

IUS ECCLESIAE

RIVISTA INTERNAZIONALE DI DIRITTO CANONICO

Vol. XVIII - Num. 1 - Gennaio-Aprile 2006

PONTIFICIA UNIVERSITÀ DELLA SANTA CROCE
GIUFFRÈ EDITORE

Pagina bianca

SOMMARIO

DOTTRINA

V. DE PAOLIS, <i>La Chiesa cattolica e il suo ordinamento giuridico</i>	3
P. GEFAELL, <i>Il diritto canonico orientale nei lavori del Concilio Vaticano I. Voti dei consultori della Commissione preparatoria per le Missioni e le Chiese orientali</i>	29
V. MARANO, <i>La protezione dei dati personali fra diritto statale e «garanzie» confessionali</i>	61
J.-P. SCHOUPPE, <i>La protection du mariage et de la famille en droit européen des droits de l'homme: mythe ou réalité?</i>	83

GIURISPRUDENZA

TRIBUNALE DELLA ROTA ROMANA. <i>Reg. Siculi seu Panormitana</i> . Nullità del matrimonio. Sentenza definitiva, 25 aprile 2002. Stankiewicz, Ponente (con nota di A. SAMMASSIMO, <i>L'indissolubilità: proprietà del matrimonio in quanto istituto di diritto naturale</i>)	111
TRIBUNALE DELLA ROTA ROMANA. <i>Peoriensis</i> . Nullità del matrimonio. Esclusione dell'indissolubilità. Sentenza definitiva, 4 febbraio 2005. McKay, Ponente (con nota di H. FRANCESCHI F., <i>La relazione tra l'errore sull'indissolubilità e l'esclusione mediante un positivo atto di volontà</i>)	159

NOTE E COMMENTI

M. RIVELLA, <i>L'Istruzione in materia amministrativa 2005 della Conferenza episcopale italiana</i>	187
J. MINAMBRES, <i>Evoluzione nella prassi amministrativa della Chiesa in Italia: dalla «Istruzione in materia amministrativa» del 1992 a quella del 2005</i>	199

- S.A. SZUROMI, *A Snapshot from the Process of the Textual Development of Ivo's Works (Comparative Analysis of Angers, Bibliothèqne Municipale, Ms. 369 with Bav Reg. Lat. 973 and Other Textual Witnesses)* 217

RASSEGNA DI BIBLIOGRAFIA

Recensioni

- J.I. ARRIETA (dir.), *Codice di Diritto Canonico e leggi complementari commentato* (G. Feliciani) 241
- A. BETTETINI, *Gli enti e i beni ecclesiastici. Art. 831* (J. Miñambres) 243
- P. ETZI, *Iuridica franciscana. Percorsi monografici di storia della legislazione dei tre Ordini francescani* (C. Tammaro) 246
- J. HERVADA, *Vetera et Nova. Cuestiones de Derecho Canónico y afines (1958-2004). Segunda edición remodelada* (M. del Pozzo) 248
- J.E. HORTA ESPINOZA, *Perseveranza e misericordia: due risposte alla crisi di un religioso chierico. La Dispensa dall'Ordine sacro e dai Voti Perpetui* (L. Lorusso, O.P.) 250
- J.L. GUTIÉRREZ, *Studi sulle Cause di Canonizzazione* (C. Bove, O.F.M. Conv.) 253
- I. JIMÉNEZ-AYBAR, *El Islam en España. Aspectos institucionales de su estatuto jurídico* (Z. Combalía) 256
- E. N. PETERS (comp.), *Incrementa in Progressu 1983 Codicis Iuris Canonici* (L. Navarro) 259
- B.F. PIGHIN, *Il Seminario di Concordia-Pordenone: La crescita fino al Concilio Vaticano II (1920-1962)* (D. Cito) 261
- S. RECCHI (ed.), *Autonomie financière et gestion des biens dans les jeunes Églises d'Afrique* (L. Navarro) 264
- E. TEJERO, *¿Imposibilidad de cumplir o incapacidad de asumir las obligaciones esenciales del matrimonio? Historia, jurisprudencia, doctrina, normativa, magisterio interdisciplinarietà y psicopatología incidentes en la cuestión* (P. Bianchi) 267
- D. VAJANI, *La cooperazione del difensore del vincolo alla ricerca della verità per il bene della Chiesa* (C. Tammaro) 283
- F. WALKER VICUÑA, *La facultad para confesar* (A. S. Sánchez-Gil) 285

DOCUMENTI

Atti di Benedetto XVI

- Lettera apostolica in forma di «Motu proprio» *L'antica e venerabile Basilica per la Basilica di San Paolo fuori le Mura e per il suo complesso extra-territoriale, 31 maggio 2005* (con nota di A. S. Sánchez-Gil) 293

Lettera apostolica in forma di « Motu proprio » <i>Totius orbis</i> contenente nuove disposizioni circa le Basiliche di San Francesco e di Santa Maria degli Angeli in Assisi, 9 novembre 2005 (con <i>nota</i> di A. S. Sánchez-Gil).....	295
<i>Legislazione particolare</i>	
ITALIA, CONFERENZA EPISCOPALE ITALIANA, Decreto di promulgazione della Istruzione in materia amministrativa, 1 settembre 2005	305

Pagina bianca

COLLABORATORI DI QUESTO FASCICOLO

- VELASIO DE PAOLIS, Segretario del Supremo Tribunale della Segnatura Apostolica.
- PABLO GEFAELL, Straordinario di Diritto canonico orientale - Pontificia Università della Santa Croce.
- VENERANDO MARANO, Professore Associato di Diritto ecclesiastico - Università di Foggia.
- JESÚS MIÑAMBRES, Straordinario di Diritto patrimoniale canonico - Pontificia Università della Santa Croce.
- MAURO RIVELLA, Direttore dell'Ufficio Nazionale per i problemi giuridici della Conferenza Episcopale Italiana.
- JEAN-PIERRE SCHOUPPE, Docente di Diritto canonico - Pontificia Università della Santa Croce.
- SZABOLCS ANZELM SZUROMI, Dottore in Diritto canonico - Università Petro Pázmány (Ungheria).

Hanno collaborato anche: P. BIANCHI, C. BOVE, D. CITO, Z. COMBALIA, M. DEL POZZO, G. FELICIANI, H. FRANCESCHI F., J. LLOBELL, L. LORUSSO, L. NAVARRO, A. SAMMASSIMO, A.S. SÁNGHEZ-GIL, C. TAMMARO.

Pagina bianca

Dottrina

Pagina bianca

VELASIO DE PAOLIS

LA CHIESA CATTOLICA E IL SUO ORDINAMENTO GIURIDICO

I. Premessa. Identità tra Chiesa di Cristo e Chiesa cattolica. — II. L'ordinamento giuridico nell'autocoscienza della Chiesa. — 1. Realtà divina e umana. — 2. La trascendenza dei fini richiede anche la trascendenza dei mezzi. — 3. La sacra potestas. — 4. L'ordinamento canonico ha alla sua base il diritto divino naturale e positivo. — 5. La specificità dell'ordinamento canonico è il servizio dell'amore. L'esercizio del potere: luogo di rivelazione del mistero dell'amore di Dio. — 6. La pastoralità del servizio dell'autorità. — 7. Le due coordinate della vita della Chiesa. — 8. La Chiesa e il suo ordinamento giuridico. — 9. Le fonti che la Chiesa riconosce come normative per sé. — 10. Alcune caratteristiche di questa specificità. — 11. L'ordinamento canonico e gli ordinamenti civili. — 12. La crisi del diritto canonico nei tempi recenti e suo superamento.

I. PREMESSA.

Identità tra Chiesa di Cristo e Chiesa cattolica.

Quando parliamo dell'ordinamento giuridico della Chiesa, intendiamo riferirci all'ordinamento giuridico della Chiesa cattolica, la quale a sua volta si identifica con la Chiesa di Cristo, e si riconosce nella professione di fede che nel Credo confessa la Chiesa «una santa cattolica ed apostolica». Appartiene al patrimonio della fede cattolica l'affermazione che la Chiesa di Cristo si identifica con la Chiesa Cattolica, riconoscibile nella storia umana perché costituita in questo mondo come società organizzata, sotto la guida del vescovo di Roma, successore di San Pietro, e dei vescovi successori degli apostoli in comunione e in obbedienza con lo stesso vescovo di Roma (cf. can. 204, § 2). Questa Chiesa si struttura e si articola nella sua organizzazione in comunità locali sotto la guida di un vescovo successore degli apostoli, che vengono

chiamate con diversi nomi, come diocesi, chiese locali, o chiese particolari, alle quali è preposto un vescovo su designazione del Papa o per lo meno con la sua approvazione e in comunione con Lui⁽¹⁾,

II. L'ORDINAMENTO GIURIDICO NELL'AUTOCOSCIENZA DELLA CHIESA.

1. *Realtà divina e umana.*

La Chiesa dispone di un vero ordinamento giuridico. Infatti essa detiene «l'unico governo globale oggi esistente, provvisto di un autonomo peculiare ordinamento giuridico»⁽²⁾. Qualunque sia la definizione più appropriata, «certo è che l'ordinamento canonico, sviluppatosi grazie a una evoluzione di più di venti secoli, appare un sistema giuridico organico e completo tra i più importanti, articolato in una normativa originaria e autonoma, cioè di diretta produzione, concorrente e spesso contrastante con il diritto statale, con il quale pure deve confrontarsi nella disciplina delle cosiddette «materie miste». È uno dei maggiori monumenti giuridici della storia dell'umanità, per certi aspetti — in particolare per la sua

⁽¹⁾ La dottrina dell'identità della Chiesa di Cristo con la Chiesa cattolica non può dirsi superata dall'insegnamento del Vaticano II; anzi viene approfondita e confermata, particolarmente in riferimento al testo di LG, 8: «Haec Ecclesia in hoc mundo ut societas constituta et ordinata, subsistit in Ecclesia catholica, a successore Petri et Episcopis in eius comunione gubernata, licet extra eius compaginem elementa plura sanctificationis et veritatis inveniantur, quae ut dona Ecclesiae Christi propria, ad unitatem catholicam impellunt». Il *subsistit in* non solo riconferma il senso dell'*est*, cioè l'identità fra la Chiesa di Cristo e la Chiesa cattolica. Esso vuole soprattutto ribadire che la Chiesa di Cristo, con la pienezza di tutti i mezzi istituiti da Cristo, perdura (continua, rimane) per sempre nella Chiesa cattolica. Purtroppo durante questi ultimi quarant'anni dopo il Concilio un gran numero di pubblicazioni ha proposto un'interpretazione del *subsistit in* che non corrisponde alla dottrina del Concilio» (K.J. BECKER, *Subsistit*, in *L'Osservatore Romano*, 5-6 dicembre 2005, p. 1 e 6, 7). Cf. anche F. OCÁRIZ, *Chiesa di Cristo, Chiesa cattolica e chiese non in piena comunione con la Chiesa Cattolica*, in *L'Osservatore Romano*, 8 dicembre 2005, p. 9; cfr. anche V. DE PAOLIS, *Chiesa di Cristo, Chiesa Cattolica, chiese particolari, comunità ecclesiali*, in *Periodica* 94, 2005, pp. 543-586.

⁽²⁾ O. FUMAGALLI CARULLI, *Il governo universale della Chiesa e i diritti della persona. Con cinque Lezioni magistrali di: Giovanni Battista Re, Crescenzo Sepe, Mario Francesco Pompedda, Jean-Louis Tauran, Julián Herranz*, Vita e Pensiero, Milano 2003, XIII.

specifica elasticità e duttilità — superiore anche al diritto romano e ha un'importanza straordinaria per la costruzione della civiltà in tutti i campi, compreso quello giuridico»⁽³⁾. L'ordinamento giuridico per la Chiesa non è semplicemente un dato di fatto o frutto di una situazione storica, ma una necessità derivante dalla natura stessa e missione della Chiesa, in ragione dei fini che essa è chiamata a perseguire in modo esclusivo⁽⁴⁾.

