che comprende il bene comune, divisione o distribuzione regolata dalla giustizia

distributiva. Il diritto — nel senso realista del termine — e la giustizia suppongono la divisione ed il riparto. Perciò esigono l'*esteriorità* o *esternità* delle cose oggetto della divisione; unicamente ciò che è esternamente tangibile, materializzabile, è capace di riparto.

Se dal diritto passiamo alla legge le conclusioni non sono molto diverse. La natura giuridica della legge risiede nel fatto che genera un dovere di giustizia legale; vale a dire che la legge indica la posizione e l'attività di ciascuno in ordine al bene comune della *polis*, in maniera tale che rispettare la situazione e l'attività degli altri e assumere la propria responsabilità è un atto giusto. Anche qui appaiono la divisione ed il riparto. In ogni caso solo la condotta esterna può essere oggetto di giustizia legale, poiché solo essa può essere giusta o ingiusta per avere la possibilità di rispettare o ledere il diritto degli altri cittadini o della società; è chiaro che unicamente l'azione che fuoriesce dalla sfera interna del soggetto può costituire l'atto di dare o contrastare il diritto dell'altro<sup>(10)</sup>.

e) L'esistenza del diritto e della giustizia non presenta quindi difficoltà nella società civile o comunità umana. Se ci interroghiamo sulle loro basi fondamentali, la risposta scaturirà immediata: i vincoli essenziali e fondamentali della società civile sono giuridici, la loro legge è il diritto e la prima virtù è la giustizia. Forse qualcuno si sentirà chiamato a sfumare questa conclusione, ricordando che il primo precetto morale è l'amore al prossimo e che la società civile solo con la giustizia sarebbe insopportabile. Certo è così poco gradevole quanto lo è un scheletro da solo; però ciò che rende il corpo umano capace di funzionare e di agire è lo scheletro, senza il quale non sarebbe altro che una massa informe, incapace di vita e di movimento. Così accade con il diritto nella società civile, al punto che tutte le virtù, incluso l'amore e la solidarietà, si riassumono nella virtù chiamata giustizia generale, nella misura in cui sono dovute affinché la società umana compia i suoi fini e si sviluppi correttamente.

Non è questo il caso della Chiesa, in essa né la struttura di base è il diritto né la prima virtù è la giustizia. Vediamo perché.

La Chiesa si inserisce nell'economia della salvezza o sistema di relazioni tra Dio e gli uomini inaugurato dall'azione salvifica di

---

(10) Ho sviluppato queste idee in *Introduzione critica*, cit., pp. 9 ss., 44 ss. e 127 ss.

Cristo. Questa economia o sistema di relazioni tra Dio e gli uomini riceve il nome di Nuova Legge, Legge evangelica o *lex gratiae*, espressioni nelle quali il termine legge ha un senso teologico, che non coincide con il senso giuridico: legge equivale a *economia* o sistema di relazioni tra Dio e gli uomini presieduta da un principio di movimento — di vita soprannaturale — e di ordine. Orbene l'economia della salvezza si chiama *legge della grazia* perché il principio di vita e di ordine che presiede le relazioni dell'uomo con Dio e degli uomini tra loro non è una struttura giuridica ma la *grazia dello Spirito Santo*. Si consideri ad esempio ciò che scrive San Tommaso: «Secondo il Filosofo, "ogni cosa viene definita in base a ciò che in essa vi è di principale"». Ora, ciò che nel Nuovo Testamento è principale, in cui si trova tutta la sua virtù, è la grazia dello Spirito Santo derivante dalla fede in Cristo. Tuttavia la legge nuova contiene alcuni dati, sia in materia di fede che di costumi, che sono come elementi atti a predisporre alla grazia dello Spirito Santo, e all'uso di tale grazia; ed essi sono aspetti secondari della legge nuova che i cristiani devono apprendere, o mediante la parola o mediante gli scritti»<sup>(11)</sup>.

Se le cose stanno così, come non rendersi conto che, se il diritto canonico appartiene al Mistero della Chiesa, deve essere parte della *lex gratiae* e pertanto deve nascere dalla stessa grazia?

Ed è qui dove sorge il problema. Abbiamo appena visto che perché ci sia diritto deve esserci divisione e riparto di beni. Tuttavia il bene al quale tende la legge evangelica e, in conseguenza, la Chiesa è Dio stesso attraverso Cristo, mediante la partecipazione alla natura divina attraverso la grazia<sup>(12)</sup>, che ci rende capaci di penetrare nella vita intratrinitaria. Questo bene non è divisibile; benché in diversi gradi di intensità, si dà totalmente a tutti senza riparti né distribuzioni. Alla base della struttura della Chiesa non c'è la divisione né il riparto né la distribuzione. C'è non solo l'unità del bene ma l'unicità, l'uno che si dà integralmente a tutti.

D'altra parte nella fonte e nella radice della Chiesa — la grazia dello Spirito Santo — non si danno le dimensioni di quantità, spazio e tempo, né cose esterne. Se tutto questo non si dà né c'è

<sup>(11)</sup> I-II, q. 106, a. 1.

<sup>(12)</sup> 2 Pt 1,4.

divisione o riparto sembra che non esista il presupposto del diritto e, non esistendo diritto, non ci sia giustizia possibile.

## 2. *Il principio di soluzione.*

Dove radica allora il diritto nella Chiesa che vive *in hoc saeculo*, che si sviluppa nella storia umana?

È chiaro che perché esista il diritto e la giustizia nella Chiesa — non solo nei suoi confini — è necessario che la *lex gratiae* sia legge nella storia umana, che il trascendente si imprigoni — sia lecita l'espressione — nelle dimensioni di questo mondo, che lo spirituale si materializzi. Questa è la chiave della questione. Se la *lex gratiae* permanesse nella trascendenza che le è propria non sarebbe legge nella storia umana; la grazia sarebbe tangente al mondo senza penetrare in esso e non ci sarebbe lo stato di natura redenta. È necessario che la grazia penetri nel mondo, nella dimensione storica dell'uomo, *che si canalizzi attraverso la materia*, unica forma attraverso la quale possano operare su di essa le dimensioni di quantità, spazio e tempo proprie di questo mondo. Orbene questo è quanto si opera mediante l'efficacia *ex opere operato* dei sacramenti.

Nel darsi la grazia, come condotto ordinario, attraverso segni sensibili, che sono causa strumentale della grazia, la grazia non si materializza ma si materializzano i suoi canali. In questo modo la grazia si rende *ripartibile*, un bene che si distribuisce per mezzo di mani umane. Già abbiamo il principio di divisione o di riparto nel bene centrale della Chiesa. Pertanto abbiamo il presupposto necessario per il diritto e conseguentemente per la giustizia.

Indubbiamente l'economia sacramentale della salvezza è scandalosa per la ragione umana, essa fa resistenza ad ammettere questa materializzazione della grazia. Questa però è la pietra di paragone del senso cattolico; questa è la fede della Chiesa Cattolica, che conserva, nei confronti degli spiritualismi di tutte le epoche, il «materialismo cristiano» del quale parlò Mons. Escrivá de Balaguer<sup>(13)</sup>.

---

(13) Cfr. J. ESCRIVÁ DE BALAGUER, *Colloqui con Mons. Escrivá*, Milano 1987, nn. 114 e 115.

### 3. *L'efficacia «ex opere operato».*

a) Resa la grazia un bene distribuibile e ripartibile per la materializzazione dei suoi canali abbiamo ottenuto il presupposto della giustizia e del diritto, però non abbiamo ancora dimostrato che c'è diritto. La materializzazione dei canali della grazia attraverso segni sensibili produce la sua esteriorizzazione e la possibilità della sua distribuzione agli uomini; però, perché questi canali di grazia siano *res iustae* — diritti o cose attribuite agli uomini —, è necessario che la loro efficacia non dipenda dal merito del ministro, dell'uomo attraverso le cui mani si distribuisce la grazia mediante i sacramenti. Non v'è dubbio che sui meriti altrui nessuno ha diritto. Quando per ottenere qualcosa ricorriamo non al merito proprio ma al merito di altri, è chiaro che non stiamo chiedendo un diritto ma un favore. Il merito proprio genera diritto, il merito altrui solo comporta un dono gratuito in relazione a colui che lo riceve.

Conseguentemente, se i sacramenti producessero la grazia *ex opere ministri*, attraverso i meriti del ministro — ciò che l'Aquinate chiama la potestà d'eccellenza —, avremmo intercessori e sacerdoti, ma non diritto. I sacramenti possono essere diritto — *res iustae* — se il ministro è solo l'autore del segno esterno e agisce come mero strumento della realizzazione dell'atto simbolico. In altre parole i sacramenti potranno essere diritto solo se per la loro realizzazione non contano i meriti e le disposizioni del ministro, al quale solo si chiede che compia correttamente il segno, ossia che agisca come vero realizzatore del simbolo, secondo ciò che la Chiesa esige: materia, forma e intenzione *faciendi id quod facit Ecclesia*. Orbene, come dice San Tommaso, Cristo avrebbe potuto comunicare ai ministri la sua potestà di eccellenza, ma non lo fece; da parte del ministro si richiede solo che compia correttamente il segno<sup>(14)</sup>.

b) I sacramenti non possono neppure fondarsi sui meriti del soggetto. Logicamente non nei sacramenti dei morti, perché essi conferiscono la grazia che è principio del merito<sup>(15)</sup>. Né nei sacramenti dei vivi, perché il merito — per sua propria indole — au-

(14) III, q. 64, aa. 1, 4 e 5.

(15) Cfr. I-II, q. 114, aa. 2 e 5.

menta la grazia di per sé, senza necessità dei sacramenti, essendo il merito il diritto a ricevere l'aumento della grazia <sup>(16)</sup>; inoltre, se i sacramenti si fondassero sul merito, bisognerebbe meritare la loro amministrazione e il ministro dovrebbe giudicare realtà interne, circostanza che risulta impossibile. Da parte del soggetto basta che questi sia *rite dispositus*, adeguatamente disposto, disposizioni delle quali il ministro giudica secondo quanto è esternamente percepibile.

c) L'efficacia dei sacramenti si fonda sui meriti di Cristo e perciò è oggettiva, *ex opere operato*, supposta la validità del segno e l'adeguata disposizione del soggetto. Dire *ex opere operato* equivale a dire *ex meritis Christi* <sup>(17)</sup>. Meriti sovrabbondanti, preesistenti al sacramento, titolo *perfecte de condigno*, vale a dire in stretta e perfetta giustizia, che conferisce un'efficacia infallibile all'azione di Cristo. Siccome il sacramento è un'azione di Cristo, del quale il ministro è strumento, la sua efficacia è infallibile. Non c'è nulla di magico nel sacramento; è una mancanza di comprensione della loro intima natura — azioni di Cristo — e una svalutazione dei meriti di Cristo il tacciare di magica l'ineffabile azione dei sacramenti.

I sacramenti, per la loro efficacia *ex opere operato*, sono azioni del ministro solo strumentalmente, non si fondano sui suoi meriti e pertanto il ministro è unicamente un dispensatore di questi misteri salvifici.

Quindi, se il ministro è un semplice dispensatore, il sacramento può essere diritto del fedele.

#### 4. *Il sacramento come diritto.*

Siamo già al nucleo stesso della questione. Nella *lex gratiae* ci sarà una dimensione giuridica, di diritto, se i canali della grazia, i sacramenti, sono diritti dei fedeli o, nel caso del battesimo, dell'uomo; allora, la grazia — attraverso i suoi canali — diventa un bene amministrabile in giustizia. La grazia è diventata diritto. Beninteso non parlo di diritto soggettivo — la *facultas recipiendi sacramentum* o facoltà morale sui sacramenti — ma del diritto in

<sup>(16)</sup> I-II, q. 114, a. 8.

<sup>(17)</sup> III, q. 62, a. 5.

senso realista: *res iusta* o cosa attribuita ad un soggetto per un titolo in virtù del quale è giusto dargli quella cosa e ingiusto negargliela. Il sacramento è un bene attribuito al soggetto per un titolo in virtù del quale la sua amministrazione è un atto giusto? Il sacramento è una *res iusta*?

È chiaro che non si può separare il sacramento dalla grazia; chiedersi se il sacramento è una *res iusta* o diritto, vuol dire chiedersi se la grazia — non in quanto procede da Cristo, ma in quanto dipende dal ministro — è un diritto oppure no. Parlare del sacramento come diritto significa parlare della grazia in quanto tale. In definitiva il sacramento è semplice canale della grazia e il canale sarà diritto se lo è la grazia.

a) La risposta che, di primo acchito, sorge dinanzi alla domanda se il sacramento — la grazia — è un diritto, risulta essere negativa. Vedevamo prima la ragione. Quando ricorriamo al merito altrui non c'è diritto ma dono gratuito<sup>(18)</sup> basato sui meriti di Cristo. Già abbiamo detto che l'efficacia *ex opere operato* del sacramento non si basa sul merito del soggetto ma sui meriti di Cristo.

Però in questa risposta negativa, a parte le considerazioni teologiche di fondo, c'è un errore di prospettiva. Parlare di diritto davanti a Dio, come fanno i teologi nel parlare del merito *de condigno* del giusto, significa usare il termine diritto in senso analogo<sup>(19)</sup>. Chiedersi se il sacramento — o la grazia — è un diritto in senso stretto, così come abbiamo posto la questione, significa solo chiedersi se è un diritto *dinanzi al ministro*.

Orbene, che esista tale diritto dipende da due condizioni: *prima*, che i sacramenti siano già attribuiti, per volontà di Cristo, ai fedeli (o all'uomo nel caso del battesimo); *seconda*, che questa attribuzione supponga che il ministro è stato costituito come tale *pro hominibus, pro fidelibus*. In altre parole si tratta del fatto che il ministro sia solo depositario e che il sacramento sia stato attribuito, costituito per il fedele o, rispettivamente, per l'uomo. Se si

---

(18) Cfr. Rom 11,6: «E se lo è per grazia, non lo è per le opere; altrimenti la grazia non sarebbe più grazia». San Paolo si riferisce alla scelta libera del resto di Israele ma le sue parole sono applicabili alla grazia, che viene chiamata così in quanto, in relazione con Dio e con Cristo, non è giustizia ma donazione libera.

(19) Vedasi, per esempio, I-II, q. 114, a. 1, dove si parla di una «certa proporzione» e si nega che tra Dio e l'uomo esista l'uguaglianza che esige il diritto propriamente detto.

verificano queste due condizioni il sacramento è una *res iusta* rispetto al recettore e pertanto si è giusti nell'amministrarlo e ingiusti nel negarne l'amministrazione. Tutto ciò chiaramente sulla base del soggetto *rite dispositus*; per chi non è adeguatamente disposto il sacramento non è un diritto; punto che è implicito in quanto sto dicendo e sul quale non insisterò più.

L'economia sacramentale — se non erro — si basa proprio sui due presupposti indicati. In effetti che il ministro sia costituito *pro hominibus, pro fidelibus*, lo dice Eb 5,1: «Ogni sommo pontefice *ex hominibus assumptus pro hominibus constitutus*». Entrambi gli aspetti — *ex hominibus* e *pro hominibus* — hanno importanza. I ministri, nell'essere presi *ex hominibus* sono, come uomini e come fedeli, uguali agli uomini soggetti dei sacramenti. C'è, quindi, quella uguaglianza sulla quale può fondarsi la relazione di giustizia. Non meno importante è il *pro hominibus*. Certamente non bisogna perdere di vista il fatto che i ministri non sono agenti né mandatari dei fedeli; lo sono di Cristo. Di conseguenza questo *pro hominibus* non può intendersi nel senso di subordinazione dei ministri ai fedeli o agli uomini; al contrario, rispetto ai fedeli — agli uomini — sono gerarchia, *ordo* gerarchico. Questo però non è un ostacolo per costituire il loro ministero come diritto del fedele o dell'uomo. Basta che quest'azione gerarchica — *in Persona Christi Capitis* nel Sacrificio Eucaristico, ministeriale negli altri sacramenti — sia stata istituita *in funzione* dei fedeli o degli uomini e che l'ordine gerarchico sia il loro depositario e amministratore *pro utilitate* del soggetto. Il *quid* della questione risiede nell'accertare se Cristo si annientò in maniera tale che si costituì come servitore degli uomini<sup>(20)</sup>, pur essendo Capo, Re e Signore. In altre parole se la sua misericordia ed il suo amore per gli uomini raggiunse un grado tale — *in finem dilexit eos*<sup>(21)</sup> — che si donò *pro hominibus* e pose la sua divinità e la sua umanità al servizio dell'uomo. Penso che si

---

(20) «Non fate nulla per spirito di rivalità o di vanagloria, ma ognuno di voi, con tutta umiltà, consideri gli altri superiori a se stesso. Non cerchi nessuno il proprio interesse, ma quello degli altri. Abbiate in voi gli stessi sentimenti che furono in Cristo Gesù, il quale, pur essendo di natura divina, non considerò un tesoro geloso la sua uguaglianza con Dio; ma spogliò se stesso assumendo la condizione di servo e divenendo simile agli uomini; apparso in forma umana, umiliò se stesso facendosi obbediente sino alla morte e alla morte di croce». Fil. 2, 3-8.

(21) Gv 13, 1.

possono applicare qui le parole di Gv 3,16: «Dio infatti ha tanto amato il mondo da dare il suo Figlio unigenito, perché chiunque crede in lui non muoia, ma abbia la vita eterna». Lo scandalo per i giudei e la stoltezza per i gentili<sup>(22)</sup> arrivò a quest'estremo? Evidentemente sì. *Non veni ministrari sed ministrare*<sup>(23)</sup>. Nel donare Se stesso Cristo dona agli uomini i suoi ministri, perché il carattere che imprime il sacramento dell'ordine non è altra cosa che la partecipazione al sacerdozio di Cristo<sup>(24)</sup>. Qui si trova, a mio giudizio, il punto chiave: l'*ordo* ministeriale, essendo gerarchia perché è continuazione istituzionale di chi è Capo della Chiesa<sup>(25)</sup>, è servitore degli uomini in modo tanto radicale e reale che la sua azione ministeriale è diritto dei fedeli e degli uomini: *pro utilitate hominum constituitur*. Si può applicare qui Lc 12,41-43: «Allora Pietro disse: Signore, questa parabola la dici per noi o anche per tutti? Il Signore rispose: qual è dunque l'amministratore fedele e saggio che il Signore porrà a capo della sua servitù, per distribuire a tempo debito la razione di cibo? Beato quel servo che il padrone, arrivando, troverà al suo lavoro». L'*ordo* ministeriale è stato costituito amministratore della casa paterna, dei beni della famiglia di Dio; essendo i fedeli figli, *domestici Dei*, a loro l'amministratore deve dare a suo tempo la razione adeguata. Razione dei beni del padre di famiglia destinati all'alimentazione ed allo sviluppo dei figli, alla loro utilità sono attribuiti questi beni.

b) Ciò è in intima relazione con il primo dei requisiti enunciati: i sacramenti sono attribuiti per volontà di Cristo agli uomini. Anche qui è necessario arrivare al fondo della questione. Senza dubbio i sacramenti sono stati istituiti per gli uomini; però si tratta di verificare se questa istituzione a favore degli uomini suppone un *titolo* dinanzi al ministro.

In altra occasione, parlando del diritto in generale già dissi che l'arte del giurista si riassume nel verificare il titolo e la misura del diritto, perché esiste diritto lì dove c'è titolo<sup>(26)</sup>. Quale può es-

(22) 1 Cor 1, 23.

(23) Mc 10, 45.

(24) III, q. 63, a. 3.

(25) Cfr. CONCILIO VATICANO II, cost. *Lumen gentium*, n. 21; decr. *Christus Dominus*, n. 2; decr. *Presbyterorum ordinis*, n. 2.

(26) *Introduzione critica*, cit., pp. 37 ss.

sere allora — dinanzi al ministro — il titolo sul sacramento, ossia sulla grazia?

È chiaro che non c'è altro titolo che i meriti di Cristo. Ergo sembra che non c'è diritto. E in effetti non ci sarà diritto fintantoché l'uomo non sia uno con Cristo; ma se l'uomo è uno con Cristo — cioè se l'uomo e Cristo si comunicano nell'ordine dell'essere — allora l'uomo avrà nei confronti del ministro il titolo dei meriti di Cristo. È vero che, in linea di principio e nei confronti di Dio, mai il sacramento o la grazia saranno giustizia, bensì misericordia; ma non è questa la questione. Ha l'uomo dal principio — vale a dire da quando Cristo ascese al Cielo, dopo la sua passione e risurrezione e una volta inviato lo Spirito Santo — titolo sui sacramenti, dal momento che i meriti di Cristo gli sono stati donati e manca solo che egli si apra al dono ricevendoli? Avvertendo, è chiaro, che questa donazione è possibile solo quando l'uomo è uno con Cristo, perché i meriti sono e continuano ad essere di Cristo.

Vediamo che cosa accade con i sacramenti, eccezion fatta, per ragioni distinte, per il battesimo e l'ordine (ossia stiamo parlando della confermazione, dell'eucaristia, della penitenza, del matrimonio e dell'unzione degli infermi). Il fedele in virtù del carattere battesimale è membro del Corpo di Cristo e per la grazia è *figlio di Dio* <sup>(27)</sup>, essendo *Ipse Christus* <sup>(28)</sup>. Questa è la chiave, essere *Ipse Christus* per essere membro del suo Corpo. Per esempio per chi è *Ipse Christus* il Sacrificio della Messa ed il Corpo e Sangue di Cristo — veramente, realmente e sostanzialmente presenti nelle specie del pane e del vino — non sono cosa altrui ma propria. Il Corpo ed il Sangue non costituiscono forse *cosa propria, ius suum*, nei confronti del ministro, se il fedele è Cristo, membro del Corpo di Cristo? <sup>(29)</sup> Lo stesso possiamo dire dello Spirito Santo rispetto al sacramento della confermazione o della partecipazione all'amore di Cristo verso la sua Chiesa nel sacramento del matrimonio o della partecipazione ai patimenti e alla morte di Cristo nell'unzione degli

<sup>(27)</sup> Cfr. Gv 1, 12 e Rom 8, 14-17.

<sup>(28)</sup> Cfr. Gal 2, 19-20. Vedi JUAN DE TORQUEMADA, *Summa de Ecclesia*, I, capp. 55 e 56.

<sup>(29)</sup> Come leggiamo in Rom 8, 16-17: «Lo Spirito stesso attesta al nostro spirito che siamo figli di Dio. E se siamo figli, siamo anche eredi: eredi di Dio, coeredi di Cristo, se veramente partecipiamo alle sue sofferenze per partecipare alla sua gloria». Cfr. Gal 4, 6-7.

infermi. Per il figlio di Dio — sempre per dono gratuito e liberissimo di Dio — la partecipazione alla natura divina attraverso la grazia e la ricezione dello Spirito Santo sono cose sue, cose attribuite a lui, in definitiva, cose giuste nei confronti del ministro, costituito *pro hominibus*.

In relazione a ciò che stiamo dicendo è necessario distinguere la misericordia nel dono e la giustizia nel ministro. Se qualcuno riceve da un conoscente o da uno sconosciuto una lettera chiedendo alimenti perché si trova in una situazione di necessità, l'azione di dare questi alimenti è, senza dubbio, un atto di misericordia. Orbene, una volta inviato per posta il pacco di alimenti, la consegna di questo pacco al destinatario è di giustizia e questi può reclamare alle poste come diritto — lo è — la consegna del pacco. Sarebbe ammissibile che il postino o l'amministrazione postale negassero il pacco al destinatario adducendo che il suo invio è un atto di misericordia del mittente? La cosa decisiva è che l'atto di misericordia sia un atto di donazione. Una persona può raccogliere un orfano abbandonato in due maniere: accogliendolo semplicemente in casa sua senza nessun vincolo — in precario dicono i giuristi — o rendendolo figlio adottivo, nel qual caso nasce il diritto; la misericordia — più elevata nel secondo caso — ha dato luogo al diritto. Orbene lo *ius adoptionis* è ciò che è proprio del cristiano, reso figlio adottivo di Dio, coerede con Cristo.

Penso che il *tradidit semetipsum pro me*<sup>(30)</sup> o il *qui pro vobis et pro multis effundetur*<sup>(31)</sup> ha questo senso di dono già irrevocabilmente donato agli uomini, depositato nella Chiesa per la sua amministrazione. In Cristo il dono è misericordia, però nella Chiesa e nel ministro è giustizia, perché sono depositari di ciò che attraverso la Croce è stato donato agli uomini. Così, mi sembra, debba intendersi l'economia sacramentale; ossia come quella suprema misericordia che ha già donato irrevocabilmente il dono agli uomini, restando solo che l'uomo si apra al dono ed il ministro sia un suo fedele dispensatore<sup>(32)</sup>. I doni e la vocazione di Dio sono irrevocabili<sup>(33)</sup>. Questo è il senso — assieme a quello prima indi-

<sup>(30)</sup> Gal 2, 20. Cfr. Rom 4, 24-25; 8, 32; Gal 1, 4; Tit 2, 14.

<sup>(31)</sup> Cfr. Lc 22, 20; Mt 26, 28 e Mc 14, 24.

<sup>(32)</sup> 1 Cor 4, 1-2.

<sup>(33)</sup> Rom 11, 28.

cato — dell'*ex opere operato*, efficacia che si misura per ciò che richiedono i meriti di Cristo, in quanto Cristo vive nel fedele. Tutto ciò senza dimenticare che, essendo il fedele figlio di Dio, il bene della grazia e della partecipazione in Cristo è un bene proporzionato, adeguato alla sua condizione. A mio giudizio è qui applicabile quanto dice San Tommaso a proposito del merito *de condigno* dell'uomo in riferimento alla vita eterna: l'opera meritoria, nel procedere dalla grazia dello Spirito Santo, merita *de condigno* la vita eterna, perché il merito si misura attraverso il potere dello Spirito Santo che agisce nel fedele. Il merito si misura anche attraverso la dignità della grazia, mediante la quale l'uomo è reso figlio adottivo di Dio, a cui si deve l'eredità per lo stesso diritto di adozione<sup>(34)</sup>. Il fedele, essendo figlio di Dio, ha diritto ai beni della casa paterna nei confronti di chi esercita l'amministrazione: questi beni sono i sacramenti, assieme alla Parola di Dio.

c) Quanto ho detto tuttavia non sembra applicabile alla penitenza. Come può essere di giustizia ciò che è perdono dei peccati? Non c'è qui misericordia da parte della Chiesa? D'altronde nel peccatore in quanto tale non vive Cristo, che è separato da lui.

Sinceramente ritengo che c'è misericordia da parte della Chiesa ma anche giustizia. Come può il perdono essere giustizia da parte del ministro? Torniamo al punto precedente: ci sarà giustizia se il perdono è offerto in anticipo irrevocabilmente ed è necessaria solo la sua applicazione al peccatore pentito. Se il perdono si concedesse totalmente per un atto di misericordia attuale rispetto al sacramento, se il perdono non fosse stato precedentemente offerto, non ci sarebbe possibilità di parlare di *res iusta* e neppure ci sarebbe efficacia *ex opere operato*. Ma non è questo il caso del sacramento della penitenza e per questo è sacramento. Ogni peccato, originale e attuale, è già espiato e possiede precedentemente l'offerta del perdono per gli infiniti meriti della Passione e della Morte di Cristo, che soddisfece abbondantemente per tutti i peccati passati, presenti e futuri<sup>(35)</sup>. Il Padre ha il cuore già disposto

<sup>(34)</sup> I-II, q. 114, a. 3.

<sup>(35)</sup> «Cristo infatti non è entrato in un santuario fatto da mani d'uomo, figura di quello vero, ma nel cielo stesso, allo scopo di presentarsi, per comparire ora al cospetto di Dio in nostro favore, e non per offrire se stesso più volte, come il sommo sacerdote che entra nel santuario ogni anno con sangue altrui. In questo caso, infatti, avrebbe dovuto soffrire più volte dalla fondazione del mondo. E invece una volta sola

a perdonare il figliuol prodigo e aspetta solo che torni alla casa paterna. Per parlare con maggior esattezza, ogni peccato è stato redento ed espiato da Cristo, sicché è necessaria solo l'applicazione dei meriti di Cristo al peccatore. Per dirlo con espressioni giuridiche — e a fini meramente esplicativi — il peccatore pentito ha nei confronti del ministro una specie di *ius ad rem* rispetto al perdono, in virtù dei meriti di Cristo che gli sono destinati; posta quest'economia divina, l'atto assolutorio del ministro non è pura misericordia, è anche giustizia. Ciò che reclama o esige il perdono non è certamente il pentimento del peccatore ma la Passione di Cristo, il Sangue di Cristo versato per il peccatore; siccome però Cristo patì per il peccatore, al peccatore ne sono destinati — attribuiti per destinazione — i frutti salvifici ed egli può reclamare il perdono nella Passione di Cristo; il peccatore, inoltre, benché separato da Cristo per la perdita della grazia, continua ad essere suo membro e appartiene alla casa paterna, le cui porte restano aperte finché vive, solo la morte le chiude definitivamente. Per questo il sacramento della penitenza opera *ex opere operato*. Non esiste maggior misericordia.

d) Ho detto prima che non mi sarei riferito, in quanto finora esposto, ai sacramenti del battesimo e dell'ordine. Entrambi i sacramenti meritano un'attenzione particolare e ad essi mi riferirò in seguito. Prima però mi sia concesso dedicare alcune parole a ciò che attiene alla loro possibile indole di diritto, rispettivamente dell'uomo e del fedele.

Dedicherò poche parole al battesimo perché quanto possa dirsi è solo una variazione rispetto a quanto già esposto a proposito degli altri sacramenti. Dal momento che Cristo è il nuovo Adamo tutto il genere umano è uno con Cristo in unità di natura e, per quanto questa comunità di natura non è di per sé salvifica, si contiene la chiamata alla salvezza e ogni uomo ha attribuita l'efficacia redentrice del Sacrificio di Cristo; quest'efficacia redentrice gli è destinata. Ad ogni uomo inoltre è stata inviata la Chiesa per predicare la Parola di Dio e battezzare<sup>(36)</sup>. Per entrambi gli aspetti

---

ora, nella pienezza dei tempi, è apparso per annullare il peccato mediante il sacrificio di se stesso» Eb 9, 24-26.

<sup>(36)</sup> Cfr. Mt 28, 19; Mc 16, 15-16; CONCILIO VATICANO II, cost. *Lumen gentium*, nn. 13, 16 e 17; decr. *Ad gentes*, n. 1. Vedi P. LOMBARDIA, *Infieles*, in *Escritos de Derecho Canónico*, II, Pamplona 1973, pp. 33 ss.; Id., *Estatuto jurídico del catecú-*

— destinazione dei meriti di Cristo alla sua salvezza e missione della Chiesa per salvarlo — il battesimo è, rispetto all'uomo, cosa giusta, *ius suum* nei confronti della Chiesa. Come altrimenti potè scrivere San Giovanni nel prologo del suo Vangelo che Cristo diede a quanti credono nel suo nome potestà di diventare figli di Dio? <sup>(37)</sup>

Pochissime parole anche riguardo al sacramento dell'ordine, perché, in questo caso, non si può parlare di diritto, non appartenendo principalmente all'ambito della propria santificazione ma al servizio degli altri e presupponendo la sua ricezione una chiamata divina nonché da parte della gerarchia: «Non voi avete scelto me, ma io ho scelto voi» <sup>(38)</sup>. Nell'essere libera e graziosa la scelta non conforma nessun diritto nel fedele, né per l'uomo né per la donna; per questo è del tutto errato parlare a questo riguardo di discriminazione ingiusta della donna, perché in questo punto è uguale all'uomo: né l'una né l'altro hanno diritto alla sacra ordinazione. La mera differenza di capacità ontologica, senza diritto (che è ciò che a questo proposito esiste tra uomo e donna), non genera ingiustizia ma quella distinzione di fatto sulla quale si fonda la giustizia distributiva. In altre parole non sembra esatto dire che nella Chiesa uomo e donna sono uguali in diritto a eccezione di ciò che attiene al sacramento dell'ordine, perché rispetto a questo sacramento sono uguali in diritto: nessuno lo possiede.

##### 5. *Il diritto della Chiesa e i sacramenti dell'ordine e del battesimo.*

Per contro, in riferimento alla conformazione giuridica della Chiesa le parole che meritano il battesimo e l'ordine non possono essere poche perché la loro importanza è capitale. Siccome però il tempo stringe, cercherò di sintetizzare il più possibile.

La trascendenza che per il diritto della Chiesa hanno il battesimo e l'ordine nasce dal fatto che entrambi i sacramenti sono fonte della struttura della Chiesa come società esterna giuridica-

---

*meno según los textos del Concilio Vaticano II, ibid., II, pp. 205 ss.; Id. La persona en el ordenamiento canonico, ibid., III, Pamplona 1974, pp. 57 ss.*

<sup>(37)</sup> «A quanti però l'hanno accolto, ha dato potere di diventare figli di Dio: a quelli che credono nel suo nome, i quali non da sangue, né da volere di carne, né da volere di uomo, ma da Dio sono stati generati» Gv 1, 12-13.

<sup>(38)</sup> Gv 15, 16; Eb 5, 4.

mente ordinata. Tutti i sacramenti, come abbiamo visto, contribuiscono all'esistenza del diritto nella Chiesa. Tutti però dipendono dal battesimo, che è la porta degli altri, e dall'ordine, che è il sacramento della gerarchia ecclesiastica. Grazie al battesimo ci sono membri del Popolo di Dio chiamati alla vita sacramentale; grazie all'ordine il Popolo di Dio è gerarchicamente organizzato.

a) La Chiesa militante non è semplicemente una comunità umana; è — in un'unica e complessa realtà — il Corpo di Cristo immerso nella storia umana: Cristo assiso alla destra di Dio Padre e i suoi membri viatori; uomini nel loro camminare terreno e lo Spirito Santo vivificante. Natura umana e grazia, fattori umani e fattori divini costituiscono, allo stesso tempo, l'unica Chiesa o Popolo di Dio. Conseguentemente la condizione di figlio di Dio, radice dell'appartenenza alla Chiesa, richiede un arricchimento ontologico, tanto reale quanto inconoscibile attraverso i sensi, che sono l'atrio della nostra conoscenza. Il battesimo, essendo un vero sacramento, produce la rigenerazione dell'uomo — la nuova creatura — ed è il segno esterno attraverso cui conosciamo con certezza chi è membro della Chiesa. Essendo segno esterno della rigenerazione spirituale, esteriorizza gli effetti che causa, rendendoli capaci di agire nella ambito giuridico. Allo stesso tempo però è causa della condizione di fedele, che comporta una condizione giuridica: il complesso di diritti e di doveri che promanano dal fatto stesso di essere fedele o diritti e doveri fondamentali.

La condizione di fedele radica nel carattere battesimale che è come la forma della nuova creatura<sup>(39)</sup> ed il suo principio di azione<sup>(40)</sup>. Il carattere battesimale opera così nell'ordine soprannaturale come la natura nell'ambito naturale: è principio di azione della nuova creatura e, quindi, fondamento e titolo dei diritti e dei doveri che scaturiscono dal carattere battesimale. Quello, pertanto, che di giuridico possiede la condizione di fedele ha una chiara radice sacramentale. Siccome il carattere sacramentale è una sorta di potenza spirituale ordinata al culto divino — potenza attiva e passiva<sup>(41)</sup> — si ordina ai sacramenti e in particolare al Sacrificio Eucaristico, centro e culmine della vita cristiana. Qui si può scorgere,

(39) III, q. 69, a. 10.

(40) III, q. 63, a. 2, ad 4.

(41) III, q. 63, a. 2.

da un'altra prospettiva, il diritto del fedele ai sacramenti. Il carattere battesimale è, con parole dell'Aquinate, il carattere o sigillo di Cristo, al cui sacerdozio sono configurati i fedeli secondo i caratteri sacramentali, che non sono altra cosa che certe partecipazioni al sacerdozio di Cristo derivate da Lui stesso<sup>(42)</sup>. Pertanto i sacramenti sono adeguati alla condizione di fedele, cose giuste in relazione al carattere battesimale, che è potenza passiva rispetto ad essi.

b) La duplice funzione che svolge il sacramento del battesimo in relazione ai membri del Corpo di Cristo che è la Chiesa, la compie il sacramento dell'ordine in relazione alla costituzione gerarchica della Chiesa.

La costituzione gerarchica presuppone alcuni fedeli che partecipino al sacerdozio ed al ministero di Cristo in una forma determinata, distinta dal sacerdozio comune dei fedeli: il sacerdozio ed il ministero gerarchici<sup>(43)</sup>. L'*ordo* gerarchico svolge alcune funzioni specifiche della capitalità di Cristo — in modo particolare la funzione di agire *in Persona Christi Capitis* nel sacramento eucaristico —, che suppongono una partecipazione peculiare al sacerdozio ed al ministero di Cristo. In altre parole l'*ordo* esige che le persone che lo costituiscono abbiano una specifica cristoconformazione. Il *sigillum animae*, la cristoconformazione permanente propria dell'ordine, è irraggiungibile con la conoscenza umana come il carattere battesimale, ma si esteriorizza nell'essere causato da un segno sensibile dell'effetto prodotto. Con ciò si rende possibile che la relazione *ordo-fedeli* sia giuridica e si rende possibile il resto dell'economia sacramentale.

Il carattere che imprime l'ordine sacro è una potenza attiva in relazione al culto divino il cui centro è l'Eucaristia; per questo il sacerdozio è costituito fondamentalmente per il potere di consacrare e il ministero è, nel suo nucleo centrale, ministero eucaristico. Da questo carattere — che è principio di azione — promanano i diritti e le funzioni proprie dell'*ordo* gerarchico, che hanno tutte fondamento sacramentale.

(42) III, q. 63, a. 3. Cfr. III, q. 63, a. 5.

(43) Come è noto i vescovi e i presbiteri partecipano del sacerdozio e ministero gerarchici; i diaconi solo del ministero; cfr. CONCILIO VATICANO II, cost. *Lumen gentium*, n. 29.

In un'altra occasione<sup>(44)</sup> ho già detto che quando si tratta di diritti e doveri — lo stesso si può affermare delle funzioni — conviene per chiarezza non confondere il fondamento con il titolo. In questo senso si può dire che tutte le funzioni dell'*ordo* gerarchico hanno un fondamento sacramentale, anche se non tutte hanno come titolo il sacramento dell'ordine; così per esempio la funzione episcopale di predicare ed essere ministro del sacramento dell'ordine ha un titolo sacramentale; in cambio la funzione di governare una determinata diocesi ha per titolo la missione canonica e per fondamento il sacramento dell'episcopato. L'importanza del fatto che le funzioni dell'*ordo* gerarchico abbiano un fondamento sacramentale implica che sacramento e missione canonica sono due vie distinte per attribuire funzioni, ma entrambe le vie trasmettono ciò che radicalmente è uno: la partecipazione alla missione di Cristo Capo della Chiesa, che esige la cristoconformazione peculiare del sacramento dell'ordine.

#### 6. *La sacramentalità radicale e il diritto.*

a) Una volta che abbiamo visto in rapida panoramica la relazione tra i sacramenti e il diritto, pare opportuno trattare come ultimo punto la relazione tra ciò che potremmo chiamare la «sacramentalità radicale» della Chiesa e il diritto. In diverse occasioni, almeno due, la cost. *Lumen gentium* del Concilio Vaticano II chiama la Chiesa *sacramento*; nel n. 1, appena iniziata la descrizione del mistero della Chiesa, dice della Chiesa che «è in Cristo come un sacramento o segno e strumento della intima unione con Dio e dell'unità di tutto il genere umano». Nel n. 9 chiama la Chiesa «sacramento visibile di questa unione salvifica per tutti e per ciascuno». Senza dubbio l'utilizzazione del termine *sacramento* è analoga rispetto ai sette sacramenti della Nuova Legge; ritengo tuttavia che si può parlare di una sacramentalità radicale della Chiesa, della quale risultano essere manifestazioni distinte i sette sacramenti.

Uno dei miei ricordi d'infanzia sono alcuni disegni — diversi nella forma ma sostanzialmente identici nel loro simbolismo — dei catechismi e dei libri di religione; nel parlare dei sacramenti vari di

(44) Cfr. *Introduzione critica*, cit., p. 38.

essi rappresentavano una fontana con sette cannole. La fontana rappresentata non aveva la stessa forma in tutti i casi ma l'idea era identica: i sette sacramenti sono come sette rubinetti la cui acqua promana da una stessa fonte che è la Chiesa. Ci si può chiedere pertanto: la Chiesa è paragonabile a un sacramento radicale o, se si preferisce, i sacramenti sono manifestazioni della Chiesa, che è in sé e radicalmente segno e strumento di grazia e di salvezza?

Sono cosciente che questo non è esattamente il senso che il Vaticano II ha dato al termine sacramento applicato alla Chiesa, ma mi pare che questo non pregiudica la validità della domanda.

Da parte mia, e sempre salvo miglior dimostrazione, intendo dire che la risposta alla domanda posta deve essere affermativa. I sacramenti sono azioni di Cristo ma sono anche azioni salvifiche della Chiesa, costituita come segno e strumento di salvezza. Per affermare questo mi baso sulla definizione del carattere sacramentale di San Tommaso. Senza coinvolgere l'Aquinate nelle mie idee — nulla di più estraneo alle mie intenzioni —, penso che il battezzato e l'ordinato, ciascuno secondo la propria condizione, sono segno e strumento di Cristo, quali membri del suo Corpo, nel quale hanno la missione conferita dai rispettivi sacramenti. Meglio ancora il Corpo di Cristo immerso nella storia umana è, ministerialmente e strumentalmente, Cristo stesso che continua a vivere attraverso i membri del suo Corpo in questo mondo, per portare agli uomini la Parola e i gesti efficaci di salvezza.

Ho esposto la descrizione del carattere sacramentale come una potenza attiva o passiva in ordine al culto divino, ossia, in ordine ai sacramenti. Mi interessa ora porre in risalto l'aspetto di potenza attiva. Coloro che sono costituiti nell'*ordo* gerarchico sono cause strumentali dei sacramenti e ciò in virtù della potenza attiva che possiedono. Orbene, questa potenza attiva non può intendersi come qualcosa di isolato dalla Chiesa, poiché l'*ordo*, oltre a costituire un'unità organica, è funzione del Corpo di Cristo nel quale vi è diversità di ministeri e doni. Varietà sì, però in quanto membri di un solo Corpo. Allo stesso modo in cui chi vede con gli occhi, ascolta con l'udito, scrive con la mano o cammina con i piedi non è l'occhio, l'udito, la mano o il piede, ma l'uomo attraverso di essi, così pure accade per il Corpo di Cristo, la Chiesa, lo strumento di salvezza attraverso i suoi membri. Se diciamo che quando il sacerdote battezza chi battezza è Cristo, non è meno corretto dire — mi sembra — che è la Chiesa chi battezza. Il potere di ammini-

strare i sacramenti è potere di essere strumento di Cristo, partecipazione del suo sacerdozio e ministero; potere strumentale che si possiede in quanto membro del Corpo di Cristo che è la Chiesa. Orbene questo potere strumentale lo ha realmente il ministro e, in quanto il ministro è organo della Chiesa, lo ha la Chiesa. Mi pare che non è esagerato affermare che i sette sacramenti sono i sette segni efficaci attraverso cui il Corpo di Cristo, che è la Chiesa, salva gli uomini come canale strumentale dell'azione di Cristo Capo. I sacramenti sono, allo stesso tempo e inscindibilmente, azioni di Cristo e della Chiesa. Come il potere di un membro del corpo umano è potere della persona, la potenza attiva in ordine ai sacramenti è potere della Chiesa e di Cristo Capo. Come è Cristo che salva, così pure chi salva è la Chiesa, soggetto ultimo di attribuzione della strumentalità salvifica<sup>(45)</sup>.

Il Corpo di Cristo ci appare come lo strumento salvifico, dotato di sette azioni salvifiche, attraverso cui la grazia capitale di Cristo si comunica per mezzo del suo Corpo agli uomini. I sette sacramenti sono le sette cannole di un'unica fonte che è la Chiesa in quanto strumento della grazia capitale di Cristo. L'elemento visibile della Chiesa è segno e strumento di salvezza. È segno perché la sua funzione è rendere presente e manifestare l'elemento interno; la Chiesa visibile è oggettivamente Popolo e istituzione attraverso cui Cristo continua ad essere presente e a manifestarsi agli uomini. È strumento perché Cristo agisce — in diversi modi se-

---

(45) Che dire allora dell'agire sacramentale dei ministri eretici, scismatici e scomunicati? A mio giudizio bisogna partire dalla base che i sacramenti, in quanto istituiti da Cristo e amministrati dalla Chiesa, appartengono solo all'unica Chiesa di Cristo che è la Chiesa Cattolica. Una Chiesa scismatica — per esempio —, in quanto scismatica, non è di Cristo; solo è di Cristo quanto in essa sopravvive dell'unica Chiesa che è la Chiesa Cattolica. Se in una Chiesa scismatica o in una comunità eretica sopravvivono veri vescovi, veri presbiteri e veri cristiani — per avere vero carattere sacramentale —, in quanto hanno di vero partecipano alla Chiesa Cattolica per quanto in maniera irregolare. La loro strumentalità sacramentale — capace di azioni sacramentali valide — non può intendersi come slegata dalla Chiesa Cattolica, perché Cristo non agisce se non è attraverso la Chiesa da Lui fondata. E non c'è altra Chiesa fondata da Cristo (la sua unica Sposa, l'unica Chiesa) che la Chiesa Cattolica. Le Chiese scismatiche o le comunità eretiche, in ciò che hanno di scismatiche o eretiche, non sono di Cristo, né può dirsi che Cristo agisca attraverso di esse. I frutti di salvezza — inclusa la validità e, quando si dia, la fruttuosità dei sacramenti — che in queste Chiese o comunità possa aversi, sono frutto di ciò che in esse permane dell'unica Chiesa di Cristo che è la Chiesa Cattolica.

condo i differenti tipi di azioni — attraverso la Chiesa, in maniera particolare per mezzo dei sacramenti.

Intendo dire che la significazione e la causalità dei sacramenti non sono isolate dalla funzione manifestatrice e santificatrice della Chiesa, piuttosto ne sono una loro modalità: i sacramenti sono i sette modi attraverso cui la Chiesa — per istituzione di Cristo — opera e si realizza con pienezza come segno e strumento di salvezza, operando in qualità di mezzo visibile dell'azione di Cristo Capo. In questo senso credo che possa parlarsi di una sacramentalità radicale della Chiesa.

Da questo punto di vista si illuminano — mi pare — aspetti importanti della Chiesa visibile. La Chiesa ha una radicale condizione misterica per la quale è istituita come manifestazione e strumento dell'azione salvifica di Cristo, che agisce attraverso di Essa secondo distinte modalità. Di quest'indole misterica partecipano — in differente modo — tutte le manifestazioni esterne e sociali della *lex gratiae*: sacramenti, carismi e struttura giuridica, benché i sacramenti ne sono l'espressione principale. Così si spiega che ci sono sacramenti che hanno al contempo effetti ontologici e giuridici come accade con il battesimo e l'ordine. Così anche si spiega come è possibile che i poteri e le funzioni dell'*ordo* abbiano due distinte vie di trasmissione: il sacramento e la missione canonica. Entrambi i fattori confluiscono nel configurare — ciascuno secondo la propria natura — gli uffici gerarchici che, essendo partecipazione della funzione e dei poteri di Cristo Capo, hanno natura misterica. Tanto il sacramento tanto la missione canonica — diversamente secondo la loro indole — partecipano dell'indole di azioni proprie del *Mysterium Ecclesiae* perché entrambe trasmettono partecipazioni del ministero e del potere di Cristo Capo. La missione canonica non si limita a togliere impedimenti per lasciar libera esplicazione alle potestà ricevute attraverso il sacramento, poiché la missione canonica partecipa ugualmente dell'indole misterica della Chiesa, della quale sono fattori tanto i sacramenti tanto il diritto, per quanto in modi differenti.

Mi sembra che l'indole misterica dei sacramenti, del diritto e dei carismi si scorga con maggior chiarezza nel ufficio del Successore di Pietro. Capo Visibile della Chiesa, Vicario di Cristo, l'ufficio papale è di natura misterica; orbene nella sua conformazione partecipano un sacramento — quello dell'episcopato —, un atto di natura giuridica — la provvista per elezione e la conseguente ac-

cettazione —, accanto ad un carisma, quello dell'infallibilità. Questo caso è molto significativo rispetto all'indole misterica dell'atto giuridico; non si può dire, infatti, che tale ufficio è in radice contenuto nel sacramento dell'ordine episcopale, giacché questo significherebbe che qualsiasi vescovo è in radice successore di San Pietro, il che risulta chiaramente falso. L'ufficio papale — in ciò che eccede quello di vescovo — non viene per linea sacramentale, ma per la linea giuridica di successione nella Sede Romana; pertanto non può dirsi che tale ufficio si conferisca fundamentalmente attraverso il sacramento dell'episcopato. Il misterico specificamente papale — non il generico episcopale — viene per linea giuridica, il che dimostra l'indole misterica del diritto, che si radica così nella *lex gratiae*, facendo parte del suo nucleo fondamentale.

Così si spiega anche un altro tratto proprio dell'*ordo* gerarchico. Già ho detto in un'altra occasione<sup>(46)</sup> che l'*ordo* gerarchico non è semplicemente una *series personarum*, ma una istituzione organica che procede dall'istituzionalizzazione nella Chiesa della missione di Cristo: alla Persona di Cristo succede l'istituzione. Orbene ogni istituzione organica è per sua natura giuridica, perciò il sacramento dell'ordine ha una necessaria dimensione giuridica. Il sacramento è necessario perché l'istituzionalizzazione richiede nelle persone una speciale cristoconformazione; allo stesso tempo però è atto giuridico di aggregazione all'*ordo*. Qui può osservarsi come il sacramentale è intimamente unito al giuridico, intima unione che si osserva ugualmente nel battesimo e in modo particolare nel matrimonio, nel quale il vincolo giuridico è la *res et sacramentum*.

Questa intima unione tra diritto e sacramento si spiega solo se entrambi sono manifestazioni della radicale indole misterica della Chiesa.

b) A mio giudizio la sacramentalità radicale ha un'importanza capitale per comprendere l'indole sociale della Chiesa e la funzione del diritto e delle leggi ecclesiastiche. Al riguardo si possono sottolineare due cose:

In primo luogo, il nucleo centrale della struttura giuridica della Chiesa — diritto, legge, relazioni giuridiche — appartiene alla *lex gratiae* perché è il frutto della materializzazione dei canali

---

(46) J. HERVADA-P. LOMBARDIA, *El Derecho del Pueblo de Dios*, I, Pamplona 1970, pp. 330 ss.

della grazia dello Spirito Santo in cui consiste la *lex gratiae*. Certamente il diritto e la legge della Chiesa appartengono a ciò che dispone alla grazia ed al suo uso — secondo la distinzione di San Tommaso indicata all'inizio —, la struttura giuridica però affonda le sue radici in ciò che è primario della *lex gratiae*. La Chiesa, essendo *Ecclesia Spiritus*, è veramente *Ecclesia Iuris*; e lo è non come due aspetti separabili ma in un'unità misterica nella quale la *Ecclesia Iuris* non è altro che una forma di manifestarsi nella storia umana dell'*Ecclesia Spiritus*.

In secondo luogo, ciò che unisce in comunione tutti i fedeli è la persona di Cristo. Tutta l'azione della Chiesa come istituzione gerarchica e l'azione personale dei fedeli si dirige a condurre tutti gli uomini — e ad aiutare a condursi mutuamente — a Cristo: il fine comune della Chiesa è l'insieme delle condizioni che favoriscono e conducono alla vita in Cristo. Questo fine — o bene comune della Chiesa — comprende la predicazione della Parola, attraverso la quale gli uomini credono in Cristo e diventano suoi discepoli, e i sacramenti, che conferiscono e aumentano la grazia. Orbene, data l'economia sacramentale, unirsi a Cristo e vivere in Cristo passa per l'Eucaristia. Essa è, pertanto, il centro e il culmine della vita e dello sviluppo della Chiesa. Questo — con tutto ciò che comporta — è il fine proprio e specifico della Chiesa; tutto il resto sono presupposti e derivazioni.

Se avvertiamo che la legge è un ordinazione al bene comune può dirsi che l'ordinazione propria della legge canonica è la proclamazione della Parola e l'amministrazione dei sacramenti. Sotto questo angolo visuale si devono contemplare dall'apostolato personale dei fedeli all'azione punitiva della Chiesa.

Forse qualcuno potrà pensare che questo significa che la legge canonica ha poco terreno e che il numero dei suoi precetti necessariamente sarà limitato. Tutte le leggi della Chiesa, una volta raggruppate, occuperanno certamente meno spazio di un anno di attività normativa statale nei suoi diversi gradi e specie. Questo però è proprio della legge della grazia che, essendo legge di libertà, contiene pochi precetti. San Tommaso riduce i precetti della *lex gratiae* ai precetti morali e ai sacramenti (e con essi lo statuto del fedele e l'organizzazione gerarchica della Chiesa)<sup>(47)</sup>. Se conside-

---

(47) I-II, q. 108, a. 2.

riamo che dei precetti morali solo una parte sono anche giuridici, il campo del diritto proprio della *lex gratiae* si riduce considerevolmente. Già lo diceva San Tommaso, la Nuova Legge è legge di libertà e pertanto comanda e proibisce solo ciò che necessariamente ci conduce alla grazia o ci separa da essa; fuori da quanto strettamente necessario la legge della grazia è libertà e regolare questi spazi di libertà compete all'autonomia del fedele o, nel caso, alla potestà del prelado<sup>(48)</sup>.

Lezione di San Tommaso che mi sembra molto attuale.

Con la lezione di tant'insigne maestro concludo il mio discorso, nel quale ho cercato di fornire un riassunto del mio pensiero su un tema che all'attualità non aggiunge la facilità.

---

(48) Loc. ult. cit.

BEATRICE SERRA

L'EQUITÀ CANONICA QUALE LIMITE INTERNO  
DELLA DISCREZIONALITÀ  
DELL'AMMINISTRAZIONE ECCLESIALE

1. Premessa. Il problema di limitare la discrezionalità dell'Amministrazione ecclesiale e le soluzioni della dottrina. — 2. Alla ricerca di un limite materiale e specificamente canonistico della discrezionalità. Il rilievo dell'*aequitas canonica*. Opportunità e difficoltà di una ricostruzione che chiarisca il significato dell'equità quale limite della discrezionalità amministrativa. — 3. Il complesso legame fra equità e discrezionalità nell'esperienza giuridica universale e nel diritto della Chiesa. Punti di contatto fra equità e discrezionalità e loro identificazione. L'equità quale matrice della discrezionalità. Inversione dell'ipotizzato rapporto fra le due nozioni: la discrezionalità quale criterio guida dell'equità. — 4. Profili ricostruttivi teorici per uno studio sull'equità quale limite della discrezionalità: *a*) L'equità quale obiettivo della discrezionalità. — 5. (segue): *b*) L'equità quale forma di manifestazione del potere discrezionale — 6. (segue): *c*) Necessità di un regolamento di confini fra equità e discrezionalità. L'equità quale principio autonomo e limite interno della discrezionalità amministrativa — 7. (segue): *d*) La nozione di limite interno. L'equità canonica quale limite non solo interno e negativo ma, anche, esterno e positivo della discrezionalità. — 8. Puntualizzazioni per una definizione dell'*aequitas* amministrativa: *a*) l'equità amministrativa non è solo un canone ermeneutico — 9. (segue): *b*) l'equità amministrativa non è un concetto giuridico indeterminato.

1. *Premessa. Il problema di limitare la discrezionalità dell'Amministrazione ecclesiale e le soluzioni della dottrina.*

L'esigenza di garantire un esercizio non arbitrario del potere discrezionale dell'Amministrazione ecclesiale, e la conseguente ricerca di limiti per tale potere, costituiscono uno dei fili conduttori delle riflessioni della canonistica postconciliare<sup>(1)</sup>. I fattori che

---

<sup>(1)</sup> Per la configurazione di tale problema si veda a titolo indicativo: R. METZ, *Simplex réflexions sur la réforme du droit pénal de l'Église*, in *Revue de droit canonique*

concorrono all'emergere di tale esigenza e al suo rilievo sono eterogenei.

In primo luogo, un dato ontologico: la natura diaconale del *munus regendi*, potere finalizzato alla salvezza dei fedeli<sup>(2)</sup>, e l'intangibi-

18 (1968), p. 100; G. LOBINA, *La competenza del Supremo Tribunale della Segnatura Apostolica con particolare riferimento alla « Sectio Altera » e alla problematica rispettiva*, Roma, 1971, pp. 50-52; ID., *Effetti ed esecuzione dei provvedimenti giurisdizionali della Sectio Altera*, in *Apollinaris*, 46 (1973), pp. 149-150; G. DALLA TORRE, *Intervento alla Quarta Tavola Rotonda: Persona e ordinamento nel diritto amministrativo della Chiesa in Persona e ordinamento nella Chiesa*, Atti del II Congresso Internazionale di Diritto Canonico, (Milano 10-16 settembre 1973), Milano, 1975, p. 445; L. SPINELLI, *Relazione alla Quarta Tavola Rotonda: Persona e ordinamento nel diritto amministrativo della Chiesa*, *ibid.*, p. 427; W. BASSET, *L'esigenza di equità nei processi di legge*, in *Concilium*, 7 (1975), p. 128; J. BEAL, *Confining and structuring administrative discretion*, in *The Jurist*, 46 (1986), pp. 70, 72-74; T. RINCÓN-PÉREZ, *Derecho administrativo y relaciones de justicia en la administración de los sacramentos*, in *Ius Canonicum*, 28 (1988), pp. 67-69; J. HERRANZ, *Studi sulla nuova legislazione della Chiesa*, Milano, 1990, pp. 133-135; E. LABANDEIRA, *Trattato di diritto amministrativo canonico*, Milano, 1994, pp. 182-190; I. ZUANAZZI, *Il principio di legalità nella funzione amministrativa canonica*, in *Ius Ecclesiae*, 8 (1996), pp. 65-68; ID., *La legittimazione a ricorrere uti fidelis per la tutela dei diritti comunitari*, in *Diritto « per valori » e ordinamento costituzionale della Chiesa*. Atti delle giornate canonistiche di studio (Venezia 6-7 giugno 1994), a cura di R. Bertolino, S. Gherro, G. Lo Castro, Torino, 1996, p. 436; F. D'OSTILIO, *Il diritto amministrativo della Chiesa*, Città del Vaticano, 1996, pp. 417-422; P. BUONAIUTO, *Dall'esperienza alla scienza: contributo della prassi diocesana alla rilettura del concetto di diritto amministrativo canonico*, in *Il diritto della Chiesa. Interpretazione e prassi*, Città del Vaticano, 1996, pp. 208, 211; J. CANOSA, *La legislazione particolare sul procedimento di formazione degli atti amministrativi nel diritto canonico*, in *Ius Ecclesiae*, 10 (1998), pp. 263, 268-269; J. MIRAS, *El principio de legalidad y la administración eclesiástica*, in *Compendio de derecho administrativo canónico*, Pamplona, 2001, pp. 65-70.

(2) Cfr. cost. dogm. *Lumen Gentium* nn. 18-21, 23-24, 27-28, 32-33; cost. past. *Gaudium et Spes*, nn. 3, 40-42, 76, 89; decr. *Christus Dominus* nn. 5, 9, 16, 28; decr. *Presbyterorum ordinis*, nn. 3-6, 13, 15-16; decr. *Ad gentes* n. 16. Sullo spirito di servizio con il quale, a imitazione di Cristo (cfr. Mt, 8, 20; 20, 28; 26, 28; Lc, 22, 26-27; At, 21, 19; 1 Tm, 1, 12; 2, 6; Rm, 5, 6-21; 11, 13), la gerarchia è chiamata ad operare nella Chiesa si veda, per gli aspetti teologico-pastorali, D. BERTETTO, *Chiesa viva: meditazioni conciliari*, Roma, 1967, pp. 361-365; PAOLO VI, *Allocuzione del 27 gennaio 1969*, in *A.A.S.* 61 (1969), pp. 175-176; GIOVANNI PAOLO II, *Dono e mistero*, Città del Vaticano, 1996, pp. 83-111 e, per i profili più strettamente giuridici, V. GÓMEZ-IGLESIAS, *Acerca de la autoridad como servicio en la Iglesia*, in *Ius in vita et in missione Ecclesiae (Acta Symposii Internationalis Iuris Canonici occurrente X anniversario promulgationis Codicis Iuris Canonici diebus 19-24 aprilis 1993 in Civitate Vaticana Celebrati)*, Città del Vaticano 1994, pp. 193-217; E. Molano, « *Sacra potestas* » y servicio a los fieles en el Concilio Vaticano II, in *Fidelium Iura*, 7 (1997), pp. 9-28; J. MIRAS, *Sentido ministerial de la potestad de gobierno y tutela jurídica en el derecho administra-*

lità dei diritti di questi ultimi<sup>(3)</sup>. Tale dato rende concepibile l'incanalamento della potestà di governo in regole oggettive, nella convinzione che queste regole agevolano il concreto svolgersi della potestà secondo il suo fine e nel rispetto dei diritti dei battezzati.

In secondo luogo, un dato empirico e quantitativo: la maggior parte degli atti d'esercizio della funzione amministrativa, attraverso i quali si realizza, in maniera prevalente, la vita giuridica della comunità ecclesiale, sono atti discrezionali che, sovente, incidono direttamente e notevolmente sulle sfere giuridiche dei fedeli. Si pensi alle grazie o alle sanzioni penali.

In terzo luogo, un dato normativo: l'organizzazione del sistema amministrativo canonico secondo il principio di legalità (cann. 33 § 1; 34 § 2; 38; 135 § 4; 391), sul modello offerto dai sistemi amministrativi dell'Europa continentale. Questa scelta legislativa riproduce nell'ordine ecclesiale gli stessi inconvenienti del modello d'origine: l'inadeguatezza del principio di legalità (formale) a confinare la discrezionalità amministrativa, e la conseguente necessità di trovare ulteriori strumenti per ridurre il margine di libertà dell'Amministrazione<sup>(4)</sup>.

---

*tivo canónico, ibid.*, pp. 29-70; *La dimensión de servicio en el gobierno de la Iglesia*, a cura di A. Viana, Pamplona, 1999.

(3) La relazione fra il carattere di servizio della potestà di governo, l'esigenza di evitare l'arbitrio nell'uso di tale potestà, e la difesa dei diritti spettanti ai fedeli per diritto divino e per la condizione sociale posseduta nella Chiesa è notoriamente tracciata nei lavori preparatori del nuovo Codice: *Principia quae Codicis Iuris Canonici recognitionem dirigant*, nn. 6 e 7 in *Communicationes 2* (1969), pp. 82-83. Sulla tutela dei diritti dei singoli quale fine primario della legge canonica (e della sua osservanza) si veda Giovanni Paolo II, cost. ap. *Sacrae Disciplinae leges* del 25 gennaio 1983, in *A.A.S.* 75 (1983), Pars. II, pp. VII-XIV e, in dottrina, J.M. GONZÁLEZ DEL VALLE, *Nuova impostazione del diritto canonico in base ai diritti fondamentali dei fedeli dopo il Vaticano II*, in *La Chiesa dopo il Concilio. Atti del Congresso Internazionale di Diritto Canonico*, (Roma, 14-19 gennaio 1970), Milano, 1972, pp. 730-735; L. SPINELLI, *Relazione alla Quarta Tavola Rotonda: Persona e ordinamento nel diritto amministrativo della Chiesa*, cit., pp. 416-432; G. DALLA TORRE, *I diritti umani nell'ordinamento della Chiesa*, in *I Diritti umani. Dottrina e prassi*, a cura di G. Concetti, Roma, 1982, pp. 529-554; O. FUMAGALLI CARULLI, *Il governo universale della Chiesa e i diritti della persona*, Milano, 2003, pp. 27-28.

(4) È emblematico, al riguardo, che il diritto amministrativo sia inteso dalla dottrina secolare essenzialmente quale studio del potere discrezionale dell'autorità amministrativa e della limitazione di tale potere. Sul punto cfr. M.S. GIANNINI, *Istituzioni di Diritto Amministrativo*, Milano, 1981, p. 264; G. AZZARITI, *Premesse per uno studio sul potere discrezionale*, in *Scritti in onore di Massimo Severo Giannini*, vol. III, Mi-

La suggestione esercitata delle categorie secolari sul problema della discrezionalità è peraltro confermata dalle diverse soluzioni suggerite, al riguardo, dalla scienza giuridica canonica.

Tali soluzioni operano, invero, su piani diversi e complementari. Così, sotto il profilo dei meccanismi idonei a confinare la discrezionalità amministrativa, si è proposto che sia la stessa Amministrazione ad indicare, in via preventiva, i parametri che assumerà nell'esercizio del suo potere, giungendo a predeterminare e, dunque, ad autolimitare la propria discrezionalità<sup>(5)</sup>.

Sotto il profilo degli strumenti idonei a strutturare la discrezionalità, si è da più parti suggerita l'elaborazione di un procedimento completo, chiaro ed unitario per la formazione degli atti amministrativi<sup>(6)</sup>.

---

lano, 1988, pp. 91-95; A. POLICE, *La predeterminazione delle decisioni amministrative. Gradualità e trasparenza nell'esercizio del potere discrezionale*, Napoli, 1997, p. 12.

(5) Cfr. P. CIPROTTI, *La patologia dei provvedimenti amministrativi ecclesiastici*, in *Monitor ecclesiasticus*, 99 (1974), p. 103; J. BEAL, *Confining and structuring administrative discretion*, cit., pp. 76, 82-85, 88; H. PREE, *Le tecniche canoniche di flessibilizzazione del diritto: possibilità e limiti ecclesiali di impiego*, in *Ius Ecclesiae*, 12 (2000), p. 406 nota 120.

(6) Cfr. E. BERNARDINI, *Commento alla schema «de procedura amministrativa»*, in *Apollinaris*, 45 (1972), pp. 127-128; J. A. SOUTO, *Algunas cuestiones básicas en torno a una posible ley de procedimiento administrativo*, in *Ius Canonicum*, 14 (1974), pp. 14-23; P. MONETA, *Procedimento amministrativo e partecipazione dei fedeli alla funzione amministrativa*, *ibid.*, pp. 25-41; Id., *I collaboratori e i responsabili del provvedimento amministrativo*, in *Monitor ecclesiasticus*, 99 (1974), pp. 81-95; Id., *La tutela dei diritti dei fedeli di fronte all'autorità amministrativa*, in *Fidelium Iura*, 3 (1993), pp. 281-306; E. COLAGIOVANNI, *Possibilità e limiti della scienza della pubblica amministrazione ecclesiastica nel quadro della partecipazione*, in *Monitor ecclesiasticus*, 99 (1974), pp. 154-172; F. ROMITA, *I fondamenti teologico giuridici dell'amministrazione ecclesiastica*, *ibid.*, pp. 33-40; G. LECLER, *Procedimento amministrativo e diritto dei religiosi*, *ibid.*, p. 176; M. ZUROWSKI, *Gli atti amministrativi nel diritto della Chiesa*, in *La norma en el Derecho Canónico. Actas del III Congreso Internacional de Derecho Canónico (Pamplona, 10-15 de octubre 1976)*, vol. I, Pamplona, 1979, pp. 919-921; J. BEAL, *Confining and structuring administrative discretion*, cit., pp. 73-76, 85-86, 89-90, 97-101, 103-104; I. ZUANAZZI, *Contributo alla individuazione di una struttura deontica della funzione amministrativa a servizio della comunione ecclesiale*, in *Ius in vita et in missione Ecclesiae (Acta Symposii Internationalis Iuris Canonici occurrente X anniversario promulgationis Codicis Iuris Canonici diebus 19-24 aprilis 1993 in Civitate Vaticana celebrati)*, cit., pp. 253-254; G.P. MONTINI, *Modalità procedurali e processuali per la difesa di diritti dei fedeli. Il ricorso gerarchico. Il ricorso alla Segnatura Apostolica*, in *Quaderni di diritto ecclesiale*, 7 (1995), pp. 291-292; J. CANOSA, *La legislazione generale sul procedimento di formazione degli atti amministrativi nel diritto canonico*, cit;

Sotto il profilo, infine, del controllo sui provvedimenti discrezionali, si è rilevato che prefissando i criteri direttivi della discrezionalità in statuti e regolamenti, l'atto attuato senza rispettare tali criteri sarebbe sindacabile per violazione di legge<sup>(7)</sup>. Per converso, altra dottrina ha ribadito al riguardo l'opportunità di un controllo giurisdizionale che, effettivamente, vada oltre gli aspetti positivamente predeterminati dell'atto discrezionale, giungendo a valutarne il contenuto sostanziale sulla base di parametri generali e superiori, ai quali l'Amministrazione è tenuta, in ogni caso, a riferirsi<sup>(8)</sup>.

Orbene, la validità di queste ed altre ricostruzioni — di fatto oscillanti lungo un arco i cui estremi sono costituiti dal richiamo ai principi primi dell'ordinamento e dall'elaborazione di strumenti più strettamente tecnico-formali — appare evidente.

Pur tuttavia, è altrettanto evidente che si tratta di suggerimenti sostanzialmente *de iure condendo*; nonché di soluzioni ispirate, sovente, alla scienza e alla prassi giuridica statale<sup>(9)</sup>, che esi-

---

pp. 255-273; A. BETTETINI, *Il silenzio amministrativo nel diritto canonico*, Padova, 1999, pp. 34-35; E.G. SARACENI, *Procedimento amministrativo e partecipazione del fedele. L'ipotesi del canone 50*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 1 (2003), pp. 215-238.

(7) Cfr. P. CIPROTTI, *La patologia dei provvedimenti amministrativi ecclesiastici*, cit., p. 103; J. BEAL, *Confining and structuring administrative discretion*, cit., pp. 82-85, 88.

(8) Cfr. P. MONETA, *Il controllo giurisdizionale sugli atti dell'autorità amministrativa nell'ordinamento canonico. Profili di diritto sostanziale*, Milano, 1973, p. 109; A. Vitale, *Differenze e convergenze dei principi della giustizia amministrativa civile e canonica*, in *Monitor ecclesiasticus*, 98 (1973), p. 368; T. RINCÓN-PÉREZ, *Derecho administrativo y relaciones de justicia en la administración de los sacramentos*, cit., p. 67; I. ZUANAZZI, *Il principio di legalità nella funzione amministrativa canonica*, cit., pp. 65-68; E. GRAZIANI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Città del Vaticano, 1997, pp. 39-40; H. PREE, *Esercizio della potestà e diritti dei fedeli*, in *I Principi per la revisione del Codice di Diritto Canonico: la recezione giuridica del Concilio Vaticano II*, a cura di J. Canosa, Milano, 2000, pp. 323-324.

(9) A titolo esemplificativo si veda, per la teoria della predeterminazione: P. VIRGA, *Eccesso di potere per mancata prefissione dei parametri di riferimento*, in *Scritti in onore di Massimo Severo Giannini*, vol. I, cit., pp. 587-599; A. POLICE, *La predeterminazione delle decisioni amministrative. Gradualità e trasparenza nell'esercizio del potere discrezionale*, cit.; G. BARONE, *Discrezionalità (diritto amministrativo)*, in *Enciclopedia Giuridica*, XI(1989), p. 5; P. M. VIPIANA, *L'autolimita della pubblica amministrazione: l'attività amministrativa fra coerenza e flessibilità*, Milano, 1990, spec. pp. 265-299; per la teoria del procedimento: A.M. SANDULLI, *Il procedimento amministrativo*, Milano, 1959; M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, vol. II, Milano, 1988, pp. 529-

gono, pertanto, adattamenti e verifiche sulla corrispondenza fra i risultati ai quali conducono e la realtà della Chiesa.

In ogni caso, tali soluzioni risultano necessariamente parziali.

Si pensi, ad esempio, al procedimento amministrativo. Premesso che nel Codice del 1983 tale procedimento è abbozzato solo in modo eterogeneo ed incompleto, è indubbio che le prescrizioni procedurali pongono l'autorità nelle condizioni di compiere la scelta più adeguata, e aumentano i coefficienti di partecipazione e tutela dei fedeli. A ben guardare, tuttavia, tali prescrizioni hanno una scarsa capacità di penetrazione sul momento della scelta finale, restano estranee alla fissazione del contenuto del provvedimento, non raggiungendo il nucleo della discrezionalità. L'osservanza delle regole procedurali — peraltro controproducenti se eccessive — agevola la bontà della scelta discrezionale, ne costituisce la migliore premessa, ma non la garantisce né si sostituisce ad essa<sup>(10)</sup>.

Lo stesso può dirsi per i parametri che l'Amministrazione fissa in via preventiva e rende noti. Come dimostra la stessa esperienza

---

654; *Il procedimento amministrativo: profili comparati*, a cura di L. Torchia, Padova, 1993; M. D'ALBERTI, *La «visione» e la «voce»: le garanzie di partecipazione dei procedimenti amministrativi*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1 (2000), pp. 1-35; A. SANDULLI, *Il procedimento*, in *Trattato di diritto amministrativo*, vol. II, Milano, 2003, pp. 1035-1095; per l'ampliamento, operato dalla giurisprudenza e influenzato dalla scienza giuridica, dei criteri di valutazione della legittimità cfr. P. D'AMELIO, *La formazione giudiziale del diritto amministrativo (brevi note per una ripresa del tema)* in *Foro Amministrativo*, II (1969), pp. 118-137; F. MERUSI, *Sullo sviluppo giurisprudenziale del diritto amministrativo*, in *Legge, giudici, politica, le esperienze italiana e inglese a confronto*, Milano, 1983, pp. 122-130.

<sup>(10)</sup> Il che, invero, è ammesso dalla stessa dottrina che sostiene la necessità di procedimenti adeguati per l'esercizio del potere discrezionale. Sul punto cfr. J. CANOSA, *La legislazione generale sul procedimento di formazione degli atti amministrativi nel diritto canonico*, cit., pp. 266-267, 273; J. BEAL, *Confining and structuring administrative discretion*, cit., pp. 86, 101, nonché nell'ambito della scienza secolare: B. CAVALLIO, *Provvedimenti ed Atti Amministrativi*, in *Trattato di diritto amministrativo*, diretto da Giuseppe Santaniello, vol. III, Padova, 1993, pp. 171-175; F. G. SCOCA, *La teoria del provvedimento dalla sua formazione alla legge sul procedimento*, in *Le trasformazioni del diritto amministrativo, Scritti degli allievi per gli ottanta anni di Massimo Severo Giannini*, a cura di S. Amoroso, Milano, 1995, pp. 291-300. Sulla funzione del procedimento quale strumento attraverso il quale, negli ordinamenti giuridici attuali, si cerca di approssimarsi alla giustizia e alla verità, compensando la crisi del diritto naturale e, dunque, la sua perdita, con il diritto del procedimento, si vedano le riflessioni di N. LUHMANN, *Procedimenti giuridici e legittimazione sociale*, edizione italiana a cura di A. Febbrajo, Milano, 1995, pp. 148-149.

secolare<sup>(11)</sup>, infatti, tali parametri, poiché determinati prima di affrontare la fattispecie concreta, non sono ancorati a questa, e devono essere modificati se le circostanze lo richiedono, configurandosi, in definitiva, quali criteri o limiti relativi ed estrinseci all'effettiva scelta discrezionale.

2. *Alla ricerca di un limite materiale e specificatamente canonistico della discrezionalità. Il rilievo dell'«aequitas canonica». Opportunità e difficoltà di una ricostruzione che chiarisca il significato dell'equità quale limite della discrezionalità amministrativa.*

Alla luce di queste considerazioni, ci si può chiedere se il bisogno di garantire un corretto uso del potere discrezionale non possa essere soddisfatto (anche) facendo leva su strumenti giuridici compiutamente e certamente operanti nell'ordinamento canonico.