La Chiesa cattolica si presenta come modello unico di società religiosa che ha rivendicato e formulato un proprio ordinamento giuridico, sovrano e indipendente dal potere civile, sulla pretesa di avere una missione propria ed esclusiva, ricevuta da Dio stesso, verso tutti gli uomini. Ha la dimensione dell'universalità, in quanto ogni uomo è chiamato a parteciparvi, semplicemente perché è uomo, senza ulteriore specificazione; si presenta come sacramento universale di salvezza, perché attraverso di essa Dio unifica la famiglia umana. Si professa pertanto come la famiglia di Dio e come comunione di tutti gli uomini. Proclama la uguale dignità di ogni persona e la fraternità di tutti gli uomini. Mentre è ben inserita nella storia, si ritiene detentrici di una missione che va oltre la storia; si proclama strumento del Regno di Dio, destinata però a scomparire quando tale regno sarà realizzato pienamente, ossia quando Dio sarà veramente tutto in tutti⁽⁵⁾. Si proclama una realtà

(3) *Ibid.* p. 32.

(4) «E in realtà il Codice di Diritto Canonico è estremamente necessario alla Chiesa. Poiché, infatti è costituita come una compagine sociale e visibile, essa ha bisogno di norme: sia perché la sua struttura gerarchica ed organica sia visibile; sia perché l'esercizio delle funzioni a lei divinamente affidate, specialmente quella della sacra potestà e dell'amministrazione dei sacramenti, possa essere adeguatamente organizzato; sia perché le scambievoli relazioni dei fedeli possano essere regolate secondo giustizia, basata sulla carità, garantiti e ben definiti i diritti dei singoli; sia finalmente perché le iniziative comuni, intraprese per una vita cristiana sempre più perfetta, attraverso le leggi canoniche vengano sostenute, rafforzate e promosse». GIOVANNI PAOLO II, Cost. *Sacrae disciplinae leges*, in *Communicationes*, 15 (1983) pp. 8-9.

(5) Ho avuto modo di trattare il tema delle caratteristiche dell'ordinamento canonico, almeno per accenni, in diversi scritti, ai quali rinvio: V. DE PAOLIS, *Verità, identità e norma*, in *Identità nazionale culturale e religiosa*, a cura del Servizio nazionale della CEI per il progetto culturale e associazioni teologiche italiane, Edizioni San Paolo, Milano 1999, pp. 131-147; ID., *Il vescovo e il servizio di autorità*, in *Periodica de re canonica*, 91 (2002) pp. 605-637; ID., *Teologia e filosofia nell'esperienza giuridica alla luce della Fides et Ratio*, in GUIDO MAZZOTTA (a cura di), *Audacia della ragione e inculturazione della fede*, Urbaniana University Press, pp. 183-227; ID., *Il diritto nella*

divina e umana insieme, ad analogia del Verbo Incarnato, Uomo e Dio in un unico soggetto personale (cf. LG, 8). La pretesa ad un ordinamento giuridico proprio, indipendente da qualsiasi potere umano, si fonda sulla finalità propria ed esclusiva, che di fatto nessun'altra società umana pretende di avere: la salvezza delle anime, ossia una salvezza della persona che trascende il tempo. Essa si rende conto che tale finalità non le può essere propria in quanto comunità umana, perché trascende il tempo, ma le viene dal suo Fondatore che, secondo la fede della Chiesa, è il Figlio di Dio fatto uomo, Salvatore del mondo, Gesù di Nazaret, che la Chiesa identifica con il Messia atteso nella storia della salvezza, e pertanto proclama il Cristo, e lo chiama, in quanto Figlio di Dio, il Signore.

2. *La trascendenza dei fini richiede anche la trascendenza dei mezzi.*

La stessa Chiesa afferma che dal suo Signore Fondatore non solo è stata fondata, ma ha ricevuto anche i beni necessari per realizzare un fine, che ella considera soprannaturale. I mezzi pertanto saranno anch'essi soprannaturali, e differiscono da quelli di ogni società umana che ha scopi che si esauriscono nel tempo. Si tratta di quei beni che possono essere racchiusi nei beni della comunione che costituiscono la stessa Chiesa, ossia i beni della parola di vita eterna, la parola della verità, affidato come un patrimonio alla Chiesa che lo custodisce, sviluppa e trasmette attraverso il suo magistero; i beni dei sacramenti, nei quali è presente la forza salvifica dell'azione redentrice del suo Fondatore, secondo l'affermazione di Leone Magno: con l'Ascensione di Gesù al cielo «quello che era visibile del nostro Redentore è passato nei riti sacramentali» e viene rivissuto nella liturgia⁽⁶⁾. Il sacramento, poi, che in qualche modo riassume tutti gli altri è quello dell'Eucaristia, che «racchiude tutto il bene spirituale della Chiesa», Cristo stesso, che nel-

missione della Chiesa, in *Veritas in caritate*, Miscellanea di studi in onore del Card. José Saraiva Martins, Urbaniana University Press, Roma 2003, pp. 109-123; Id., *Formazione civilistica e canonistica*, in *Seminarium*, XLIII (2003), 2, 1-2, pp. 153-196; Id., *Il Ruolo della scienza canonistica nell'ultimo ventennio*, in *Vent'anni di esperienza canonica 1983-2003. Atti della Giornata accademica tenutasi nel XX anniversario della promulgazione del codice di diritto canonico*, a cura del Pontificio Consiglio per i testi legislativi, Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano 2003, pp. 117-158.

(6) *Discorso* 2 sull'Ascensione 1, 4 (PL 54, 397).

l'ultima cena ha lasciato la memoria di se stesso nel momento supremo della sua vita, ossia nel mistero della sua Pasqua (PO, 5). Infine si tratta del bene del servizio della stessa autorità, che, nella Persona e nell'autorità dello stesso Capo continua a svolgere la sua funzione di santificazione, di insegnamento e di governo. La Chiesa si presenta pertanto come il mistero di Dio, che entra nel tempo, accompagna la vita dell'uomo per condurre ogni uomo alla sua meta finale, che trascende il tempo. Il suo ordinamento giuridico, che è in funzione dei tre beni della *communio ecclesiastica* per la salvezza dell'uomo, è per il servizio della Parola, dei Sacramenti e della diaconia dell'autorità ecclesiastica (cf can. 205).

3. *La sacra potestas.*

La Chiesa proclama di essere sotto la guida dello stesso Signore risorto, che vi abita mediante la presenza del suo Spirito Santo, che la sostiene e la alimenta (Cf. LG, 4). Ma nello stesso tempo il Signore è reso visibile in coloro che hanno ricevuto il sacramento dell'ordine sacro, i quali, configurati a Cristo e ricevuto il dono dello Spirito Santo, agiscono nella persona stessa di Cristo e detengono un potere sacro, che è lo stesso potere di Cristo, il quale a sua volta lo ha ricevuto dal Padre celeste. Si tratta della *sacra potestas*, che Cristo ha conferito alla sua Chiesa, per la realizzazione del suo fine, che è soprannaturale, e si concretizza nella *salus animarum*. Si tratta di un servizio che ha una duplice dimensione, rispetto all'origine e rispetto ai destinatari. È un *ministerium* in relazione alla fonte, che è Cristo stesso vivente nella sua Chiesa, al punto che in un senso ampio tutti coloro che esercitano una potestà nella Chiesa sono in qualche modo *vicarii Christi* e partecipano della sacralità di essa e quindi della dimensione soprannaturale del potere, al punto che gli atti posti assumono una dimensione salvifica soprannaturale, e concorrono strumentalmente alla salvezza delle anime. In essi è presente Cristo ed essi operano in suo nome. La seconda dimensione della ministerialità è in riferimento alle persone destinatarie degli atti di governo. Ma questa seconda dimensione è in stretta relazione con la prima. Essi di fatto esercitano un servizio ai fedeli, nella misura in cui essi operano in connessione con Cristo, in comunione con Lui e in suo nome. Dalla corrispondenza di questa duplice dimensione della ministerialità l'atto di governo dispiega pienamente la sua efficacia. L'esercizio della potestà ecclesiastica è chiamato significativamente *mini-*

sterium, non potere. Di fatto particolarmente sulla potestà di governo si ripercuotono le visioni aberranti del diritto e della società che oggi dominano la scena dottrinale giuridica. Ma è anche in questa realtà umana che la Chiesa è chiamata a rivelare la novità evangelica, in forme sempre nuove e conformi alla sua natura: il servizio del potere come atto d'amore di Dio verso gli uomini, quando esso è spesso dominio arbitrario di un uomo sull'altro uomo⁽⁷⁾. Il potere ecclesiastico è e deve essere un servizio alla Chiesa-comunione⁽⁸⁾.

4. *L'ordinamento canonico ha alla sua base il diritto divino naturale e positivo.*

Di fatto l'ordinamento canonico non ha mai pensato di costituirsi in fonte autonoma indipendente del diritto e della giustizia. Esso riconosce che il supremo legislatore è Dio stesso, che ci ha fatto conoscere la sua verità in diversi modi e diverse maniere, fino a parlarci in modo definitivo e pieno nel Figlio suo Gesù Cristo (Cf. Eb 1,1). La dottrina su cui esso affonda le sue radici parte dal progetto eterno di Dio, che i Padri della Chiesa hanno identificato con una *lex aeterna*, che è stata fatta conoscere attraverso la creazione, particolarmente dell'uomo fatto a sua immagine e somiglianza, nel quale egli ha immesso le leggi intrinseche al suo operare, perché possa raggiungere le sue finalità, la legge naturale di-

(7) Anticamente si distingueva l'*auctoritas* dalla *potestas*. Oggi l'*auctoritas* risulta piuttosto ingombrante, e la tendenza è quella di ridurla al potere, secondo quando già diceva Hobbes: *auctoritas, non veritas, facit legem*. «Infatti sia che la si voglia asservire all'ideologia, sia che la si voglia combattere come sottile forma di violenza, sia che la si appiattisca sul potere e sul suo esercizio, l'autorità è, nell'epoca contemporanea, radicalmente separata dalla verità; la legge è dettata dall'autorità; la verità eclissata. Tipica, in proposito, la conclusione, di sapore sofisticato, di un acuto pensatore siciliano dei primi decenni del secolo, G. Rensi. Non essendo reperibile un criterio di verità univoca e universalmente accettabile, l'autorità si presenta come l'unico fondamento possibile di un ordine politico che intenda sottrarsi a perniciose forme di dogmatismo. Essa rimane così confinata nel regno della forza; quella di un potere che tuttavia, per svolgere una funzione antidogmatica, fa dell'autorità, paradossalmente, un dogma, esso sì intrascendibile (finendo in tal modo per autoconfutarsi, destino proprio, secondo Aristotele, di ogni scetticismo assoluto)» (VINCENZO VITALE, v. *Autorità*, in *Dizionario delle idee politiche*, diretto da E. Berti e G. Campanini, Editrice Ave, Roma 1993, p. 28).

(8) Il Papa nella costituzione *Pastor Bonus* connette esplicitamente il potere petrino al servizio della comunione (PB, 1).

vina. Con ulteriori interventi nella storia, attraverso i Padri e i Profeti, e soprattutto nell'intervento ultimo e decisivo, perché compimento del suo progetto salvifico, Dio comunica ulteriormente la sua volontà con la legge positiva divina. L'uomo può conoscere la legge naturale proprio perché, fatto ad immagine e somiglianza divina, è fatto partecipe della sua sapienza e quindi reso abile a conoscere la legge divina scolpita nel suo cuore e attraverso di essa riconoscere Dio stesso. Nel deposito della Rivelazione divina, l'uomo, attraverso il ministero della Chiesa, può conoscere la legge divina positiva. Sulla base della legge divina, naturale e positiva, ma mai in contrasto con essa, la Chiesa si riconosce depositaria di un potere normativo (legge ecclesiastica positiva), per accompagnare il cammino degli uomini verso la meta, la salvezza eterna.

L'ordinamento canonico pertanto include necessariamente in se stesso la legge divina naturale e positiva, e ogni sua norma trae la sua forza e il suo significato nella misura in cui si inserisce e si fonda in essa. Gli atti di governo non possono legittimarsi nella vita della Chiesa, se non in riferimento alla verità e alla giustizia divine; è per questo che il legislatore canonico conosce gli strumenti che danno flessibilità e adattabilità alla sua legge, attraverso istituti giuridici, che tendono a porre sempre la legge al servizio del fedele, ma nello stesso tempo a richiamare costantemente l'autentico servizio di qualsiasi ministro nella Chiesa. In questo contesto si collocano gli istituti della dispensa e del foro interno, come pure si comprende il continuo riferimento all'*aequitas canonica* e alla pastoralità. Gli atti dei superiori dovranno fondarsi nell'ordine morale stabilito da Dio e dovranno essere fatti secondo giustizia e secondo verità.