Ci si può inoltre chiedere se, proprio nell'ordine ecclesiale, non sia possibile individuare un criterio in grado di incidere, efficacemente, sull'intimo contenuto della scelta amministrativa, indirizzandola verso ciò che è vero e giusto; un criterio relativo ai profili ontologici, oltre che a quelli logico-gnoseologici, della scelta discrezionale.

Orbene, se ci si pone nell'ottica della ricerca di un limite materiale e specificatamente canonistico della discrezionalità, *ictu oculi* un concetto viene in evidenza: il concetto di equità canonica.

Per il vero, nella quasi totalità degli scritti concernenti il potere discrezionale dell'Amministrazione ecclesiale l'equità — con o senza l'aggettivo canonica — è menzionata fra i confini generali di tale potere, indistintamente ed accanto ad altre svariate nozioni (efficienza, uguaglianza, buona fede, imparzialità), atte a configurare la cornice dei principi entro i quali dovrebbero determinarsi i provvedimenti discrezionali<sup>(12)</sup>.

(11) Cfr. A. SANDULLI, *Il procedimento*, cit., p. 1082. Sugli inconvenienti del sistema delle autolimitazioni si veda anche G. BARONE, *Discrezionalità (diritto amministrativo)*, cit., pp. 4-5.

(12) A titolo esemplificativo si veda al riguardo G. LOBINA, *La natura giuridico-pastorale e l'ampiezza dell'esame di merito da parte dell'autorità amministrativa superiore di un provvedimento amministrativo*, in *Monitor ecclesiasticus*, 99(1974), pp. 245-246; H. PREE, *Le tecniche canoniche di flessibilizzazione del diritto: possibilità e limiti ecclesiali di impiego*, cit., pp. 381, 397, 405-406, nota 120, 407; J. CANOSA, *La legisla-*

Pur tuttavia non sembra che la dottrina sia andata molto oltre questa semplice menzione.

Forse perché l'*aequitas* — notoriamente oggetto di amplissime riflessioni della scienza canonistica — è considerata un'ovvia costante dell'ordine ecclesiale, sulla quale tutto (o quasi) è stato detto e scritto. O forse perché, e conseguentemente, qualsivoglia riferimento all'equità è inteso come una semplice trasposizione o un implicito rinvio ai risultati delle suddette riflessioni.

Difatti sembra mancare una ricostruzione che chiarisca il contenuto e le modalità d'incidenza dell'equità sulla discrezionalità, distinguendo tale incidenza da quella di altri concetti e che, soprattutto, accerti quale sia l'effettiva validità operativa dell'*aequitas* come limite del potere discrezionale; una ricostruzione, certo, non agevole, specialmente a causa della complessa relazione concettuale che sussiste fra discrezionalità ed equità<sup>(13)</sup>.

3. *Il complesso legame fra equità e discrezionalità nell'esperienza giuridica universale e nel diritto della Chiesa. Punti di contatto fra equità e discrezionalità e loro identificazione. L'equità quale matrice della discrezionalità. Inversione dell'ipotizzato rapporto fra le due nozioni: la discrezionalità quale criterio guida dell'equità.*

La relazione fra equità e discrezionalità, prima ancora che dell'ordine ecclesiale, appare propria dell'esperienza giuridica univer-

---

zione generale sul procedimento di formazione degli atti amministrativi nel diritto canonico, cit., p. 268; ID., *La concessione di grazie attraverso i rescritti*, in *Ius Ecclesiae*, 6 (1994), p. 252; I. ZUANAZZI, *Il principio di legalità nella funzione amministrativa canonica*, cit., pp. 52, 67; E. LABANDEIRA, *Trattato di diritto amministrativo canonico*, cit., p. 189; J. MIRAS, *El principio de legalidad y la administración eclesiástica*, cit., p. 69. Il richiamo all'equità è peraltro ricorrente anche con riferimento ad un altro tipo di discrezionalità: la discrezionalità giudiziale. In questo senso si veda ad esempio: T. GIUSANI, *Discrezionalità del giudice nella valutazione delle prove*, Città del Vaticano, 1977, pp. 152-161; V. PALOMBO, *Il principio di legalità nell'ordinamento canonico: osservazioni preliminari*, in *Studi in onore di Francesco Finocchiaro*, vol. II, Padova, 2000, pp. 1393-1394.

<sup>(13)</sup> Al riguardo è significativo che M. S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione. Concetto e problemi*, Milano, 1939, p. 190, concluda la sua ricostruzione del concetto di discrezionalità segnalando fra le questioni più rilevanti e meno analizzate della teorica della discrezionalità sia i «problemi gravissimi costituiti dai rapporti fra potere discrezionale ed equità», sia i problemi posti dal potere discrezionale nell'ordinamento canonico.

sale, come risulta, ad esempio, dal collegamento tracciato da Aristotele fra il potere decisionale dell'arbitro e l'equità<sup>(14)</sup>, o dal legame fra *l'aequum* ed il *liberum officium iudicis* del diritto romano<sup>(15)</sup> o, ancora, dalla discrezionalità che caratterizza gli interventi del *Lord Chancellor* nel sistema dell'*equity* inglese<sup>(16)</sup>.

Si ha l'impressione che, dalla riflessione greca ai nostri giorni, equità e discrezionalità procedano d'accordo, come due compagni di viaggio, cosicché dove è la prima è la seconda.

Tale impressione non muta qualora, al fine di verificare la possibilità di attribuire all'equità la funzione di confine dell'azione amministrativa discrezionale, si guarda al rapporto equità-discrezionalità nel diritto della Chiesa.

Al riguardo alcuni dati, validi a livello di teoria generale prima ancora che in ambito tecnico-amministrativo, vanno evidenziati.

Anzitutto il fatto che sovente, e quasi inavvertitamente, (anche) nella riflessione canonistica il nesso fra equità e discrezionalità appare enfatizzato, al punto di determinare un'interscambiabilità fra i due termini, indicati quali denominazioni di uno stesso fenomeno<sup>(17)</sup>. È anzi indicativo al riguardo che, con riferimento ad alcuni richiami all'*aequitas* contenuti nel Codice del 1983 (cann. 686

<sup>(14)</sup> Cfr. *Retorica*, I.(A), 13-14, 1374 *b*, traduzione italiana di A. PLEBE, *Retorica*, Bari, 1991, p. 57. Sul punto si vedano le riflessioni di G. BROGGINI, *Riflessioni sull'equità*, in *Jus*, 12 (1975), pp. 4-5; V. VARANO, *Equità I) Teoria generale*, in *Enciclopedia Giuridica*, XII (1989), p. 3.

<sup>(15)</sup> Si veda al riguardo G. BROGGINI, *Riflessioni sull'equità*, cit., pp. 5-13; V. Varano, *Equità I) Teoria generale*, cit., p. 3.

<sup>(16)</sup> Sul punto si veda V. VARANO, *Equità I) Teoria generale*, cit., pp. 4-6.

<sup>(17)</sup> Cfr. in questo senso o per questa constatazione: F. ROMITA, *I fondamenti teologico giuridici dell'amministrazione ecclesiastica*, cit., p. 27; V. PALOMBO, *Riflessioni sul principio di equità quale fonte dell'ordinamento canonico*, in *Studi in onore di Gaetano Catalano*, vol. II, Soveria Manelli, 1998, p. 1075.

Per un analogo atteggiamento nell'ambito della dottrina secolare si veda F. CARNELUTTI, *L'equità nel diritto penale*, in *Rivista di diritto processuale civile*, I (1935), pp. 105-121; F. BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale*, vol. I, *Nozione e Aspetti Costituzionali*, Milano, 1965, pp. 11-20; 68-69, 214-215, 221, 225-226; D. PALAZZO, *Riflessioni a proposito dell'equità come principio di diritto e come istituto processuale*, in *Rivista Penale*, II (1974), pp. 1070-1071; M. ROTONDINI, *Considerazioni sulla funzione dell'equità in un sistema nel diritto positivo scritto*, in *Rivista internazionale di Filosofia del Diritto*, 54 (1977), pp. 671-672; G. BOTTINO, *Equità e discrezionalità amministrativa*, Milano, 2004, pp. 6, 37-39, 292.

§ 3; 702 § 2; 271 § 3), se ne sia sottolineata, in dottrina, la valenza incerta, indistinguibile dal concetto di discrezionalità<sup>(18)</sup>.

Una confusione, questa fra equità e discrezionalità, imputabile a più di un fattore.

In primo luogo, al rapporto che sussiste fra ognuna delle due nozioni e il diritto positivo.

Sia l'equità sia la discrezionalità, infatti, implicano un ambito di autonomia nei confronti del dettato positivo, e nelle mani dell'operatore giuridico svolgono la medesima funzione: far fronte all'impossibilità della legge di prevedere tutte le circostanze della sua applicazione, e garantire decisioni adeguate a tali circostanze<sup>(19)</sup>.

In secondo luogo, la mobilità di confini fra equità e discrezionalità è dovuta al fatto che nell'ordine ecclesiale il potere discrezionale è definito, anche, come potere di valutare l'idoneità della norma a disciplinare il caso reale<sup>(20)</sup>.

Ebbene, nell'usuale rappresentazione canonistica tale giudizio di valutazione concreta è ricondotto proprio all'equità, intesa sia come il punto di riferimento in virtù del quale è vagliato il risultato dell'applicazione del diritto positivo alla situazione particolare; sia, successivamente, come lo strumento mediante il quale formulare autonomamente la *regula iuris* per il caso di specie (equità sostitutiva)<sup>(21)</sup>.

<sup>(18)</sup> Cfr. in questo senso M. F. POMPEDDA, *L'equità nell'ordinamento canonico*, in *Studi sul primo libro del Codex Iuris Canonici*, a cura di S. Gherro, Padova, 1993, pp. 4-5.

<sup>(19)</sup> Per l'esplicito riconoscimento della adesione alle circostanze particolari quale *ratio* comune ad equità e discrezionalità: J. MIRAS, *El principio de legalidad y la administración eclesiástica* cit., pp. 69-70; J. BEAL, *Confining and structuring administrative discretion*, cit., p. 71. Per l'accento su questa funzione dell'equità O. Giacchi, *Diritto canonico e dogmatica giuridica moderna*, in *Chiesa e Stato nell'esperienza giuridica (1933-1980). La Chiesa e il suo diritto, Religione e società. Studi raccolti e presentati da Ombretta Fumagalli Carulli*, Milano, 1981, p. 106, nota 78; T. GIUSSANI, *Discrezionalità del giudice nella valutazione delle prove*, cit., p. 156.

<sup>(20)</sup> Cfr. in questo senso P. BELLINI, *Osservazioni sulla completezza dell'ordinamento giuridico canonico*, in *Il diritto ecclesiastico*, (1957), I, pp. 205-206; E. MARTINELLI, *Spunti per un approfondimento del concetto di discrezionalità nell'ordinamento giuridico della Chiesa*, in *Diritto Canonico e comparazione. Giornate canonistiche di studio (Venezia 22-23 maggio 1991)*, a cura di R. Bertolino, S. Gherro, L. Musselli, Torino, 1992, pp. 291-292, 297-299, 302-303; V. PALOMBO, *Riflessioni sul principio di equità quale fonte dell'ordinamento canonico*, cit; p. 1075.

<sup>(21)</sup> Cfr. al riguardo A. RAVÀ, *Il problema delle lacune dell'ordinamento giuri-*

Ancora, vi è un'altra strada percorrendo la quale si giunge ad assimilare l'equità alla discrezionalità: l'accentuazione della componente soggettiva dell'*aequitas*.

Difatti, la nozione di equità è da sempre associata al timore che il ricorso a tale nozione può tradursi nell'affermazione della volontà incontrollata ed immotivata dell'interprete, ossia nella nota equità *ce-rebrina* <sup>(22)</sup>. Tale timore nasce dall'enfatizzazione del senso di incertezza che la componente soggettiva, particolare e (parzialmente) non predeterminata dell'equità produce.

Ma posto che una tale componente si rinviene anche nella scelta discrezionale, che è anch'essa giudizio, ecco che il nucleo delle due nozioni viene ad essere identificato.

Non solo. In tale contesto concettuale immaginare che l'equità limiti la discrezionalità può apparire credibile quanto l'immaginare che una libertà incondizionata limiti un'altra libertà incondizionata.

Oltre a ciò, sembra infine esservi fra equità e discrezionalità un legame genetico, che spiega ulteriormente la commistione fra i due concetti.

Sovente, infatti, nell'ordine ecclesiale la relazione fra equità e discrezionalità appare tratteggiata individuando nella prima l'origine e la causa giustificatrice della seconda.

Così Paolo VI si riferisce alle amplissime facoltà discrezionali della gerarchia come espressione e derivazione dell'equità, intesa quale autentica incarnazione dello spirito della legge canonica <sup>(23)</sup>.

---

dico e della legislazione canonica, Milano, 1954, pp. 196-197; P. FEDELE, *Equità canonica*, in *Enciclopedia del diritto*, XV (1966), p. 149; O. BUCCI, *Per una storia dell'equità*, in *Apollinaris*, 63 (1990), pp. 257-317; P. BELLINI, *La coscienza del principe. Prospettazione ideologica e realtà politica delle interposizioni prelatizie nel Governo della cosa pubblica*, vol. I, Torino, 2000, p. 550.

<sup>(22)</sup> Sulla configurazione di questo sospetto (anche) nella riflessione canonistica cfr. A. VAN HOVE, *Commentarium Iovaniense in codicem iuris canonici*, vol. I, Tomo II, *De legibus ecclesiasticis*, Mechliniae-Romae, 1930, pp. 279-281; Ch. LEFEBVRE, *Équité*, in *Dictionnaire de Droit Canonique*, V, Paris, 1953, p. 404; L. DE NAUROIS, *L'équité dans les droits canonique et français contemporains*, in *L'année canonique*, 26 (1982), p. 43; G. BRUGNOTTO, *L'«aequitas canonica»*. *Studio e analisi del concetto negli scritti di Enrico da Susa (Cardinal Ostiense)*, Roma, 1999, pp. 167-171; O. ÉCHAPPÉ, *À Propos de l'Équité en droit canonique*, in *L'année canonique*, 41 (1999), pp. 181-182.

<sup>(23)</sup> Cfr. PAOLO VI, *Allocuzione* del 19 febbraio 1977, in *A.A.S.* 69 (1977), p. 210.

Ancora, questo rapporto di causa/effetto può rinvenirsi tracciato nel terzo dei *Principia quae Codicis Iuris Canonici recognitionem dirigant*, ove, stabilito che in *iure condendo* il compito dell'*aequitas* è di garantire la pastoraltà del diritto, si lega la realizzazione di tale compito all'attribuzione ai pastori di una corrispondente potestà discrezionale<sup>(24)</sup>.

La missione salvifica della Chiesa, dunque, fa sì che sorga l'esigenza di equità che, a sua volta, postula e origina quel margine di apprezzamento o libertà di scelta, che caratterizza il potere discrezionale. Col che, peraltro, la discrezionalità, configurata quale conseguenza del bisogno di equità, non coincide totalmente con questa.

Pur tuttavia, sotto un profilo operativo, è l'ipotizzato rapporto di funzionalità fra equità e discrezionalità che si inverte, poiché se per un verso la discrezionalità trova la sua ragione d'essere nell'equità; per l'altro verso costituisce la porta d'ingresso dell'azione giuridica di quest'ultima, cosicché, in definitiva, è la discrezionalità che dirige (e limita) l'equità e non viceversa; è una constatazione, questa, che trova conferma e, nello stesso tempo, spiega le ricostruzioni dottrinali che vedono nella discrezionalità lo strumento tecnico-giuridico per la realizzazione dell'equità e non il contrario<sup>(25)</sup>.

---

<sup>(24)</sup> Cfr. *Principia quae Codicis iuris canonici recognitionem dirigant*, n. 3, in *Communicationes*, cit., pp. 79-80. Su questo aspetto del terzo principio si veda in dottrina G.M. COLOMBO, *Sapiens Aequitas. L'equità nella riflessione canonistica tra i due codici*, Roma, 2003, pp. 358-359.

Per l'identificazione dell'equità canonica come fonte della discrezionalità cfr. T. GIUSSANI, *Discrezionalità del giudice nella valutazione delle prove*, cit., p. 160; R. BIDAGOR, *El espíritu del derecho canónico*, in *Revista española de Derecho Canónico*, 13 (1958), p. 18.

<sup>(25)</sup> Cfr. T. GIUSSANI, *Discrezionalità del giudice nella valutazione delle prove*, cit., p. 161; E. MARTINELLI, *Spunti per un approfondimento del concetto di discrezionalità nell'ordinamento giuridico della Chiesa*, cit., pp. 298-299, 301-302. Un accenno in questo senso anche in A. RAVÀ, *Il problema delle lacune dell'ordinamento giuridico e della legislazione canonica*, cit., pp. 85, 87; R. COPPOLA, *La non esigibilità nel diritto penale canonico. Dottrine generali e tecniche interpretative*, Bari, 1992, p. 175.

Peraltro, questa chiave di lettura del legame fra equità e discrezionalità, che vede nella prima il fondamento della seconda, si rinviene anche in alcune ricostruzioni della dottrina secolare, che identificano i rinvii all'equità del giudice civile come ipotesi di attribuzione di potere discrezionale (cosicché l'equità avrebbe l'effetto di costituire la discrezionalità) e, parimenti, i rinvii all'apprezzamento del giudice come rinvii all'equità. In questo senso si veda: A. RASELLI, *Il potere discrezionale del giudice*

4. *Profili ricostruttivi teorici per uno studio sull'equità quale limite della discrezionalità: a) L'equità quale obiettivo della discrezionalità.*

Alla luce di quanto detto finora, è evidente che ancor prima di provare a ricostruire l'efficacia operativa dell'*aequitas* rispetto al potere discrezionale, occorre chiarire se e sotto quale profilo l'equità può assurgere a limite della discrezionalità.

Al riguardo possono prendersi le mosse dal menzionato legame genetico fra le due nozioni.

In prima istanza tale legame sembra contrastare con la funzione che si è ipotizzato di poter attribuire all'*aequitas*.

Sotto un profilo logico, infatti, se il concetto di discrezionalità nasce da quello di equità, l'equità non può essere, nello stesso tempo, origine e limite oggettivo, o univocamente riscontrabile, del potere discrezionale. Ma se si accentua la componente teleologica di tale legame genetico, e si guarda al potere discrezionale come potere che esiste poiché finalizzato a garantire una decisione di governo equa, allora l'equità si configura quale fine di tale potere e, in quanto tale, quale confine ultimo o limite del suo esercizio<sup>(26)</sup>.

Estremizzando il discorso, si potrebbe anche sostenere che l'equità circoscrive la discrezionalità nel senso che la seconda non si manifesta se non è finalizzata alla prima, e che, parimenti, un uso della discrezionalità non indirizzato all'equità si traduce in una negazione della *ratio* o natura del potere discrezionale, al punto da non poter neppure essere riconosciuto come uso di tale potere.

Tuttavia, siffatta estremizzazione — che, peraltro, fa nuovamente convergere le due nozioni — non appare né necessaria né di alcun'utilità o riscontro pratico, poiché se è verosimile che dove

*civile*, vol. I. *Esposizione critica della dottrina-Nozione generale*, Padova, 1927, p. 238; ID., *ibid.*, vol. II, *Sezione Prima-Casistica*, Padova, 1935, pp. 3-6; S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1969, pp. 225; F. GAZZONI, *Equità e autonomia privata*, Milano, 1970, pp. 114, 161. Sul punto e con annotazioni critiche cfr. M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione. Concetto e problemi*, cit., p. 115; R. VECCHIONE, *Equità (Giudizio di)*, in *Novissimo Digesto Italiano*, VI (1960), pp. 627-630; F. D. BUSNELLI, *Note in tema di buona fede ed equità*, in *Rivista di diritto civile*, 1 (2001), pp. 542-543.

<sup>(26)</sup> Per un riconoscimento dell'equità quale fine della discrezionalità amministrativa cfr. E. LABANDEIRA, *Trattato di diritto amministrativo canonico*, cit., p. 189.

vi è equità vi è libertà di scelta, e dunque, in senso lato, discrezionalità, non è parimenti verosimile che dove vi è discrezionalità vi è, ineluttabilmente, equità<sup>(27)</sup>.

5. (segue): b) *l'equità quale forma di manifestazione del potere discrezionale.*

Senza contraddire quanto finora affermato, si può andare alla ricerca di una diversa soluzione, ipotizzando che l'equità sia il modo in cui la discrezionalità deve esercitarsi o, detto altrimenti, la forma in cui deve manifestarsi il potere discrezionale. In questa prospettiva, infatti, un eventuale esercizio iniquo della discrezionalità può essere classificato come esercizio scorretto di un potere che, tuttavia, resta tale<sup>(28)</sup>.

Peraltro, se si presuppone che l'equità operi nel momento di esercizio del potere discrezionale, due prospettive ricostruttive sembrano ipotizzabili.

O l'equità è intesa in una prospettiva mediata, come un criterio per elaborare la regola con cui comporre discrezionalmente la disciplina della situazione particolare che, di poi, si tradurrà nel provvedimento amministrativo.

Oppure l'equità può essere vista, direttamente, come regola dell'operare amministrativo, come il criterio in conformità al quale compiere la scelta, cosicché il rapporto discrezionalità-equità si pone come rapporto di contenente e contenuto<sup>(29)</sup>. Ne consegue, in questa seconda ipotesi, che l'equità da forma di manifestazione assurge a sostanza della discrezionalità o, meglio, a sostanza del modo in cui la discrezionalità si manifesta.

---

(27) Cfr. per analoghe considerazioni C. M. DE MARINI, *Il giudizio di equità nel processo civile*, Padova, 1959, pp. 192 nota 134, 236-239.

(28) Sembra propendere per questa seconda soluzione J. MIRAS, *El principio de legalidad y la administración eclesiástica* cit., pp. 69-70.

(29) Su queste diverse ipotesi ricostruttive nell'ambito della dottrina secolare e a favore della prima si veda R. RESTA, *Equità e discrezionalità della pubblica amministrazione*, in *Studi in onore di Giuseppe Menotti de Francesco*, vol. II, Milano, 1957, pp. 725-726. Sull'equità quale elemento costitutivo della discrezionalità, cfr. K. English, *Introduzione al pensiero giuridico*, Milano, 1970, p. 210., G. BOTTINO, *Equità e discrezionalità amministrativa*, cit., pp. 110-113.

Ebbene, posto che questa seconda ricostruzione appare più rispondente alla valenza dell'*aequitas canonica*, si tratta allora di chiarire se l'equità, oltre a dover determinare il « come » della discrezionalità, è anche (e quindi) suo limite.

6. (segue): c) *Necessità di un regolamento di confini fra equità e discrezionalità. L'equità quale principio autonomo e limite interno della discrezionalità amministrativa.*

Indubbiamente si dà un problema di regolamento di confini fra equità e discrezionalità.

Se, difatti, si identifica tout-court la discrezionalità con il modo in cui la discrezionalità si manifesta e dunque con l'equità, è evidente che questa non può fungere da argine di se stessa. Anzi, come si è visto, in questa prospettiva equità e discrezionalità finiscono per essere intese come due facce di un unico criterio soggettivo.

Al fine di limitare la discrezionalità occorre, invero, che l'equità sia intesa quale principio oggettivo ed autonomo, che non coincide o non esaurisce tutta la discrezionalità, anche se poi tale principio applicato all'esercizio del potere discrezionale si atteggia quale giudizio di equità, difficilmente distinguibile dalla discrezionalità stessa<sup>(30)</sup>.

Ebbene, dato quest'ultimo presupposto teorico e tirando le fila del discorso fin qui svolto, emerge sia che l'equità può essere identificata quale limite della discrezionalità amministrativa e, propriamente, quale limite interno; sia il significato di tale identificazione.

L'equità, infatti, è in grado di essere limite poiché fattore, in principio distinto dal potere discrezionale, che può incidere nell'esercizio del potere come criterio informatore dei momenti di tale esercizio, divenendo regola che evita l'arbitrio<sup>(31)</sup>.

Nello stesso tempo tale equità limitante, indirizzando in senso sostanziale la scelta discrezionale, oltre a costituire il « come » con-

---

(30) Sul rapporto fra il principio ed il giudizio di equità cfr. G. BOTTINO, *Equità e discrezionalità amministrativa*, cit., pp. 29-39.

(31) Sul significato di limite interno quale limite che evita l'arbitrio cfr. E. LABANDEIRA, *Trattato di diritto amministrativo canonico*, cit., p. 192.

creto dell'uso della discrezionalità, determina inevitabilmente l'intimo contenuto di tale scelta.

Il che di per sé è già sufficiente a giustificare la definizione dell'equità non solo quale limite, ma anche quale limite interno della discrezionalità amministrativa<sup>(32)</sup>.

7. (segue): d) *La nozione di limite interno. L'equità canonica quale limite non solo interno e negativo ma, anche, esterno e positivo della discrezionalità.*

Nella riflessione della scienza giuridica il concetto di limite interno della discrezionalità non è, tuttavia, univoco, sussistendo diverse accezioni di tale concetto, non necessariamente contraddittorie.

Così, è definito limite interno il criterio che opera dove vi è un vuoto di disciplina del potere discrezionale, nello spazio non determinato da regole positive ed in relazione al caso particolare non previsto dalla norma. I limiti interni si determinerebbero per differenza con i limiti esterni, fissati dalla legge positiva, che circoscrive l'ambito di esercizio della discrezionalità, indicandone le premesse di fatto ed il raggio di intervento, ma non la puntuale opzione di valore rispetto al caso di specie<sup>(33)</sup>.

Ebbene, è adesso (ancora più) chiaro che l'ottica con la quale in questa sede si è guardato all'*aequitas* canonica quale possibile confine della discrezionalità è proprio l'ottica della ricerca di un confine interno.

<sup>(32)</sup> Cfr. per questa accezione di limite interno cfr. A. ANGIULI, *Studi sulla discrezionalità amministrativa nel quando*, Bari, 1988, p. 33.

<sup>(33)</sup> Tale accezione di limite interno trova sostanzialmente origine nella ricostruzione di R. von Laun, per il quale, oltre i limiti esterni posti dalla legge, il potere discrezionale è retto al suo interno, nello spazio non disciplinato da norme legislative, da principi giuridici naturali che devono determinare la scelta amministrativa. Su tale ricostruzione, che attaccando il cuore della discrezionalità apre la strada alla sindacabilità dei motivi reali che sostengono le scelte dell'amministrazione, e sulla sua influenza nella dottrina europea si veda: S. COGNETTI, *Profili sostanziali della legalità amministrativa, Indeterminatezza della norma e limiti della discrezionalità*, Milano, 1993, pp. 204-220, 275, 277-278, 283-284. Per l'adozione di quest'accezione di limite interno della discrezionalità si veda anche G. MIELE, *Principi di diritto amministrativo*, vol. I, 2<sup>a</sup> ed., Padova, 1953, p. 256; G. BOTTINO, *Equità e discrezionalità amministrativa*, cit., p. 71, nota 55; P. M. VIPIANA, *L'autolimito della pubblica amministrazione: l'attività amministrativa fra coerenza e flessibilità*, cit., p. 277, nota 267.

Né, del resto, quanto sinora emerso sull'equità amministrativa tramite il suo rapporto con la discrezionalità, sembra smentire questa prospettiva.

Piuttosto, mentre la dottrina secolare traccia un'ulteriore differenza fra limiti esterni e limiti interni, vedendo i primi quali limiti positivi, che fondano la discrezionalità, ed i secondi quali limiti negativi, poiché il loro rispetto comporta che la discrezionalità pura si manifesta in modo residuale<sup>(34)</sup>; l'equità canonica, oltre che soglia da non oltrepassare nell'esercizio del potere discrezionale, è ritenuta anche fondamento di tale potere e, dunque, in questo senso, limite interno e positivo.

Peraltro, sempre la dottrina secolare parla di limiti esterni riferendosi sia a criteri astratti che non si modulano sulla situazione concreta e restano fuori dall'effettivo esercizio del potere discrezionale<sup>(35)</sup>; sia al fine di tale potere, inteso come obiettivo distinto ed estrinseco al potere stesso e al suo uso<sup>(36)</sup>.

Orbene, dati tali due significati, il primo, evidentemente, conferma *a contrario* la natura interna dell'*aequitas canonica*, data la struttura propria di tale concetto, il cui ambito di azione coincide con i momenti di esercizio del potere discrezionale.

Lo stesso non può dirsi, invece, per il secondo significato.

Nella riflessione secolare — ove in ogni caso non mancano interpretazioni sul fine come limite interno della discrezionalità<sup>(37)</sup> — l'equità amministrativa è infatti prevalentemente intesa quale

(34) Cfr. S. COGNETTI, *Profili sostanziali della discrezionalità amministrativa. Indeterminatezza della norma e limiti della discrezionalità*, cit., pp. 275, 277-278, 283-284. Per una definizione degli elementi determinati dalla legge quali limiti positivi della discrezionalità si veda anche M. S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione. Concetto e problemi*, cit., pp. 172-173.

(35) Cfr. A. POLICE, *La predeterminazione delle decisioni amministrative. Gradualità e trasparenza nell'esercizio del potere discrezionale*, cit., pp. 268-269.

(36) Cfr. S. COGNETTI, *Profili sostanziali della discrezionalità amministrativa. Indeterminatezza della norma e limiti della discrezionalità*, cit., p. 284. In una prospettiva simile e nell'ambito della dottrina canonistica si veda anche E. MAZZACANE, *La «justa causa dispensationis» nello scioglimento del matrimonio per incosumazione*, Milano, 1963, pp. 127-128, il quale definisce limite esterno della discrezionalità il rispetto del nesso fra i presupposti indicati dalla legge per l'emanazione di un determinato atto e le specifiche finalità di interesse pubblico che alla presenza di quei presupposti la legge vuole siano raggiunti.

(37) Cfr. G. BARONE, *Discrezionalità (diritto amministrativo)*, cit., p. 2; A. ANGIULI, *Studi sulla discrezionalità amministrativa nel quando*, cit., p. 33.

modo con cui realizzare, nell'esercizio della discrezionalità, i fini pubblici<sup>(38)</sup> e, dunque, quale limite interno, posto che parametri extra legislativi esterni contrasterebbero con le disposizioni positive che prefigurano il tipo di provvedimento che un'autorità può emanare<sup>(39)</sup>.

L'*aequitas canonica*, invece, non è inquadrabile a priori in tale prospettiva riduttiva essendo, come si è visto, obiettivo stesso del potere discrezionale. Ne consegue che l'equità canonica, oltre che limite interno e positivo, può anche essere definita quale confine esterno alla scelta discrezionale, relativo al risultato di tale scelta, senza tuttavia perdere la sua valenza di limite costante, non occasionale, poiché matrice del fenomeno limitato.

8. *Puntualizzazioni per una definizione dell'«aequitas» amministrativa: a) l'equità amministrativa non è solo un canone ermeneutico.*

Stabilito in che contesto concettuale e con quali presupposti teorici può guardarsi all'equità come margine della libertà di scelta dell'Amministrazione canonica, due ulteriori puntualizzazioni appaiono opportune.

La prima è richiesta dal fatto che uno dei momenti della discrezionalità amministrativa è dato dall'interpretazione della norma attributiva del potere<sup>(40)</sup>. Questo fatto potrebbe indurre ad individuare e confinare la funzione dell'equità in questa fase interpretativa. Il che, per il vero, risulterebbe in armonia con il tradizionale versante d'indagine sull'*aequitas*, solitamente ricostruita nel confronto con la legge scritta. Secondo tale versante l'usuale quadro d'intervento dell'equità è quello di una fattispecie disciplinata puntualmente da una norma, rispetto alla quale l'equità funge da canone d'interpretazione ed applicazione, con funzione correttiva, integrativa o suppletiva<sup>(41)</sup>.

<sup>(38)</sup> Cfr. in questo senso G. BOTTINO, *Equità e discrezionalità amministrativa*, cit., p. 39; S. COGNETTI, *Profili sostanziali della discrezionalità amministrativa. Indeterminatezza della norma e limiti della discrezionalità*, cit., pp. 277-278, 283-284.

<sup>(39)</sup> Cfr. F. LEVI, *Legittimità (dir. amm.)*, in *Enciclopedia del diritto*, XXIV(1974), p. 137.

<sup>(40)</sup> Cfr. J. MIRAS, *El principio de legalidad y la administración eclesiástica*, cit., pp. 67-68; E. GRAZIANI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, cit., p. 42.

<sup>(41)</sup> Si veda in questo senso V. DEL GIUDICE, *Privilegio, dispensa ed epicheia*

Ne consegue che l'equità limiterebbe la discrezionalità nel senso di esigere che gli elementi indicati dalla norma, che costituiscono l'aspetto vincolato del potere, siano intesi in armonia con la realtà del caso.

Il che è certamente corretto.

Pur tuttavia, per limitare veramente la discrezionalità, l'equità non può essere intesa solo come equità interpretativa, riguardo al dato positivo, ma deve invece incidere anche sul peculiare momento della scelta non determinata da nessuna disposizione normativa, sulla formulazione del *quid novi* rispetto alla preesistente situazione nel quale si esplica la discrezionalità.

Detto altrimenti, se usualmente l'equità è rapportata alla legge positiva, l'equità quale limite della discrezionalità deve essere concepita (anche) come criterio che opera direttamente per la valutazione di un fatto concreto e per l'elaborazione di una soluzione per tale fatto, a prescindere dall'intervento sulla norma. Questa norma, infatti, manca non perché rivelatasi inadeguata al caso e, dunque, sostituita dall'autonoma elaborazione dell'interprete, ma *ab origine*, perché la singola scelta è affidata all'Amministrazione.

Volendo considerare le fasi nelle quali si struttura la discrezionalità — un momento conoscitivo e valutativo delle premesse di fatto, attraverso le quali l'amministrazione si forma la propria percezione della realtà, ed un momento volitivo, quando l'autorità, compiuta la scelta, determina il provvedimento<sup>(42)</sup> — occorre ipotizzare che l'equità intervenga su entrambe.

Con queste premesse, e tenendo conto di una dicotomia propria della riflessione canonistica, più che come canone d'interpretazione, l'equità amministrativa sembra mostrarsi quale fonte del diritto, rela-

---

nel diritto canonico, Perugia, 1926, p. 51; Ch. LEFEBVRE, *Équité* in *Dictionnaire de Droit Canonique*, cit., pp. 394-410, spec. 400-401; P. FEDELE, *Lo spirito del diritto canonico*, Padova, 1962, pp. 197-293; G. BRUGNOTTO, *L'«aequitas canonica»*. *Studio e analisi del concetto negli scritti di Enrico da Susa (Cardinal Ostiense)*, cit., pp. 240-243. Per la constatazione di un analogo atteggiamento ricostruttivo nell'ambito della dottrina secolare si veda G. BROGGINI, *Riflessioni sull'equità*, cit., pp. 4-5; S(ALVATORE) ROMANO, *Principio di equità (dir. priv.)*, in *Enciclopedia del diritto*, VII (1966), pp. 92-93; G. BOTTINO, *Equità e discrezionalità amministrativa*, cit., pp. 31-33., C. M. DE MARINI, *Il giudizio di equità nel processo civile*, cit., pp. 147, 154-158, 171, 173; R. VECCHIONE, *Equità (Giudizio di)*, cit., p. 626.

(42) Si veda al riguardo la ricostruzione di M. S. GIANNINI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, cit., pp. 266-267.

tiva all'elaborazione del *quid novi* della scelta discrezionale e all'agire amministrativo non determinato dal precetto normativo.

9. (segue): b) *l'equità amministrativa non è un concetto giuridico indeterminato.*

Per quanto concerne la seconda puntualizzazione, anch'essa è volta a sgombrare il campo da un possibile equivoco, dovuto all'incertezza che circonda sia le nozioni di equità e discrezionalità, separatamente intese, sia il rapporto fra tali nozioni. Talora, infatti, i canoni che configurano casi di discrezionalità contengono un riferimento a concetti giuridici indeterminati<sup>(43)</sup>.

Ebbene, è un dato comune dell'esperienza giuridica che tali concetti presentano caratteri equitativi, essendo delle clausole di apertura<sup>(44)</sup>, che richiedono di essere precisate attraverso una valutazione adeguata ed umana delle circostanze, secondo un giudizio concreto.

Il che, data la natura dell'equità quale nozione dai confini imprecisi, può indurre a ricomprendere l'equità amministrativa fra i concetti giuridici indeterminati o, anche, a considerare il rinvio a tali concetti o clausole generali come un rinvio all'equità<sup>(45)</sup>, cosicché l'equità limiterebbe la discrezionalità quale suo presupposto di fatto; presupposto il cui rispetto sarebbe allora, almeno in teoria, sicuramente e agevolmente sindacabile dal giudice amministrativo.

<sup>(43)</sup> Si vedano ad esempio i cann. 41 (causa grave), 55 (ragione gravissima), 56 (causa giusta), 67 (notevole negligenza), 90 (causa giusta e ragionevole), 91 (causa grave), 139 § 2 (causa urgente), 222 (sostentamento onesto), 231 (remunerazione onesta), 236 (ragione grave), 257 (necessità grave), 269 (necessità della Chiesa), 1284 (diligenza del buon padre di famiglia), 1323 (grave incomodo).

<sup>(44)</sup> Cfr. K. ENGISH, *Introduzione al pensiero giuridico*, cit., pp. 198, 204; S(ALVATORE) ROMANO, *Principio di equità (dir. priv.)*, cit., pp. 91, 105-106.

<sup>(45)</sup> Per un'interpretazione in questo senso nell'ambito della dottrina secolare G. BROGGINI, *Riflessioni sull'equità*, cit., pp. 34-37; V. VARANO, *Equità*, cit., p. 6. Per una possibile applicazione di tale interpretazione anche all'esperienza giuridica canonica si veda L. DE NAUROIS, *L'équité dans les droits canonique et francais contemporains*, cit., pp. 33, 40; E. MAZZACANE, *La «justa causa dispensationis» nello scioglimento del matrimonio per incosumazione*, cit., pp. 159-162.

Per la considerazione delle clausole generali e dei concetti indeterminati quali elementi della stessa specie di categoria giuridica cfr. K. ENGISH, *Introduzione al pensiero giuridico*, cit., pp. 196-198.

Pur tuttavia, una linea di confine fra concetti giuridici indeterminati ed equità sussiste.

I concetti giuridici indeterminati, infatti, sono prevalentemente nozioni descrittive della situazione nella quale l'autorità può esercitare il potere. Tali concetti per essere applicati richiedono solo un'attività d'interpretazione e qualificazione giuridica; un'attività che avviene, certamente, attraverso la valutazione personale dell'operatore giuridico, ma tale valutazione è un criterio di conoscenza, non definitivo, che deve essere rapportato ed integrato con parametri obiettivi, pur se variabili, al fine di giungere al solo risultato valido<sup>(46)</sup>.

L'equità, invece, anche se, come i concetti indeterminati, si specifica sul piano della concretezza delle circostanze, non è un concetto descrittivo, ma un concetto di valore, la cui concreta applicazione comporta un giudizio di valore, per sé né oggettivo né univoco.

---

(46) Si veda al riguardo F. LEVI, *Legittimità (dir. amm.)*, cit., p. 136; K. ENGISH, *Introduzione al pensiero giuridico*, pp. 187, 198-199.

**Pagina bianca**

*Giurisprudenza*

**Pagina bianca**

TRIBUNALE APOSTOLICO DELLA ROTA ROMANA - *Int. Malae-siae Paeninsulae seu Pinangen.* - Nullità del matrimonio - Discrezione di giudizio - Immaturità, specialmente affettiva - Necessità o meno della perizia - Sentenza definitiva - 22 maggio 2002 - Huber, *Ponente* (\*).

**Matrimonio - Consenso - Grave difetto di discrezione di giudizio -  
Approfondimenti giurisprudenziali tra i due Codici - Facoltà di  
comprendere, stimare e scegliere**

**Matrimonio - Consenso - Maturità ed immaturità della persona per  
sposarsi - Presunzione**

**Matrimonio - Consenso - Criteri giurisprudenziali circa l'immaturità  
affettiva - Pericoli del soggettivismo e di un falso sillogismo**

**Matrimonio - Consenso - Maturità, persona, sentimenti e passioni,  
intelletto e volontà**

**Matrimonio - Consenso - Applicabilità delle conclusioni della psicoa-  
nalisi sulla maturità in ambito giuridico**

**Matrimonio - Consenso - Incapacità consensuale (can. 1095) - Casi  
in cui non è necessario l'intervento dei periti per provarla**

*La discrezione di giudizio, menzionata indirettamente dal can. 1081 § 1 del CIC/1917, è stata successivamente oggetto di approfondimenti da parte della giurisprudenza rotale, i quali sono ora compresi nel can. 1095 n. 2 del CIC/1983. La dottrina, nella spiegazione di quest'ultima norma, richiede la facoltà di comprendere, stimare e scegliere.*

*La nozione di immaturità della persona, non di rado adoperata nelle domande di nullità, è abbastanza ambigua: sotto il profilo psichiatrico è molto indeterminata e sotto il profilo giuridico non costituisce un capitolo autonomo. La nozione è relativa in un duplice senso: perché riguarda l'intera evoluzione della persona lungo tutta la sua vita, e perché si deve distinguere tra maturità perfetta e maturità minima. Quest'ultima basta per sposarsi. A partire dall'età minima richiesta per sposarsi si presume la maturità per sposarsi.*

*La giurisprudenza rotale indica diversi criteri di immaturità affettiva, come un grande egocentrismo, l'instabilità ed altri. Questi*

---

(\*) Vedi, alla fine della sentenza, nota di CARLOS J. ERRÁZURIZ M.

*sintomi possono implicare un'immaturità che influisca sull'intelletto e la volontà. Tuttavia, vi sono due pericoli: quello dell'arbitrio soggettivo del giudice, che senza avere criteri oggettivi, può cercare soluzioni pastorali che dal fallimento deducono la nullità del matrimonio; e quello di un sillogismo che si fonda su due premesse: la persona è immatura; ogni immaturità rende nullo il matrimonio. La prima di queste premesse dipende moltissimo dal criterio dei giudici, mentre la seconda non è vera, per cui la conclusione non si sostiene.*

*Matura o immatura è soltanto la persona, nella sua unità di anima e corpo. I sentimenti e le passioni, in se stessi, non possono essere considerati più o meno maturi. La maturità riguarda le facoltà superiori dell'uomo, ossia l'intelletto e la volontà. Su di essi i sentimenti e le passioni possono esercitare un influsso, fino a determinare talvolta un grave difetto di discrezione di giudizio.*

*L'immaturità si dà in persone la cui evoluzione umana resta fissata all'età giovanile, nonché in persone che regrediscono ad una situazione psichica antecedente. Occorre domandarsi però se queste nozioni e conclusioni della scienza psicoanalitica possano essere ammesse in ambito giuridico. Bisogna tener presente il determinismo, aperto o larvato, che oggi caratterizza la maggioranza degli psicoanalisti. Perciò, se si propone l'immaturità affettiva come causa di nullità si deve procedere con cautela. A meno che produca un grave difetto di discrezione di giudizio, si tratterà solo dell'immaturità di cui soffrono tutti i giovani.*

(*Omissis*). — SPECIES FACTI. 1. Die 26 maii 1971 partes catholicae, d.na H., duodeviginti annorum, et d.nus A., viginti et quatuor annos natus, coniugium celebraverunt canonicum in civitate Ipoh appellata, quidem in ecclesia paroeciali (*omissis*) nuncupata et inter fines dioecesis Pinangen. sita.

Iuxta Indianorum mores et traditiones, matrimonium ab utriusque partis parente conciliatum erat. Sponsi ante nuptias raro sibi occurrerant. Quo factum est, ut alter alterius indolem profunde cognoscere non posset.

Die nuptiarum omnia rite processerunt. Coniuges diem festum agentes felices fuerunt. Iidem matrimonium consummaverunt, filium procreaverunt illumque laetanter acceperunt atque humaniter educaverunt.

Convictus iugalis ad annos fere novem perductus est. Variis ex rationibus vita communis infelix evasit. Itaque mulier una cum filio

domum coniugalem deseruit et ad suos revertit atque divortium petiit, quod die 25 februarii 1982 «on mutual consent» obtinuit.

Die 8 aprilis 1985 mulier ad alias nuptias convolvit, ex quibus prolem suscepit.

2. Ipsa, die 29 ianuarii 1987 Tribunali Ecclesiastico Int. Malaesiae Peninsulanae libellum obtulit, quo matrimonium cum A. contractum nullitatis accusavit ob exclusionem boni fidei ex parte viri et ob gravem defectum discretionis iudicii in viro.

Libello admissio, die 30 maii 1987 dubia ita determinata sunt: «Whether or not the marriage celebrated at the Church of (*omissis*), Ipoh, on 26th May, 1971 between H. and A. is null and void because of:

Exclusion of fidelity on the part of the Respondent

Grave Lack of discretion of judgement on the part of the Respondent».

Causa per auditionem partium et testium sex rite instructa, die 9 decembris 1988 prodiit sententia edicens non constare de matrimonii nullitate, in casu, ex ullo adducto capite.

Ab hac decisione actrix ad Tribunal Singaporen. appellavit. Quod Tribunal die 5 ianuarii 1995 sententiam pronuntiavit: «Lacking a real commitment to H., A. consent to marriage was defective, and therefore, the marriage was invalid».

Causa ad Rotam delata, heic in «folio ponentiae» pars dispositiva appellatae decisionis «gravis defectus discretionis iudicii in viro convento» intelligitur.

Opera defensionali commutata, Patres die 14 novembris 2001, ad decisionem ferendam convenientes, deciderunt: «Dilata decisione, compleantur acta iuxta instructionem a Ponente dandam».

Ad iura viri conventi tuenda, die 15 novembris 2001 Exc.mus Decanus eidem Patronam ex officio assignavit.

Attento itinere causae processuali, die 3 decembris 2001 Ponens formulam dubii ita statuit: «An constet de matrimonii nullitate, in casu, ob gravem defectum discretionis iudicii in viro».

Nulla instructionis supplemento intra tempus praefinitum petito, hodie Nobis respondendum est dubio rite determinato et mox relato.

IN IURE. — 3. Matrimonium de quo sub regimine Codicis abrogati celebratum est. Itaque normae CIC/1917 applicandae sunt. In

vetere Codice de discretione iudicii nulla mentio fit directa, sed tantum indirecta. Can. 1081, § 1 statuit: «Matrimonium facit partium consensus inter personas iure habiles legitime manifestatus, qui nulla humana potestate suppleri valet». Mensura igitur coniugii celebrandi desumitur ex habilitate personae iuridica. Quae habilitas decursu annorum altius introspecta est. Auditores Nostri Fori multum adlaboraverunt ad capacitatem consensualem definiendam. Ut quis «iure habilis» esset, alii requisiverunt «functionem poderativam seu aestimativam intellectus», alii «facultatem criticam», alii «cooperationem facultatem superiorum» et alii «iudicium practicum». Quae omnia in can. 1095, n. 2 novi Codicis sic comprehenduntur: «Incapaces matrimonii contrahendi sunt [...], qui laborant gravi defectu discretionis iudicii circa iura et officia matrimonialia essentialia mutuo tradenda et acceptanda». Doctores, hanc normam explicantes, expostulant triplicem facultatem in contrahente, nempe facultatem intelligendi, aestimandi et eligendi.

4. Haud raro in libello causae introductorio, ad nullitatem sustinendam, personae immaturitas adducitur. Notio haec est sat ambigua: sub aspectu psychiatrico maxime indeterminata et sub aspectu iuridico caput autonomum non constituens.

Imprimis adnotandum est notionem maturitatis esse relativam, quidem duplici sensu:

Ex una parte maturitas se refert ad evolutionem, ad maturitatem personae inde a prima infantia usque ad aetatem adultam, quin persona umquam culmen maturitatis assequatur. Quam ob rem homo a philosopho quodam rectissime «homo viator» designatur.

Ex alia parte in ipsa persona distinguantur oportet maturitas perfecta et minima. Ad matrimonium valide contrahendum namque non requiritur maturitas perfecta, sufficit maturitas minima. Tamen satis non est usu rationis gaudere. Can. 88, § 3 CIC/1917 statuit: «Impuber, ante plenum septennium [...] censetur non sui compos; expleto autem septennio, usum rationis habere praesumitur». Etsi pars usu rationis praedita est, tamen vir «ante decimum sextum aetatis annum completum, mulier ante decimum quartum item completum, matrimonium validum inire non possunt» (can. 1067, § 1).

Sic habetur mensura maturitatis minimae ad coniugium celebrandum, a quavis regione atque a quovis cultu independens. Homo, exiguo tempore post pubertatem adeptam transacto, matrimonio ineundo maturus praesumitur.

5. Iurisprudencia Nostri Fori quaedam criteria immaturitatis affectivae indicat, inter quae egocentrismus ingens, instabilitas, suggestionabilitas, mutabilitas affectionis, incapacitas tolerandi minimas frustrationes recensentur (cf. coram Palazzini, decisio diei 25 ianuarii 1977: *Ephemerides Iuris Canonici* 34 (1978), p. 146). Alibi haec criteria denuntiantur: incapacitas subordinandi passiones facultatibus superioribus, nimia dependentia a parentibus, egoismus exaggeratus et irresponsabilitas (cf. coram Pinto, decisio diei 30 iulii 1986, n. 6: «L'incapacitas (can. 1095) nelle sententiae selectae coram Pinto», a cura di P. A. Bonnet e C. Gullo, *LEV*, Città del Vaticano, 1988, 337-338). Additur incapacitas difficultates vitae superandi et interpersonalem relationem matrimonialem instaurandi (cf. coram Bruno, decisio diei 25 novembris 1983, *Venetiarum seu Veronen.*, n. 5).

Nihil est dubii, quin symptomata allata hominis immaturitatem significant, quae influxum in facultates intellectus et voluntatis exercere possunt.

Adsunt tamen duo praecipua pericula, quorum primum est discretionalitas iudicis, qui praedicta symptomata eruere et aestimare debet, alterum est, quod saepe ad modum syllogismi procedatur.

Deficientibus obiectivis immaturitatis criteriis, aestimatio ab arbitrio iudicis subiectivo pendet. Is haud raro, ad solutiones pastorales praebendas fidelibus, qui in abnormibus matrimonii conditionibus versantur, nimis leviter ex ruina connubii pro immaturitate partis vel partium iam tempore nuptiarum existenti concludit.

Saepe accidit, ut iudex per modum syllogismi ita procedat: pars est immatura. Immaturitas matrimonii nullitatem secum fert. Ergo matrimonium partis nullum declarandum est. Nemo est, qui non videat, quam longe a veritate distet hic modus res pertractandi. «Maior» plurimum a iudicio iudicis pendet. «Minor» est falsa, quia non omnis immaturitas connubii nullitatem gignit. Consequentia itaque non est concedenda.

6. Ut supra mentionata pericula evitentur, in processibus iudex plerumque via inductiva procedit. Edochemur: «Etenim considerandae sunt maturitas bio-psychica una cum pulsionibus, propensionibus, tendentiis; maturitas affectiva ut appareant carentiae in emotivis reactionibus sive per defectum (fixationes, frigiditas socialis, ariditas et passivitas) sive per excessum (anxietas immotivata, angor) sive per ambivalentiam (persistens conflictus internus, scrupulositas, repressio); maturitas intellectualis et critica: sensus enim

securitatis et autodominii dari nequit sine realistica perceptione propriae capacitatis ad obligationes implendas; maturitas volitiva seu functionalis qua quis potest in harmonica conspiratione vires psychicas componere, sive "bonum uti desiderabile" sive "bonum ut intelligibile" » (coram Colagiovanni, decisio diei 19 iunii 1979, Romana, n. 7). Passus hic duo de maturitate hominis edicit:

a) Maturitas tangit totam personam, anima et corpore unam. Affectiones vel commotiones, in se ipsis, nec bonae sunt nec malae. Eae nullam operationem propriam efficiunt ideoque non magis vel minus matura dici possunt. Matura vel immatura est sola persona. Ubi adest proiectus vitae, maturitas in hunc proiectum personae ingreditur. Qua de causa requiri nequit primum maturitas, ut electio compartis peragatur. Ad matrimonium ineundum, minima maturitas sufficit acquisita, quae tamen vita communi procedente perfectior acquirenda sit.

b) Maturitas se refert ad facultates hominis superiores intellectus et voluntatis. In huiusmodi facultates affectiones vel commotiones influxum exercere possunt, qui interdum talem gradum attingat, ut pars gravi defectu discretionis iudicii laboret.

7. Immaturitas invenitur in personis, quarum evolutio humana in iuvenili aetate defixa est, et in personis, quae ad statum psychicum antecedentem regressae sunt.

Notiones «fixatio» et «regressio» e scientia psychoanalytica depromptae sunt. Nihil est dubii, quin psychoanalysis sit scientia, sed quaestio de admissione eius conclusionum in campum iuridicum exurgit. Scitur existere legislationes civiles, quae translationem deductionum psychoanalystarum in provinciam iuris vetent.

Aliud praeterea est addendum, in quod mens ulterius intendatur: quod peculiaris momenti est nostris temporibus. Magna pars psychoanalystarum determinismo aperte adhaerent; vel, si nomine tenus libertatem admittunt, eam ita explicant, ut non nisi larvatum determinismum promoveant.

Ut ex dictis scatet, caute procedendum est, si partis immaturitas-affectiva ut nullitatis matrimonii causa proponatur. Nisi immaturitas gravem defectum discretionis iudicii in contrahente producat, de immaturitate agitur, qua omnes iuvenes laborant.

8. In causis de quibus in can. 1095 «iudex unius periti vel plurium opera utatur, nisi ex adiunctis inutilis evidenter appareat» (can. 1680). Peritia inutilis est tribus in casibus:

a) si in tabulis processualibus prostat aliquod documentum vel testimonium adeo qualificatum, cui tanta vis probationis attribuitur, ut iudex certitudinem moralem de partis incapacitate consensuali acquirat ideoque ad sententiam pro nullitate ferendam tuto procedere possit.

b) si ex adiunctis antecedentibus, concomitantibus et subsequentibus coniugii celebrationem evidenter aliqua ex incapacitatibus in citato canone indicatis eruitur.

c) si ex «actis et probatis» non nisi pro sententia negativa concludi licet. Scripta ad rem leguntur: «Quod si partium ac testium depositiones nulla signa gravis defectus discretionis iudicii in alterutra vel in utraque parte denotent, hisce in rerum adiunctis opera peritorum inutilis evidenter apparet» (coram Stankiewicz, decisio diei 20 iulii 1995, RRDec., vol. LXXXVII, p. 515, n. 25).

IN FACTO. — 9. Causa haec difformem sententiam obtinuit: negativam in prima instantia, affirmativam in altera instantia. Primae curae iudices acta diligenter examinauerunt et res tum in iure cum in facto expenderunt. Eadem dici non possunt de iudicibus appellatis. Ii nimis in depositionibus sacerdotis matrimonio assistentis consistunt et minus quam mererent cetera testimonia aestimant. Ut iam Defensor vinculi primae instantiae animadvertit partes inter se discrepare sive quoad tempus consummationis matrimonii sive quoad numeros praeparationum proximarum. Etiam testes dissentiunt.

Ad aequum iudicium ferendum omnino necesse est, ut viri vires familiares et antenuptiales ex tabulis processualibus eruantur.

Vir in numerosa familia crevit, ubi institutionem humanam et religiosam accepit. Eius pater «working in horse racing» saepe in itinere fuit. Conventus vero in civitate Ipoh nuncupata remansit, in qua «(omissis) School up to Form II» cum fructibus frequentavit. Postquam eius pater professionem suam dereliquit, filius «the type of profession» suscepit.

Vir candide fatetur suas relationes ad parentes, familiares, magistros semper «good» fuisse. Affirmat quoque ei nullam difficultatem adfuisse nectendi conversationem cum condiscipulis diversi sexus.

Ex actis emergit parentes viro celebrationem matrimonii proposuisse. Ipse, a genitoribus comitatus, mense februario anno 1970 domicilium mulieris adiit. A parentibus interrogatus: «How about

the girl? », vir nullam obiectionem erga puellam expressit. Ita voluntatem genitorum suam fecit.

Inter iuvenes amor vigebat, teste actricis matre: «I asked him about his opinion, then he said that he likes my daughter», et accedente actricis sorore: «My sister [...] began to like him and she said that she would not marry anyone else but A.».

Partes sibi fidem dederunt et celebrationem coniugii religiosam praeparaverunt

Nemo unquam infelicem matrimonii exitum praevidebat, aiente viro: «We want to get married and make our life happy and to do what we can do».

Die nuptiarum omnia rite processerunt, asserente viro «a grand affair and well attended». Coniuges domicilium in domo paterno viri constituerunt. Nulla eis adfuit difficultas quoad vitam intimam, sive quoad modum sive quoad frequentiam. Tempore procedente, varias ob causas, inter quas viri absentia a familia, contentiones ortae sunt, quae ad disruptionem insanabilem matrimonii adduxerunt, reddente convento: «I was away most of the time, not paying attention to her, not taking care of her, these were things which aggravated her. When we were not happy, we didn't brush things away, but instead we just kept away from one another».

Mulier ruinam connubii his rationibus attribuit: «My marriage broke down because of my mother-in-law's refusal of my husband to have a family life with me and does not treat me as his wife and has no concern for his son».

Ex historia igitur matrimonii nulla apparent signa certa de gravi defectu discretionis iudicii in convento. Matrimonium accusatum naufragium passum est ex causis externis, minime ex aliqua condicione viri psychologica iam tempore nuptiarum existenti.

10. Mulier in libello causae introductorio enarrat: «As I had never met or heard about him at all before this first meeting, my impression about him, his character and personality at that time, were purely what I then gathered from his appearance, composure, actions, movement etc... He appeared to be handsome, a man of good composure, of good character and personality».

Ipsa coram iudice de ingenio viri reddit: «He was handsome». Etiam: «He appeared normal». Adhuc refert actus conjugales rarissime locum habuisse, sed «I was still happy with the marriage». Post nativitatem filii vita communis deterior est facta.

«He was receding from me — ita ait actrix — he sent me out of our bed-room. I was always blamed for any and every wrongful happening in the house. I was left alone in the house to work there. I was not even allowed to visit my parents, or else there would be big quarrels. He always complained about my figure saying that I was very thin and always compared me to his younger sister, who was plumpy».

Libenter concedendum est mulierem multa adiuncta revelasse, quae vitam matrimonialem difficilem reddiderunt, sed ex factis ad ductis pro incapacitate viri consensuali concludi nequit.

11. Vir in examine iudiciali de seipso dicit: «I am a very busy man. I do a lot at travelling. I am at home for two or three days a week then I have to rush to my work the weekend. With regard to my social life, I mix mostly with my workmates».

Ipse quoad suam maturitatem patefacit: «I was perhaps mature in my work, but I was not mature enough to live on my own and to lead a married life». Instat: «I was never mature». Ad suam immaturitatem sustinendam, conventus ad aetatem appellat: «I was only 24 years old when I got married». Vir igitur octo annos aetatem legalem exsuperavit ideoque matrimonio ineundo maturus habendus erat. Haec praesumptio ex actis et probatis non destruitur.

Sub aspectu intellectivo, conventus claris verbis declarat se obligationes matrimonii essentielles novisse illasque sibi assumpsisse. Assertit: «That is why we got married in the Church at the altar. We got involved and concerned, hoping, that our marriage would work».

Sub aspectu aestimativo, vir primum occursum cum puella ita describit: «We visited her house making a proposal. She (H.) brought out a few cups of tea and layed them on the table. She (i.e. mater conventi) asked me how about the girl. I said: "I suppose there is nothing wrong with her". That was all what I said».

Sub aspectu electivo, conventus refert: «Anything we do, parents decide, and we just follow». Vir igitur voluntatem parentum observavit et libere eorum voluntatem est secutus.

Haec est conclusio: viri deliberata operatio pertinuit ad eum tamquam propria.

12. R. D. M. P., qui «the prenuptial instructions» fecit, conventum «a bit coky» considerat et diiudicat: «At the stage, I think

he was not yet ready to take the responsibilities towards marriage». Testis a patre actricis accepit hoc iudicium: «The boy seemed okay». Sacerdos, interrogatus de «basic understanding of the nature and commitment of a christian marriage», respondit: «Intellectually he might have, but I had the feeling that psychologically he was not ready for marriage».

A. J., frater conventi minor, personalitatem fratris ita describit: «He is a very hard working person who always thinks about his future. Characterwise he is a man of strong will and always believes what he says is right». Pergit: «He was mature, but I think he was not prepared enough both mentally and religiously for marriage». Addit: «His sense of responsibility to our parents and the rest of the family is good». Insuper refert: «He was normal [...]». He was very happy when the child was born». Reddit de vita comuni: «After the wedding they were normal, and there was no problem». Contentiones, quae ad disruptionem insanabilem connubii adduxerunt, inter coniuges ortae sunt, quinque vel sex annis a celebratione coniugii transactis. Testis culpam ruinae connubii mulieri attribuit, quae «refused to obey» marito.

Familiares actricis conventum maturum habent: dum pater ait: «The few times I met him, he looked very mature [...]», pingit mater virum «very sociable, outgoing except to his wife and child», deponit soror maior: «From what I came to know after the marriage, I think he was mature», et affirmat soror minor: «He seemed okay to me». Etiam: «I think he was mature and stable in this thinking and behaviour».

Adsunt igitur testes, qui virum conventum tempore nuptiarum matrimonio ineundo maturum habent. Haec testimonia magni momenti sunt. Omnes homines namque scientiam de matrimonio deque eius significatione habent.

Quoad interpretationem verbi «immaturus» infrascripti Patres plene assentiuntur iudicibus primae curae, cum scribunt: «However, the judges must remain cautious of the use of the word of “immature” in general assertion which a lay-witness may not mean what a judicial mind might take it to mean. In a lay-witness’s language “immature” or “immaturity” often refers not to an inherent defect in the act of consent but rather the lack of a greater degree of one’s sense of responsibility or of his manners, personality etc. It appears to the Judges that both, the Respondent and Rev. Fr.

M. P. referred to the latter when they spoke about being “not full mature” or “not mature enough” in giving their evidence».

13. *Universis actis pervolutis, Auditores de Turno necessarium non duxerunt opera periti vel peritorum uti. Acta enim satis ostendunt immaturitatem psychoaffectivam tempore nuptiarum talem gradum non attingisse, ut vir capacitate matrimonii contrahendi orbaretur.*

14. *Quibus omnibus tam in iure quam in facto mature perpendis, Nos infrascripti Patres de Turno pro Tribunali sedentes et solum Deum prae oculis habentes, Christi nomine invocato, decernimus, declaramus ac definitive sententiamus, dubio proposito respondententes:*

*Negative, seu non constare de matrimonii nullitate, in casu.*

*Itaque pronuntiamus atque committimus locorum Ordinariis et Tribunalium administris ad quos spectat, ut hanc Nostram sententiam definitivam notificent omnibus quibus de iure.*

Romae, in sede Romanae Rotae Tribunalis, die 22 maii 2002.

*Iosephus Huber, Ponens  
Franciscus López-Illana  
Ioannes Baptista Defilippi*

*(Omissis)*

### **Sull'immaturità, specie quella affettiva, e il suo rapporto con la nullità del matrimonio**

La sentenza *coram* Huber riportata prima contiene nell'*in iure* una chiara esposizione dei criteri giuridici con i quali deve essere affrontata la questione dell'incidenza dell'immaturità affettiva nella validità del consenso, specialmente sotto il profilo della grave mancanza di discrezione di giudizio (can. 1095, n. 2). Com'è abituale nelle decisioni sobrie e precise di cui è ponente Mons. Josef Huber, in questa sentenza dell'illustre Prelato Uditore tedesco, si riflettono sia la sua competenza giuridica che quella filosofica. Come giurista egli ha saputo unire il lavoro come giudice a quello d'indole scientifica sul matrimonio, a partire dalla sua tesi dottorale sul consenso matrimoniale in diritto romano, cui hanno seguito co-

stanti pubblicazioni matrimonialistiche, soprattutto legate alle questioni più attuali e delicate che si pongono nella Rota Romana. Sul versante filosofico, egli si ispira alla migliore tradizione scolastica e proprio perciò si mostra aperto alle vere acquisizioni scientifiche sulla psicologia umana, ma fermamente critico delle tendenze incompatibili con un'adeguata antropologia fondata sulla metafisica.

Tenuto conto della sintonia tra questa sentenza e le considerazioni che in tema di immaturità ho svolto al II Corso di aggiornamento per operatori del diritto presso i tribunali ecclesiastici, organizzato a Roma dalla Facoltà di Diritto Canonico della Pontificia Università della Santa Croce a settembre 2004, ho ritenuto utile riproporre in questa sede quelle considerazioni. Ho mantenuto la parte del mio intervento a quel Corso riguardante il rapporto tra il n. 2 e il n. 3 del can. 1095, e anche quella sull'eventuale influsso dell'immaturità sullo stesso consenso da parte di una persona capace. Benché questi temi non riguardino direttamente questa *coram* Huber, mi sembra che convenga affrontarli insieme per una trattazione complessiva della rilevanza giuridica dell'immaturità.

### 1. *Una problematica aperta.*

Tra le cause di nullità matrimoniale per incapacità, quelle per immaturità, soprattutto affettiva, sono ormai da decenni particolarmente numerose in molti Paesi. Non manca perciò una giurisprudenza della Rota Romana sull'argomento<sup>(1)</sup>.

Tuttavia, è opinione abbastanza comune che il tema non sia stato finora chiarito a sufficienza, benché dei passi avanti significativi siano stati compiuti.

---

(1) Cfr. AA.VV., *L'immaturità psico-affettiva nella giurisprudenza della Rota Romana*, a cura di P.A. Bonnet e C. Gullo, Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano 1990, con un massimario comprendente 99 sentenze tra il 1967 e il 1990, e nove sentenze integralmente pubblicate; A. STANKIEWICZ, *La Giurisprudenza della Rota Romana sull'immaturità affettiva*, in AA.VV., *Iustitia in caritate. Miscellanea di studi in onore di Velasio De Paolis*, a cura di J.J. Conn e L. Sabbarese, Urbaniana University Press, Roma 2005, pp. 357-372. Alcuni articoli recenti sintetizzano anche alcuni casi trattati dalla Rota Romana: ad es. dello stesso J. HUBER, *Die affektive Unreife als Quelle des « defectus libertatis internae »*, in AA.VV., *Plenitudo Legis Dilectio* [Studi in onore di B. Zuber-tow], Università Cattolica di Lublino, Lublino 2000, pp. 392-400; A. MENDONÇA, *Rotal Approaches to Affective Immaturity as a Cause of Consensual Incapacity for Marriage*, in *Studia Canonica*, 31 (2000), pp. 293-354.

Fra questi progressi ve n'è uno dovuto in gran parte alla stessa promulgazione della nuova norma codiciale sull'incapacità consensuale (can. 1095): oggi è convinzione unanime che l'imaturità affettiva non costituisce di per sé un capo o figura giuridico-canonica di nullità, ma rappresenta una fattispecie che può rientrare o meno in uno dei motivi previsti dalla legge canonica. In questo senso si pensa specialmente al grave difetto di discrezione di giudizio circa i diritti e doveri matrimoniali essenziali (can. 1095, 2°), oppure talvolta all'incapacità di assumere gli obblighi essenziali del matrimonio (can. 1095, 3°). Questa precisazione consente di giudicare sull'incidenza dell'imaturità alla luce di concetti propriamente giuridico-matrimoniali, come quelli adoperati dai nn. 2-3 del can. 1095 (2).

Ciò nonostante, sussiste tuttora una difficoltà pratica assai facile da percepire: sulla base di quali criteri è possibile passare dall'accertamento empirico dell'imaturità affettiva, generalmente con l'ausilio di perizie psicologiche o psichiatriche, alla constatazione della sua effettiva incidenza sul consenso matrimoniale? È possibile tradurre le diagnosi degli psicologi e degli psichiatri, fatte con le categorie delle loro scienze, in sentenze canoniche, pronunciate sulla base di concetti specificamente canonici?

Dinanzi a quesiti del genere, il magistero dei celebri discorsi di Giovanni Paolo II alla Rota Romana negli anni 1987 e 1988 (3) ha segnato un apporto importante. L'insegnamento pontificio in quei discorsi assume una linea in cui gli ambiti delle varie discipline scientifiche coinvolte vengono chiaramente differenziati, ma si riconosce nel contempo un fondamento comune che rende possibile il necessario dialogo interdisciplinare: una comune antropologia, quella cristiana, la quale include la verità naturale e soprannaturale sulla persona umana. A questo proposito, il Papa diceva: «il

---

(2) Si ricordino i tempi, prima del CIC del 1983, in cui le stesse categorie psicologiche, come quella d'imaturità affettiva, e secondo il variegato uso che ne facevano i periti, venivano adoperate direttamente quali capi di nullità. Ciò dava spazio ad un'incertezza ancor più accentuata, come si può vedere ad es. in N. PICARD, *L'imaturità e le consentement matrimonial*, in *Studia canonica*, 9 (1975), pp. 37-56. Tuttavia, questo rischio non può considerarsi del tutto superato, e può sussistere nel contesto di un'apparente utilizzo dell'approccio giuridico-canonico.

(3) 5 febbraio 1987, in *AAS*, 79 (1987), pp. 1453-1459; 25 gennaio 1988, in *AAS*, 80 (1988), pp. 1178-1185.

dialogo e una costruttiva comunicazione tra il giudice e lo psichiatra o psicologo sono più facili se per entrambi il punto di partenza si pone entro l'orizzonte di una comune antropologia, così che, pur nella diversità del metodo e degli interessi e finalità, una visione resti aperta all'altra»<sup>(4)</sup>.

I due discorsi presentano un'esposizione unitaria, in cui viene descritta la rilevanza delle basi antropologiche per l'accertamento dell'incapacità. Si evidenzia che una concezione dell'uomo chiusa alla trascendenza, in cui la visione della persona oscilla tra determinismo psichico o sociale e autoaffermazione egoistica, porta ad una concezione del matrimonio come «semplice mezzo di gratificazione o di autorealizzazione o di decompressione psicologica»<sup>(5)</sup>. In tale contesto si ignora il senso del dovere e dell'impegno coniugale, e anche quello del peccato, della lotta e della grazia divina. Ne consegue che ogni lieve riduzione della libertà viene interpretata come assenza di normalità o maturità, le quali vengono anche rapportate ad un matrimonio idealizzato nell'ottica dell'immanenza. Di conseguenza, il Pontefice mette in guardia contro l'equivoco insito nello stesso termine «maturità», poiché non si può «confondere una maturità psichica che sarebbe il punto d'arrivo dello sviluppo umano, con la maturità canonica, che è invece il punto minimo di partenza per la validità del matrimonio»<sup>(6)</sup>. In questo contesto di idee, acquista il suo significato più profondo un'altra famosa affermazione del primo di questi discorsi, secondo cui «solo la *incapacità* e non già la *difficoltà* a prestare il consenso e a realizzare una vera comunità di vita e di amore, rende nullo il matrimonio»<sup>(7)</sup>.

Questi discorsi sono stati commentati e citati spesso<sup>(8)</sup>. Tuttavia, la mia impressione è che nella letteratura canonistica sul

(4) Discorso del 5 febbraio 1987, cit., n. 3.

(5) *Ibidem*, n. 5.

(6) *Ibidem*, n. 6.

(7) *Ibidem*, n. 7.

(8) Tra i primi commenti, cfr. quelli di G. VERSALDI: *Momentum et consecraria Allocutionis Ioannis Pauli II ad Auditores Romanae Rotae diei 5 februarii 1987*, in *Periodica*, 77 (1988), pp. 109-148; Id., *Animadversiones quaedam relate ad Allocutionem Ioannis Pauli II ad Romanam Rotam diei 25 ianuarii 1988*, in *Periodica*, 78 (1989), pp. 243-260; J.T. MARTIN DE AGAR, *L'incapacità consensuale nei recenti discorsi del Romano Pontefice alla Rota Romana*, in *Ius Ecclesiae*, 1 (1989), pp. 395-422. Fra la letteratura successiva cfr. N. SCHÖCH, *Die kirchenrechtliche Interpretation der Grundprinzipien der christlichen Anthropologie als Voraussetzung für die ehhezprozessrechtliche Beurteilung*

tema<sup>(9)</sup> e nei processi di nullità, pur senza negare esplicitamente l'orientamento dei discorsi, anzi citandoli più di una volta, l'impostazione più diffusa sia rimasta piuttosto un'altra.

Cercherò di descrivere la tendenza di pensiero che mi sembra attualmente più abituale negli scritti dei canonisti. Le tappe logiche che vengono di solito percorse sono: descrizione dell'affettività e del suo sviluppo nell'uomo; presentazione delle caratteristiche dell'imaturità affettiva (chiamata a volta anche psico-affettiva o semplicemente psichica<sup>(10)</sup>); infine, determinazione delle ipotesi in cui tale immaturità può intaccare la validità del consenso.

Spesso viene descritta l'affettività come colorito o tono, gradevole o sgradevole, che accompagna l'intera vita umana. Si distinguono poi diversi componenti dell'affettività: emozioni, sentimenti e passioni (rilevando però che in fondo essi altro non sono che tipi fenomenici di una medesima realtà), e se ne evidenzia l'influsso sulle altre facoltà umane, in particolare sull'intelletto e sulla volontà. L'imaturità affettiva appare come una situazione in cui la persona non si è sviluppata in tale dimensione in modo adeguato a ciò che dovrebbe essere proprio della sua età, e presenta pertanto tratti di infantilismo. Tali tratti vengono enumerati più o meno così: l'instabilità affettiva, la dipendenza affettiva rispetto ai genitori, l'egocentrismo — sottolineato spesso come specialmente rilevante, in quanto tutto viene considerato in rapporto esclusivo al proprio io —, l'insicurezza, la carenza di realismo nei giudizi sulla

---

*der psychischen Ebekonsensunfähigkeit: eine kanonistische Studie unter besonderer Berücksichtigung der päpstlichen Allokutionen und der Judikatur der Römischen Rota*, P. Lang, Frankfurt am Main [etc.] 1999. Uno studio recente mostra l'influsso della dottrina esposta dal Papa sulla giurisprudenza rotale ed avanza proposte operative affinché i giudici tengano maggiormente conto del fondamento antropologico delle perizie: C. IZZI, *Valutazione del fondamento antropologico della perizia*, Lateran University Press, Roma 2004.

<sup>(9)</sup> Cfr. ad es. S. PANIZO ORALLO, *La inmadurez de la persona y el Matrimonio*, Publicaciones Universidad de Salamanca, Salamanca 1996; Angelo D'AURIA, *Il difetto di libertà interna nel consenso matrimoniale come motivo di incapacità per mancanza di discrezione di giudizio*, Pontificia Università Lateranense-Mursia, Roma 1997, pp. 117-126; e J.J. GARCÍA FAILDE, *Nuevo estudio sobre trastornos psíquicos y nulidad del matrimonio*, Publicaciones Universidad Pontificia, Salamanca 2003, pp. 482-513.

<sup>(10)</sup> In realtà, sotto la denominazione di «immaturità», in diritto matrimoniale canonico, si considera generalmente solo quella d'indole affettiva, il che naturalmente non esclude che altre specie d'immaturità (intellettuale, sessuale) possano influenzare la validità del matrimonio.

vita e nel modo di superare le difficoltà dell'esistenza, la mancanza di responsabilità, ecc. Infine, si cerca di spiegare come questa immaturità in casi gravi possa dar luogo ad un per l'appunto grave difetto di discrezione di giudizio, giacché la persona può essere incapace di deliberare sufficientemente sulla realtà del matrimonio, oppure può mancare di sufficiente libertà interna per dominare i suoi impulsi affettivi. Inoltre, il soggetto affettivamente immaturo, pur essendo capace di intendere e di volere il matrimonio, potrebbe essere incapace di assumere gli obblighi matrimoniali, qualora per il suo egocentrismo non fosse in grado di donarsi all'altra parte, o non potesse vivere tali obblighi per mancato controllo della sua sfera affettiva.

Siffatta maniera di impostare la questione lascia un ampio spazio alla valutazione del giudice, uno spazio però in cui la legittima discrezionalità propria delle decisioni eminentemente prudenziali rischia di trasformarsi in arbitrarietà. Malgrado la ricorrente precisazione secondo cui non ogni immaturità affettiva è causa d'incapacità consensuale, di fatto viene a crearsi una situazione in cui, non solo per le difficoltà inerenti alla prova, ma soprattutto in considerazione della difficoltà di stabilire dei parametri generali di maturità, il compito del giudice sembra dipendere troppo da valutazioni soggettive. Il rischio che attualmente tale soggettività si lasci condizionare dal desiderio di risolvere pastoralmente una crisi matrimoniale, con la conseguente relativizzazione del senso della verità, è più che confermato dall'esperienza. Tuttavia, non sono nemmeno da escludere atteggiamenti opposti, altrettanto infondati, che rifiutino quasi per principio ogni dichiarazione di nullità per immaturità. Risulta perciò necessario proseguire nello sforzo di trovare soluzioni oggettive, che accertino davvero ciò che è giusto in ogni caso.

## 2. *Alla ricerca di vie di soluzione.*

In questa seconda parte della mia esposizione cercherò di indicare alcune vie che, a mio parere, possono essere utili per superare le attuali incertezze, ridando unità di fondo ai criteri dottrinali e giurisprudenziali. La prospettiva delle mie riflessioni sarà quella della conoscenza giuridico-canonica, in particolare al livello fondamentale. Intendo cioè cercare l'impostazione di fondo che sia più adeguata all'essenza del matrimonio. Un tale approccio potrebbe

apparire a prima vista poco pratico, ma sono convinto che si possa rivelare efficace, semplicemente perché mette più in risalto la verità essenziale sul matrimonio. In questo modo, gli apporti validi della psicologia e della psichiatria, nonché l'autentica prudenza canonica, possono trovare delle basi solide per arrivare alla verità nel caso singolo.

Esporrò queste vie di soluzione mediante l'enunciato di alcune tesi, seguite da un breve commento. Non pretendo di offrire una trattazione esauriente, ma solo degli spunti un po' frammentari, benché sorretti da alcune idee di fondo.

### 2.1. *La maturità affettiva è un aspetto o dimensione della maturità personale complessiva.*

Questa prima tesi può sembrare ovvia, ma forse non lo è poi così tanto. In effetti, mi pare che talvolta non si tenga conto a sufficienza di questo aspetto, dal momento che l'affettività appare quasi come un'entità autonoma, il cui grado di sviluppo potrebbe verificarsi ed essere accertato indipendentemente da altri aspetti della maturità della persona. L'affettività tende ad apparire così come una sorta di meccanismo che funzionerebbe separatamente dalla realtà integrale della persona.

Questa analisi così settoriale dell'affettività ostacola la comprensione realistica dei fatti. Ad es. facilmente si tende a considerare che alcuni traumi infantili possano aver segnato irreparabilmente la persona sotto il profilo affettivo, oppure che alcune reazioni anomale episodiche davanti a stimoli eccezionali possano considerarsi espressioni d'immaturità psichica<sup>(11)</sup>. Nel contempo, senza arrivare a negare che la persona possa dominare le sue reazioni emotive, si accentua eccessivamente il loro influsso sulla libertà, come se si trattasse di forze che abitualmente influiscano in modo determinante o quasi sull'attività umana.

Andrebbe invece maggiormente sottolineato che i concetti di maturità e di immaturità hanno senso esclusivamente in rapporto alla persona umana in quanto tale. L'affettività, presa isolatamente,

---

<sup>(11)</sup> Previene contro la mera rilevazione di « sintomi » d'immaturità, scollegati da una visione complessiva e strutturale della persona e delle sue facoltà naturali, P. BIANCHI, *Quando il matrimonio è nullo? Guida ai motivi di nullità matrimoniale per pastori, consulenti e fedeli*, Ancora, Milano 1998, pp. 194-195.

non è matura o immatura; lo è solo in quanto si rapporta all'insieme della persona<sup>(12)</sup>, e ciò ha luogo sempre attraverso la connessione con le facoltà propriamente spirituali dell'uomo, ossia con l'intelligenza e la volontà. Nell'affettività, ma anche nell'ambito della conoscenza, si scopre facilmente l'unità corporeo-spirituale dell'uomo, poiché nei sentimenti, emozioni e passioni restano coinvolti sia gli appetiti sensibili che la volontà. Anzi, vi è una tale compenetrazione ed intreccio tra queste varie facoltà da non consentire di operare tagli netti, che denoterebbero una visione dualista dell'uomo. Nel contempo, non si può oscurare il primato delle facoltà propriamente personali; e risulta fuorviante collocarvi accanto dei requisiti affettivi, come se si trattasse di componenti sconnessi che andrebbero semplicemente sommati. Con ciò non voglio negare né diminuire l'influsso dell'affettività sugli atti umani, ma desidero sottolineare che il punto di riferimento per misurare tale influsso non può essere altro che lo stesso atto umano complessivamente risultante. Infatti, l'eventuale ripercussione negativa dell'affettività sulla maturità matrimoniale si dovrà riscontrare in mancanze nell'attività delle stesse facoltà d'intendere e di volere (senza ovviamente voler dimenticare la grande rilevanza positiva dell'affettività nel processo che porta all'unione matrimoniale, nell'atto stesso di sposarsi e nella vita coniugale). A prescindere dalle denominazioni che si vogliono adoperare, è chiaro che in questo caso ci sarà una vera anomalia psichica, la quale, per il fatto di dar luogo a quelle mancanze nell'intendere e nel volere, deve essere considerata grave agli effetti matrimoniali<sup>(13)</sup>.

Non intendo dilungarmi su tale questione. Vorrei soltanto sottolineare che un'adeguata comprensione sia dell'affettività che della maturità richiede il concorso armonico delle varie prospettive di

---

(12) È questa la tesi che sorregge l'ottimo libro di F. RODRÍGUEZ QUIROGA, *La madurez afectiva*, Promesa, San José de Costarrica 2002.

(13) Com'è ovvio, la valutazione della gravità dell'anomalia psichica, e lo stesso giudizio circa l'esistenza di una vera anomalia, si realizzano qui nella prospettiva della conoscenza canonico-matrimoniale, e sono pertanto in relazione con ciò che essenzialmente è il matrimonio, tenendo conto del patrimonio filosofico e teologico di cui si serve la Chiesa in questa materia. Certamente i contributi della psicologia e della psichiatria sono molto utili, ma solo nella misura in cui si sintonizzano e si mettono in rapporto con quel punto di vista propriamente matrimoniale. È completamente fuorviante il tentativo di trasferire semplicisticamente le categorie e le valutazioni di quelle scienze al campo delle nullità matrimoniali.

conoscenza coinvolte, secondo quel modello di interdisciplinarietà lucidamente auspicato dai ricordati discorsi di Giovanni Paolo II. Il realismo che sorregge l'autentico approccio interdisciplinare permette di diffidare di ogni scienza empirica sull'uomo che neghi o si chiuda di fronte alla visione personale dell'uomo stesso, con la sua portata metafisica, etica e giuridica. Ciò non vuol dire dimenticare la specificità della psicologia o della psichiatria, ma implica riconoscere la loro intrinseca dipendenza da basi filosofiche e teologiche che risultano necessarie per un'adeguata fondazione e che comunque, in un senso o in un altro, sono sempre implicite ed operativamente presenti. Per contro, il discorso filosofico e teologico sulla persona umana si arricchisce mediante il contatto permanente con tutto ciò che mostrano le scienze empiriche sull'uomo. In definitiva, l'apertura alla realtà è il criterio fondamentale che assicura la validità e la fecondità di ogni tipo di conoscenza, e rende consapevoli dei limiti delle singole discipline, per indirizzarle verso vitali rapporti interdisciplinari<sup>(14)</sup>.

A motivo di questa prima tesi, nel prosieguo di queste riflessioni parlerò piuttosto di maturità per sposarsi in generale, anziché di maturità affettiva. Mi pare che quest'ultima dizione tenda ad alimentare un'ottica in cui tale dimensione si separa e quasi si spersonalizza.

2.2. *La maturità richiesta è capacità minima per sposarsi, non abilità per la realizzazione perfetta della vita coniugale.*

Quando ci si pone nell'ottica dell'accertamento della validità del matrimonio, è ovvio che la maturità deve intendersi come capacità minima. Malgrado quest'affermazione sia condivisa nell'ammissione alla celebrazione, penso che essa sia invece spesso persa di vista nei processi matrimoniali.

---

<sup>(14)</sup> Nell'ambito filosofico, sfruttano quest'apertura interdisciplinare A. MALO, *Antropologia dell'affettività*, A. Armando, Roma 1999; e F. RODRÍGUEZ QUIROGA, *La dimensión afectiva de la vida*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Navarra, Pamplona 2001. Per impostazioni metafisiche sulla maturità per sposarsi nell'ottica di una psicologia aperta ai fondamenti metafisici sulla persona umana e sul matrimonio, cfr. A. POLAINO-LORENTE, *Amore coniugale e maturità personale: fattori psicologici e psicopatologici*, trad. it., San Paolo, Cinisello Balsamo 1994; e G. VERSALDI, *L'approccio interdisciplinare al matrimonio: luci ed ombre. La Psicologia*, in AA.VV., *Il diritto canonico nel sapere teologico. Prospettive interdisciplinari*, a cura del Gruppo Italiano Docenti di Diritto Canonico, Glossa, Milano 2004, pp. 115-126.

Gli equivoci in agguato sono presenti nello stesso linguaggio adoperato. Debbo confessare che l'uso canonistico del termine «maturità» come espressione di capacità, pur con tutte le opportune cautele (dicendo ad es. che è relativa al matrimonio, o che lo è solo in senso canonico, e via dicendo), mi pare poco felice. I rischi di confusioni nel dialogo con la psicologia sono evidenti, poiché se ciò che si esige per sposarsi viene denominato dai canonisti «maturità», è poi difficile chiedere ai periti che si concentrino su un aspetto diverso da quello che gli stessi periti intendono per maturità psichica. Ma forse la maggiore difficoltà deriva dal significato che ha la parola «maturità» nell'uso corrente. Riferita alle persone umane, essa allude al periodo della vita che si situa tra la giovinezza e la vecchiaia. Ora è chiaro che normalmente le persone si sposano prima di pervenire a quella maturità, e cioè quando sono ancora giovani. Anzi, il matrimonio di persone in età comunemente detta «matura» pone dei problemi speciali.

La maturità evoca una certa perfezione o pienezza, più in rapporto con la realizzazione che con la costituzione del matrimonio. In questo senso, bisogna evitare ogni indebita confusione tra l'esistenza del matrimonio e la sua tensione finalistica verso una piena realizzazione, che su questa terra si cerca sempre attraverso lo sforzo perseverante, sapendo mettere a frutto le difficoltà e i limiti, anche morali, delle persone. Molto fuorviante è invece presentare il matrimonio come cammino per esseri che sarebbero al di sopra delle comuni miserie umane; e anche il descrivere il matrimonio sacramentale come se appartenesse ad un mondo speciale, abitato solo da persone di profonda spiritualità, dotate di tutte le virtù immaginabili che li rendono pienamente felici in maniera quasi automatica. Anche della felicità coniugale, che rientra certamente nei piani di Dio per ogni coppia, bisogna avere un'immagine reale, che tra l'altro non dimentichi la partecipazione alla Croce di Cristo, la necessità di comprendere e di perdonare<sup>(15)</sup>.

---

<sup>(15)</sup> Questo realismo è molto presente nella predicazione di S. Josemaría Escrivá, proprio quando spiega il modo di vivere la chiamata universale alla santità nel matrimonio e nella famiglia. In un'omelia del 1970 egli diceva: «Durante la nostra vita sulla terra, il dolore è la pietra di paragone dell'amore. In modo plastico potrei dire che nel matrimonio c'è un dritto e un rovescio. Da una parte, la gioia di sapersi amati, l'entusiasmo di edificare e di consolidare una famiglia, l'amore coniugale, la consolazione di veder crescere i figli. Dall'altra, dolori e contrarietà, il trascorrere del tempo che logora i corpi e

2.3. *La maturità per sposarsi ha come punto di riferimento essenziale la capacità di stringere il patto coniugale e di consumarlo.*

Questa terza tesi risulta forse più problematica delle precedenti, giacché anche sotto il profilo dottrinale il diritto matrimoniale canonico è stato e continua ad essere dominato da un'idea opposta, quella cioè secondo cui la maturità dovrebbe rapportarsi alla vita coniugale e misurarsi in funzione di essa, non essendo sufficiente la capacità per contrarre matrimonio. La previsione codiciale dell'incapacità di assumere gli obblighi essenziali (cfr. can. 1095, 3°), nonostante sia collocata nell'ambito consensuale, sembra essere la conferma legislativa più evidente di questa concezione.

Non intendo tornare qui su questo problema<sup>(16)</sup>. Vorrei fare soltanto alcune osservazioni nella prospettiva della maturità.

Anzitutto, mi pare che riferire la maturità alla vita coniugale lasci nell'incertezza. Infatti, la vita coniugale è di per sé una realtà esistenziale che ammette molte modalità e gradi di realizzazione. È vero che, per accertare la maturità, si vuol ricorrere a ciò che sarebbe l'essenza della vita coniugale, concepita come minimo necessario. Tuttavia, come preciserò più avanti, non vedo come si possa parlare di un *altro* minimo di capacità di vivere il matrimonio diverso da quello che si richiede per contrarlo. In realtà però il minimo richiesto è spesso concepito, non tanto sul piano della capacità vera e propria, quanto su quello della realizzazione esistenziale, più o meno idealizzata. In particolare, si tende ad includere nel modello di riferimento l'assenza di un fallimento più o meno

---

minaccia di inacidire i caratteri, l'apparente monotonia dei giorni che sembrano sempre uguali».

«Avrebbe un ben povero concetto del matrimonio e dell'affetto umano chi pensasse che, nell'urto contro queste difficoltà, l'amore e la gioia vengano meno. È proprio allora, invece, che i sentimenti che animavano quelle creature rivelano la loro vera natura, che la donazione e la tenerezza si rafforzano e si manifestano come affetto autentico e profondo, più potente della morte (cfr. *Ct* 8, 6).» (*È Gesù che passa*, trad. it., Ares, Milano 2000 — 1ª ed., 1974 —, n. 24).

<sup>(16)</sup> Rimando a quanto ho scritto in *Riflessioni sulla capacità consensuale nel matrimonio canonico*, in *Ius Ecclesiae*, 6 (1994), pp. 449-464; e *La capacità matrimoniale vista alla luce dell'essenza del matrimonio*, in *Ius Ecclesiae*, 14 (2002), pp. 623-638. Inoltre, nella stessa lunghezza d'onda cfr. anche la monumentale opera di E. TEJERO, *¿Imposibilidad de cumplir o incapacidad de asumir las obligaciones esenciales del matrimonio?: historia, jurisprudencia, doctrina, normativa, magisterio, interdisciplinariedad y psicopatología incidentes en la cuestión*, Navarra Gráfica Ediciones, Pamplona 2005.

prolungato, nella misura in cui tale fallimento viene sovente interpretato in chiave di mancata capacità.

D'altra parte, mi pare che il riferimento al patto coniugale possa non risultare del tutto convincente per alcuni a motivo di una loro visione impoverita dello stesso patto. Siamo abbastanza abituati a concepire quel patto, e in particolare il consenso matrimoniale quale suo nucleo, in un modo piuttosto disincarnato. Il modello dei contratti patrimoniali, aventi degli oggetti estrinseci alle parti, pesa ancora troppo sul modo di comprendere lo sposarsi, malgrado tanti sforzi per superarlo. Perciò, il consenso appare come un momento isolato, inteso per lo più in chiave volontaristica ed intellettualistica, e cioè di una volontà e di un intelletto che non rimandano alla realtà pratica delle persone e della loro unione. È vero che il consenso segna il momento della nascita del vincolo (per cui non si può concepire una sorta di consenso *in fieri*), e che il vincolo è frutto delle persone essenzialmente mediante le loro volontà illuminate dalle intelligenze. Ma queste verità non possono far dimenticare che il consenso matrimoniale s'inserisce nello svolgimento storico reale del processo che ha portato l'uomo e la donna al matrimonio<sup>(17)</sup>, e che sposarsi è un atto che coinvolge agli effetti coniugali tutta la persona, anche il suo corpo e naturalmente la sua affettività.

Inteso in questo modo realistico, il patto coniugale riacquista la sua funzione di unico punto di riferimento essenziale per accertare la capacità. Da un lato, la sua analisi giudiziaria deve tener conto dell'intera vicenda della vita dei coniugi, prima e dopo le nozze, perché è solo così che si può penetrare dall'esterno, nei limiti del possibile, nella realtà umana del matrimonio *in fieri*, e pronunciarsi sulla sua invalidità o meno. Dall'altro, tutte le dimensioni della persona, specialmente quelle affettive e sessuali, vanno considerate, semplicemente perché solo in tale modo è possibile cogliere la verità dello stesso consenso matrimoniale delle persone umane.

---

<sup>(17)</sup> La visione dinamica dell'amore coniugale si trova specialmente messa a fuoco nei lavori più recenti di P.J. VILADRICH: cfr. ad es. *El amor conyugal entre la vida y la muerte. La cuestión de las tres grandes estancias de la unión* (Lección inaugural del curso académico 2003-04, Universidad de Navarra), in *Ius Canonicum*, 44 (2004), pp. 17-67, 439-513.

A mio avviso, si può affermare che il possesso della capacità per contrarre matrimonio è l'unica via che consente di accertare che le persone al momento delle nozze sono in condizioni minime di vivere la loro unione. In effetti, una volta che le persone si sono davvero date ed accettate come marito e moglie, esse hanno mostrato di possedere le risorse essenziali, proprio in quanto persone, per vivere matrimonialmente. Bisogna insistere sul fatto che la capacità di sposarsi e quella di vivere da sposati appartengono al medesimo piano, cioè a quello propriamente umano, retto dalle facoltà personali dell'intelletto e della volontà (sebbene ovviamente la seconda di quelle capacità possa venire a mancare dopo il patto coniugale per motivi sopravvenuti che non intaccano la validità del matrimonio già contratto). Anzi, rettamente inteso, il patto coniugale risulta certamente molto più espressivo di quel dominio su di sé che caratterizza l'attività propria della persona umana, che non qualunque atto od omissione richiesto per vivere come marito e moglie o come genitori. In effetti, rendersi conto di ciò che è il matrimonio e volerlo assumere liberamente è la più efficace prova di potersi impegnare responsabilmente a vivere il matrimonio.

A mio parere, il ruolo del consenso nella tradizione canonica spiega il perché essa, al di fuori del caso dell'impotenza, nel quale si tratta di una capacità diversa d'ordine anche fisico, non abbia fatto ricorso in materia matrimoniale all'accertamento di una impossibilità di adempiere diversa da quella richiesta per la consumazione del matrimonio. Non è legittimo ricorrere in questo caso all'aforisma *ad impossibilia nemo tenetur*, perché l'esistenza dello stesso patto coniugale nella sua realtà antropologico-giuridica implica l'esistenza della possibilità di vivere il matrimonio (a meno che i contraenti diventino in seguito incapaci di vivere il connubio, il che peraltro non altera il loro vincolo coniugale). Al contrario, se si esige una qualche capacità attuativa del patto, ciò significa introdurre un nuovo requisito di capacità, che non è più né il consenso né la consumazione. Questo nuovo requisito rappresenta un'estensione analogica della *potentia coeundi*<sup>(18)</sup>, in quanto viene conce-

---

(18) Non va dimenticato che prima del CIC del 1983 alcuni prospettarono una *impotentia moralis*, come ampliamento, in chiave di impedimento, dell'impotenza fisica. La proposta non prosperò, ma essa ha avuto un influsso certamente non trascurabile nell'interpretazione del can. 1095, 3°.

pito quale abilità che non dipende solo dalla volontà degli sposi. Tale nuova capacità non sarebbe più delimitata in funzione di un atto concreto, com'è l'atto coniugale consumativo del matrimonio, il che mostra già la grande incertezza cui si va incontro. Ma vi è una considerazione più decisiva: impostata come capacità che va oltre quella richiesta per il consenso, in realtà essa non si considera più come una capacità per porre atti umani, bensì come una sorta di attitudine passiva ad una realizzazione esistenziale come coppia.

Convieni tenere presente che la legislazione positiva può legittimamente esigere di più, stabilendo per la validità o per la liceità dei requisiti di convenienza per garantire meglio la riuscita della vita matrimoniale. Il minimo essenziale, quale unico punto di riferimento possibile per misurare la capacità, rimane però quello richiesto per lo stesso patto coniugale<sup>(19)</sup>.

Quest'ottica comporta ovviamente una determinata interpretazione del can. 1095, 3°. A mio parere, la distinzione tra il n. 2 e il n. 3 sta proprio a ricordare la realtà integralmente umana del consenso, la cui attualizzazione non può mai essere concepita in termini meramente intellettualistici e volontaristici (come potrebbe

---

<sup>(19)</sup> Questa distinzione tra la maturità di diritto naturale per prestare il consenso e l'ulteriore maturità che storicamente può essere richiesta dalla legge positiva come questione di convenienza, si trova molto chiaramente esposta da J. HERVADA, *Essenza del matrimonio e consenso matrimoniale* (1982), in Id., *Studi sull'essenza del matrimonio*, Giuffrè, Milano 2000, pp. 305-312. In questo senso appare problematico il trarre deduzioni sulla capacità consensuale dalle norme positive vigenti circa l'età per sposarsi. Senza disconoscere i problemi reali di maturazione dei giovani in molte società attuali, problemi che vanno certamente considerati al momento di giudicare i casi concreti, la presunzione generale (*iuris, non de iure*) in materia consensuale non può essere altra che quella basata sullo sviluppo naturale, cioè il tradizionale criterio della pubertà. Credo che il fatto di riferire questo criterio al solo aspetto intellettuale, come avviene nel CIC (cfr. can. 1096 § 2), si spieghi quale residuo del precedente intellettualismo nella dottrina e nella legislazione canonica. Sulla vigenza del criterio della pubertà come misura di capacità, abbandonato da approcci che non apportano punti realistici di riferimento, cfr. J. CARRERAS, *L'antropologia e le norme di capacità per celebrare il matrimonio (i precedenti remoti del canone 1095 CIC '83)*, in *Ius Ecclesiae*, 4 (1992), pp. 81-90. Tuttavia, nell'uso pratico del criterio della pubertà non si può perdere di vista la situazione culturale realmente esistente, che in alcuni ambienti può dar luogo ad un ritardo generalizzato della maturità della persona per sposarsi (ritardo culturale che probabilmente risulta piuttosto negativo per lo sviluppo complessivo della persona, giacché comporta una dilazione eccessiva nell'assunzione di responsabilità e nell'esercizio di una legittima autonomia rispetto alla famiglia di origine).

far supporre un'indebita interpretazione del requisito della discrezione di giudizio). *De lege ferenda* converrebbe però cercare una formula che escludesse più chiaramente l'interpretazione autonoma dell'incapacità di assumere gli obblighi matrimoniali essenziali. Tale interpretazione autonoma facilita la sua estrapolazione in riferimento a svariati modelli di vita coniugale vissuta, ed è alla base di talune proposte, come quella dell'incapacità relativa, che hanno senso unicamente se la capacità o l'incapacità si possono dedurre dalla vicenda empirica del rapporto esistenziale della coppia.

Insieme alla capacità di stringere il patto matrimoniale, la maturità per sposarsi comprende pure la capacità di consumare l'unione mediante l'atto coniugale. Ritengo che converrebbe tornare a considerare insieme queste diverse dimensioni della capacità<sup>(20)</sup>. Senza approfondire un tema che è certamente complesso, mi pare che anche quest'aspetto della capacità matrimoniale ha bisogno di essere ricondotto al momento fondazionale del patto, per concepirlo cioè quale capacità consumativa, ovvero assenza dell'impedimento di impotenza. Rapportare invece la capacità nell'ambito sessuale alla possibilità di avere stabilmente rapporti coniugali dotati di determinate caratteristiche sul piano affettivo, significherebbe applicare in quest'ambito l'indebita interpretazione del can. 1095, 3°, concepito in chiave di vita coniugale. In tal modo, si stravolge il senso dell'impedimento — che riguarda solo la consumazione — e si introduce un criterio di validità che non si trova più nell'ambito della capacità consensuale, bensì in quello della realizzazione esistenziale del matrimonio.

#### 2.4. *La maturità per il matrimonio non solo riguarda la capacità per sposarsi, ma anche ciò che si richiede affinché i contraenti scoprano*

---

<sup>(20)</sup> Esempio in questo senso la dottrina del decretista Rufino, che nel presentare un elenco di impedimenti (in senso molto ampio), parlava dell'«impossibilitas conveniendi», e distingueva tre casi: «impossibilitas conveniendi animo et corpore: ut in pueris et puellis», «impossibilitas conveniendi animo: ut in furiosis», «impossibilitas conveniendi corpore: ut in frigidis et maleficiis impeditis». Cfr. il risultato della collaborazione di uno storico del diritto canonico, Enrique de León, e di un matrimonialista, Joan Carreras: E. DE LEÓN-J. CARRERAS, *La glossa 'impossibilitas conveniendi' di Rufino (C.27 pr.)*, in *Proceedings of the Tenth International Congress of Medieval Canon Law* (Syracuse, New York, 13-18 august 1996), ed. K. Pennington-S. Chodorow-K.H. Kendall, Monumenta Iuris Canonici, Series C: Subsidia, vol. 11, Biblioteca Apostolica Vaticana, Città del Vaticano 2001, pp. 111-134.

*mediante il loro intelletto pratico ed accolgano nella loro libera volontà l'essenza della realtà naturale matrimoniale.*

Con questa formulazione si passa da una questione di capacità ad un'altra, di natura diversa, riguardante l'effettiva prestazione del consenso. Ritengo che una considerazione realistica di questa problematica, pur cercando di non confondere le diverse ipotesi, consiglia fortemente di non perdere di vista l'insieme<sup>(21)</sup>.

Scoprire nell'intelletto pratico ed accogliere mediante una libera decisione ciò che è essenzialmente il matrimonio può essere visto anche nella prospettiva della maturazione della persona. È un aspetto che forse è stato alquanto trascurato, perché la conoscenza della natura del matrimonio veniva piuttosto considerata come una questione teorica. In realtà si tratta di un problema di conoscenza pratica (e l'ermeneutica del can. 1096 ne deve tener conto). È infatti possibile che si sia più o meno informati sulla dottrina cattolica sul matrimonio, ma che la si reputi una teoria piuttosto irrealizzabile, e comunque non operativamente attuabile nel rapporto con l'altra parte. Ciò comporta un vero errore, perché la stessa dimensione dell'impegno non viene afferrata quale aspetto essenziale di ciò che è voluto. Tale fenomeno dipende soprattutto da fattori educativi e culturali: le persone prive di modelli veramente matrimoniali nella propria famiglia d'origine o fra le conoscenze più immediate, o che sono profondamente influenzate da modelli opposti al matrimonio e alla famiglia, si trovano in una situazione di particolare difficoltà per rendersi conto del bene dell'unione coniugale nonché della sua praticabilità. Perciò, il vero matrimonio risulta per loro qualcosa di sconosciuto, cui si sostituisce un modello sostanzialmente diverso di unione tra uomo e donna.

Dietro questi fenomeni è facile trovare proprio una mancanza di maturità della persona per ragioni d'indole affettiva. Quei pregiudizi contro la realtà matrimoniale sono molto probabilmente in simbiosi con ciò che gli psicologi chiamano egocentrismo. I rapporti uomo-donna vengono allora instaurati secondo una logica più

---

<sup>(21)</sup> Questo approccio si trova nell'articolo, frutto del concorso di un canonista, Ignatius Gramunt, e di uno psicologo, Leroy A. Wauck: I. GRAMUNT-L.A. WAUCK, «*Lack of Due Discretion*»: *Incapacity or error?*, in *Ius Canonicum*, 32 (1992), pp. 533-558.

o meno consapevole di utilizzo mutuo per l'autosoddisfazione, e manca quel minimo di oblatività che si richiede per il patto coniugale. Perciò, il vero amore uomo-donna è il grande assente, e nella storia di tale amore non trova più posto la mutua donazione matrimoniale delle persone né l'amore coniugale che ne deriva come dovuto. Con queste osservazioni non intendo sostenere che in tali casi il problema affettivo di per sé determinerebbe la nullità matrimoniale, quasi come se riproporessi il requisito di un amore affettivo accanto a quello del consenso: la rilevanza dell'egocentrismo agli effetti della validità del matrimonio consiste proprio nel suo essere ostacolo a quell'atto di amore, essenzialmente della volontà, che è lo stesso consenso.

Sembrirebbe possibile trattare questi casi sotto il profilo dell'incapacità consensuale, magari per motivi d'indole morale. Ciò però metterebbe insieme due tipi di situazioni assai dissimili: quelle in cui vi è un problema psichico che rende impossibile il consenso, e quelle in cui una persona psichicamente normale non vuole emetterlo perché il matrimonio non rientra nel suo orizzonte pratico. Certamente esistono dei collegamenti tra la sfera psichica e quella morale, potendosi ad es. esserci qualche volta delle ripercussioni psichiche derivanti da comportamenti immorali. Tuttavia, anche in quel caso la distinzione conserva la sua validità: unicamente il problema psichico determinerà una vera incapacità consensuale. L'altro caso potrebbe essere denominato d'immaturità, tenendo conto dell'insieme dello sviluppo umano, in cui la mancata identificazione pratica del matrimonio è certamente una situazione anomala, in contrasto con una inclinazione naturale. Ciò nonostante, non si tratta di una incapacità, poiché la persona rimane in grado di scoprire ed accogliere tale inclinazione, malgrado le più o meno gravi difficoltà personali per problemi culturali, morali, spirituali, ecc. Parlare in tali casi di incapacità favorirebbe un'indebita deresponsabilizzazione, certamente falsa nonché offensiva nei confronti degli stessi interessati. Perciò, l'eventuale nullità dovrebbe essere inquadrata nei canoni che riguardano i requisiti intellettuali e volitivi del consenso.

Conviene dunque distinguere tra i casi in cui l'immaturità comporta una vera incapacità psichica, da quegli altri in cui ciò che manca è il conoscere e volere il matrimonio<sup>(22)</sup>. Una simile di-

---

(22) In questi casi potrebbero verificarsi sia la figura dell'errore di diritto deter-

stinzione aiuterà a impostare meglio l'istruttoria, e soprattutto consentirà di svolgere nel modo più adeguato l'opera di riconciliazione ed eventuale convalidazione, nonché quella di prevenzione delle nullità in sede di ammissione alle nozze. Infatti, è indubbio che trattandosi di soggetti capaci si potrà e si dovrà svolgere più facilmente un'opera tendente proprio ad aiutare a scoprire il bene del matrimonio e l'inclinazione ad esso che tutti naturalmente abbiamo.

In questo contesto si può accennare ad una questione dibattuta circa l'immatunità affettiva. Essa si può formulare in questo modo: occorre che l'immatunità invalidante sia accompagnata da altre anomalie psichiche, o è invece possibile che la sola immaturità, senza altre anomalie e per problemi cioè legati esclusivamente all'età del contraente, costituisca una base fattuale sufficiente per accertare un consenso nullo? <sup>(23)</sup> Nel secondo caso vi sarebbe dunque una maturazione ritardata rispetto allo sviluppo normale, e perciò l'immatunità sarebbe transitoria. Non sono in grado di pronunciarmi sulla questione di fatto. L'essenziale però rimane sempre l'accertamento degli effetti di tale immaturità: essa rende incapace unicamente qualora impedisca il patto coniugale, inteso nel modo realistico che ho cercato di spiegare prima (cfr. 2.3).

2.5. *Il senso comune, sorretto dal senso della fede, degli operatori giuridici e dei periti è la maggiore garanzia di oggettività per valutare l'influsso della immaturità sulla validità del matrimonio.*

Nelle tesi precedenti ho presentato alcune convinzioni che, a mio parere, possono gettar luce in questa materia.\* Tuttavia, qualcuno potrebbe attendersi delle ulteriori precisazioni pratiche, che consentano di affrontare ogni caso con maggiori garanzie di buon giudizio.

---

minante di cui al can. 1099, sia uno dei casi di esclusione contemplati dal can. 1101 § 2. Nell'ipotesi di un errore sostanziale circa la stessa sostanza del matrimonio, penso che, siccome tale errore presuppone l'ignoranza, sarebbe applicabile il can. 1096 sull'ignoranza per quel che riguarda il matrimonio come «consortium permanens» (in questo senso, cfr. J. BAÑARES, *La relación intelecto-voluntad en el consentimiento matrimonial: notas sobre los cc. 1096-1102 del CIC del 1983*, in *Ius Canonicum*, 33, 1993, pp. 563-565).

<sup>(23)</sup> A volte si parla di «immatunità costituzionale o strutturale» nella prima ipotesi, e di «immatunità situazionale» nella seconda.

Troviamo qui, come in tanti altri casi, l'esistenza di un ambito insopprimibile nella conoscenza giuridica: quello della prudenza nel caso concreto. La pretesa di disporre delle regole generali, d'indole giuridica o psicologica, da cui si potrebbero dedurre i giudizi circa la rilevanza canonica dell'immatùrità, proviene dal pregiudizio di poter estendere a tutti gli ambiti il tipo di certezza proprio delle scienze che si avvalgono delle matematiche. Occorre rendersi conto dei limiti di questo tipo di conoscenza, che non può penetrare in tutto ciò che è propriamente personale.

Ciò non significa che ci si debba rassegnare allo scetticismo di considerare che in questa materia vi sarebbero soltanto delle opinioni soggettive. Tale scetticismo equivarrebbe alla morte dello stesso diritto nonché del processo, non avente più una finalità di ricerca della verità.

Alla base di questo problema sta la verità sul matrimonio. Essa è oggetto di diverse discipline scientifiche, e nel dialogo tra canonisti e periti è indubbio che l'antropologia filosofica e teologica acquista una speciale rilevanza. Ma questa antropologia, e anche la scienza del diritto matrimoniale canonico e le scienze psicologiche e psichiatriche che operano in ambito matrimoniale e familiare, poggiano su una conoscenza di base che è decisiva: quella del senso comune<sup>(24)</sup>, accessibile a tutti gli uomini in virtù dell'indole naturale del matrimonio. È questo l'unico fondamento solido e permanente, su cui poter edificare qualsiasi elaborazione scientifica e prassi da sviluppare.

Il senso della fede conferma tale presupposto naturale, può supplire eventuali zone d'ombra nella conoscenza di ciò che è naturale (ad es. per quel che riguarda l'indissolubilità), e mostra il rilievo salvifico ed ecclesiale del matrimonio. Tuttavia, bisogna evitare una visione fideistica, come se la conoscenza del matrimonio fosse accessibile solo ai cristiani. Ciò contraddirebbe l'esperienza storica ed attuale, che conferma l'accesso degli uomini e delle donne più diverse a una realtà essenzialmente naturale.

A mio parere, in tale patrimonio di buon senso risiede la maggior garanzia di oggettività per i giudizi canonici. A tale patrimonio non possono cessare di rivolgersi sia i canonisti che i periti per ve-

---

(24) Sul senso comune, di un autore che ha lavorato molto sull'argomento, cfr. A. LIVI, *Filosofia del senso comune: logica della scienza e della fede*, Ares, Milano 1990.

rificare la fondatezza delle conoscenze scientifiche da essi usate. In tal modo, le sentenze su incapacità per immaturità si collocano in un ambito che — a parte le questioni tecniche che peraltro dovrebbero anche poter essere spiegate a livello divulgativo — può essere compreso dalle persone non specializzate ma dotate di buon senso.

D'altronde, le vie di soluzione che ho cercato di esporre sono efficaci unicamente quando vengono usate da coloro che sono convinti del bene del matrimonio e della famiglia, come possibilità aperta in principio a tutti, salvo eccezioni molto qualificate.

*Carlos J. Errázuriz M.*

ROTA ROMANA, *coram* Serrano Ruiz, sentenza definitiva (11/04), 23 gennaio 2004, *Reg. Insubris seu Mediolanen., Nullitatis matrimonii*(\*)).

**Cause di nullità del matrimonio - Formula del dubbio. Iniziativa delle parti per la sua modifica in corso di causa: forme - Necessaria corrispondenza del dispositivo della sentenza con la formula del dubbio. Inderogabilità di questa regola, anche in relazione alle diverse fattispecie di cui al can. 1095 - Sua inosservanza: nullità insanabile della sentenza ex can. 1620, 4.**

*Nelle cause di nullità del matrimonio il giudice ecclesiastico non può pronunciarsi su un capo di nullità diverso da quello stabilito in sede di concordanza del dubbio. L'eventuale intenzione delle parti, o di una di esse, di chiedere che il giudice si pronunci anche su un capo diverso, non può essere presunta o desunta da fatti concludenti, ma deve essere resa palese, o mediante una nuova concordanza del dubbio, o in un altro legittimo modo che espressamente e distintamente le dia spazio nel dibattito processuale. In caso contrario la sentenza sarà da ritenere insanabilmente nulla ai sensi del can. 1620, 4° quanto alla pronuncia sul capo non concordato. Questa regola deve specificamente essere applicata al caso in cui il giudice sia chiamato a occuparsi di uno dei capi di nullità, concernenti l'incapacità di contrarre per ragioni di ordine psichico, previsti dal can. 1095. Egli pertanto non può in alcun caso, senza la previa integrazione del dubbio originariamente concordato, pronunciarsi su un altro dei capi pure previsti dal can. 1095, giacché si tratta di capi formalmente distinti: né può la loro diversità essere ignorata allorché si procede alla determinazione del dubbio di causa.*

(*Omissis*). — Iohanne Paulo PP. II Sanctam Ecclesiam regente, Summi Pontificatus anno XXVI, die 23 ianuarii 2004, RR.

---

(\*) Pubblichiamo soltanto i brani riguardanti le tematiche processualistiche, omettendo tutta la parte relativa al merito.

Vide alla fine della sentenza il commento di J. LLOBELL, *Ancora sulla modifica «ex officio» del decreto di concordanza del dubbio.*

PP. DD. Ioseph M. Serrano Ruiz, Ponens, Antonius Stankiewicz, Americus Ciani, Iohannes Verginelli et Augustinus De Angelis, Auditores de Turno, in Causa Mediolanensi, Nullitatis Matrimonii, inter

— D.nam XX, Mediolani natam die 29 septembris 1945, nunc in loco originis commorantem actricem in iudicio repraesentatam per Patronum, Adv. Rotalem D.num Carolum Gullo; et

— D.num YY, Ferrariae ortum die 29 iulii 1943, nunc in vico ZZ-Milano commorantem, conventum rite citatum;

intervenientibus et disceptantibus pro munere in Causa Rev. mis D.nis P. Antonio Fanelli, Promotore Iustitiae N.A.T., Iohanne Vaccarotto, Eiusdem Rotae Romanae Vinculi Defensore, et Petro Milite, ad Vinculi tuitionem ad casum deputatum;

quae sequitur tulerunt in primo iurisdictionis gradu Sententiam definitivam:

SPECIES FACTI. — 1. Cum fere eiusdem essent aetatis et studii et technici laboris exercitio in chemicis devincerentur, YY et XX prius simul adoleverunt, dein amicitiam coluerunt affectus et tandem aliquando ad nuptias canonicas pervenerunt, quae factae sunt die 1 iunii 1968 penes mediolanensem ecclesiam B. M. Virginis in coelum Assumptae. Coniuges tunc agebant 25.um annum vir et 23.um mulier et uterque in apostolica paroeciali actuositate libenter et sedulo incumbabant.

Convictus per novem annos protrahebatur, filia suscepta anno 1969. At defervescente amore, coniuges ad separationem pervenerunt anno 1977. Dein sequuta sunt divortium et matrimonia civilia utriusque partis annis 1995 et 1996, praeunte viro.

Sed iam antea, quarto post separationem anno, uxor, ut radices seiunctionis animorum inveniret, examen psychologicum suggessit ex quo difficultates in consortio tribuere visa est abnormi viri personalitati, quae destituta esset vi amoris in coniugem.

XX itaque die 5 ianuarii 1982 coram Tribunali Insubri actricem se exhibuit quaesitura declarationem nullitatis sui foederis propter gravem defectum discretionis iudicii penes maritum. Causa instructa per excussas partes et testes necnon per acquisitionem probationis peritialis, Iudices primi gradus Sententiam negativam ediderunt die 28 iunii 1984.

Adversus talem decisionem eadem actrix legitimam appellationem instituit. Et Tribunal appellationis Ligusticum, aucta instruc-

tione etiam cum tribus novis peritiis, priorem decisionem infirmavit, edicens pro nullitate die 1 februarii 1988.

2. Inter duas difformes praecedentes Sententias tertio N. A. Tribunal vocabatur iudicandum, quod praestitit per Sententiam, item negativam, diei 18 iulii 1990.

3. Indefessa mulier die 16 martii 1998 novum dedit libellum nullitatis Tribunali primi gradus Insubri, hac vice sub capite incapacitatis eiusdem conventi, ad normam 1095, n. 3.

Res quodammodo dein implicatae sunt etiam propter terminos adhibitos in quadam quaestione praeliminari. Nam excipiente Defensore Vinculi primae instantiae litem finitam propter binam Sententiam conformem eamque negativam de gravi defectu discretionis iudicii penes virum, Tribunal decrevit: *Negativamente ossia: ad XX non spetta il potere di agire nel presente giudizio* (cf. Summ. II, f. 90). Responsio itaque Iudicum rem de obiecto iudicii — incapacitate viri — ad legitimationem activam personae mulieris primo et per se transferret.

At Tribunal Appellationis Ligusticum, ad quod iterum actrix provocavit, hanc novam decisionem infirmavit decreto lato 24 septembris 1999, quocum et iure Causam remittebat agendam a Curia Iustitiae primi gradus.

Iterata pluries rei tractatio, haud semel per collegium quinque Iudicum, secum tulit impossibilitatem inveniendi alios Iudices qui Causam cognoscerent. Imo-*bis* iam habita contraria decisione ab iisdem Tribunalibus inter easdem partes iudicantibus, quam maxime suadebat rem extra eadem agi. Quamobrem cum Patronus invocasset ministerium S.T. Signaturae Apostolicae ad competentiae prorogationem, conveniens apparebat illam concedere.

Eadem Signatura, decreto diei 27 ianuarii 2000, Causam adfidavit Rotae Romanae, significans hoc fieri absque praeiudicio quaestionis de difformitate Decretorum in prima et altera instantia latorum super lite finita vel minus (cf. Summ. II, ff. 122-123).

Haud parum complexa — tum propter memoratam ambiguitatem praecedentium decisionum quae agebant de legitimitate actricis ad agendum, tum propter ipsamet quaestionum ad invicem habitudinem — apparebat formula dubiorum quae adhibenda foret in litis contestatione, quare haec duplici gressu tandem aliquando sic constabilita fuit: «*An admittenda sit tractatio capitis de incapaci-*

*tate conventi assumendi obligationes matrimonii essentialis tamquam in prima instantia, haud obstantibus decisionibus (negativis) circa defectum discretionis iudicii (penes eundem conventum); et, quatenus negative, an relatam caput disceptandum sit vi decreti Signaturae Apostolicae diei 31 ianuarii 2000; unde an constet de matrimonii nullitate in casu ob incapacitatem conventi ad normam can. 1095, n. 3, tamquam in prima instantia» — Qua in formula, uti patet, commissio Signaturae imprimis refertur ad competentiam Rotae, sicut de caetero et suadebat petitio Patroni de prorogatione et ipsamet responsio S. Tribunalis de nullo praeiudicio habito circa quaestionem in iure praeliminarem de athonomo applicationis ambitu praescriptionum nn. 2-3 can. 1095.*

In hac instantia aliquale instructionis complementum peragebatur addendo congeriem documentorum et litterarum et excussionem partium et quorundam testium.

Exc. mus denique P. Decanus Rotae, prae oculis habito quod praecedentes instantiae per collegium quinque iudicum egissent, seposita quaestione an, silentibus expresse Normis, can. 1441 in Tribunali Apostolico observari debeat, quinque designavit RR. PP. Auditores qui Causam viderent.

Et iam nunc, praehabita legitima discussione, ad Sententiam perveniendum est per responsionem ad dubia uti supra statuta.

- I. *De formali diversitate suppositorum de quibus in can. 1095, nn. 2-3, necnon de possibilitate accusandi nullitatem ex can. 1095, n. 3, etiam post duplicem Sententiam negativam circa gravem defectum discretionis iudicii.*

IN IURE ET IN FACTO. — 4. Prima quaestio nostro iudicio subiecta vertit super distinctione inter capita nullitatis praevisa in littera legis 1095 iuxta unumquodque illius praescriptionis comma; et in specie inter nn. 2-3 de quibus impraesentiarum quaestio ponitur. Si enim affirmata vel denegata incapacitate iam minus vel etiam nihil referret ad nullitatem praecisa origo ex qua eadem derivaretur, in casu ambigendum non esset de duplici iam exstante conformi pro vinculo decisione quae aditum non reseraret ad ulteriorem rei tractationem.

Argumentum abunde et erudite explorarunt praecedentia Decreta quae, uti dictum est, ad opposita pervenerunt placita inter quae Signatura consulto noluit negotium dirimere.

Quamobrem nec inutile fore visum est quaedam recollere ad Nostram Iurisprudentiam firmandam et nova, dum fieri possit, luce totam perfundere quaestionem.

5. Iam age, imprimis discernenda sunt illa quae generica dici possint et ex ratione methodi adhiberi debent praeambula ab illis quae proprius ac propius ad concretas determinationes pertinent.

Ita analysis, vel litteralis, legis suadet formalem distinctionem: nam supervacaneum esset et adversus sobrietatem quam stylus legislativus exigit, plura dicere cum in hypothesis satis esset incapacitatem vel unam alteramve eiusdem rationem significare. Imo ipsamet praescriptionis dispositio, quae meram eamque generaliore iuxta-positionem refugit et seorsim causas incapacitatis recollit, quasi ex sese proponit athonomiam quam de caetero et labores Commissionis ad Codicem redigendum clarius adhuc proponunt (cf. *Communicationes* vol. IX (1977), pp. 369 ss).

Item prae oculis habendum est aliud esse distinctionem vel seiunctionem capitum aliud autem eorum ad invicem subordinacionem et vel implicitam inclusionem. Quae quaestio quandoque sola forte collatione notionum solvi poterit — uti v.gr., defectus usus rationis et gravis defectus discretionis iudicii... — pro norma tamen ex aestimatione factorum in unoquoque casu solum extricantur.

Denique pressius aestimanda est habitudo gravis defectus discretionis iudicii ad incapacitatem assumendi onera coniugii essentialia ob causas naturae psychicae, de qua Nostri est pronuntiare. Haec iam prima facie in eo videtur esse quod gravis defectus discretionis iudicii in ipsomet consentiendi actu spectatur; dum s.d. incapacitas psychica, quae saltem in necessaria radice iam praesens esse inveniri debet in consentiendo, potius pertinet, uti ipsamet lex suggerit (*essentiales matrimonii obligationes...*, can. 1095, n. 3) ad consortium efficiendum vel in tempus protrahendum. Iam age, eo ipso quod incapacitas ex causis naturae psychicae (can. 1095, n. 3) refertur ad consortium — relationem, communionem, iura et officia conmutanda... — maiorem habitudinem dicit ad alteram quoque partem; dum discretio iudicii, quamvis ad seipsum tradendum et alterum (alteramve) acceptandum ordinetur, quasi potius in medio ponit naturam gravioris negotii quam matrimonium prae se fert et cum ea commensuratur (cf. *Summ. Theol. Suppl. q. 42, art. 2, ad 2.um*). Quae novissima ratio — seu de mutua habitudine par-

tium alterius ad alteram — maiorem adhuc vim et auctoritatem acquisivit ex doctrina de matrimonio Conc. Vaticani II in Const. Pastorali *Gaudium et Spes* et in vigente lege quae ab eadem trahit inspirationem et criterium interpretationis.

6. At motiva ob quae Tribunal Insubre primi gradus reiecit introductionem nullitatis Causae ob incapacitatem psychicam conventi postquam-*bis* Tribunalia pronuntiarent pro vinculo ex non admissio gravi defectu discretionis penes eundem conventum, quodammodo superant speculativam rei aestimationem et nec sic et simpliciter reducuntur ad meram factorum considerationem.

Mediolanenses quidem Iudices non absque quadam ratione prae oculis habuerunt tempus in quo Causa introducebatur et in processu agebatur. Etenim actrix primo ad iudicium Ecclesiae accurrit anno 1982, cum novus Codex adhuc promulgatus non fuerat: et decisionem obtinuit die 28 iunii 1984 vigente iam Codice quo impraesentiarum utimur. Quare — ita memorati Iudices — sub nomine et re *discretionis iudicii* subsumendum quoque tunc accipiebatur caput incapacitatis assumendi nondum expresse a lege admissum. Idque magis si ex propositione Causae et ex modo arguendi actricis utrumque in unum conferebantur.

Copia quidem et argumentis desumptis e doctrina et Iurisprudencia praecodiciali, sed praesertim propter rationes in facto propositas circa petitiones et allegationes actricis necnon deductiones in praehabitis Sententiis illatas, Tribunal Insubre quinque Iudicum ad conclusionem pervenit de iam saltem implicite iudicato, nec admissio, capite de incapacitate assumendi onera coniugalia penes conventum. Quod minus apta formula, uti dictum est, edixerunt: «*Ad XX non aspetta il potere di agire nel presente giudizio*» (cf. supra, n. 2).

Nec exinde derivaretur — prosequuntur primae instantiae Iudices, minore, dixeris, perspicuitate ratiocinantes sub luce praesertim vigentis iuris — vulnus admissum in decidendo ultra petita partium et in iure defensionis circa determinatum psychicae incapacitatis caput. Nam actrix habuit ac de facto exercuit facultatem dicendi et refragandi circa memoratam nullitatis rationem.

De qua altera ratione adversus dissertos Iudices forte non esset absque re animadvertere duas itemque diversas esse radices nullitatis, inde et invaliditatis decisionis, in can. 1620 ab ipsismet

Iudicibus allato: nempe iudicium absque petitione iudiciali (ibi, n. 4<sup>o</sup>) et ius defensionis alterutri parti denegatum (ibidem, n. 7<sup>o</sup>).

Absque subtilioribus autem rationibus admitti nequit absentiam clarae propositionis obiecti iudicii in contestatione litis sanari posse per ultroneas partis vel partium allegationes currente iudicio. Quare quadam impraecisione videtur laborare appellati primae curae Decreti effatum: «*Va ricordato che la nullità (et quidem insanabile) della Sentenza non consegue a qualsiasi violazione, sia pure soltanto formale, delle norme procedurali poste a presidio della regolarità del contraddittorio — come appunto quella, pure assai opportuna, che esige che il dispositivo della Sentenza sia risposta al dubbio concordato e non vada al di là di questo limite —, ma soltanto a quelle violazioni dalle quali effettivamente derivi, per le parti o per una di esse, la perdita della possibilità di dire le proprie ragioni*» (cf. Summ. f. 89).

In re adeo gravi et formalitatibus ritus processualis subiecta qualis est tela iudiciaria facultas dicendi seu respondendi partium et vel Iudicum et forte Vinculi Defensoris tota pendet ab officio Instructoris clare quaerendi seu proponendi. Et iam a limine iudicii perspicuum esse debet partibus eisque adessoribus, testibus, peritis... et, uti patet, Iudicibus quodnam revera sit obiectum contentionis, ne ex incertitudine vel ex nimia genericitate probationes non adamussim proponantur nec, peractae, debita cura ac pondere aestimentur.

Quibus omnibus relatis, non possumus nihilominus non laudare acumen et eruditionem Iudicum quin et Defensoris Vinculi Tribunalis Insubris primi gradus qui de re haud facili valde accuratam tractationem instituerunt atque perfecerunt.

7. Contrarii consilii fuere Iudices Tribunalis Ligustici in altero gradu rem aggressi.

Qui forte non dissimili auctoritatum copia et rationis, abunde suscipientes allegationes sollertis patroni actricis, demonstrare contendunt argumentum ex tempore, cui maximi fecerunt, uti vidimus, appellati Iudices, non tam peremptorie ad solvendam quaestionem adhiberi posse. Quia iam tunc doctrina et Iurisprudencia sive ante Codicem promulgatum, sive postea, distinctionem signarunt inter duas incapacitatis radices quae tandem aliquando in lege positiva formaliter diversae recognitae sunt. Inde quod non semel easdem proposuerint et distincte solverint.

Et nec praeterierunt iidem Iudices aliae rationi satisfacere iuxta quam quidquid sit de implicita subsumptione in titulo «*gravis defectus discretionis iudicii*» alterius rubricae seu «*incapacitas assumendi ex causis naturae psychicae essentialia matrimonii onera*» ex modo sese gerendi partium, et in casu actricis, in processu posse ad eandem conclusionem subsumptionis pervenire. De qua quaestione et Nos iam supra, qui de rationibus priorum Iudicum iudicaremus responsum dedimus. Et nunc adstipulamur Iudicibus alterius gradus ulterius concludentibus iuridicam certitudinem interdicere ut vis ad decidendum tribuatur intentionibus vel declarationibus partium formaliter a iudicantibus non receptis; non omnia quae sive in probationibus sive in argumentatione Sententiae adhibentur ad efformationem *quasi-iudicati* concurrere cum plura iuvent nec constituent substantiam probationum et iudicialis responsionis; voluntas illius qui quaeve ad Tribunal accessit nihilo melius desumitur a libello lilis introductorio (qui, addimus, solemniter rati habetur in contestatione litis et in Sententia definitivam sortitur responsionem).

8. Ut tandem aliquando primae parti huius nostrae decisionis finem apponamus, haec de summa re videntur dicenda:

a) Distinctio inter capita incapacitatis in can. 1095 recepta formalis est et specie diversa, ex utriusque ad invicem radicata dispari indole, quin possit in principio ignorari in utriusque capituli propositione.

b) Ratio temporis iudicii, cum de transitu ad legem vigentem agitur, non determinans in iudicando haberi debet cum interpretatio iam diu praeiisset inmutationem litterae legis. Idque magis, nunc animadvertimus, cum agatur de normis iuris naturalis, sicuti sunt eae quae capacitates ad nubendum regunt, quaeque clariorem nec diversam acceperunt interpretationem in ultimo promulgata lege.

c) Intentio partium et vel Iudicantium assumendi simul utrumque caput praesumenda non est, sed clare ostendi debet per inmutatam litis contestationem vel per alium legitimum modum qui distincte talem intentionem in allatum et probatum (vel probandum) in iudicio aperiat et ad ordinem publicum, ad quem processus pertinet, referat.

d) Rebus sic se habentibus, iniquum esset a limine privari Christifidelem, etiam salutem suam animae prospicienti (can. 1720),

iure accedendi ad iudicium Ecclesiae, quae in re evidenti fumo boni iuris interpretationis et applicationis fruente nequit spatia iuris et charitatis restringere.

9. Reliquum esset in facto explorare num actrici argumenta suffragent necne quae illum fumum boni iuris ex lege patentem et in casu comprobent. Sed de re iam plura per transennam dicta sunt cum de rationibus ad iuvandum caput de defectu discretionis iudicii — quod de caetero et unam pro se habet decisionem affirmativam — et proprius adhuc in tractando de merito dicentur (can. 1505).

10. Quare omnibus in iure et in facto adamussim perpensis ad primam partem propositi dubii respondemus: *Affirmative seu admittendam esse tractationem de incapacitate conventi assumendi obligationes essentielles matrimonii (can. 1095, n. 3) tamquam in prima instantia*. Ad tenorem autem responsionis praecedentium instantiarum, quae minus apte visae sunt tradere verum cardinem quaestionis, dicendum est: *constare de iure actricis standi in iudicio quae vindicet in prima instantia declarationem nullitatis sui matrimonii propter incapacitatem viri conventi assumendi matrimonii obligationes essentielles*.

## II. *De nullitate matrimonii propter incapacitatem assumendi essentialia matrimonii onera.*

IN IURE. — 11. Post ea quae prius disceptata sunt ambitus nostrae inquisitionis clare discernitur: an nempe quidquid est de discretionem iudicii penes conventum in nubendo, idem conventus illis instructus sit facultatibus psychicis quibus essenziale consortium totius vitae et amoris coniugalis exstruitur et perficitur.

Utrumque caput, quod prius sedulo distinctum et seiunctum conati sumus discernere, haud raro in ordine existenciali in eadem persona invenitur et quasi per gressus ab uno ad aliud distrahitur. Ita cum e non gravi — vel non tali demonstrato — defectu discretionis iudicii ad genericam immaturitatem personae vel ad incapacitatem se tradendi vel alterum alteramve acceptandi iuxta veram suiipsius imaginem et alterius transitus fit.

Rem profundius perspexit auctor Sullivan dicens de processu adipiscendi *maturam personalitatem*: «*Ciascuna delle principali con-*

quiste raggiunte nelle epoche evolutive... si manifesterà anche come elemento importante nella personalità matura. L'ultimo di questi grandi sviluppi è costituito dalla comparsa e dalla crescita del bisogno d'intimità, cioè di collaborazione con almeno un'altra persona... l'elemento importante di questa collaborazione è una viva sensibilità per i bisogni dell'altra persona e per la sua sicurezza interpersonale... » (cf. Sullivan, H.S., «Teoria interpersonale della Psichiatria», ed. it., Milano, 1975, pp. 347-348).

Et in specie di sexualitate: «Il desiderio sessuale è sotto molti aspetti un esempio particolarmente rappresentativo di dinamismo, in parte perché esso compare quando l'apparato di riferimento (cioè la capacità di pensare e di comunicare) e già in larga misura impiantato e perfezionato... Il dinamismo sessuale, ultimo, più vistoso e più tipico fra tutti i dinamismi e quindi possibile modello per ciascuno di essi, può essere considerato semplicemente come l'organizzazione di un apparato fornito dall'organismo umano primordiale... » (cf. ibi, p. 317).

Ita in radicibus illius ad invicem intimam et totalem communionem unius ad alterum quae constabatur in consortio coniugali inveniretur, et quidem specifica et qualificata, *matura* — *adulta* — *personalitas* quam Prof. Messini, usus conceptibus «*interactionis, transactionis et complementaritatis autonoma*» accurate describit: «La personalità differenziata... coincide con la capacità di soffrire; si correla, sotto questo aspetto, con la capacità di soffrire l'Altro come diverso, come antitesi, ostacolo, «diversa differenziazione». Questa definizione ci riporta al concetto di tolleranza che... corrisponde al fondamento della interazione duale, sotto l'aspetto della complementarità autonoma... Il tendere verso l'altro nasce dall'accettazione del proprio corpo e della propria persona... come limiti alla propria possibilità; nasce dalla accettazione del corpo dell'altro, dalla sua persona, dei suoi limiti e delle sue possibilità come diverse cioè dall'accettazione di una perdita» (cf. Messini, P. «Psicologia e psicopatologia della relazione interpersonale», Roma, 1972, pp. 18 ss. — cf. praesertim, ibi, pp. 24 ss. de applicatione horum principiorum ad relationem inter virum et mulierem, etiam in communiōe sexuali) — In qua quidam profundiore descriptione non dubito quin quodammodo indigentur illae *alteritatis interpersonalis, oblationis et se locupletandi ad invicem* notas quae in saepe allatis citationibus Concilii Vaticani II reperire fas est.

12. Nihil mirum proinde si in analysi illarum notarum e quibus deducitur et in quibus consistit consortium coniugale haud raro ratio habeatur illarum deordinationum quae premunt difficultatem personae ex se exeundi vel alteram accipiendi sicuti est in seipsa: uti *narcissismus, symbiosis, deficiens empathiae...* et quidem et in sexuali communione spectata.

Nam ad sexualitatem quod attinet, quasi eandem intuentes illam quam Concilium Vaticanum II dicit *eroticam inclinationem egoistice exultam* (cf. Const. Past. «*Gaudium et Spes*», n. 49), ut detrectent, etiam saeculares auctores non omittunt signare characterem funditus *dialogicum* conversationis sexualis humano modo exercitae.

Ita Callieri-Castellani-De Vincentiis: «*La metafisica, cioè l'emergenza di un al-di-là della natura, non è localizzata al livello della coscienza; comincia con l'apertura ad un «altro», è dovunque e già nello sviluppo della sessualità. Quanto si cerca di possedere non è tanto un corpo, bensì un corpo illuminato dalla vita della coscienza... Questo pericolo di oggettivazione del corpo altrui nell'esperienza sessuale... è certamente presente... Il comportamento sessuale implica costantemente una costitutività bipersonale. La vita sessuale del singolo fondamentalmente trascende lo spazio interno del suo-essere-per-se, nel quale è localizzato l'istinto sessuale. «Nell'incontro io-tu inabitato dall'amore si estingue la struttura autonoma istintuale della disposizione vagabonda e amorfa» (Gebattel). La dimensione trascendente della natura sessuale umana non si lascia ricapitolare nella dialettica del cosiddetto istinto sessuale (come vorrebbe un semplicistico freudismo)... (cf. «Lineamenti di una Psicologia fenomenologica, Roma, 1972, p. 199)*

13. Quibus in verbis nemo est qui non animadvertat veluti echum recinentem illius nobilis hymni Pauli VI ad amorem humanum: «*...Est ante omnia amor plane humanus, hoc est sensibilis et spiritualis. Quare non agitur solum de mero vel naturae vel affectuum impetu sed etiam ac praesertim de verae libertatis actu, eo scilicet tendente ut per cotidianae vitae gaudia et dolores non modo perseveret sed praeterea augeatur: ita nimirum ut coniuges veluti cor unum et anima una fiant suamque humanam perfectionem una simul adipiscantur. Agitur deinde de amore pleno, id est de peculiari illa personalis amicitiae forma, in qua coniuges omnia magno animo inter se partiuntur... Qui coniugem suum re vere amat eum profecto*

*non tantum ob id quod ab eo accipit, sed propter eum ipsum amat; idque libens facit, ut eum dono sui ditet»* (cf. Enc. «*Humanæ Vitæ*», AAS. LX (1968), p. 486).

Re quidem vera doctrina Pauli VI respicit fastigium illius amoris coniugalis, qui quandoque diceretur deficere in casibus in quibus nihilominus validum matrimonium iure agnoscitur. At talis absentia, dum non necessario invaliditatem foederis secum fert, cum ex profundiore analysi incapacitatem signat nec solum ex humana fragilitate fallentiam vel imperfectionem, merito indigaret infectum foedus: «*Utrum vero consensus propter incapacitatem omnino corruat an tantum optabili perfectione (qualis tali negotio conveniret) careat quaestio erit de facto in unoquoque casu solvenda ope, uti patet, peritorum subsidii»* (cf. una c. infrascripto Ponente diei 5 aprilis 1973, apud SRR. Dec. seu Sent. vol. LXV (1973), p. 330) — Ea autem quae ibi dicuntur de consensu, simili modo, servatis servandis, iure asseri possent de amore coniugali humano modo posito et protracto (cf. can. 1061 § 1).

14. Conclusio praecedentium erit quod agendo de deviante a norma sexualitate, etiam de illa quae non haberetur adeo conclamata, per habitudinem ad matrimonium res quasi sub triplici respectu considerari possint:

— in ambitu fisiologico seu propius *genitali* in quo ad impotentiam organicam vel functionalem accedere possunt vel ad incapacitatem adimplendi onera coniugalia in casu difficilioris valde seu moraliter intollerabilis commercii sexualis;

— in ambitu *psychosexuali* seu in specifica deflexione instinctus sexualis unde ordinatio coniugii ad *bonum coniugum* et *procreationem* graviter pessumdetur in illa *dilectione quae proprio matrimonii opere singulariter exprimitur et perficitur* (cf. Const. Past. «*Gaudium et Spes*», n. 49);

— in ambitu magis generico relationis interpersonalis quae substat et necesse est substare in exercitio modo humano, idque magis christiano, sexualitatis, iuxta ea modo allata.

Habitudo ad invicem eorum, quin excludat casus mutuae implicationis in quibus et graviore quoque consequentiae deriventur, in eo videtur posita quod tam in priore quam in secunda hypothesi caput nullitatis ad sexum relatam maiorem sibi conciliat autonomiam et distinctionem; in tertio autem quomodocumque deficiens sexualitas indicium seu adminiculum indubii ponderis constituet

ad profundiore[m] analysim relationis interpersonalis intimae et exclusivae qualem matrimonium exiget et in qua matrimonii substantia consistit.

15. In completa praeterea recognitione abnormitatis sexualis per habitudinem ad matrimonium, a consideratione excidere nequit quandoque causas de nullitate prae oculis solum habuisse excessus utpote qui magis ad rationem peccati proximi: uti cum res est de homosexualitate, ninphomania, satiriasi et aliis id genus. Quae in traditionali Iurisprudencia solita sunt sub nomine venire *immoralitatis constitutionalis* vel *insaniae in re uxoria, etc.*

At cum sexualitas in matrimonio penitus inseratur in relatione interpersonalis illa, quae essenziale ius et officium itidem constituit coniugale, praeter rationem peccati adversus castitatem — de caetero in hypotesi incapacitatis forte sedulo perpendendam — ulterius attendi debet ad respectum iustitiae, quae obstringit coniuges alterum ad alterum. Iam age in nihilo gravius fraudarent coniuges ut unusquisque suum unicuique tribuat maritus uxori et vice versa nisi in illa devinctione quam natura eiusque Conditor in ima personae structura, animo et corpore, indixit ad matrimonium ordinata. Quamobrem prius et potius in usu sexualitatis — nec ex natura impedito nec ex voluntate utrobique denegato — inveniendum est illud aequum officium et ius quod inmediate descendit ex icto nuptiali foedere (can. 1135). Quod foedus utique posset in substantialibus irritum esse ni satisfiat illi connaturali et primordiali finalitati coniugii quae cum sexualitate quasi unum quid constituit et nota essentialis eiusdem est.

Nec a memoria denique excidere potest rationem gaudii et letitiae quam legitime coniuges ex sexualitatis communiione attendunt quamque se sibi plus minusve proponunt in nubendo. Iuxta illa Concilii Vaticani II verba: «*laeto gratoque animo* (coniuges ad invicem) *locupletant*» (cf. Const. Past. «Gaudium et Spes», n. 49 cit.) Quapropter si loco illius gaudii, quod sibi vel ab ipsamet natura debetur, sponsi inveniuntur irretiti in aerumnis et gravibus difficultatibus ex alterutro erga alterum exstantibus in *proprio matrimonii opere*, planum est matrimonium specie tenus tantum exsurgere nec proficisci posse.

De hoc potiore munere sexualitatis in re coniugali — de caetero ab omnibus semper prae oculis habita tamquam naturali ordinatione personae haud minus quam foederis coniugalis — ex pro-

fesso agit cum auctorum copia et iurisprudentiae una c. infra-scripto Ponente diei 28 iulii 1981 (cf. SRR. Dec. seu Sent. vol. LXXIII (1981), pp. 413 ss.).

16. Quia principia sunt semel atque iterum penes N. Iurisprudentiam centies recepta, vix est cur addamus, de incapacitate de qua in can. 1095, n. 3 agentes, deordinationem sexualem psychi-cam esse debere gravem, ante matrimonium exortam et cum consortio vitae et amoris coniugalis omnino incomponibilem, nec solum illud quoquo modo difficile reddentem (cf. Alloquutiones Iohannis Pauli II ad Rotam Romanam in annis 1987 et 1988).

IN FACTO. — 17. Iam ab ipsomet libello in limine litis absque negotio desumi possunt et profundiores radices infirmitatis huiusce coniugii et obices ex quibus probationes difficiliores devenient. Etenim fidedigna et tenax valde mulier, haud obstantibus continuis et gravioribus mariti angustiis in relatione intima, forti nisu prius in vinculi defensione se totam impendit; at dein, sensim sine sensu acquisita conscientia de inani, utpote quod impedimentum ex natura infecta viri indole exurgeret, conamine eadem constantia nullitatem matrimonii sui vindicavit.

En verba actricis: «*Poiché sono fermamente convinta della nullità del mio matrimonio...ho cercato in questi anni di raccogliere altre prove e di consultare persone che mi potessero aiutare a risolvere il problema... Il nostro problema di coppia esistente anche se non percepito fin da prima della celebrazione ma esploso in tutta la sua gravità fin dal viaggio di nozze è stato quello di avere da parte di YY un tollerabile rapporto interpersonale, soprattutto nella sua dimensione eterosessuale di donazione della sessualità* (nb.: lectio, ex sese praegnans, forte clarius intelligitur sub sensu negationis: «*non avere... un tollerabile rapporto*»). *Basta leggere le dichiarazioni rese da YY... per rendersene conto: «Non sentivo grande attrazione per XX da tutti i punti di vista, né fisica né psicologica... Sul matrimonio mi ero fatto delle idee personali: il rapporto sessuale per me non ha molta importanza. Se c'è va bene ed è come un fatto inevitabile... non sentivo per esso né attrattiva né interesse... Ho visto in lei più una sorella che una moglie... Il matrimonio fu consumato solo dopo alcuni giorni, proprio perché io, non sentendo trasporto fisico per la moglie, ho continuato a cercare escuse per rimandare i rapporti sessuali...»* — *Questa situazione da me mai accettata per-*

*ché ritenuta intollerabile e contraria all'essenza del matrimonio mi ha messo subito in crisi... Ora non è che io pretenda che il matrimonio sia valido solo quando si abbia un rapporto esaltante, felice, o anche solo «normale». Ma che questo rapporto — essenzialmente e sessualmente — non sia frustrante o intollerabile questo mi sembra che sia veramente il minimo al di sotto del quale c'è soltanto il nulla» (cf. Summ. II, ff. 3-6).*

Quae verba substantialiter a convento confirmantur sicut ab ipsamet actrice dicente desumimus et vir non omisit ratihabere (cf. declarationem conventi, Summ. I pp. 25 ss.).

18. At non solum quia declarationes partium solae non valent in hisce Causis probationem plenam assequi (can. 1679); verum etiam quia in re profundiore et haud facili extricatu non liceret ex cortice personarum sensuum conclusiones eruere, necesse est prae primis ad consilia expertorum accurere. Qui praeterea plures sunt iam a prima instantia praecedentis Causae de defectu discretionis iudicii adhibiti et quidem nonnulli ex officio ad munus explendum vocati.

19. Initium sumimus a relatione quadam psychologica confecta a presbytero Rev. CC (cf. Summ. I c. Jarawan, ff. 94-109) qui alias adhibitus est peritus ex officio in Tribunale Mediolanensi (cf. ibi Sententiam I gradus, f. 132, sub n. 7), sed in casu tamquam testis vocatus utpote qui consiliarius uxoris in angustiis coniugii.

Ipsae itaque Rev. CC, praeunte muliere, per quinquennium cum utraque parte colloquutus est eo fine ut solutionem pro posse inveniret dissensionum coniugalium.

Idem expertus postquam sedulo recoluit expositionem factorum sicut eandem a partibus receperat, ad conventum quod attinet continenter refert:

*«YY... ancora oggi porta i segni delle difficoltà presenti al momento del matrimonio: insicurezza, grave indecisione, incapacità a volere realmente... il matrimonio non lo ha voluto, non è stato capace di dire di no. Le incertezze prima del matrimonio stanno ad indicare la sua incapacità a prendere decisioni inconsuete. È più facile lasciarsi portare dagli avvenimenti per lui che condurli con decisione... Le inibizioni della sfera della volontà sono infatti efficienti in quelle persone che evitano decisioni importanti. Questo disturbo però fa parte di una tendenza ossessiva a dubitare di ogni cosa e a*

*prepararsi alla azione invece di agire: il ché in casi gravi come questo di YY può effettivamente condurre ad una disastrosa «paralisi della volontà» (vedi Fenichel — nb.: Doctor fere ad litteram citat Fenichel, O. «Trattato di Psicoanalisi di Psicoanalisi delle Nevrosi e delle Psicosi», Roma, 1951, p. 206)... Mi ripeto dicendo che il matrimonio YY non l'ha voluto, non è stato capace di dire di no. Tutto questo è certamente legato ad una immaturità affettiva di fondo che lo porta ad una scarsa capacità di autonomia e di decisione, dimostratasi peraltro laboriosa e faticosa ancora oggi nella stessa decisione alla separazione prima ed alla richiesta di nullità del suo matrimonio...» (cf. ibi, ff. 107-109).*

Quae praecedunt potius ad gravem defectum discretionis iudicii et defectum libertatis internae pertinent: de quibus profecto erat primum quaestio. Magis ad incapacitatem can. 1095, n. 3 faciunt alia ab eodem doctore: «*La cosa più facile è seguire il corso degli avvenimenti: sposarsi e comportarsi da sposato, anche se interiormente lo rifiuta perché non si ritiene adeguato a questo stato... l'ignoranza che YY ha della natura del matrimonio nel sottovalutare la sua incapacità ad intrattenere una particolare relazione interpersonale con Tina come la convivenza coniugale richiede. Non intendo solo il rapporto sessuale in senso stretto che risulterà particolarmente difficile di per se stesso, ma la convivenza, lo stare insieme, la «communio vitae» per la quale risulta inadatto, incapace... Bisogna ricordare anche la paura che dominava YY nell'imminenza del matrimonio: una paura interiore nel riconoscere che stava sbagliando assumendo un impegno simile...» (ibi, f. 108).*

Circa has psychologi conclusiones saltem tria sunt dicenda:

— imprimis illa omnia et graviora quae circa defectum criticae aestimationis et libertatis internae penes conventum asseruntur ea itidem sunt argumenta quae ipsius incapacitatem psychologiam ad consortium signent. Et quamvis sub respectu processuali prohibeamur de can. 1095, n. 2 disceptare, nihil obstat quominus ad probationem capitis nullitatis de quo in can. 1095, n. 3 adhibeamur;

— praeterea adest intima cohaerentia cum factis et cum rationibus datis ab actrice, quae allatam opinionem recipiat et iustificet (ibidem, ff. 109-115);

— et denique ut ex parte Nostra diagnosim experti probemus non possumus quin animadvertamus ipsammet oppositionem inter optimum consilium nuptiale partium et adversum coniugii exitum:

prae oculis enim habitis theoreticis et elatis sponsorum dispositionibus, nihil, nisi deficiente natura, praepedire potuit sanum et vel gratum ex utrobique convictum.