5. *La specificità dell'ordinamento canonico è il servizio dell'amore. L'esercizio del potere: luogo di rivelazione del mistero dell'amore di Dio.*

Ma c'è da dire ancora di più. L'originalità dell'ordinamento canonico va cercata, prima ancora che in un'ipotetica diversa nozione di diritto o di legge, o del riferimento al diritto divino naturale e positivo, proprio nello stile evangelico dell'esercizio del potere, secondo l'insegnamento di Gesù stesso. Certamente un campo in cui il vangelo ha rivelato la sua profonda capacità innovativa è quello dell'esercizio del potere. Alla scuola di Gesù, pastore fattosi

agnello, tanti pastori hanno saputo compiere il servizio dell'amore con il dono della propria vita. Nell'esercizio del loro potere, essi hanno mostrato la presenza dell'amore di Gesù Pastore, spinto fino all'offerta sacrificale di sé. È significativo che il comandamento dell'amore fu dato da Gesù ai suoi apostoli nel momento in cui egli rivelava la pienezza del suo amore e del servizio, nell'offerta sacrificale di sé (cf. Gv 13, 1 ss). Agli apostoli che litigano tra di loro proprio in ordine al potere, Gesù dice: «Voi sapete che coloro che sono ritenuti capi delle nazioni le dominano, e i loro grandi esercitano su di esse il potere. Fra voi però non è così; ma chi vuol essere grande tra voi si farà vostro servitore, e chi vuol essere il primo tra voi sarà il servo di tutti. Il Figlio dell'uomo infatti non è venuto per essere servito, ma per servire e dare la propria vita in riscatto per molti» (Mc 10, 42-45). L'apostolo Giovanni, che si rivolge alla comunità primitiva, che ancora discuteva di potere e su chi fosse più grande, mentre riafferma il servizio pastorale consegnato a Pietro, richiama anche la fonte della sua legittimità, ossia il servizio nell'amore. Pietro riceve l'incarico di pascere, solo dopo che, interrogato per tre volte da Gesù, proclama il suo amore per il Signore, del quale dovrà essere il vicario nel potere, nella misura in cui sarà «*vicario dell'amore*», come dirà sant'Ambrogio⁽⁹⁾, fino al dono della propria vita (cf. Gv 21, 15-23). I pastori, come afferma San Luca (Lc 12, 41-47) dovranno essere trovati da Gesù sempre pronti a servire il gregge; ad essere, come dice San Pietro (1 Pt 5, 2-4), forma del gregge e a non spadroneggiare su di esso. I testi evangelici non sono preoccupati tanto di affermare la gerarchia della Chiesa (ciò è dato per scontato!), quanto la sua originalità e specificità evangelica, di servizio nell'amore: questo sembra essere il problema nella vita della Chiesa lungo il corso dei secoli! Il potere, oltre a preoccuparsi di giustificare se stesso, deve trovare le istituzioni, i mezzi espressivi del suo significato di servizio nell'amore! Sembra che sia proprio nella concezione del potere e nel suo esercizio che si manifesta prima di tutto la realtà ecclesiale. Sant'Agostino, all'inizio del suo commento al testo di Ezechiele sui pastori, afferma che il titolo di Pastore è un titolo di responsabilità che fa tremare! Egli scrive: «Ora noi che il Signore, per bontà sua e non per il nostro merito, ha posto in questo ufficio — di cui

(9) *Commento al Vangelo di San Luca*, X, 174-176.

dobbiamo rendere conto e che conto! — dobbiamo distinguere molto bene due cose: la prima cioè che siamo cristiani, la seconda che siamo posti a capo. Il fatto di essere cristiani riguarda noi stessi; l'essere posti invece riguarda voi. Per il fatto di essere cristiani dobbiamo badare alla nostra utilità, in quanto siamo messi a capo dobbiamo preoccuparci della vostra salvezza»⁽¹⁰⁾.

Il significato del potere nella Chiesa si inserisce pertanto pienamente nel mistero di Cristo e nel mistero della Chiesa, in quanto prolungamento del mistero del Verbo Incarnato. Il mistero del Verbo incarnato esprime il fatto fondamentale che è redento solo ciò che viene assunto dal Verbo. Il Figlio di Dio ha assunto pienamente la nostra natura umana, tranne il peccato; il progetto di vita che egli, contro le tentazioni diaboliche, ha accolto dalla volontà del Padre è stato precisamente quello di farsi servo di tutti e di percorrere nell'obbedienza filiale il cammino della sua vita, al servizio dell'amore. In tale progetto si è rivelata anche la pienezza del potere che egli ha ricevuto dal Padre, particolarmente al momento supremo della sua vita, nel mistero pasquale; è un servizio dell'amore⁽¹¹⁾.

⁽¹⁰⁾ LITURGIA DELLE ORE, Ufficio delle Letture, Domenica XXIV del Tempo Ordinario.

⁽¹¹⁾ Con il positivismo giuridico, l'autorità è stata ricondotta semplicemente al potere, senza alcun altro fondamento o legittimazione. Possono essere utili le osservazioni di V. VITALE, v. *Autorità*, in *Dizionario...*, cit.: «Von Balthasar rileva che nella lingua greca non vi è alcun termine equivalente a quello latino di *Auctoritas*. Questo termine deriva da *augeo* e indica in origine «non il fatto di accrescere ciò che esiste, ma l'atto di produrre dal proprio seno; l'atto creatore che fa sorgere qualche cosa da un terreno fertile e che è privilegio degli dèi o delle grandi forze naturali, non degli uomini. La forma astratta *auctoritas* indica dunque (...) la capacità di promuovere il sorgere di qualche cosa, di portare all'esistenza» (p. 25). Nella cultura greca manca la parola e anche il concetto, come risulta dall'*Antigone* di Sofocle: il potere deriva solo dalla *polis*. «La contrapposizione tragica si situa invece tra un potere umano in sé pienamente legittimo e la volontà degli dèi, manifesta attraverso *Antigone* e, per Creonte, del tutto incomprensibile: l'autorità di Creonte non viene da Sofocle neanche problematizzata. Creonte viene così a configurare emblematicamente il modo di darsi abituale dell'autorità nell'antichità greca: che è quello del potere» (p. 26). Coerente con questa teoria sembra essere anche Platone che attribuisce il potere al sapere e pertanto il massimo potere è quello del filosofo che governa. «Nell'universo dei greci, insomma, ai piedi del trono di Zeus insieme alla Violenza (*Bia*) siede la Forza (*Kratos*), il dominio brutale. L'autorità non ha posto. Essa rimane senza volto, senza nome, non pronunciabile» (p. 26). Il panorama cambia con la civiltà latina. Cicerone distingue chiaramente «le tre dimensioni fondamentali dell'ordinamento costituzio-

6. *La pastoraltà del servizio dell'autorità.*

In questa prospettiva si parla giustamente della dimensione pastorale dell'attività della Chiesa, che implica il senso di tutta la sua attività, particolarmente della sua azione di governo. La pasto-

nale romano: *auctoritas, potestas, libertas*. Nella Roma repubblicana, l'*auctoritas* spettava al senato; la *potestas* ai magistrati; la *libertas* al popolo. La virtù repubblicana di Roma antica sapeva ben distinguere, insomma, fra *potestas*, delegata alla magistratura, e *auctoritas* senatoriale, che obbligava legalmente il console a sentire il Senato prima di decidere, benché la decisione rimanesse formalmente valida anche senza la sua approvazione. *Auctoritas* è dunque, in questo senso, ciò che conferisce all'azione legale di un altro un'efficacia giuridica completa, piena, che sarebbe impossibile raggiungere altrimenti; ma che comunque non è dotato in sé di potenzialità efficiente, di un potere» (p. 27). Ma offuscata con il potere l'*auctoritas* del Senato, la distinzione va decadendo, finché Augusto assommerà in sé con la figura del *Princeps* sia l'*auctoritas* che la *potestas*. L'esperienza anche se breve di Roma è «capace di illustrare in modo significativo come Roma per prima vedesse il sorgere di un'*auctoritas* affrancata dal potere e alla quale anzi il potere doveva rimanere necessariamente estraneo in tutte le sue articolazioni, pena il dissolversi stesso dello statuto dell'*auctoritas*. Fu certamente un'esperienza, quella di Roma repubblicana, limitata nel tempo, eppure, a suo modo, emblematica e singolare nel panorama del mondo antico» (p. 27). Il cristianesimo innova profondamente nel concetto di autorità affrancandola dal potere. «L'unica autorità in senso pieno, capace di fondare tutte le altre, è infatti Dio stesso. Il cristianesimo libera così l'autorità in linea di principio e definitivamente da ogni compromissione col potere (e qui risiede probabilmente la più profonda differenza con la Roma repubblicana). Per sant'Agostino, non a caso, alla Chiesa appartiene l'*auctoritas*, mentre l'impero esercita la *potestas*. E anche se la prima sembra assumere chiara valenza politica, la sua fonte originaria rimane sempre l'autorità divina» (p. 27). L'autorità onnipotente di Dio non è un ostacolo: «Nella tradizione vetero e neotestamentaria, l'onnipotenza divina non è mai da intendere come insondabile e arbitraria potenza di operare nel mondo soggiogando le creature. Come ha esattamente precisato K. Rahner, l'onnipotenza è dotata di assoluta e infinita capacità liberante. In virtù sua, l'uomo viene posto davanti a Dio come essere libero e responsabile e chiamato a riconoscersi per tale. L'onnipotenza divina è perciò qualitativamente diversa da ogni, pur invincibile, potenza umana. Essa, infatti, opera nella sfera dell'impossibile. Ecco perché l'autorità di Dio non solo non viene contaminata, per così dire, dall'onnipotenza, ma anzi ne risulta valorizzata e come visibilmente dispiegata» (p. 28). Per questo, per San Tommaso, un argomento tratto dall'autorità divina è *efficacissimus*, mentre è *infirmissimus* quello tratto dall'autorità umana. «Ne viene che nella civiltà cristiana, l'autorità umana — sia essa politica, morale, familiare e via dicendo — si trova davanti ad un'alternativa: prendere a modello quella divina e su di essa cercare stabile fondamento oppure non esser neppure degna di questo appellativo, manifestandosi per quello in cui continuamente rischia di degenerare: puro potere, istanza dominativa dell'uomo sull'uomo; in breve, autoritarismo» (p. 28).

ralità va intesa in riferimento a Gesù Buon Pastore, che è totalmente dedito alle pecore, ma in relazione alla volontà del Padre. La pastoralità del pastore della Chiesa e quindi di ogni attività della Chiesa dovrà modellarsi su Gesù Buon Pastore e in relazione a Lui, che ha detto di sé «Io sono la via, la verità e la vita» (Gv 14,6). Un certo relativismo entra talvolta nella Chiesa, quando in nome della stessa pastoralità si disattende lo stesso diritto divino o lo si mette in discussione o si assume e si prende una eccessiva libertà di fronte alle leggi della Chiesa. La pastoralità degli antichi consisteva nell'applicazione della norma secondo l'*aequitas canonica* e secondo la *salus animarum*. La pastoralità non può essere concepita come assenza della legge o, peggio, attività contro le leggi della Chiesa, a volta perfino divine.

7. *Le due coordinate della vita della Chiesa.*

Due sono le coordinate che, secondo Paul Evdokimov, segnano il cammino della Chiesa e la tengono fedele sia a Dio che agli uomini; immersa nella storia e protesa verso l'eternità: quella della storia e quella dell'escatologia. Sono due aspetti necessari per definire la Chiesa e la sua funzione nella storia. Nella sola dimensione escatologica «la storia ed il mondo perdono il loro proprio valore, luogo dell'incarnazione del Regno». All'opposto nella sola dimensione storica, la Chiesa perde il senso della sua presenza nel mondo. «Il Signore è venuto in questo mondo per la sua missione di apostolato, "affinché il mondo creda". Soltanto la Chiesa che vive alla luce della *parusia* (e questa non è tanto la fine del mondo quanto la sua salvezza) sta veramente nella storia, perché il giorno del Signore non è l'ultimo giorno ma il *Pleroma*. La Chiesa vive dunque in un doppio regime: quello storico dell'incarnazione e quello escatologico della *parusia*»⁽¹²⁾.