20. Primus Peritus ex officio, D.r Giannelli (Summ. I, ff. 75-91), accurate excussis actis, haec de actore habet:

*«La personalità del convenuto è caratterizzata da una struttura caratterologica abnorme, nella quale si rilevano nuclearità ossessive... è dotata di buone capacità noetiche... che spiegano ampiamente la sua efficienza sul piano lavorativo, quello dal quale il soggetto sembra trarre le maggiori gratificazioni. (nb.: Haud semel in actis et in rationibus huius decisionis prae oculis habetur praestans «intellectualis» conventi condicio. Haec, ni fallor, per habitudinem ad paupertatem sensuum affectus ibidem est et signum cuiusdam anomaliae et veluti occultatio deficientis personalitatis). Il rapporto problematizzato con la figura materna, l'atteggiamento di distanza che tutoggi tiene nei confronti della madre..., la mancanza di rapporti (vuoi sentimentali che sessuali) con persone dell'altro sesso, stanno a documentare... la mancanza nel convenuto di attitudine alla vita matrimoniale sotto qualsiasi profilo la si voglia intendere e, ancora, difficoltà preesistenti al matrimonio a contrarre rapporti con persone di sesso femminile vuoi sul piano della comunicazione sentimentale, vuoi su quello dell'incontro sessuale (e specificativo è tutto il comportamento a dir così «neutrale» tenuto nel periodo del fidanzamento)... Nella personalità del Sig. YY si rilevano connotazioni caratteriologiche abnormi, prevalentemente di tipo ossessivo, senz'altro preesistenti all'incontro con l'attrice... Alle suddette difese di natura ossessiva sottostanno gravi problemi di rapporto con le figure genitoriali, quella materna in particolare... tali da interferire con l'attitudine alla vita matrimoniale, che presuppone non solo consapevolezza della natura e della finalità del contratto nuziali e degli oneri ad esso conseguenti, ma anche e soprattutto una accettazione emotivamente (e dunque, profondamente) libera dai vincoli di un rapporto originario affettivamente distorto che impedisce un regolare sviluppo dell'identità del proprio sé...» (cf. Summ. I, ff. 89-90).*

Idem peritus in recognitione ita concludit: *«Per le motivazioni che ho esposto... per le considerazioni emersi dagli incontri col Convenuto e con l'Attrice, e per approfondimento operato tramite la somministrazione di appositi reattivi mentali sono moralmente certo che il Signor YY non ha la capacità sia di contrarre valido matrimo-*

*nio sia soprattutto di assolvere in modo valido gli impegni relativi»* (cf. ibi, f. 92).

Qua in relatione id prae primis observandum est graves recognitas esse et matrimonium antecedentes anomalias psychicas penes conventum exstantes; et easdem esse communes sive ad consentiendum sive ad validum consortium instaurandum: imo, quae incapacitatem consentiendi signant magis adhuc aggravant habilitatem ad suscipienda essentialia onera («*sia soprattutto di assolvere in modo valido gli impegni relativi»*, uti supra).

Novissima utique verba quasi ad Nostrum iudicium trahunt et roborant delucidationes illas quae in prioribus instantiis insufficientes visae sunt ad gravem defectum discretionis iudicii affirmandum.

21. Iudices primae instantiae, disceptantes de gravi defectu discretionis iudicii, praecedentibus relationibus expertorum haud parum vis distraxerunt eo quod Rev. Ravasio potius praeberet hypothesim vel interpretationem factorum quam analysim vel verum accessum ad facta; prof. autem Giannelli penes conventum tantum invenisset «*una struttura ossessiva, discretamente compensata e che tende ad incrinarsi nel rapporto con la figura femminile»* (cf. Sententiam, Summ. I, f. 138) — Praeterea iidem Iudices multum extollunt devinctionem eiusdem conventi postnuptialem alii foeminae quacum peculiarissimam quidem instauravit relationem logice illam coniugalem pessumdantem.

Praeteriri nequit plura eaque graviora addita fuisse subsidia doctorum in prosecutione Causae (vel Causarum) et adiunctum de anomala viri ad aliam mulierem adhaesione talis momenti in re fuisse ut ab expertorum consideratione numquam excidisset. Quare de citatis difficultatibus ratio haberi debet post accuratam excussionem omnium actorum.

22. Praeter expectationem inter binas praecedentes decisiones super gravi defectu discretionis iudicii, illa primae instantiae quae pro nullitate habebat opiniones peritorum, pro vinculo fuit; dum altera adversus validitatem pronuntiavit haud obstante voto unius experti circa absentiam gravioris anomaliae psychicae penes virum conventum. Quamobrem pretii est, postquam de prioribus peritis diximus et hanc contrariam perpendere.

23. D.r Tortora ex officio designatus et prae oculis habens solum acta propter iteratam conventi renuentiam ne ad peritum accessisset, item sedulo omnia in Causa allata revolvit idque magis, iuxta propositas sibi quaestiones, psychologicas informationes ab expertis datas. Idem tandem ad has conclusiones (cf. Summ. ff. 200 ss.) pervenit:

— conventus habet deordinationem personalitatis cum tractibus obsessivis, levi voluntatis « deficit'et inhibitione desiderii sexualis. Talis deordinatio, utpote quae « structuralis » sanationem non admittit. Praeterea exorta est durante infantia et adulescentia personae quin decursu temporis ingravesceret nec infirmaretur.

— iuxta aestimationem scientiae idem conventus tempore nuptiarum expers erat notis specialis ponderis psychopathologici ex quibus erueretur incapacitas ad consentiendum in matrimonium et ad essentialia onera coniugalia assumenda;

— consilia praecedentium expertorum (cf. supra nn. 19-20) potius sistunt in declaranda psychologica ratione sese gerendi viri (« *profilo psicologico... stato d'animo... tratti di carattere... spiegazioni delle dinamiche psicologiche che sottessero l'atteggiamento e il comportamento...* », Summ. I, ff. 201-202) quam in explorando radices eiusdem (« *profilo psicodiagnostico* », ibidem, f. 201) quin eo ipso possint indigitare graves infectasque causas illius.

Quin praetermittamus valorem et conscientiam in munere adimplendo periti, circa eiusdem conclusiones quasdam animadversiones censemus posse adduci:

Imprimis expertus coram non habuit ipsummet conventum unde iam ab initio observationes redolent illa quae dein nimia — vel, si vis, praevalens — devenit theorica rerum aestimatio ex qua derivarentur speculativae potius a principiis scientiae tractae conclusiones in quibus quandoque maior desideraretur ad facta allegata et probata attentio. Ipse doctor admittit: « *Innanzitutto va notato come la mancata visita del convenuto non permetta verificare le deduzioni che scaturiscono dalla sua deposizione...* » (cf. ibi, f. 197). Etiam sub hoc respectu, salva rectitudine et competentia periti, neminem latebit quomodo post protractam actorum relationem (ibi, ff. 180-197) conclusiones precipite pede currant (ibidem, ff. 197-202) cum inevitabili sensu de assertionibus quasi a priori deductis. Quidquid est de methodo in scientiis adhibito, in opere iudiciali semper auspiciatur maior quae fieri possit fidelitas ad allegata et probata.

Ex iisdem praemissis idem expertus percurrere visus est iter ad *nomina* («*psicodiagnostico*», Summ. I, f. 201) quod, uti pluries notavit Nostra Iurisprudencia, peremptorium non est in iudiciis in quibus *casus* potest et debet proprias peculiaritates imponere a perito forte districandas, numquam tamen negligendas. Revera dato nec concesso quod diagnosis ex sese quasi praesumptionem inducere possit et quidem graviore vi praedita (cf. Serrano Ruiz, José M., «*La perizia nelle Cause canoniche di nullità matrimoniale*» in «*Perizie e periti nel processo matrimoniale canonicò*», a cura di Sandro Gherro, Torino, 1993, p. 70), hoc non sibi vult quod sola, multoque minus si cum aliis discordans, decretoria haberi possit.

Inde quod expertus in ea quam ipse habet adeptus *certitudine morali* (ibi, f. 202, ad 7.um) nimis prae iusto diceretur indulsisse propriae suiipsius convictioni, non satis factis suffultae.

24. Post peritiam ex officio modo relatam et sibi adversam ac trix, antequam Causam interea peremptam reasumeret, Peritum a se electum Prof. Rossella invocavit qui profecto pro nullitate scripsit propter incapacitatem viri (Summ. I, ff. 203-220).

Etiam prae oculis habito quod aliud et aliud est peritiam ex officio et peritiam ad instantiam partis, rationes allatae in suo obiectivo pondere pensitandae sunt.

Prof. Rossella inmediate tenet conclamatam incapacitatem eiusdem conventi assumendi onera coniugalia quia «*la carenza erotica del YY si è appalesata di siffatta gravità da sostanziare un vero e proprio impedimento all'edificazione di una accettabile comunione interpersonale... Qui siamo di fronte ad una condotta insopportabilmente traumatizzante, spiegabile unicamente... da una sua profonda turba psico-istintuale... Il convenuto avrebbe dovuto sposarsi non già con una donna comune, sana e fisiologicamente portata all'amplesso; bensì con una compagna al di pari di lui bloccata eroticamente e vivere di poi come fratello e sorella...*» (cf. ibi, ff. 216-217).

Interest adnotare quomodo peritus se referat ad analogiam cum deordinationibus sexualibus per excessum de quibus et Nos diximus ut iuxta respectum peccati adversus castitatem, in luce ponemus et offensionem in iustitiam coniugalem quae haberi posset: «*Si pensi... alle condotte perverse per eccesso...: sarebbe insensato pretendere che una persona, avendo sposato chi sia affetto da queste perversioni già da prima delle nozze, riesca ad istaurare con questi una dignitosa relazione interpersonale... Anche una condotta*

*sessuale disturbata per difetto conduce... ad identico risultato... Chiaramente si tratta di un problema delicatissimo: perché se è relativamente facile accettare che una satiriasi od una ninfomania costituisca un vistoso impedimento ad un corretto consenso (esistono al riguardo sentenze molto esplicite della Sacra Rota) molto più difficile è ritenere incapace al consenso il coniuge che, per una situazione abnorme e/o patologica... sia freddo e rigettante nell'intimità. Difficile certo, ma non aprioristicamente improponibile...» (cf. ibi, ff. 214-215: cf. supra in hac Sententia n. 15).*

Quidquid igitur est de pondere, sine dubio haud spernendo, harum rationum per habitudinem ad *consensum*, de quo agebatur in praecedentibus iudiciis, sine dubio eadem multum conferunt ad signandam incapacitatem assumendi onera coniugalia penes conventum.

25. Uti sperare fas erat Tribunal appellationis quo dilueret disparitatem inter consilia peritorum, opere peritoris usum est.

Prof. Traverso ex officio designatus coram habuit conventum a quo inmediate accepit data anamnestiche et illa hausta ex directa observatione una cum technicis inquisitionibus (v. *test*): quae omnia et cum diligenti examine actorum contulit (cf. Summ. I, ff. 223 ss.).

En ipsius conclusiones circa anomalum actum consentiendi necnon circa impossibilitatem assumendi onera coniugii essentialia (de qua novissima incapacitate impraesentiarum formaliter agitur):

*«Il YY è un uomo di 44 anni in buone condizioni generali, esente di malattie fisiche di rilievo, che è attualmente affetto da una grave forma di psiconevrosi, caratterizzata da turbe di tipo isterico ed ossessivo ed inquadrata in una personalità schizoide, nel insieme ben conservata, con forti difese di intellettualizzazione — adnotandum est hoc adiunctum quia potuit celare anomalias maioris momenti in adfectivitate quae ad totam capacitatem ad nubendum multum conferunt —, tratti di isolamento tra affettività e pensiero, notevole riduzione della libido... La continuazione della relazione con la XX e la successiva decisione al matrimonio devono essere considerate come vicende concepite ed abbracciate a guisa di un programma soprattutto intellettuale frutto di una riflessione razionalizzata, artificiosa, dettate e portate a compimento non per un moto combinato del cuore e dell'intelletto ma unicamente attraverso l'utilizzazione di un patologico «senso del dovere» e di assurde (e perciò false, patologiche)*

*preoccupazioni morali e, peggio, moralistiche... Il consenso matrimoniale prestato in simili circostanze, e pesantemente condizionato da una vera e propria patologia di tipo psiconevrotico (che presenta tuttavia taluni aspetti di tipo pre-psicotico, vedi ad es. gli spiccati tratti di schizoidismo...) ha impedito al p. di riflettere e ponderare i pericoli ed i rischi di proseguire una precoce relazione iniziata come «tentativo di fuga» dall'ambiente familiare e poi proseguita per un patologico «senso del doveré, nonché di comprendere, valutare e volere le proprietà e i fini del matrimonio... Né — per gli stessi motivi — il soggetto era da ritenersi allora in grado di assumersi responsabilmente i diritti, gli obblighi e gli oneri essenziali del matrimonio... nel senso di saper costruire una valida interrelazione personale con il partner, di intessere con il partner stesso una vera e propria comunione di vita... Ne a mio avviso valgono a contraddire quanto testè affermato i cascami di vita coniugale intessuti dal YY con la XX... e nonostante la nascita di una bambina...» (cf. Summ. I, ff. 251-253).*

Exinde peritus incunctanter pro nullo matrimoniali consensu est et pro existentia plurium et gravium causarum psychicarum e quibus deduceretur incapacitas assumendi essentialia matrimonii onera penes conventum.

26. Praecedens Sententia Rotalis diei 18 iulii 1990, nulla ad dita peritia nec complemento instructionis in tertia instantia pro vinculo fuit circa invaliditatem consensus. Decisio id praesertim fortiter premit adversus Sententiam Ianuensem quod talis decisio nimium momentum tribueret *gratificanti* commercio sexuali inter partes: quod quidem commercium, iuxta Patres Rotaes, vel intra limites vigentis can. 1084 reducatur vel sub respectu incapacitatis non facile admittatur (cf. Sententiam, n. 5).

At praeterquam vel ipsemet conceptus impotentiae can. 1084 cum recentius qualificata expressione de *humano modo* in sexualitate coniugali exercenda multum accessit ad plenius amplectendum consortium vitae et amoris coniugalis intra *officia matrimonii essentialia* et *bonum coniugum*: rei considerandae pactum penes Iudices Tribunalis Apostolici nimis disiunctum apparet a reliquis et quidem relevantibus rationibus indolis personalitatis partium earumque facultatum psychicarum, quas iidem periti recognoverunt.

De caetero, uti iam prius iteratum est, attentio ad seorsim sumptam incapacitatem assumendi onera coniugalia ob causas psychicas — de qua formaliter nunc agimus — de se ponit peculiare

quaestiones quae ignorari nequeunt et ab aliis peritiis prae oculis habitae sunt circa vitam coniugalem — sexualem — moraliter tolerabilem.

Forte nihilo melius ipsamet actrix in iterata Causae propositione responsum praebet animadversioni principi Sententiae Rotae: «...Non è che io pretenda che il matrimonio sia valido solo quando si abbia un rapporto esaltante, felice, o anche solo «normalé, ma che questo rapporto — esistenzialmente e sessualmente — non sia frustrante o intollerabile, questo mi sembra che sia veramente il minimo al di sotto del quale c'è soltanto il nulla» (cf. Summ. II, f. 6).

27. In iis quae praecedunt potioem et quasi exclusivum locum et momentum adsignatum est disceptationibus peritorum, sicut de caetero, nec multum disserte, praestitit novissima decisio rotalis.

Hoc fecimus non solum quia in Causa ex se difficili et ex adiunctis magis adhuc implicata, consilium expertorum qualificatum pondus assumere nactum est; verum etiam quia doctores — si unum excipias priorem et ipsammet Sententiam Rotalem — per longum et latum declarationes et alias probationes sedulo perpenderunt.

At quo clarius et proprius ad legem (cf. can. 1579) argumenta assumi possint, excerpta quaedam nunc adduntur.

28. Potiora de partium declarationibus, quae, uti patet, in re intima et ad paenetrabilia relationis interpersonalis maxime pertinente praecipuas partes agere vocatae sunt, iam attulimus, quandoque vel ad verbum resumpta (cf. supra, n 17).

Praeter ea modo memorata, sufficiat nunc de alterutra ab uno discere omnia.

Ita mulier: «Secondo me, YY per avere un rapporto con me doveva straniarsi dal rapporto, considerandolo come obbligatorio, altrimenti scataivano le sue inibizioni. Mi venne perfino l'idea che YY fosse insofferente della donna, perché quando io mi avvicinavo a lui, quando stava vedendo la televisione, lui subito si ritirava. Dopo la nascita della bambina, in YY scattarono le inibizioni che rendevano difficoltoso il coito, a causa delle difficoltà di erezione e subito mi diceva: "vedi che non riusciamo!"... A mio marito questa causa non interessa perché dice che non sono sua moglie, come mi ripete dal

1971 (tertio anno post nuptias) *da quando non ebbimo più rapporti...* » (cf. Summ. I, f. 21).

In novissimo Causae et instantiae gressu mulier iterum proprios sensus in iterata declaratione retulit. Et praeterea attulit acervum litterarum (cf. Summ. II, ff. 22-73) Rev.do AA datarum in quibus, tempore non suspecto, actrix inmediate ostendit profundiorum animi turbationem et amoris frustrationem quae explicationem moralem certam invenit in illa quam saepe saepius eadem actrix dixit «*intollerabile relazione*». Expressiones uxoris defatigatae et iniuria affectae ex modo sese gerendi mariti, pro muliere optima de matrimonii opinione ducta, ex sese suadent vel radicatam incapacitatem conventi ad sanam et dignam, humanam, quin dicam *gratificantem* communionem vitae et amoris coniugalis vel, quod erit peius, insitum defectum sensuum quibus illa communio exaedificari potuisset. «*La solita tortura — ait uxor in novissima declaratione — era la manifestazione da parte di lui che non mi considerava sua vera moglie, che non sentiva nessuna attrattiva di affetto o di trasporto sessuale verso di me. A me non bastava certamente una unione coniugale solo formale che era una maschera esteriore senza nessuna sincera realtà intima di vera comunione... Posso aggiungere che mi sentivo offesa come donna giovane dal suo atteggiamento che è stato freddo al punto di non ricordare dal punto di vista emozionale rapporti che ho avuto con mio marito*» (cff. Summ. II, ff. 130-131).

29. Et vir: «*Io mi sposai perché preso dal desiderio di essere indipendente... nella mia mentalità essere indipendente significava lasciare i genitori e sposarmi... Se avesse potuto vivere da solo senza passare attraverso il matrimonio, l'avrei fatto... Riconosco a me stesso un carattere che vuole precisione nelle cose e sono attaccato ai miei giudizi... sono anche un po' possessivo in tutte le cose... In questa mia psicologia trovava ampio spazio il fatto di non riconoscermi obbligato alla richiesta di un rapporto sessuale da parte di mia moglie. Tutto ciò non è stato solo un fatto teorico, ma l'ho realizzato rifiutando spesso i rapporti intimi con la moglie. Le motivazioni erano basate sulla mia personalità e non su motivi religiosi... Quando però mi accorsi che i rapporti intimi non erano soddisfacente per entrambi riconobbi a mia moglie il diritto a vivere separata...* (nb.: praestat aliquantulum sistere in his novissimis verbis in quibus simul perspiceris et exclusionem (ni incapacitatem) et incapacitatem («*le*

*motivazioni... basate sulla mia personalità») — et in utrobique anomaliam valde indolem!)... Pur esistendo in me potenza fisica per il rapporto intimo, non sentivo per esso né attrattiva né interesse... Riconosco di non essere in grado di dare a mia moglie un matrimonio come lei voleva. Il fallimento del matrimonio si deve alla mancanza di interesse psico-fisico verso mia moglie...» (cf. Summ. I, ff. 24-27).*

Etiam in praesenti instantia conventus declarationem reddit et, dum priora confirmavit, coram praecisis mulieris assertionibus in litteris de quibus supra, ulterius admisit:

«Sono d'accordo con la XX quando dice che vi era fra noi un'incapacità di dialogo. Questa è insorta subito dopo il matrimonio ed è stata la vera causa del fallimento dello stesso. Questa incapacità a dialogare dipendeva dal fatto che non soltanto non avevamo interessi in comune ma non vi era fra noi alcuna affinità intellettuale...» (cf. Summ. II, f. 140).

Praestat hanc rationem notare non modo quia signare potest incapacitatem ad communionem in determinato casu de quo agitur; verum etiam quia deficiente *subsidio rationalitatis* («meccanismo di difesa intellettualizzato» de quo supra) magis et clarius emersit anomalia in personalitate viri.

«la mancanza di dialogo era da parte mia la manifestazione dell'insofferenza verso la vita coniugale ed il mio desiderio di tornare indietro... Aggiungo soltanto che io non chiedevo rapporti. Mi limitavo ad essere disponibile ... Da parte mia non erano espressioni d'amore ma solo di dovere e ne avrei fatto volentieri a meno... Non ho mai sofferto di problemi di aspermia o di impotenza. La mancanza di rapporti intimi con la XX era semplicemente dovuta al fatto che non ne avevo voglia...» (cf. Summ. II, ff. 140-141).

Ex modo relatis verbis antequam suspectam intentionem conventi, quam iam supra diximus quasi ad exclusionem proximam, iudicemus: de iniuria in consortem censura inurimus praesertim prae oculis habita optima mulieris dispositione. In qualibet enim coniugii vera imagine et existentiali necesse est prae oculis habere utriusque coniugis indolem et intentionem.

Quare, salva forte bona fide viri, id, quod minus est, nempe incapacitatem illius assumendi et adimplendi ius et officium ad communionem amoris cum actrice, necnon ad bonum huiusce, indubie sustinemus. Etenim a Nostra consideratione eximi nequit ille, quem in iure (cf. supra n. 15) aperte ostendimus connaturalem

finem a Creatore indictum communicationi sexuali qua coniuges adipiscantur gratam laetamque sibi propriissimam interpersonalem communionem. Hanc autem etiam in substantialibus deficientem in casu invenimus.

30. Nec desunt testes qui quaeve a proximo res acceperint quia partes fiduciam consuetudinem cum pluribus fidedignis personis coluerunt quandoque ex officio ad praetorium convocatis.

Sint presbyteri.

Ita Rev. DD simul et de personali notitia circa crisi coniugalem et de credibilitate actricis sobrie declarans: «*Dalle confidenze riservate della XX in un arco di tempo comprendente anni mi sono fatto due convinzioni precise: A) La prima riguardante la personalità della attrice: ho constatato in lei una completa veracità congiunta in un primo tempo del desiderio di salvare il proprio matrimonio, in un secondo tempo di sapere dalla Chiesa se il suo matrimonio è valido o no, pervenendo anche per mio consiglio ad accusare il matrimonio stesso. Ribadisco la perfetta buona fede ed onestà di questa donna. B) La seconda convinzione riguarda il YY, che io ho fatto chiamare più volte ma senza successo. Dalle parole della moglie mi sono convinto che si tratta di una persona distorta, moralmente atona, incapace di rendersi conto della condotta che tiene... Purtroppo la moglie non ha saputo e non ha potuto legarselo, benché ella abbia fatto tutto il possibile per salvare il suo matrimonio... Sempre dalla XX so di una strana relazione del YY con altra donna...*» (Summ. I, ff. 73-74).

Et Rev.dus AA: «*...il YY non accetta il matrimonio come fatto di decisione e di volontà impegnativa... è estremamente instabile... Negli ultimi anni ha dimostrato atteggiamenti anomali a livello psicologico soprattutto in riferimento a problemi matrimoniali. Fenomeni frequenti di mutismo in casa e passaggi improvvisi da uno stato d'animo ad un altro...*» (Summ. I, f. 55).

Denique ut fidem sapientiae populi, penes quem filium nemo nescit melius quam mater, liceat Nobis adducere testimonium D.nae YY Genitrix, minime oblita graviore difficoltàes quas YY passus est in primordiis aetatis ob sciunctionem parentum et peculiarem patris erga eum duriorum indolem, de convento simpliciter et plano verbo tandem refert:

«*YY è un ragazzo molto chiuso, molto timido, molto influenzabile... Escludo che vi siano state intimità prematrimoniali... Le affet-*

*tuosità che ho visto tra i due erano quelle di due bambini innamorati... YY era indeciso e si vide che aveva dato la parola e voleva mantenerla, anche perché aveva paura del padre XX che aveva un carattere molto forte... Io dico che YY non era cosciente degli obblighi che si assumeva con il matrimonio... Io ho tentato di fare una riconciliazione tra i due ed ho chiesto perché il loro matrimonio falliva. Mio figlio non mi diede nessuna risposta, XX mi disse che YY aveva un forte esaurimento e che doveva farsi curare da uno psicologo; in più aggiunse che tra i due coniugi da parecchio tempore non c'erano intimità... Un anno dopo la nascita della bambina (id est, a. 1970, forte vix biennio a nuptiis elapso) non c'erano più rapporti sessuali. Mio figlio è un tipo lunatico, instabile, influenzabile e qualche volta nervoso... sempre chiuso in se stesso...» (Summ. I, ff. 64-67).*

His matris conventi animadversionibus accedunt concordēs familiarium actricis declarationes iuxta quam homo actus sexuales in coniugio «non li riteneva onesti e cercava di ridadarli i più possibile... dovevano vivere come fratello e sorella... considerava ripugnanti gli atti sessuali... non volle più rapporti con la moglie asserendo che erano illegittimi... ha dimostrato idee strane sulla liceità del rapporto intimo... (cf. Summ. I, ff. 186-187).

31. Revera post congeriem verborum tum a doctoribus tum a declarationibus communibus, scientia propria ac credibilitate commendatis, post innumeras actricis litteras tempore non suspecto datas, non aliis egeamus testibus, sed iam hora est ut et Nos oculos vertamus ad obiectionem, quae diceretur si non una, certe praecipua adversus nullitatem propositam: scilicet amicitia et fragrans amor quae post matrimonium exarsit inter conventum et D.nam BB.

Adiunctum ultra quodlibet dubium comprobatum et etiam evidens iure meritoque invocatur ab omnibus qui difficultatem faciunt adversus nullitatem (cf. Sententiam I gradus de defectu discretionis iudicii, Summ. I, ff. 140 ss.; peritiam Tortoram, ibi, f. 197; Sententiam Rotalem passim,...). Imo in supra citatis litteris actrix semel atque iterum sive sub celatis allusionibus sive expressis verbis de eo conqueritur. Quare res meretur profundiolem considerationem seorsim sumptam.

32. Imprimis accurate in casu perpendenda est deductio ex causa ad effectum. Etenim nimis facile erueretur ruina matrimonii

de quo agitur propter interventum amicitiae conventi cum D.na BB, quae revera post matrimonium evenit nec coniugii validitatem infitiri posset.

At ne haec conclusio velit latius quam praemissae patere res sub duplici respectu aestimandae sunt, nempe chronologico et psychosexuali.

Si ratione temporis omnes concordant amicitiam inter conventum et hodiernam eiusdem civilem sociam initium habuisse post matrimonium partium, item iidem admittunt difficultates inter coniuges, et quidem ex utrobique iam tunc exortas fuisse et gravio-rem apicem attigisse, cum duo connubia ad invicem interfuerunt et sese implicarunt. Quare si ulterius id pessumdedisse infectas iam valde consuetudines admittere tenemus, tale adiunctum fuisse causam effectus qui iam praeerat non cogimur agnoscere. Quo opportunius forte sermone psychopathologico utamur, circumstantiam agnoscimus uti eventum relevantem vel si vis ad extra periclitantem (*slattentizzante*) et conclamantem conditionem praeexistentem. Socia conventi continenter rem admittit: «*La mia conoscenza di YY non è stata la causa della crisi del suo matrimonio bensì è stata l'occasione che lo ha portato a fare chiarezza su una crisi che già sussisteva*» (cf. Summ. II, ff. 144-145).

Quod ulterius comprobaretur sub respectu psychologico vel psychopathologico. Uno enim ore fidedigni testes memorant (cf. pro omnibus, Rev.dum AA, Summ. I, f. 55, ad 6.um) sociam conventi eadem formam mentis ac vir habuisse circa matrimonium. Quamobrem si ex communibus contingentibus docemur similem similem quaerere, in casu praesumendum est tum primam cognitionem tum ulteriorem per annos devinctionem alterius ad alteram fuisse quoque adminiculum probationis circa anomalam psychosexualem indolem. Demonstrationi sint verba ipsius D.nae BB de relatione plura referentis et alia suggerentis: «*Dai discorsi di YY ho compreso che vi erano problematiche di intesa con XX un po' a tutti i livelli... Le difficoltà della vita coniugale erano soprattutto di YY... All'inizio il mio rapporto con il YY è stato quello di una reciproca comprensione dal momento che avevamo problemi simili a livello coniugale. In seguito è stata una bella amicizia. Con l'andare del tempo ci siamo accorti che vi era qualcosa di più, ma abbiamo cercato di tenere ciò sotto controllo... Quando i due si sono separati YY e io — nb.: eadem d.nam BB a suo marito disiunctam fuisse — abbiamo preso coscienza che fra noi vi era qualcosa di più di una*

*semplice amicizia. Da quel momento si è sviluppata una relazione sentimentale vera e propria che ha ammesso le intimità dopo diversi anni...» (ibi, f.144-145).*

In fine tandem nisi haec graviter anomala admittantur nullam logicam declarationem obtineremus de intricata valde conmixtione inter respectus religiosos et abnormes huius Causae. Continuo enim absurdae emergunt circumstantiae de actuositate conventi et novae amicae in vita et pietate christiana et de admissis excessibus in moralitate coniugali. Iam age ni alia eaque graviora deessent quasi haec sola de abnormi conventi sexualitate probationem constituissent.

33. Quae cum ita sint, in summam redigentes facta allegata et probationes haec videntur deduci:

Conventus iam ante matrimonium affectus erat graviore anomalia psychosexuali, quae originem ducebat ex praecocibus iisque quoque gravibus deordinationibus personalitatis sive in suis ipsius occlusionem sive in obsessionem in relationibus cum aliis, praesertim foeminis;

Talis indolis conventi praeter obices quos posset inducere in radice suis ipsius traditionis et alterius acceptationis quae germanum consensum coniugalem constituunt: causa fuit omnimodae incapacitatis qua idem conventus non valuit assumere et adimplere essentialia matrimonii onera, maxime in exstruendo consortio totius vitae et amoris coniugalis ad bonum suis ipsius et alterius coniugis ordinato et ad procreationem humano modo assequendam.

34. Quare omnibus in iure et in facto adamussim perpensis, Nos, infrascripti RR. PP. DD. Iudices Auditores de Turno, pro Tribunali sedentes et solum Deum prae oculis habentes, Christi Nomine invocato, declaramus, pronuntiamus et definitive sententiamus ad proposita dubia ita respondententes:

*Ad primum: admittendum esse in casu caput de incapacitate conventi assumendi obligationes essentielles matrimonii (c. 1095, n. 3) haud obstantibus duabus decisionibus negativis circa gravem defectum discretionis iudicii penes eundem conventum.*

*Ad secundum: non proponi.*

*Ad tertium: affirmative seu constare de matrimonii nullitate in casu, tamquam in prima instantia, ob incapacitatem conventi assu-*

*mendi obligationes matrimonii essentielles. vetito viro transitu ad canonicas nuptias inconsulto ordinario loci.*

Ita pronuntiamus et mandamus Ordinariis locorum et Tribunalium administris ad quos spectat ut hanc Nostram Sententiam definitivam notam faciant omnibus quorum interest et exsequutioni tradant servatis de iure servandis.

Romae, aud Aedes Tribunalis A. Rotae Romanae, die 23 ianuarii 2004.

*Ioseph M. Serrano Ruiz, Ponens  
Antonius Stankiewicz  
Americus Ciani  
Iohannes Verginelli  
Augustinus De Angelis*

Cum haec sententia, quae primum matrimonii nullitatem declaravit, ad appellationis Turnum sit transmittenda (can. 1682, § 1), exsecutioni tradi nequit, i. e. ius partibus non competit novas contrahendi nuptias (can. 1684, § 1).

M. Xaverius Leo Arokiaraj, Not.

---

### **Ancora sulla modifica «ex officio» del decreto di concordanza del dubbio.**

#### 1. *Fattispecie.*

La sentenza *coram* Serrano Ruiz, pronunciata il 23 gennaio 2004 dalla Rota romana in causa *nullitatis matrimonii Reg. Insubris seu Mediolanen.* (Diocesi di Milano), può essere letta sotto due diverse angolature, la prima delle quali, semplice fino ai limiti dell'ovvietà, presa in sé stessa non richiederebbe alcuna attenzione particolare: la Rota ha confermato invero in questa decisione l'insegnamento, ben presto radicatosi nella sua giurisprudenza con l'entrata in vigore del codice giovanneo-paolino, che vede nel *defectus discretionis iudicii* e nella *incapacitas assumendi onera matrimonii essentialia* due capi di nullità di matrimonio formalmente diversi e distinti, ancorché accomunati dall'essere previsti entrambi nell'unico can. 1095.

La seconda angolatura, più complessa, esige al contrario un'attenta riflessione, e può offrire lo spunto per alcune considerazioni anche di ordine generale, delle quali ci siamo occupati in altre occasioni <sup>(1)</sup>.

Per spiegarci dobbiamo però cercare di ricostruire anzitutto la fattispecie, con qualche maggiore ampiezza rispetto ai cenni somari tracciati dai giudici rotali nella prima parte della motivazione della loro pronuncia, in ciò aiutati dalla lettura della sentenza emessa nel primo grado di giudizio, nella stessa vicenda, dal Tribunale ecclesiastico Lombardo <sup>(2)</sup>.

E dunque: da questa lettura apprendiamo che l'attrice si rivolse una prima volta alla Giustizia ecclesiastica con libello del 5 gennaio 1982, allo scopo di ottenere la dichiarazione di nullità del suo matrimonio per il motivo (così da lei indicato) del « difetto di sufficiente capacità deliberativa » del convenuto. Quella precedente causa, svoltasi essa pure in primo grado davanti al Tribunale regionale lombardo, prese inizio con la concordanza del dubbio nella seguente formula: « Se consti della nullità del matrimonio in questione *ob defectum discretionis iudicii in viro* ». Avendo tale quesito ricevuto risposta negativa, l'attrice interpose appello davanti al Tribunale regionale ligure. I giudici di secondo grado, dopo aver fissato il dubbio nel seguente modo: « *An infirmanda vel confirmanda sit sententia Tribunalis Insubris diei 28 iunii 1984* », ribaltarono la decisione impugnata. Stante la difformità delle due sentenze, la causa approdò nel terzo grado al giudizio della Rota, che in data

---

<sup>(1)</sup> Cfr. « *Quaestiones disputatae* » sulla scelta della procedura giudiziaria nelle cause di nullità del matrimonio, sui titoli di competenza, sul libello introduttorio e sulla contestazione della lite, in *Apollinaris*, 70 (1997), pp. 618-622; I tentativi di conciliazione, gli elementi sostanziali del libello di domanda e l'incidenza sul medesimo del concetto di « *conformitas aequipollens* » fra i capi di « accusa » nelle cause di nullità del matrimonio, in *Ius Ecclesiae*, 15 (2003), pp. 615-656; Incompetenza assoluta « *ratione gradus* » per la scissione dell'iniziale capo appellato dal nuovo capo di nullità giudicato « *tamquam in prima instantia* » ex can. 1683. Sull'utilità della « *conformitas aequipollens* » per il decreto di « *litis contestatio* », in *Ius Ecclesiae*, 15 (2003), pp. 748-762; La nullità insanabile della sentenza per un vizio attinente le parti (can. 1620, nn. 4, 5 e 6), in *La querela di nullità*, Libreria Editrice Vaticana, 2005, pp. 109-144.

<sup>(2)</sup> Cfr. TRIBUNALE ECCLESIASTICO REGIONALE LOMBARDO, *coram* Maragnoli, sentenza interlocutoria con funzione di sentenza definitiva, 17 dicembre 1998, *Nullitatis matrimonii; incidentis: de exceptione rei iudicatae*, in *Il Diritto Ecclesiastico*, 114/2 (2003), pp. 201-210.

18 luglio 1990 si espresse nello stesso senso della prima sentenza, e quindi affermò che non constava della nullità del matrimonio per il motivo addotto: con il che il processo ebbe termine<sup>(3)</sup>.

L'attrice adì nuovamente il Tribunale lombardo parecchi anni dopo, con libello del 16 marzo 1998, questa volta accusando specificamente di nullità il proprio matrimonio «a norma del can. 1095 n. 3, per incapacità dell'uomo di assumere gli obblighi essenziali del matrimonio per una causa di natura psichica». A quei giudici non poteva naturalmente sfuggire che una causa *nullitatis matrimonii* tra le stesse parti era stata già, prima da loro e poi dalla Rota, trattata e decisa negativamente; pertanto — in ciò sollecitati dall'apposita eccezione sollevata dal difensore del vincolo — si posero il problema se all'azione così novellamente proposta non ostasse il principio sancito dal can. 1642 § 2, a mente del quale dal passaggio in giudicato della sentenza si origina non solo l'*actio iudicati*, ma anche l'eccezione di cosa giudicata, diretta *ad impediendam novam eiusdem causae introductionem* — si tratta, in altri termini, del ben noto principio *ne-bis in idem* —, rilevabile tanto su istanza di parte quanto *ex officio*.

Si potrebbe aprire a questo punto un primo filone di indagine, per discutere se il principio ora ricordato sia applicabile *sine glossa* anche alle sentenze rese nelle cause *de statu personarum*, sebbene com'è noto queste nel diritto canonico non passino mai in cosa giudicata. A tale domanda i giudici lombardi hanno risposto affermativamente, con argomentazioni ampie e, a nostro avviso, del tutto condivisibili. Il che spiega anche l'intitolazione della loro sentenza (*incidentis: de exceptione rei iudicatae*, come sopra si è detto), che a prima vista potrebbe sconcertare. Comunque, se anche così non fosse, resterebbe sempre vero che non si può ricominciare daccapo nel primo grado di giudizio una causa *nullitatis matrimonii*, dopo che questa sia già stata giudicata una prima volta: ciò era già stato chiarito nel 1936 dall'art. 218 dell'Istruzione *Provida Mater Ecclesia*, a patto naturalmente che, come diceva la norma, si tratti veramente *de eadem causa, hoc est propter idem matrimonium et ob idem nullitatis caput*. Anche se la detta Istruzione nel 1998

(3) Questa sentenza, *coram* Jarawan, non è stata pubblicata nel volume LXXXII delle R.R. *Decisiones*, ma ne è fatta menzione nell'indice, con la precisazione che il capo di nullità deciso e trattato fu quello del *defectus discretionis iudicii in viro*.

non era più in vigore, nessuno potrebbe seriamente pensare che la regola in discorso fosse stata abrogata: e oggi, si può notare per inciso, è stata puntualmente riconfermata dall'art. 289 §§ 2 e 3 dell'Istr. *Dignitas connubii* (in seguito DC). Peraltro la Segnatura Apostolica in un decreto del 1989 ne aveva espressamente ribadito la vigenza, sia pure deducendola dal dettato del can. 1440, ossia riportando il divieto del *bis in idem* sotto il *genus* della incompetenza assoluta *ratione gradus*<sup>(4)</sup>.

Ma non è questo l'argomento che vogliamo approfondire nella presente nota.

Dopo essersi dunque posto il problema dianzi tratteggiato, il Tribunale lombardo lo risolse nel senso che l'eccezione di cosa giudicata (o, come forse si sarebbe potuto dire più agevolmente, l'*exceptio litis finitae*) doveva essere accolta, e quindi, per converso, la domanda attorea respinta *in limine*. Quei giudici avvertirono di non ignorare che secondo il consolidato orientamento giurisprudenziale il *defectus discretionis iudicii* e l'*incapacitas assumendi onera matrimonii essentialia* sono, come già detto, due capi di nullità di matrimonio diversi. Osservarono, però, che l'attrice aveva introdotto la prima causa di nullità quando era ancora in vigore il codice di diritto canonico del 1917, il quale come tutti sanno non conteneva alcuna norma simile all'odierno can. 1095, per cui non poteva darsi per acquisito che la formula usata per la concordanza del dubbio nel primo grado di giudizio, nell'ammettere l'indagine sulla nullità del matrimonio per il motivo del *defectus discretionis*, intendesse invece escludere dall'area dell'accertamento giudiziale l'indagine sull'*incapacitas assumendi onera*, dato che questi due differenti ambiti dell'incapacità psichica, benché già noti alla giurisprudenza, non erano stati ancora codificati come ipotesi formalmente distinte. Fatta questa osservazione preliminare, i giudici lombardi, nel prosieguo della loro sentenza, passarono ad elencare puntigliosamente i luoghi dai quali, negli atti così del primo come del secondo grado di giudizio della causa precedente, risultava che in tale causa, su iniziativa dell'attrice, si era pacificamente discusso non solo del supposto difetto di discrezione di giudizio del conve-

---

(4) Cfr. SEG NATURA APOSTOLICA, *Declaratio de foro competenti in causa nullitatis matrimonii, post sententiam negativam in prima instantia latam*, 3 giugno 1989, in AAS, 81 (1989), pp. 988-990, e in *Ius Ecclesiae*, 2 (1990), pp. 343-345.

nuto, ma proprio anche della incapacità di lui di farsi carico degli obblighi essenziali del matrimonio. Essi quindi in definitiva espressero l'opinione che, nel caso, fosse legittimo ricostruire l'esatto significato della formula adottata per identificare il dubbio alla luce del complesso delle circostanze sottoposte in concreto dall'attrice al giudizio del Tribunale, nonché della valutazione da lei medesima offertane sul piano del diritto; e che, in forza di tale operazione interpretativa, si dovesse concludere che il dubbio concordato, in realtà, abbracciava ambedue quelli che il nuovo codice avrebbe poi chiarito essere capi di nullità diversi.

Peraltro, si legge ancora nella sentenza in esame, altrettanto chiaramente risultava, in quella precedente causa, l'intenzione dei giudici lombardi di pronunciarsi non solo sul difetto di discrezione di giudizio del convenuto, ma anche sulla sua incapacità di assumere gli obblighi essenziali del matrimonio. Al tempo della decisione della causa, infatti, il nuovo codice di diritto canonico era ormai stato pubblicato ed entrato in vigore. Ebbene, nella motivazione della sentenza che aveva concluso quel procedimento, il Tribunale si era espresso testualmente così: «Il dubbio di causa venne concordato prima che la formulazione del nuovo codice distinguesse il difetto di discrezione di giudizio e la incapacità ad assumere gli oneri coniugali, sicché a volte i due distinti capi potevano essere scambiati come causa ed effetto... *per cui noi comprendiamo con il dubbio di causa sia il comma secondo che il comma terzo del nuovo can. 1095 (sottolineatura nostra, n.d.r.)*». E oltre tutto l'attrice, nell'esporre ai giudici d'appello i motivi per i quali si riteneva gravata da quella decisione, aveva svolto le proprie argomentazioni soltanto nel merito, senza dedicare alcun cenno a ciò che — se effettivamente la sentenza si fosse occupata di questioni estranee al dubbio che ella aveva inteso sottoporre al giudizio dei tribunali ecclesiastici — avrebbe dovuto lamentare come un vizio di extrapetizione.

2. *L'aggiunta di un nuovo capo di nullità «ex officio» e la nullità della sentenza ex can. 1620, 4°.*

Il Tribunale regionale lombardo, quindi, in esito alla nuova causa introdotta davanti a lui, si pronunciò con una «sentenza interlocutoria con funzione di sentenza definitiva», dichiarando che all'attrice «non spetta(va) il potere di agire nel presente giudizio».

Non è noto, al di là di quanto è riportato nella sentenza *coram* Serrano, in virtù di quali argomenti il Tribunale regionale ligure, cui l'attrice si rivolse anche in questo caso per ottenere la riforma della decisione a lei sfavorevole, sia andato in opposto avviso e abbia accolto l'appello: infatti, a differenza della prima, la sentenza emessa da questo Tribunale è rimasta inedita. Sta di fatto comunque che i giudici di secondo grado affermarono che l'eccezione di ordine processuale accolta dai loro colleghi di prime cure doveva, invece, essere respinta. Si apriva così l'adito alla trattazione nel merito della nuova causa avente ad oggetto l'incapacità del convenuto di assumere gli obblighi essenziali del matrimonio, il che avrebbe dovuto comportare la remissione degli atti al giudice di prima istanza. Ma nella motivazione della sentenza *coram* Serrano si legge altresì che a questo punto, invece, il patrono dell'attrice si rivolse alla Segnatura Apostolica per ottenere l'affidamento della causa, sempre nel primo grado di giudizio, a un altro tribunale: un'istanza che nella sentenza è detta «*ad competentiae prorogationem*», anche se in realtà, essendo stata assegnata la causa dalla Segnatura al Tribunale della Rota romana, si dovrebbe più propriamente parlare di una *commissio causae*, in quanto com'è noto la Rota per diritto proprio non è giudice di prima istanza se non nei casi di cui al can. 1405 § 3 e all'art. 52 delle *Normae Rotae Romanae Tribunalis* del 1994<sup>(5)</sup>.

Ad ogni modo la vicenda di cui si sta discutendo è così pervenuta all'esame dei giudici rotali, i quali, per sé, non avrebbero avuto ragione di occuparsi nel terzo grado di giudizio del problema su cui si erano affaticati i primi due giudici, giacché la sentenza del Tribunale ligure non era stata impugnata da alcuno. Non vi è infatti bisogno di ricordare che la *duplex sententia conformis*, nelle cause matrimoniali, è richiesta obbligatoriamente per le sentenze di merito che dichiarano la nullità del matrimonio, ma non per quelle che si limitano a risolvere questioni di carattere proces-

---

(5) Cfr. *Normae Rotae Romanae Tribunalis*, 18 aprile 1994, in *AAS*, 86 (1994), pp. 508-540, approvate «in forma specifica» dal Papa (cfr. *SEGRETARIA DI STATO, Rescriptum ex Audientia Sanctissimi*, 23 febbraio 1995, in *AAS*, 87 (1995), p. 366; *SEGRETARIA DI STATO, Rescritto di concessione al Decano della Rota Romana della facoltà di avocare una causa in prima istanza, non soltanto a norma dell'art. 52 delle Norme Proprie, ma anche — a sua discrezione — su semplice richiesta del Turno*, 21 maggio 1997, in *Quaterni Studio Rotale*, 9 (1998), p. 68.

suale. Senonché, nel decreto di commissione della causa alla Rota, la Segnatura ebbe cura di precisare «*hoc fieri absque praeiudicio quaestionis de difformitate decretorum in prima et altera instantia latorum super lite finita vel minus*». Tanto bastò perché i giudici rotali si sentissero investiti anche del compito di chiarire «*an admittenda sit tractatio capituli de incapacitate conventi assumendi obligationes matrimoniales tamquam in prima instantia, haud obstantibus decisionibus (negativis) circa defectum discretionis iudicii (penes eundem conventum)*»: così infatti suona il dubbio da loro formulato. In buona sostanza quindi la causa, davanti alla Rota, è stata anzitutto discussa nel terzo grado di giudizio sul problema di ordine processuale. Dal momento poi che i giudici rotali hanno risolto questo primo problema, condividendo la soluzione accolta dai giudici di secondo grado, e quindi ammettendo la nuova causa all'esame del merito, essi stessi nella medesima sentenza hanno anche deciso tale causa appunto nel merito, ma questa volta come giudici di primo grado.

Le ragioni per le quali il matrimonio di cui si tratta è stato dichiarato nullo, però, sono estranee all'orizzonte della nostra indagine. A noi interessa vedere in base a quali argomentazioni la Rota sia pervenuta a rispondere affermativamente al quesito sull'ammissibilità del dubbio nella nuova causa.

Dopo aver rilevato ciò che già sappiamo, ossia che il dubbio concordato nella causa introdotta nel 1982 non faceva alcun cenno (esplicito) alla incapacità del convenuto di assumere gli obblighi essenziali del matrimonio, la Rota, come si legge al punto n. 6 della motivazione della sua sentenza, ha centrato il proprio ragionamento anzitutto sulla considerazione che «*admitti nequit absentiam clarae propositionis obiecti iudicii in contestatione litis sanari posse per ultroneas partis vel partium allegationes currente iudicio*». Naturalmente qui si potrebbe facilmente obiettare che, secondo il punto di vista del Tribunale lombardo, le allegazioni fatte dall'attrice nel corso del primo giudizio (in primo, ma come si è detto anche in secondo grado) non erano tali da ampliare la materia del contendere estendendola a un dubbio diverso da quello concordato, bensì servivano a chiarire quale fosse effettivamente la materia sulla quale, al di là della formula testuale, era stato concordato il dubbio. Ma la Rota ha prevenuto questa obiezione, precisando, nelle righe subito successive, che «*iam a limine iudicii perspicuum esse debet partibus eiusque adessoribus, testibus, peritis, et, uti pa-*

*tet, Iudicibus, quodnam revera sit obiectum contentionis, ne ex incertitudine vel ex nimia genericitate probationes non admittuntur nec, peractae, debita cura ac pondere aestimentur*». Con ciò la Rota, a quel che è facile comprendere, ha inteso dire che: non solo, come è stabilito dal can. 1677 § 3 del codice vigente (e oggi anche dall'art. 135 § 3 della DC), la formula del dubbio deve specificare esattamente per quale capo o per quali capi è impugnata la validità del matrimonio; ma anche, nell'interpretazione della detta formula, non ci si può avventurare oltre il significato proprio e letterale dei vocaboli adoperati, giacché ciò renderebbe i confini dell'indagine inammissibilmente opinabili e incerti. Non è dunque lecito al giudice arrogarsi la potestà di interpretare la formula del dubbio ricorrendo a fonti integrative o suppletive, quali appunto le deduzioni svolte dalle parti in corso di causa, in diritto e in fatto, a chiarimento delle loro domande.

Vi era un'altra osservazione contenuta nella sentenza del Tribunale lombardo che occorreva confutare: quella che, qualsiasi fosse l'esatta portata del dubbio di causa, la sentenza emessa nel 1984 a conclusione della causa del 1982 aveva comunque dichiarato, come sopra si è avvertito, di volersi pronunciare non solo sul difetto di discrezione di giudizio del convenuto, ma anche sulla sua incapacità di assumere gli obblighi essenziali del matrimonio. E pertanto una pronuncia (negativa) in ordine a tale incapacità del convenuto, di fatto, esisteva già. Al riguardo, osservavano i giudici lombardi, è vero che — nel caso in cui non fosse da condividere la tesi per cui il dubbio di causa comprendeva anche l'*incapacitas assumendi onera* — la sentenza in discorso, sotto questo profilo, sarebbe andata *extra petita*; ma non per ciò solo essa avrebbe potuto essere considerata nulla: infatti, secondo quel Tribunale, la nullità (ovviamente insanabile) per violazione dello *ius defensionis* «non consegue a qualsiasi violazione... delle norme processuali poste a presidio della regolarità del contraddittorio... ma soltanto a quelle violazioni dalle quali effettivamente derivi, per le parti o una di esse, la perdita della possibilità di dire le proprie ragioni». Il che nel caso di specie non era avvenuto, proprio perché in corso di causa l'attrice, cioè la parte rimasta soccombente, aveva esibito e discusso tali sue ragioni, tanto sul capo di nullità concordato, quanto su quello che era stato del pari dimesso negativamente, ancorché — *in thesi* — non concordato. (Vale forse la pena di aggiungere che i giudici lombardi presero in considerazione solo l'i-

potesi della violazione dello *ius defensionis* in capo all'attrice, evidentemente perché l'esito di quel primo giudizio aveva visto soccombente lei, non il convenuto né il Difensore del vincolo; questi ultimi quindi non avrebbero avuto in alcun caso interesse a dolersi di un pregiudizio del diritto di difesa che fosse stato loro eventualmente arrecato).

A siffatta argomentazione la Rota ha replicato che il Tribunale lombardo, per ragionare correttamente, avrebbe dovuto interrogarsi sulla nullità di quella sentenza, non tanto sotto il profilo, contemplato dal can. 1620 n. 7, dello *ius defensionis alterutri parti denegatum*, ma piuttosto sotto l'altro più pregnante profilo, di cui al n. 4 dello stesso canone, dello *iudicium (factum) absque petitione iudiciali*. In effetti, è noto che questa, non quella dettata dal n. 7, è la norma cui si fa abituale riferimento quando si discute di una sentenza viziata da extrapetizione. Ciascuno dei vari motivi per i quali un matrimonio è suscettibile di essere dichiarato nullo (ossia ciascuno dei «capi di nullità») rappresenta una distinta *causa petendi*, da cui la domanda giudiziale è identificata, assieme al *petitum*, sul piano oggettivo. Anzi, propriamente occorre affermare che tante sono le domande giudiziali quante sono le *causae petendi*, anche quando esse vengono cumulate in un unico processo. Pertanto, se una parte attrice chiede che il suo matrimonio sia dichiarato nullo, ma la sua domanda è riferita a un determinato capo di nullità e non a un capo di nullità diverso, esiste bensì «una» *petitio iudicialis*, ma non «quella» *petitio*, a fondamento della quale tale diversa *causa petendi* invece starebbe<sup>(6)</sup>.

---

(6) Tutto quanto si è detto sin qui ha naturalmente per presupposto che la *causa petendi*, nelle causa di nullità del matrimonio, coincida con la ragione giuridica, ossia con il capo o i capi di nullità rispetto ai quali si chiede che il matrimonio sia dichiarato nullo. In effetti è proprio così, sia perché ciò risponde alla specifica prescrizione del can. 1677 § 3, citato nel testo, sia per la ragione di carattere più generale che il processo canonico, quanto alla definizione del *thema disputandum*, e quindi *decidendum*, è tutto impostato sull'istituto della concordanza del dubbio. Ciò non è altrettanto vero in altri ordinamenti processuali, che infatti su questo particolare ma importantissimo problema si ispirano a criteri diversi, e quindi fanno capo a soluzioni differenti. Nel diritto italiano, per esempio, la Corte di cassazione nella sentenza 20 marzo 1999 n. 2574 ha avuto occasione di affermare che «per *causa petendi*, idonea ad identificare la domanda, debbono intendersi non solo e non tanto le ragioni giuridiche addotte a fondamento della pretesa avanzata, quanto e soprattutto l'insieme delle circostanze di fatto che la parte pone a base della propria richiesta»: per cui — così prosegue la stessa sentenza —

### 3. *La formulazione e l'interpretazione del dubbio di causa e l'esatta corrispondenza tra il « chiesto » e il « pronunciato ».*

Dopo avere così inquadrato i problemi di ordine processuale che la Rota era chiamata ad affrontare in questa vicenda, e illustrato il modo in cui essa ha ritenuto di risolverli, passiamo ad esporre le nostre considerazioni.

Il primo insegnamento che può essere distillato dalla sentenza *coram* Serrano concerne il dubbio di causa, e più specificamente le regole per la sua formulazione e per la sua interpretazione. Va detto subito che questo insegnamento merita pieno assenso.

Com'è noto, è il can. 1513 § 1 (e con lui oggi, per quanto riguarda le cause matrimoniali, l'art. 135 della DC) a stabilire che nella fase introduttiva del procedimento giudiziale il giudice deve fissare con proprio decreto *controversiae termini*<sup>(7)</sup>. In particolare, nelle cause matrimoniali, in questi *termini*, ossia nel dubbio di causa, in forza del can. 1677 § 3 e dell'art. 135 § 3 della DC, deve

---

«è compito precipuo del giudice... identificare correttamente gli effetti giuridici derivanti dai fatti dedotti in causa, sicché l'enunciazione che la parte faccia delle ragioni di diritto su cui la pretesa si fonda può valere a circoscrivere la cognizione del giudice solo nella misura in cui essa stia a significare che la parte medesima ha inteso trarre dai fatti esposti soltanto quelle e non altre conseguenze giuridiche». Qui si vuole semplicemente aggiungere che la DC mostra di non ignorare che anche nel diritto canonico, talvolta, è necessario rintracciare un collegamento della *causa petendi* con i fatti posti a base della domanda, e non semplicemente con la ragione giuridica per cui si sostiene la nullità del matrimonio, allorquando avverte, nell'art. 291 § 1, con una disposizione ignota al codice, che «*Duae sententiae seu decisiones dicuntur formaliter conformes si intercesserint*» non solo «*inter easdem partes, de nullitate eiusdem matrimonii et ex eodem capite nullitatis*», ma anche «*eademque iuris et facti ratione*». Così pure, per converso, e anche qui andando al di là del dettato codiciale, nel § 2 dello stesso articolo è stabilito che «*Aequivalenter seu substantialiter conformes considerantur decisiones in quibus, licet caput nullitatis diverso nomine exhibeatur, nullitas vero matrimonii super iisdem factis et probatis nitatur*», il che vale quanto dire che la difformità della *causa petendi* non impedisce che due sentenze possano considerarsi conformi, allorquando esse si basino sui medesimi dati fattuali.

(7) La DC ha evitato l'utilizzo di termini (ad es. quello di «controversia») che possano far pensare al processo nelle cause di nullità del matrimonio come ad una «lotta», con vincitori e vinti, per sottolineare la finalità dell'accertamento della verità che deve contraddistinguere l'attività di tutti i soggetti di tali cause. Al riguardo, cfr. PRO XII, *Discorso alla Rota Romana*, 2 ottobre 1944, in *AAS*, 36 (1944), pp. 281-290; GIOVANNI PAOLO II, *Discorso alla Rota Romana*, 29 gennaio 2005, in *AAS*, 97 (2005), pp. 164-166.

essere specificato esattamente *quo capite vel quibus capitibus nuptiarum validitas impugnetur*. Quest'ultima norma trova il suo presupposto nell'art. 116 § 1 n. 2 della DC, il quale, sviluppando la prescrizione del can. 1504 del codice, avverte che il libello introduttivo della causa *nullitatis matrimonii* deve *proponere, etsi non necessario verbis technicis, rationem petendi seu caput vel capita nullitatis quibus matrimonium impugnetur*. La formula con cui il giudice fissa il dubbio rappresenta, per così dire, il criterio cui deve indefettibilmente orientarsi l'attività giudiziale nel suo insieme. Tutta l'attività istruttoria deve essere condotta con riferimento esclusivo ai «termini della controversia» così intesi, e proprio ad essi, e soltanto ad essi, il giudice deve dare risposta nella sentenza. Infatti il can. 1611 n. 1, nonché l'art. 250 della DC, stabiliscono che la sentenza deve definire la materia del contendere *data singulis dubiis congrua responsione*. Bisogna dunque asserire che il principio ben noto in forza del quale deve esservi esatta corrispondenza tra il «chiesto» e il «pronunciato», trova il suo equivalente formale nella necessaria esatta corrispondenza tra il dubbio formulato all'inizio della causa e la risposta che il giudice gli dà nell'atto conclusivo della causa stessa. La formula del dubbio può bensì essere variata durante il corso del giudizio, come ammette il can. 1514, norma che trova il suo equivalente nell'art. 136 della DC; ma ciò deve sempre farsi, ove occorra, mediante la pronuncia di un nuovo decreto di concordanza del dubbio, integrativo o eventualmente sostitutivo di quello originario, oltre che *ex gravi causa, ad instantiam partis et auditis reliquis partibus earumque rationibus perpensis*.

Per fissare correttamente il dubbio il giudice deve attenersi alla domanda, contenuta nel libello, che la parte attrice gli ha rivolto. Peraltro, l'art. 116 § 1 della DC, appena menzionato, ammette che nel libello la *causa* o le *causae petendi* possano essere indicate senza l'uso di *verba technica*. Inoltre, ai sensi dell'art. 127 § 2 della DC (norma che non trova un preciso riscontro nel codice, ma la cui *ratio* è facilmente desumibile dal can. 1677 §§ 2 e 4), il dubbio, prima di essere definitivamente fissato, deve essere proposto sia alla parte attrice che alla parte convenuta, affinché esse possano svolgere al riguardo le loro osservazioni, delle quali ovviamente il giudice dovrà tener conto allorquando emetterà il suo decreto: *Praeses vel ponens... formulam dubii vel dubiorum ex libello desumptam partibus opportune proponat, ut ipsae respondeant*.

Tutto ciò suppone evidentemente che la trasposizione della domanda dal libello, o anche dalla *responsio* della parte convenuta, al decreto di concordanza del dubbio, possa richiedere un intervento di carattere interpretativo (o integrativo) da parte del giudice. Ma il lavoro di interpretazione della domanda di parte, cui il giudice deve attendere prima della emissione del decreto di concordanza del dubbio, nella fase successiva del giudizio gli è invece precluso. Dal momento che i motivi o capi di nullità del matrimonio sono tutti tipizzati e codificati uno per uno, la formula del dubbio può e deve sempre essere redatta dal giudice con parole tecnicamente precise, così da non dare adito a incertezze che richiedano interventi interpretativi ulteriori.

La Rota, quindi, non poteva che esprimere, come di fatto lo ha espresso, il proprio disaccordo dal Tribunale lombardo, nel punto in cui esso, discostandosi da queste rigorose prescrizioni, ha creduto di poter di interpretare il dubbio formulato nella causa del 1982-1984 in un senso diverso e più ampio rispetto a quello che allo stesso dubbio era stato conferito nel decreto pronunciato *in limine litis*. L'esame della giurisprudenza rotale dimostra peraltro che l'esatta corrispondenza tra il dubbio concordato nell'apposito decreto e quello cui viene data risposta nella sentenza viene esigita di regola a pena di nullità, forse con qualche eccezione, riguardante però casi troppo particolari perché possano costituire precedenti utilmente invocabili<sup>(8)</sup>. Per la verità occorre ammettere che anche il caso che il Tribunale lombardo fu chiamato a decidere nel 1982-1984 si presentava come molto particolare, dal momento che — è il caso di sottolinearlo nuovamente — la norma che elenca distintamente e ripartisce in diversi capi di nullità i casi di incapacità a consentire per cause di ordine psichico, all'inizio di quella causa non era ancora entrata in vigore, e lo divenne soltanto *lite pendente*. Ma la Rota ha osservato che, quantunque la legge positiva non ne parlasse, anche al tempo in cui l'attrice aveva introdotto tale causa la diversa consistenza dei detti capi — peraltro, secondo la decisione rotale, riconducibile a un principio di diritto naturale che per se stesso non necessitava di essere codificato — era già nota alla giurisprudenza in modo sufficientemente chiaro da con-

---

<sup>(8)</sup> Cfr., ad es., *coram* Mattioli, sentenza, *Osloen.*, 4 dicembre 1957, in *SRRD*, 49 (1957), p. 796.

sentirne l'esatta individuazione, e quindi l'esatta ricezione nella formula del dubbio.

Ciò premesso, bisogna però dire che nella sentenza *coram* Serano vi è qualcosa che non quadra. In realtà, a ben considerare gli esatti connotati di questa vicenda, ci si avvede che il fulcro del ragionamento che ha indotto il Tribunale lombardo a negare all'attrice l'accesso alla nuova causa da lei proposta, non è rappresentato dall'interpretazione impropriamente data da quel Tribunale al dubbio che era stato concordato nella causa precedente. Anche se i giudici lombardi hanno dedicato la maggior parte della loro esposizione a sviluppare questi concetti, a noi pare che il punto centrale del loro ragionamento stia altrove. Esso risiede precisamente nella constatazione che comunque, a torto o a ragione, la causa precedente si era conclusa con una sentenza, nella quale i giudici che l'avevano resa dichiaravano espressamente la loro intenzione di pronunciarsi, non soltanto sulla discrezione di giudizio del convenuto, ma anche sulla sua capacità di assumere gli oneri essenziali del matrimonio.

A fronte di questo obbiettivo dato di fatto, la nuova sentenza del Tribunale lombardo, per evitare di applicare la nota e già sopra ricordata regola del *ne-bis in idem*, avrebbe dovuto necessariamente passare attraverso la dichiarazione di nullità insanabile della sentenza precedente, in quanto viziata da extrapetizione. Tolta di mezzo quella pronuncia, il processo vertente sull'incapacità del convenuto di assumere gli oneri essenziali del matrimonio avrebbe in effetti potuto — e dovuto — ricominciare daccapo. Anche se non consta che l'*exceptio nullitatis* fosse stata sollevata dalla parte — si tratta, com'è noto, di un'eccezione che a tenore del can. 1621 è proponibile *in perpetuum* — al Tribunale era consentito di procedervi *ex officio*. Senonché, proprio a questo punto entra in campo il lungo discorso svolto da quei giudici sul dubbio di causa e sul modo di interpretarlo: avendo ritenuto di interpretare il dubbio concordato nella prima causa nel senso che si è già spiegato, da ciò logicamente conseguiva, nella loro ottica, che il principio dell'obbligatoria corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato non avesse, nel caso, subito alcuna effettiva violazione.

Naturalmente, se non si condivide la premessa, se cioè il significato da attribuire al dubbio concordato in quella causa era invece (come anche noi crediamo) quello che gli ha attribuito la Rota, tutto il discorso dei giudici lombardi cade. Ma a questo punto non

ci si può nascondere che avrebbe dovuto essere la stessa Rota a dichiarare formalmente — *per modum exceptionis* — la nullità della sentenza emessa nel 1984, prima di passare a discutere la nuova causa nel merito, invece di limitarsi a rilevare la suddetta ragione di nullità in via puramente incidentale ed argomentativa. Infatti, dal momento che essa non lo ha fatto, attualmente ci si trova di fronte alla sorprendente situazione della compresenza nel mondo giuridico di due sentenze che si sono pronunciate sullo stesso matrimonio e per lo stesso capo di nullità — per di più in senso opposto l'una rispetto all'altra — *entrambe nel primo grado di giudizio*.

4. *La riformulazione « ex officio » del dubbio di causa nel rispetto del diritto di difesa delle parti.*

Ma possiamo oltre questa questione per prendere in esame un diverso problema, relativamente al quale a parer nostro le peculiarità del caso esaminato sin qui si rivelano particolarmente significative, ancorché nessuna delle sentenze che ne hanno scandito il corso gli abbia dedicato alcun cenno.

Invero, a nostro avviso, la nullità *ex can.* 1620 n. 4, nella quale la Rota ha ritenuto essere incorsa la sentenza del 1984, avrebbe potuto essere facilmente evitata se il Tribunale lombardo, in luogo di dichiarare solo nella sentenza stessa la propria intenzione di pronunciarsi, oltre che sulla discrezione di giudizio del convenuto, anche sulla sua capacità di assumere gli obblighi essenziali del matrimonio, si fosse premurato — in conseguenza dell'entrata in vigore del nuovo codice di diritto canonico — di procedere, occorrendo anche *ex officio*, nei modi che più sotto illustriamo, a un'acconcia riformulazione del dubbio di causa.

Poniamo infatti che (non difformemente dal caso dal quale stiamo prendendo spunto per svolgere queste considerazioni) un matrimonio sia impugnato per un determinato capo di nullità, ma in corso di causa si pervenga a discutere anche di un capo di nullità diverso, perché le parti, o una di esse, per esempio in occasione della loro deposizione giudiziale, manifestano l'intendimento di approfondire anche la fondatezza di tale ulteriore motivo di possibile invalidità del loro matrimonio. L'esperienza dimostra che ciò accade molto meno raramente di quanto a prima vista potrebbe sembrare, se non altro perché le parti non sono sempre in grado

di giovarsi di un'assistenza legale tecnicamente idonea, che consenta loro di individuare con esattezza *inde ab initio* le ragioni per le quali il vincolo coniugale che li unisce può essere dichiarato nullo dalla Giustizia ecclesiastica. Anzi, è ben noto che in certi ambiti geografici è quasi impossibile riuscire a reperire persone che siano realmente in grado di fornire tale assistenza. La DC, a quel che pare, ha tenuto conto proprio di questo stato di cose, allorché, come sopra si è visto, ha avvertito che nel libello introduttivo della causa l'accusa del matrimonio può essere proposta *non necessario verbis technicis*. E questa è la ragione per cui, come anche in precedenza abbiamo detto, il giudice deve darsi carico dell'onere di trasporre le domande delle parti nella formula che determina il dubbio di causa in modo tale da rispettare il contenuto effettivo di quelle domande, ancorché non adeguatamente espresso. Senonché, di fatto, non sempre accade che il giudice nella fase introduttiva della causa si prenda cura di intervenire in modo attivo nella formulazione del dubbio, là dove pure ce ne sarebbe bisogno. Oppure, dal momento che anche il giudice è fallibile, questo intervento in certi casi può risolversi in una definizione non corretta di ciò che le parti intendevano dire. Da qui nasce la necessità di correggere la formula del dubbio durante il corso ulteriore di svolgimento del giudizio.

A tale occorrenza provvede la norma già ricordata del can. 1514, oggi replicata nell'art. 136 della DC. Tuttavia, la possibilità di integrare il dubbio offerta da tale norma appare subordinata, tra gli altri indispensabili presupposti, secondo il suo dettato letterale, al fatto che siano le parti, o una di esse, a chiederlo; mentre può accadere che proprio la mancanza o l'insufficienza della difesa tecnica impedisca agli interessati di rendersi conto di tale esigenza. Perciò ci si chiede frequentemente se non sia possibile estendere la portata letterale della regola dettata dal can. 1514, così da ammettere che al giudice sia consentito, mentre la causa è in corso, di procedere all'emissione di un nuovo decreto di fissazione del dubbio anche *ex officio*.

Chi nega che il giudice possieda questa facoltà trae il proprio convincimento dal principio *nemo iudex sine actore*, una regola questa di universale applicazione, basilare in ogni sistema di diritto processuale modernamente inteso, che il codice di diritto canonico recepisce nel can. 1501, nonché nell'art. 114 della DC ai cui sensi «*Iudex nullam causam cognoscere potest, nisi petitio proposita sit ab*

*eo qui ad normam artt. 92-93 impugnandi matrimonium iure pollet*». Anzi, è ben noto che proprio al can. 1501 fa riferimento il can. 1620 n. 4 nel sancire la nullità insanabile di una sentenza che si sia pronunciata *extra petita*, giacché il can. 1620 designa il vizio di extrapetizione proprio come quello che risponde al caso in cui *Iudicium factum est sine iudiciali petitione, de qua in can. 1501*. Per contro, chi sostiene la tesi opposta — e chi scrive è tra questi — fa notare che nel processo canonico di nullità del matrimonio esistono pressanti esigenze di tutela del *bonum publicum*, le quali richiedono che la ricerca della verità sostanziale debba prevalere sulle ragioni di carattere formale che potrebbero essere legittimamente invocate nelle cause *de bono privatorum*: come è reso chiaro da tutta una serie di norme, contenute nella DC, che solo apparentemente entrano in conflitto con il citato art. 136, e soprattutto dall'art. 71, ai cui sensi (non diversamente, del resto, dal can. 1452) «*Causa nullitatis matrimonii legitime introducta, iudex procedere potest et debet non tantum ad instantiam partis sed etiam ex officio*».

Ciò non vuol dire che il giudice goda di una potestà illimitata di procedere officiosamente. Il principio *nemo iudex sine actore* nasce da una ragione precisa, che consiste nella indispensabile «terzietà» del giudice. Se il giudice potesse sempre stabilire di propria autorità, in luogo delle parti, quale o quali siano i capi di nullità del matrimonio su cui occorre impostare la causa dalle parti stesse introdotta, ne resterebbe pregiudicata la sua imparzialità; a parte il fatto che tra ciò che il giudice può fare e ciò che *deve* fare (intendendo questo «dovere» quanto meno, in senso deontologico) esiste un confine sottilissimo, di tal che attribuirgli, ripetiamo senza limiti, questa potestà, significherebbe pretendere di trasformarlo in un investigatore, attribuirgli cioè un ruolo che certamente non è il suo e che egli non ha neppure i mezzi per espletare. Ma se queste riflessioni ben si attagliano alle ipotesi nelle quali il giudice voglia arrogarsi il potere di indagare su capi di nullità del matrimonio eterogenei rispetto a quelli a lui prospettati dalle parti, non si può dire la stessa cosa allorché la prospettazione di parte esiste, ancorché informalmente, e il problema è semplicemente quello di farle acquisire rilevanza sul piano processuale. Non basta ancora, perché il giudice nell'azionare la leva del can. 1514 dovrà aver cura di rendere gli interessati effettivamente partecipi, almeno *ex post*, della estensione dell'indagine al nuovo capo di nullità. Il che com-

porta, non solo (com'è ovvio) che la nuova formulazione del dubbio di causa debba essere formalizzata in un apposito provvedimento, ma inoltre che tale provvedimento, in piena analogia con quanto è disposto dal già ricordato art. 127 § 2 della DC, debba essere notificato alle parti, con la contestuale attribuzione alle parti medesime la facoltà di esprimere al riguardo le loro ragioni, o anche i loro motivi di opposizione, i quali potrebbero anche far sì che il giudice decida di non dar seguito alla sua iniziativa.

Il can. 1514 dunque, in conclusione, vuole che «*Controversiae termini semel statuti mutari valide nequeunt*» se non (tra l'altro) «*ad instantiam partis*»; ma l'invalidità del decreto che riformula il dubbio *ex officio*, apparentemente comminata da questo canone, non si estende al caso che abbiamo considerato sin qui, né a tutti quei casi ad esso analoghi che non infrequentemente si presentano nella pratica giudiziale, sempre che tale riformulazione del dubbio avvenga con l'osservanza delle forme or ora delineate. E questo non è l'ultimo né il meno importante insegnamento che può essere tratto dalla lunga e tormentata vicenda alla quale abbiamo voluto dedicare la nostra attenzione.

Joaquín Llobell

*Note e commenti*

**Pagina bianca**

PROBLEMA AMBIENTALE E DIRITTO ALLA VITA  
NEL RAPPORTO TRA CHIESA E SOCIETÀ CIVILE:  
PROFILI GIURIDICI (\*)

1. Diritto ambientale: l'ambito concettuale-giuridico. — 2. Il disegno dottrinale e giuridico tracciato da Giovanni Paolo II in materia ambientale. — 3. Biocentrismo e antropocentrismo.

1. *Diritto ambientale: l'ambito concettuale-giuridico.*

Uno dei problemi emergenti nel rapporto tra Chiesa e società civile è quello relativo alla questione ambientale, che in qualche modo sembra mettere alla prova tanto il diritto degli Stati quanto quello della Chiesa cattolica.

La crisi ecologica della società contemporanea chiama in gioco complessi profili giuridici, che investono in radice i diritti fondamentali dell'uomo, come pure i diritti fondamentali dell'intero sistema di relazioni naturali, nel quale la vita umana è inserita. La radicalità del problema così come non ha lasciato indifferente l'insegnamento etico dell'Autorità ecclesiastica, non può non coinvolgere anche la dimensione giuridica canonica.

Non c'è traccia, nel *Codex*, di norme che ineriscano il problema ambientale, ma non vi è dubbio che gli ormai cospicui insegnamenti del Magistero, soprattutto papale, in materia abbiano dei rilevanti riflessi di carattere giuridico, che costituiscono il fondamento di quello che potremmo definire un diritto canonico dell'ambiente<sup>(1)</sup>, sia pure ancora *in nuce*.

---

(\*) Il presente saggio riproduce (con lievi modifiche e l'aggiunta delle note) la relazione tenuta al Convegno Internazionale dei Diritti Umani, sul tema «Diritto alla vita e qualità della vita nell'Europa multiculturale», svoltosi all'Università di Warmia and Mazury in Olsztyn, il 30 e 31 maggio 2005, e sarà pubblicato negli Atti del convegno, in corso di stampa.

(1) Cfr. G. DAMMACCO, *Ambiente e diritti nell'ordinamento canonico*, in

Ciò è tanto più meritevole di richiamo se si considera che oggi la problematica ambientale, anche in conseguenza, nell'uso pratico, di taluni strumenti tecnologici, può assumere rilevanza in aspetti non secondari dei rapporti tra Chiesa e Stato. È emblematica, al riguardo, la vicenda giudiziaria che ha investito Radio Vaticana, sottoposta in Italia a processo penale con l'accusa di emissione nociva di radiazioni elettromagnetiche<sup>(2)</sup>. La questione assume rilevanti profili sul piano ecclesiasticistico e richiama aspetti non trascurabili in relazione alla stessa *libertas Ecclesiae*<sup>(3)</sup>, ma in questa sede interessa soprattutto rilevare come la questione ecologica assuma ormai peso sostanziale nella vita stessa della Chiesa e delle sue relazioni con la società civile.

---

AA.VV., *I diritti fondamentali dell'uomo e dell'ambiente. Nei cambiamenti dell'Europa Centro-Orientale*, Varsavia, 1995, p. 85.

(2) Il caso di Radio Vaticana è stato oggetto di tre contrastanti sentenze. La prima sentenza è stata emessa dal Tribunale di Roma il 19 febbraio 2002, che ha dichiarato il non luogo a procedere per difetto di giurisdizione; al riguardo cfr.: *Il Dir. eccl.*, I, II, 2002, p. 32 ss., con nota di F. FINOCCHIARO, *La Radio Vaticana, la giurisdizione italiana e la Costituzione*, pp. 41-44; *Corriere giuridico*, 5, 2002, p. 645 ss., con nota di R. BOTTA, *Elettromog, libertà della Chiesa e diritto alla salute dei cittadini: una nuova «frontiera pattizia»*, *ibidem*, pp. 649-658; *Ius Ecclesiae*, 2, 2002, p. 591 ss., con nota di J. I. ARRIETA, *La Radio Vaticana e la condizione di ente centrale della Chiesa*, pp. 599-607; A. CHIRICO, *Il «caso» Radio Vaticana: il diritto alla salute e i diritti della Chiesa*, in *Il Dir. eccl.*, II, 2003, pp. 683-709; S. CARMIGNANI CARIDI, *Giurisdizione italiana ed enti centrali della Chiesa: la Radio Vaticana ed i limiti alle emissioni elettromagnetiche*, in *QDPE*, 3, 2002, pp. 970-993; L. IANACCONE, *Radio Vaticana e giurisdizione italiana: ancora a proposito di una recente pronuncia del Tribunale di Roma*, in *QDPE*, 3, 2002, pp. 639-646. La seconda sentenza è stata emessa dalla Corte di Cassazione, n. 441 del 9 aprile 2003, la quale ha escluso il difetto di giurisdizione e ha rimesso gli atti al Tribunale di Roma per il nuovo giudizio; cfr. A. CHIRICO, *La sentenza n. 441 del 2003 della Corte di Cassazione: Radio Vaticana e le Istitutiones della Santa Sede*, in *Il Dir. eccl.*, I, 2004, p. 136-143; A. LOPEZ-SIDRO, *Estado italiano y Radio Vaticana*, in *DCDEE*, 3, 2003; G. MACRÌ, *Brevi considerazioni sulla vicenda della radio vaticana in seguito alla recente sentenza della prima sezione penale della Suprema Corte di Cassazione del 9 aprile 2003*, in *QDPE*, 3, 2003, pp. 611-621; M.R. SAULLE-M. SIMONE, *La sentenza della Cassazione sulla Radio Vaticana*, in *La Civ.Catt.*, II, 2004, pp. 9-17; M. SIMONE, *La Radio Vaticana dopo la sentenza della Cassazione*. Intervista al prof. G. Dalla Torre, in *La Civ. Catt.*, II, 2004, pp. 283-292. La terza sentenza è stata emessa dal Tribunale penale di Roma in data 9 maggio 2005, il quale ha condannato, in base agli artt. 110 e 674 c.p., due dei tre imputati (Roberto Tucci e Pasquale Borgomeo), nella loro qualità di responsabili della gestione del funzionamento di Radio Vaticana, per diffusione di radiazioni elettromagnetiche (unico assolto Costantino Pacifici).

(3) Cfr. A. CHIRICO, *Il «caso» Radio Vaticana...*, cit., p. 706 ss.

Si fa sempre più urgente, dunque, definirne l'ambito concettuale-giuridico che muove l'agire delle Istituzioni ecclesiastiche in relazione al diritto ambientale, in quanto questo ha oggi e sempre più avrà in futuro peso notevole nelle relazioni internazionali.

La visione ambientale, nell'insegnamento dottrinale, ha visto, negli ultimi decenni, modificare l'originario antropocentrismo, in favore di una più ampia visione ecocentrica, che colloca l'uomo nel più ampio contesto dell'ambiente naturale<sup>(4)</sup>. Giovanni Paolo II si è spinto addirittura a parlare di un «errore antropocentrico»<sup>(5)</sup> che è alla base della distruzione dell'ambiente naturale<sup>(6)</sup>, proponendo una esegesi di Gen. 1, 28, che mette in rilievo il valore proprio e autonomo della natura, quale dono di Dio all'uomo e della quale quest'ultimo non può disporre a suo arbitrio, senza provocare una ribellione del naturale ordine del creato<sup>(7)</sup>. In questo

---

(4) Cfr. E. CASOLINO, *Uomo e ambiente in Europa: evoluzioni nei principi e nella normativa*, in AA.VV., *I diritti fondamentali dell'uomo e dell'ambiente*, cit. pp. 63-64.

(5) Enc. *Centesimus annus*, 37. Il valore in sé, autonomo e originario, della natura e della sua sacralità è ben presente alla dottrina cristiana ed è stato illustrato, nella sua essenzialità metafisica, da San Tommaso: «È la natura che appresta la materia prima per tutti gli oggetti costruiti dall'uomo; e poi, attraverso le arti per così dire più originarie, la materia naturale viene predisposta per adeguarsi ai vari particolari impieghi dell'uomo. Dunque la prima causa sta alla natura tutta come la natura, a sua volta, sta all'opera dell'uomo; perciò quel che sta per primo a fondamento, in tutta la natura, deriva dalla prima causa di tutto, ed è reso specificamente adatto alle singole realtà ad opera delle cause seconde», *Commento al «Libro delle cause»*, prop. 1, trad. it. a cura di C. D'ANCONA COSTA, Milano, 1986, p. 178.

(6) Enc. *Redemptor hominis*, 15.

(7) Nella Enc. *Sollicitudo rei socialis*, 34, Giovanni Paolo II fa espresso riferimento al concetto greco di *kosmos*, per indicare l'ordine che contraddistingue gli esseri che formano la natura visibile. Già San Tommaso ha precisato che «le cause seconde, che sono come frazionamenti e delimitazioni dell'agire della causa prima, producono come effetti propri le altre perfezioni, che sono determinazioni dell'essere», *Summa contra Gentiles*, III 66, trad. it. a cura di T.S. CENTI, Torino, 1975, p. 705. Ne consegue, argomenta il Papa, che: non si può fare uso indiscriminato degli esseri, animati o inanimati, a seconda delle esigenze economiche dell'uomo, tenuto conto che ciascun essere è inserito in un sistema ordinato, che è, appunto il cosmo; le risorse naturali non sono illimitate, per cui non possono essere usate con «assoluto dominio»; uno sviluppo economico-industriale che non rispetta la natura incide direttamente sulla qualità della vita e sulla salute delle popolazioni. Questa giustificazione teologico-metafisica che merita la tutela dell'ambiente come bene in sé (cfr. Enc. *Evangelium vitae*, 42), anche indipendentemente dalle aspettative per la salute umana, viene incontro alla più moderna sensibilità ecologica che, sul piano normativo, ha tro-

senso all'uomo sembra essere indicato il compito di svolgere una funzione ambientale indirizzata alla difesa della natura, che implica il concetto giuridico di un diritto soggettivo all'ambiente, svincolato da tutele patrimoniali e da vincoli relativi alla salubrità umana<sup>(8)</sup>.

Questo compito implica il richiamo del concetto giuridico di ambiente umano, che attende significativa tutela, nel rispetto proprio della gerarchia degli esseri naturali; si tratta, nell'insegnamento di Giovanni Paolo II, di accogliere l'originario disegno di Dio su ogni individuo<sup>(9)</sup>, il che consente di comprendere come uno sguardo carico di religioso stupore di fronte alla natura, induca ad una razionale visione ecocentrica, che non emargina l'uomo<sup>(10)</sup>, ma gli assegna quella funzione etica, nell'ambito della gerarchia degli esseri, che diventa vero e proprio *munus* giuridico, fatto di diritti e di doveri in relazione all'ambiente<sup>(11)</sup>. Appare delineata, così, una nozione giuridico-canonica di ambiente « come insieme dei beni naturali creati...i cui elementi costitutivi sono l'iniziativa divina di costituire in unità un insieme di elementi caratterizzati da una autonomia di origine...e di destinazione»; in questa « universitas rerum » è ravvisabile, tenuto riguardo al disposto del § 3 del can. 115, « un centro autonomo di imputazione giuridica di natura pubblica »<sup>(12)</sup>.

Questa impostazione giuridico-dottrinale della Chiesa implica una immediata aspettativa nei confronti degli ordinamenti degli

---

vato accoglimento nel Titolo XVI del Trattato di Maastricht; in esso hanno trovato posto i tre articoli (130 R, 130 S, 130 T) dell'Atto unico europeo, riguardanti l'ambiente; in particolare l'art. 130 R, 1, richiama proprio il valore autonomo della difesa dell'ambiente naturale. In relazione alla elaborazione di un diritto all'ambiente quale diritto soggettivo, un ruolo essenziale e prodromico è stato svolto dalla giurisprudenza di merito, cfr. al riguardo C.M. PRESTI, *Ambiente e tutela giurisdizionale*, in F. CIAPPARONI (a cura di), *Diritto all'ambiente e diritto allo sviluppo*, Milano, 1995, p. 505 ss.

(8) Il territorio naturale è in sé soggetto di diritto, in quanto spazio a tutti offerto, come luogo di vita e di libertà comune, cfr. V. CERULLI IRELLI, Voce *Uso pubblico*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1991, p. 41.

(9) Cfr. *Enc. Evangelium vitae*, 44.

(10) Cfr. Istruzione della Sacra Congregazione per la dottrina della fede *Libertà cristiana e liberazione*, 34, del 22 marzo 1986, in *Enchiridion Vaticanum*, 10, 1986-1987, p. 118 ss.

(11) Cfr. E. CASOLINO, *Uomo e ambiente in Europa*, cit., p. 64.

(12) G. DAMMACCO, *op. cit.*, p. 83.

Stati, cominciando da quello italiano, in relazione alla protezione legislativa dell'embrione umano<sup>(13)</sup>.

L'ordine naturale degli esseri presuppone la nozione, che è teologica, ma anche giuridica, che di essi non si può disporre in modo arbitrario e ciò vale tanto per l'embrione umano, come per qualunque manifestazione della natura, la quale va custodita in relazione al progetto del Creatore<sup>(14)</sup>. Il che richiama una formulazione giuridica del possesso e della proprietà dei beni della terra in modo diverso dalla dinamica impressa dalle società contemporanee.

## 2. *Il disegno dottrinale e giuridico tracciato da Giovanni Paolo II in materia ambientale.*

Nella prospettiva suggerita da Giovanni Paolo II pare emergere un quadro ordinamentale, che ha alla sua base due ordini di condizioni, una di carattere etico e l'altra di carattere economico, che sono due momenti convergenti che concorrono alla formulazione del piano giuridico<sup>(15)</sup>.

Merita di essere notato che alcune linee guida di questa ampia visione problematica sono state prospettate da Giovanni Paolo II nel punto 3 del discorso pronunciato il 29 ottobre 1989, in occasione della sua visita alla città di Martina Franca<sup>(16)</sup>. In esso viene proposto un concetto di solidarietà che è inscindibile dal rapporto con Dio e con il creato, «quel rapporto sereno ed armonico degli uomini fra di loro e con le realtà del cosmo», che costituisce l'orizzonte culturale della tradizione agricola delle popolazioni meridionali. Costituisce «una delle sfide più pressanti della nostra generazione», aggiunge il Papa, il tentativo di «conciliare l'economia dello sviluppo con l'ecologia umana, con la qualità della vita».

---

<sup>(13)</sup> Cfr. Esortazione apostolica post sinodale *Ecclesia in Europa*, 95; O. FUMAGALLI CARULLI, *Il governo universale della Chiesa e i diritti della persona*, Milano, 2003, p. 266.

<sup>(14)</sup> *Es. ap. Ecclesia in Europa*, 89.

<sup>(15)</sup> Cfr. P. MADDALENA, *Il diritto all'ambiente come diritto inviolabile dell'uomo*, in AA.VV., *I diritti fondamentali dell'uomo e dell'ambiente*, cit., p. 34.

<sup>(16)</sup> Il discorso del Papa in M. IANNE-A. BIELLA, *L'enciclica di Taranto. Giovanni Paolo II in terra ionica*, Taranto, 1989, pp. 82-83.

Ma in questo poco commentato discorso Giovanni Paolo II non si limita ad un pur esplicito appello per il rispetto dell'ambiente, ma aggiunge qualcosa di più. Attraverso lo sguardo sulla natura cerca di recuperare le stesse radici antropologiche del territorio e della sua identità, quando parla della «comunione tra religione e lavoro, tra fatica e croce, tra sudore e preghiera, tra creatività e re-denzione». Il senso del lavoro, del sacrificio, della capacità creativa e poetica della soggettività umana è lumeggiata proprio dall'opera creativa dell'uomo delle nostre terre, dove la campagna è solcata da muri di sassi, anneriti dal tempo, segno che ogni palmo di terra è frutto della fatica della schiena dell'uomo, che ha reso coltivabili anche le zone più aride, dove sono nate le distese di vite, di ulivo, di fico, di grano, che sono il simbolo della civiltà pugliese. La natura è stata usata e addomesticata, ma non brutalizzata e su di essa e con essa è stata costruita la grande civiltà contadina.

Per contro l'approccio della società industrializzata alla natura è stato caratterizzato da un uso indiscriminato delle risorse, come se esse fossero illimitate, producendo, come effetto, accanto alla catastrofe ecologica, anche disastrose conseguenze per lo sviluppo sociale ed economico delle popolazioni, soprattutto quelle più emarginate<sup>(17)</sup>. L'umanità corre perciò il rischio di un «olocausto ambientale», dovuto «alla distruzione di vitali risorse ecologiche» e alla «sfrenata corsa all'accaparramento e allo sfruttamento dei beni della terra da parte di pochi privilegiati»<sup>(18)</sup>, che conduce ad una «accentuazione del sottosviluppo»<sup>(19)</sup>. Si tratta, allora, di preparare «una pianificazione ragionevole e onesta dello sfruttamento delle risorse naturali del pianeta»<sup>(20)</sup>, che favorisca la «destinazione universale dei beni»<sup>(21)</sup>, capace di far fronte, in prospettiva

---

(17) Cfr. GIOVANNI PAOLO II, discorso ai partecipanti alla 25. Conferenza della Fao, 18 novembre 1989, in G. DINI (a cura di), *La Chiesa, l'ecologia*. Raccolta di interventi ufficiali, testi, discorsi, articoli, riflessioni, riguardanti le variegate tematiche ambientali, espressa nell'area della Chiesa cattolica, dal 1978 ad oggi, Gruppo Agesci, Sant'Angelo in Vado, 2000, p. 75 (userò questo testo per tutte le successive citazioni del Magistero, salvo che non sia diversamente indicato).

(18) GIOVANNI PAOLO II, Discorso agli scienziati riuniti ad Erice, 9 maggio 1993 (DINI, p. 133).

(19) *Sollicitudo rei socialis*, 19.

(20) GIOVANNI PAOLO II, omelia durante la Messa sulla spianata del «Bairro Morada do Ouro», Brasile, 18 ottobre 1991.

(21) *Es. ap. Christifideles laici*, 43, laddove si sottolinea che «i beni della terra

solidaristica, anche al problema demografico che grava su alcune aree sottosviluppate del pianeta<sup>(22)</sup>. In sostanza, il contenzioso che, attraverso la questione ecologica, Giovanni Paolo II apre con le società civile e con gli Stati, riguarda la realizzazione di un nuovo modello di sviluppo della società umana; si tratta di essere consapevoli che la questione ecologica impone la necessità di abitudini di consumo e stili di vita diversi dagli attuali<sup>(23)</sup>, che salvaguardino «le condizioni morali di un'autentica "ecologia umana"»<sup>(24)</sup>.

Ancora di più, si tratta di costruire un nuovo ordine economico planetario, che ponga in primo piano il problema dello sviluppo giusto ed equilibrato, per cui non è senza significato porre accanto e connessa alla questione ambientale, quella della lotta al sottosviluppo, di cui un problema non secondario è quello del debito estero dei Paesi poveri<sup>(25)</sup>. Questa stretta interdipendenza tra

---

sono, nel disegno di Dio, offerti a tutti gli uomini e a ciascun uomo come mezzo per lo sviluppo di una vita autenticamente umana».

<sup>(22)</sup> *Sollicitudo rei socialis*, 39-40; GIOVANNI PAOLO II, discorso ai partecipanti alla settimana di studi su «Risorse e Popolazione», promosso dalla Pontificia Accademia delle Scienze, 23 novembre 1991 (DINI, 117).

<sup>(23)</sup> *Enc. Centesimus annus*, 36.

<sup>(24)</sup> *Centesimus annus*, 38. «...Questo modello di salute impegna la Chiesa e la società a creare un'ecologia degna dell'uomo. L'ambiente, infatti, ha una relazione con la salute dell'uomo e delle popolazioni: esso costituisce "la casa" dell'essere umano e l'insieme delle risorse affidate alla sua custodia e al suo governo, "il giardino da custodire e il campo da coltivare". All'ecologia esterna alla persona, però, deve congiungersi un'ecologia interiore e morale, la sola adeguata ad un retto concetto di salute», GIOVANNI PAOLO II, Messaggio per l'VIII Giornata mondiale del malato, 6 agosto 1999, in *Enchiridion Vaticanum*, 18, 1999, p. 818. Il termine «ecologia umana» ha, sotto qualche aspetto, un certo sapore teilhardiano e corrisponde all'attesa di umanizzazione, cioè di progresso dell'individuo, grazie a ciò che egli ha saputo ricavare dalla natura, cfr. F. FACCHINI, *Tracce per un'etica della ricerca scientifica*, in *Communio*, 78, 1984, p. 49.

<sup>(25)</sup> GIOVANNI PAOLO II, discorso ai partecipanti alla settimana di studi promossa dalla Pontificia Accademia delle Scienze, 28 ottobre 1989 (DINI, 64-65). Sul problema del debito estero e sulle nuove strategie di sviluppo, cfr. Pontificia Commissione «Iustitia et pax», Documento *Al servizio della comunità umana: un approccio etico del debito internazionale*, 27 dicembre 1986, in *Enchiridion Vaticanum*, 10, 1986-1987, pp. 770 ss.; per un commento, cfr. A. FONSECA, *Debito internazionale e principi etici. A proposito del documento della Pontificia Commissione Iustitia et pax*, in *La Civ. Catt.*, IV, 1987, pp.456-469; P. LAURENT, *A che punto è l'indebitamento internazionale*, in *La Civ. Catt.*, II, 1993, pp. 428-442. Di notevole rilevanza anche il

sviluppo e ambiente<sup>(26)</sup>, pone in luce l'importanza dei contenuti propri della dottrina sociale della Chiesa, utile alla rigenerazione di uno *ius gentium* che, in materia ambientale, per il suo carattere di transnazionalità, deve oltrepassare gli orizzonti del mero diritto statale<sup>(27)</sup>, poiché «l'uso delle risorse della terra...investe il cuore stesso dell'organizzazione della società moderna»<sup>(28)</sup>. Nella posizione del Pontefice sembra fare eco la prescrizione del can. 747 § 2, che assegna alla Chiesa il compito di annunciare i principi morali circa l'ordine sociale, «in quanto lo esigono i diritti fondamentali della persona umana e la salvezza delle anime»<sup>(29)</sup>.

### 3. *Biocentrismo e antropocentrismo.*

In questa direzione sembra muoversi l'opera persuasiva promossa da Giovanni Paolo II nei confronti degli Stati, incentrata sulla nozione di sviluppo non disgiunto dal rispetto dei diritti

---

documento prodotto dalla Commissione di studio riunita ad iniziativa della Diocesi di Cerreto Sannita, Telesse, Sant'Agata dei Goti, *Carta di Sant'Agata dei Goti. Dichiarazione su usura e debito internazionale*, del 29 settembre 1997, in P. CATALANO (A CURA DI), *Diritto alla vita e debito estero*, Napoli, 1997; al riguardo cfr. R. COPPOLA, *Profili etico-giuridici del debito estero nella posizione della Chiesa Cattolica*, in *Il Dir. eccl.*, 2, 2000, p. 412 ss.; ID, *L'evoluzione del magistero della Chiesa sul debito estero*, in *Iustitia*, 3, 2001, p. 356 ss.

<sup>(26)</sup> Cfr. F. POCAR, *Diritti umani e diritto all'ambiente*, in AA.VV., *I diritti fondamentali dell'uomo e dell'ambiente*, cit. p. 29.

<sup>(27)</sup> Cfr. E. CASOLINO, *op. cit.*, p. 55. Essendo la qualità della vita un diritto pubblico fondamentale, anche il diritto canonico partecipa «di quel fenomeno indicato come "espansione del diritto pubblico ambientale, tendente a privilegiare in un ordine sovranazionale...le regole fondamentali e costituzionali dell'ambiente, ridisegnando le potestà dei singoli Stati in compiti di adattamento e recepimento di decisioni di organismi e sedi sovranazionali», G. DAMMACCO, *op. cit.*, pp. 85-86.

<sup>(28)</sup> GIOVANNI PAOLO II, Messaggio *It has always been* al Pontificio Consiglio della giustizia e della pace, 4 novembre 1999, in *Enchiridion Vaticanum*, 18, 1999, p. 1125, laddove il Papa aggiunge: «Riflettendo sull'ambiente, alla luce delle sacre Scritture e della dottrina sociale della Chiesa, non possiamo non porci il problema dello stile di vita promosso dalla società moderna, e in particolare la questione legata alla ineguale distribuzione dei benefici del progresso»; cfr. anche Esort. Apost. *Ecclesia in Asia*, 41, in *Enchiridion Vaticanum*, 18, 1999, p. 1275 s.

<sup>(29)</sup> Al can. 747 § 2 fa eco il can. 768 § 2, che assegna ai predicatori della parola il compito di insegnare ai fedeli la dottrina della Chiesa sulla dignità della persona umana, sugli obblighi che riguardano gli uomini nella società e e sul modo di disporre le cose temporali secondo l'ordine stabilito da Dio.

umani e dei diritti dell'ambiente naturale<sup>(30)</sup>, il che mette in evidenza che «non esiste contrasto tra persona e ambiente»<sup>(31)</sup>. Si tratta, in sostanza, di riuscire a congiungere biocentrismo — e quindi «diritto dell'ambiente» — con antropocentrismo — e quindi «diritto all'ambiente» — in una prospettiva che congiunga diritto alla salute, diritto all'utilizzazione delle risorse naturali e dovere di rispettare i diritti propri dell'ordine del creato<sup>(32)</sup>.

Giovanni Paolo II, da questo punto di vista, sviluppa in termini nuovi e del tutto originali quella che era stata la originaria formulazione pastorale in argomento contenuta nella Costituzione conciliare *Gaudium et spes*, laddove si sottolinea il diritto di tutti i popoli all'utilizzo dei beni della terra, soprattutto in vista della destinazione di maggiori risorse alle popolazioni sottosviluppate<sup>(33)</sup>. Tema ripreso nella sua sostanzialità da Paolo VI<sup>(34)</sup>, senza tuttavia riuscire a delineare quell'ampio orizzonte strategico, che connette sviluppo ambientale, sviluppo umano, giustizia sociale, nuovo modello di crescita della società mondiale; caratteristica che è propria, invece, del magistero di Giovanni Paolo II<sup>(35)</sup>.

Questo ampio disegno, dottrinale e giuridico, tracciato da Giovanni Paolo II, diventando parte essenziale della dottrina sociale della Chiesa e modalità ineludibile del suo approccio alla sen-

---

<sup>(30)</sup> Cfr. U. COLOMBO SACCO, *Giovanni Paolo II e la nuova proiezione internazionale della Santa Sede*, Milano, 1997, p. 108.

<sup>(31)</sup> G. DAMMACCO, *op. cit.*, p. 85.

<sup>(32)</sup> Il diritto all'uso delle risorse della terra (Gen. 1, 29-30), è sottoposto da Dio stesso a due limiti: «Il primo è l'uomo stesso. Lui non deve far uso della natura contro il suo stesso bene...Il secondo limite riguarda gli stessi essere creati; o piuttosto il volere di Dio come espresso nella loro natura. L'uomo non è autorizzato a fare tutto ciò che desidera o come desidera con le creature attorno a lui», GIOVANNI PAOLO II, discorso ai partecipanti alla settimana di studi su «Ricerca e profitto minacciano la distruzione degli ecosistemi tropicali», promosso dalla Pontificia Accademia delle Scienze, 5 maggio 1990 (DINI, 99).

<sup>(33)</sup> Cfr. *Gaudium et spes*, 69. Sui limiti dell'approccio della *Gaudium et spes* alla questione ambientale e sulle innovazioni contenutistiche e metodologiche di Giovanni Paolo II in argomento, cfr. G. DAMMACCO, *op. cit.*, p. 82.

<sup>(34)</sup> Cfr. *Populorum progressio*, 48-49.

<sup>(35)</sup> Cfr. *Centesimus annus*, 36-40; *Sollicitudo rei socialis*, 27-34. Muovendo da punti di vista ideologici del tutto differenti converge, sotto vari riguardi, con il punto di vista del Magistero cattolico, la ricostruzione storico economica della società contemporanea delineata da P.P. POGGIO, *La crisi ecologica: origini, rimozioni, significati*, Milano, 2003, soprattutto p. 121 ss.

sibilità e alle attese dell'uomo dei nostri giorni, coinvolge in modo diretto la responsabilità e il compito dei laici nella società. Oggi la difesa dei diritti dell'uomo passa attraverso la difesa della qualità della vita e attraverso la tutela di alcune « esigenze etiche fondamentali e irrinunciabili » — come si è espressa di recente la Congregazione per la dottrina della fede<sup>(36)</sup> — tra le quali viene data priorità alla tutela della vita umana; si chiede rispetto per l'embrione umano e per la famiglia<sup>(37)</sup> e si invita a lottare contro aborto e eutanasia<sup>(38)</sup>.

È questo il più generale contesto della difesa attiva di una « ecologia umana » che, nella prospettiva del Magistero ecclesiale, vede insieme, difesa della natura, difesa dei diritti dell'uomo, nuovo modello di sviluppo economico e sociale su scala intercontinentale.

In questo senso si indirizzano le indicazioni della Congregazione per la dottrina della fede, la quale rinnova la sollecitazione ai fedeli laici di animare le realtà terrestri, in vista del bene comune, che oggi si sostanzia, scriveva, tra l'altro, l'allora card. Ratzinger, nella « difesa dei beni, quali l'ordine pubblico e la pace, la libertà e l'uguaglianza, il rispetto della vita umana e dell'ambiente, la giustizia, la solidarietà »<sup>(39)</sup>. Lo svolgimento di questi compiti è ritenuto dalla Chiesa intrinseco alla vocazione propria dei laici, che si esprime « nel loro inserimento nelle realtà temporali e nella loro partecipazione alle attività terrene »<sup>(40)</sup>.

La questione ecologica, proprio grazie all'insegnamento specifico di Giovanni Paolo II, è diventata parte coesistente della dottrina sociale cristiana e la difesa attiva dell'ambiente rientra tra i doveri propri dei fedeli, tenuto riguardo al disposto del can. 225 § 2, che assegna ai laici il dovere specifico di animare e perfezionare l'ordine delle realtà temporali, compito ribadito dal can. 327 e dal can. 713 § 2.

(36) CONGREGAZIONE PER LA DOTTRINA DELLA FEDE, *Nota dottrinale circa alcune questioni riguardanti l'impegno e il comportamento dei cattolici nella vita politica*, 4, del 24 novembre 2002, in *Osservatore Romano*, 25 novembre 2002.

(37) *Christifideles laici*, 38.

(38) *Evangelium vitae*, 58, 64.

(39) CONGREGAZIONE PER LA DOTTRINA DELLA FEDE, *Nota dottrinale circa alcune questioni riguardanti l'impegno e il comportamento dei cattolici nella vita politica*, 1.

(40) *Christifideles laici*, 17.

Appare così intessuta una rete di diritti e di doveri, in relazione alle nuove responsabilità in campo ecologico che compete ai cattolici, anche in vista della fondazione stabile di un diritto all'ambiente come diritto civile, in quanto il diritto soggettivo all'ambiente è un aspetto dei diritti della persona<sup>(41)</sup>.

ADRIANA CHIRICO

---

(41) Cfr. G. DAMMACCO, *op. cit.*, p. 86.

**Pagina bianca**

## DIEZ TESIS SOBRE EL DERECHO NORTEAMERICANO DE LIBERTAD RELIGIOSA (Corte Rehnquist: 1986-2005)

1. Tratamiento independiente de cada cláusula. — 2. Restricción en el libre ejercicio de la religión. — 3. Cierta adaptación en el no-establecimiento. — 4. Descripción negativa de la libertad. — 5. Consideración individual y privatista de la religión. — 6. Un debate vivo en el contexto de una guerra cultural. — 7. Desplazamiento del derecho federal al derecho estatal en el contexto del «new federalism». — 8. Desplazamiento de la decisión judicial a la intervención legislativa. — 9. Los tres protagonistas de la USSC: O'Connor, Scalia y Souter. — 10. Y, en fin, una libertad en tensión.

En julio del 2005 la juez O'Connor presentaba su renuncia al Presidente Bush tras 24 años de actividad en el Tribunal Supremo de los EE.UU. de Norteamérica (*United States Supreme Court*, en adelante USSC) y, en septiembre, el Chief Justice William H. Rehnquist fallecía en su residencia de Virginia víctima de un cáncer de tiroides que no le apartó de su trabajo hasta el final después de 33 años en el Supremo, 19 de ellos ocupando su presidencia. La salida de estos dos magistrados ponía fin a un período importante en la vida de la USSC después de los años Warren (1953-1969) y de la Burger Court (1969-1986). La Corte Rehnquist (1986-2005) llegaba a su final. Las páginas siguientes ofrecen una visión sintética de lo que estas dos décadas han supuesto en el tratamiento jurídico de la libertad religiosa.

Durante el año judicial 2003-2004, las dos grandes controversias sobre libertad religiosa en la USSC surgieron en relación con la financiación de los estudios universitarios destinados al ministerio religioso (*Locke*<sup>(1)</sup>) y con la permanencia de la frase «bajo Dios» (*under God*) en la fórmula de lealtad (*Pledge of Allegiance*) a la nación

---

(1) *Locke v. Davey*, 540 U.S. 712 (2004).

(*Newdow* <sup>(2)</sup>). En el siguiente año judicial (2004-2005), el Supremo decidió dos supuestos relativos al decálogo (*Van Orden* <sup>(3)</sup> y *McCreary* <sup>(4)</sup>) y uno en relación con el libre ejercicio de la religión de presos bajo el amparo de la RLUIPA del 2000 (*Cutter* <sup>(5)</sup>), al mismo tiempo que aceptaba la apelación frente a una decisión (*O Centro Espirita* <sup>(6)</sup>) que reconocía la aplicación federal de la RFRA de 1993 en un supuesto de consumo ritual de droga — *hoasca* — y sobre cuya cuestión deberá pronunciarse la USSC en el año judicial 2005-2006. En realidad, estos hechos han sido los últimos eslabones en una larga cadena de supuestos: nacimientos navideños, *menorahs* judíos, sacrificios de animales, saludo a la bandera, distribución y venta de literatura religiosa, consumo de peyote, ejercicio de la poligamia o descanso semanal y respeto del *Sabbath*. En cada uno de estos casos, el derecho de libertad religiosa se ha visto afectado en el libre ejercicio, en el no-establecimiento o en ambas garantías constitucionales. La respuesta no ha sido siempre la misma y ha dependido de la naturaleza del caso y de la posición del intérprete. El mismo enunciado (*free exercise clause* o *establishment clause*) <sup>(7)</sup> ha merecido consideraciones diversas en función de la lectura creyente o secular de esta libertad. En un caso parece que se sigue *soñando* con la llegada de un día en el que vuelva a afirmarse la evidencia de las verdades sostenidas en el origen como manifestación de la gloria de Dios, por seguir el célebre discurso del Reverendo Martin Luther King Jr. (*I have a dream*) en las escaleras del Lincoln Memorial en Washington DC. En el otro se prefiere, con John Lennon, *imaginar* un mundo en el que no exista ya cielo ni infierno y se pueda vivir sin religión.

(2) *Elk Grove Unified School Dist. v. Newdow*, 542 U.S. 1 (2004).

(3) *Van Orden v. Perry*, 125 S.Ct. 2854 (2005).

(4) *McCreary County v. ACLU of Kentucky*, 125 S.Ct. 2722 (2005).

(5) *Cutter v. Wilkinson*, 125 S.Ct. 2113 (2005).

(6) *O Centro Espirita v. Gonzales*, 289 F.3d 973 (10th Cir. 2004).

(7) «U.S. Constitution. First Amendment: Congress shall make no law respecting an establishment of religion [*establishment clause*], or prohibiting the free exercise thereof [*free exercise clause*]» (El Congreso no promulgará ley alguna para el establecimiento de una religión o para la prohibición del libre ejercicio de la misma), cfr. «The Constitution of the United States of America 1787» en F.N. THORPE, ed., *The Federal and State Constitutions, Colonial Charters, and Other Organic Laws of the U.S.*, vol. 1 (Washington DC: Government Printing Office 1907) 29.

Lo cierto es que el estado de la libertad religiosa en el derecho norteamericano durante la Corte Rehnquist (1986-2005) puede definirse como *una libertad en tensión* que se mueve entre un cierto margen de *adaptación* en la aplicación de la cláusula de no-establecimiento y de *restricción* en la interpretación del libre ejercicio de la religión. El resultado ha sido un tratamiento jurídico confuso y fragmentario que ha llenado de incertidumbre la protección jurisdiccional del derecho de libertad religiosa. Esta situación puede sintetizarse en 10 tesis.

### 1. *Tratamiento independiente de cada cláusula.*

Hasta el momento, no se ha procedido a una lectura unitaria de las dos cláusulas religiosas de la Primera Enmienda. El estudio separado de cada enunciado ha llevado a privilegiar el libre ejercicio o el no-establecimiento como criterio hermenéutico del derecho de libertad religiosa. En realidad, muchos de los casos planteados pueden examinarse desde la perspectiva del libre ejercicio o desde la garantía del no-establecimiento. La solución depende de la orientación que se le quiera dar al supuesto y de los criterios que entren en aplicación. Cada cláusula ha operado con un análisis distinto por lo que la respuesta será una u otra según la consideración del caso como de libre ejercicio o de no-establecimiento. Tratándose de la USSC, uno o dos votos son suficientes para que la balanza se incline en un sentido u otro. Y el resultado se presenta impredecible en muchos casos. El resto de la jurisprudencia federal y estatal sigue la orientación del Supremo, aunque cada circuito y Tribunal estatal mantiene también su particular doctrina.

La ausencia de una exégesis unitaria de la Primera Enmienda<sup>(8)</sup> ha multiplicado las respuestas posibles en doctrina y jurisprudencia.

---

<sup>(8)</sup> Es más, esta ausencia de interpretación unitaria — o dialéctica entre las cláusulas religiosas de la Primera Enmienda — ha llevado incluso a hablar de un *dilema constitucional*, cfr. L. PFEFFER, *Freedom and/or Separation: The Constitutional Dilemma of the First Amendment*, 64 Minn. L.Rev. 561 (1980). En semejante dilema la *establishment clause* exigiría lo que la *free exercise clause* prohibiría y esta última requeriría lo que la primera impediría: M.W. McCONNELL, «Neutrality, Separation and Accommodation: Tensions in American First Amendment Doctrine», en R.J. AHDAR, ed., *Law and Religion* (Burlington/ Vermont: Ashgate 2000) 74.

El resultado ha sido un complejo panorama de soluciones que ha llevado a la libertad religiosa a un callejón sin salida. Al carecer la USSC de una doctrina firme en la materia, los tribunales inferiores se han encontrado sin criterios seguros en la solución de los casos. Sigue siendo verdad que el juego se plantea incierto en los *límites* entre las dos cláusulas<sup>(9)</sup>. En esa frontera es donde se ha terminado por imponer — en el periodo que analizamos — una tendencia restrictiva en la aplicación de la *free exercise clause* (débil comprensión) y otra acomodaticia en la *establishment clause* (una separación más frágil, menos firme).

## 2. Restricción en el libre ejercicio de la religión.

La decisión *Smith*<sup>(10)</sup> de 1990 rechazaba la doctrina de las exenciones por libre ejercicio como constitucionalmente requeridas. Permitía, eso sí, exenciones concedidas por los órganos legislativos. De este modo, *Smith* — a través de un *principio de neutralidad formal* — evitaba la operación de balance establecida en la doctrina *Sherbert-Yoder*<sup>(11)</sup> ante una norma neutral y de general aplicación que produjera una concreta carga sobre una conducta religiosa. En esos casos, ahora ya no sería necesario atender a la naturaleza del interés estatal invocado (*compelling state interest*) ni a si constituye o no la medida menos restrictiva (*least restrictive means*) para alcanzarlo. La doctrina *Smith* fue confirmada por la USSC tres años más tarde en *Lukumi*<sup>(12)</sup> y aplicada, sin reparos, por la jurisprudencia menor de orden federal (*Munn, Yang, St. Agnes Hospital, Cornerstone Bible Church, Salvation Army o Hubbard*)<sup>(13)</sup>. En cambio, los tribunales

(9) «Las cláusulas religiosas de la Primera Enmienda disponen que: «El Congreso no promulgará ninguna ley que suponga establecimiento de la religión o prohibición de su libre ejercicio». Estas dos cláusulas, no-establecimiento y libre ejercicio, están frecuentemente en tensión (...) nosotros hemos sostenido que hay espacio para actuar en sus límites (*there is room for play in the joints*)», cfr. *Locke v. Davey*, at 718 [Rehnquist, J., *delivering*].

(10) *Employment Div., Or. Dept. Human Resources v. Smith*, 494 U.S. 872 (1990).

(11) *Sherbert v. Verner*, 374 U.S. 398 (1963); *Wisconsin v. Yoder*, 406 U.S. 205 (1972).

(12) *Church of the Lukumi Babalu Aye v. City of Hialeah*, 508 U.S. 520 (1993).

(13) *Munn v. Algee*, 924 F.2d 568 (5th Cir. 1991); *Yang v. Sturner*, 750 F.Supp. 558 (RI 1990); *St. Agnes Hospital v. Riddick*, 748 F.Supp. 319 (D. Md. 1990); *Cornerstone Bible Church v. City of Hastings*, 948 F.2d 464 (8th Cir. 1991); *Salvation Army v.*

estatales se han mostrado más receptivos al estricto escrutinio y a las pretensiones de libre ejercicio (*Hershberger, Boston Landmarks Commission, Donahue o Humphrey*)<sup>(14)</sup>. En 1993 el Congreso rechazó la doctrina del 90 con la promulgación de la *Religious Freedom Restoration Act* (RFRA)<sup>(15)</sup> que fue parcialmente anulada — en su aplicación estatal — por el Supremo en 1997 (*Flores*)<sup>(16)</sup>. Tras diversos intentos legislativos, la *Religious Land Use and Institutionalized Persons Act* (RLUIPA)<sup>(17)</sup> volvía en el 2000 a restaurar limitadamente el estricto escrutinio.

En cualquier caso, dentro de los márgenes fijados en la decisión del 90, la doctrina *Sherbert* ha seguido siendo parcialmente aplicada en los supuestos siguientes: cuando la normativa o práctica impugnada no fuera neutral o de general aplicación (*Fraternal Order of Police, Rader, Tenafly o First Covenant Church*)<sup>(18)</sup>; casos de compensación económica por desempleo y, en general, en aquellos supuestos en los que los esquemas reguladores exijan una evaluación individualizada (*Sherbert, Hobbie y Thomas*)<sup>(19)</sup>; y aquellos otros de naturaleza híbrida (presencia de otra garantía constitucional, como fundamentalmente el derecho de libertad de expresión [*Cantwell, Cornerstone Bible Church, Knight, Daniels o Krafchow*])<sup>(20)</sup> o el derecho de los pa-

*Department of Community Affairs*, 919 F.2d 183 (3rd Cir. 1990); *Hubbard v. Buffalo Indep. Sch. Dist.*, 20 F. Supp. 2d 1012 (W.D. Tex. 1998).

(14) *State of Minnesota v. Hershberger*, 462 N.W.2d 393 (Minn. 1990); *Society of Jesus v. Boston Landmarks Commission*, 408 Mass. 38 (Mass. 1990); *Donahue v. Fair Employ. & Housing Commission*, 2 Cal. Rptr. 2d 32 (C.A. Cal. 1991); *Humphrey v. Lane*, 89 Ohio St. 3d 62 (Oh. 2000).

(15) *A bill to protect the free exercise of religion* (RFRA of 1993), 42 U.S.C. Sec. 2000bb to 2000bb-4, Public Law 103-141, Sec. 7, Nov. 16, 1993, 107 Stat. 1489.

(16) *City of Boerne v. Flores*, 521 U.S. 507 (1997).

(17) *Religious Land Use and Institutionalized Persons Act* (RLUIPA), 42 U.S.C. Sec. 2000cc to 2000cc-5, Public Law 106-274, Sec. 8, Sept. 22, 2000, 114 Stat. 806

(18) *Fraternal Order of Police Newark v. City of Newark*, 170 F.3d 359 (3rd Cir. 1999); *Rader v. Johnston*, 924 F.Supp. 1540 (D.Neb. 1996); *Tenafly Eruv Association, Inc. v. Borough of Tenafly*, 309 F.3d 144 (3rd Cir. 2002); *First Covenant Church of Seattle v. City of Seattle*, 840 P.2d 174 (Wash. 1992).

(19) *Hobbie v. Unemployment Appeals Commission of Florida*, 480 U.S. 136 (1987); *Thomas v. Review Board*, 450 U.S. 707 (1981).

(20) *Cantwell v. Connecticut*, 310 U.S. 296 (1940); *Knight v. State of Connecticut Dept of Public Health*, 275 F.3d 156 (2nd Cir. 2001); *Daniels v. City of Arlington, Texas*, 254 F.3d 72 (5th Cir. 2001); *Krafchow v. Woodstock*, 62 F. Supp. 2d 698 (N.D.N.Y. 1999).

dres sobre los hijos [*Yoder* o *Zummo*] <sup>(21)</sup>, no así el de asociación [*Salvation Army*]). Por otra parte, se ha señalado ya que — en el nivel federal — la USSC aceptó, en el mes de abril del 2005, el recurso de apelación <sup>(22)</sup> presentado frente a una decisión del décimo circuito (*O Centro Espirita*) que admitió en el 2004 la aplicación federal de la RFRA de 1993 como ya lo hiciera el octavo circuito en 1998 (*In re Young*) <sup>(23)</sup>. Además, en el orden federal y estatal, la doctrina *Sherbert-Yoder* sigue siendo preceptiva en los dos supuestos contemplados en la RLUIPA del 2000 (legislación urbana y derechos de personas confinadas en instituciones penitenciarias o sanitarias). La USSC, hasta el 2005, no se había pronunciado acerca de la constitucionalidad de la legislación del 2000. En relación con la sección 3ª de la ley, el alto tribunal había rechazado la apelación presentada en un caso (*Mayweathers*) <sup>(24)</sup> en el 2004 pero aceptó otro recurso al año siguiente en *Cutter* y falló a favor de su validez constitucional <sup>(25)</sup>. En la actualidad, las controversias sobre RLUIPA superan el centenar siendo, en su gran mayoría, referidas a las ordenanzas municipales de urbanismo (*zoning laws*) que son objeto de protección en la sección 2ª de la ley, sobre cuya validez aún no se ha manifestado la USSC al no querer entrar — en el último año judicial — en el recurso planteado frente a una decisión del undécimo circuito que afirmó la constitucionalidad de la sección legal (*Midrash*) <sup>(26)</sup>.

Por otra parte, es posible observar un *desplazamiento del derecho de libre ejercicio al derecho de expresión* («free speech»). Si la religión se percibe como una idea más puede encontrar en el derecho de expresión ideológica un lugar especial de protección, máxime cuando se ha pretendido que la libertad de expresión figure como la libertad central de la Primera Enmienda. Hoy es frecuente considerar esta Enmienda como la sede de las garantías de expresión y de prensa que han pasado a ocupar la *primacía* de las libertades. En la

<sup>(21)</sup> *Zummo v. Zummo*, 574 A.2d 1130 (Pa. Super. 1990).

<sup>(22)</sup> Cfr. *Gonzales v. O Centro Espirita, Beneficente Uniao Do Vegetal*, 125 S.Ct. 1846 (2005) [Writ of certiorari granted: April 18, 2005].

<sup>(23)</sup> *Christians v. Crystal Evangelical Free Church* (In re Young), 141 F.3d 854 (8th Cir. 1998).

<sup>(24)</sup> *Alameida v. Mayweathers*, 540 U.S. 815 (2003).

<sup>(25)</sup> Vid *supra*, nota n. 5.

<sup>(26)</sup> *Surfside v. Midrash Sephardi*, 125 S.Ct. 1295 (2005) [Writ of certiorari denied: Feb. 22, 2005].

actual sociedad norteamericana, estas libertades se asocian de inmediato a la Primera Enmienda, no así la libertad religiosa. Además, dado que *Smith* permite el recurso al *Sherbert test* en casos de naturaleza híbrida, a menudo se ha recurrido al derecho de libertad de expresión para poder realizar la operación de balance.

Finalmente, las *controversias sobre free exercise* se han ido situando en la tres esferas siguientes: en el campo de la libertad de expresión religiosa en un foro público o no (*Airport Commissioners, ISKCON v. Lee, Watchtower u Oregon Arena*)<sup>(27)</sup>, en el ámbito escolar por el profesor (*Helland, Marchi, Downing o LeVake*)<sup>(28)</sup> o el alumno (*Egg Harbor o C.H. v. Oliva*)<sup>(29)</sup> y en el actual debate cultural en relación con el aborto (*Rigdon o Henderson*)<sup>(30)</sup> o con la homosexualidad (*American Family Association*)<sup>(31)</sup>; en el libre ejercicio de ciertas minorías, como judíos (*Sbaare Tefila, Hack o Tenafly*)<sup>(32)</sup>, musulmanes (*O'Lone*)<sup>(33)</sup>, indios americanos (*Lyng o Bear Lodge*)<sup>(34)</sup>, amish (*Hershberger o Miller*)<sup>(35)</sup> o miembros de las santería (*Lukumi*), ante el peligro de discriminación religiosa; y en el ámbito laboral con supuestos de discriminación (*Amos*)<sup>(36)</sup>, de adaptación a las creencias religiosas (*Berry*)<sup>(37)</sup> y *Endres*)<sup>(38)</sup>, de beneficios por de-

(27) *Airport Commissioners v. Jews for Jesus, Inc.*, 482 U.S. 569 (1987); *ISKCON v. Lee*, 505 U.S. 672 (1992); *Watchtower Bible and Tract Society v. Stratton, Ohio*, 536 U.S. 150 (2002); *Lee v. Oregon Arena*, 276 F.3d 550 (9th Cir. 2002).

(28) *Helland v. South Bend Community School Corp.*, 93 F3d 327 (7th Cir. 1996); *Marchi v. Board of Cooperative Educational Services*, 173 F3d 649 (2nd Cir. 1999); *Downing v. West Haven Board of Education*, 162 F.Supp. 2d 19 (D. Conn. 2001); *LeVake v. Independent School District*, 625 N.W.2d 502 (C.A. Minn. 2001).

(29) *Waltz v. Egg Harbor Township Board of Education*, 342 F.3d 271 (3rd Cir. 2003); *C.H. v. Oliva*, 226 F.3d 198 (3rd Cir. 2000).

(30) *Rigdon et al. v. Perry*, 962 F. Supp. 150 (D. DC. 1997); *Henderson v. Stalder*, 287 F.3d 374 (5th Cir. 2002).

(31) *American Family Association v. City and County of San Francisco*, 537 U.S. 886 (2002).

(32) *Sbaare Tefila Congregation v. Cobb*, 481 U.S. 615 (1987); *Hack v. Yale*, 237 F.3d 81 (2nd Cir. 2000).

(33) *O'Lone v. Estate of Shabazz*, 482 U.S. 342 (1987).

(34) *Lyng v. Northwest Indian Cemetery Protective Association*, 485 U.S. 439 (1988); *Bear Lodge et al. v. Babbitt*, 175 F.3d 814 (10th Cir. 1999).

(35) *Commonwealth of Pennsylvania v. Jonas Miller*, 847 A.2d 1281 (Pa. 2004).

(36) *Corp. of the Presiding Bishop Ch. Jesus Christ v. Amos*, 483 U.S. 327 (1987).

(37) *Berry v. US Air Force*, Civil No 02-1725 (D. DC. August, 2002).

(38) *Endres v. Indiana State Police*, 334 F.3d 618 (7th Cir. 2003).

empleo (*Hobbie y Frazee*) y de libre expresión en el trabajo por medio del discurso (*Polk County, Altman, Tucker, Asselin, Knight o Gunning*)<sup>(39)</sup> o de la presencia física (*Fraternal Order, Daniels o Humphrey*). En todo caso, los supuestos más recientes tienen que ver con la RLUIPA en supuestos de *zoning laws* (*Murphy, Freedom Baptist Church, San Jose, Cottonwood Christian Center, Five Ave Presbyterian Church, Elsinore, Lighthouse o Midrash Sephardi*)<sup>(40)</sup> o de medidas adoptadas en instituciones penitenciarias (*Verbagen, Gerhardt, Johnson, Mayweathers, Madison, Ghashiyah, Cancel o Cutter*)<sup>(41)</sup>.

### 3. *Cierta adaptación en el no-establecimiento.*

En el tratamiento jurídico de la *establishment clause* se puede apreciar un debilitamiento de la estricta separación mantenida en épocas pasadas. Hoy el muro de separación no es tan rígido o firme

---

<sup>(39)</sup> *Brown v. Polk County, Iowa*, 61 F.3d 650 (8th Cir. 1995); *Altman v. Minnesota Department of Corrections*, 251 F.3d 1199 (8th Cir. 2001); *Tucker v. State of California Department of Education*, 97 F.3d 1204 (9th Cir. 1996); *Asselin v. Santa Clara*, 185 F.3d 865 (9th Cir. 1999); *Gunning et al. v. Runyon*, 3 F. Supp. 2d 1423 (S.D. Fl. 1998).

<sup>(40)</sup> *Murphy v. Zoning Commission of the Town of New Milford*, 148 F.Supp. 2d 173 (D. Conn. 2001); *Murphy v. Zoning Commission of the Town of New Milford*, 289 F. Supp. 2d 87 (D. Conn. 2003); *Freedom Baptist Church of Delaware County v. Township of Middletown*, 204 F. Supp. 2d 857 (E.D. Pa. 2002); *San Jose v. City of Morgan Hill*, No. C01-20857 RMW, [Re Docket No. 35], 2002 U.S. Dist. LEXIS 4517 (N.D. Ca. March 5, 2002), 360 F.3d 1024 (9th Cir. 2004); *Cottonwood Christian Center v. City of Cypress*, 218 F. Supp. 2d 1203 (C.D. Ca. 2002); *Fifth Ave. Presbyterian Church v. City of New York*, 293 F.3d 570 (2nd Cir. 2002); *Elsinore Christian Center v. City of Lake Elsinore*, CV 01-04842 SVW (RCx), 2003 U.S. Dist. LEXIS 11301 (C.D. Ca. June 23, 2003); *Lighthouse Institute for Evangelism v. City of Long Branch*, 125 S.Ct. 1061 (2005); *Lighthouse Institute for Evangelism v. City of Long Branch*, 100 Fed.Appx. 70 (3rd Cir. 2004); *Midrash Sephardi, Inc., v. Town of Surfside*, 366 F.3d 1214 (11th Cir. 2004).

<sup>(41)</sup> *Charles v. Verbagen*, 220 F. Supp. 2d 955 (WD Wi. 2002); *Charles v. Verbagen*, 348 F.3d 601 (7th Cir. 2003); *Johnson v. Martin*, 223 F. Supp.2d 820 (W.D. Mich. 2002); *Gerhardt v. Lazaroff*, 221 F.Supp. 2d 827 (SD Ohio 2002); *Mayweathers v. Newland*, 314 F.3d 1062 (9th Cir. 2002); *Madison v. Riter*, 240 F. Supp. 2d 566 (WD Va. 2003); *Madison v. Riter*, 355 F.3d 310 (4th Cir. 2003); *Ghashiyah v. Wisconsin*, 250 F. Supp. 2d 1016 (ED Wi. 2003); *Cancel v. Mazzuca*, 01 Civ. 3129 (NRB), 2003 U.S. Dist. LEXIS 4888 (S.D.N.Y. March 26, 2003); *Williams v. Bitner*, 285 F. Supp. 2d 593 (M.D. Pa. 2003).

como fuera interpretado en *Everson* <sup>(42)</sup> o en *Lemon* <sup>(43)</sup>, a pesar de que estas dos decisiones no han sido anuladas hasta la fecha. Esta adaptación (*accommodation*) se puede constatar en los dos casos siguientes: en supuestos de asistencia financiera en el ámbito escolar y ante la presencia de otro derecho protegido como el de libertad de expresión.

La USSC ha reconocido la constitucionalidad de programas de ayuda pública destinados a intérpretes en la escuela religiosa para alumnos discapacitados (*Zobrest* <sup>(44)</sup>), a profesores de la escuela estatal para la atención de alumnos desaventajados de las escuelas parroquiales (*Agostini* <sup>(45)</sup>), a medios educativos como libros u ordenadores (*Mitchell* <sup>(46)</sup>) o al bono escolar (*voucher program*) para financiar la matrícula en las escuelas religiosas (*Zelman* <sup>(47)</sup>). La más controvertida de todas estas medidas ha sido la última. Ya se verá si la nueva composición del Tribunal producirá una marcha atrás en la consideración favorable del bono escolar. Se ha tratado, eso sí, de evitar una expansión de esta doctrina como ha tenido lugar en *Locke* <sup>(48)</sup> y *Hibbs* <sup>(49)</sup>.

Por otra parte, el derecho de libertad de expresión en un foro público ha permitido la reunión y presencia de grupos religiosos en las escuelas estatales (*Mergens*, *Lamb's Chapel* o *Good News Club*) <sup>(50)</sup>, la distribución de folletos por organizaciones religiosas (*Hills v. Scottsdale* <sup>(51)</sup>) y la financiación de revistas religiosas de estudiantes universitarios (*Rosenberger* <sup>(52)</sup>). Es más, el Supremo no ha autorizado exposiciones públicas como Decálogos o nacimientos na-

---

(42) *Everson v. Board of Education*, 330 U.S. 1 (1947).

(43) *Lemon v. Kurtzman*, 403 U.S. 602 (1971).

(44) *Zobrest v. Catalina Foothills School District*, 509 U.S. 1 (1993).

(45) *Agostini v. Felton*, 521 U.S. 203 (1997).

(46) *Mitchell v. Helms*, 530 U.S. 793 (2000).

(47) *Zelman v. Simmons-Harris*, 536 U.S. 639 (2002).

(48) *Vid supra*, nota n. 1.

(49) *Hibbs v. Winn*, 542 U.S. 88 (2004).

(50) *Westside Community Schools v. Mergens*, 496 U.S. 226 (1990); *Lamb's Chapel v. Center Moriches Union Free School District*, 508 U.S. 385 (1993); *Good News Club v. Milford Central School*, 533 US 98 (2001).

(51) *Scottsdale Unified School District N.º. 48 v. Hills*, 540 US 1149 (2004); *Hills v. Scottsdale Unified School District N.º. 48*, 329 F.3d 1044 (9th Cir. 2003).

(52) *Rosenberger v. Rector and Visitors of the University of Virginia*, 515 U.S. 819 (1995).

videños (*Allegheny*, *O'Bannon*, *Moore* o *McCreary* — no así en *Van Orden*-) <sup>(53)</sup> pero, en cambio, sí que ha incluido como libertad de expresión la exposición pública de una gran cruz latina al Ku Klux Klan (*Pinette*) <sup>(54)</sup>. Por el contrario, en los supuestos de oración escolar no se ha permitido adaptación alguna (*Weisman* o *Santa Fe*) <sup>(55)</sup>, a pesar de las sentencias *Brown v. Gilmore* <sup>(56)</sup> (momento de silencio), *Adler v. Duval* <sup>(57)</sup> (reflexiones genéricas) o *Newdow* <sup>(58)</sup> (la expresión *under God* de la *Pledge*).

En los casos de no-establecimiento, los tribunales han venido aplicando inconstantemente los *tres criterios siguientes*: *Lemon*, *endorsement* y *coercion test*. La doctrina establecida en *Lemon* exige — a fin de comprobar la constitucionalidad de una medida que pueda comprometer la separación exigida en la *establishment clause* — los tres siguientes requisitos: que la finalidad o propósito sea secular; que su efecto primario ni avance ni prohíba la religión; y que evite una estrecha vinculación (*excessive entanglement*) con la religión. Este examen no ha sido formalmente anulado desde que se estableciera en 1971 pero sí que ha sido — en cierta medida — abandonado por la USSC en los años Rehnquist. O'Connor propuso, por vez primera, en 1984 (*Lynch*) el *endorsement test* por el que se pretendía corregir el segundo elemento del *Lemon test* para analizar si la normativa o práctica suponía un respaldo (*endorsement*) de la religión que hiciera sentirse a unos dentro (*insiders*) y a otros fuera (*outsiders*). Este criterio fue retocado por su creadora en *Pinette* (1995)

---

<sup>(53)</sup> *Allegheny County v. ACLU of Pittsburgh*, 492 U.S. 573 (1989); *O'Bannon v. Indiana Civil Liberties Union, et al.*, 534 U.S. 1162 (2002) [Certiorari denied: February 25, 2002] *Indiana Civil Liberties Union v. Frank O'Bannon, Gov. of Indiana*, 259 F.3d 766 (7th Cir. 2001); *Moore v. Glassroth*, 124 S.Ct. 497 (2003) [Writ of certiorari denied: November 3, 2003] *Glassroth v. Moore*, 335 F.3d 1282 (11th Cir. 2003).

<sup>(54)</sup> *Capitol Square Review Board v. Pinette*, 515 U.S. 753 (1995).

<sup>(55)</sup> *Lee v. Weisman*, 505 U.S. 577 (1992); *Santa Fe Independent School District v. Doe*, 530 U.S. 290 (2000).

<sup>(56)</sup> *Brown v. Gilmore*, 534 U.S. 996 (2001) [Writ of certiorari denied: Oct. 29, 2001]; *Gilmore v. Brown*, 258 F.3d 265 (4th Cir. 2001).

<sup>(57)</sup> *Emily Adler v. Duval County Sch. Board*, 534 U.S. 1065 (2001) [Certiorari denied: Dec. 10, 2001]; *Adler v. Duval County School Board*, 250 F.3d 1330 (11th Cir. 2001); *Adler v. Duval County School Board*, 206 F.3d 1070 (11th Cir. 2000).

<sup>(58)</sup> *Elk Grove Unified School Dist. v. Newdow*, 542 U.S. 1 (2004); *Newdow v. US*, 321 F.3d 772 (9th Cir. 2003); *Newdow v. US*, 313 F.3d 500 (9th Cir. 2002); *Newdow v. US*, 292 F.3d 597 (9th Cir. 2002).

pero se ha mantenido constante en la interpretación del Supremo. Los magistrados Scalia y Kennedy han manifestado sus reservas a este criterio por considerarlo, en la práctica, hostil hacia la religión. Así ha surgido el *coercion test* como un examen alternativo en las opiniones de estos magistrados en *Weisman* (1992), a fin de evitar el peligro de *coacción* cuando el gobierno asume un papel en el ejercicio religioso por promover ciertas actividades como la oración en las escuelas públicas. En la jurisprudencia menor (federal y estatal) se ha recurrido más al *Lemon test* y, especialmente, al *respaldo a la religión* ofrecido por O'Connor. En todo caso, los Tribunales se han mostrado bastante inseguros en este punto y es de suponer que los criterios en la interpretación y aplicación de la *establishment clause* se definirán mejor en los próximos años.

Finalmente, las *controversias sobre no-establecimiento* se han situado en los campos siguientes. En primer lugar, el principal sector ha seguido siendo el de la enseñanza con las cuestiones relativas a los departamentos, programas o prácticas escolares (*Kiryas Joel, Pataki, Stark, Bauchman, Di Bari, Washegesic, Di Loreto* o *Renzi*)<sup>(59)</sup>, a la asistencia financiera destinada a escuelas confesionales (*Zobrest, Agostini, Mitchell, Zelman, Hibbs* y *Locke*) y a la oración en las escuelas públicas (*Weisman, Santa Fe, Brown, Adler* y *Newdow*). En segundo lugar, las manifestaciones públicas de la religión en una sociedad secular también es una cuestión que ha suscitado numerosas controversias, especialmente en relación con la exposición del Decálogo pero también con la exhibición de cruces, nacimientos navideños o candelabros judíos (*Paulson, Pinette, Allegheny, Schundler,*

---

(59) *Board of Educ. Kiryas Joel Village Sch. District et al. v. Grumet*, 512 U.S. 687 (1994); *Grumet et al. v. Pataki*, 93 N.Y.2d 677 (NY 1999); *Stark v. Independent School District*, 523 U.S. 1094 (1998) [Certiorari denied: April 27, 1998] *Stark v. Independent School District*, 123 F.3d 1068 (8th Cir. 1997); *Bauchman v. West High School*, 524 U.S. 953 (1998) [Certiorari denied: June 26, 1998], *Bauchman v. West High School*, 132 F.3d 542 (10th Cir. 1997); *DiBari v. Bedford Central School District*, 534 U.S. 827 (2001) [Certiorari denied: Oct. 1, 2001], *DiBari v. Bedford Central School District*, 245 F.3d 49 (2nd Cir. 2001), *DiBari v. Bedford Central School District*, 45 F. Supp. 2d 368 (S.D. NY 1999); *Bloomington Public Schools v. Washegesic*, 514 U.S. 1095 (1995) [Writ of certiorari denied: May 1, 1995], *Washegesic v. Bloomington Public Schools*, 33 F.3d 679 (6th Cir. 1994); *DiLoreto v. Sussman*, 196 F.3d 958 (9th Cir. 1999); *Renzi v. Connelly*, 531 U.S. 1192 (2001) [Writ of certiorari denied: February 26, 2001], *Renzi v. Connelly*, 224 F.3d 283 (4th Cir. 2000), *Renzi v. Connelly Sch. of the Holy Child, Inc.*, 61 F. Supp. 2d 440 (D. Md. 1999).

*Knights of Columbus, O'Bannon, Elkhardt, Adland, King, Ashbrook o Glassroth*)<sup>(60)</sup>. Del mismo modo, el reconocimiento o asunción oficial de ciertas tradiciones religiosas como festividades, oraciones o lemas estatales ha provocado diversas polémicas (*Metzl, Cammack, Ganulin, Granzeier, CarMax, Kurtz, Snyder, Constangy, Coles, Mellen, Capitol Square o Briggs*)<sup>(61)</sup>. Por otra parte, la concesión de exenciones fiscales o la ayuda económica a entidades religiosas que desarrollen una actividad caritativa-asistencial ha sido también otra fuente de conflictos (*Bowen, Steele, Mount Pleasant, Texas Monthly, Jimmy Swaggart o Hernandez*)<sup>(62)</sup>. Finalmente, el conocimiento de las controversias intra-eclesiales ha puesto en discusión la separación

<sup>(60)</sup> *San Diego v. Paulson*, 538 U.S. 978 (2003) [Writ of certiorari denied: April 21, 2003] *Paulson v. City of San Diego*, 294 F.3d 1124 (9th Cir. 2002); *ACLU de New Jersey v. Schundler*, 168 F.3d 92 (3rd Cir. 1999); *Knights of Columbus v. Town of Lexington*, 272 F.3d 25 (1st Cir. 2001); *City of Elkhardt v. Books*, 532 U.S. 1058 (2001); *Books v. City of Elkhardt*, 235 F.3d 292 (7th Cir. 2000); *Russ v. Adland*, 538 U.S. 999 (2003) [Writ of certiorari denied: April 28, 2003], *Adland v. Russ*, 307 F.3d 471 (6th Cir. 2002); *King v. Richmond County*, 331 F.3d 1271 (11th Cir. 2003); *ACLU of Ohio v. Ashbrook*, 211 F. Supp. 2d 873 (N.D. Oh. 2002), *ACLU of Ohio v. Ashbrook*, Case No.1:01CV0556, 2002 U.S. Dist.LEXIS 14096 (N.D. Oh. 2002).

<sup>(61)</sup> *Metzl v. Leininger*, 57 F.3d 618 (7th Cir. 1995); *Metzl v. Leininger*, 850 F. Supp. 740 (ND. Il. 1994); *Cammack v. Waihee*, 505 U.S. 1219 (1992) [Writ of certiorari denied: June 29, 1992], *Cammack v. Waihee*, 932 F.2d 765 (9th Cir. 1991); *Ganulin v. United States*, 532 U.S. 973 (2001) [Writ of certiorari denied: April 16, 2001], *Ganulin v. United States*, 238 F.3d 420 (6th Cir. 2000), *Ganulin v. United States*, 71 F. Supp. 2d 824 (S.D. Ohio 1999); *Granzeier v. Middleton*, 173 F.3d 568 (6th Cir. 1999); *Harris County Texas v. CarMax*, 177 F.3d 306 (5th Cir. 1999); *Kurtz v. Baker*, 486 U.S. 1059 (1988) [Certiorari denied: June 13, 1988], *Kurtz v. Baker*, 829 F.2d 1133 (D.C. Cir.1987); *Snyder v. Murray City Corp.*, 526 U.S. 1039 (1999) [Certiorari denied: March 29, 1999], *Snyder v. Murray City Corp.*, 159 F.3d 1227 (10th Cir 1998); *North Carolina Civil Liberties Union v. Constangy*, 505 U.S. 1219 (1992) [Writ of certiorari denied: June 29, 1992], *North Carolina Civil Liberties Union v. Constangy*, 947 F.2d 1145 (4th Cir. 1991); *Coles v. Cleveland Board of Education*, 183 F.3d 538 (6th Cir. 1999); *Bunting v. Mellen*, 541 U.S. 1019 (2004) [Writ of certiorari denied: April 26, 2004], *Mellen v. Bunting*, 327 F.3d 355 (4th Cir. April 30, 2003); *ACLU of Ohio v. Capitol Square Rev. Advisory Board*, 243 F.3d 289 (6th Cir. 2001); *Briggs v. Mississippi*, 540 U.S. 1108 (2004) [Writ of certiorari denied: January 12, 2004], *Briggs v. Mississippi*, 331 F.3d 499 (5th Cir. 2003).

<sup>(62)</sup> *Bowen v. Kendrick*, 487 U.S. 589 (1988); *Steele v. Indus. Dev. Bd.*, 537 U.S. 1188 (2003) [Writ of certiorari denied: February 24, 2003], *Steele v. Metro. Gov't of Nashville*, 301 F.3d 401 (6th Cir. 2002); *Legion of Christ v. Town of Mount Pleasant*, 303 A.D. 2d 507 (NY App. Div. 2d Dep't 2003); *Legion of Christ v. Town of Mount Pleasant*, 1 N.Y. 3d 406 (C.A.N.Y February 19, 2004); *Texas Monthly v. Bullock*, 489

exigida por la cláusula de no-establecimiento (*Carnesi, Cerullo, Brazauskas, Heart, Bhatti, Te-Ta-Ma Truth, Church of Christ in Hollywood* o *Kliebenstein*)<sup>(63)</sup>.

#### 4. Descripción negativa de la libertad.

En términos generales, los Tribunales y buena parte de la doctrina han venido operando con una noción de libertad reducida a inmunidad de coacción externa<sup>(64)</sup>. El sujeto es libre si no existen obs-

U.S. 1 (1989); *Jimmy Swaggart Ministries v. California Bd. Of Equalization*, 493 U.S. 378 (1990); *Hernandez v. Commissioner of Internal Revenue*, 490 U.S. 680 (1989).

<sup>(63)</sup> *Alabama-West Florida Annual Conf. United Meth. Ch. v. Carnesi*, 537 U.S. 1190 (2003) [Writ of certiorari denied: February 24, 2003] *Ferry Pass United Methodist Church v. Carnesi*, 537 U.S. 1190 (2003) [Writ of certiorari denied: February 24, 2003]; *Carnesi v. Ferry Pass United Methodist Church et al.*, 826 So. 2d 954 (Fl. 2002); *Carnesi v. Ferry Pass United Methodist*, 770 So. 2d 1286 (Fl. Dist. Ct. App. 1st Dist. 2000); *Warren v. Morris Cerullo World Evangelism*, 537 U.S. 817 (2002) [Certiorari denied: October 7, 2002] *Cerullo World Evangelism v. The Superior Court of San Diego County*, 2002 Cal. LEXIS 897 (Ca. 2002); *Cerullo World Evangelism v. The Superior Court of San Diego County*, D038029, 2001 Cal. App. Unpub. LEXIS 812, December 12, 2001 (Ca. 4th Dist. Ct. App. 1st Div. 2001); *Beverly M. Brazauskas v. Fort Wayne-South Bend Diocese*, 124 S.Ct. 1602 (2004) [Writ of certiorari denied: March 8, 2004] *Beverly M. Brazauskas v. Fort Wayne-South Bend Diocese*, 796 N.E. 2d 286 (Ind. 2003); *African Meth. Episc. Zion Ch. v. From Heart Church Ministries*, 537 U.S. 1171 (2003) [Writ of certiorari denied: January 27, 2003] *Heart v. African Methodist Episcopal Zion Church*, 370 Md. 152 (CA. Md. 2002); *Singh v. Bhatti*, 537 U.S. 1194 (2003) [Writ of certiorari denied: February 24, 2003] *Bhatti v. Singh*, 148 Ohio App. 3d 386 (Oh. 12th Dist. Ct. App., Butler County, 2002); *World Church of the Creator v. Te-Ta-Ma Truth Foundation*, 537 U.S. 1111 (2003) [Certiorari denied: January 13, 2003] *TE-TA-MA v. World Church Creator*, No. 02-1381, 2002 U.S.App.LEXIS 16672 (7th Cir. 2002); *TE-TA-MA v. World Church of the Creator*, 297 F.3d 662 (7th Cir. 2002); *Church of Christ in Hollywood v. Lady Cage-Barile*, 99 Cal. App. 4th 1244 (Ca. 2nd Dist. Ct. App. 1st Div. 2002); *Iowa Conf. United Methodist v. Kliebenstein*, 540 U.S. 977 (2003) [Writ of certiorari denied: October 20, 2003] *Kliebenstein v. Iowa Conference of United Methodist Church*, 663 N.W. 2d 404 (Ia. 2003).

<sup>(64)</sup> Cfr. I. BERLIN, «Dos conceptos de libertad» en ID., *Cuatro ensayos sobre la libertad*, Alianza Editorial, Madrid 2000, p. 220. Una acertada exposición de esta idea de libertad negativa — junto a una inteligente crítica de la misma — la ofrece los excelentes trabajos del filósofo canadiense Charles Taylor: CH. TAYLOR, «What's wrong with negative liberty», en ID., *Philosophy and the Human Sciences. Philosophical Papers II* (Cambridge/MA: Cambridge University Press, 1985) 211-229; CH. TAYLOR, «Liberal Politics and the Public Sphere», en ID., *Philosophical Arguments*, 2ª impresión (1ª 1995) (Cambridge/MA: Harvard University Press 1997) 257-287.

táculos — ajenos a él — que le impidan actuar desde fuera, más allá del respeto a ciertos límites en defensa de la paz, del orden público o de la libertad de los demás. En ese caso, no hay una idea de autorrealización o cumplimiento personal a cuyo servicio se encontraría la libertad que sería lo propio de la libertad positiva<sup>(65)</sup>. Esto supondría hablar de cualidades, fines, bienes y de la posibilidad de error en su persecución. Ante el temor de una amenaza totalitaria que impusiera los bienes que debieran ser alcanzados, la visión negativa de la libertad impone el silencio sobre estas cuestiones y se abandona a un peligroso relativismo ético (incapaz de desenmascarar y enfrentarse a visiones erróneas del bien).

Por otra parte, junto a una visión negativa de la libertad, también se ha impuesto *una percepción formal de la igualdad*. Esta noción de igualdad no tiene en cuenta las diferencias y exige un trato uniforme de situaciones que son distintas. Al vaciarse de contenido y convertirse en una regla formal, el principio de igualdad sirve como instrumento de fuerza e imposición. No se busca que el otro pueda ejercer aquello que le identifica en su especificidad. En la medida en que eso no es compartido por otros, estos últimos lo denunciarán como trato discriminatorio. Pero, en tal caso, se impone una perspectiva sobre la otra y se vulnera la verdadera igualdad. El credo secular es profundamente combativo<sup>(66)</sup> y esta imposición, en su pretendida neutralidad, es tan discriminatoria como lo sería la coacción creyente.

##### 5. *Consideración individual y privatista de la religión.*

Se ha terminado por entender que la religión es un asunto privado del individuo con Dios. Esto ha producido el olvido de la dimensión comunitaria y pública de la religión, así como su reducción a una *idea* más del agrado de cierta gente (un subtipo cultural). Al sentenciar que

---

<sup>(65)</sup> Cfr. I. BERLIN, «Dos conceptos de libertad» en ID., *Cuatro ensayos sobre la libertad*, op.cit., pp. 220; 231-233; CH TAYLOR, «What's wrong with negative liberty» en *Philosophy and the Human Sciences. Philosophical Papers II*, op.cit., pp. 212-219.

<sup>(66)</sup> Cfr. CH. TAYLOR, «The Politics of Recognition», en *Philosophical Arguments*, op.cit., pp. 247-248. Para este autor, el liberalismo de la neutralidad es *combativo* porque, en primer lugar, supone una aplicación de los derechos de un modo uniforme, sin excepción, y porque, en segundo lugar, se desconfía de quienes defienden metas colectivas, sin admitir la discusión al imponer el silencio.

la religión no es una respuesta seria para los espíritus racionales del siglo XXI se ha buscado su superación a través de una doble medida: su transformación en una noción político-civil (*civil religion*)<sup>(67)</sup> y su silencio en la esfera pública (*naked public square*)<sup>(68)</sup>.

#### 6. *Un debate vivo en el contexto de una guerra cultural.*

A pesar de no alcanzar el medio centenar de decisiones, la jurisprudencia de la USSC sobre libertad religiosa durante los años Rehnquist (1986-2005) se inscribe en un contexto de abierta polémica cul-

---

(67) Con la expresión *religión civil* se suele designar el uso del lenguaje religioso en textos y discursos políticos, el empleo público de simbología religiosa o el desarrollo de ciertos rituales en determinadas ceremonias (juramento de cargos o saludo a la bandera). Es un concepto vago y no siempre bien delimitado pero supondría ese conjunto de creencias o de rasgos religioso-políticos que impregnan la historia y el destino de una nación, y que el Estado o el poder político utiliza (directa o indirectamente, consciente o inconscientemente) para sus fines políticos, de manera especial en ciertas ocasiones en las que se quiera fomentar la unidad o el sentido de pertenencia nacional. No se trata de una afirmación de carácter teológico o confesional sino nacional o cultural. Esto es, no hay *prescripción* de alguna verdad religiosa sino *descripción* de una situación que ni divide (más bien unifica) ni muestra preferencia alguna. Como es sabido, Robert Bellah fue quien advirtió que la Revolución norteamericana podía ser vista como el hecho final del éxodo a la Tierra de Promisión. Cfr. R.V. PIERAD, «Civil Religion», en E. FAHLBUSCH-J.M. LOCHMAN et al. editors, *The Encyclopedia of Christianity*, vol. 1: A-D (Grand Rapids/Michigan: William B. Eerdmans Publishing Co. 1999) 583 col. 1; R.N. BELLAH, «Civil Religion in America», en T.H.E. DOWDY-P.H. MCNAMARA, eds., *Religion: North American Style*, Third edition (New Brunswick/New Jersey: Rutgers University Press, 1997) 22-36 [Este artículo de Bellah apareció en «Daedalus» («Journal of the American Academy of Arts and Sciences») en 1967: R.N. BELLAH, *Civil Religion in America*, 96(1) Daedalus 1 (1967)].