8. *La Chiesa e il suo ordinamento giuridico.*

È particolarmente nel suo ordinamento giuridico che la Chiesa rivela il suo carattere di comunità che vive nel tempo, ma nello

(12) *L'Ortodossia*, Il Mulino, Bologna, 1965, pp. 467-468.

stesso tempo è protesa oltre il tempo. In quanto è nel tempo, il suo ordinamento giuridico partecipa dell'esperienza giuridica delle altre comunità umane, in quanto tuttavia è oltre il tempo nel suo ordinamento giuridico risuonano i valori dell'eternità: la legge divina, naturale e positiva, i valori umani, il rispetto e la dignità della persona. La sua legge fa appello alla coscienza umana, perché essa ha la sua radice nella persona e serve allo sviluppo della persona. E proprio perché tali valori sono universali ed eterni, anche la sua legge esprime, per quanto è possibile ad una realtà che si attua nel tempo, i valori della universalità che si radicano in ciò che più di universale esiste nell'uomo, la sua dignità di persona, che porta impressa in sé l'immagine di Dio ed è destinata a trovare nel mistero di Dio il suo compimento e la sua pienezza.

La Chiesa ha avuta tale coscienza fin dal suo inizio. Quando sono sorti dei problemi al proprio interno essa non ha fatto ricorso a nessun'autorità esterna ad essa. Ella proclama che è governata dall'autorità del suo Signore e Fondatore risorto, che agisce attraverso i suoi rappresentanti in terra. Questi affermano di avere la stessa autorità da Gesù Cristo e di essere mossi dallo Spirito Santo che lo stesso Gesù risorto ha loro conferito, particolarmente nel grande giorno della Pentecoste. Le decisioni emanate dalla sua autorità sono emanate in forza del Signore e vincolano tutti i fedeli. Perciò delle decisioni emanate si cura di farne raccolta, perché tutti, particolarmente i ministri ordinati, le conoscano e le mettano in pratica. Le decisioni da essa prese stanno accanto ai libri sacri ispirati e sono norma della stessa comunità⁽¹³⁾.

(13) Nella Prefazione al Codice del 1983 fin dall'inizio si legge quanto segue: «Inde a primaevae Ecclesiae temporibus mos fuit sacros canones in unum colligere, ut eorum scientia et usus observantia faciliores evaderent, praesertim sacris ministris, quippe cum» nulli sacerdotum suos liceat canones ignorare ut iam monuit Coelestinus Papa in epistola ad episcopos per Apuliam et Calabriam constitutos (die 21 iulii a. 429. Cfr. Jaffé n. 371; Mansi IV, col. 469); quibus verbis consonat Concilium Toletanum IV (a. 633) quod, post restauratam disciplinam Ecclesiae in regno Visigothorum ab arianismo liberatae, praescripserant: «sciunt sacerdotes scripturas et canones», quia «ignorantia mater cunctorum errorum maxime in sacerdotibus Dei vitanda est» (can. 25, Mansi, X, col. 627)». Tali decisioni si arricchiscono sempre di più ed abbracciano con il tempo tutti i settori della vita della Chiesa.

9. *Le fonti che la Chiesa riconosce come normative per sé.*

Le fonti alle quali la Chiesa riconosce valore normativo per la sua vita sono, secondo il linguaggio, che essa stessa usa, la legge divina naturale, la legge divina positiva, e la legge che la stessa Chiesa si dà in modo autonomo nel corso dei tempi. Si tratta anzitutto delle fonti della Rivelazione, sia del vecchio che del nuovo Testamento. Tuttavia, oltre a questa fonte scritta, la Chiesa riconosce di avere in sé una tradizione e un magistero viventi che si esprimono e trovano la loro autenticità proprio nel magistero stesso della Chiesa lungo il corso dei secoli. Pertanto la Chiesa si rifà come a fonte normativa alla sua tradizione, che include il magistero della Chiesa nelle diverse forme in cui esso si esprime. Fonti normative incluse nella tradizione sono particolarmente la voce dei Padri, degli scrittori della Chiesa e dei suoi dottori, nei quali la Chiesa stessa vede la sua voce autentica. Si tratta dei Padri, degli scrittori ecclesiastici dell'antichità riconosciuti ortodossi dalla Chiesa e in genere le persone il cui magistero la Chiesa ha recepito, onorando tali persone con il titolo di dottore. Questa dottrina e tradizione accolta dalla Chiesa ha evidentemente un diverso grado di obbligatorietà a seconda del giudizio stesso della Chiesa. Essa però ritiene in modo chiaro e preciso che il suo potere non è assoluto e non è fonte autonoma del suo ordinamento giuridico. Il suo potere è autoritativo nella misura in cui esso si colloca nell'alveo delle fonti riconosciute dalla Chiesa e risponde alla finalità per cui lo ha ottenuto. La concezione del diritto della Chiesa è pertanto assolutamente opposta a quella del positivismo giuridico. Sulla base di quanto abbiamo detto si può richiamare la figura del triangolo di cui parla il Papa Giovanni Paolo II nel discorso di presentazione del Codice di Diritto Canonico del 1983 alla Curia romana⁽¹⁴⁾. In realtà il Papa

(14) Vedi *Communicationes*, 15 (1983), p. 16: «Concludendo, vorrei disegnare dinnanzi a voi, a indicazione e ricordo, come un ideale triangolo; in alto, c'è la Sacra Scrittura; da un lato, gli atti del Vaticano II e, dall'altro, il nuovo Codice canonico. E per risalire ordinatamente, coerentemente da questi due Libri, elaborati dalla Chiesa del secolo XX, fino a quel supremo ed indeclinabile vertice, bisognerà passare lungo i lati di un tale triangolo senza negligenze ed omissioni, rispettando i necessari raccordi: tutto il Magistero — intendo dire — dei precedenti Concili ecumenici ed anche (omesse, naturalmente, le norme caduche ed abrogate) quel patrimonio di sapienza giuridica, che alla Chiesa appartiene».

sembra distinguere nel triangolo da lui tratteggiato una triplice fonte: la parola di Dio, il magistero della Chiesa e le norme della Chiesa. La parola di Dio è presentata come la norma suprema non normata che regola tutto. Essa ha una duplice diramazione: la parola di Dio che è all'origine del magistero della Chiesa, a livello dottrinale, e la parola di Dio che diventa prassi della vita della Chiesa particolarmente nel campo del diritto canonico. Il triangolo ha un suo significato importante: all'origine di tutto c'è sempre la parola di Dio. Essa però deve essere applicata ogni giorno nella vita della Chiesa, come dottrina e insegnamento, e come prassi: è all'origine così del magistero e del diritto della Chiesa. Con ciò il Papa intende certamente dire che l'ordinamento canonico non ha come fonti semplicemente le norme sia pure di diritto divino, ma anche la parola di Dio e della Chiesa, come verità che va creduta e vissuta, e quindi anche regolata dal diritto. Il Codice di Diritto Canonico ha anche un libro intero dedicato al magistero della Chiesa. In questa prospettiva si spiega anche perché per lunga tradizione tutto l'ordinamento canonico è stato chiamato disciplina della Chiesa; è regola di vita, che comprende la mente e l'azione: plasma la vita del discepolo sulla regola del maestro e disciplina la vita perché questa risulti modellata sulla vita del maestro stesso.

Lo stesso ordinamento canonico non può essere adeguatamente compreso se non nello spirito che lo anima e che si coglie particolarmente nella Sacra Scrittura, nella teologia, sia dogmatica che morale. Le fonti di conoscenza della Chiesa sono molteplici. L'ordinamento giuridico non è certamente la fonte principale. Questo può avere diversi orientamenti ed indicazioni a seconda dei tempi e dei problemi che la Chiesa vive.

La comprensione del diritto dipende dall'ecclesiologia. Ma essa a sua volta dipende dal mistero dell'uomo, creato a immagine e somiglianza di Dio, che riconosce in Gesù, Verbo incarnato, morto e risorto per noi, l'uomo vero e il primogenito tra molti fratelli. La comprensione del diritto nella vita umana e nella realtà ecclesiale esige pertanto una riflessione appropriata sulla visione dell'uomo: quell'uomo che trova il suo riferimento in Cristo, immagine primaria, e misura dei rapporti e dei vincoli all'interno della Chiesa. Essa, per disegno divino, è detentrica e custode di questo mistero, ed è chiamata a dare il suo contributo inalienabile per una visione unitaria dell'uomo e della sua storia, e quindi del significato proprio della norma e della legge. La riscoperta e riproposi-

zione della verità dell'uomo da parte della Chiesa deve essere opera dello scriba «*doctus in regno coelorum (...) qui profert de thesauro suo nova et vetera*» (Mt 13,52). Partendo da questa consapevolezza si potrà sconfiggere ogni positivismo giuridico. La sfida è quella di proporre lo *ius iuxta Christum, iuxta hominem, iuxta Ecclesiam*. Non si può pensare un'ecclesiologia nella quale non vi sia la giusta collocazione dell'ordinamento giuridico.

10. *Alcune caratteristiche di questa specificità.*

Alla luce della stessa Costituzione di promulgazione del Codice di Diritto Canonico della Chiesa latina, *Sacrae disciplinae leges*, si individuano una serie di note che evidenziano la specificità dell'ordinamento della Chiesa. Così dunque ci troviamo con un sistema giuridico che si colloca al servizio della fede e della carità: «Il Codice non ha come scopo in nessun modo di sostituire la fede, la grazia, i carismi e soprattutto la carità dei fedeli nella vita della Chiesa. Al contrario, il suo fine è piuttosto di creare tale ordine nella società ecclesiale che, assegnando il primato all'amore, alla grazia e al carisma, rende più agevole contemporaneamente il loro organico sviluppo nella vita sia della società ecclesiale, sia anche delle singole persone che ad essa appartengono»⁽¹⁵⁾, così come al servizio della pacifica convivenza tra i membri della società ecclesiale che «va riguardato come lo strumento indispensabile per assicurare il debito ordine sia nella vita individuale e sociale, sia nell'attività stessa della Chiesa. Perciò, oltre a contenere gli elementi fondamentali della struttura gerarchica e organica della Chiesa quali furono stabiliti dal suo divin Fondatore oppure radicati nella tradizione apostolica, o in ogni caso antichissima, e oltre alle principali norme concernenti l'esercizio del triplice ufficio affidato alla stessa Chiesa, il Codice deve definire anche alcune regole e norme di comportamento»⁽¹⁶⁾. Un sistema giuridico in cui l'autorità viene proposta secondo il modello di Cristo nella comunità da lui voluta: «Fra gli elementi che caratterizzano l'immagine vera e genuina della Chiesa, dobbiamo mettere in rilievo soprattutto questi: la dottrina, secondo la quale la Chiesa viene presentata

⁽¹⁵⁾ AAS 75 (1983), Pars II, p. X.