(68) La metáfora de la *Public Square* ha servido para hablar de la presencia o no de la religión en la arena pública. En 1984 Richard John Neuhaus publicó un libro en el que estudiaba la democracia norteamericana y el papel que la religión desempeñaba en esta. La tesis del autor era que la esfera pública, despojada de referencias religiosas, se había convertido en un lugar vacío o desnudo (*naked*). Pero — al igual que el corazón del hombre — la plaza pública no puede permanecer vacía. Tan pronto como son desechadas las expresiones religiosas, nuevas imágenes pugnan por ocupar su lugar. Una plaza vacía no es posible. En el mejor de los casos sería una realidad transitoria. El agente encargado del control de la esfera pública (el Estado) será el que se ocupe de llenar el vacío dejado por la religión. De este modo, *una perversa noción del des-establecimiento de la religión lleva al establecimiento del Estado como Iglesia*, cfr. R.J. NEUHAUS, *The Naked Public Square. Religion and Democracy in America*, 2nd edition (Grand Rapids/Michigan: William B. Eerdmans Publishing Co. 1986) 86.

tural<sup>(69)</sup>. Los Tribunales deben tomar partido, en sus decisiones, por la perspectiva conservadora o por la orientación liberal. Los casos más polémicos se han planteado en el sector educativo (*establishment* y *free exercise*) y en el de la libertad de expresión religiosa (*free exercise*). En los últimos años se ha ido imponiendo la regla de la mayoría. El pluralismo religioso y la diversidad de las minorías se han visto afectados por ese principio. La tolerancia y neutralidad han ocupado los valores máximos de un sistema que, sin embargo, parece operar en una única dirección: las nuevas ideocracias seculares. La neutralidad ha pasado a ser sinónimo de secularismo y la tolerancia ilustrada margina la religión como elemento oscurantista e irracional del pasado.

7. *Desplazamiento del derecho federal al derecho estatal en el contexto del «new federalism».*

La Corte Rehnquist se ha definido por una agenda moderadamente conservadora en la que uno de sus puntos centrales ha sido el mayor respeto hacia la soberanía estatal<sup>(70)</sup>. Es cierto que en los

---

<sup>(69)</sup> Cfr. J.D. HUNTER, *Culture Wars. The Struggle to Define America* (NY: Basic Books 1991) 42: «I define cultural conflict very simply as political and social hostility rooted in different systems of moral understanding. The end to which these hostilities tend is the domination of one cultural and moral ethos over all others».

<sup>(70)</sup> El federalismo es un sistema político por el que unidades soberanas deciden unirse para formar una más amplia entidad con autoridad sobre el conjunto, preservando la integridad de cada parte. El sistema federal será débil cuando las competencias de la Unión sean escasas; en cambio, será fuerte cuando el gobierno federal pueda decidir sobre un mayor número de cuestiones, algunas decisivas. La cláusula de supremacía de la Constitución norteamericana requiere que los conflictos entre poderes federales y estatales sean resueltos a favor del gobierno central, teniendo presente que aquellos poderes o facultades no asignadas al gobierno nacional están reservadas a los Estados a través de la Décima Enmienda. En cualquier caso, la tensión siempre ha existido. Si la Warren Court, con su programa liberal en defensa de las libertades, participaba de una visión claramente federalista en el sentido de intervención federal, por el contrario, la Rehnquist Court es menos dada a intervenir y más conforme con el reconocimiento de la competencia propia de cada Estado. En este sentido, la expresión *new federalism* ha servido en los últimos tiempos, desde 1970, para expresar la defensa de la soberanía de los Estados y de sus derechos frente a la Unión, algo que ha terminado imponiéndose en la Rehnquist Court formando un destacado apartado de su agenda conservadora. Finalmente, la interpretación de la 11ª Enmienda en el contexto de la relación entre los tribunales estatales y federales a través del mayor protagonismo dado a los primeros se conoce como *judicial federalism*. Cfr. J.T. NOONAN, JR., *Narrowing the Nation's Power. The*

últimos tiempos se ha pretendido un reconocimiento mayor del derecho estatal como reacción a la utilización del poder federal que llevó adelante la *Warren Court* en defensa de su programa libertario. Así, algunos Estados han legislado en materia de libertad religiosa y sus Tribunales han seguido interpretando las cláusulas religiosas de las Constituciones estatales. En relación con la legislación, esta deferencia judicial ha producido la perplejidad de un Tribunal Supremo que, al tiempo que anulaba la aplicación estatal de la RFRA del 93, arbitraba fórmulas que permitieran la promulgación estatal de copias (RFRA's) de aquello que había anulado previamente. Y por lo que se refiere a la aplicación jurisprudencial de las cláusulas estatales, los Tribunales de cada Estado, en ciertos casos, han permitido un nivel de protección de la libertad religiosa superior al establecido por la USSC. Este desplazamiento hacia el derecho estatal es el que hace su conocimiento cada vez más necesario para el estudio de la libertad religiosa en EE.UU. Los acontecimientos vividos tras el 11 de septiembre han vuelto a subrayar el poder central de la Unión. La incorporación de magistrados liberales en el Supremo podría dar un giro a la agenda del Tribunal, aunque no parece posible desandar el camino emprendido en el respeto a la soberanía estatal conseguido en los últimos tiempos.

#### 8. *Desplazamiento de la decisión judicial a la intervención legislativa.*

La USSC, bajo la presidencia de Rehnquist, ha mantenido un activismo conservador que asume posiciones restrictivas cuando no se ven amenazados los puntos centrales de su agenda judicial. Así surge esa deferencia hacia los órganos legislativos tan característica de los tiempos actuales<sup>(71)</sup>. Scalia ha conseguido que el Supremo

---

*Supreme Court Sides with the States* (Berkeley/CA: University of California Press 2002) 14.

(71) En la historia del derecho constitucional norteamericano se han ofrecido dos respuestas a la pregunta por el sujeto competente para marcar en cada caso la separación entre las ramas legislativa y judicial del poder: o bien es el Congreso nacional — por tratarse de una cuestión de carácter *político* (es decir, una decisión de política legislativa) —, o bien es la USSC como responsable primera de interpretar el *derecho* (puesto que nos encontramos ante aspectos de naturaleza jurídica más que política). Para quienes apuestan por la soberanía de la Unión, la cuestión es política y el órgano encargado de determinar la relación debe ser el Congreso federal como representación de la soberanía popular. Sin embargo, quienes son más dados a acentuar la soberanía indepen-

asuma que la legislación es la más indicada a la hora de establecer exenciones a la normativa general (*Smith-Lukumi*). La primacía de la ley respeta la racionalidad y mantiene el orden frente a la anarquía a la que conduciría el reconocimiento de exenciones que vaciarían la norma e introducirían inestabilidad en el sistema jurídico. Ahora bien, con la misma intensidad, la USSC niega esa deferencia cuando cuestiones federales pudieran quedar afectadas, como en el caso de la legislación federal (RFRA) del 93, según indicó en la decisión *Flores*.

### 9. *Los tres protagonistas de la USSC: O'Connor, Scalia y Souter.*

En los últimos tiempos, el presidente Rehnquist prefirió ocuparse de cuestiones más técnicas (el nuevo federalismo o la separación de poderes) dejando el tratamiento de la libertad religiosa a otros jueces. Aún así, en ciertas ocasiones, no perdió la oportunidad de tomar ciertos casos, en especial cuando se dieran cita aspectos federalistas (*Zobrest, Zelman, Locke o Van Orden*). En rigor, los tres magistrados que han ido determinando el alcance de las cláusulas religiosas de la Primera Enmienda han sido: O'Connor, Scalia y Souter. La juez O'Connor ha seguido el respeto al precedente en los casos de *free exercise*. Por esta razón, se ha opuesto al principio de neutralidad formal de *Smith-Lukumi* y ha mantenido una fórmula mitigada

---

diente de los Estados acaban considerando que ese órgano debería ser la USSC, con la esperanza de que, llegado el momento, pudiera interponerse entre la Unión y los Estados saliendo en su defensa. La Warren Court primero y la Corte Burger después — aunque más limitadamente — dejaron que el Congreso decidiera, aún reconociendo que la USSC era el último intérprete del significado de la Constitución. El nuevo federalismo propuesto por Nixon y recibido en el Supremo por el magistrado Rehnquist reaccionará contra una política que se había servido del Congreso y de un Tribunal activista para sacar adelante su agenda política de corte libertario. Concretamente, Rehnquist en su opinión disidente en *City of Rome* se había mostrado contrario a la interpretación extensiva de la sección 5 de la Decimocuarta Enmienda: cfr. *City of Rome v. United States*, 446 U.S. 156, at 209 (1980) [Rehnquist, J., *dissenting*]. Para Rehnquist, la sección 5 de la citada Enmienda no daba al Congreso el poder de prohibir prácticas estatales a no ser que judicialmente se determinara que esas prácticas violaban la Constitución, por lo que la primacía del Tribunal sobre el Congreso resultaba evidente. En conclusión, el principio que se ha impuesto en la actualidad es el de la deferencia del Supremo al poder legislativo en aquello que le pertenece a menos que resulte su actuación claramente inconstitucional, afecte a principios de la agenda del Tribunal como el nuevo federalismo y la protección de la soberanía de los Estados, o intente el Congreso colocarse por encima de una primacía que sigue conservando la USSC.

del *Sherbert test*, como había hecho, por ejemplo, en *Lyng*. Por otra parte, O'Connor ha apostado por su criterio del *endorsement test* (*Lynch y Wallace*) en los casos de *establishment*. En los supuestos de libre ejercicio, O'Connor no ha logrado imponer su criterio interpretativo por lo que el Supremo ha seguido empleando el principio de neutralidad propuesto por Scalia. En cambio, dónde ha tenido más fortuna ha sido en el campo del no-establecimiento. El *endorsement test* se ha aplicado en casos de financiación (*Agostini, Mitchell y Zelman*), en aquellos en los que estuviera en juego el derecho de libertad de expresión y el concepto de foro público (*Rosenberger y Good News Club*) y en los de oración escolar (*Weisman, Lamb's Chapel y Santa Fe*). La flexibilidad de este criterio ha permitido el recurso al mismo por conservadores (financiación y foro público) y liberales (oración escolar). Esta actuación de O'Connor le permitió afianzar su posición en el centro del Tribunal. Por su parte, Antonin Scalia lidera el ala conservadora del Supremo. Este juez ha intentado una lectura unitaria de las cláusulas religiosas a través del principio de neutralidad formal: débil *free exercise* y frágil *establishment*. Este principio de neutralidad se ha impuesto en el campo del libre ejercicio (*Smith y Lukumi*) pero no ha logrado avanzar en todos los casos de no-establecimiento (claramente en los de oración escolar). Finalmente, el liberal Souter ha recogido el testigo del magistrado Brennan defendiendo una fuerte lectura en el libre ejercicio (*Sherbert*) y una rigurosa comprensión del no-establecimiento (*Lemon y endorsement test*), pero sin hacer valer el legado de la Corte Warren en ninguno de los dos casos.

#### 10. *Y, en fin, una libertad en tensión.*

En la actualidad, la libertad religiosa en los EE.UU. se encuentra atravesada, al menos, por las 6 siguientes tensiones: una primera tensión entre visiones seculares y creyentes de la escena pública; una segunda entre una noción positiva de libertad y otra negativa; otra más entre una lectura sustantiva de la libertad y otra formal de la igualdad; también una tensión entre las dos cláusulas religiosas de la Primera Enmienda; igualmente la existente entre los Estados y la Unión; o, finalmente, aquella tensión entre el poder judicial y el legislativo.

Hay dos acepciones del término tensión que son aquí aplicables: en primer lugar, se dice que un cuerpo está en tensión cuando se en-

cuentra sujeto a la acción de fuerzas que lo atraen; y en segundo lugar, tensión representa también la fuerza que impide separarse a las partes de ese cuerpo en semejante estado. La libertad religiosa quedó consagrada en el derecho norteamericano a través de una doble formulación como si fuera una única libertad en dos cláusulas. Entre ellas existe una fuerza que las hace reclamarse recíprocamente: es decir, allí donde está el libre ejercicio se presenta una perspectiva determinada del no-establecimiento y viceversa. Estaríamos ante la segunda noción del término tensión. Pero también se produce la tensión en su primera acepción pues sobre el enunciado de estas dos disposiciones se han proyectado distintas fuerzas ideológicas que han provocado esta situación al atraer las cláusulas hacia sí. Entre esas fuerzas destacan dos nociones diversas de la libertad y de la religión según se trate de la perspectiva positiva-creyente o la orientación negativa-secular. En el primer caso, la libertad se encuentra al servicio de un proyecto de realización o cumplimiento personal y la religión entra de lleno en ese proyecto. La libertad es el instrumento a través del cual el hombre se realiza en la consecución de un designio vital. Y la libertad religiosa figura en tal esquema como la *primera* de las libertades. Por el contrario, la perspectiva negativa o secular no contempla fines, bienes o proyectos de vida que hicieran de ésta algo bueno o excelente. La libertad se definiría por la autonomía e indiferencia entre contrarios y se resumiría en la capacidad de elección. La libertad religiosa no pretendería ser más que una manifestación de esa libertad de autodeterminación que no se podría entender como primera.

Tal vez una perspectiva positiva-creyente de la libertad religiosa sea algo más que una simple orientación entre otras posibles. El planteamiento secular neutraliza la fuerza de la libertad religiosa y no consigue dar una respuesta adecuada al tratamiento singular de esta libertad. La libertad religiosa es la libertad primera porque permite que el hombre se realice en la persecución de una vida excelente. La cuestión pendiente es si este tipo de afirmaciones son posibles más allá de una visión positiva-creyente de esta clase de libertad.

JOSÉ IGNACIO RUBIO LÓPEZ

# *Rassegna di bibliografia*

*Recensioni*

**Pagina bianca**

Alessandro ALBISETTI, *Il diritto ecclesiastico nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, 3<sup>a</sup> edizione, Giuffrè Editore, Milano, 2000, p. 115.

L'A., professore di diritto canonico ed ecclesiastico all'Università degli Studi di Milano, rileva che «si potrebbe... ravvisare fin dai primordi l'esistenza di un singolare connubio tra Corte costituzionale e diritto ecclesiastico, almeno nel senso che alcuni momenti *significanti* della politica giurisprudenziale della Corte sembrano coincidere con altrettanti momenti *significanti* delle vicende connesse alla problematica ecclesiasticista» (p. 1). Egli ci fa così ripercorrere nel presente volume l'evoluzione della giurisprudenza costituzionale in cinquanta anni di attività.

Nel primo capitolo viene preso in considerazione il periodo dagli anni '50 agli anni '60. In esso l'Albisetti vede anzitutto il permanere di quello che egli definisce come «formalismo», in quanto conduce a considerare le relazioni Chiesa-Stato sul modello dei rapporti fra ordinamenti sovrani. Allo stesso tempo, però, inizia anche ad emergere la considerazione della portata e delle implicazioni del diritto di libertà religiosa, come appare dalla dichiarazione di incostituzionalità di alcune norme ordinarie che le-

devano direttamente il libero esercizio di culti acattolici. In particolare, l'A. è critico circa l'applicazione del principio di uguaglianza, sancito dall'art. 2 della Costituzione, in ambito religioso, compiuta dalle sentenze di quegli anni circa la tutela penale privilegiata e sulla questione della formula di giuramento dei testimoni. A suo giudizio, con tali tendenze, la Corte avrebbe voluto «garantire la particolare posizione di favore riconosciuta alla Chiesa dai Patti Lateranensi,... giustificando in modo artificioso e formalistico alcune situazioni di diritto interno con il riferimento ad un ordine esterno» (p. 17).

Gli anni '70, cui è dedicato il secondo capitolo, vedono un rafforzamento «istituzionale» della Corte Costituzionale, che la conduce a usare «logiche giurisprudenziali più incisive» (p. 18). È durante quel decennio che viene affrontata — soprattutto in tre sentenze del 1971 — la complessa problematica concordataria, soprattutto quanto al rapporto fra i Patti Lateranensi e la Costituzione. La Corte dichiara in tale contesto che il diritto prodotto dal Concordato del 1929 non poteva negare «i principi supremi dell'ordinamento costituzionale» — peraltro non precisati — ed era assoggettabile al sindacato di legittimità co-

stituzionale. Per l'A., tale impostazione consente alla Corte, allo stesso tempo, un'ampia libertà di giudizio e una tutela dei Patti del Laterano. Inoltre, l'A. sostiene che, a proposito della valutazione delle norme ritenute discriminatorie, «il ricorso al criterio della razionalità sembra costituire, al pari dei riferimenti alla "realtà" e alla "coscienza sociale", un mero espediente tecnico per consentire ai giudici costituzionali un certo tipo di politica ecclesiastica particolarmente prudentiale» (p. 25). Alla luce di tali sue valutazioni, viene analizzata criticamente dall'Albisetti l'impostazione di varie sentenze della Corte riguardanti il rapporto fra giurisdizione statale ed ecclesiale in ambito matrimoniale, come pure quelle circa la disciplina delle questioni religiose e in tema di vilipendio della religione cattolica. Positivo è, invece, il suo giudizio sulle sentenze che negli anni '70 hanno trattato temi quali l'assicurazione sociale obbligatoria di clero e religiosi, l'ammissibilità di un referendum abrogativo dell'art. 1 della legge di esecuzione dei Patti del 1929 o il giuramento dei testimoni. A proposito di tali pronunce l'A. parla di «felice filone interpretativo», frutto anche di «una sicura crescita istituzionale della Corte stessa nell'ambito degli altri organi costituzionali» (p. 39), che, invece, conoscono una fase di crisi.

All'attività della Corte negli anni che immediatamente precedono la firma dell'Accordo di modifica del Concordato Lateranense (16 feb-

braio 1984) è dedicato il terzo capitolo del volume. Secondo Albisetti, in quegli anni «la giurisprudenza costituzionale sembra finalmente giungere a ben più motivate (in senso garantista) e articolate logiche argomentative» (p. 39). Ciò apparirebbe dalle sentenze emesse circa la questione dell'IPAB e dalle tre pronunce della Corte nel 1982 riguardanti la complessa questione del matrimonio concordatario. Di particolare rilievo risulta l'ultima di queste, nella quale la Corte Costituzionale ribadisce la propria competenza nel giudizio di legittimità delle leggi garantite dalla Costituzione e «chiarisce quel vago ed imprecisato riferimento ai "principi supremi dell'ordinamento costituzionale"», assumendo «una "nuova" e più congrua collocazione, a contorni e limiti ben definiti» (pp. 47-48). Con riferimento al procedimento di delibazione delle sentenze di nullità matrimoniale, si afferma infatti che uno di tali principi è quello del diritto alla difesa e l'altro quello della tutela dell'ordine pubblico, che in questo caso, secondo il Finocchiaro, sarebbe costituito dalla stabilità del vincolo matrimoniale. Il principio del diritto della difesa viene pure invocato per affermare — a torto, secondo l'A. — l'illegittimità costituzionale di quella parte dell'art. 34 del Concordato lateranense che contempla il riconoscimento delle dispense ecclesiastiche *super rato*. «Il ricorso al criterio dei "principi supremi" per dichiarare — per la prima volta — una pronuncia

«ablativa» di una norma di derivazione concordataria, appare, comunque, apprezzabile», anche in riferimento alla «più vasta problematica della competenza della Corte costituzionale in merito al controllo di costituzionalità delle norme di esecuzione di protocolli internazionali» (p. 56). D'altra parte, non si può non rilevare l'influsso che sulla menzionata sentenza hanno avuto le trattative allora in corso per la revisione del Concordato del 1929.

Esse si conclusero con la firma dell'Accordo di Villa Madama del 18 febbraio 1984, il quale, da un lato, ha «fatto tesoro delle esperienze progressivamente maturate dalla Corte nel suo divenire giurisprudenziale» e, dall'altro, ha posto la stessa Corte in una situazione «radicalmente mutata» (p. 61). Nel quarto capitolo, che esamina l'attività di questa «dopo gli Accordi del 1984», l'A. presenta anzitutto la questione della copertura costituzionale di tali Accordi, che egli inquadra in quella più ampia della garanzia costituzionale per i trattati internazionali. Successivamente vengono richiamati «i temi su cui la Corte costituzionale sembra essersi particolarmente soffermata nell'ultimo scorcio degli anni ottanta» (p. 65): il giuramento dei testimoni; l'obiezione di coscienza del giudice tutelare in caso di interruzione di gravidanza di una minore e i diritti del concepito; l'obiezione al servizio militare e la condizione di coloro che prestavano il servizio sostitutivo civile; le

norme statali circa le comunità israelitiche; le istituzioni pubbliche di assistenza e beneficenza (IPAB); l'insegnamento della religione cattolica nelle scuole pubbliche. Mentre di tali pronunce l'A. dà una valutazione positiva, critica, invece, la decisione di non ammettere la questione di legittimità costituzionale sollevata circa la norma che limitava l'esenzione dall'INVIM ai soli benefici ecclesiastici, quella in materia di vilipendio della religione e bestemmia, come pure la sentenza sul cosiddetto «caso I.O.R.».

Secondo l'Albisetti, la Corte costituzionale è venuta via via individuando «un nucleo di «principi supremi» inderogabili» (p. 89), fra i quali particolarmente rilevante per la materia ecclesiastica è quello della «laicità dello Stato», «che sembra caratterizzare in modo inequivoco l'immediato prosieguo del suo divenire giurisprudenziale nel corso degli anni novanta» (p. 90), ai quali è dedicato l'ultimo capitolo del volume. In quel periodo sono state affrontate «svariate tematiche di diversa incidenza e portata interpretativa» (p. 94), come appare nei diversi pronunciamenti in materia di obiezione di coscienza al servizio militare, nelle sentenze sull'imposizione di IVA ed IRPEG alle associazioni religiose, in quelle circa la disciplina degli edifici religiosi, e nelle decisioni riguardanti nuovamente il giuramento e il vilipendio, la discriminazione verso le comunità ebraiche italiane o l'insegnamento della religione cattolica. Da parte sua, l'A. dà una valuta-

zione negativa del pronunciamento della Corte del 1° dicembre 1993, non concordando con l'affermata «sopravvivenza» della riserva di giurisdizione ecclesiastica sul matrimonio concordatario. Qualche critica egli la esprime anche sulla sentenza che si occupò della bestemmia «contro i Simboli o le persone venerati dalla religione di Stato», punita dal codice penale. In conclusione, egli avanza l'ipotesi interpretativa secondo la quale la giurisprudenza costituzionale degli anni '90 testimonierebbe l'affermarsi del ruolo della suprema Corte come garante non solo dei principi, ma anche dei «valori» costituzionali.

Il volume dell'Albisetti si chiude con un «Indice-Sommario», che è di non poca utilità per leggere il testo e coglierne la struttura espositiva. Infatti, questa pubblicazione, anche se di non grande mole, è assai densa e non sempre di facile di lettura, anche perché affronta cinque decenni di intensa attività giurisprudenziale su svariati temi, letti in base agli orientamenti dottrinali propri dell'A. In tal senso l'opera qui brevemente presentata costituisce un invito a continuare a studiare ed approfondire i pronunciamenti della Corte costituzionale in materia ecclesiastica, come pure il dibattito degli studiosi — fra i quali l'A. con i suoi marcati orientamenti dottrinali — che sempre li precede, li accompagna e li commenta.

*Antonio Filipazzi*

María AREITIO, *Obediencia y libertad en la vida consagrada*, Navarra Gráfica Ediciones, Pamplona, 2004, p. 333.

Lo studio inizia con un chiaro e sintetico percorso storico (capitolo I) che illumina le diverse radici dell'obbedienza religiosa nelle tradizioni carismatiche più rappresentative, e il progressivo delinearci del senso dell'autorità, soprattutto nella persona del Superiore e nel contenuto delle costituzioni.

Segue uno studio della dottrina del Concilio Vaticano II sull'obbedienza e sulla libertà (capitolo II). Sulla base di diversi documenti conciliari l'A. si propone di presentare gli accenti del Concilio sull'obbedienza, sia quella comune a tutti i fedeli, sia quella che riguarda i laici, i presbiteri e, infine, i religiosi. Naturalmente, i testi di riferimento per quest'ultima sono *Lumen gentium* 44 e, soprattutto, *Perfectae caritatis* 14 sul quale l'A. si sofferma in modo particolare (pp. 118-156).

Il terzo capitolo s'incentra sul rapporto tra obbedienza e libertà a partire dalla promulgazione del Codice di Diritto Canonico del 1983. Per prima cosa si propongono alcuni antecedenti storico-giuridici e dottrinali, specie sul magistero di Paolo VI, e una valutazione sulla coerenza tra i criteri generali del Codice di Diritto Canonico e i principi conciliari. L'ultima parte del lavoro studia direttamente l'obbedienza e la libertà nel Codice di Diritto Canonico e nel-

l'Esortazione Apostolica *Vita Consecrata*. Questo studio inizia passando in rassegna tre aspetti dell'obbedienza: l'obbedienza come virtù, l'obbedienza come « professione » e il voto d'obbedienza nella normativa canonica. Dopo un breve riferimento alle nuove luci sulla questione della libertà e dell'obbedienza che derivano da *Vita Consecrata*, si sviluppa un tentativo di sintesi degli ambiti d'obbedienza e degli ambiti di libertà e autonomia che si aprono nel contesto della vita consacrata, sia dal punto di vista istituzionale che dal punto di vista personale.

A nostro avviso, questo lavoro merita un giudizio generale molto favorevole per l'eshaustività nell'impiego delle fonti, la chiarezza delle spiegazioni e la coerenza delle diverse parti del lavoro.

In ogni modo, la vastità e la complessità dell'argomento a cui è dedicato fa sì che alcuni punti forse dovrebbero essere più sviluppati. Uno di questi sarebbe la più precisa determinazione della specificità dell'obbedienza religiosa soprattutto in riferimento a quella di tutti i cristiani. Certamente, in alcuni passi del libro, sia dal punto di vista della dottrina conciliare, che dal punto di vista del diritto costituzionale canonico, o dalla prospettiva dal rapporto tra virtù e professione, si offre un confronto tra l'obbedienza comune di tutti i cristiani e quella del religioso. In questi passi però, si tende a volte in un certo senso a scambiare quegli aspetti che potremmo qualifi-

care come fondamentali, ovvero ontologici nell'ambito dell'obbedienza e della libertà, che toccano la sostanza della natura umana e il suo rapporto con Dio, e quegli altri di carattere più derivato dalle scelte personali, dai vincoli sociali di diversa natura (anche ecclesiali) e dai rapporti d'ordine ufficiale o pubblico. Un rischio insito in queste imprecisioni sarebbe l'oscuramento della chiamata universale alla santità.

Molti altri aspetti della questione sono particolarmente ben trattati. Facciamo riferimento ad alcuni di essi. È interessante il modo in cui l'A. mostra come la continuità tra la tradizione religiosa sull'obbedienza e il testo di *Perfectae caritatis* sull'obbedienza, lasci spazio per mettere in risalto quelle sottolineature conciliari che tendono a rinvigorire la vita consacrata, come ad es. l'obbedienza attiva e responsabile e la comprensione dell'autorità come servizio.

Particolarmente accurato è lo sforzo per precisare il contesto dell'obbedienza religiosa all'interno della normativa canonica. Con le parole dell'A.: « il legislatore prende in considerazione un'obbedienza consacrata che può verificarsi soltanto all'interno di un carisma particolare e una forma istituzionale. C'è bisogno d'istituzione, di legittimi superiori, e di costituzioni approvate, che danno luogo all'ambito fondamentale del voto d'obbedienza. Perciò, l'obbligo d'obbedire ai Superiori legittimi ha

un limite molto chiaro: il diritto comune e le costituzioni d'ogni istituto» (p. 296).

Nell'ultima parte del lavoro si mette in evidenza con precisione il senso di alcune determinazioni degli ambiti di libertà dei consacrati, che fanno parte del diritto comune della vita consacrata, sia dal punto di vista istituzionale che da quello personale. Concretamente si rileva che queste determinazioni (riguardo alla vita in comunità, alle norme sui beni temporali, sull'accettazione di cariche, etc.) corrispondono ad un dovere d'obbedienza molto concreto e vincolante (cfr. p. 298) ma anche ad ambiti di libertà altrettanto concreti, e non solo per quanto riguarda il diritto d'associazione o la libertà di scelta nel contesto del sacramento della Penitenza e della direzione spirituale (a cui si fa particolare riferimento).

È interessante sottolineare anche l'appello dell'A. alla responsabilità dei superiori nell'effettivo esercizio dell'autorità a loro concessa negli ambiti predeterminati, in ordine al rendere possibile l'espletamento del voto d'obbedienza. La mancanza di esercizio dell'autorità condurrebbe all'oscuramento di una dimensione essenziale della vita consacrata.

Resta chiaro, dunque, che le nuove luci che derivano dal magistero conciliare rilanciano un vissuto dell'obbedienza nel segno dell'adesione interiore ai mandati, guidata dalla virtù dell'obbedienza che ha per oggetto finale null'altro

che la volontà di Dio. Ogni atteggiamento meramente esteriore e formale riguardo all'autorità e quindi all'obbedienza resterebbe al di fuori dei parametri teologici — e anche giuridici — dell'autentica vita religiosa. In questi termini si chiude, in un certo senso, il cerchio del lavoro in oggetto: una profonda comprensione del senso della libertà e dell'obbedienza consente di affermare allo stesso tempo l'esistenza di rigorosi ambiti di soggezione e d'autorità, e la loro valenza positiva e creativa per guidare una vita di servizio alla missione della Chiesa, sotto la luce del proprio carisma.

Si tratta dunque di un lavoro serio e innovativo, molto utile per orientarsi non solo nelle riflessioni sull'obbedienza, ma anche sulla vita consacrata in generale.

*Fernando Puig*

Jaime BAQUERO DE LA CALLE RIVADENEIRA, *Personas jurídicas de Derecho Especial*, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, 2004, p. 215.

Oggetto della presente opera è «l'analisi dello statuto giuridico delle Chiese, Confessioni ed entità religiose nell'Equador» compiuta sull'assetto normativo vigente, come si dichiara nelle prime battute dell'Introduzione (p. 10). Nelle nostre parti un lavoro simile dovrebbe affidare la sua originalità ai

particolari punti di vista con cui tale analisi viene compiuta. Invece il lavoro di Baquero, essendo pioniere nel suo genere, rappresenta di per se un contributo originale; oltre al fatto che esso non si limita ad una esposizione della materia in oggetto: sono costanti i riferimenti storici e dottrinali, ad autori nazionali ed europei soprattutto spagnoli.

C'è novità anche nel fatto che si tratta di uno studio compiuto con la prospettiva ed il metodo propri del diritto ecclesiastico, che si colloca sulla scia degli scarsi cultori ecuadoriani di questa disciplina, fra i quali spicca J. Larrea, le cui opere sono profusamente citate.

Già il primo capitolo costituisce una vera e propria introduzione al diritto ecclesiastico nazionale, nella quale non mancano gli spunti storici e comparatistici, sul filo del trattamento del fenomeno religioso nelle costituzioni (al meno 18) che si sono succedute, dalla nascita dello Stato (1822) fino a quella in vigore del 1998. Insieme ad essa, la Ley de Cultos del 1937, il relativo Reglamento del 2000 e il *Modus vivendi* con la Chiesa cattolica del 1937 rappresentano gli assi portanti della normativa speciale riguardante le confessioni e gli enti religiosi. L'analisi della quale costituisce il contenuto del primo capitolo del libro in esame.

Come altri paesi di tradizione cattolica, l'Equador pur nella stabilità di una nazione credente, ha anche passato per delle crisi nei rapporti fra la Chiesa e lo Stato nei

periodi di governi liberal-radicali, che hanno segnato la sua storia. Per quel che riguarda il nostro argomento, la Costituzione del 1906 soppresse il carattere pubblico degli enti cattolici (allora praticamente le uniche entità religiose presenti) collocandoli nel diritto privato. Dopo diverse vicissitudini si avviene nel 1937 alla Ley de Cultos citata e, pochi giorni dopo, all'accordo con la Santa Sede con il quale si chiuse una frattura durata più di quaranta anni, benché non stabilisce norme speciali riguardo agli enti della Chiesa. La Legge, prendendo di mira soprattutto gli aspetti patrimoniali dell'attività di tali enti, richiede la pubblicazione e l'iscrizione in un Registro speciale dello statuto « dell'organo incaricato del governo e amministrazione dei suoi beni », senza più intromettersi nell'organizzazione interna dell'entità in questione. Chi agisce a nome di un ente religioso è munito di un certificato emesso dal Registro, nel quale vengono anche definite le facoltà di cui gode sui beni dell'ente rappresentato. Come si vede la convergenza dello statuto civile di un certo ente religioso con le regole interne della confessione di cui fa parte può variare, ma sarà sempre limitata agli aspetti economici e rimane comunque una questione lasciata all'autonomia delle organizzazioni religiose.

Passati gli anni si è reso necessario adeguare la Legge del 1937 alle nuove circostanze, fra le quali la maggior presenza, anche se minori-

taria, di confessioni non cattoliche e comunque fino ad ora sconosciute nel paese, la cui natura religiosa deve essere stabilita caso per caso; ciò si è fatto tramite il Regolamento del 2000.

Il secondo capitolo è di carattere più dottrinale; in esso si cerca di stabilire la natura giuridica (civile) degli enti religiosi. Si parte dalla terminologia legale, dove si segnala come il Regolamento del 2000 sembra preferire il termine "ente religioso" al precedente "organizzazione religiosa", al punto di cambiare il nome del vecchio Registro delle Organizzazioni religiose per quello di Registro degli Enti religiosi. L'A. vede in questo cambiamento un progresso di precisione nella specificità di trattamento del fenomeno religioso, sulla scia della dottrina italiana ed spagnola, in quanto permette meglio distinguere le confessioni dalle entità ad esse interne, appartenenti o in qualche modo legate.

Distinzione che però la normativa statale non fa. La qualifica di "ente religioso", come i requisiti d'uopo sono gli stessi sia che si tratti di una confessione (ente primario esponente di una religione) oppure di una entità ad essa appartenente. Baquero si sofferma ad analizzare i pro e i contro di questo sistema così semplice e diretto, sottolineando anche il silenzio dell'ordinamento sulle associazioni e fondazioni a carattere religioso; infine si pone il problema della definizione di ente religioso ossia la determinazione del carattere religioso

di un ente. A mio avviso l'A. risolve bene la solita aporia che lo Stato laico non possa per principio definire tale carattere, dovendosi limitare passivamente ad accettarlo laddove esso venga affermato da un ente richiedente il riconoscimento come tale. Dal momento in cui la libertà religiosa determina uno spazio specifico di autonomia, anche a livello collettivo, sarebbe contraddittorio riconoscere sul piano normativo questa libertà e non poter determinare in qualche maniera tale spazio: lo Stato benché non voglia per forza costituirsi in artefice del concetto "religioso" o "non religioso" — allo stile dei vecchi giurisdizionalisti —, dovrà in qualche modo apprezzare la presenza o meno degli elementi che comunemente si ritengono costitutivi di tale concetto (cf. p. 79).

In effetti, il vaglio da parte dell'autorità civile delle finalità di religione o di culto e la cernita delle attività che rientrano in tali fini non è molto diverso dallo stabilire un certo concetto di religione, per quanto flessibile o rigido, aperto o ristretto esso sia. Questa è la soluzione adottata dal menzionato Regolamento del 2000 secondo cui si deve accertare il carattere religioso dell'ente prima di registrarlo come tale, accertamento che varia a seconda che si tratti di un ente cattolico, cristiano o comunque appartenente ad una confessione ormai riconosciuta nel paese, oppure no. In quest'ultimo caso la natura religiosa dovrà essere dedotta dai documenti presentati dall'ente in que-

stione e valutati dall'Amministrazione (artt. 3 e 4). Per tale scopo si prevede anche la consulta delle confessioni ormai registrate.

A questo punto l'A. propone un concetto di fine religioso non limitato al culto e diffusione di un credo, ma comprendente anche altre attività assistenziali o culturali quali l'insegnamento, la beneficenza, la carità ecc., per lo meno quando l'ente appaia vincolato ad una confessione registrata. Si tratta poi sul carattere pubblico o privato degli enti religiosi prospettando il suo inquadramento nella categoria degli enti privati con finalità o utilità pubblica o sociale.

Il *Modus vivendi* sottoscritto con la Santa Sede nel 1937 costituisce un riconoscimento particolare della Chiesa e degli enti cattolici, benché entro il quadro delle norme generali valide per tutti i soggetti religiosi. Tuttavia il riconoscimento specifico delle diocesi, dei vescovi e sacerdoti come ministri, e i riferimenti a elementi tipici della Chiesa fanno sì che essa continui ad essere un punto di riferimento (certamente non rigido) per il riconoscimento delle altre confessioni.

Il terzo capitolo è uno studio sulla personalità giuridica nel diritto dell'Ecuador, del modo e dell'*iter* specifici per acquistare la medesima da parte degli enti religiosi. Il sistema vigente nell'ordinamento ecuadoriano per le corporazioni e fondazioni è quello della concessione, per Legge o per Decreto Presidenziale, che ha rilevanza costitutiva. Le organizzazioni reli-

giose sarebbero invece riconosciute a propria richiesta; con l'atto di riconoscimento esse vengono anche costituite persone nel diritto civile. Ma già si è detto che il riconoscimento implica la pubblicazione dello statuto dell'organo di governo e dell'amministrazione dei beni nonché la sua trascrizione nell'apposito Registro. È proprio questa che, secondo Baquero, ha valore costitutivo.

I seguenti paragrafi si dedicano allo studio delle caratteristiche del Registro Especial de Entidades Religiosas, il che ci conduce al problema della qualifica dei fini e quindi del carattere religioso di un ente: organo competente a farla, margini di discrezionalità, tipologie, ricorsi. I riferimenti alla dottrina spagnola e italiana sono assai abbondanti in queste pagine; difatti Baquero si colloca sulla scia di Finocchiaro quando sostiene che l'atto di qualifica dei fini può essere di portata sostanziale solo nel caso delle nuove confessioni, non invece in quello degli enti eretti o appartenenti ad una confessione ormai riconosciuta la quale ne certifica il carattere religioso.

La esposizione dell'argomento finisce con dodici punti conclusivi che riassumono in quattro pagine i suoi tratti salienti. Ad esse seguono la bibliografia e vari annessi contenuti la Ley de Cultos del 1937, il relativo Reglamento del 2000 e il *Modus vivendi* con la Chiesa cattolica altresì del 1937; nonché alcuni interessanti documenti appartenenti all'archivio di mons. J. Lar-

rea, insigne ecclesiasticista e Arcivescovo emerito di Guayaquil, di cui l'A. si è giovato per la sua ricerca.

*José T. Martín de Agar*

Sandro GHERRO (ed.), *Il principio del contraddittorio tra l'ordinamento della Chiesa e gli ordinamenti statali*, CEDAM, Padova, 2003, p. 265.

El volumen recoge, en su primera parte, las intervenciones de S. Gherro, J. Llobell, N. Picardi, C. Consolo, G. Giacobbe, M. Lugato y G. Dalla Torre en la jornada de estudio celebrada bajo el mismo título en Roma, en la *Libera Università Maria Assunta*, el 13 de abril de 2002. La segunda parte del libro contiene, además de las precedentes sentencias italianas del Tribunal de Apelación de Florencia y de la Corte de Casación, la de 20 de julio de 2001 del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la causa 30882/96 Pellegrini contra Italia (el texto original francés de la sentencia se puede leer en *Ius Ecclesiae*, 13 [2001], p. 859-871), que es la que ha llevado a la celebración de la jornada de estudio, por cuanto cuestiona la tutela del derecho de defensa en el proceso matrimonial canónico, concretamente en el proceso documental.

En dicha sentencia el Tribunal de Estrasburgo condena al Estado italiano a una indemnización por el daño moral sufrido por la parte ac-

tora, como consecuencia del *exequatur* de la doble sentencia canónica de nulidad al que se llegó por un proceso documental canónico en el que se habría violado el derecho a un proceso justo.

Según esa sentencia de la Corte europea, los tribunales italianos estarían obligados a comprobar que los tribunales eclesiásticos hayan observado las exigencias del derecho a un proceso justo, que derivan del artículo 6 §1 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950, según el cual «toda persona tiene derecho a que su causa sea vista equitativa y públicamente en un plazo razonable, por un tribunal independiente e imparcial, establecido por la ley (...)»: unir el escrito de demanda a la citación de la parte demandada, informar del derecho a ser asistido por un abogado antes de llamar a la parte demandada a declarar ante el tribunal, dar a conocer todas las pruebas presentadas por la otra parte (en este caso, las declaraciones de tres testigos presentados en primera instancia por la parte actora) y el parecer del defensor del vínculo.

Es irrelevante, según la sentencia, que la causa de nulidad del matrimonio proceda de un hecho objetivo y no refutado por la parte demandada, ya que ésta no se hubiera podido oponer en cualquier caso. Corresponde sólo a las partes en causa decidir si una declaración de la otra parte o de los testigos

merezca ser rebatida. La confianza de las partes en los tribunales exige, entre otras cosas, que les sea asegurada la posibilidad de manifestar su parecer sobre todos los actos de la causa.

No basta, continúa el Tribunal, que el ordenamiento canónico conceda el derecho de ser asistido por un abogado en el proceso documental; la parte demandada debería haber sido informada, ya que los tribunales eclesiásticos podían presumir que no conocía ese derecho. La parte demandada debía haber sido informada de tal derecho y del objeto del contencioso en el momento de la citación, antes de la declaración de tal parte ante el tribunal.

Todas estas circunstancias, concluye la Corte de Estrasburgo, son exigidas por el derecho al proceso justo y, en cambio, no han sido suficientemente consideradas por los tribunales italianos que, al homologar la sentencia canónica, habrían violado el artículo 6 §1 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales.

Al margen de la perplejidad que podría producir la sentencia en cuanto interferencia indebida en las relaciones bilaterales entre el Estado italiano y la Iglesia, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, al afirmar la violación del derecho a un proceso justo, ha aplicado de un modo formalista principios que no son propios del proceso documental canónico. No ha considerado la naturaleza pecu-

liar de ese proceso, que tiene un objeto procesal limitado a la constatación documental de la nulidad del matrimonio en pocos casos bien precisos y constatables documentalmente.

Se basa el Tribunal en el artículo 6 §1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, en el que, sin embargo, no se concreta, como parece entender la Corte, la presencia necesaria del abogado ni la obligación de informar a la parte sobre su derecho a servirse de él — derecho que conservó la parte recurrente en todo momento —. Sí que concreta, en cambio, el citado artículo, la necesidad de que la causa sea examinada «en un plazo razonable»: en el caso que nos ocupa, el juicio eclesiástico (en sus dos grados) se ha concluido en poco más de cinco meses, mientras que el juicio italiano de *exequatur* (también en dos grados) y el llevado a cabo ante el Tribunal Europeo (en un único grado) se han llevado a cabo, cada uno, durante más de cinco años.

Parece un poco forzado afirmar que la falta formal en la citación canónica de la declaración del derecho a servirse de un abogado haya comprometido irremediablemente el derecho de defensa de la recurrente. Aun cuando pudiera ser deseable que los tribunales eclesiásticos informen a ambas partes de su derecho a un abogado, hay que tener en cuenta que la mera diferencia de regulación procesal no puede ser un obstáculo al *exequatur* si no consta una viola-

ción del derecho de defensa en sus aspectos y requisitos esenciales.

No ha tenido en cuenta además el Tribunal la reciente normativa europea. Nos referimos al Reglamento 1347/2000, en vigor en la fecha de publicación de la sentencia, que ha sido sustituido por el Reglamento 2201/2003. Se establecía en aquél la necesidad de respetar los Tratados internacionales firmados con la Santa Sede y se incluyen, entre las decisiones matrimoniales que tendrán eficacia en los demás países europeos, las sentencias canónicas de nulidad homologadas civilmente. No existe en dichos Reglamentos ninguna referencia a las garantías de defensa tal como las ha concretado el Tribunal entre los motivos para denegar el reconocimiento de resoluciones.

Se hacía por tanto necesario profundizar en la naturaleza y peculiaridades del proceso documental canónico, cuya resolución puede ser sólo a favor de la nulidad pues si el documento no provoca la evidencia en el ánimo del juez, éste debe abstenerse de juzgar y enviar la causa al examen ordinario al tribunal de primera instancia, el cual deberá aplicar todas las formalidades procesales. La ley canónica limita por tanto el objeto del proceso y simplifica las formalidades, respetando el contradictorio que queda limitado al objeto típico de este proceso: la existencia del documento por el que consta con certeza la causa de nulidad que, en el caso que dio lugar a la sentencia

en cuestión, fue plenamente confirmado por las partes (impedimento de consanguinidad y ausencia de dispensa).

Las intervenciones recogidas en el presente volumen no se limitan al comentario y crítica de la sentencia europea, que el profesor Gherro analiza desde la perspectiva del derecho canónico poniendo en evidencia que las «situaciones jurídicas» sobre las que ha intervenido la Corte europea no pueden considerarse para nada como proyección o como reflejo de normas o de principios del proceso documental canónico y cómo, al contrario, los principios de los que es portador tal proceso aparecen perfectamente concordes con los que el Tribunal de Estrasburgo debe tutelar. Otros estudios se centran en el instituto del contradictorio, en su evolución histórica (N. Picardi), en el derecho italiano vigente (C. Consolo) o en los procedimientos especiales (G. Giacobbe). Destaca el exhaustivo análisis de la jurisprudencia del Tribunal Apostólico de la Rota Romana que realiza J. Llobell, para constatar el efectivo respeto del principio del contradictorio y del derecho a un proceso justo.

Concluye las intervenciones la relación, de G. Dalla Torre quien, analizando las observaciones de la doctrina sobre la sentencia en cuestión, en un sentido y en otro, y sirviéndose con frecuencia de las relaciones precedentes de la misma jornada de estudio, denuncia la ausencia en Italia de una ley matri-

monial de actuación de las nuevas disposiciones del Concordato. En su opinión, la sentencia de Estrasburgo se encuadra en toda una jurisprudencia que, a veces, lejos de la lógica jurídica, se mueve no por la teórica exigencia de conformidad con los principios indelegables sino por concretas y comprensibles exigencias de carácter económico. Se trata de evitar que el recurso al juez eclesiástico de la nulidad o al juez civil del divorcio se base en intereses económico-patrimoniales y no en razones de conciencia y de presupuestos jurídicos y de hecho.

Se trata en definitiva de un libro de indudable interés tanto para el canonista como para el eclesiástico que, además de contener una crítica seria y exhaustiva a la sentencia europea, analiza el instituto procesal del contradictorio tanto en el derecho canónico como en el derecho estatal, considerándolo en el ámbito de las relaciones Iglesia-Estado.

*Enrique Cadelo de Isla*

Venerando MARANO, *Il fenomeno associativo nell'ordinamento ecclesiale*, Giuffrè Editore, Università degli Studi di Foggia, Facoltà di Giurisprudenza, Milano, 2003, p. 204.

Negli ultimi decenni dopo la promulgazione del Codice di diritto canonico del 1983 sono stati

pubblicati diversi libri dedicati alle associazioni dei fedeli. Congressi, convegni e giornate di studio, e anche il lavoro di singoli canonisti ha dato luogo ad una vasta bibliografia sull'argomento, sintomo dell'interesse che suscita nella Chiesa il fenomeno associativo nonché della sua importanza.

L'elevato numero di monografie e anche la qualità di molte di esse rende più difficile poter elaborare dei contributi che possano diventare punto di riferimento nella dottrina e che aiutino lo sviluppo della scienza. Il libro di Venerando Marano, professore associato di Diritto Ecclesiastico dello Stato dell'Università degli Studi di Foggia, ha questo pregio: riesce a trovare una posizione rilevante nella bibliografia sul diritto di associazione nella Chiesa, perché ha saputo guardare in avanti, cercando di dare risposta, o almeno indicare alcune linee di tendenza sulle quali fondare una risposta, alle sfide che nascono dalle caratteristiche nuove del fenomeno associativo ecclesiale.

Questo elemento emerge in particolare nella trattazione che l'À. fa dei movimenti ecclesiali, elemento fondamentale della «nuova stagione aggregativa» nella Chiesa. Date le loro caratteristiche, i movimenti non rientrano facilmente nelle configurazioni giuridiche tradizionali e in quelle presentate dal nuovo codice. Cosa fare? Quale risposta dare? Pur essendo presenti in tutta la monografia, nel capitolo terzo, «Le nuove forme aggregative: i movimenti ecclesiali fra di-

menzione associativa e dimensione carismatica», emergono i seguenti tratti distintivi del lavoro del professore di Foggia: una profonda conoscenza del Magistero pontificio sull'argomento, della legislazione canonica, nonché della produzione scientifica in materia (canonica e teologica), e una sensibilità per la realtà giuridica che spinge sia a non incapsulare le nuove associazioni in tipologie chiuse che soffocherebbero il carisma, sia a non suggerire la preparazione di norme nuove quando il fenomeno è ancora in evoluzione. Ciò porta a Marano a esprimere opinioni sempre prudenti, perché si valutano i pro o contro delle diverse posizioni, senza esitare di fare valutazioni critiche di pareri espressi da altri autori. Manifestazione di questa sensibilità per il fenomeno associativo reale si trova nel ruolo fondamentale che si attribuisce al carisma nei movimenti. Una loro configurazione canonica potrà essere soddisfacente unicamente se l'elemento carismatico viene rispettato. Una risposta giuridica che lasciasse di parte la rilevanza del carisma rischierebbe di ingabbiare il fenomeno associativo in schemi rigidi e troppo formali. Le soluzioni devono essere flessibili e aggiustate alla realtà. È significativo che il Marano concluda il capitolo terzo con un richiamo all'«opportunità di non adottare soluzioni eccessivamente formalistiche e rigide, per evitare che nel proposito ricostruttivo resti forzata l'esperienza giuridica, in cui il fenomeno dei movi-

menti ecclesiali non appare ossificato ma caratterizzato piuttosto, insieme a punti fermi che si è cercato di illustrare, da elementi di intrinseco dinamismo che danno vita a una notevole varietà e novità di forme» (p. 145-146).

Prendendo spunto dalle sfide canoniche create dai nuovi movimenti ecclesiali ha un particolare interesse per superare le difficoltà e problemi emersi negli ultimi decenni quanto suggerito dall'A.: la comunione ecclesiale è la via per trovare una giusta configurazione dei movimenti nella Chiesa ed anche una loro giusta collocazione in essa. In tale valore si trovano le risorse per superare le tensioni fra istituzione e carisma: «il valore di riferimento rimane quello della comunione ecclesiale, nella quale gli stessi movimenti sono oggi chiamati alla sfida di una nuova maturità. In tale prospettiva comunionale trovano superamento le tensioni sempre possibili nell'effettività dell'esperienza, fra l'aspetto istituzionale e quello carismatico, di cui i movimenti sono una espressione significativa» (p. 132). Infatti alla luce della *communio* non solo l'inserimento dei movimenti nella Chiesa locale trova modalità più giuste ed equilibrate, che facilitano un mutuo rispetto e apprezzamento, ma anche acquistano un senso profondo provvedimenti per il discernimento e per il riconoscimento del movimento (cf. p. 133-146).

Da segnalare anche l'originalità e il valore del capitolo IV della mo-

nografia: «Il fenomeno associativo nella comunità ecclesiale: l'esperienza italiana». Pur se il titolo potesse indurre a pensare che vi si tratterà di un'analisi della diverse realtà associative nella Chiesa in Italia (compito impossibile per poche pagine), Marano fa una scelta di notevole interesse: presentare nelle sue linee portanti il modo in cui la Conferenza Episcopale Italiana, tramite documenti ufficiali, ha trattato il fenomeno associativo. Nella sua presentazione e analisi, l'A. copre un ampio arco di tempo: dalla fine degli anni 60 (momenti di crisi delle forme tradizionali di associazionismo) fino ai primi anni di questo millennio, in cui si produce una netta rivalutazione del ruolo ecclesiale dell'Azione Cattolica. Questa analisi dei documenti principali (fra cui spiccano le due Note pastorali del 1981 e del 1993) serve sia a «verificare l'attuale grado di ricezione della legislazione universale in ambito particolare» che a «individuare problemi applicativi e linee di tendenza da considerare in una prospettiva di *iure condendo*» (p. 153).

A sostegno dei principali risultati della ricerca presenti nei capitoli terzo e quarto, c'è un serio lavoro di analisi e riflessione sulla normativa canonica riguardante le associazioni. Malgrado siano state scritte molte pagine sulla questione, la lettura dei due primi capitoli (i cui titoli sono rispettivamente: «Diritto di associazione e associazioni di fedeli dal Codice

piobenedettino al Concilio Vaticano II» e «Il fenomeno associativo nella codificazione postconciliare») manifesta che l'A. non si limita a ripetere quanto è già stato detto, ma quanto scrive è frutto di uno studio approfondito, riuscendo a cogliere le linee di tendenza e le problematiche presenti in questa materia.

Oltre a consigliare la sua lettura, non mi resta che augurare che questo libro del prof. Marano sia il primo di una lunga serie di contributi validi alla scienza del diritto canonico.

Luis Navarro

Javier MARTÍNEZ-TORRÓN, *Religión, derecho y sociedad. Antiguos y nuevos planteamientos en el derecho eclesiástico del Estado*, Editorial Comares, Granada 1999, p. 255.

A lo largo del siglo XX los distintos sistemas de acceso a la condición de catedrático de Universidad — el más alto grado de profesor que hay en España — exigieron a los aspirantes la elaboración de un detenido estudio sobre la materia de la plaza objeto de concurso. Desde 1931 hasta 1983 recibió el nombre de memoria y versaba sobre «el concepto, método, fuentes y programas de la disciplina» (art. 13 del Decreto de 25 de junio de 1931); y a partir de 1983 su lugar lo ocupó «el proyecto docente e investigador» del can-

dídato (art. 39.3 de la Ley de reforma universitaria de 25 de agosto de 1983). En cualquier caso, el opositor debía entregar su memoria/proyecto en el acto de presentación, para proceder más adelante a su exposición oral ante el tribunal o comisión y al subsiguiente debate con sus miembros. En la primera etapa mencionada esta prueba era una entre seis y ocupaba el segundo lugar, inmediatamente después de la relativa a la exposición del curriculum; mientras que cuando se redujo el concurso a dos pruebas (en 1983), el curriculum y el proyecto integraron la primera de ellas. Más recientemente, la Ley de Universidades de 21 de diciembre de 2001 ha introducido un nuevo sistema, de habilitación nacional al cuerpo de catedráticos (y posterior concurso de acceso entre habilitados, convocado por una Universidad), pero ninguna de sus pruebas incluye el proyecto (a diferencia de lo que sigue sucediendo en las habilitaciones a las demás categorías de profesores funcionarios).

El hecho de que la implantación del Derecho eclesiástico del Estado como asignatura troncal (obligatoria en todos los planes de estudios de la Licenciatura en Derecho en España) se produce a partir de 1990, explica que hasta entonces ocupara tan sólo una parte de las memorias/proyectos de Derecho canónico (que sí era materia troncal), en función de la sensibilidad de los docentes hacia esa realidad jurídica que venía abriéndose paso.

Y de la misma manera que el Derecho eclesiástico entró en la Universidad española de la mano de los canonistas, hoy el Derecho canónico permanece en ella de la mano de los eclesiasticistas, en la medida que imparten asignaturas optativas o de libre configuración de Derecho canónico en general o de Derecho matrimonial canónico en particular. Por lo demás, conviene advertir que estas peculiaridades y el perfil propio de cada plaza objeto de concurso explica por qué ahora cada vez es más frecuente que los proyectos docentes se ocupen exclusivamente del Derecho eclesiástico.

Hago esta digresión por dos motivos. En primer lugar para poner de relieve que, con independencia de que la memoria o el proyecto designaran las mismas o parecidas realidades, lo cierto es que un buen número de ellas se publicaron total o parcialmente, enriqueciendo considerablemente el panorama bibliográfico con sus indudables aportaciones a la ciencia jurídica. Y, en segundo lugar, para contextualizar el libro del profesor Martínez-Torrón, que trae causa del proyecto que presentó en la oposición a la cátedra de Derecho eclesiástico de la Universidad de Granada, y que obtuvo en mayo de 1993. Seis años después, volvió sobre él para revisarlo con calma y presentarlo como tesis doctoral en Derecho canónico en la Universidad de Navarra, en marzo de 1999, ante un Tribunal del que tuvo la satisfacción de formar parte.

Con estas precisiones puedo afirmar que es el primer proyecto docente dedicado exclusivamente al Derecho eclesiástico que se publica como monografía, lo que constituye un claro indicio de su calidad e interés. Por lo demás, considero un acierto de la Editorial Comares que eligiera esta obra para abrir con ella su *Colección religión, derecho y sociedad*.

El libro está dividido en diez capítulos. En la *introducción* (1), además de explicar el origen de sus reflexiones sobre «las perspectivas temáticas y metodológicas del derecho eclesiástico a la luz de su presente y de su pasado» (p. 2), el autor formula algunas precisiones que permitan encuadrarlas desde el principio. Señala con brevedad la relación entre el Derecho canónico y el Derecho eclesiástico y explica por qué éste se concibe primordialmente como sector del ordenamiento estatal centrado en el factor religioso, pero apuntando el interés de no perder de vista «la perspectiva interordinamental, es decir, el estudio simultáneo y coordinado del derecho estatal y de las normativas confesionales coincidentes en un mismo objeto y sujetos» (p. 9).

Los dos siguientes capítulos presentan una visión breve pero sustancialmente completa de *los condicionamientos históricos [italianos] del derecho eclesiástico español* (2) y de *la evolución de la temática eclesiasticista en Italia y España durante el siglo XX* (3). No hay ninguna duda del papel decisivo que

ha desempeñado la Escuela dogmática italiana en la introducción y primer desarrollo del Derecho eclesiástico en nuestro país. Por eso resulta del mayor interés el análisis realizado sobre ella, señalando sus puntos fuertes y sus limitaciones, con un selecto apoyo bibliográfico que permite reconstruir los aspectos claves de su debate doctrinal interno. Lo mismo sucede con el estudio de las perspectivas y los temas desarrollados por la doctrina italiana y de su repercusión en España, que el autor agrupa alrededor de las relaciones entre el Estado y las confesiones religiosas (perspectiva internacionista e institucional), el derecho de libertad religiosa (perspectiva constitucionista) y las conexiones entre libertad, igualdad y pluralismo (perspectiva funcional). El autor advierte el protagonismo que en esta última orientación cobran las opciones ideológicas de los eclesiasticistas y su voracidad temática, derivada de convertir la libertad religiosa en libertad de formación crítica de la propia conciencia. Finalmente, subraya la importancia de ampliar los horizontes del Derecho eclesiástico, por la vía del derecho comparado y el derecho internacional, acentuando la interdisciplinariedad pero sin que esto suponga distorsionar su cohesión interna como especialidad jurídica.

El capítulo 4 ofrece una precisa radiografía académica de la *situación y orientaciones del Derecho eclesiástico en España*. A través de un texto condensado y apoyado en

un buen número de notas, especialmente extensas, el autor realiza un cuidado análisis de la labor desarrollada por los eclesiasticistas españoles en el último cuarto del siglo XX. En él da cumplida noticia de su producción científica, materializada en numerosas monografías, capítulos de libros colectivos y artículos, y del crecimiento de la publicación de estos escritos en el extranjero y en revistas españolas de otras ramas del Derecho. Igualmente, y en lo que se refiere a las publicaciones docentes, realiza un oportuno recorrido por los manuales y compilaciones de la disciplina. El estudio lo completa señalando las principales líneas temáticas y metodológicas de estos escritos. Destaca el relativo interés que han despertado las construcciones dogmáticas, frente al estudio del dato jurídico positivo, *de iure condito* y *de iure condendo*, y a la búsqueda de soluciones ante problemas jurídicos reales, algunos de los cuales hasta ahora no se habían planteado. Tampoco falta la oportuna referencia a trabajos que, de un modo u otro, desbordan el objeto estricto del Derecho eclesiástico o lo que hasta ahora ha sido su temática habitual en España.

El capítulo 5 aborda una cuestión fundamental: *el Derecho eclesiástico como especialidad jurídica autónoma*. Con indudable acierto el autor reflexiona sobre el carácter abstracto del concepto unitario del ordenamiento, la realidad inmediata y diversificada de los fenómenos

jurídicos, la división convencional del derecho en ramas relativamente autónomas y la identidad del método de estudio de todas ellas. A continuación afirma la autonomía del Derecho eclesiástico español porque posee suficiente entidad tanto en el plano operativo (existe una normativa y jurisprudencia relevantes sobre el factor religioso) como en el plano académico (las relaciones jurídicas sobre lo religioso son objeto de estudio unitario en la Universidad). Esto último es claramente una opción del modo de organizar la carrera de Derecho, pues la entidad de lo religioso en el plano operativo constituye un elemento imprescindible pero no suficiente de la especialidad docente. De igual modo resultan sugerentes las reflexiones del autor desmontando el tópico de que la autonomía del Derecho eclesiástico reclama un derecho especial sobre el factor religioso mientras que negarla exigiría someterlo al derecho común. Explica que en puridad no existe el derecho común (porque el fenómeno jurídico es necesariamente especializado), por lo que el dilema no estriba en rechazar la especificidad de lo religioso, sino en negarle protagonismo.

Firme lo anterior, considero que el capítulo central de la monografía es el que versa sobre *el objeto del Derecho eclesiástico* (6). Desde una perspectiva realista — histórica y funcional — el autor señala, respectivamente, que el Derecho eclesiástico existe porque

existe la religión y que ha experimentado un constante crecimiento al acentuarse el plano individual de la libertad religiosa, de conciencia y de pensamiento. El desarrollo personal de esta última idea, con apoyo en los textos internacionales y constitucionales, le lleva a sostener que la libertad religiosa sigue siendo el concepto clave de la disciplina, pero en íntima conexión con la noción de creencias o convicciones; de tal manera que «*el derecho eclesiástico del Estado tiene por objeto de estudio la ordenación jurídica estatal de aquellas relaciones humanas en las cuales se encuentra presente el elemento religioso, entendiéndose por tal la incidencia de conductas derivadas de creencias religiosas, o bien de convicciones no religiosas que posean una intensidad axiológica equiparable*» (pp. 138 y 139). Finalmente se refiere a la dimensión colectiva de la libertad religiosa, incluyendo también en el objeto de la disciplina «*el tratamiento jurídico de las confesiones y grupos religiosos, pero no el de otros grupos ideológicos inspirados en convicciones no religiosas*» (p. 142). Es una lástima que el lúcido análisis realizado no haya incluido la dimensión institucional de las confesiones: el autor alude a ella tangencialmente en algunos pasajes, pero la excluye expresamente de su reflexión (cfr. p. 142, nota 31).

Las ideas sobre la autonomía y el objeto del Derecho eclesiástico se proyectan y en cierto modo siguen desarrollándose hasta el final

de la monografía. Desde luego están presentes en el capítulo sobre *la regulación jurídica del factor social religioso en España tras la Constitución de 1978* (7), donde el profesor Martínez-Torrón enjuicia el Derecho eclesiástico español, centrándose en la actividad del legislador, aunque con oportunas referencias al papel desempeñado hasta ahora por la administración y la jurisprudencia. Considera que la mayor parte de las deficiencias se han producido en materia de tutela individual de la libertad religiosa, mientras que sus principales logros giran alrededor del tratamiento jurídico de las confesiones religiosas, donde destaca el efecto dinamizador de los acuerdos y, en particular, el equilibrio alcanzado por el sistema de relaciones entre el Estado y las confesiones (libertad, igualdad, aconfesionalidad y cooperación), que tanto interés ha suscitado en otros países como modelo a imitar.

Este capítulo es el paso obligado a los dos siguientes, que a mi juicio son los más interesantes — por sugerentes — de la monografía. En ellos el autor vierte sus reflexiones más profundas y atractivas hacia el futuro, señalando *algunas sugerencias temáticas sobre el estudio del Derecho eclesiástico* (8) y apuntando *líneas metodológicas que requieran particular atención* (9).

En cuanto a los temas de estudio (8), las propuestas son tres, aunque aquí sólo puedo dar una escueta noticia de ellas. La primera insiste en la importancia de identificar y

reconocer los límites materiales del Derecho eclesiástico, atendiendo a las exigencias que se derivan del dato positivo, sin pretender extenderlos desproporcionadamente (con el consiguiente riesgo de que la disciplina pierda consistencia y desaparezca). La segunda versa sobre los principios informadores: el autor recuerda la importancia de captar su contenido, de interpretarlos de forma integrada y de no olvidar su razón de ser: al servicio de la libertad religiosa de la persona y de las confesiones. De la mayor actualidad son sus precisiones sobre la neutralidad del Estado (que es un medio y no un fin), sobre el peligro de que se extralimite en sus funciones (promoviendo el pluralismo religioso en lugar de la libertad) y sobre la conveniencia de que la cooperación con las confesiones se lleve a cabo atendiendo a las peculiaridades propias de cada una y a su utilidad y arraigo en la sociedad civil. Y la tercera propuesta atañe a la necesidad de no perder de vista la realidad jurídica y social española, donde el principal núcleo temático lo proporcionan las confesiones (entre las que destacan, en general, las que tienen acuerdo con el Estado y, en particular, la Iglesia católica); donde simultáneamente pierde relevancia social el hecho religioso institucionalizado y se entrevé un aumento de los problemas causados por comportamientos individuales; y, finalmente, se constata un fenómeno de transnacionalización del Derecho, con problemas y escena-

rios nuevos que propician el intercambio de ideas y soluciones en los foros internacionales, y facilitan un conocimiento más reflexivo y ponderado del propio sistema de Derecho eclesiástico.

En cuanto a las consideraciones sobre las *líneas metodológicas* (9), conviene advertir que interesarán no sólo al eclesiasticista sino a todo jurista, y que están presididas por un sano realismo del autor que le lleva a no confundir el ordenamiento que es con el que debería ser. De este modo es más fácil cautelarse ante la tentación — desgraciadamente cada vez más extendida en algunos países — de interpretar y aplicar las normas no en función de lo que dicen, sino en función de lo que nos gustaría que dijeran (en clave ideológica). Los medios son claros, y así el autor insiste en la importancia de atender al dato jurídico positivo: el conocimiento profundo y riguroso de las fuentes normativas y de la jurisprudencia, pero también de los valores constitucionales y de los principios generales del Derecho, manifestación positiva de cómo éste quiere actuar. Además, para captar el fenómeno jurídico en su totalidad, el autor propone estudiar cómo incide en la realidad social y viceversa, prestando una mayor atención a la Sociología jurídica y el Análisis económico del Derecho. En parecidos términos insiste en la conveniencia de ampliar la capacidad crítica del jurista, invitándole a no prescindir en el estudio del Derecho de la Filosofía (nivel fun-

damental), de la Historia y del Derecho comparado. Ciertamente el panorama descrito puede parecer inabarcable, más todavía porque el autor cierra este capítulo invitando a los eclesiasticistas a que cultiven la interdisciplinariedad y la especialización. Por eso me atrevería a completar sus consideraciones poniendo de relieve que esas metas tan ambiciosas — y posiblemente inalcanzables para la mayoría, como resultado de un esfuerzo individual — resultan hacederas integrando equipos de trabajo e investigación. En ellos es posible reunir con mucho menor esfuerzo a especialistas de la misma rama del saber, de ramas afines, etc., garantizando al mismo tiempo interdisciplinariedad y operatividad.

Unas *conclusiones finales* (10) cierran la monografía. Y yo termino estas líneas elogiando el trabajo del profesor Martínez-Torrón, que ha sabido presentar con una prosa elegante y fluida sus valiosas reflexiones personales sobre el pasado, presente y futuro del Derecho eclesiástico, partiendo de la realidad española pero trascendiéndola, con amplitud de horizontes. Y, aunque pueda parecer que son de mayor mérito aquellos capítulos más originales y creativos del libro, pienso que no es menor el de los capítulos descriptivos, donde brilla la capacidad apreciativa y de síntesis del autor. Por todo lo dicho, estoy persuadido de que no sólo los especialistas en Derecho eclesiástico, sino también los juristas en general y las

personas con una buena cultura general se enriquecerán con la lectura de *Religión, derecho y sociedad*.

Javier Ferrer Ortiz

Miguel Ángel ORTIZ (ed.), *Ammissione alle nozze e prevenzione della nullità del matrimonio*, Giuffrè Editore, Milano, 2005, p. 371.

En la breve Presentación con la que se inicia el volumen, su editor, el Profesor de la Pontificia Università della Santa Croce, Miguel Ángel Ortiz, nos informa de que en él se contienen los trabajos desarrollados en el *Convegno* que tuvo lugar en la Facultad de Derecho Canónico de la antedicha Universidad durante el mes de abril de 2003. Estos trabajos, como se podrá comprobar, no se inscriben únicamente en la ciencia canonística, sino también en otras disciplinas científicas como la Teología pastoral o la Psiquiatría. La finalidad de tales trabajos (del contenido de cada cual ofrece Ortiz una apretadísima síntesis) fue la de reflexionar sobre «l'aparente divario che alle volte si riscontra tra i criteri seguiti per l'ammissione dei fedeli al matrimonio e quelli adoperati per giudicare sulla validità della loro unione» (p. xiii).

De esa — pienso que más que aparente — dicotomía partió en su relación de *Introduzione ai lavori* el Prof. Errázuriz, que enfoca el pro-

blema desde el ángulo más adecuado, esto es, cómo se puede prevenir eficazmente el que no haya matrimonios nulos, sin que el «precio» de esa profilaxis jurídica no sea desproporcionado o excesivo. Se daría tal exceso sí, en la práctica, se invirtieran las presunciones *pro matrimonio* o se establecieran sistemas de control de una rigidez desorbitada. Como suele suceder en las cuestiones de política legislativa, la solución pasa por un delicado equilibrio que, desde luego, nada tiene que ver con un cumplimiento de mero trámite de ciertas formalidades — en la práctica y en ocasiones, de ciertos «formularios» —.

Con la agudeza que le caracteriza — a la que no es ajena la opción metódica (en pro del realismo jurídico) que desde hace años viene siguiendo con tan sobresalientes resultados científicos —, Errázuriz señala que buena parte del problema se cifra en una visión inadecuada del derecho, al cual se le contempla como un complejo de normas formales y externas reguladoras del matrimonio y no como un constitutivo intrínseco de ese mismo matrimonio. Cuando se parte de esta visión se superan las artificiales antinomias entre pastoral y derecho, de tal modo que «ogni problema di capacità o di volontà matrimoniale possiede un'intrinseca rilevanza pastorale, ed esige l'adeguata conoscenza da parte di tutti gli operatori pastorali interessati, almeno quella conoscenza che porta poi a chiedere consiglio agli

specialisti nei casi più difficili». Y, «analogamente, añade Errázuriz, occorre affermare l'intrinseca pastoraltà dell'operato dei tribunali, la cui ricerca della giustizia fondata sulla verità, e anche la collaborazione per la riconciliazione ed eventuale convalidazione (cfr. CIC, can. 1676), costituisce un autentico servizio concreto alla *salus animarum*, facente parte a pieno titolo e come parte necessaria di una pastorale familiare globale» (pp. xxv y xxvi).

La primera de las ponencias que se contienen en cuerpo del libro es la del profesor Hector Franceschi, titulada *Una comprensione realistica dello ius connubii e dei suoi limiti* (pp. 1-48). El adjetivo «realística», no resulta claro, al menos en los inicios de su contribución, si se utiliza en el sentido de una visión realista, es decir, tal como se reconoce y se ejerce el derecho a casarse en los *reales* términos cotidianos, o en el sentido de la comprensión propia de la opción metódica a la que me he referido poco antes.

Creo que esta — a mi juicio — perplejidad se salvaría si, en lugar de dejar para el epígrafe conclusivo la explicación de lo que entiende por sistema matrimonial («più che un corpo normativo astratto che regola un istituto giuridico, è stato e deve continuare ad essere una risposta giusta alle esigenze intrinseche della realtà matrimoniale e del diritto fondamentale al matrimonio che il suo fondamento nella persona umana e nella sua modalizzazione sessuale in persona-

uomo, persona-donna, sulla quale si fonda la complementarietà» [p. 46]), se ofreciera tal explicación desde las páginas iniciales. Téngase en cuenta que, por ejemplo, en la página 3 aparece la expresión «sistema matrimonial» cinco veces.

Comparto en buena parte lo que sostiene Franceschi en su contribución, como no puede ser de otra manera, dada la autoridad que le confiere el hecho de que viene dedicándose al estudio del derecho matrimonial canónico, con rigor y profesionalidad, desde hace ya bastantes años. No obstante, me parece que, globalmente considerado, su trabajo contiene una cierta contradicción. Franceschi sostiene que el *ius connubii* es el «fundamento y el principio de todo el sistema matrimonial», entendido éste desde la óptica del realismo jurídico. Sin embargo, esa óptica no se compadece, al menos conceptualmente, con tan importante atribución — principio y fundamento — a un derecho subjetivo, como lo es el propio *ius connubii*.

Por lo demás, pienso que no se puede seguir presentando el clásico trabajo de Viladrich, *La teoría de los derechos fundamentales del fiel*, de hace ya casi cuarenta años, como referencia básica en la materia. La teoría de los derechos fundamentales (en general) se ha enriquecido notablemente desde 1969. Pienso que lo que Viladrich tuvo que hacer entonces fue, sobre todo, defender su existencia en un ordenamiento canónico en el que

no estaban formalizados. Ahora, tras su formalización, obrada con mayor o menor fortuna, deben plantearse otras cuestiones que en el derecho secular han dado lugar a desarrollos doctrinales de gran importancia, p. ej., el concepto de contenido esencial o el de garantía institucional, o lo relativo a su tutela procesal o extraprocesal.

La siguiente relación tiene por autor al Profesor Sergio Lanza, Decano del Instituto de Pastoral *Redemptor hominis* de la Universidad del Laterano, y por título *L'approccio pastorale ai nubendi: possibilità e limiti della loro conoscenza da parte dei Pastori e della preparazione alle nozze* (pp. 49 a 75). En este trabajo se toma como base determinados documentos de muy rico contenido emanados, en los últimos años, por el Pontificio Consejo para la Familia, y por la Conferencia Episcopal Italiana y por un ente que depende de ésta, el *Ufficio Nazionale per la pastorale della Famiglia*. Obviamente, el enfoque y los contenidos son los propios de la Teología pastoral, lo cual no quiere decir que, por ello, quede fuera del campo de interés del jurista, quien encontrará datos y reflexiones útiles que podrá asumir con la cautela de tener presente que deberán ser utilizados tras su paso por el tamiz que supone el método propio de la Ciencia del Derecho. Si tuviera que señalar alguna de entre esas reflexiones que me parecieron de especial interés, señalaría las que el autor vierte so-

bre la necesaria diferenciación de itinerarios que los novios han de seguir en función de la formación humana y religiosa que poseen (cfr. p. 65) y la necesidad absoluta de tener en cuenta que la formación que se imparte para la preparación del matrimonio se dirige a unas personas que, por lo general, viven inmersas en una cultura que se basa en valores no pocas veces diametralmente opuestos a los que se han de transmitir (*passim*).