⁽¹⁶⁾ *Ibid.*, p. XI.

come il popolo di Dio e l'autorità gerarchica viene proposta come servizio (cf. LG, 2.3); la dottrina per cui la Chiesa è vista come "comunione", e che, quindi, determina le relazioni che devono intercorrere fra le chiese particolari e quella universale, e fra la collegialità e il primato; la dottrina, inoltre, per la quale tutti i membri del popolo di Dio, nel modo proprio a ciascuno, sono partecipi del triplice ufficio di Cristo: sacerdotale, profetico e regale. A questa dottrina si riconnette anche quella che riguarda i doveri e i diritti dei fedeli, e particolarmente dei laici; e, finalmente, l'impegno che la Chiesa deve porre nell'ecumenismo»⁽¹⁷⁾. Un ordinamento che, mentre manifesta la Chiesa nella sua dimensione sociale, ne rivela anche l'intimo mistero e la sua finalità soprannaturale. Dal momento in cui la Chiesa «è costituita come una compagine sociale e visibile, essa ha bisogno di norme: sia perché la sua struttura gerarchica e organica sia visibile; sia perché l'esercizio delle funzioni a lei divinamente affidate, specialmente quella della sacra potestà e dell'amministrazione dei sacramenti, possa essere adeguatamente organizzato; sia perché le scambievoli relazioni dei fedeli possano essere regolate secondo giustizia, basata sulla carità, garantiti e ben definiti i diritti dei singoli; sia, finalmente, perché le iniziative comuni, intraprese per una vita cristiana sempre più perfetta, attraverso le leggi canoniche vengano sostenute, rafforzate e promosse»⁽¹⁸⁾. Una caratteristica di estrema importanza dell'ordinamento canonico è quella di fare appello alla coscienza. La norma è per natura sua imperativa e impegna la coscienza, perché ogni membro della comunità ha il dovere giuridico e morale insieme di fare il proprio dovere per il bene comune della comunità di appartenenza. Si comprende facilmente pertanto che la costituzione *Sacrae disciplinae leges* nel volgere alla fine affermi: «finalmente le leggi canoniche, per loro stessa natura, esigono l'osservanza».

Un principio che caratterizza l'ordinamento della Chiesa di fronte ad altri ordinamenti è quello dell'equità, che nella canonistica viene qualificata con l'aggettivo «canonica»⁽¹⁹⁾. Si tratta certamente di un canone ermeneutico che risponde al carattere d'incessante perfezionamento del sistema canonistico, proteso alla rea-

(17) *Ibid.*, p. XII.

(18) *Ibid.*, p. XIII.

(19) Cf. O. FUMAGALLI CARULLI, *Il governo universale della Chiesa...* cit., p. 64.

lizzazione del disegno della salvezza. Per questo motivo, tale principio non può non comportare una specie d'autosuperamento dei contenuti normativi, a costo di modellare la certezza legale in modo diverso da quella dello Stato. Questo autosuperamento però non risponde ad una arbitrarietà, ma abbisogna di strumenti e riferimenti in grado di raggiungere il fine dell'ordinamento⁽²⁰⁾: «L'equità è uno di questi strumenti, che consentono, appunto di superare interpretativamente quella rigidità delle regole di diritto che è invece caratterizzante il principio di legalità, proprio ai sistemi legislativi della tradizione continentale»⁽²¹⁾. Questo principio si identifica con il fine dell'ordinamento: *la salus animarum*⁽²²⁾.

11. *L'ordinamento canonico e gli ordinamenti civili.*

In alcuni settori tuttavia, pur riconosciuti di sua competenza, la Chiesa preferisce non dare proprie norme, ma si rimette semplicemente alla legislazione del potere statale; anticamente, particolarmente al diritto romano. Si tratta soprattutto dei beni temporali. Inizia così molto presto quel fenomeno che più tardi sarà chiamato rinvio alla legge civile. La Chiesa pur rivendicando la sua autonomia e indipendenza nel darsi le proprie leggi, non disdegna di servirsi degli ordinamenti degli Stati civili, sia con l'istituto del rinvio sia anche facendo propria la tecnica giuridica, alcune istituzioni giuridiche e il linguaggio giuridico dell'ambiente culturale in cui è

⁽²⁰⁾ *Ibid.*, pp. 64-65.

⁽²¹⁾ *Ibid.* p. 65.

⁽²²⁾ «In realtà esiste identità tra *salus animarum* e *aequitas canonica*. "Nihil aliud est aequitas quam Deus". Da esso è tratta anzitutto l'equazione equità = Dio, per affiancarla poi all'equazione Deus = natura, così da giungere alla conclusione che l'equità equivale al diritto naturale. Da questa base, di per sé proiettabile in più direzioni, data la plurinomia del termine *ius naturale*, si passa poi a ritenere corretta una sola di esse, in virtù della forza interpretativa data a un passo di Enrico di Susa (*Apparatus super quinque libros Decretalium*), nel quale è detto essere necessario seguire l'equità "*ubicunque agitur de periculo animarum*" (ovunque cioè sia in gioco il pericolo delle anime). Sulla base di questo testo, criterio ultimo per l'applicazione dell'equità, è fatto risiedere nella necessità di porre rimedio al *periculum animarum*, necessariamente coincidente in questa visione (che impernia l'ordinamento nella esigenza di reprimere il peccato) con il *bonum commune*. L'equità, si conclude in questa linea, altro non è che la *salus animarum*, norma suprema dell'ordinamento canonico» (*Ibid.*, pp. 69-70).

inserita. La rivendicazione pertanto del diritto ad un proprio ordinamento giuridico da parte della Chiesa non significa chiusura in se stessa ed esclusione della cultura e del linguaggio giuridico del tempo e delle istituzioni da essa prodotte. Tutt'altro. Si stabilisce un dialogo tra l'ordinamento giuridico della Chiesa e gli ordinamenti giuridici delle culture nelle quali essa è inserita. Il risultato in genere è positivo per le parti che entrano in collaborazione. Anche attraverso il dialogo giuridico la Chiesa esercita la sua funzione di evangelizzazione e di annuncio. Non sono mancati momenti anche di conflitto⁽²³⁾.

Possiamo dunque dire che il dialogo del diritto della Chiesa con gli altri ordinamenti civili appartiene anch'esso alla missione della Chiesa, come del resto qualsiasi sua attività. In particolare e specificatamente possiamo dire che il diritto canonico è chiamato ad assolvere nei confronti degli ordinamenti moderni quella stessa funzione che ha esercitato nel passato: l'affermazione primaria e fondamentale che spazza via il terreno da ogni positivismo giuridico, ossia l'affermazione dell'esistenza di una legge divina, eterna, naturale e positiva, alla quale ogni altra legge deve conformarsi se vuole rivendicare una sua legittimità. Ne deriva pertanto una prima importantissima conseguenza: il fondamento etico del diritto; subito un'altra, la sua razionalità. Tutto questo è comprensibile solo nel contesto del valore supremo della persona, quale soggetto, fondamento, e fine di ogni ordinamento giuridico. Di questi fondamenti gli ordinamenti giuridici di oggi vanno alla ricerca, perché li hanno smarriti, mentre l'ordinamento canonico ne è geloso custode ed attento testimone.

12. *La crisi del diritto canonico nei tempi recenti e suo superamento.*

Nei decenni appena trascorsi, il dialogo con la cultura del tempo, se non è stato interrotto, è stato per lo meno guardato con sospetto e pericoloso. Si sono affermate delle tendenze dottrinali, che pur nella lodevole preoccupazione di conservare lo spirito del diritto canonico, hanno posto delle premesse insostenibili che

(23) Cf. O. ROBLEDA, *El derecho romano en la Iglesia*, in *Ius populi Dei. Miscellanea in honorem Raymundi Bidagor*, vol. I, Pontificia Università Gregoriana, Romae 1972, pp. 1-52.

hanno portato ad un vicolo cieco. Dinanzi all'affermarsi del positivismo giuridico, nella preoccupazione legittima di proteggere la peculiarità dell'ordinamento canonico, ci si è chiusi al dialogo con la cultura giuridica secolare. In occasione della revisione del Codice di Diritto Canonico si è acceso un dibattito molto vivo sulla natura del diritto canonico e sulle sue specifiche proprietà, in quanto diritto di una comunità soprannaturale voluta da Gesù, in rapporto al diritto che ordina invece la vita umana nel tempo, il diritto della società umana, che trova nello stato il suo punto di riferimento. Propriamente non è un dibattito nuovo, dal momento che esso si è posto fin dall'inizio della storia della Chiesa. Esso poi ha avuto dei momenti nodali quando si è trattato di rapportare il diritto della Chiesa con i diversi ordinamenti dello Stato con i quali la Chiesa ha dovuto convivere, particolarmente con il diritto romano ieri, e con il diritto della città secolare oggi. Il dibattito ha avuto un andamento a pendolo: momenti di grande apertura e comunicazione, e momenti invece di chiusura e di rifiuto. La peculiarità del dibattito recente ha avuto il merito di pretendere di essere impostato teologicamente e di aver cercato un supporto nella Rivelazione. Si è parlato così di una nozione di diritto analogica e di un diverso fondamento del diritto, nella socialità umana per lo stato e nella grazia per la Chiesa. Il dibattito è stato riproposto anche nei nostri giorni. Si è cercato di definire la legge, da una parte come *ordinatio rationis*, dall'altra come *ordinatio fidei*. Ma sembra che, da un punto di vista dottrinale, esso sia ad un punto morto⁽²⁴⁾.

L'enciclica *Fides et ratio*⁽²⁵⁾ ha rappresentato un momento importante per la comprensione dell'esperienza giuridica nella Chiesa alla luce della teologia e della filosofia, anche se, almeno diretta-

(24) Ciò significa che non ha imboccato la strada giusta. Ciò che meno convince in questo dibattito sono precisamente i presupposti di ordine teologico. Ma al di là della discutibilità di tali presupposti, è innegabile che il dibattito ha contribuito ad approfondire non solo le proprietà dell'ordinamento canonico, ma il senso del diritto in quanto tale, dando una spallata decisiva al positivismo giuridico che in un modo più o meno inconscio era considerato anche all'interno della Chiesa semplicemente il diritto, con tutte le conseguenze che tali equivoci comportavano, e riaprendo così il dialogo tra fede e cultura, nello specifico campo del diritto canonico. Il risultato più immediato che si va profilando all'orizzonte è la riscoperta del senso del diritto nella vita sia dell'uomo che del fedele.

(25) GIOVANNI PAOLO II, enc. *Fides et Ratio*, 14 settembre 1998.

mente, l'enciclica neppure ha toccato il tema del diritto. In realtà sono numerosi i luoghi dell'enciclica che illuminano questo tema, almeno indirettamente. Anzitutto, a livello molto generale, ma fondamentale, non sfugge il fatto che l'esperienza giuridica appartiene alla realtà dell'uomo. La sua interpretazione dipende evidentemente dalla visione che si ha dell'uomo. Quanto l'enciclica dice circa il rapporto tra fede e ragione per la conoscenza dell'uomo non può non valere anche per la visione del diritto. Anche per l'interpretazione dell'esperienza giuridica l'uomo ha bisogno di due ali, la fede e la ragione. In particolare quanto il Papa dice dell'attuale separazione della fede e della ragione, con le ripercussioni sul mondo del pensiero e della cultura, ha puntuali riscontri nella concezione del diritto oggi. Le conseguenze sulla concezione del diritto oggi sono già state messe in evidenza nella analisi che il Papa ha proposto nell'enciclica *Evangelium Vitae*⁽²⁶⁾; e a livello di teologia morale, nell'enciclica *Veritatis Splendor*⁽²⁷⁾. Da tale analisi si rilevano alcuni punti focali da sottolineare e da recuperare, che in sintesi sono la verità su Dio e sull'uomo, su cui il Papa ritorna insistentemente soprattutto nelle encicliche menzionate. Dal punto di vista razionale l'uomo deve ritornare alla sua ragione e alla metafisica; dal punto di vista di fede, la Chiesa offre quanto la Rivelazione contiene circa questi aspetti: la rivelazione sulla dignità dell'uomo e sulla coscienza (sia in rapporto al progetto della creazione che a quello della redenzione, particolarmente in rapporto alla natura e alla soprannatura), sul peccato e sulla grazia. L'esperienza giuridica fa parte della nostra vita; è una parte essenziale di essa. In tale esperienza si gioca gran parte della nostra esistenza; si realizza e si esprime il nostro rapportarci agli altri. Si tratta di capirne il senso profondo, il quale non può non dipendere dal significato della vita stessa dell'uomo⁽²⁸⁾.

(26) GIOVANNI PAOLO II, enc. *Evangelium vitae*, 25 marzo 1995.

(27) GIOVANNI PAOLO II, enc. *Veritatis splendor*, 6 agosto 1993.

(28) Se l'interpretazione dell'esperienza giuridica dipende dalla visione dell'uomo, è evidente che essa non è possibile se non viene vista nella sua verità ultima, ossia mediante un impegno serio della ragione, che è lo strumento di cui l'uomo è dotato per rendersi conto del mondo e di se stesso, e mediante la teologia, ossia mediante la luce della fede che eleva la ragione, perché illuminata dal Creatore, che si è degnato anche di rivelarsi e di parlare all'uomo.