Monseñor Gil de las Heras es uno de los más conocidos matrimonialistas españoles y, en la actualidad, el Decano del Tribunal de la Rota de la Nunciatura Apostólica de Madrid. En su aportación, titulada *Valutazione della capacità per sposarsi nell'ammisione al matrimonio* (pp. 77-104), adopta un enfoque abiertamente práctico, en el que parte de la constatación de los escasísimos resultados positivos del actual sistema. Es llamativo el dato de que no conoce — después de preguntar a párrocos de dilatada experiencia — ningún caso en el que se actuase la previsión codicial en cuya virtud, quien sea conocedor de la existencia de impedimentos en un determinado matrimonio, está obligada a ponerlo en conocimiento del párroco o del ordinario antes de su celebración.

El autor se muestra claro tanto en las actuaciones que se deben cambiar u omitir por ineficaces (por ejemplo, la fijación de avisos escritos de futuro matrimonio), como en sus propuestas de *iure con-*

*dendo*, que —muy resumidamente— podrían expresarse diciendo que en la preparación del matrimonio habrían de intervenir aquellas personas que, de ordinario, lo hacen en los procesos de nulidad *ex c. 1095*, esto es, los peritos psiquiatras y los familiares.

Quizá esta propuesta pueda parecer un tanto extrema, pero nadie puede dudar de que, tal como concluye Mons. Gil de las Heras, es «urgente porre fine a una così grande quantità di matrimoni nulli a causa di un'anomalia psichica» (p. 104).

Al Profesor Pedro-Juan Viladrich le corresponde el siguiente trabajo, cuyo título pienso que no refleja con entera exactitud su contenido. Lleva por rúbrica la de *La dimensione giuridico-canonica della preparazione al matrimonio*, sin embargo no se trata de una elaboración que se haya de encuadrar en la Ciencia del Derecho, sino en otras, seguramente en la antropología filosófica o teológica. El siguiente dato en absoluto es concluyente, pero sí creo que resulta significativo: Viladrich sólo se refiere expresamente a un precepto codicial (el c. 1057), y lo hace en un *obiter dictum* de su discurso.

Si no he entendido mal, la armazón lógica de esta aportación es la siguiente: no cabe prepararse ni preparar respecto de una realidad que no se conoce o no se conoce bien. El matrimonio no se conoce suficientemente por los operadores jurídicos y los canonistas en general, por el hecho de que no se le

asigna al amor conyugal la importancia y la función que le corresponde. Y esto se debe al hecho de que — apartándose del Derecho canónico clásico (aunque de tal apartamiento no se ofrecen muchos datos) — la canonística incurrió en un contractualismo extrinsecista que pervirtió el significado y la función del consentimiento. Y no sólo eso, sino que redujo los instrumentos técnicos y conceptuales — al apuntar tan sólo al discernimiento de la presencia o no de un consentimiento válido — de manera tal que son absolutamente inasumibles para el mundo del derecho las aportaciones tanto de otras ciencias como, también, las provenientes del riquísimo magisterio de Juan Pablo II.

Prueba de lo rancio de la actual doctrina canonística sobre el matrimonio sería que campos como los de la pedagogía, la orientación o la terapia familiar no acuden, para ampliar sus «orizzonti concettuali sul matrimonio facendo ricorsi ai testi matrimoniali della canonistica. Non si rivolgono neanche al diritto e alla dottrina civile, ne alla lettura dei testi del diritto de famiglia. Qualcosa di molto profondo è diventato sorpassato e morto nel matrimonio delle scienze giuridiche» (p. 128).

A mi modo de ver, Viladrich espera demasiado del Derecho. El Derecho no nos dice lo que *son* las cosas, sino cuando éstas son justas o injustas. Ciertamente, para saber lo que a una realidad le resulta debido, hay que conocer tal realidad.

Pero no con la profundidad ni el enfoque de la Filosofía o de la Teología. Pienso que se puede ser un aceptable matrimonialista sin un profundo conocimiento de ese *ordo coniugalis amoris* del que nos habla — tan sugerentemente — Viladrich. De manera análoga la que, pongamos por caso, la autoridad administrativa diocesana puede discernir sobre la validez de un bautismo sin la necesidad de conocer con toda profundidad — que puede ser mucha — la Teología de la Gracia y la Teología sacramentaria.

Evidentemente, cuanto más conocimientos posea el jurista — sobre todo si son los de las ciencias auxiliares o afines —, tanto mejor. Pero no se pueden, a mi juicio, atribuir los males que aquejan al matrimonio a lo que sería una un tanto ramplona visión contractualista de la alianza conyugal. Quizá con un supuesto análogo se entenderá mejor lo que quiero expresar. Nunca se ha tenido una visión más clara, y unos instrumentos jurídicos-conceptuales, ni tantas normas tendentes a la salvaguardia de los derechos humanos como en el pasado siglo XX. Y quizá nunca se ha ofendido tanto la dignidad humana — y quebrantado los derechos que de ella se derivan — como en el siglo pasado. Esa falta de compás entre la realidad y el derecho (entendido éste como ciencia) se debe a que su fin es bien modesto: decir lo que es justo y lo que no lo es. Cosa distinta es que muy reputados cultivadores de

la ciencia jurídica, hagan valiosas aportaciones en otros campos del saber. Me parece que estamos ante ese caso.

El propio editor del volumen, el profesor aragonés Miguel Ángel Ortiz es, asimismo, autor de una interesante — y, en mi opinión, muy lograda desde el punto de vista técnico-jurídico — aportación titulada, expresivamente, *La forma canónica quale garanzia della verità del matrimonio* (pp. 137-156). Se trata de una relación extensa (en la que, además, se van apuntando aspectos en los que cabría realizar ulteriores profundizaciones) sobre un tema — el de la forma del matrimonio — que viene siendo desde hace ya bastantes años objeto de investigación por parte de Ortiz. A mi modo de ver — y con el riesgo que implica toda simplificación —, el núcleo de su contribución consiste en mostrar, por un lado, la necesidad de resituar funcionalmente la forma jurídica ordinaria del matrimonio que debería abandonar, en muy buena medida, la función cautelar o de control que, muy explicablemente, le asignó Trento, para asumir el cometido de ser instrumento de expresión del consentimiento matrimonial.

Éste, el consentimiento matrimonial, no tendría exclusiva, aunque si ordinariamente, la forma del c. 1108 como cauce por el que discurrir. En esta óptica de subordinar, con mayor intensidad que en la actual legislación codicial, la forma al consentimiento, se inscriben

las interesantes — y estimo que muy sopesadas — propuestas de *lege ferenda* que en el texto de Ortiz se ofrecen. Me referiré a las dos que me parecen de mayor alcance: Primera: la exigencia solamente *ad licitatem* de la forma (de manera que el matrimonio que con defecto de forma, pero con un consentimiento naturalmente suficiente pueda ser válido). Segunda: la reordenación en materia de reválidación, en la cual se asignaría una mayor eficacia a la voluntad matrimonial tácita de los contrayentes.

La última de las ponencias que del *Convegno* se recogen en el volumen es la de Paolo Bianchi, Vicario Judicial del Tribunal regional lombardo y cuya frecuente presencia en reuniones científicas sobre derecho matrimonial testimonia el que se le considere como uno de los más relevantes matrimonialistas en el panorama internacional actual. Bajo el título *La valutazione dell'esistenza di un vero consenso nell'ammisione al matrimonio* (pp. 187-211), va desgranando el « cómo debería ser » del examen — por separado, como se justifica sobradamente — de los futuros esposos.

Tal examen debe ser un diálogo cordial, lo cual dista absolutamente de reducirlo a una mera formalidad, « oppure presentare come necessità "burocratica" l'esame dei fidanzati, pensando che ciò lo renda più accettabile all'interlocutore — o, peggio, che renda più accetto chi lo propone — è banalità, non e

mettere a proprio agio la persona» (p. 195).

Bianchi expone, bastante por menudo, el cómo se hace, qué se debe interrogar y sobre qué aspectos convendrá detenerse. No puedo sintetizar todo el rico contenido de su trabajo, pero creo que se puede decir que seguir esas pautas requerirá una inversión notable de tiempo y de esfuerzo y, como positiva compensación, sus consecuencias, sus frutos — en lo que se me alcanza, y por lo que hace a la ayuda a los propios contrayentes y de servicio al bien común eclesial — serían muchos y muy importantes.

En el *Convegno*, aparte de las ponencias, tuvieron lugar dos mesas redondas que versaron sobre dos temáticas paralelas. La primera, bajo la rúbrica de *È possibile prevenire le nullità matrimoniali per incapacità consensuale?*. La segunda de idéntico tenor, salvo que, en lugar de la incapacidad consensual, se refirió a la *mancaza di un vero consentimiento*. Daré a continuación una breve noticia de las tres intervenciones que se desarrollaron en cada una de tales mesas redondas.

En la primera Mons. Karl Josef Romer, Segretario del Consejo Pontificio para la Familia, realiza sus reflexiones en torno a la cuestión planteada (la de si es posible prevenir las nulidades provenientes de la incapacidad consensual) desde la perspectiva pastoral. Concluye que la garantía de un matrimonio sólido «interpela tutta la pastorale ed il clima spirituale nella Chiesa»

y que es necesaria una «continua e progressiva evangelizzazione» (p. 290).

*Los profili giuridici* de la cuestión objeto de la mesa redonda fueron expuestos por el Profesor Andrea Bettetini, ordinario de Derecho Eclesiástico de la Universidad de Catania, el cual, siguiendo los caminos doctrinales recorridos por su maestro, Gaetano Lo Castro y por Javier Hervada, parte de la falacia que supone el exceso de conceptualismo abstracto en el derecho, y más en el Derecho matrimonial. Luego pasa revista a los *puncta dolentia* del c. 1.095, tales como son el carácter normal, ordinario o comun de la capacidad y (por el contrario, lo excepcional de la incapacidad); la relación (de no predeterminación) entre informe pericial y sentencia judicial y la llamada incapacidad relativa. En su brillante exposición, Andrea Bettetini, aparte de evidenciar una sólida formación jurídica, recurre, siempre que tiene oportunidad a pasajes iluminadores del magisterio de Juan Pablo II.

El psiquiatra Prof. Franco Poterzio, fue el tercero de los intervinientes. No es posible ofrecer una síntesis su interesantísima aportación. Pienso que el siguiente pasaje puede dar cierta idea de su contenido y del enfoque con que trató la materia: «Si ha l'impressione insomma che queste forme sempre più frequenti di immaturità a differenti gradi di patologia condizionino pesantemente le capacità di un valido consenso e di

una consapevole assunzione degli obblighi essenziali dello stato matrimoniale» (p. 322).

Como antes he dicho, el planteamiento de la segunda mesa redonda es idéntico al de la primera, salvo en lo que hace a las causas de nulidad que se trata de prevenir, en este caso se trata no de las derivadas no de una incapacidad consensual, sino de la ausencia de un verdadero consentimiento.

La primera de las intervenciones, que corrió a cargo del Auditor de la Rota Romana Grzegorz Erlebach, se restringió a uno de los capítulos de nulidad, sin duda el más frecuente en la actualidad de entre los que suponen un defecto o un vicio del consentimiento: la simulación. No deja de llamar — muy poderosamente — la atención, que ante la Rota se presenten casos significativos «in cui entrambi o uno dei nubenti, arrivati alla celebrazione religiosa del matrimonio, rifiutano qualsiasi impegno (personale) e il legame (istituzionale) di tipo matrimoniali, per cui si nota un sorprendente avvicinamento alle c. d. libere unioni» (p. 345).

La exposición de la «prospettiva pastorale» le correspondió a Mons. Virgilio La Rosa de la Oficina para los matrimonios del Vicariato de Roma, quien, con un enfoque muy práctico, con detenimiento en los puntos más conflictivos (p. ej. la exclusión de la prole y otros supuestos de simulación) expone alguno de los contenidos del Directorio de la pastoral fami-

liar de la Conferencia Episcopal Italiana de 1993.

El tercero de los intervinientes en la mesa redonda fue el Profesor de la Universidad Pontificia de la Santa Cruz, Arturo Cattaneo que se refirió a *Gli «incontri per fidanzati»: importanza, problemi e spunti di soluzione al fine de prevenire nullità matrimoniali»* (pp. 361-371), tiene también un enfoque eminentemente práctico. Fundamentalmente, consiste en la exposición ordenada de diversas propuestas para que los cursos de preparación al matrimonio cumplan su cometido propio y, en esta medida y como expresa el propio autor, más que informativos sean real y propiamente formativos.

Aparte de las contribuciones a las que me he referido hasta ahora, el volumen contiene dos colaboraciones más que, tanto por su extensión como por la amplitud amplitud del tema sobre el que versan, exceden con mucho lo que comúnmente se entiende por una comunicación, aunque se nos presenten como tales por el editor. Este, no obstante, ha tenido el acierto de no incluirlas — como suele ser usual en las obras que recogen las aportaciones a una reunión científica — al final del libro, sino en la posición sistemática más adecuada si se atiende al objeto que tratan, y que, resulta ser entre las ponencias y las mesas redondas.

La primera de estas llamadas comunicaciones se debe a la pluma del Prof. Jean Pierre Schoupppe y lleva como título *L'ammissione alla celebrazione del matrimonio alla lu-*

ce del c. 1071. *Profili giuridici e pastorali* (pp. 213-255). Para el estudio de este canon 1071, tras unas observaciones de carácter general sobre el precepto en su conjunto, que es presentado como unas justificadas restricciones de un derecho fundamental (obviamente, el *ius connubii*), Schouppe estudia los supuestos que en él se agrupan — sin que constituyan un *númerus clausus* — en función de la finalidad que persiguen.

Dedica una especial atención al segundo número del c. 1071, que tiene su razón de ser en la coordinación de ordenamientos. De tal coordinación toma como paradigmas los ordenamientos francés e italiano. También se detiene especialmente en la prohibición que persigue la protección de la fe del cónyuge, a cuyo fin expone de manera muy clara — lo cual, a mi juicio, dista de ser una tarea sencilla — los conceptos de separación de la Iglesia mediante acto formal y del notorio abandono de la fe.

La Profesora Gas i Aixendri trata en su aportación al volumen de uno de los temas más delicados y difíciles de los que se dan en el Derecho canónico matrimonial: *Ammissione al matrimonio sacramentale e fede dei nubenti* (pp. 257-282). Pienso que la clave con que va resolviendo, con criterio seguro, las dificultosas cuestiones que salen al paso de quien se adentra en esta compleja materia (matrimonio de los que no tienen fe, la recta intención necesaria para casarse, etc) radica en las páginas iniciales, en las

que se centra perfectamente, a mi juicio, la cuestión primordial: el carácter sacramental del matrimonio no es un añadido, un «plus» sobrenatural y adventicio que se adhiere al matrimonio de los bautizados. Todo lo contrario: el sacramento del matrimonio es la propia unión de dos cristianos cuando se unen esponsalmente al modo que se unen los no cristianos cuando siguen el orden de la naturaleza. Y ello porque el matrimonio difiere de los demás sacramentos en que es una realidad que ya existe en el *ordo creationis*, por estar instituido en el plano de la naturaleza desde el principio. «Non è pertanto possibile applicare al matrimonio il cosiddetto *ilemorfismo* sacramentale perché il segno sacramentale è pienamente determinato sul piano naturale e non ha bisogno di una successiva determinazione attraverso specifiche formule sacramentali, attraverso l'intenzione del ministro, ecc. Il sacramento non è un dono di grazia attraverso il segno dell'alleanza coniugale fatto secondo il rito previsto, bensì un dono che giunge al cristiano attraverso la realtà del suo matrimonio» (pp. 262-263).

De aquí las conclusiones se desprenden con segura y relativa facilidad. Señalo dos ejemplos. Con respecto al problema de la intención, Gas expresa que la «*intentio faciendi quod facit Ecclesia*» no implica una *intentio sacramentalis* mas fundamentalmente una *intentio matrimonialis*, fermo restando que l'intenzione matrimoniale implica

volere il matrimonio com'è nel *progetto divino*» (p. 267).

La otra cuestión la plantea directamente la autora en los siguientes términos: «È possibile dichiarare la nullità del matrimonio per mancanza di fede? Per quanto riportato finora, sembra chiaro, che se la fede non è un requisito per contrarre un valido matrimonio sacramentale, la sua mancanza non può diventare *di per sé* una causa di nullità del matrimonio. D'altronde, appare a nostro avviso problematico il tentativo di *tradurre* la mancanza di fede in termini di *intenzione*, poiché si tratterebbe di un passaggio non giustificato dall'ordine intellettuale — la mancanza di fede — a quello volitivo, cioè dell'intenzione. L'assenza — anche radicale — di fede non costituisce *a priori* un ostacolo affinché due battezzati — seguendo la loro *inclinatio naturalis* — possano volere un *vero matrimonio*, che per loro non sarà che sacramentale in virtù del battesimo ricevuto» (p. 274).

El juicio global conclusivo del volumen no puede ser más positivo, pues en él se fundamentan teóricamente las propuestas de carácter práctico que, a lo largo de sus páginas se van desgranando para establecer mecanismos de prevención de algo que no puede dejar de verse — en sí mismo y con abstracción de las circunstancias de los casos individuales — como un mal: la celebración de matrimonios carentes de validez.

José María Vázquez García-Peñuela

Giuseppe RIVETTI, *Non profit. Profili ecclesiasticistici e statuali. Nuove prospettive*, Giuffrè Editore, Milano, 2003, p. XII + 210.

L'evolversi della società negli ultimi decenni ha portato alla proliferazione di interventi di diverso tipo (sportivo, culturale, caritatevole, ambientalistico, ecc.) caratterizzabili tutti per l'assenza della ricerca del profitto economico come causante dell'aggregazione sociale dei soggetti che lo portano a termine. In ambito internazionale si è giunti alla situazione di dover contare sempre di più sulle c.d. ONG (organizzazioni non governative), per ogni tipo di intervento, anche quelli che potrebbero essere pensati come propri ed esclusivi della diplomazia e la politica (pacificazione di aree in lotta, organizzazione di aiuti umanitari, ecc.). In Italia, il legislatore ha approntato norme peculiari per il settore, da quelle che riguardano le cooperative sociali ai testi sul volontariato, dalle fondazioni alle organizzazioni non lucrative di utilità sociale, ecc. In questo contesto sociale non è possibile prescindere dai tratti giuridici che lo conformano, dalle esigenze di giustizia che genera, dalle esigenze della libertà religiosa che il fenomeno mette in gioco. Da qui l'interesse scientifico suscitato dal fenomeno del *non profit* e l'abbondanza di pubblicazioni in proposito, anche dal punto di vista giuridico.

In questa scia di produzione dottrinale viene a inserirsi il vo-

dendo nel frattempo delle energie che avrebbe potuto benissimo mettere al servizio di tutti anziché spenderle per trovare una sistemazione giuridica confacente alla sua natura. Il processo è ancora in corso e sarà complicato dalla presenza nel settore di soggetti organizzati su base imprenditoriale, almeno dal punto di vista lavorativo, con molta maggiore efficacia a costi sociali più bassi e senza finalità di lucro, ma con l'esigenza di adoperare i propri averi con tutta la libertà propria di un'impresa, con la possibilità di investimenti, di capitalizzazioni, ecc. (le c.d. imprese non lucrative di utilità sociale, IN-LUS).

Il libro del Rivetti offre sicuramente una splendida occasione per la riflessione giuridica, e in qualche modo anche politica, sulla realtà del terzo settore nel suo insieme. Le esigenze della libertà religiosa e il rispetto dei tratti religiosi che hanno potuto determinare il sorgere di soggetti di questo tipo non potranno essere trascurate se si vuole adeguare la legislazione in materia ai dettami della Costituzione e delle dichiarazioni internazionali dei diritti umani. E, come si legge nella Prefazione al volume del professor Botta, per quanto riguarda più concretamente gli enti ecclesiastici, il non profit « può rappresentare un importante campo di prova per la scienza ecclesiasticistica » (p. VIII).

*Jesús Miñambres*

José María VÁZQUEZ GARCÍA-PEÑUELA (ed.), *Los concordatos: pasado y futuro. Actas del Simposio internacional de Derecho Concordatario (Almería, 12-14 de noviembre de 2003)*, Ed. Comares, Granada, 2004, p. XVI + 601.

A l'occasion du cinquantième anniversaire du Concordat espagnol de 1953, l'Université d'Almería organise un symposium sur le thème des concordats. Cet ouvrage volumineux en recueille les actes. Une bonne trentaine d'années après deux congrès qui se sont tenus à Saragosse et à Salamanque, où l'on pouvait entendre parler de la crise du système concordataire, il semble que cet instrument juridique aux contours vagues ait non seulement survécu mais jouisse d'une indéniabile vitalité. Comme l'explique le prof. Vázquez García-Peñuela, coordinateur de l'ouvrage, la crise ne portait que sur des dimensions « périphériques ou accidentelles » (par ex. sa dénomination ou un faux apparentement entre concordat et confessionnalité de l'Etat). Même dans une société sécularisée et non confessionnelle, les motifs de coopération entre l'Eglise et l'Etat ne manquent pas. Il est donc logique que des accords soient passés entre ces deux sujets; de même, en raison de l'égalité du traitement des cultes, d'autres groupes religieux peuvent revendiquer la conclusion d'accords avec l'Etat. Toutes ces nouvelles ententes, y compris celle qui sont conclues avec une entité fédérée, ne sont pas

lume del Rivetti, che affronta l'argomento del *non profit* dal punto di vista del Diritto ecclesiastico, in particolare in riferimento alla Chiesa cattolica. In tale prospettiva, il fenomeno sociale del denominato terzo settore acquista, forse, maggiore interesse, in quanto l'assistenzialismo sociale è nato e si è sviluppato spesso in sede ecclesiastica già dal medioevo: si pensi ai primi ospedali, ai lazzaretti, a tante istituzioni educative per i meno abbienti o gli emarginati, ecc. Oggi, mutati i presupposti sociali, l'inserimento degli enti ecclesiastici fra quelli che offrono servizi sociali senza cercare il lucro desta molti interrogativi e non poche perplessità.

L'opera in esame ne coglie alcuni e li esamina. Parte appunto dall'avvicinamento fra enti ecclesiastici ed enti non profit cui abbiamo appena fatto riferimento (I parte) e segue con lo studio particolareggiato dei soggetti «erogatori» dei servizi, soprattutto quelli di tipo associativo (con un breve riferimento anche alle fondazioni e ai c.d. *trust*) in prospettiva di una comparazione fra ordinamenti (II parte). Questo riferimento ai soggetti avviene attraverso la caratterizzazione canonica degli stessi e il confronto tra le loro caratteristiche e la figura degli «enti ecclesiastici» nell'ordinamento statale.

Nel volume si trovano frequenti riferimenti alle peculiarità «fiscali» degli enti *non profit* (in particolare, delle ONLUS — organizzazioni

non lucrative di utilità sociale) che letti con mentalità pratica diventano i tratti principali delle diverse figure giuridiche (ONLUS, enti di volontariato, cooperative, ecc.) e rendono comprensibile il loro proliferare. Ciò, se da una parte rallegra, per l'istituzionalizzarsi della solidarietà nella società civile, dall'altra presenta i noti pericoli di un uso distorto dei soggetti agevolati, per fini diversi dalla solidarietà sociale, perfino con finalità criminose. La difficoltà di classificazione e di inquadramento delle figure legali del «terzo settore», il loro sovrapporsi ed intrecciarsi in diversi modi, rendono la loro configurazione giuridica ancora meno chiara (si pensi agli enti ecclesiastici, per natura non commerciali, che svolgono un'attività anche come associazione di volontariato ed un'altra attività come ONLUS...; la loro presenza come soggetti giuridici nell'ordinamento non sembra essere del tutto trasparente, e non perché vi sia cattiva volontà da parte di alcuno, o perché si cerchino finalità socialmente devianti, ma soltanto perché la legge è complicata).

La mancanza di chiarezza nelle descrizioni legali è accentuata dalla ricerca del regime fiscale più vantaggioso da parte delle singole associazioni o enti; inoltre, la consapevolezza di tale ricerca e del pericolo di eventuali settori devianti che ne approfittino rende il legislatore ancora più guardingo e timoroso. Alla fine, è la stessa realtà sociale che finisce per imporsi, ma per-

étrangères à une conception *new look* des concordats. Ceux-ci ne sont plus considérés comme devant nécessairement régir l'ensemble des matières à régler entre deux ordres juridiques ni comme la manifestation d'une situation privilégiée qui serait l'apanage de l'Église catholique. Depuis les années soixante-dix, le nombre et la variété des accords conclus sous le pontificat de Jean-Paul II, quelle que soit leur dénomination, ont dissipé les objections et les craintes théoriques.

Tous les aspects relatifs à la matière concordataire sont abordés dans ce riche volume, qui comporte non moins de 13 conférences et 27 communications. Parmi les participants, Espagnols et Italiens, figurent les plus grands experts en la matière. L'éditeur a suivi l'ordre du symposium en ce qui concerne les conférences mais, renonçant à classer les communications, a privilégié pour celles-ci l'ordre alphabétique des auteurs. Devant l'impossibilité de présenter ici une telle quantité d'études, je les mentionnerai en prenant la liberté de regrouper les conférences et les communications et de les classer en six thèmes principaux.

1. Le premier sujet, celui de la *théorie des concordats*, est traité tant du point de vue du droit canonique (J.T. Martín de Agar) que du droit ecclésiastique (R. Maceratini). Ces deux auteurs aboutissent à une conclusion optimiste quant à l'avenir des concordats. Le premier fait remarquer que dans le rapport asymétrique qui la relie à l'État, c'est

surtout l'Église qui gagne à se voir reconnaître son autonomie et à s'assurer une certaine coopération de la part des pouvoirs publics. Quant au prof. de Trente, au terme d'une analyse de la doctrine ecclésiastique de ces trois dernières décennies, il montre l'évolution positive à l'égard de l'instrument concordataire perçu comme compatible avec les enseignements de Vatican II ainsi que les nouvelles tendances, notamment la possibilité du « concordat-cadre » prévoyant une ultérieure concrétisation négociée de certaines questions entre les deux parties. Le prof. A. Bettetini propose quelques réflexions intéressantes concernant la nature juridique des concordats, qu'il propose de reconsidérer à la lumière des principes de solidarité et de subsidiarité. L'on notera également sur ce sujet, dans le contexte de la doctrine espagnole, la communication du prof. S. Cañamares Arribas. Quant à M. López Alarcón, il aborde le thème « Liberté religieuse et Concordat ».

2. Un deuxième thème — logiquement le plus abondant —, est celui des *concordats en Espagne*. Plusieurs conférences abordent cette question dans une perspective *historique*. D'abord, les concordats espagnols de 1753 et de 1851 (F. Edoardo Adami), celui de 1953 resitué dans l'histoire contemporaine espagnole (J. Andrés-Gallego), l'application du concordat de 1953 (C. de Diego-Lora), la période de transition politique (I. C. Ibán). L'ancien ministre des affaires

étrangères, M. Oreja Aguirre, traite de la négociation des accords en vigueur entre l'Espagne et le Saint-Siège. Abordent également l'un ou l'autre aspect historique les communications de M.I. Cobo, A. García Gárate, M. Blanco-B. Castillo, M. González, G.M. Botella, M.L. Rojo Álvarez-Manzaneda. Puis, dans le registre du *droit en vigueur*, J. Mantecón Sancho présente les accords concordataires et les entités de l'Eglise catholique en Espagne et l'évêque d'Almería, Mgr A. González Montes, développe les principes qui doivent présider à des relations harmonieuses entre l'Eglise catholique et un Etat laïc. Relevons aussi plusieurs communications: sur l'enseignement de la religion (I.M. Briones Martínez, A. Cobacho López, M.J. Roca et R.M. Satorras Fioretti), sur l'unité systématique des accords existants (J. Fornés), sur le principe de coopération (M. del Mar Leal Adorna-M. Reyes León Bénitez), sur l'inscription des entités religieuses dans leur registre spécial (A. López-Sidro López), sur les principes de coopération et d'égalité (J. Martínez Torrón), sur l'intégration des concordats dans la nouvelle législation de l'Etat (M. Rodríguez Blanco). Enfin, A. Seglers traite des clauses internationales statutaires et des accords de coopération avec le Saint-Siège.

3. Un troisième volet se compose de communications sur les *concordats non espagnols*: les accords entre Malte et le Saint-Siège (E. Broto Alonso) ainsi que, dans le

contexte historique péruvien, les négociateurs précédents dans la bulle *Praeclara inter beneficia* (J.L. Llaquet de Entrambasaguas).

4. Le *droit comparé* est également à l'honneur: d'abord, dans la conférence de R. Palomino sur les pays de tradition non concordataire; ensuite, dans deux communications: la relevance civile du droit matrimonial canonique en droit concordataire comparé (M.A. Cañivano) et les principes concordataires au début du XXI<sup>e</sup> siècle (F. Pérez-Madrid).

5. Le thème des *légats pontificaux* a fait l'objet d'une suggestive vidéoconférence de Mgr Justo Mullor, président de l'Académie pontificale ecclésiastique de Rome, ainsi que de la communication de F. Saverio Dalba sur le can. 363 du CIC 83.

6. Enfin, les rapports à construire entre l'Eglise (et les autres groupes religieux) et l'*Union Européenne* font également l'objet de plusieurs études intéressantes. Parmi les conférences, notons les réflexions de R. Navarro Valls sur la Constitution européenne et le christianisme, ainsi que, parmi les communications, la question du préambule audit traité constitutionnel (M.D. Gutiérrez), le projet « une âme pour l'Europe » (R. García García) et les possibilités de coopération des groupes religieux dans l'Union européenne (M.J. Gutiérrez del Moral et E. Relaño Pastor). La polémique concernant la référence aux racines chrétiennes de l'Europe et, par ail-

leurs, les acquis non négligeables de l'art. I-52 du Traité constitutionnel, même s'il est encore soumis aux aléas d'un long processus de ratification parsemé d'embûches, montre que le champ du droit concordataire est appelé à dépasser le cadre des Etats-nations et à s'ouvrir au domaine européen. Toutefois, dans l'immédiat, il s'agit surtout d'y garantir à l'échelle de l'Union les statuts dont les Eglises et groupes reli-

gieux jouissent déjà dans chaque Etat-membre, en conformité avec le principe de subsidiarité.

Nul doute que ce volume, dont la présentation a été très soignée, constituera un ouvrage de référence internationale pour les canonistes et ecclésiasticistes qui s'intéressent au droit concordataire et à son renouveau.

*Jean-Pierre Schouppe*

Pagina bianca

# *Documenti*

**Pagina bianca**

ATTI DELLA SANTA SEDE

PONTIFICIO CONSIGLIO PER I TESTI LEGISLATIVI, *Nota explicativa sul can. 1681 CIC*, 2 marzo 2005, in *Communicationes* 37 (2005), pp. 107-112.

*Risposta a tre questioni circa l'interpretazione della clausola  
«de consensu partium» del can. 1681 CIC*

- I. *An pro suspensione instructoriae processus nullitatis consensus utriusque partis sit ad validitatem requisitus;*
- II. *Et, quatenus affirmative, an praemissa notificatione alterutri parti, eius «silentium» interpretare possit uti assensus;*
- III. *Quinam sit modus procedendi, si pars conventa in processu nullitatis absens a iudicio declarata sit.*

1. Innanzitutto si deve osservare che nel periodo della vigenza del Codice Piano-Benedettino la giurisprudenza rotale non aveva trattato il problema della *suspensione* del processo di nullità del matrimonio in vista del processo per la dispensa *super rato*.

Infatti, il can. 1963, § 2 di detto Codice e le norme posteriori (artt. 3 e 4 delle *Regulae servandae* del 7 maggio 1923; art. 206 dell'Istruzione *Provida Mater*; n. I, e, dell'Istruzione *Dispensationis matrimonii* del 7 marzo 1972) non richiedevano la sospensione formale del processo di nullità per il passaggio al processo sull'inconsumazione. In confronto con il citato disposto del Codice, le norme successive (art. 3, § 1 e art. 4 delle *Regulae servandae*; art. 206, §§ 1-2 dell'Istruzione *Provida Mater*) stabilivano che per il passaggio al processo *super rato* e la trasmissione degli atti alla Congregazione per la Disciplina dei Sacramenti fosse necessaria la petizione (art. 206, § 1 dell'Istruzione *Provida Mater*) o il libello (art. 206, § 2) di uno o di ambedue i coniugi per la dispensa dal matrimonio rato e non consumato.

Rimaneva però il *dubium* se il processo giudiziale dovesse terminare regolarmente con la sentenza o se la parte attrice, diventata anche l'*oratrix*, dovesse rinunciare all'istanza giudiziale per il passaggio al processo *de rato*<sup>(1)</sup>. Nello stesso tempo si riteneva che il dovere le-

---

(1) Cf. I. GORDON, *De processu super rato*, vol. I, Romae 1974, p. 31.

gale di trasmettere gli atti alla Congregazione per la dispensa pontificia comportava praticamente anche la sospensione del processo matrimoniale di nullità<sup>(2)</sup>. Ovviamente la trasmissione «nullius effectus erat» senza la petizione della dispensa almeno da parte di uno dei coniugi.

Nella prassi, quindi, dopo la sospensione di fatto del processo matrimoniale di nullità il Tribunale stesso chiedeva alle parti di presentare la petizione per la dispensa, completava l'istruzione sull'inconsumazione, preparava il voto collegiale e trasmetteva gli atti alla Congregazione per la Disciplina dei Sacramenti.

Presso la Rota Romana, però, sia in passato che attualmente il processo per la dispensa *super rato*, in forza delle facoltà speciali, non viene mai separato dal processo di nullità del matrimonio, ma si svolge insieme, sebbene subordinatamente<sup>(3)</sup>. In questo modo, il Turno giudicante con la sentenza definitiva può dichiarare che non consti della nullità del matrimonio, ma che consti dell'inconsumazione e si dà il consiglio al Santo Padre per la concessione della dispensa. Per questa ragione, nella prassi e nella giurisprudenza rotale non si pone dunque il problema della sospensione del processo matrimoniale di nullità quando nel suo percorso emerge la questione dell'inconsumazione del matrimonio.

È molto significativo che la dottrina processuale, commentando il testo del can. 1681 del Codice vigente, ripeta, di solito, le parole sulla necessità del consenso delle parti per la *sospensione* del processo matrimoniale di nullità, ma non ne prospetti la sanzione di nullità nel caso del mancato consenso di una di esse. Al massimo qualche Autore considera il *consensus partium* come la condizione *sine qua non* per il passaggio dal processo giudiziale di nullità matrimoniale a quello amministrativo per la dispensa pontificia.

Tuttavia, si deve precisare che il *decreto* di sospensione del processo giudiziale, menzionato dal n. 7 delle *Litterae Circulares* del 20 dicembre 1986, e dall'art. 153, § 1 della recentissima Istruzione *Dignitas connubii* del 25 gennaio 2005, non produce l'effetto estintivo del processo di nullità matrimoniale, come sostiene qualche Autore, ma quello sospensivo (cf. can. 1518). L'effetto estintivo potrebbe verificarsi soltanto nel caso in cui, dopo la concessione o la negazione della dispensa pontificia, la causa di nullità del matrimonio non fosse proseguita da una delle parti entro il termine stabilito per la perenzione dell'istanza (cf. cann. 1520-1522; artt. 146-148 dell'Istruzione *Dignitas connubii*).

---

(2) Cf. J. TORRE, *Processus matrimonialis*, Neapoli 1956, p. 358.

(3) Cf. *Rescriptum ex audientia Sanctissimi*, 30 settembre 1995, n. 2.

2. In base al disposto del can. 1681, si può distinguere il *consenso* delle parti, richiesto per la sospensione del processo matrimoniale di nullità, dalla *petizione* (domanda) della dispensa da parte di uno o di entrambi i coniugi, parimenti indispensabile, come lo era nella disciplina precedente, per il passaggio dal processo giudiziale di nullità al processo amministrativo *super rato*<sup>(4)</sup>.

Infatti, la sospensione del processo matrimoniale di nullità richiede il consenso di ambedue le parti in causa, mentre il passaggio dal processo giudiziale di nullità al processo *super rato* richiede la petizione della dispensa pontificia almeno di uno dei coniugi, e quindi non necessariamente la domanda di entrambi.

2.1. Ciò premesso, non sembra che il consenso delle parti per la sospensione del processo matrimoniale di nullità sia richiesto dal can. 1681 (e dall'art. 153, § 1 dell'Istruzione *Dignitas connubii*) per la validità (*ad validitatem*) della stessa sospensione.

Invero, il disposto del can. 127, § 2, n. 1, secondo cui «*si consensus exigatur, invalidus est actus Superioris consensum earum personarum non exquirentis aut contra earum vel alicuius votum agentis*», riguarda la modalità della partecipazione agli atti del governo da parte dei singoli e pertanto non dovrebbe applicarsi necessariamente agli *actus processuales*, in quanto «*nullitas actuum processualium afficit ius processuale, et in processu propriam habet sedem*»<sup>(5)</sup>.

Anzi, durante la vigenza del Codice Piano-Benedettino l'opinione «*solide probabilis*», a causa delle «*gravissima consecraria practica*» nel caso dell'ammissione dell'opinione contraria, sosteneva che «*invaliditas actus*» per la mancata richiesta del *consensus* (consenso) o del *consilium* (parere) delle singole persone (cf. can. 105, n. 1) fosse da valutare come «*vere dubia dubio iuris, ideoque in praxi nulla*»<sup>(6)</sup>.

Pertanto, si può ritenere che, in conformità con il disposto del can. 10, il consenso delle parti, richiesto dal can. 1681 per la sospensione della causa di nullità, ma senza una sanzione di nullità stabilita espressamente (*expresse statuta*), non può essere considerato come esigito *ad validitatem actus*. Quindi, se fosse stato richiesto il consenso per la validità della sospensione del giudizio di nullità, il suddetto canone l'avrebbe dovuto sancire espressamente (can. 10), come fa, ad esempio, il can. 1465, § 2, quando esige il consenso delle parti *ad validitatem* per la riduzione dei termini giudiziali e convenzionali: «*Ter-*

(4) La formulazione dell'art. 153 dell'Istruzione *Dignitas connubii* accosta il consenso delle parti alla petizione (richiesta) di dispensa di uno dei coniugi, o di entrambi.

(5) F. ROBERTI, *De processibus*, vol. I, In Civitate Vaticana 1956, p. 619; cf. c. STANKIEWICZ, decr. 17 giugno 2004, Int. Salernitani-Lucani, n. 6.

(6) G. MICHELS, *Principia generalia de personis in Ecclesia*, Parisiis-Tornaci-Romae 1955, p. 521.

mini autem iudicialcs et conventionales, ante eorum lapsum, poterunt (...) prorogari, numquam autem, nisi partibus consentientibus, valide coarctari».

2.2. Anche se il consenso delle parti per la sospensione della causa di nullità (can. 1681; art. 153, § 1 dell'Istruzione *Dignitas conubii*) fosse necessario *ad validitatem actus*, indirettamente, cioè in forza del can. 127, § 2, n. 1, tale consenso, però, secondo la suddetta norma, può essere inteso nell'accezione del consenso richiesto alle parti in causa (*requisito partium consensu*), e nell'accezione del consenso ottenuto da esse (*obtentio partium consensu*).

E proprio la realizzazione giudiziale della prima accezione del consenso, richiesto dal can. 1681, si addice alla posizione processuale della non comparizione o assenza di una delle parti dal giudizio contenzioso ordinario (cann. 1592-1595) dal processo matrimoniale di nullità (artt. 138-142 dell'Istruzione *Dignitas conubii*), e anche dal processo *super rato* (n. 10 delle *Litterae circulares*). Infatti alla parte dichiarata assente nel processo matrimoniale di nullità si può chiedere il consenso per la sospensione della causa di nullità, sebbene raramente lo si possa ottenere da essa, trattandosi in realtà della sua contumacia. Il suo silenzio, però, può essere interpretato come non impugnazione (cf. can. 1524, § 3) della sospensione, ossia come tacito consenso, secondo la regola giuridica: *Qui tacet, consentire videtur (ubi loqui potuit et debuit)*.

Questa conclusione non può essere messa in dubbio a causa delle divergenze dottrinali circa l'interpretazione della volontà di chi *tacet*. Si deve tener presente che anche il Codice vigente attribuisce efficacia giuridica al silenzio della persona legittimamente interpellata. Così, ad esempio, quando l'attore non obbedisce alla nuova citazione in giudizio si presume la sua rinuncia all'istanza della lite (can. 1594, n. 2). E anche nel caso in cui l'Ordinario del luogo deve interpellare la parte non battezzata, questa deve essere ammonita che, trascorso inutilmente l'intervallo di tempo concesso per rispondere, il suo silenzio verrà ritenuto come una risposta negativa (can. 1145, § 1)<sup>(7)</sup>.

Alla luce di queste considerazioni si può concludere che il silenzio di una delle parti all'intimazione della proposta del giudice di sospendere il processo matrimoniale di nullità in vista del procedimento *super rato*, può essere legittimamente interpretato come il suo tacito consenso a tale sospensione. Anzi, con la proposta della sospensione

(7) Cf. anche can. 57, § 2: «Hoc termino exacto, si decretum nondum datum fuerit, responsum praesumitur negativum». Riguardo al *consensus praesumptus*: cf. can. 764: «de consensu saltem praesumpto rectoris...»; can. 1003, § 2: «de consensu saltem praesumpto sacerdotis».

della causa di nullità si può ammonire la parte assente delle conseguenze giuridiche del suo eventuale rifiuto (art. 153, § 4 dell'Istruzione *Dignitas connubii*).

3. Il *modus procedendi* nel caso in cui la parte convenuta è stata dichiarata *absens a iudicio* nella causa matrimoniale di nullità (can. 1592, § 1; art. 138, § 1 dell'Istruzione *Dignitas connubii*) può essere il seguente:

3.1. La parte convenuta, dichiarata assente dal giudizio nella causa di nullità del matrimonio, deve essere invitata (citata) a manifestare il suo consenso, per iscritto, entro i termini stabiliti, alla proposta di sospensione del processo giudiziale, e la sua posizione nei confronti del dubbio emerso in istruttoria circa l'inconsumazione del matrimonio e della possibilità di chiedere la dispensa *super rato*. In mancanza della risposta, tale invito dovrebbe essere ripetuto (cf. can. 1592, § 2; art. 138, § 3 dell'Istruzione *Dignitas connubii*).

Questo modo di procedere non è «superfluo» e «inutile». Anche nel processo giudiziale alla parte convenuta, dichiarata *absens a iudicio*, devono essere notificate sia la formula del dubbio sia la sentenza definitiva (cf. art. 60, § 3 delle *Normae Rotae Romanae*; art. 134, § 3 dell'Istruzione *Dignitas connubii*).

3.2. Qualora la parte convenuta non rispondesse, il giudice, valutando il silenzio della parte convenuta come tacito assenso alla sospensione del processo e alla richiesta della dispensa, con decreto sospende il processo matrimoniale di nullità (can. 1681; n. 7 delle *Litterae circulares*; art. 153, § 1 dell'Istruzione *Dignitas connubii*), dispone il *transitus* al processo *super rato* e dichiara la parte convenuta assente anche in questo procedimento (n. 10 delle *Litterae circulares*).

La prassi rotale, difatti, presenta non pochi casi, specialmente durante la vigenza del Codice Piano-Benedettino, in cui il processo *super rato*, condotto in modo subordinato al processo matrimoniale di nullità, procedeva regolarmente fino alla sentenza definitiva anche in assenza (contumacia) della parte convenuta<sup>(8)</sup>, e ciò, anche quando la parte convenuta era stata citata *per edictum*<sup>(9)</sup>.

4. La risposta ai quesiti posti è, dunque, la seguente:

ad I: Consensus utriusque partis, quamvis necessarius sit pro suspensione processus de matrimonii nullitate, ad validitatem actus tamen non requiritur;

ad II: Silentium alterutrius partis aestimari potest uti assensus;

(8) Cf. c. ANNÉ, dec. 28 ottobre 1961, *RRDec.*, vol. LIII, p. 462, n. 8; c. BEJAN, dec. 10 novembre 1971, *RRDec.*, vol. LXIII, p. 858, n. 7.

(9) Cf. c. SABATTANI, dec. 21 luglio 1960, *RRDec.*, vol. LII, p. 407, n. 2; c. MATIOLI, dec. 7 dicembre 1961, *RRDec.*, vol. LIII, p. 582, n. 1.

ad III: A parte conventa, quae in processu de matrimonii nullitate absens a iudicio declarata est, assensus pro suspensione processus et pro imploranda dispensatione super rato semper exquiri debet.

Città del Vaticano, 2 marzo 2005

*Julián Card. Herranz  
Praeses*

† *Bruno Bertagna  
a Secretis*

## LEGISLAZIONE PARTICOLARE

ITALIA, CONFERENZA EPISCOPALE ITALIANA - PRESIDENZA, **Indicazioni su «I matrimoni tra cattolici e musulmani in Italia»**, 29 aprile 2005, in *Notiziario della Conferenza Episcopale Italiana*, 2005, pp. 139-165 (\*).

Le *Indicazioni*, di seguito pubblicate, sono state elaborate e approvate dalla Presidenza della CEI. Esse costituiscono il punto di arrivo di una ampia riflessione effettuata dal Consiglio Episcopale Permanente, sulla base di apporti qualificati di teologi pastoralisti, di canonisti e di esperti in ecumenismo e in diritto islamico. Esse tengono anche conto dei contributi emersi nella consultazione delle Conferenze Episcopali Regionali.

Il documento intende proporre agli Ordinari diocesani talune indicazioni generali, finalizzate all'assunzione di una linea concorde nella soluzione dei singoli casi che si presentano a livello diocesano.

### *Presentazione del Card. Ruini.*

Negli ultimi anni in Italia ha assunto una certa rilevanza la richiesta di celebrare nella forma religiosa il matrimonio fra una parte cattolica e una musulmana. Il fenomeno, determinato tra l'altro dalla tendenza di immigrati musulmani a trasferirsi nel nostro Paese e dal più generale aumento dei matrimoni interreligiosi, esige una specifica attenzione da parte della comunità cristiana e dei suoi pastori, anche al fine di individuare un indirizzo omogeneo nella verifica dei casi e nell'eventuale concessione della dispensa dall'impedimento dirimente di *disparitas cultus*, che invalida il matrimonio fra una parte cattolica e una non battezzata.

Le implicanze esistenziali ed ecclesiali di questa problematica suggeriscono prudenza e fermezza e richiedono una riaffermata consapevolezza dell'identità cristiana e della visione cattolica sul matrimonio e la famiglia, anche in ragione delle conseguenze che ne derivano sul piano religioso, culturale, sociale e del dialogo interreligioso.

---

(\*) Vedi nota di Alberto Perlasca alla fine del documento.

In tale contesto il Consiglio Episcopale Permanente, dopo una ponderata riflessione su taluni materiali predisposti dalla Commissione Episcopale per l'ecumenismo e il dialogo, ha chiesto alla Presidenza di elaborare alcune linee pastorali da offrire agli Ordinari diocesani, al fine di motivare, orientare e favorire indirizzi comuni e prassi omogenee in materia di matrimoni tra cattolici e musulmani nelle Chiese particolari che sono in Italia.

Le *Indicazioni* che seguono, redatte con l'apporto interdisciplinare di esperti, illustrano in modo schematico i contenuti essenziali di questo nodo pastorale, con specifica attenzione alla preparazione e alla celebrazione del matrimonio e all'accompagnamento della coppia sposata; offrono altresì alcune appendici documentarie e la necessaria modulistica.

Il Consiglio Episcopale Permanente, valutato positivamente il testo delle *Indicazioni*, ha incaricato la Presidenza della CEI di renderle pubbliche, intendendo con ciò dare attuazione a quanto previsto dall'art. 23, lett. b) dello statuto della CEI. Infatti il Consiglio Permanente ritiene che la celebrazione del matrimonio tra una parte cattolica e una musulmana rappresenti attualmente un «problema di speciale rilievo per la Chiesa [...] in Italia», meritevole di «un'autorevole considerazione e valutazione anche per favorire l'azione concorde dei Vescovi».

Nel presentare le *Indicazioni* alle Chiese che sono in Italia, auspico che questo strumento pastorale guidi la riflessione sulla problematica dei matrimoni tra cattolici e musulmani e favorisca una prassi condivisa tra parroci, sacerdoti e operatori pastorali.

Roma, 29 aprile 2005

Festa di Santa Caterina da Siena, Patrona d'Italia

*Camillo Card. Ruini*  
*Presidente della Conferenza Episcopale Italiana*

*Il contesto pastorale.*

1. Le coppie miste di cattolici e musulmani che intendono oggi formare una famiglia, alle difficoltà che incontra una qualsiasi altra coppia, devono aggiungere quelle connesse con le profonde diversità culturali e religiose. *Far acquisire consapevolezza riguardo a queste difficoltà è un primo, fondamentale servizio da rendere a chi chiede un tale matrimonio.*

2. Se infatti circa il matrimonio non mancano punti di convergenza tra islâm e cristianesimo, numerose e significative sono le differenze. Ciò impone un attento discernimento da attuare con e tra i nubendi: esso tocca non soltanto l'ambito della fede, ma investe anche

aspetti molto pratici. L'esperienza mostra come sia rilevante, per esempio, la scelta del luogo di residenza della futura coppia e la fondata previsione di restarvi nel futuro: lo stabilirsi in Italia, o comunque in Occidente, offre al vincolo matrimoniale (e alla parte cattolica in particolare) maggiori garanzie, che invece nella maggior parte dei casi vengono meno quando la coppia si trasferisce in un Paese islamico. Tali elementi pratici dovranno essere tenuti accuratamente presenti in ordine alla concessione alla parte cattolica della dispensa dall'impedimento dirimente di *disparitas cultus* (can. 1086) <sup>(1)</sup>.

3. In breve, l'esperienza maturata negli anni recenti induce in linea generale a *sconsigliare o comunque a non incoraggiare questi matrimoni* <sup>(2)</sup>, secondo una linea di pensiero significativamente condivisa anche dai musulmani. La fragilità intrinseca di tali unioni, i delicati problemi concernenti l'esercizio adulto e responsabile della propria fede cattolica da parte del coniuge battezzato e l'educazione religiosa dei figli, nonché la diversa concezione dell'istituto matrimoniale, dei diritti e doveri reciproci dei coniugi, della patria potestà e degli aspetti patrimoniali ed ereditari, la differente visione del ruolo della donna, le interferenze dell'ambiente familiare d'origine, costituiscono elementi che non possono essere sottovalutati né tanto meno ignorati, dal momento che potrebbero suscitare gravi crisi nella coppia, sino a condurla a fratture irreparabili.

4. Attesa la complessità dei fattori in questione, i matrimoni tra cattolici e musulmani devono essere comunque considerati unioni potenzialmente problematiche: pertanto è necessario adottare verso le persone coinvolte un atteggiamento molto chiaro e prudente, ancorché comprensivo. Anche se talvolta è dato di incontrare coppie cristianomusulmane di profondo spessore umano e spirituale, capaci di amalgamare specificità e differenze senza abdicare alla propria identità, non accade così nellamaggioranza dei casi, non solo per i rilevanti condizionamenti sociali e culturali, ma soprattutto a causa di un'antropologia culturale e religiosa profondamente diversa che le persone, talora inconsapevolmente, portano in sé.

5. Proprio da ciò deriva *l'esigenza che si prospettino per tempo alle parti i problemi che quasi inevitabilmente si presenteranno*, verificando così non solo la loro generica buona volontà, ma anche la disponibilità e la reale attitudine ad affrontarli di comune accordo.

---

<sup>(1)</sup> Cfr. *Appendice I*: «Natura dell'impedimento di *disparitas cultus*».

<sup>(2)</sup> «Per quanto riguarda il matrimonio fra cattolici e migranti non cristiani lo si dovrà sconsigliare, pur con variata intensità, secondo la religione di ciascuno, con eccezione di casi speciali, secondo le norme del CIC e del CCEO» (PONTIFICIO CONSIGLIO DELLA PASTORALE PER I MIGRANTI E GLI ITINERANTI, istruzione *Erga migrantes*, 3 maggio 2004, n. 63).

*La visione cristiana del matrimonio.*

6. Nella prospettiva cristiana il matrimonio è anzitutto un'istituzione voluta dal Creatore e governata dalla sua legge. Come tale appartiene all'ordine della creazione, perché rispecchia la volontà divina e risponde alla natura della persona umana il fatto che tra un uomo e una donna si instauri un rapporto stabile di profonda comunione e di amore esclusivo.

7. Il matrimonio, quindi, è un'istituzione sacra, voluta da Dio sin dall'inizio della creazione. Esso pertanto gode di dignità naturale ancor prima di essere illuminato dalla rivelazione e di essere accolto nella fede: l'uomo e la donna sono chiamati a unire le loro vite in un amore totale, attraverso un'alleanza che li rende «una sola carne» (Gn 2,24). Tale unione, frutto del loro amore, li costituisce in una relazione che è «a immagine di Dio» (Gn 1,27).

8. Il modo del tutto speciale con il quale Dio affida all'uomo e alla donna, marito e moglie, la continuazione — come suoi collaboratori — dell'esistenza umana, e li chiama a perseguire, attraverso l'amore reciproco, la complementarità e la perfezione e a edificare insieme la famiglia, è narrato nell'Antico Testamento ed è ribadito da Gesù (cfr. Mt 19,4-5).

9. Nei primi due capitoli della Genesi, in modo mirabile il matrimonio è collegato con la volontà creatrice di Dio e inserito nel suo progetto creatore. I testi mettono in evidenza non solo la creazione sessuata degli esseri umani, ma anche l'unità e la reciproca complementarità dell'uomo e della donna. Questo fine del legame matrimoniale è espresso dalle parole di Adamo che, vedendo la donna, esclama: «Questa volta essa è carne dalla mia carne e osso dalle mie ossa» (Gn 2,23). La profonda verità contenuta nell'esclamazione gioiosa di Adamo viene ripresa dai Profeti, che esaltano il matrimonio allorché, con linguaggio simbolico, definiscono l'alleanza tra Dio e il popolo di Israele proprio attraverso l'esperienza nuziale (cfr. Os 2,19; Is 54,4 ss.; Ez 16,7 ss.).

10. Il mistero cristiano, manifestato dal matrimonio-sacramento affidato al ministero della Chiesa, si innesta sul piano della creazione: nel battezzato, la realtà creaturale viene elevata dallo specifico dono della grazia sacramentale. Tuttavia, il matrimonio naturale — preso in considerazione nel caso di unioni in cui uno o entrambi i contraenti non hanno ricevuto il battesimo — *mantiene comunque intatti i valori insiti nell'atto del consenso*, che impegna tutta la vita dei nubendi in un amore indissolubile, in una fedeltà incondizionata e nella disponibilità alla prole.

11. Anche se il matrimonio tra una parte cattolica e una parte musulmana non ha dignità sacramentale, esso nondimeno può realizzare i valori propri del matrimonio naturale e costituire per i coniugi una preziosa opportunità di crescita. Questa è la *ratio* che legittima la

concessione della dispensa, quando l'Ordinario abbia escluso positivamente la sussistenza di un pericolo prossimo e insormontabile che minacci nella parte cattolica i valori soprannaturali, quali la fede, la vita di grazia, la fedeltà alle esigenze della propria coscienza rettamente formata, e sia certo che la parte musulmana non rifiuti i fini e le proprietà essenziali del matrimonio e non sia legata da un vincolo matrimoniale valido.

12. Il riconoscimento del diritto naturale di ogni uomo a contrarre matrimonio — diritto che il legislatore ecclesiastico tutela anche tra persone non partecipi della stessa fede religiosa — non equivale infatti alla concessione della dispensa come presa d'atto *a posteriori* di una decisione ormai maturata dalla coppia, per «regolarizzarne la posizione, ma deve accompagnarsi al ricorso a mezzi di carattere spiccatamente pastorale, tendenti a far comprendere alla parte battezzata quali sono i valori profondi, umani e soprannaturali, che la sua scelta deve considerare e difendere.

13. A tali condizioni, il rito sacro che unisce gli sposi può rappresentare veramente per loro un segno della grazia divina, una sorgente di ispirazione valoriale, un forte appello all'impegno personale. Attraverso le nozze, gli sposi domandano a Dio di essere presente nella loro vita, di avvalorare la promessa di fedeltà reciproca e di aiutarli nella donazione totale, ciascuno secondo la propria consapevolezza e scelta di fede.

#### *Itinerario di verifica e di preparazione.*

*a) Il momento del primo contatto e della conoscenza iniziale della coppia.*

14. Non è prudente che la coppia si presenti al sacerdote nell'imminenza delle nozze o quando tutto è già stato deciso: soprattutto in casi come questo, la preparazione del matrimonio richiede un'attenzione particolare, che non può essere elusa in maniera sbrigativa.

15. Sul piano concreto, è consigliabile assicurare la libertà di ciascuna delle parti rispetto all'altra anche nelle modalità d'incontro. La parte cristiana dovrà essere ascoltata in un primo tempo da sola. Anche alla parte musulmana, se lo desidera, deve essere riconosciuta la possibilità di incontrare separatamente il sacerdote. Va però ricordato che nelle comunità islamiche non si ha un tipo analogo di cura pastorale. Quando, dopo i primi colloqui, si valuta conveniente proseguire il dialogo, i successivi incontri potrebbero avvenire con la presenza di entrambi i membri della coppia.

16. È auspicabile che il sacerdote che incontra la coppia abbia una certa conoscenza dell'islâm, delle sue tradizioni, delle sue pratiche e della concezione islamica del matrimonio, per aiutare a discernere la globalità della situazione. È realistico ritenere che non ogni sacerdote

disponga della preparazione adeguata per una corretta valutazione dei singoli casi: a questo fine si dovrebbe individuare in ogni vicariato o almeno a livello diocesano un sacerdote esperto, possibilmente coadiuvato da un gruppo di laici, in grado di affiancarsi ai parroci nell'opera di discernimento matrimoniale e di accompagnamento.

17. È utile che quanti preparano la coppia al matrimonio possano incontrare la famiglia della parte cristiana. Sebbene auspicabile, è difficile che la parte musulmana accetti di ammettere estranei a discutere del matrimonio con la propria famiglia. Non di rado per i genitori di entrambi i nubendi un tale matrimonio è un'esperienza traumatica. Molte giovani coppie incontrano una forte opposizione da parte dei loro parenti e amici: questo può portare al loro isolamento e potrebbe indurli a passi affrettati.

18. Per la coppia, il confronto con una terza persona è uno specchio talora impietoso, che mette a nudo le parole non pronunciate, i discorsi non affrontati e le possibili illusioni. Nel dialogo personale può emergere il senso delle promesse reciproche e della loro fattibilità, soprattutto se si dovesse decidere in quale luogo risiedere. Il dialogo aperto è anche utile per verificare che il matrimonio non sia sollecitato dalla parte musulmana in vista del raggiungimento di altri scopi, quali l'ottenimento del permesso di lavoro, dell'asilo politico o di vantaggi simili. In questa fase di approccio si potrebbe chiedere ai fidanzati come si sono conosciuti; come e dove si è manifestato il loro amore; che cosa c'è di comune tra loro; che cosa si aspettano dal matrimonio<sup>(3)</sup>. L'approfondimento di questi aspetti personali è assai utile per il sacerdote chiamato ad accompagnarli.

19. Al fine di accrescere nei fidanzati la consapevolezza circa le loro intenzioni, è conveniente rivolgere loro anche altre domande, come qui di seguito esemplificato.

\* *Circa la religione:*

— Come giudicate i vostri progetti di matrimonio dal punto di vista della fede personale e della pratica della vostra religione?

— Cosa sapete della religione dell'altro? Provate a condividere le vostre idee sull'islâm e sul cristianesimo.

---

(3) «In caso di richiesta di matrimonio di una donna cattolica con un musulmano [...], per il frutto anche di amare esperienze, si dovrà fare una preparazione particolarmente accurata e approfondita durante la quale i fidanzati saranno condotti a conoscere e ad «assumere» con consapevolezza le profonde diversità culturali e religiose da affrontare, sia tra di loro, sia in rapporto alle famiglie e all'ambiente di origine della parte musulmana, a cui eventualmente si farà ritorno dopo una permanenza all'estero» (PONTIFICIO CONSIGLIO DELLA PASTORALE PER I MIGRANTI E GLI ITINERANTI, istruzione *Erga migrantes*, n. 67).

— Su quali basi religiose contate di fondare la vostra convivenza?

— Sino a quale punto sareste disponibili a partecipare ai riti e alle festività della religione del vostro partner?

\* *Circa la cultura:*

— Quale conoscenza avete dei vostri rispettivi Paesi, della loro cultura e delle loro tradizioni?

— Quale lingua usate per parlarvi? Avete già provato seriamente a imparare l'uno la lingua dell'altro, per evitare malintesi e conflitti?

— Che consapevolezza avete dei reciproci pregiudizi?

\* *Circa la famiglia di appartenenza:*

— Come hanno reagito i parenti, gli amici e la comunità al vostro progetto di matrimonio?

— Avete spiegato al vostro partner ciò che la vostra famiglia si aspetta da lui/lei in quanto membro della famiglia? Conoscete gli obblighi sociali, economici e religiosi a cui dovete attenervi?

\* *Circa la famiglia futura:*

— Dove avete intenzione di porre la vostra dimora?

— Vi siete scambiati i vostri rispettivi punti di vista riguardo ai figli e al loro numero, alla fedeltà, all'omonogamia e alla poligamia, alle proprietà e alle finanze?

\* *Circa i figli:*

— Quale educazione religiosa intendete dare ai figli?

— I vostri figli saranno battezzati come cattolici o faranno parte della comunità islamica? Saranno lasciati liberi di decidere una volta cresciuti?

\* *Circa le garanzie giuridiche:*

— Come garantirete il diritto all'eredità del partner cristiano, nel caso di trasferimento in un Paese islamico?

— Potrà questi, in caso di bisogno, ottenere la custodia dei figli?

— Avete intenzione di consultare un esperto per formalizzare garanzie giuridiche a tutela del coniuge più debole?

\* *Circa la celebrazione del matrimonio:*

— Qual è la forma di celebrazione più conveniente per le vostre nozze?

20. A conclusione degli incontri preparatori si dovrebbe raggiungere una sufficiente consapevolezza della comprensione dei nubendi circa il matrimonio cristiano e, di conseguenza, della possibilità di concedere loro la dispensa dall'impedimento di *disparitas cultus*. qualora ciò non fosse possibile, si orienti la coppia verso un'ulteriore riflessione, concedendole un congruo spazio di tempo.

21. Qualora i due insistano nella volontà di sposarsi, potrebbe essere pastoralmente preferibile tollerare la prospettiva del matrimonio civile, piuttosto che concedere la dispensa, ponendo la parte cattolica in una situazione matrimoniale irreversibile.

22. Se invece il colloquio giunge a un esito positivo, consolidando la convinzione che sia possibile e opportuno concedere la dispensa dall'impedimento, si inviterà la coppia a intraprendere il consueto cammino di preparazione alla celebrazione del matrimonio.

*b) Il tempo della preparazione.*

23. È il momento in cui invitare la parte cattolica a frequentare il corso di preparazione al matrimonio, spiegando alla parte musulmana che la sua partecipazione, benché non obbligatoria, sarebbe auspicabile per comprendere meglio il significato del matrimonio cristiano.

24. Qualora la parte musulmana accetti l'invito a prendere parte agli incontri, il parroco può chiederle di spiegare il proprio punto di vista sul matrimonio. Il confronto con altre coppie che vivono l'analoga esperienza di preparazione prossima alle nozze può essere per i due l'occasione per approfondire la consapevolezza della propria scelta.

*c) Il tempo della decisione.*

25. Conclusa la preparazione, la coppia deve essere aiutata a chiarire tutti i risvolti insiti nella scelta di celebrare il matrimonio in forma religiosa.

26. È importante conoscere anche che cosa pensino di un tale matrimonio genitori e parenti della parte musulmana.

27. Per la forma liturgica della celebrazione del matrimonio, ci si atterrà alle disposizioni contenute nel *Rito del matrimonio* (cap. III) per quanto concerne le nozze fra una parte cattolica e una parte non battezzata.

*d) L'accompagnamento pastorale successivo al matrimonio.*

28. Il sostegno pastorale offerto alla coppia non può limitarsi al periodo della preparazione al matrimonio, ma deve riguardare lo svolgersi della vita familiare, soprattutto in riferimento ai contrasti che potranno sorgere: il marito musulmano consentirà davvero alla moglie cattolica di frequentare la chiesa, di assumere parte attiva nella parrocchia, di ricevere a casa il sacerdote per una visita di carattere pastorale? Quali forme concrete assumerà l'educazione religiosa dei figli?

29. Se i coniugi decidono di stabilirsi in Europa, è la parte musulmana — di solito l'uomo — che ha più stimoli ad adattarsi. Quando, invece, viene deciso il trasferimento in un Paese islamico, la

parte cattolica — nella stragrande maggioranza dei casi, la donna — dovrà probabilmente affrontare notevoli difficoltà (dinamiche di vita di coppia, educazione dei figli e autorità su di loro, rapporto con la famiglia del marito, soggezione al diritto di ripudio unilaterale da parte del marito, accettazione sociale della poligamia, ecc.). Fra l'altro, non deve essere sottovalutato il reale disagio che vivrà nello sforzo d'integrazione nell'ambiente. In questi casi è importante il ruolo che potranno svolgere le comunità cattoliche locali, per cui la persona andrebbe aiutata fornendole anticipatamente riferimenti sicuri *in loco*.

30. *L'educazione dei figli*, in particolare, costituisce una questione molto importante e delicata. I coniugi dovrebbero sforzarsi di educare i figli nel rispetto della religione di entrambi, insistendo sui valori comuni quali: la trascendenza come dimensione essenziale della vita e la necessità di coltivare l'ambito spirituale, la preghiera, la carità, la giustizia, la fedeltà, il rispetto reciproco, ecc. Con altrettanta chiarezza dovrebbero però formare i figli alla valutazione critica delle differenze sul piano della fede — decisamente spiccate — e su quello dell'etica, in particolare per quanto concerne la pari dignità fra uomo e donna, la libertà religiosa e l'integrazione.

31. In queste famiglie non si può, infatti, trascurare il pericolo, presente sia per i coniugi sia per i figli, di scivolare in una sorta di indifferenzismo religioso, finalizzato a evitare eccessive tensioni.

#### *Celebrazione del matrimonio e accompagnamento familiare.*

32. Per la valida celebrazione del matrimonio tra una parte cattolica e una parte musulmana, ordinariamente deve essere osservata la forma canonica e la celebrazione liturgica deve aver luogo come previsto in questi casi (cfr. can. 1108 § 1 e *Rito del matrimonio*, cap. III): il consenso deve essere manifestato di fronte al parroco o a un suo delegato in presenza di due testimoni, nel corso di una liturgia della Parola, escludendo la celebrazione eucaristica. In ogni caso, non dovrà avere luogo un'altra celebrazione delle nozze con rito islamico (cfr. can. 1127 § 3). Non è invece vietata la cosiddetta « festa di matrimonio » islamica, purché non contenga elementi contrari alla fede della parte cattolica.

33. In presenza di ragioni che rendono inopportuna la celebrazione liturgica del matrimonio, è possibile chiedere e ottenere la dispensa dalla forma canonica (cfr. cann. 1127-1129). Le ragioni che potrebbero giustificare tale richiesta sono in particolare « quelle relative al rispetto delle esigenze personali della parte non cattolica, quali, ad esempio, il suo rapporto di parentela o amicizia con il ministro acattolico, l'opposizione che incontra nell'ambito familiare, il fatto che il matrimonio dovrà essere celebrato all'estero in ambiente non catto-

lico, e simili»<sup>(4)</sup>. L'Ordinario può concedere lecitamente la dispensa dalla forma canonica solo quando riconosca l'adeguatezza delle ragioni addotte e *dopo aver consultato l'Ordinario del luogo in cui verrà celebrato il matrimonio*, nel caso in cui la celebrazione avvenga fuori dal territorio della diocesi.

34. Condizione per la validità di un matrimonio celebrato con dispensa dalla forma canonica è che sia comunque osservata una qualche forma pubblica di celebrazione (cfr. can. 1127 § 2). In Italia la celebrazione delle nozze deve avvenire davanti a un legittimo ministro di culto, stante la necessità di dare risalto al carattere religioso del matrimonio<sup>(5)</sup>.

35. Occorre in ogni caso tenere ben presente che, qualora i nubendi decidano di sposarsi senza che la parte cattolica abbia ottenuto la prescritta dispensa dall'impedimento di *disparitas cultus* o dalla celebrazione secondo la forma canonica (per esempio, scegliendo semplicemente il rito islamico), il matrimonio è invalido: di conseguenza la parte cattolica viene a trovarsi in una situazione matrimoniale irregolare e non può accostarsi ai sacramenti, in particolare alla comunione eucaristica.

36. Il matrimonio tra una parte cattolica e una parte musulmana celebrato in Italia può conseguire gli effetti civili previsti dalla normativa concordataria. Si dovrà pertanto provvedere ai consueti adempimenti (pubblicazioni alla casa comunale e successiva trascrizione).

37. L'eventuale esenzione dall'obbligo di avvalersi del riconoscimento del matrimonio agli effetti civili potrà essere concessa dall'Ordinario del luogo per gravi motivi, secondo la normativa generale.

#### *Appendice I. Natura dell'impedimento di «disparitas cultus».*

38. Secondo la dottrina cattolica, il matrimonio ha dignità sacramentale solo quando è celebrato da due battezzati. Nel caso di matrimonio fra una parte cattolica e una non battezzata, la competenza della Chiesa cattolica sul vincolo di diritto naturale si fonda sul fatto che uno dei due nubendi è battezzato cattolico (cfr. can. 1059) e si traduce nella concessione o meno della dispensa che toglie l'impedimento dirimente alle nozze.

La dispensa deve essere richiesta dal parroco della parte cattolica all'Ordinario del luogo, normalmente attraverso il competente ufficio della Curia diocesana. A tale scopo ci si può avvalere del modulo XIII

(4) CONFERENZA EPISCOPALE ITALIANA, *Decreto generale sul matrimonio canonico*, 5 novembre 1990, art. 50 b; cfr. anche ID., *Direttorio di pastorale familiare per la Chiesa in Italia*, 25 luglio 1993, n. 89.

(5) ID., *Decreto generale sul matrimonio canonico*, art. 50 c.

(cfr. l'allegata *Modulistica*, Scheda n. 1). Il parroco deve anche accertare, nelle modalità consuete, lo stato libero della parte musulmana. Tenuto conto della peculiarità del caso, è opportuno che i nubendi si presentino al parroco almeno sei mesi prima delle nozze.

39. Con la normativa canonica che disciplina tali matrimoni la Chiesa, da un lato, intende tutelare la fede della parte cattolica: per questo ha stabilito l'impedimento dirimente di *disparitas cultus* (cfr. can. 1086 § 1), in forza del quale è invalido il matrimonio eventualmente contratto dal fedele cattolico con una parte non battezzata; d'altro canto, essa riconosce che, nella concreta vicenda esistenziale di una persona, il matrimonio di una parte cattolica con un non battezzato può realizzare valori positivi di indubbio rilievo, quali l'esercizio del diritto alle nozze e alla procreazione con la persona liberamente scelta, in una comunione di vita fedele e indissolubile, secondo il progetto primordiale di Dio sull'uomo e sulla donna.

40. Per queste ragioni l'Ordinario del luogo, *qualora si diano certe condizioni*, ha la facoltà di dispensare il fedele cristiano dall'impedimento invalidante e di ammetterlo alla celebrazione di un valido matrimonio.

Sotto il profilo sistematico, l'istituto della dispensa si traduce nell'esonero dal vincolo della legge (nel caso in specie, quella che sancisce l'esistenza di tale impedimento, che renderebbe nullo il matrimonio), di fronte al bene prevalente del fedele (nel caso in specie, il fatto che questi non permanga in una convivenza di fatto o in un matrimonio civile), posto che si realizzino tutte le condizioni richieste per il consenso a un matrimonio integro nell'essenza, nei fini e nelle proprietà essenziali, cioè in cui entrambi i nubendi accolgano come valori l'unità, l'indissolubilità, la fedeltà e l'apertura alla prole.

41. L'Ordinario del luogo può concedere lecitamente la dispensa — che rimane in ogni caso un atto discrezionale e valido solo quando sussista una giusta e ragionevole causa (cfr. can. 90 § 1) — dall'impedimento di *disparitas cultus* solo dopo avere verificato l'esistenza di alcuni requisiti (cfr. can. 1086 § 2).

a) In primo luogo, essi riguardano *la parte cattolica*, che deve:

— dichiarare di essere pronta a evitare il pericolo, insito nel matrimonio con una parte non battezzata, di abbandonare la fede cattolica;

— promettere di fare quanto è in suo potere perché tutti i figli siano battezzati ed educati nella fede cattolica.

Merita di essere sottolineata la differenza che caratterizza i due impegni assunti dalla parte cattolica: mentre la salvaguardia della fede cattolica è un valore assoluto che dipende fondamentalmente dalla coscienza rettamente formata e dalla forza morale del singolo, le scelte concrete in ordine all'educazione dei figli coinvolgono egualmente — nel nostro sistema di valori e negli ordinamenti giuridici dei Paesi occi-

dentali — entrambi i genitori, e nel mondo islamico il padre a titolo del tutto speciale. Può pertanto darsi l'eventualità che la parte cattolica, per lo più la donna, pur avendo assunto un impegno vero e sincero, si trovi poi nell'oggettiva impossibilità di mantenerlo. Nel caso specifico, si tenga presente che i musulmani osservanti ritengono di avere l'obbligo di educare senz'altro i figli maschi nella propria credenza.

La parte cattolica, su invito ed eventualmente con l'aiuto del parroco, verifichi approfonditamente e senza accontentarsi di rassicurazioni generiche le intenzioni e le disposizioni in merito della parte musulmana, così da offrire all'Ordinario del luogo gli elementi necessari per ponderare la convenienza della concessione della dispensa. Per manifestare e assumere gli impegni della parte cattolica si può usare il modulo XI (cfr. *Modulistica*, Scheda n. 2).

b) *La parte musulmana* deve essere informata degli impegni che la parte cattolica è tenuta ad assumere; ciò deve constare negli atti. Nel rispetto della libertà di coscienza, non le viene richiesta alcuna sottoscrizione che la vincoli a impegni equivalenti, pur restando auspicabile che dia garanzie adeguate di tenere veramente un atteggiamento rispettoso, tale da permettere alla parte cattolica di adempiere gli impegni assunti. È conveniente non attendere il momento dell'esame dei coniugi per far conoscere alla parte musulmana gli obblighi a cui è tenuta la parte cattolica e dei quali anch'essa deve essere realmente consapevole. Per realizzare tale informazione si può usare il modulo XI (cfr. *Modulistica*, Scheda n. 2).

c) *Entrambe le parti* devono essere istruite sui fini e sulle proprietà essenziali del matrimonio, che *non possono essere esclusi da nessuno dei due*. Questo aspetto è da tenere distinto dai precedenti, che vedevano i due nubendi muoversi su piani diversi, dal momento che solo la parte cattolica era tenuta positivamente a impegnarsi.

I *fini* del matrimonio sono indicati nel can. 1055 § 1 e consistono nel *bene dei coniugi* e nella *generazione ed educazione della prole*. Le *proprietà essenziali* del matrimonio, espresse nel can. 1056, sono l'*unità* (non vi possono essere per una persona più vincoli matrimoniali validi in atto contemporaneamente) e l'*indissolubilità* (cioè la perpetuità) del vincolo. L'esclusione anche di uno solo di questi elementi da parte di uno dei contraenti, snaturando l'istituto del matrimonio così come configurato da Dio nel piano della creazione, rende invalido il matrimonio. Non si tratta, infatti, di caratteri rimessi alla libera disponibilità delle parti o subordinati all'appartenenza alla Chiesa cattolica: chi li rifiuta (battezzato o meno), rifiuta con ciò il matrimonio stesso.