Tutto il discorso che il Papa fa del rapporto tra fede e ragione vale anche per il diritto. Questo del resto soffre delle stesse conseguenze alle quali sottostanno le altre discipline alle quali il Papa fa riferimento, particolarmente la teologia morale, che, sotto molteplici aspetti, richiama il diritto, al quale essa offre il necessario fondamento etico. Non ci si può rifiutare di prendere in considerazione la socialità umana quale elemento ovvio di partenza, quando per altro risulta chiaro proprio dalla Rivelazione che Dio non volle salvare gli uomini individualmente, ma come popolo, e che la soprannatura non distrugge la natura, ma la eleva. Non si può dare un giudizio negativo sul diritto nella realtà umana e, in specie, civile. Si creerebbe una frattura tra realtà umana e realtà soprannaturale, tra storia umana e storia della salvezza, tra natura e soprannatura, tra ragione e fede, tra cultura umana e cultura religiosa, che, come è stato autorevolmente sottolineato da Papa Paolo VI, è il «dramma della nostra epoca»⁽²⁹⁾.

In tal modo si corre il rischio di non riuscire a fondare neppure una teologia del diritto; se questa infatti prescinde dall'esperienza umana del diritto non si vede quale cammino possa percorrere. Non si deve tuttavia dimenticare che le cause più profonde della incomprendimento del diritto nella Chiesa, fino alla sua negazione, hanno radici di ordine filosofico e teologico, come la giustificazione, la grazia, la realtà sacramentale e gerarchica della Chiesa. Non per nulla si è cominciato a mettere in discussione la realtà giuridica della Chiesa proprio con le deviazioni dogmatiche su tali realtà. Ma i tentativi di una teologia del diritto, che pretendono fondare un diritto nella Chiesa, a prescindere dalla sua realtà di comunità e popolo di Dio, e comunque indipendentemente da una riflessione filosofica sull'esperienza giuridica in quanto tale, oltre a tagliare il ponte di un dialogo culturale tra fede e ragione, che ha portato sempre frutti preziosi, non dà di fatto una ragione dell'esistenza del diritto stesso, neppure nella Chiesa. Si dovrebbero individuare le ragioni per le quali oggi nella Chiesa è abbastanza diffuso un linguaggio che contrappone il diritto all'amore; la giustizia alla carità; la realtà spirituale a quella corporale; la realtà interiore a quella esteriore, il gerarchico al laicale; il carismatico all'istituzionale. È quanto mai significativo che il Papa è dovuto intervenire

(29) Es. ap. *Evangelii Nuntiandi*, 20.

con l'enciclica «*Veritatis Splendor*» per riaffermare verità basilari e fondamentali della morale, ma anche del diritto, a cominciare dalla legge naturale, dal concetto di legge, di libertà, di coscienza, di atto intrinsecamente cattivo, di opzione fondamentale, ecc. Se si sono smarrite le verità su tali concetti fondamentali, significa che si è smarrita la verità sull'uomo⁽³⁰⁾.

L'inculturazione mira a inserire il messaggio evangelico in un determinato contesto socio culturale, chiamandolo a svilupparsi ed a crescere secondo una propria identità, nel rispetto dei propri valori culturali, conciliabili con il Vangelo. L'inculturazione ha lo scopo di incarnare la Chiesa in tutti i tempi, in tutti i luoghi ed in tutte le culture e riguarda l'evangelizzazione delle persone, dei gruppi, dei comportamenti collettivi, dei costumi, delle istituzioni⁽³¹⁾. Il diritto ecclesiale è anche chiamato a rispondere alle necessità dell'inculturazione al pari delle altre scienze sacre, perché occorre essere convinti che tra un'ecclesiologia professata teoricamente e un'ecclesiologia effettivamente messa in atto, la mediazione ricade, non sui discorsi, ma sulle istituzioni⁽³²⁾. L'inculturazione concerne tutti gli aspetti della vita di fede: la teologia, la liturgia, la vita e le strutture ecclesiali⁽³³⁾. Sotto questo profilo bisogna rifarsi al fatto che il diritto non ha camminato separatamente dall'opera evangelizzatrice nella storia della Chiesa⁽³⁴⁾. Seguendo questa linea il Concilio ha aperto anche «istituzionalmente» le porte all'inculturazione ed il Codice del 1983 riflette quest'apertura, la quale non è stata ancora né capita né accolta in tutta la sua ricchezza. Infatti nella promulgazione del Codice fu posto l'augurio che «la nuova legislazione canonica divenga un mezzo efficace affinché la Chiesa possa progredire nello spirito del Vaticano II e rendersi essa stessa ogni giorno più adatta per svolgere la sua

⁽³⁰⁾ Z. GROCHOLEWSKI, *La filosofía del derecho en las enseñanzas de Juan Pablo II y otros escritos*, Instituto de Humanidades Univesidad de la Sabana, Bogotá, 2001.

⁽³¹⁾ Cf. H. CARRIER, *Guide pour l'inculturation de l'Évangile*, Roma, 1997, p. 35.

⁽³²⁾ Cf. H. LEGRAND, *La réalisation de l'Église en un lieu*, in AA.VV., *Initiation à la pratique de la théologie*, Tome III, Dogmatique, a cura di B. LAURET-F. REFOULÉ, Paris, 1986, p. 153.

⁽³³⁾ Cf. GIOVANNI PAOLO II, es. ap. *Ecclesia in Africa*, 14 settembre 1995, n. 62.

⁽³⁴⁾ Cf. A.M. STICKLER, *Diritto e pastorale nella storia della Chiesa*, in *Monitor Ecclesiasticus* 95 (1970) pp. 249-263.

funzione di salvezza in questo mondo»⁽³⁵⁾. Con questa premessa bisognerebbe considerare più accuratamente e senza mettere in pericolo la necessità d'una sana organicità fondamentale nella disciplina ecclesiale, le risorse che emergono dal Codice stesso e che permetterebbero fare di esso un vero sussidio per la evangelizzazione. Si pensi ad esempio l'incoraggiamento offerto dal diritto universale missionario (cf. cc. 781-792), la attività sinodale, voluta dal Concilio e concretamente strutturata dal Codice; le strutture di corresponsabilità e di partecipazione previste nella legislazione vigente; il nuovo diritto liturgico, fortemente aperto alla decentralizzazione; la valorizzazione del diritto particolare complementare all'interno del Codice⁽³⁶⁾. Infine, unità e diversità, centralità e sussidiarietà, ragione e fede, individuo e comunità, istituzione e carisma, legge e principi d'interpretazione ed applicazione, etc. sono tutti elementi che devono essere considerati dal canonista in quanto pastore, nell'opera di servizio del Codice al compito evangelizzatore. Appartiene in modo particolare all'ordinamento canonico il recupero del rapporto della legge con l'alleanza, la visione dello spirituale nel campo del diritto, la ricchezza della visione biblica sulla legge, la creaturelità, il diritto e le altre mille strade che si devono percorrere a protezione della comunità. Il diritto come custode e protezione dei valori umani e religiosi, in ordine al fine, il fondamento antropologico, etico e metafisico del diritto; parlare del diritto significa riscoprire il senso dell'uomo, della libertà, della coscienza, della responsabilità, della legge, del peccato e della grazia. Il dialogo dell'ordinamento canonico con la cultura giuridica del tempo è quanto mai necessario particolarmente oggi.

Se al centro del discorso giuridico c'è l'uomo integrale, è doveroso pensarlo nella sfera della Grazia. Il diritto canonico si presenta con la sua pretesa di regolare dei rapporti interpersonali attraverso dispositivi legali, partendo non dal fatto della legge in sé, ma soprattutto dal fatto dell'uomo fornito della forza soprannaturale per realizzarsi come figlio di Dio, tanto dal punto di vista individuale come comunitario. Grazia e natura vengono quindi coin-

(35) Cf. cost. *Sacrae disciplinae leges*, cit., p. XIII.

(36) Cf. S. RECCHI, *Il Codice e l'inculturazione*, in AA.VV., *Fondazione del diritto. Tipologia e interpretazione della norma canonica*, a cura del GRUPPO ITALIANO DOCENTI DI DIRITTO CANONICO, Milano 2001, pp. 235-256.

volte nel discorso sull'uomo. La prima come la globalità dell'iniziativa con cui Dio chiama l'uomo a partecipare alla sua vita, la seconda, invece, intesa come la consistenza della persona all'interno dell'opera salvifica di Dio. Grazia e natura non sono in rapporto d'antitesi, ma come due momenti reciprocamente ordinati all'interno dell'unico disegno in cui Dio chiama l'uomo alla comunione con sé.

Il problema della cultura, della mentalità di oggi e quindi della scienza, compresa quella giuridica è quello della mancanza di senso, della frammentarietà del sapere e quindi del pluralismo, che non significa certamente una pluralità di idee che entrano a confronto, per raggiungere la verità, ma semplice rinuncia alla verità ritenuta inesistente o irraggiungibile⁽³⁷⁾. Tutto ciò «sfocia in uno stato di scetticismo e di indifferenza o nelle diverse espressioni del nichilismo» (n. 81). È necessario che la filosofia «ritrovi la sua dimensione sapienziale di ricerca del senso ultimo e globale della vita» (ib.), per scoprire i fondamenti e la unificazione del sapere⁽³⁸⁾. In questo la fede e la filosofia devono incontrarsi. «La parola di Dio rivela il fine ultimo dell'uomo e dà un senso globale al suo agire nel mondo. È per questo che essa invita la filosofia ad impegnarsi nella ricerca del fondamento naturale di questo senso,

(37) «È da osservare che uno dei dati più rilevanti della nostra condizione attuale consiste nella "crisi del senso". I punti di vista, spesso di carattere scientifico, sulla vita e sul mondo si sono talmente moltiplicati che, di fatto, assistiamo all'affermarsi del fenomeno della frammentarietà del sapere. Proprio questo rende difficile e spesso vana la ricerca di un senso. Anzi — cosa anche più drammatica — in questo groviglio di dati e di fatti tra cui si vive e che sembrano costituire la trama stessa dell'esistenza, non pochi si chiedono se abbia ancora senso porsi una domanda sul senso. La pluralità delle teorie che si contendono la risposta, o i diversi modi di vedere e di interpretare il mondo e la vita dell'uomo, non fanno che acuire questo dubbio radicale» (enc. *Fides et Ratio* n. 81)

(38) «Questa prima esigenza, a ben guardare, costituisce per la filosofia uno stimolo utilissimo ad adeguarsi alla sua stessa natura. Ciò facendo, infatti, essa non sarà soltanto l'istanza critica decisiva, che indica alle varie parti del sapere scientifico la loro fondatezza e il loro limite, ma si porrà anche come istanza ultima di unificazione del sapere e dell'agire umano, inducendoli a convergere verso uno scopo ed un senso definitivi. Questa dimensione sapienziale è oggi tanto più indispensabile in quanto l'immensa crescita del potere tecnico dell'umanità richiede una rinnovata e acuta coscienza dei valori ultimi. Se questi mezzi tecnici dovessero mancare dell'ordinamento ad un fine non meramente utilitaristico, potrebbero presto rivelarsi disumani, ed anzi trasformarsi in potenziali distruttori del genere umano» (*ibidem*).

che è la religiosità costitutiva di ogni persona. Una filosofia che volesse negare la possibilità di un senso ultimo e globale sarebbe non soltanto inadeguata, ma erronea» (ib.). La filosofia pertanto deve mirare ad un sapere «autentico e vero» che tende alla «verità totale e definitiva, ossia all'essere stesso dell'oggetto di conoscenza»; una conoscenza che «atinga la verità oggettiva», con formulazioni vere, «tali cioè da esprimere la realtà oggettiva»⁽³⁹⁾. La Chiesa, anche con il suo ordinamento giuridico, è chiamata a dare un contributo alla riscoperta di senso della vita, particolarmente mediante il senso della norma, che si presenta ogni giorno come cammino entro il quale l'uomo deve mantenersi, proprio per realizzare lo scopo della vita.