Un'attenzione particolare deve essere dedicata al bene della *fedeltà coniugale*, che può essere seriamente minacciato dalla diversa comprensione di questo valore, connessa con la differente prospettiva, non solo culturale ma anche antropologica, propria del mondo islamico, il quale non mette sullo stesso piano l'uomo e la donna: la fe-

deltà coniugale è infatti intesa come un diritto dell'uomo verso la donna, in senso stretto esigibile solo da lui.

42. Poste queste premesse, è necessario verificare in maniera approfondita l'orientamento e la volontà di *entrambi* i contraenti su questi punti, prestando particolare attenzione alla parte musulmana: è possibile che questa *condivida solo genericamente un orientamento culturale e di pensiero contrario ai fini e alle proprietà essenziali del matrimonio*, ma di fatto non li escluda con un atto di volontà personale e positivo in riferimento al proprio matrimonio. Nel corso di questa verifica potrebbero infatti emergere circostanze nuove, quali una presa di coscienza più approfondita ed eventualmente un forte disagio della parte cattolica di fronte agli orientamenti del futuro coniuge su materie così delicate; tale evenienza dovrebbe suggerire all'Ordinario di ponderare in maniera ancora più attenta l'eventuale concessione della dispensa.

Anche nel caso in cui la verifica non lasci spazio a ombre circa le intenzioni della parte musulmana, non è inutile proporle un'istruzione adeguata sul significato e sulle implicazioni morali ed esistenziali dei fini e delle proprietà essenziali del matrimonio, che entrambe le parti sono tenute a rispettare.

Se invece risultasse positivamente che la parte musulmana di fatto *intenda e voglia, anche solo ipoteticamente, applicare orientamenti contrari ai fini e alle proprietà essenziali del matrimonio alle nozze che sta per contrarre*, ciò comporterebbe inevitabilmente la nullità del vincolo (cfr. can 1101 § 2), e di conseguenza l'impossibilità assoluta di concedere la dispensa dall'impedimento.

43. Come si vede, è sempre necessario vagliare attentamente le reali intenzioni della parte non cristiana, motivando l'eventuale rifiuto della dispensa con il contrasto insanabile fra le intenzioni del nubendo e la concezione cattolica del matrimonio. Non si trascuri il fatto che dichiarazioni rilasciate solo per compiacere il parroco o la parte cattolica, ma non rispondenti alle effettive intenzioni della parte musulmana, potrebbero costituire il presupposto per dare corso al procedimento per la dichiarazione di nullità del matrimonio.

44. Si tenga inoltre presente che, se la coppia intende stabilirsi in un Paese islamico, è oggettivamente assai improbabile che, al di là della soggettiva buona volontà, la parte cattolica possa adempiere gli impegni assunti per ottenere la concessione della dispensa. In questo caso — cioè in presenza dell'intenzione manifestata sin dall'inizio di procedere a tale trasferimento — non è conveniente che l'Ordinario conceda la dispensa, anche di fronte all'eventualità che, per conformarsi alle leggi dello Stato islamico e sotto la pressione sociale, la coppia sia poi indotta a celebrare il matrimonio islamico. A tutela della moglie cattolica si potrebbe tuttavia tollerare la celebrazione del matrimonio civile in Italia, anche nei casi in cui esso non venga riconosciuto dallo Stato del coniuge e non possa tutelare adeguatamente la

posizione della donna, essendo colà ammessa la poligamia. In tali Paesi i figli non potranno che essere musulmani e, qualora la coppia vi si trasferisse dopo avere trascorso alcuni anni in Italia, essi, se battezzati, dovrebbero apostatare la fede cristiana.

Si deve altresì ammonire la parte cattolica sulla gravità delle conseguenze derivanti dall'eventuale emissione della professione di fede islamica, che configurerebbe una vera e propria apostasia.

*Appendice II. La «Shahâda» (la professione di fede musulmana).*

45. Le considerazioni contenute nell'Appendice I riguardano principalmente il caso — statisticamente molto più frequente — di una donna cattolica che voglia sposare un uomo musulmano.

Una serie di problematiche particolari sorge nel caso in cui *sia un uomo cattolico a voler sposare una donna musulmana*: tale unione infatti è severamente vietata dalla legge coranica, in forza dell'impedimento di «differenza di religione», secondo il quale il maschio musulmano può sposare una «donna del Libro», cioè una donna ebrea o cristiana (Corano, 5, 5); mentre una musulmana non può sposare un «politeista» (Corano, 2, 221) o un «miscredente» (Corano, 60, 10), categorie all'interno delle quali sono annoverati anche cristiani ed ebrei.

Negli ordinamenti giuridici dei Paesi islamici spesso l'autorizzazione civile alla celebrazione presuppone l'emissione della *shahâda* da parte del contraente non musulmano (qui, cattolico), ossia della *professione di fede musulmana*<sup>(6)</sup>.

46. Il problema si pone normalmente, in Italia, quando si intenda contrarre matrimonio canonico a cui conseguono anche gli effetti civili; in tal caso, può accadere che il consolato del Paese islamico non trasmetta i documenti all'ufficiale dello stato civile se prima non risulti che il contraente cattolico ha emesso la *shahâda*.

Non di rado, per aggirare l'ostacolo, il cattolico in questione pronuncia o sottoscrive la *shahâda*, pensando di compiere una mera formalità. In realtà, egli pone un atto di apostasia dalla fede cattolica emanifesta una vera e propria adesione all'islâm. Il parroco deve illustrare al contraente cattolico il vero significato della *shahâda*, ammo-

---

(6) *Shahâda* significa in arabo «testimonianza» (professione di fede) e la sua formulazione è la seguente: *Lâ ilâha illâ Allâh wa Mubammad rasûl Allâh*, e cioè: «Non c'è divinità all'infuori di Dio e Maometto è l'inviato di Dio». Con la preghiera, il digiuno nel mese di Ramadân, l'elemosina e il pellegrinaggio alla Mecca è uno dei cinque pilastri fondamentali dell'islâm. Pronunciata in arabo e talora semplicemente sottoscritta davanti a due testimoni, è sufficiente per provare la conversione all'islâm, assoggettandosi ai diritti e ai doveri della comunità islamica.

nendolo che non si tratta di un mero adempimento burocratico, ma di un vero e proprio abbandono formale della fede cattolica<sup>(7)</sup>.

47. Nel caso ipotizzato, si potrebbe valutare con l'Ordinario l'eventualità di ricorrere alla previa celebrazione del matrimonio nel rito civile, procedendo solo in un secondo momento alla celebrazione canonica, per superare il mancato rilascio dei documenti da parte del consolato. La normativa italiana, infatti, consente di celebrare il matrimonio civile con una musulmana senza la dovuta documentazione e senza il «nulla osta» internazionale, in quanto la disparità di trattamento prevista dalla legislazione islamica contrasta con la Costituzione italiana, secondo il principio della reciprocità<sup>(8)</sup>.

Il matrimonio civile così celebrato, però, sarà valido solo per l'ordinamento italiano e non nel Paese d'origine della donna musulmana; la coppia perciò, con ogni probabilità, dovrà affrontare problemi gravi in rapporto sia alla famiglia, sia al Paese d'origine.

### *Appendice III. Alcuni elementi di conoscenza del matrimonio nell'Islâm.*

#### *a) Il matrimonio come contratto.*

48. Il matrimonio nell'islâm ha un significato e un valore religioso, in quanto voluto da Dio. Dâl Corano risulta un'immagine ricca del matrimonio; in essa ritroviamo anche le due finalità essenziali della tradizione cristiana, espresse nei valori della riproduzione della specie e dell'istituzione di una relazione di pace, rispetto, affetto e misericor-

---

(7) Tale professione di fede, se compiuta consapevolmente, costituisce un atto formale di abbandono della Chiesa cattolica (cfr. can. 751), il quale, quando assume la sostanza di vero *delitto*, risulta sanzionato dal can. 1364 (scomunica *latae sententiae*). La sua emissione esime sia dalla forma canonica (cfr. cann. 1108, 1117) sia dall'impedimento di *disparitas cultus* (cfr. can. 1086 § 1). Il cattolico, che ha emesso tale professione e si presenta al parroco chiedendo il matrimonio canonico, è tenuto a ritrattare formalmente tale atto prima del matrimonio; se la parte cattolica rifiuta di farlo, seppur ammunita delle gravi conseguenze dell'apostasia, deve essere rimandata al matrimonio civile. In ogni caso, la questione deve essere rimessa alla prudente valutazione dell'Ordinario del luogo.

(8) L'art. 27 della legge n. 218/1995 sottopone la capacità matrimoniale e le altre condizioni per contrarre matrimonio alla legge nazionale di ciascun nubendo al momento della celebrazione. Qualora l'impedimento previsto dalla legge risultasse contrastante con l'ordinamento italiano, l'autorità italiana potrebbe legittimamente invocare il limite dell'ordine pubblico, come nel caso del divieto per la donnamusulmana di sposare un non musulmano. L'impedimento si pone in evidente contrasto con il principio di eguaglianza sancito, oltre che dalla Costituzione, da numerosi atti internazionali in tema di tutela dei diritti dell'uomo, quali gli artt. 12 e 14 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo. L'ordine pubblico può giustificare la mancata produzione del nulla osta al matrimonio richiesto agli stranieri dall'art. 116 del codice civile.

dia fra gli sposi. In modo più scarno, invece, il diritto islamico vede nel matrimonio un contratto che rende leciti i rapporti sessuali fra gli sposi. Si tratta di un contratto bilaterale *privato*, per la cui validità non è necessaria una celebrazione pubblica.

*b) Una famiglia patriarcale, con doveri e ruoli prestabiliti*

49. La famiglia che nasce dal matrimonio islamico è sottoposta all'autorità del marito e si basa su doveri e diritti dei coniugi ben definiti. L'ideale coranico della famiglia è patriarcale, per cui l'uomo è il perno della vita familiare. L'impronta patriarcale resiste anche oggi, sebbene interpellata e parzialmente modificata dai moderni cambiamenti sociali. La superiorità maschile si manifesta anche negli atti sociali, come nel rendere testimonianza o nella divisione dell'eredità.

In base a questa preminenza, il diritto stabilisce i ruoli, i reciproci diritti e i doveri dei membri della famiglia. Fra i coniugi vi sono anzitutto doveri reciproci, come la coabitazione, il rispetto, l'affetto, la salvaguardia degli interessi morali e materiali della famiglia, la reciproca vocazione successoria, la congiunzione agli sposi dei figli nati dal matrimonio, la creazione di parentela per alleanza.

50. I *diritti della sposa* sono il mantenimento da parte del marito, l'uguaglianza di trattamento delle mogli nel matrimonio poligamico, la possibilità di visitare i parenti e riceverne la visita, l'amministrazione dei propri beni senza il controllo del marito, la custodia dei figli in tenera età, ma sempre sotto il controllo paterno o del tutore legittimo. La tutela dei figli spetta al padre, che decide e controlla la loro educazione, in particolare che siano educati nell'islām. In caso di scioglimento del matrimonio, la custodia dei figli spetta alla madre. La custodia del figlio maschio cessa con la pubertà, mentre la custodia della figlia dura fino al matrimonio di questa.

51. I *diritti dello sposo* sono la fedeltà e l'obbedienza da parte della moglie, l'allattamento dei figli al seno da parte della moglie, la vigilanza sul buon andamento della casa, il rispetto dovuto dalla moglie ai parenti del marito. Solo il padre istituisce la filiazione legittima e il diritto legittimo all'eredità.

*c) Lo scioglimento del matrimonio: ripudio e divorzio.*

52. Il *ripudio*, previsto e regolato dal Corano, è un atto unilaterale del marito, che rompe il contratto matrimoniale. Il diritto islamico spiega che il matrimonio, essendo un contratto bilaterale privato, può essere sciolto privatamente. Lo scioglimento avviene per ripudio, divorzio o decesso di uno dei congiunti.

Il marito ha il diritto, unilaterale e assoluto, di pronunciare il ripudio. La donna può decidere, in alcuni casi determinati, di chiedere al giudice il ripudio dietro pagamento di un compenso al marito consenziente, quando i dissapori della coppia siano insanabili.

53. In taluni casi il giudice stesso pronuncia la separazione definitiva tra gli sposi. Quest'ultima forma di scioglimento, che ha una certa analogia con il divorzio giudiziario, si applica in determinati casi, come l'assenza prolungata del marito dal tetto coniugale, la sua carcerazione, l'omissione prolungata del pagamento del mantenimento della moglie, il maltrattamento eccessivo.

Alcuni Stati a maggioranza islamica (per esempio, la Tunisia e la Turchia) proibiscono il ripudio, o lo sottopongono al controllo giudiziario.

*d) La poligamia.*

54. La poligamia è consentita dal Corano fino a quattro mogli e a tutte le concubine desiderate. Si esige l'equità di trattamento delle mogli da parte del marito.

Nel diritto e nella tradizione, fino a oggi, la poligamia è lecita, sebbene, per motivi economici, sia in regresso.

Normalmente l'equità di trattamento delle donne viene intesa, dai giuristi islamici, in senso «quantitativo». La Tunisia, interpretando l'equità in senso «psicologico», ha abolito la poligamia, mentre altri Stati sottopongono al giudice la verifica delle condizioni di sussistenza della capacità per il matrimonio poligamico.

*e) Etica della sessualità e della vita fisica.*

55. In generale manca una riflessione antropologica congrua sul senso, il valore e il fine della sessualità.

La fornicazione e l'adulterio della donna sono peccati particolarmente gravi per l'islâm. La riflessione è invece liberale riguardo alla regolazione delle nascite, anche se la mentalità popolare incoraggia la fecondità. I giuristi ammettono la liceità di ogni tipo di contraccezione. Gli Stati, non di rado, favoriscono politiche di contraccezione indiscriminata per risolvere il problema demografico. Quanto alla sterilizzazione, maschile e femminile, essa è giudicata illecita, in base al principio di integrità del corpo umano.

56. L'aborto è condannato, a meno che non si renda necessario per salvare la vita della madre; viene comunque considerato una forma minore di infanticidio. I giuristi, pertanto, vietano l'aborto dopo il quarto mese o sempre, eccetto il caso di pericolo per la salute della madre. È però ammesso l'aborto del «feto malformato».

La fecondazione eterologa è vietata, mentre viene ammessa quella omologa.

*f) I rapporti tra genitori e figli.*

57. Il padre provvede al mantenimento e all'orientamento educativo dei figli; la madre esercita la custodia sui figli e li educa nella fanciullezza, in nome e nella religione del padre.

58. Altri principi generali importanti nell'islâm sono la solidarietà nella famiglia patriarcale, il rispetto dei beni dell'orfano e infine la proibizione dell'adozione. I figli devono obbedienza, riconoscenza e rispetto ai genitori e ricevono dal padre il consenso, o il diniego, al loro progetto di vita e di matrimonio.

59. I ruoli familiari, maschile e femminile, ben delineati e distinti, spiegano certi comportamenti oppositivi dei ragazzi e dei giovani immigrati musulmani verso figure femminili autorevoli. Il padre è responsabile dei rapporti sociali per tutto quanto concerne l'educazione dei figli, mentre nei Paesi europei quest'incombenza spesso spetta alla madre; le due culture, quindi, usano talora codici opposti, con il rischio di possibili fraintendimenti.

#### *Appendice IV. Modulistica.*

*Scheda n. 1 (modulo XIII). Domanda di dispensa dall'impedimento per matrimonio tra una parte cattolica e una parte non battezzata* <sup>(9)</sup>.

Eccellenza Reverendissima,

il sottoscritto parroco espone il seguente caso di richiesta di matrimonio canonico:

il/la signor/a .....  
nato/a a ..... (.....), il .....  
chiede di contrarre matrimonio con .....  
nato/a a ..... (.....), il .....

La parte richiedente è cattolica, mentre l'altra parte non è battezzata e appartiene alla religione ..... Si verifica pertanto il caso previsto dal can. 1086 del codice di diritto canonico, e sussiste l'impedimento di disparità del culto.

Entrambi i contraenti sono istruiti sui fini e sulle proprietà essenziali del matrimonio. In particolare, la parte cattolica è stata esortata a valutare con attenzione le conseguenze derivanti dall'unione matrimoniale con persona non battezzata. Poiché consta che nessuno dei fini o delle proprietà essenziali del matrimonio viene escluso dai contraenti, esprimo parere favorevole affinché sia concessa la dispensa dal suddetto impedimento in forza dei seguenti motivi <sup>(10)</sup>:

.....  
.....

<sup>(9)</sup> Cfr can. 1086; CONFERENZA EPISCOPALE ITALIANA, *Decreto generale sul matrimonio canonico*, artt. 48-49.

<sup>(10)</sup> Per esempio: pericolo di matrimonio civile, fermezza e perseveranza nel proposito di sposarsi, legittimazione della prole.

La parte cattolica, in mia presenza, ha dichiarato di essere pronta ad allontanare i pericoli di abbandonare la fede e ha promesso di fare tutto quanto è in suo potere affinché i figli ricevano il battesimo e un'educazione cattolica. Ho informato in proposito l'altra parte, la quale si è dichiarata consapevole degli impegni assunti dalla comparte. Infine, ho accertato lo stato libero dei nubendi.

Alla domanda allego documentazione relativa ai suddetti adempimenti.

In fede.

Il parroco

.....

Luogo e data .....

L.S.

- Allegati: 1. Dichiarazione sottoscritta dalla parte cattolica (mod. XI)  
 2. Attestazione di avvenuta informazione alla comparte (mod. XI)  
 3. Stato libero dei contraenti (cfr. Decreto generale sul matrimonio canonico, art. 49)

*Scheda n. 2 (modulo XI). Dichiarazioni prescritte nei matrimoni misti<sup>(11)</sup>.*

*Dichiarazione della parte cattolica.*

Nell'esprimere il consenso libero e irrevocabile che mi unirò in comunione di vita e di amore con . . . , dichiaro di aderire pienamente alla fede cattolica e d'essere pronto/a ad allontanare i pericoli di abbandonarla; mi impegno ad adempiere i miei doveri verso il coniuge, nel rispetto del suo credo religioso. In ordine alla procreazione ed educazione dei figli prometto sinceramente di fare quanto è in mio potere perché tutti i figli siano battezzati ed educati nella Chiesa cattolica.

In fede

.....

*(firma del contraente cattolico)*

Luogo e data .....

*Attestazione del parroco.*

Il sottoscritto parroco ..... dichiara di aver informato il signor/la signora ..... delle dichiarazioni

---

<sup>(11)</sup> Cfr. cann. 1125-1126; CONFERENZA EPISCOPALE ITALIANA, *Decreto generale sul matrimonio canonico*, art. 48.

e promesse sottoscritte dalla parte cattolica con cui intende celebrare il matrimonio cristiano. Attesto che l'interessato/a è consapevole degli impegni assunti dal futuro coniuge cattolico, come risulta da sua dichiarazione verbale

— resa in presenza di . . . . . e di . . . . . ;  
— (oppure) e dalla sottostante firma per presa visione.

Data e luogo . . . . .

. . . . .  
(firma del contraente acattolico)

. . . . .  
(firma del parroco)

L.S.

*Scheda n. 3. Dichiarazione della parte musulmana* <sup>(12)</sup>.

Nel giorno del mio matrimonio, davanti a Dio, in piena libertà voglio creare con . . . . . una vera comunione di vita e d'amore.

Con questo impegno reciproco intendiamo — e io in prima persona intendo — stabilire tra di noi un legame indissolubile, che nel corso della nostra vita niente potrà distruggere.

Io so che . . . . . si impegna in un matrimonio monogamico e irrevocabile. Altrettanto io mi impegno ugualmente alla fedeltà per tutta la nostra vita. Io sarò per lei/lui un vero sostegno e lei/lui sarà la mia unica sposa (il mio unico sposo).

In fede

Data e luogo . . . . .

. . . . .  
(firma dell'interessato)

. . . . .  
(firma del parroco)

L.S.

---

<sup>(12)</sup> La dichiarazione va distinta accuratamente da quella del modulo XI. Infatti, mentre questa è obbligatoria e la sua formulazione è quella prescritta dal *Decreto generale sul matrimonio canonico*, la presente invece è funzionale solo alla certezza che il parroco deve acquisire circa la sussistenza di tutti gli elementi per la celebrazione valida del matrimonio e può dare altresì una certa tutela alla parte cattolica.

---

### Le «Indicazioni» della Presidenza della Conferenza Episcopale Italiana concernenti i matrimoni tra cattolici e musulmani in Italia.

Il 29 maggio 2005, la Presidenza della Conferenza Episcopale Italiana (= CEI) ha reso di pubblico dominio un documento dal titolo *Indicazioni concernenti i matrimoni tra cattolici e musulmani in Italia* (1).

Nella *Presentazione* a firma del Presidente della CEI, viene precisato che si tratta di un testo che s'inscrive nell'ambito della specifica attenzione da parte della comunità cristiana e dei suoi pastori verso i matrimoni interreligiosi in generale, ma, più in particolare, verso quelli tra una parte cattolica e una musulmana. Sono proprio questi ultimi che di fatto in anni recenti, hanno conosciuto un particolare incremento a motivo della tendenza di immigrati musulmani a trasferirsi in Italia. D'altra parte, sono ancora questi stessi che presentano per diverse ragioni, i motivi di maggiore preoccupazioni e, quindi, richiedono una speciale cura da più punti di vista.

Il documento, elaborato su richiesta del Consiglio Permanente dalla Presidenza della CEI con l'apporto di qualificati teologi pastoralisti, canonisti ed esperti in ecumenismo e in diritto islamico, è destinato agli «Ordinari diocesani» al fine di «motivare, orientare e favorire indirizzi comuni e prassi omogenee in materia di matrimoni tra cattolici e musulmani nelle Chiese particolari che sono in Italia» con riguardo alle diverse fasi, peraltro comuni a ogni matrimonio, cioè la preparazione dei nubendi, la celebrazione e il successivo accompagnamento della coppia sposata. L'auspicio è che «questo strumento pastorale guidi la riflessione sulla problematica dei matrimoni tra cattolici e musulmani e favorisca una prassi condivisa tra parroci, sacerdoti e operatori pastorali».

Il contenuto del documento è ripartito, sia pure non formalmente, in capitoli, che ne facilitano la lettura. Vengono così esaminati in successione: *il contesto pastorale* (nn. 1-5), *la visione cristiana del matrimonio* (nn. 6-13), *l'itinerario di verifica e di preparazione* (nn. 14-31), *la celebrazione del matrimonio e l'accompagnamento familiare* (nn. 32-37). Sono poi riportate quattro Appendici così suddivise: 1) *Natura dell'impedimento di disparitas cultus* (nn. 38-44); 2) *la Shahâda* (professione di fede musulmana) (nn. 45-47); 3) *alcuni elementi di conoscenza del matrimonio nell'Islâm* (nn. 48-59); 4) *modulistica* (Domanda

---

(1) *I matrimoni tra cattolici e musulmani in Italia*, Indicazioni della Presidenza della Conferenza Episcopale Italiana, in *Notiziario della Conferenza Episcopale Italiana* (5 maggio 2005), 139-165.

di dispensa dall'impedimento per matrimonio tra una parte cattolica e una parte non battezzata; dichiarazioni prescritte nei matrimoni misti, con riferimento alla parte cattolica e alla parte musulmana).

Non si tratta peraltro del primo intervento di un certo rilievo su questo argomento in Italia. Già nel 1994 s'era avuta un'Istruzione approntata dalla Diocesi di Brescia dal titolo *I matrimoni tra cattolici e musulmani* (2). Nel 2000, c'era stato un intervento della Conferenza Episcopale dell'Emilia Romagna (3). Sempre nel 2000 il Consiglio Permanente della CEI raccomandava prudenza e realismo nell'affrontare il problema (4). È tuttavia la prima volta che un organismo della CEI offre uno specifico documento al riguardo (5).

### 1. Valore giuridico del documento.

Nella *Presentazione* del testo si precisa il suo *iter* redazionale. Le *Indicazioni* sono state richieste, dopo una ponderata riflessione svolta su materiale predisposto dalla Commissione Episcopale per l'ecumenismo, dal Consiglio Permanente alla Presidenza, che le ha elaborate. Il Consiglio Permanente, valutato positivamente il testo proposto, ha incaricato la Presidenza di renderle pubbliche in base all'art. 23, lett. b) dello Statuto della CEI (6). Il documento in parola dunque si affianca

---

(2) DIOCESI DI BRESCIA, Istruzione *I matrimoni tra cattolici e musulmani*. Il testo è riportato anche in AA.VV., *I matrimoni tra cattolici e islamici*, Città del Vaticano 2002, 241-269.

(3) CONFERENZA EPISCOPALE DELL'EMILIA ROMAGNA, *Islam e Cristianesimo* (27 novembre 2000).

(4) «È convinzione comune, inoltre, che l'atteggiamento da tenere nei confronti dei musulmani debba rifuggire sia dagli ingenui irenismi — che sottovalutano le difficoltà del dialogo e le differenze di concezioni religiose, regole e costumi — sia dagli eccessivi allarmismi di fronte alle spinte propagandistiche dell'Islam [...]. Sui matrimoni fra cattolici e musulmani prevale l'orientamento che si debba comunque seguire una prassi rigorosa, valutando caso per caso se sussistono le condizioni per concedere la dispensa per la celebrazione del matrimonio». CONSIGLIO PERMANENTE DELLA CEI, Comunicato dei lavori (Roma, 24-27 gennaio 2000), in *Notiziario CEI* 2000, pp. 26-27.

(5) Per un ampio e dettagliato studio comparativo sugli interventi delle diverse Conferenze Episcopali a riguardo del tema in oggetto, si potrà utilmente consultare: A. MONTAN, *Disciplina canonica particolare circa il matrimonio tra cattolici e islamici*, in AA.VV., *I matrimoni tra cattolici e islamici*, cit., 119-157.

(6) «Il Consiglio episcopale permanente: [...] b) approva dichiarazioni o documenti concernenti problemi di speciale rilievo per la Chiesa o per la società in Italia, che meritano un'autorevole considerazione e valutazione anche per favorire l'azione convergente dei Vescovi». CONFERENZA EPISCOPALE ITALIANA, *Statuto* (1 settembre 2000), in E/CEI 6/3051-3143.

alle altre *Note e Orientamenti pastorali* di recente prodotti dalla CEI o da suoi organismi<sup>(7)</sup>.

Non si tratta di un atto di magistero autentico giacché, secondo il disposto normativo del m.p. *Apostolos suos* «Nessun organismo della Conferenza Episcopale, tranne la riunione plenaria, ha il potere di porre atti di magistero autentico. Né la Conferenza Episcopale può concedere tale potere alle Commissioni o ad altri organismi costituiti al suo interno»<sup>(8)</sup>. Il menzionato *motu proprio*, di fatto, pur affermando che «quando i Vescovi di un territorio esercitano congiuntamente alcune funzioni pastorali per il bene dei loro fedeli, tale esercizio congiunto del ministero episcopale traduce in applicazione concreta lo spirito collegiale (*affectus collegialis*)»<sup>(9)</sup>, precisa subito che «[esso] non assume mai la natura collegiale caratteristica degli atti dell'ordine dei Vescovi in quanto soggetto della suprema potestà su tutta la Chiesa [...] ben diverso, infatti, è il rapporto dei singoli Vescovi rispetto al Collegio episcopale dal loro rapporto rispetto agli organismi formati per il suddetto esercizio congiunto di alcune funzioni pastorali»<sup>(10)</sup>. E si aggiunge:

«nella Conferenza Episcopale i Vescovi esercitano congiuntamente il ministero episcopale in favore dei fedeli del territorio della Conferenza; ma perché tale esercizio sia legittimo e obbligante per i singoli Vescovi, occorre l'intervento della suprema autorità della Chiesa che mediante la legge universale o speciali mandati affida determinate questioni alla delibera della Conferenza Episcopale. I Vescovi non possono autonomamente, né singolarmente né riuniti in Conferenza, limitare la loro sacra potestà in favore della Conferenza Episcopale, e meno ancora di una sua parte, sia essa il consiglio permanente, o una commissione o lo stesso presidente. Questa logica è ben esplicita nella norma canonica sull'esercizio della potestà legislativa dei Vescovi riuniti in Conferenza Episcopale: "La Conferenza Episcopale può emanare decreti generali

---

(7) Si considerino, a mero titolo di esempio: *Comunicare il Vangelo in un mondo che cambia*, Orientamenti pastorali dell'Episcopato italiano per il primo decennio del 2000, in *Notiziario CEI* 2001, pp.127-178; *L'iniziazione cristiana*. 3. Orientamenti per il risveglio della fede e il completamento dell'iniziazione cristiana in età adulta, Nota pastorale del Consiglio Episcopale Permanente, in *Notiziario CEI* 2003, pp. 147-187; *Il volto missionario delle parrocchie in un mondo che cambia*, Nota pastorale dell'Episcopato Italiano, in *Notiziario CEI* 2004, pp. 129-161; *Questa è la nostra fede*, Nota pastorale della Commissione Episcopale per la dottrina della fede, l'annuncio e la catechesi sul primo annuncio del Vangelo, in *Notiziario CEI* 2005, pp. 211-246.

(8) GIOVANNI PAOLO II, m.p. *Apostolos suos* Sulla natura teologica e giuridica delle Conferenze dei Vescovi (21 maggio 1998), Norme complementari sulle Conferenze dei Vescovi n. 2, in *AAS* 90 [1998], pp. 641-658.

(9) GIOVANNI PAOLO II, m.p. *Apostolos suos*, cit., n. 12.

(10) *Ivi*, di seguito.

solamente nelle materie in cui lo abbia disposto il diritto universale, oppure lo stabilisca un mandato speciale della Sede Apostolica, sia *motu proprio*, sia su richiesta della Conferenza stessa". In altri casi "rimane intatta la competenza di ogni singolo Vescovo diocesano e la Conferenza Episcopale o il suo presidente non possono agire validamente in nome di tutti i Vescovi, a meno che tutti e singoli i Vescovi non abbiano dato il loro consenso"»<sup>(11)</sup>.

Possiamo quindi concludere che il documento in parola, pur non avendo in sé valore giuridico, rappresenta un autorevole punto di riferimento e un prezioso strumento di lavoro che intende stimolare la riflessione e la presa di coscienza su di un problema reale, molto complesso e delicato in vista di una più condivisa ed efficace azione pastorale. Lungi dal costituire il punto finale di un discorso, le *Indicazioni* sembrano piuttosto costituirne l'inizio. Esse dovranno essere anzitutto fatte oggetto di studio e di discussione da parte degli operatori pastorali sotto la guida dei rispettivi Ordinari diocesani ai quali il documento è specificamente rivolto. Opportune mediazioni (istruzioni, catechesi ecc.) potranno aiutare anche i fedeli ad acquisire una corretta informazione sul problema in vista di un giudizio accorto e rispettoso del dato di fede.

Verificando su di una ragionevole distanza temporale le esperienze e i risultati conseguiti, e sempre con la necessaria prudenza, gli indirizzi ancora generali della Presidenza della CEI potranno, se del caso, costituire oggetto di più precise indicazioni normative a livello diocesano, per le materie di competenza, sempre auspicabilmente nell'ambito di un opportuno coordinamento con le Chiese particolari facenti parti di una medesima Regione ecclesiastica o di una stessa area geografica.

## 2. *Esame del documento.*

### a) *La prospettiva di fondo.*

Partendo dalle profonde diversità culturali che si aggiungono alle difficoltà che una qualsiasi altra coppia di sposi incontra (n. 1) e pur riconoscendo che, sul matrimonio, vi sono punti di convergenza tra Islâm e Cristianesimo (n. 2) le *Indicazioni* in esame prendono una posizione molto chiara: «l'esperienza maturata negli anni recenti induce in linea generale a *sconsigliare o comunque a non incoraggiare questi matrimoni*» (n. 3). Al riguardo, se da un lato il documento della CEI s'inserisce in una linea sempre più condivisa<sup>(12)</sup>, d'altro lato esso as-

(11) GIOVANNI PAOLO II, m.p. *Apostolos suos*, cit., n. 20.

(12) COMMISSION INTERDIOCÉSAINNE POUR LES RELATIONS AVEC L'ISLAM, *Les mariages islamo-chrétiens* (Bruxelles 1983), in AA.VV., *I matrimoni tra cattolici e islamici*, Libreria

sume una posizione più rigorosa sia rispetto al Decreto generale sul matrimonio canonico<sup>(13)</sup> sia rispetto al Direttorio di pastorale familiare<sup>(14)</sup>, facendosi peraltro eco della recente Istruzione *Erga migrantes*, del 3 maggio 2004<sup>(15)</sup>. La suddetta linea di pensiero del resto «è significativamente condivisa anche dai musulmani»<sup>(16)</sup>. Attesa dunque

---

Editrice Vaticana 2002, pp. 211-221. «La Note pastorale des Evêques rappelée ci-dessus [Maroc, Algérie, Tunisie et Turquie] reconnaît ce problème et fait des recommandations de prudence; tout en déconseillant pareils mariages, elle donne des indications intéressantes pour l'accueil et la préparation des jeunes en question» (p. 211). Questo documento ha già avuto tre edizioni, l'ultima delle quali risale al 1996.

<sup>(13)</sup> «I pastori d'anime curino con particolare attenzione la preparazione dei nubendi al matrimonio misto. Questi nubendi devono essere aiutati a "conoscere le difficoltà che insorgono in una vita coniugale tra sposi divisi nella fede o nella comunione ecclesiale" (CEI, Doc. past. *Evangelizzazione e sacramento del matrimonio*, 1975, n. 97). In particolare è doveroso richiamare le difficoltà che i nubendi cattolici vanno ad incontrare in matrimoni con fedeli di religioni non cristiane, soprattutto quando intendono vivere in un ambiente diverso dal proprio, nel quale è più difficile conservare le convinzioni religiose personali, adempiere i doveri di coscienza che ne derivano, specialmente nell'educazione dei figli, e ottenere leale rispetto della propria libertà religiosa». CEI, *Decreto generale sul matrimonio canonico* (5 novembre 1990), n. 52, in *Notiziario CEI* 1990, p. 275.

<sup>(14)</sup> «Anche in questi casi [matrimoni tra cattolici e appartenenti a religioni non cristiane], pur nel riconoscimento del valore della fede in Dio e dei principi religiosi professati, sempre nel rispetto di quanto stabilito a livello canonico, è doveroso richiamare i nubendi cattolici sulle difficoltà cui potrebbero andare incontro in ordine all'espressione della loro fede, al rispetto delle reciproche convinzioni, all'educazione dei figli. Particolare attenzione va riservata ai matrimoni tra cattolici e persone appartenenti alla religione islamica: tali matrimoni, infatti, oltre ad aumentare numericamente, presentano difficoltà connesse con gli usi, i costumi, la mentalità e le leggi islamiche circa a posizione della donna nei confronti dell'uomo e la stessa natura del matrimonio [...] Nella richiesta di dispensa per la celebrazione del matrimonio, che dovrà essere inoltrata per tempo all'Ordinario del luogo, si tenga conto di tutti questi elementi problematici, offrendo ogni elemento utile al discernimento e alla decisione». CEI, *Direttorio di pastorale familiare per la Chiesa in Italia* (25 luglio 1993), n. 89.

<sup>(15)</sup> PONTIFICIO CONSIGLIO DELLA PASTORALE PER I MIGRANTI E GLI ITINERANTI, Istruzione *Erga migrantes* (3 maggio 2004), n. 63: «Per quanto riguarda il matrimonio fra cattolici e migranti non cristiani lo si dovrà sconsigliare, pur con variata intensità, secondo la religione di ciascuno, con eccezione di casi speciali, secondo le norme del CIC e del CCEO».

<sup>(16)</sup> CENTRE CANADIEN D'OECUMENISME, *Guide pastorale des mariages entre islamochrétiens* (Montréal, QC, 2001), in AA.VV., *I matrimoni tra cattolici e islamici*, 357-443: «Aux écueils rencontrés par tout mariage dans notre société moderne s'ajoutent les difficultés qui sont propres au mariage islamo-chrétien. C'est pourquoi l'Église, comme du reste la communauté musulmane, manifestent diverses réticences devant le projet de telles unions. Ces réserves, qu'il faut savoir exprimer honnêtement, ne doivent être perçues

la complessità dei fattori in gioco, i matrimoni tra cattolici e musulmani devono essere comunque considerati unioni potenzialmente problematiche: è pertanto necessario adottare verso le persone coinvolte un atteggiamento molto chiaro e prudente, ancorché comprensivo (n. 4).

Oltreché presentarsi come una difficoltà di indole interreligiosa, la questione ha i connotati di un problema antropologico-interculturale<sup>(17)</sup>. Com'è oramai noto esistono diverse tipologie di Islâm: c'è l'Islâm italiano, caratterizzato da una certa accentuazione laica, l'Islâm ecumenico, cui aderiscono soprattutto i convertiti europei, impegnati nella ricerca di valori comuni con il cristianesimo e l'ebraismo, l'Islâm apolitico, che non tollera intromissioni del potere temporale nella religione, l'Islâm ortodosso, l'Islâm integralista ecc.. Si aggiunga poi la diversità di situazione che viene a determinarsi a seconda che la parte musulmana sia l'uomo oppure la donna, nonché le profonde differenze esistenti tra le varie legislazioni civili. Va poi considerata la diversa intensità con cui ciascuna delle parti vive e pratica la rispettiva religione<sup>(18)</sup>. Insomma, se è vero che ogni matrimonio si configura come un caso a se stante, necessitante di una cura pastorale fatta quasi su misura, ciò diventa ancor più vero per la fattispecie di cui ci stiamo occupando.

*b) Il percorso suggerito.*

I brevi accenni proposti nel punto precedente, ci rendono subito accorti del fatto che, quanto offerto nelle *Indicazioni* non è una soluzione già pre-confezionata, necessitante solo di una pedissequa ed uniforme applicazione che si sostituisce alla fatica del discernimento da parte del singolo Ordinario diocesano. Si tratta, piuttosto della proposta di un percorso — il percorso «classico» per la seria preparazione di ogni matrimonio: verifica dei futuri nubendi, preparazione, decisione, celebrazione e accompagnamento della nuova famiglia — nel corso del quale, a motivo della particolarità dei soggetti coinvolti e delle situazioni oggettive da cui essi provengono o, talora, nelle quali essi saranno chiamati a vivere il loro matrimonio, si richiedono specifiche e commisurate attenzioni<sup>(19)</sup>. Nulla da entrambe le parti e dalla

---

par le couple comme une opposition, mais au contraire comme une invitation à bâtir sur des bases solides» (p. 359).

<sup>(17)</sup> Per un approfondimento di quest'aspetto ci si potrà utilmente riferire anche agli Atti del Convegno Internazionale «Matrimoni e disparità di appartenenza religiosa: problema antropologico interculturale o problema interreligioso» (Lugano 2003) a cura di L. Gerosa, A. Neri e L. Müller, in *Annuario Direcom* 2 (2003), Lugano 2004, pp. 3-114.

<sup>(18)</sup> V. PAGLIA, *Pastorale per i matrimoni fra cattolici ed islamici*, in AA.VV., *I matrimoni tra cattolici e islamici*, cit., 181-188. In particolare, 187.

competente autorità ecclesiastica dovrà dunque essere dato per scontato o essere considerato come una mera formalità.

### 1. *I contenuti.*

#### *c) I contenuti e il loro rilievo giuridico.*

L'accoglienza è caratterizzata da una disponibilità umana matura e leale, in un clima di fede rispettoso e sereno, da parte dell'operatore pastorale. Questo primo approccio con la coppia serve a verificare la sussistenza dei presupposti umani e religiosi che possono condurre alla possibilità di prendere in considerazione la celebrazione religiosa del matrimonio. Si dovrà anzitutto verificare la libertà di ciascuna delle parti (n. 15) e, a seguire, i diversi aspetti e ambiti (di fede, culturale, familiare, giuridico ecc.) che fanno parte del patrimonio esistenziale personale di ciascuno dei nubendi e che deve convergere in un progetto di comunione di vita. A questo proposito, vengono opportunamente suggerite delle domande che servono come base per il dialogo e l'approfondimento (n. 19). In questa prima fase di verifica, potrà risultare utile anche l'intervento di una terza persona — se ben capiamo, distinta dall'operatore pastorale-guida — che possa aiutare gli interessati a chiarire a se stessi e all'altro il proprio pensiero e i propri convincimenti, smascherando possibili reticenze, fraintendimenti e illusioni (n. 18). Viene suggerito anche un incontro di coloro che stanno guidando la coppia con le famiglie dei nubendi (n. 17). Si raccomanda quindi che questa prima fase non sia condotta in modo affrettato o con superficialità per mancanza di tempo (n. 14). I nubendi dovranno presentarsi al parroco almeno sei mesi prima delle eventuali nozze (n. 38). Si richiede inoltre una sufficiente conoscenza dell'Islâm da parte dell'operatore pastorale che guida la coppia. Poiché realisticamente si prevede che tale esigenza non potrà sempre essere realizzata, si suggerisce la predisposizione di supporti a livello vicariale e diocesano (n. 16)<sup>(20)</sup>.

<sup>(19)</sup> Anche da questo punto di vista il documento della Presidenza della CEI si fa eco dell'istruzione *Erga migrantes*, che già abbiamo già avuto modo di segnalare: «In caso di richiesta di matrimonio di una donna cattolica con un musulmano [...], per il frutto anche di amare esperienze, si dovrà fare una preparazione particolarmente accurata e approfondita durante la quale i fidanzati saranno condotti a conoscere e ad «assumere» con consapevolezza le profonde diversità culturali e religiose da affrontare, sia tra di loro, sia in rapporto alle famiglie e all'ambiente di origine della parte musulmana, a cui eventualmente si farà ritorno dopo una permanenza all'estero». PONTIFICIO CONSIGLIO DELLA PASTORALE PER I MIGRANTI E GLI ITINERANTI, Istruzione *Erga migrantes*, cit., n. 67.

<sup>(20)</sup> Già nel 2000 il Consiglio Permanente della CEI affermava: «[...] sembra opportuno che le diocesi abbiano almeno una persona esperta di cultura islamica e di lin-

Se la tappa di verifica viene giudicata positivamente dall'operatore pastorale, il percorso prosegue con l'invito rivolto alla parte cattolica a frequentare il corso per i fidanzati: ancorché non obbligato, è del tutto auspicabile che anche la parte musulmana partecipi agli incontri per meglio comprendere il significato del matrimonio cristiano (n. 23) e, se del caso, per approfittare dell'occasione per spiegare il proprio punto di vista sul matrimonio alle altre coppie presenti in vista di un onesto confronto (n. 24). Un'attenzione particolare dovrà essere rivolta anche al progetto educativo dei figli che potrebbero nascere: «i coniugi dovrebbero sforzarsi di educare i figli nel rispetto della religione di entrambi, insistendo sui valori comuni quali: la trascendenza come dimensione essenziale della vita e la necessità di coltivare l'ambito spirituale, la preghiera, la carità, la giustizia, la fedeltà, il rispetto reciproco ecc.» (n. 30).

La tappa successiva è quella della decisione, in cui la coppia va aiutata a chiarire tutti i risvolti insiti nella scelta di celebrare il matrimonio religioso (n. 25). Per la forma liturgica ci si atterrà alle disposizioni contenute nel *Rito del Matrimonio* <sup>(21)</sup>.

L'ultima tappa del percorso consiste nell'accompagnamento pastorale successivo alla celebrazione del matrimonio. Non meno del cammino di verifica e di preparazione, la concreta vita familiare è importante anche come banco di prova per testare la sincerità dei propositi e delle dichiarazioni rese e per sostenere la coppia nelle ineludibili fatiche della vita a due, le quali potrebbero risultare ancor più gravose a causa di atteggiamenti di chiusura della parte musulmana (n. 28 e nn. 30-31 per quanto riguarda l'educazione dei figli) <sup>(22)</sup>. Qualora la coppia decidesse di trasferirsi in un Paese islamico, la parte cattolica può essere concretamente aiutata fornendole

---

gua araba, per avviare un rapporto più solido e continuativo con i musulmani e porre le premesse per un'efficace azione evangelizzatrice». CONSIGLIO PERMANENTE DELLA CEI, Comunicato dei lavori (Roma, 24-27 gennaio 2000), cit., pp. 26-27.

<sup>(21)</sup> RITO DEL MATRIMONIO (4 ottobre 2004), cap. III: *Matrimonio tra una parte cattolica e una parte catecumena o non cristiana*, pp. 93-106. Si tratta della celebrazione del matrimonio senza la Messa. Si noti la differenza tra il menzionato caso e quello della celebrazione tra una parte cattolica e una parte battezzata non cattolica. Trattandosi di matrimonio tra una parte cattolica e una parte battezzata non cattolica la celebrazione della Messa sarà possibile con il consenso (= licenza) dell'Ordinario del luogo (*Premesse generali* al Rito del Matrimonio, n. 36). Trattandosi di matrimonio tra una parte cattolica e una parte non cristiana, nel caso di specie, un musulmano c'è un divieto alla celebrazione della Messa (*Ivi*, di seguito), che dunque non potrà essere celebrata se non dopo che la competente autorità avrà concesso apposita dispensa alle condizioni di cui ai cann. 87 § 1 e 90 § 1. Inutile dire che si tratta di casi ancor più che eccezionali.

<sup>(22)</sup> Il n. 31 afferma indirettamente che l'«indifferentismo religioso, finalizzato ad evitare eccessive tensioni», non è un progetto educativo accettabile.

in anticipo i riferimenti delle comunità cattoliche presenti *in loco*, come punti di sicuro riferimento per qualsiasi bisogno (n. 29).

## 2. *La rilevanza giuridica del percorso di preparazione* <sup>(23)</sup>.

Dal punto di vista giuridico, la particolare situazione della coppia e le risultanze di tutto questo articolato processo di reciproca conoscenza e assunzione dell'universo religioso-culturale dell'altro da parte di ciascuno dei nubendi ha una triplice valenza: 1) la dispensa dall'impedimento di *disparitas cultus* e il carattere non sacramentale del vincolo; 2) le condizioni per la concessione di detta dispensa; 3) le condizioni per la concessione di altre eventuali dispense.

### 2.1. *La dispensa dall'impedimento di disparitas cultus e il carattere non-sacramentale del vincolo.*

Di per sé quest'aspetto è comune a tutti i matrimoni tra una parte cattolica e una non battezzata. Il vincolo matrimoniale in questi casi non è sacramento, ma ha carattere di vincolo naturale per entrambe le parti. La Chiesa cattolica ha competenza a regolare questi matrimoni a motivo della presenza della parte cattolica (cf. can 1059). Nel matrimonio fra una parte cattolica e una non battezzata vengono in considerazione le loro profonde differenze in ordine alla concezione dell'istituto matrimoniale stesso e dunque alla comunione di vita fra i coniugi, all'educazione dei figli, all'integrazione della famiglia nella comunità ecclesiale ecc. Queste difficoltà, che non necessariamente devono provenire dalla parte non battezzata, sono la *ratio legis* dell'impedimento di *disparitas cultus*, la cui efficacia invalidante promana dal legislatore umano. L'innegabile riferimento al diritto divino — la tutela della fede della parte cattolica — non giunge infatti a toccare gli elementi essenziali dell'istituto matrimoniale. Lo stesso vale per la promessa e la dichiarazione, che come vedremo nel punto successivo, la parte cattolica deve prestare per la concessione della dispensa <sup>(24)</sup>.

---

<sup>(23)</sup> Per tutti gli aspetti di carattere giuridico ci si potrà ampiamente riferire al ponderoso studio, corredato da amplissima bibliografia, di G. BONI, *Disciplina canonica universale circa il matrimonio tra cattolici e islamici*, in AA.VV., *I matrimoni tra cattolici e islamici*, cit., 21-117.

<sup>(24)</sup> Sul punto, si veda più ampiamente U. NAVARRETE, *L'impedimento di «disparitas cultus»* (can. 1086), in AA.VV., *I matrimoni misti*, Città del Vaticano 1998, pp. 116-119.

## 2.2. *La dispensa dall'impedimento di disparitas cultus.*

La dispensa può essere concessa dal Vescovo diocesano ogniqualvolta egli giudichi che ciò giovi al bene spirituale dei fedeli (can. 87 § 1). Per dispensare dalla legge ecclesiastica occorre una giusta e ragionevole causa, tenuto conto delle circostanze del caso e della gravità della legge da cui si dispensa (can. 90 § 1). La causa giusta e ragionevole — requisito richiesto sempre *ad liceitatem* e anche *ad validitatem* se chi dispensa non è il legislatore — va compresa nel senso di «bene spirituale» dei fedeli (CD 8). La gravità della legge dalla quale si dispensa è da valutarsi in rapporto sia alla situazione personale delle parti, al contesto in cui la coppia andrà ad abitare, alle loro caratteristiche caratteriali e temperamentali ecc. Poiché le *Indicazioni* affermano che, qualora mancassero i presupposti per la concessione della dispensa necessaria per il matrimonio religioso, se «i due insistano nella volontà di sposarsi, potrebbe essere pastoralmente preferibile tollerare la prospettiva del matrimonio civile, piuttosto che concedere la dispensa, ponendo la parte cattolica in una situazione irreversibile», sembrerebbe caduta la classica motivazione invocata su detta concessione, il pericolo cioè che i due attentino matrimonio civile<sup>(25)</sup>. Per la liceità della dispensa si richiede inoltre: 1) che la parte cattolica dichiari di essere pronta ad allontanare i pericoli di abbandonare la fede; 2) che la stessa prometta di essere disposta a fare tutto quanto è in suo potere perché tutti i figli siano battezzati ed educati nella Chiesa cattolica (n. 41 a); 3) che entrambe le parti siano istruite sui fini e le proprietà essenziali del matrimonio, che non devono essere escluse da nessuno dei due contraenti (can. 1125). Si consiglia di non attendere il momento dell'esame dei coniugi per far conoscere alla parte musulmana quanto dichiarato e promesso dalla parte cattolica (n. 41 b).

La dichiarazione e la promessa di cui ai punti 1) e 2) vanno portate a conoscenza della parte musulmana, che non è tenuta a nessun tipo di impegno. Una sua eventuale firma posta in calce al modulo predisposto (Appendice IV, scheda 2) è solo «per presa visione» o «per conoscenza», non già «per accettazione». Va però notato che le intenzioni della parte non cattolica non sono del tutto indifferenti e ininfluenti, potendo avere dei riflessi sul *bonum coniugum* e dunque sulla validità del matrimonio<sup>(26)</sup>: «dichiarazioni rilasciate solo per

(25) A questo riguardo è curioso che nell'Appendice IV, Modulistica (scheda 1) la prima esemplificazione di causa idonea alla concessione della dispensa dall'impedimento di *disparitas cultus*, sia precisamente il «pericolo di matrimonio civile». La stessa difficoltà sembra rilevarsi anche al n. 40.

(26) Si ritiene che il *bonum coniugum* sia escluso da parte di chi «sia andato al matrimonio con la positiva volontà di rinnegare i diritti dell'altro coniuge [a riguardo] delle sue ontologiche esigenze, della sua dignità come persona; non solo, ma anche come

compiacere il parroco o la parte cattolica, ma non corrispondenti alle effettive intenzioni della parte musulmana, potrebbero costituire il presupposto per dar corso al procedimento per la dichiarazione di nullità del matrimonio» (n. 43).

Del pari, la dichiarazione e la promessa della parte cattolica non sono affatto ridicibili a mere formalità. L'obbligo di non mettere in pericolo la propria fede, certamente assoluto e di diritto divino, non pare sminuito dal fatto che la dichiarazione resa dalla parte cattolica tocchi «solo» la liceità della dispensa. Al riguardo, anzi, è stato autorevolmente affermato che «se il cattolico prevede che con tale matrimonio mette a rischio insuperabile la propria fede è tenuto in coscienza a rinunciare ad esso»<sup>(27)</sup>. Il pericolo si acuisce evidentemente quando la parte cattolica è la donna e quando la coppia si trasferirà e risiederà stabilmente in un Paese musulmano. Se poi la parte cattolica «mentre dichiara di rimuovere i pericoli di defezione dalla fede, avesse già deciso di passare con il matrimonio alla religione della parte non cattolica, questa decisione renderebbe invalida la dispensa»<sup>(28)</sup> divenendo *iniusta* la sua causa, essendosi trasgredito e violato lo *ius divinum*<sup>(29)</sup>. Le *Indicazioni*, al riguardo, chiariscono anche il senso e le conseguenze della professione della *Shahâda*, cioè della professione di fede islamica. Lungi dall'essere una mera formalità talora richiesta dal consolato del Paese islamico al contraente cattolico per la trasmissione della documentazione civile, essa costituisce un vero e proprio atto di abbandono della Chiesa cattolica (can. 751) che, qualora assumesse la sostanza di un delitto, comporta la scomunica *latae sententiae* (can. 1364) (nn. 45-47).

Il punto più complesso è però quello relativo ai figli, sia perché essi appartengono a entrambi i genitori, sia perché «nel caso dell'islâm e del cattolicesimo si tratta di religioni intrinsecamente missionarie e perciò desiderose di comunicare a tutti, in particolare alle persone amate, il messaggio di salvezza di cui si sentono portatrici»<sup>(30)</sup>.

---

soggetto del *consortium coniugale*; tra i cui diritti, fondati «in ipsa dignitate personae humanae», vi è particolarmente quello della libertà». L. DE LUCA, *L'esclusione del «bonum coniugum»*, in AA.VV., *La simulazione del consenso matrimoniale canonico*, Città del Vaticano 1990, p. 137.

<sup>(27)</sup> U. NAVARRETE, *L'impedimento di «disparitas cultus»* (can. 1086), cit., p. 133.

<sup>(28)</sup> J. PRADER, *Il matrimonio in Oriente e in Occidente*, Kanonica 1, Roma 1992, p. 95.

<sup>(29)</sup> S. VILLEGGIANTE, *Matrimonio cattolico e matrimonio musulmano: due mondi a confronto nel matrimonio dispari*, in *Orizzonti pastorali oggi. Studi interdisciplinari sulla mobilità umana*, Padova 1987<sup>2</sup>, p. 237.

<sup>(30)</sup> G. SALVINI, *I matrimoni tra cattolici e musulmani in Italia*, in *La Civiltà Cattolica*, n. 3727 (1 ottobre 2005), p. 56.

Anche qui acquista rilievo la circostanza che la parte cattolica sia la donna, se e in quale Paese musulmano i coniugi andranno a stabilirsi, il carattere e le convinzioni della parte musulmana ecc. Sulla base di un sano equilibrio tra il principio *ad impossibilia nemo tenetur* e quello secondo cui l'impegno della parte cattolica non può giungere al punto di compromettere la stabilità dell'unione stessa, ciò che si chiede al nubendo interessato è una seria e sincera volontà di prodigarsi a compiere quanto possibile nella concreta situazione in cui viene a trovarsi (*pro viribus*) e di rifiutare risolutamente la cooperazione a un'altra religione. Un'obbligazione cioè di mezzi, non di risultato<sup>(31)</sup>. Le *Indicazioni*, al riguardo forniscono alcuni elementi basilari circa la concezione musulmana del rapporto tra genitori e figli (nn. 57-59).

Anche l'istruzione circa i fini (can. 1055 § 1) e le proprietà essenziali del matrimonio (can. 1056) è una condizione *ad liceitatem* per la concessione della dispensa dall'impedimento di *disparitas cultus*. Altro discorso va fatto per la loro non esclusione, che invece attiene, per entrambe le parti, alla validità stessa del matrimonio (n. 41 c). Si deve dunque verificare con cura anche la parte cattolica: «nel corso di questa verifica potrebbero infatti emergere circostanze nuove, quali una presa di coscienza più approfondita ed eventualmente un forte disagio della parte cattolica di fronte agli orientamenti del futuro coniuge su materie così delicate; tale evenienza dovrebbe suggerire all'Ordinario di ponderare in maniera ancora più attenta l'eventuale concessione della dispensa» (n. 42)<sup>(32)</sup>.

### 2.3. *Le condizione per la concessione di eventuali altre dispense.*

Due sono in sostanza le dispense che possono essere prese in considerazione. Di una si è già detto<sup>(33)</sup>. La seconda riguarda la di-

<sup>(31)</sup> G. CAPUTO, *Introduzione allo studio del diritto canonico moderno*, II: Il matrimonio e le sessualità diverse: tra istituzione e trasgressione, Padova 1984, pp. 266-267. La riprovazione penale prevista per i genitori, o coloro che ne fanno le veci, che fanno battezzare o educare i figli in una religione acattolica (can. 1366) è applicabile solo se il coniuge cattolico spontaneamente presenta i figli per il battesimo o per l'educazione in una religione acattolica.

<sup>(32)</sup> In merito all'inserimento nel contratto di matrimonio di una clausola che preveda lo scioglimento dello stesso qualora la parte musulmana, per esempio, sposi un'altra donna, in linea di principio si tratterebbe di una sorta di forte avvertimento rivolto al coniuge non cattolico che, in cuor suo, coltivasse l'idea di accedere a nuove nozze, salvo, provare che l'inserimento della suddetta clausola equivalga a una positiva volontà di esclusione del *bonum sacramenti*. Anche a questo riguardo si dovrà prestare la debita attenzione.

<sup>(33)</sup> Cf. quanto detto *supra* alla nota 21.

spensa dalla forma canonica (can. 1127 § 2). Come ogni dispensa, dovrà essere concessa per una giusta e ragionevole causa (can. 90 § 1). Nel testo della Presidenza della CEI si forniscono alcuni esempi: il rispetto delle esigenze personali della parte non cattolica, quali il suo rapporto di parentela o amicizia con il ministro non cattolico, l'opposizione che incontra nell'ambito familiare, il fatto che il matrimonio dovrà essere celebrato all'estero in ambiente non cattolico ecc. (n. 33). Atteso che le nozze tra una parte cattolica e una non battezzata possono essere celebrate in chiesa o in un altro luogo conveniente (can. 1118 § 3), riterremmo insufficiente, in ordine alla concessione della dispensa in parola, la motivazione che la celebrazione avrà luogo in un tempio cattolico. Si dovrà poi rispettare quanto è richiesto dal Codice per tutti i matrimoni misti, sia quelli con una parte battezzata acattolica, sia quelli con una parte non battezzata: consultazione dell'Ordinario del luogo in cui la celebrazione avrà luogo, garanzia dell'osservanza di una qualche forma pubblica di celebrazione. Dal punto di vista giuridico la principale difficoltà in ordine alla concessione della dispensa dalla forma canonica, sembra essere quella legata al fatto che non è possibile la sola celebrazione davanti all'ufficiale dello stato civile<sup>(34)</sup>. Resterebbe così solo il matrimonio davanti al ministro musulmano. La difficoltà al riguardo consiste nel fatto che per il diritto islamico, non è necessario che il matrimonio sia celebrato davanti all'imam. Si rischierebbe quindi di ricadere in un rito civile. Si danno poi casi di celebrazione, secondo il rito musulmano, con esclusione della donna, il cui consenso viene manifestato dal wali, cioè dal suo procuratore e non da lei personalmente. Al riguardo, si deve notare che non sempre la suddetta prassi equivale, *quoad substantiam*, al ma-

---

<sup>(34)</sup> Cf. CEI, *Decreto generale sul matrimonio canonico*, n. 50: «Fermo restando quanto disposto dal can. 1127 § 2, di norma — salvo che sia disposto diversamente da eventuali intese con altre confessioni cristiane — si richiede che le nozze siano celebrate davanti a un legittimo ministro di culto, e non con il solo rito civile, stante la necessità di dare risalto al carattere religioso del matrimonio». Un esempio di intesa è quella che riguarda il matrimonio tra una parte cattolica e una parte valdese o metodista: qui è possibile, con la dispensa dalla forma canonica, la celebrazione anche solo davanti all'ufficiale dello stato civile. Ma ciò è in forza di una specifica intesa tra l'autorità cattolica e quella valdese-metodista. CONFERENZA EPISCOPALE ITALIANA-SINODO DELLE CHIESE VALDESE E METODISTE IN ITALIA, *Per un indirizzo pastorale dei matrimoni misti*. Testo comune CEI e valdesi-metodisti, n. 3.3 lett. c), in *Notiziario CEI* 1997, pp.147-177. Il documento applicativo dell'Intesa (n. 33), in linea con quanto stabilito dal Decreto generale, precisa che non si tratta di un matrimonio civile, ma di un matrimonio religioso, dunque sacramentale, con dispensa dalla forma canonica. CONFERENZA EPISCOPALE ITALIANA-CHIESA EVANGELICA VALDESE (Unione delle Chiese valdesi e metodiste in Italia), *I matrimoni tra cattolici e metodisti*. Testo applicativo del Testo comune approvato dalla CEI, in *Notiziario CEI* 2000, pp.368-385.

trimonio per procura, peraltro ammesso e disciplinato anche dal Codice di diritto canonico (cann. 1104-1105), potendosi dunque ravvisare una violazione del principio base di tutto l'ordinamento matrimoniale canonico: *consensus facit nuptias* (can. 1057 § 1)<sup>(35)</sup>.

### 3. *Rilievi conclusivi.*

Può forse essere utile qualche ulteriore parola di commento a quanto si legge al n. 21: «qualora i due insistano nella volontà di sposarsi, potrebbe essere pastoralmente preferibile tollerare la prospettiva del matrimonio civile piuttosto che concedere la dispensa, ponendo la parte cattolica in una situazione matrimoniale irreversibile». Questa affermazione va letta alla luce dell'assunto iniziale del documento «l'esperienza maturata negli anni recenti induce in linea generale a *sconsigliare o comunque a non incoraggiare questi matrimoni*» (n. 3).

La coppia si è presentata al sacerdote o all'operatore pastorale incaricato, questi ha verificato l'assenza delle condizioni per la concessione della dispensa da parte dell'Ordinario per il matrimonio religioso, ha cercato paternamente ma realisticamente di dissuadere dalle nozze, ma, ciononostante, i due insistono nella volontà di sposarsi. Questo è precisamente il punto: la perseverante volontà dei due nel volersi sposare può essere un motivo sufficiente per concedere la dispensa? Il documento della CEI risponde di no: piuttosto che mettere la parte cattolica in una situazione irreversibile, è pastoralmente preferibile tollerare la prospettiva del matrimonio civile, cioè è preferibile tollerare che si crei una situazione matrimoniale irregolare, ma recuperabile in seguito se — come prevedibile — l'unione dei due non reggerà alla prova del tempo. In caso contrario, resta sempre la possibilità della convalidazione semplice o anche della sanazione in radice<sup>(36)</sup>. Ovviamente il sacerdote, o l'operatore pastorale, dovrà ben

<sup>(35)</sup> Sul punto si veda G. BONI, *La manifestazione del consenso matrimoniale e il matrimonio per procura e per interprete* (cann. 1104-1106), in AA.VV., *Diritto matrimoniale canonico. II: Il consenso*, Città del Vaticano 2003, pp.605-683.

<sup>(36)</sup> Questo orientamento è stato assunto da diverse altre Conferenze Episcopali. Cf. al riguardo lo studio di A. MONTAN, *Disciplina canonica particolare circa il matrimonio tra cattolici e islamici*, cit., pp. 145-147. Varrebbe tuttavia la pena di rileggere quanto detto nell'*Introduzione* al Seminario di studio organizzato dal Segretariato per l'ecumenismo e per il dialogo della CEI — Roma, 5-6 nov. 1999 — dal Presidente del menzionato Segretariato: «È da tempo che ci giungono da Vescovi e da Missionari dei paesi musulmani inviti a essere meno ingenui e, nel caso del matrimonio, a dissuadere fortemente la parte cattolica a preferire il solo matrimonio civile ad un matrimonio anche religioso, magari con la necessaria *sanatio in radice* quando la sposa cristiana avrà superato, in virtù della sua fede, lo choc iniziale e si sarà mostrata coerente. E questo perché nei paesi a maggioranza musulmana (e non solo quelli) la pressione sociale è fortissima e

guardarsi dal «suggerire» l'unione civile, rimettendola totalmente alla scelta e, dunque, alla responsabilità morale degli interessati. Inutile dire che gli effetti canonici di questa unione civile, sia pure «tollerata», sono identici a quelli a tutti ben noti.

Quello di cui abbiamo cercato di abbozzare qualche linea di presentazione è un documento utile, e di cui si sentiva la necessità. Attesa la complessità e la delicatezza del problema assai saggiamente la nostra Conferenza Episcopale ha dato delle prime indicazioni di carattere pastorale con il lodevole intento di creare una prassi il più possibile uniforme. Vano sarebbe stato dare norme più cogenti in assenza di un minimo di contesto pastorale condiviso, almeno nelle linee di fondo. Se applicate con intelligenza, le Indicazioni della CEI non mancheranno di dare i loro buoni frutti.

*Alberto Perlasca*

---

allo stato dei fatti pressoché invincibile. Noi dei paesi occidentali, senza diretta esperienza della cultura musulmana specialmente araba, siamo più possibilisti, perché pensiamo che la frequentazione del nostro mondo irridente e secolarizzato finirà per avere ragione anche di tanti condizionamenti: il che è vero, certamente, ma non ci esime dal trovare percorsi seri ed onesti per l'oggi e per l'immediato domani». La citazione è riportata in G. BONI, *Disciplina canonica universale circa il matrimonio tra cattolici e islamici*, cit., pp. 49-50 (nota 122 in fondo).

**Pagina bianca**

## DOTTRINA

J. CANOSA, <i>La funzione della giurisprudenza della Segnatura Apostolica nello sviluppo del Diritto amministrativo canonico</i> .....	385
P.G. CAROZZA, <i>The Universal Common Good and the Authority of International Law</i> .....	3
L. DE GREGORIO, <i>Il diritto alla difesa dell'autore nel procedimento per l'esame delle dottrine</i> .....	417
M. DEL POZZO, <i>La comprensione del realismo giuridico nel pensiero canonistico di Javier Hervada</i> .....	611
J. FORNÉS, <i>La libertà religiosa in Europa</i> .....	29
Z. GROCHOLEWSKI, <i>Giovanni Paolo II, legislatore</i> .....	335
J. L. GUTIÉRREZ, <i>I laici, la politica e il martirio</i> .....	55
J. HERVADA, <i>Le radici sacramentali del diritto canonico</i> .....	629
P. LANDAU, <i>Il concetto giuridico del diritto ecclesiale in prospettiva filosofico-storica</i> .....	347
M. MADONNA, <i>Lo statuto giuridico del catecumeno tra diritto universale e legislazione particolare</i> .....	441
L. NAVARRO, <i>Diritto e volontà di associazione dei fedeli</i> .....	75
B. ROMA, <i>La riconciliazione dei coniugi</i> .....	463
B. SERRA, <i>L'equità canonica quale limite interno della discrezionalità dell'amministrazione ecclesiale</i> .....	659

## GIURISPRUDENZA

TRIBUNALE DELLA ROTA ROMANA. <i>Int. Malaesiae Paeninsulae seu Pinangen</i> . Nullità del matrimonio. Discrezione di giudizio. Immaturità, specialmente affettiva. Necessità o meno della perizia. Sentenza definitiva. 22 maggio 2002. Huber, Ponente (con <i>nota</i> C. J. Errázuriz M.) .....	683
TRIBUNALE DELLA ROTA ROMANA. <i>Reg. Aprutini seu Marsorum</i> . Nullità del matrimonio. Timore. Esclusione dell'indissolubilità e della prole. Difetto di forma. Sentenza definitiva. 12 giugno 2003. Caberletti, Ponente (con <i>nota</i>	

di di G. M. Corsi, <i>L'interpretazione delle norme sulla supplenza di facoltà per assistere al matrimonio</i> .....	103
TRIBUNALE DELLA ROTA ROMANA. <i>Reg. Aprutini seu Piscarien. - Pinnen</i> . Nullità del matrimonio. Errore sulla persona. Incapacità ad assumere gli oneri coniugali essenziali. Esclusione dell'indissolubilità. Esclusione della prole. Sentenza definitiva. 11 dicembre 2003. Bottone, Ponente (con nota di C. Tammaro, <i>Qualche breve osservazione storico-giuridica circa il significato dell'espressione «actus positivus voluntatis» nella simulazione del consenso matrimoniale</i> ) .....	163
TRIBUNALE DELLA ROTA ROMANA. <i>Reg. Insubris seu Mediolanen</i> , <i>Nullitatis matrimonii</i> sentenza definitiva (11/04), 23 gennaio 2004, Serrano Ruiz, Ponente (con commento di J. Llobell, <i>Ancora sulla modifica «ex officio» del decreto di concordanza del dubbio</i> ) .....	713

## NOTE E COMMENTI

A. BAMBERG, <i>Vacances et obligation de résidence de l'évêque diocésain. Réflexion autour de l'interprétation de canons</i> .....	199
A. CHIRICO, <i>Problema ambientale e diritto alla vita nel rapporto tra Chiesa e società civile: profili giuridici</i> .....	761
C.J. ERRÁZURIZ M., <i>I matrimoni misti: approccio interordinamentale e dimensioni di giustizia</i> .....	221
J. I. RUBIO LÓPEZ, <i>Diez tesis sobre el derecho norteamericano de libertad religiosa (Corte Rehnquist: 1986-2005)</i> .....	773

## RASSEGNA DI BIBLIOGRAFIA

*Note bibliografiche.*

H. FRANCESCHI F., <i>Realismo giuridico e ordinamenti matrimoniali</i> (a proposito del libro di G. LO CASTRO, <i>Matrimonio, Diritto e Giustizia</i> ) .....	249
C. MORÁN, <i>La demanda en el proceso canónico</i> (a proposito del libro di R. RODRÍGUEZ-OCAÑA, <i>La demanda judicial canónica</i> ) .....	493

*Recensioni.*

AA.VV., <i>Iglesia, Estado y Sociedad Internacional. Libro homenaje a D. José Giménez y Martínez de Carvajal</i> (F. Chica Arellano) .....	265
A. ALBISETTI, <i>Il diritto ecclesiastico nella giurisprudenza della Corte costituzionale</i> (A. Filipazzi) .....	795
M. ARETIO, <i>Obediencia y libertad en la vida consagrada</i> (F. Puig) .....	798

J. BAQUERO DE LA CALLE RIVADENEIRA, <i>Personas jurídicas de Derecho Especial</i> (J. T. Martín de Agar) .....	800
L. BARBIERA, <i>Diritto Matrimoniale Canonico</i> (D. Cito) .....	511
P. A. BONNET, C. GULLO (eds.), <i>Diritto matrimoniale canonico</i> , vol. II, <i>Il consenso</i> (M. Gas i Aixendri) .....	512
A. R. BREWER CARIAS, <i>Principios del Procedimiento Administrativo en América Latina</i> (J. A. Machado J.) .....	518
D. CENALMOR, J. MIRAS, <i>El Derecho de la Iglesia. Curso básico de Derecho canónico</i> (F. Puig) .....	268
CONGREGAZIONE PER LE CHIESE ORIENTALI, <i>Ius Ecclesiarum vehiculum caritatis. Atti del Simposio internazionale per il decennale dell'entrata in vigore del Codex Canonum Ecclesiarum Orientalium</i> (Città del Vaticano, 19-23 novembre 2001) (L. Okulik) .....	520
R. CORAZÓN, <i>Cásate y verás</i> (J. Ferrer Ortiz) .....	524
G. DALLA TORRE, <i>Europa. Quale laicità?</i> (D. Le Tourneau) .....	527
R. DOMINGO (ed.), <i>Juristas universales</i> (J. Miñambres) .....	271
S. GHERRO (ed.), <i>Il principio del contraddittorio tra l'ordinamento della Chiesa e gli ordinamenti statali</i> (E. Cadelo de Isla) .....	804
J. HERVADA, <i>Pensamientos de un canonista en la hora presente</i> (C. Tammaro) .....	529
I. C. IBÁN, M. GONZÁLEZ, <i>Textos de Derecho Eclesiástico (Siglos XIX y XX)</i> (J. Ferrer Ortiz) .....	274
L. LORUSSO, O.P., <i>Gli orientali cattolici e i pastori latini. Problematiche e norme canoniche</i> (D. Le Tourneau) .....	532
V. MARANO, <i>Il fenomeno associativo nell'ordinamento ecclesiale</i> (L. Navarro) .....	807
J. M. MARTÍ, <i>Sociedad, medios de comunicación y factor religioso (perspectiva jurídica)</i> (M.F. Sánchez Hurtado) .....	534
J. MARTÍNEZ-TORRÓN, <i>Religión, derecho y sociedad. Antiguos y nuevos planteamientos en el derecho eclesiástico del Estado</i> (J. Ferrer Ortiz) .....	809
M. Á. ORTIZ (ed.), <i>Ammissione alle nozze e prevenzione della nullità del matrimonio</i> (J. M. Vázquez García-Peñuela) .....	815
M. PACHECO GÓMEZ, <i>La separación de la Iglesia y el Estado en Chile y la diplomacia vaticana</i> (C. J. Errázuriz M.) .....	278
F. PUIG, <i>La esencia del matrimonio a la luz del realismo jurídico</i> (C. Tammaro) .....	285
G. RIVETTI, <i>Non profit. Profili ecclesiasticistici e statuali. Nuove prospettive</i> (J. Miñambres) .....	824
C. SALINAS ARANEDA, <i>Lecciones de Derecho Eclesiástico del Estado de Chile</i> (C. J. Errázuriz M.) .....	537

M. TKHOROVSKYY, <i>Procedura per la nomina dei Vescovi. Evoluzione dal Codice del 1917 al Codice del 1983</i> (J. Miñambres) .....	288
J. M. VÁZQUEZ GARCÍA-PEÑUELA (ed.), <i>Los concordatos: pasado y futuro. Actas del Simposio internacional de Derecho Concordatario (Almería, 12-14 de noviembre de 2003)</i> , (J.-P. Schouppe) .....	826

## DOCUMENTI

*Atti di Giovanni Paolo II.*

Lettera <i>Durante l'ultima cena</i> per il riconoscimento della personalità giuridica canonica pubblica a Caritas Internationalis, 16 settembre 2004 (con <i>nota</i> di J. Miñambres, <i>Status giuridico-canonico di Caritas Internationalis</i> ) .....	293
Discorso alla Rota Romana, 29 gennaio 2005 (con <i>nota</i> di J. Llobell) .....	545

*Atti della Santa Sede.*

PONTIFICIO CONSIGLIO PER I TESTI LEGISLATIVI, <i>Nota</i> circa la validità dei matrimoni civili celebrati nel Kazakhstan nel periodo comunista, 13 maggio 2003 (con <i>nota</i> di M. A. Ortiz, <i>La validità del matrimonio civile celebrato da battezzati nella Chiesa ortodossa</i> ) .....	303
PONTIFICIO CONSIGLIO PER I TESTI LEGISLATIVI, <i>Nota esplicativa</i> sul can. 1681 CIC, 2 marzo 2005 .....	833

*Legislazione particolare.*

BELGIO, CONFERENZA EPISCOPALE DEL BELGIO, <i>Erezione dei Tribunali Interdiocesani fiamminghi e francofoni di prima e di seconda istanza, 1993-2004</i> (con <i>nota</i> di J.-P. Schouppe, <i>L'érection des tribunaux interdiocésains flamands et francophones de première et de seconde instance dans la province ecclésiastique de Belgique</i> ) .....	569
ITALIA, CONFERENZA EPISCOPALE ITALIANA. PRESIDENZA, <i>Indicazioni su «I matrimoni tra cattolici e musulmani in Italia»</i> , 29 aprile 2005 (con <i>nota</i> di A. Perlasca) .....	839

*Giurisprudenza civile.*

ITALIA. CONSIGLIO DI STATO. Sezione VI. <i>Sentenza</i> , 18 aprile 2005, n. 1762 (con <i>nota</i> di commento di G. Picichè, <i>La tutela dell'identità religiosa dei centri educativi e la libertà religiosa</i> ) .....	598
--	-----