⁽³⁹⁾ Al n. 82 dell'enciclica il Papa annota: «Questo ruolo sapienziale non potrebbe, peraltro, essere svolto da una filosofia che non fosse essa stessa un sapere autentico e vero, cioè rivolto non soltanto ad aspetti particolari e relativi — siano essi funzionali, formali o utili — del reale, ma alla sua verità totale e definitiva, ossia all'essere stesso dell'oggetto di conoscenza. Ecco, dunque, una seconda esigenza: appurare la capacità dell'uomo di giungere alla conoscenza della verità; una conoscenza, peraltro, che attinga la verità oggettiva, mediante quella *adaequatio rei et intellectus* a cui si riferiscono i Dottori della Scolastica». Ed annota ancora: «Una filosofia radicalmente fenomenista o relativista risulterebbe inadeguata a recare questo aiuto nell'approfondimento della ricchezza contenuta nella parola di Dio» (*ibid.* n. 81).

Pagina bianca

PABLO GEFAELL

IL DIRITTO CANONICO ORIENTALE NEI LAVORI
DEL CONCILIO VATICANO I. VOTI DEI CONSULTORI
DELLA COMMISSIONE PREPARATORIA
PER LE MISSIONI E LE CHIESE ORIENTALI

1. Introduzione. — 2. Cornice storica del Vaticano I: *a)* Vicende geopolitiche. *b)* Vicende ecclesiali. — 3. Genesi ed organizzazione del lavoro preparatorio del Vaticano I. — 4. L'uniformità di disciplina. — 5. I voti dei consultori della Commissione orientale.

1. *Introduzione.*

Nel 1995 è stato aperto il Fondo *Concilio Vaticano I* dell'Archivio Segreto Vaticano (ASV). Di questo Concilio si è scritto molto, moltissimo. Si è approfondito soprattutto ciò che riguarda i suoi temi centrali: l'infallibilità pontificia ed il primato di giurisdizione del Santo Padre. Non mi inoltrerò ora nell'analisi di questi argomenti, bensì nel più modesto ambito dei lavori della Commissione per le Missioni e le Chiese orientali preparatoria di quell'assemblea ecumenica. Tale Commissione si è limitata allo studio di punti particolari della disciplina delle Chiese orientali, evitando altresì di entrare nella scottante questione della nomina dei vescovi e patriarchi orientali, regolata dalla allora appena promulgata bolla *Reversurus* ⁽¹⁾.

⁽¹⁾ Pius IX, Litt. Ap. «*Reversurus ex hoc mundo*», 12 luglio 1867, in *Pii IX Pontificis Maximi Acta*, Akademische Druck - und Verlagsanstalt Graz, Graz 1971 (Ripr. facs. dell'edizione: Tipografia delle belle arti, Roma 1857), pars prima, vol. IV, pp. 304-317. Per la sua preparazione ecc. cfr. MANSI XL, coll. 745-1132; il testo in *ibid.* coll. 1025-1032. Cfr. anche, P. PRESSUTTI, *Gli affari religiosi d'Oriente e la Santa Sede, ossia la bolla Reversurus del 12 luglio 1867. Osservazioni con appendice di docu-*

Malgrado questa Commissione non abbia affrontato i temi centrali del Concilio, i suoi lavori non mancano di interesse: in quella Commissione, infatti, si è svolto il primo tentativo di una compilazione ufficiale del diritto delle Chiese orientali cattoliche. Anche se la sospensione del Concilio arrestò ogni possibilità di sviluppo di tale compilazione, a mio avviso, le ricerche per la raccolta delle fonti, la loro sistemazione e le proposte normative avanzate dai Consultori nei loro voti sono un materiale di grande valore per lo studioso del diritto della Chiesa.

Diversi autori prima di me hanno lavorato su questa Commissione orientale preparatoria. Alla fine degli anni 60 del secolo scorso, il domenicano Salvatore Manna⁽²⁾, tra l'altro, presentava il riassunto di un paio di voti di quella Commissione, ma non poté offrire i completi riferimenti di archivio, perché il Fondo dell'ASV non era ancora aperto al pubblico né sistemato. Diversi anni dopo, nel 1981, l'Archimandrita ortodosso Costantin Patelos⁽³⁾ pubblicò un dettagliato lavoro sulle vicende degli orientali al Vaticano I, ma questo autore si limitava ad attingere al materiale pubblicato sul Mansi⁽⁴⁾ perché non aveva potuto accedere al Fondo *Concilio Vaticano I* dell'ASV: quindi, riconoscendo schiettamente che i voti dei Consultori non erano stati pubblicati sul Mansi, Patelos non poteva offrire uno studio diretto su di essi e, perciò, la sua ricerca e le sue conclusioni sono basati soltanto sulle discussioni della Commissione su tali voti. Questa circostanza limitava molto la comprensione del lavoro svolto da quella Commissione, come dirò poco più avanti.

menti pel sacerdote Pietro Pressutti, coi tipi del Salviucci, Roma 1870; S. MANNA, *Il vicino oriente e i retroscena della bulla «Reversurus»* (1867), estratto di «Sapienza» 24/4 (1971), Ed. Domenicane, Napoli 1971.

(2) S. MANNA, *Chiesa latina e Chiese Orientali all'epoca del Patriarca Giuseppe Valerga (1813-1872)*, Dissertatio Pont. Inst. Orientali, Roma 1969, «pro manuscripto». Di cui è stato pubblicato soltanto uno excerpta: S. MANNA, *Chiesa latina e Chiese Orientali all'epoca del Patriarca Giuseppe Valerga (1813-1872)*, P.I.O., Excerpta e dissertatione ad lauream, Napoli 1972.

(3) C.G. PATELOS, *Vatican I et les évêques uniates. Une étape éclairante de la politique romaine à l'égard des Orientaux (1869-1870)*, Editions Nauwelaerts, Louvaine-la-Neuve, 1981.

(4) Cfr. J.D. MANSI, *Sacrorum conciliorum nova et amplissima collectio*, L. PETIT & J-B. MARTIN (eds.), Akademische Druck - und Verlagsanstalt Graz, Ripr. facs., Graz 1960-1961, 55 vols. in 59 tt. Concretamente, ci interessano i vols. XLIX-LIII.

Come ho accennato sopra, il fatto di non aver conosciuto i voti originali fa sì che lo studio delle discussioni della Commissione riesca assai limitato, perché manca il sostrato (il voto) da cui prendeva avvio la discussione. Per tale motivo, a un primo sguardo le discussioni dei membri della Commissione possono apparire assai superficiali e non riflettono bene la serietà del lavoro che c'è dietro. Si capisce, quindi, che Patelos faccia valutazioni assai negative riguardo alla competenza scientifica dei consultori⁽⁵⁾. Può darsi che egli abbia una parte di ragione nella sua accusa all'impostazione latinizzante e poco rispettosa dell'autonomia disciplinare delle Chiese orientali che le direttive indicate dal presidente Barnabò imponevano alla Commissione, ma mi sembra ingiusto sottovalutare la competenza canonica dei consultori senza aver letto i loro voti.

Quindi, ora che questi documenti sono accessibili è opportuno presentare i voti dei consultori della Commissione preparatoria per le Missioni e le Chiese orientali del Concilio Vaticano I⁽⁶⁾.

Per arrivare in modo adeguato alla presentazione dei voti dei consultori, bisogna percorrere un cammino di avvicinamento graduale.

2. *Cornice storica del Vaticano I.*

Tra le domande più sorprendenti cui mi sono imbattuto nel Fondo «Concilio Vaticano I» dell'Archivio Segreto Vaticano si trova la seguente: «Dubbio 1: Se atteso specialmente il fine generale cui è diretto il futuro Concilio Ecumenico e le favorevoli circostanze, nelle quali si terrà, debba il medesimo avere particolari riguardi per le Chiese di rito Orientale ...»⁽⁷⁾. È veramente sor-

⁽⁵⁾ Cfr. PATELOS, *o. c.*, p. 141; vide *infra*, nota 75.

⁽⁶⁾ Cfr. P. GEFAELL, *Il Primo Concilio Vaticano e gli orientali. Voti dei consultori della Commissione preparatoria per le Missioni e le Chiese orientali*, Pontificum Institutum Orientale - Facultas Iuris Canonici Orientalis, Excerpta ex Dissertatione ad Doctoratum, Romae 2005.

⁽⁷⁾ Commissione relativa alle Chiese e Missioni orientali per il futuro Concilio Ecumenico, *Dubbi sul voto del Patriarca di Gerusalemme, G. Valerga, Consultore*, «In qual modo debbano essere nel Concilio Ecumenico trattate le materie riguardanti le Chiese di rito Orientali», agosto 1869, in ARCHIVIO SEGRETO VATICANO, Fondo Concilio Vaticano I [d'ora in poi: ASV, *Conc. Vat.*], busta 149, f. 245r, p. 19.

prendente sentir parlare di «favorevoli circostanze» in quell'epoca... Quali erano queste «favorevoli circostanze»? Dal punto di vista geo-politico, sembrerebbe che gli Stati Pontifici non fossero in peggior momento di allora. E, dal punto di vista ecclesiale, cosa può aver fatto pensare ad una congiuntura propizia per i rapporti con le Chiese di Oriente?

a) *Vicende geopolitiche.*

Tenere conto delle vicende storiche del secolo XIX in ambito civile, serve per capire la portata del loro influsso sugli atteggiamenti degli ecclesiastici durante il Concilio Vaticano I e, più in concreto, sulla Commissione orientale preparatoria. Tale cornice spiega, da un lato, l'atteggiamento difensivo, apologetico e — per reazione — autoritario e centralizzante, adottato da molti nella Curia romana.

I successi più vicini alla celebrazione del Concilio ebbero ripercussioni immediate su di esso. La guerra austro-prussiana impedì a Pio IX di convocare il concilio per il 18° centenario del martirio dei Santi Pietro e Paolo (1867), come voleva inizialmente. Inoltre, la guerra franco-prussiana del 1870 fu la causa dell'abbandono della guarnigione francese protettrice di Roma⁽⁸⁾, circostanza che permise poi l'ingresso dell'esercito italiano dalla breccia di Porta Pia (20 settembre 1870), provocando la sospensione *sine die* del Concilio Vaticano I (20 ottobre 1870) e confortando il processo di unità nazionale italiana.

Questa situazione aveva prodotto nell'animo di parecchi ecclesiastici una «psicologia da *stato d'assedio*»⁽⁹⁾ che nella riflessione ecclesiologica tendeva a difendersi accentuando gli aspetti giuridico-istituzionali, centralisti ed autoritari⁽¹⁰⁾. Tuttavia, in mezzo a

⁽⁸⁾ Cfr. voce *Franco-Prussian War*, in «The Columbia Encyclopedia» [<http://bartleby.com/65/fr/FrancoPr.html>].

⁽⁹⁾ Cfr. P. PETRUZZI, *Chiesa e società civile al Concilio Vaticano I*, («Analecta Gregoriana» 236) Pontificia Università Gregoriana Editrice, Roma 1984, p. 11.

⁽¹⁰⁾ Cfr. J.M.G. GÓMEZ-HERAS, *Temas dogmáticos del concilio Vaticano I: aportación de la Comisión Teológica preparatoria a su obra doctrinal: votos y esquemas inéditos*, vol. 1, Vitoria 1971, pp. 10-11. La corrente ultramontana, quindi, si affermava a scapito di quella gallicana: cfr. Y. M.-J. CONGAR, «L'Éclésiologie de la révolution française au Concile du Vatican sous le signe de l'affirmation de l'autorité», in AA.VV., *L'Éclésiologie au XIXe siècle*, («Unam Sanctam» 34), Paris 1960, pp. 77-114.

quell'ecatombe europea, a giudizio di molti ecclesiastici e dello stesso Pio IX, le circostanze dell'Oriente cristiano sembravano propizie.

Nell'Europa centro-orientale il movimento romantico-nazionalistico si concretizzò nel Panslavismo⁽¹¹⁾, che promuoveva l'unità culturale e addirittura politica di tutti gli Slavi, col desiderio di collaborare all'emancipazione dei popoli slavi negli imperi austriaco ed ottomano. In Russia, dopo l'umiliante sconfitta della guerra di Crimea (1853-1856), per reazione, il gruppo di autocrati slavofili appoggiò con ardore il Panslavismo, mentre gli occidentalizzanti avevano stabilito parecchi contatti con l'alta società dell'Europa dell'ovest, creando anche un terreno propizio per nutrire alcune aspirazioni ecumeniche.

Malgrado la Restaurazione, lo spirito imperante nel secolo XIX innescò anche nel seno dell'Impero ottomano molti fermenti nazionalistici, independentisti e di liberazione. La più importante riforma del cosiddetto periodo del *Tanzimat* (1839-1870), fu quella che assicurava l'onore, la vita e la proprietà di tutti i sudditi ottomani, senza distinzione di razza o di religione. Ciò poneva i cristiani in una situazione molto migliore di quella che avevano sopportato sino a quel momento riguardo ai loro diritti civili. Durante questo periodo, la Sublime Porta concesse gradualmente l'emancipazione civile ai cattolici dell'impero ottomano⁽¹²⁾, sottraendoli alla giurisdizione civile dei patriarchi ortodossi⁽¹³⁾, fino allora

(11) Cfr. A. TAMBORRA, *Panslavismo e solidarietà slava*, Marzoratti, Milano 1955; e anche: voce *Pan-slavism* in «The Columbia Encyclopedia» [<http://bartleby.com/65/pa/PanSlavi.html>].

(12) C.A. FRAZEE, *Catholics and Sultans. The Church and the Ottoman Empire (1453-1923)*, Cambridge University Press, London-New York 1983, pp. 259-260.

(13) Visto che il «patrik» doveva essere eletto dalla comunità armena e non dal Papa, da parte sua Pio VIII nominò un arcivescovo-primate armeno cattolico, parallelo al «patrik» civile, che doveva rispondere soltanto a Roma: cfr. PIUS VIII, Litt. Ap. *Quod iamdiu*, 6 luglio 1830, in R. DE MARTINIS (ed.), *Ius Pontificium de Propaganda Fide*, Typis Sacrae Congregationis de Propaganda Fide, Romae 1888-1895, Pars prima, vol. IV, pp. 729-731. Bisogna ricordare che a quell'epoca nell'impero ottomano vigea il sistema del *millet*, secondo il quale ogni comunità etnico-religiosa si reggeva civilmente sulla propria disciplina e, quindi teoricamente i suoi capi religiosi erano anche capi civili della comunità (cfr. V. POGGI, *L'Islam e la tolleranza. Il rapporto con la diversità: una interpretazione storica*, in «Orientamenti» 5-6 [1994], p. 24). Più tardi, nel 1845, Hassun riuscì ad unificare le due figure («patrik» civile e primate ecclesiastico): cfr. FRAZEE, *Catholics and Sultans*, o. c., pp. 261-262.

esercitata anche sui cattolici perché non riconosciuti dalle autorità civili come comunità diverse. Inoltre, nel 1856 furono accordati pieni diritti civili e politici ai sudditi cristiani e si concedette ai patriarchi e ai vescovi il libero esercizio della propria autorità civile⁽¹⁴⁾. Purtroppo, ciò provocò la reazione della popolazione musulmana⁽¹⁵⁾: durante l'anno 1860 vi furono gravissimi episodi di massacri di cristiani in Libano e a Damasco, richiedendo l'intervento della Francia che occupò la regione in soccorso dei cristiani⁽¹⁶⁾. In seguito ad accordi internazionali, gli ottomani concessero l'autonomia al «governatorato generale del Libano», regione a maggioranza cristiana e sotto protezione occidentale (francese), status che rimase in vigore fino alla prima guerra mondiale e che giovò molto alla fioritura delle diverse Chiese in quel territorio⁽¹⁷⁾.

b) *Vicende ecclesiali.*

Le vicende ecclesiali delle Chiese orientali cattoliche fino al momento della convocazione del Concilio, ovviamente influirono sulle problematiche che la Commissione ha dovuto studiare. Bisogna dunque tenere in conto questi singoli problemi regionali e le risposte date dalla Santa Sede, perché molti di essi sono la base per la trattazione dell'argomento nei voti dei consultori.

Malgrado il movimento unionista⁽¹⁸⁾, e forse proprio a causa di esso, in Russia i cattolici erano considerati stranieri, o cittadini

(14) Cfr. J. HAJJAR, *Les chrétiens uniates du Proche-Orient*, Éd. du Seuil, Paris 1962, p. 267.

(15) Cfr. J. HAJJAR, *L'Europe et les destinées du Proche-Orient. - Napoléon III et ses visées orientales, 1848-1870*, vol. II, t. 2, Bloud et Gay, Damasco 1988, pp. 779-780.

(16) Cfr. V. POGGI, *Giuseppe Valerga e i massacri del 1860 nel Libano e a Damasco*, Herder, Roma 1988, estratto da «Atti del simposio "La pace: sfida all'università cattolica" nell'anno Internazionale della Pace, 3-6.XII.1986», pp. 483-505; IDEM, *Otto lettere di Mons. Valerga sui massacri del 1860 - edizione dei rapporti a Propaganda*, in «Studi e Ricerche sull'Oriente Cristiano», XIV/1, Roma, 1991, pp. 89-120. Si veda il tragico appello ai lettori cristiani, e agli imperatori e re cristiani, quasi gridato, nell'opera scritta da un testimone dei fatti, il colonnello britannico C.H. CHURCHILL, *The Druses and Maronites under the Turkish Rules from 1840 to 1860*, Quaritch, London, 1862, p. 283.

(17) Cfr. J.P. VALOGNES, *Vie et mort des Chrétiens d'Orient - Des origines à nous jours*, Fayard, Paris, 1994, p. 403; J. HAJJAR, *Les chrétiens uniates du Proche-Orient*, o. c., p. 268.

(18) Cfr. Philarete Drosdou, Coselev, ecc. (PATELOS, o. c., pp. 29-35). Per

di seconda classe, e si diffidava di Roma accusandola di proselitismo⁽¹⁹⁾, pensando ai fedeli che nei secoli precedenti avevano raggiunto unioni con Roma. Da queste unioni erano nate le Chiese cattoliche-bizantine Bielorussa e Ucraina (ambidue provenienti dall'unione di Brest-Litowsk del 1596). Nel 1839 lo Zar Nicolas I abolì l'unione di Brest, obbligando i suoi sudditi cattolici bizantini a « ritornare » all'ortodossia⁽²⁰⁾; ma questo non ebbe effetto nella

esempio, in un volume appartenuto al card. Bilio, custodito nell'ASV, *Conc. Vat. I*, busta 171, si può trovare un opuscolo con la «Correspondance de Monsieur le Baron Auguste de Haxthausen avec Monseigneur Philarète Métropolitain de Moscou et Monsieur André Mouravieff Chambellan de S.M. l'Empereur de Russie sur la nécessité de faire des prières pour la réunion de l'Eglise russe avec l'Eglise romaine». Quindi, nel 1947 Pio IX ricevette delle lettere fin troppo ottimistiche sull'unione della Chiesa Russa con Roma: tale speranza era basata sul fatto che diverse personalità russe avevano raggiunto la piena comunione con Roma (cfr. A. TAMBORRA, «Catholicisme et monde orthodoxe à l'époque de Pie IX», in *Miscellanea Historiae Ecclesiasticae IV, Congrès de Moscou 1970*, Bureau de la R.H.E., Louvain 1972, p. 190; PATELOS, *o. c.*, pp. 35-36; R. AUBERT, *Liberalismo e integralismo - Tra stati nazionali e diffusione missionaria: 1830-1870*, («Jedîn - Storia della Chiesa» VIII/2), Jaca Book, Milano, 1980, pp. 289-292). A Parigi, infatti, vi era un gruppo di intellettuali russi convertiti, formatosi intorno a Madame Spohie Swetchine (anche lei convertita: cfr. M.J. ROUET DE JOURNAL, *Une russe catholique, La vie de Mme. Swetchine (1782-1857)*, 2a ed., Desclée de Brower, Paris, 1953). Si trattava di un gruppo di tendenza occidentalizzante (quindi, contrario agli slavofili), che nutriva gli ideali dell'unità cristiana sulla scia della mentalità promossa dalla Santa Alleanza. Gruppi simili s'erano raccolti in Germania attorno al barone Haxtausen, e a Roma intorno a Madame Zinaida Volkouskaja. Né sono gli unici: nel movimento unionista infatti si potrebbero citare anche Joseph de Maistre, ambasciatore di Sardegna a San Pietroburgo, e Mons. Bautain (cfr. PATELOS, *o. c.*, pp. 52-55). Sul tema, cfr. il libro del nipote di Mme Swetchine, il gesuita J. GAGARIN, *La Russie sera-t-elle catholique?*, C. Douniols éditeurs, Paris, 1856: su questo principe russo fattosi gesuita nel 1843, cfr. J. LECLER, *Gagarin*, in «Dictionnaire d'histoire et de géographie ecclésiastiques» t. XIX, coll. 646-649. Il Padre Martinov, s.j., — che insieme a Gagarin fu uno dei cofondatori della rivista «Etudes», inizialmente destinata a questioni orientali (cfr. PATELOS, *o. c.*, p. 54) —, sarà poi consultore della Commissione preparatoria per le Chiese orientali del Vaticano I. Se alcuni in questi gruppi aristocratici manifestavano tendenza filoccidentale, non mancavano invece altri di opinione contraria, come il religioso ruteno Hypolito Terlecki, che proponeva addirittura l'erezione di un patriarcato greco-slavo cattolico (cfr. PATELOS, *o. c.*, p. 36).

⁽¹⁹⁾ Cfr. A. TAMBORRA, *Chiesa Cattolica e Ortodossia russa: due secoli di confronto e dialogo. Dalla Santa Alleanza ai nostri giorni*, Ed. Paoline, Milano, 1992; V. LENCYK, *The Eastern Catholic Church and Czar Nicolas I*, Ukrainian Catholic University, Romae - New York, 1966.

⁽²⁰⁾ Cfr. GREGORIUS XVI, Alloc. «Multa quidem gravia», 22 novembre 1839,

regione di Galizia perché in quell'epoca era sotto l'impero austriaco (dall'anno 1772). Nel 1847 fu siglato un accordo tra la Santa Sede e la Russia riguardante i sudditi cattolici nell'impero⁽²¹⁾. Tuttavia, nel 1866 Mosca abrogò unilateralmente il concordato⁽²²⁾ e in seguito proibì ai vescovi cattolici suoi sudditi di partecipare al Concilio⁽²³⁾.

Nelle regioni transcarpatiche si registrano anche unioni con Roma (Užhorod 1646; Mukačevo 1664; Maramures 1713) e praticamente quasi tutta la regione dei «Rusyns» sotto il dominio dell'impero asburgico era diventata greco-cattolica rutena. Nella Commissione preparatoria orientale fu proposto di distribuire come strumento di lavoro alcuni documenti riguardanti i ruteni⁽²⁴⁾.

Dopo i torbidi del secolo XVIII sotto l'impero austro-ungarico⁽²⁵⁾, anche la Transcarpatia abbracciava una forte minoranza

in *Acta Gregorii XVI*, Pars prima canonica, vol. II, (Ripr. facs. dell'edizione: Typ. de Propaganda Fidei, Roma 1901-1904) Akademische Druck - und Verlagsanstalt Graz, Graz, 1971, pp. 381-383.

(21) Cfr. R. AUBERT, *Il pontificato di Pio IX (1846-1878)* («Fliche - Storia della Chiesa» XXI), vol. 1, S.A.I.E., Torino 1976, pp. 40-41.

(22) Cfr. R. AUBERT, *Il pontificato di Pio IX, o. c.*, vol. 2, pp. 617-623 [soprattutto p. 622]; A. BOUDOU, *Le Saint-Siège et la Russie - Leurs relations diplomatiques au XIXe siècle*, vol. 2 (1848-1883), Editions Spes, Paris 1925, pp. 291-298; Segreteria di Stato, *Esposizione documentata sulle constanti cure del S. P. Pio IX a riparo dei mali che soffre la Chiesa Cattolica nei Domini di Russia e Polonia*, Dalla stamperia della Segreteria di Stato, Roma 1866, pp. 303-306.

(23) T. GRANDERATH, *Histoire du Concile du Vatican, depuis sa première annonce jusqu'à sa prorogation d'après les documents authentiques*, t. I, Conrad Kirch (ed.), Dewit, Bruxelles 1907, pp. 458-461.

(24) Vale a dire: a) copie degli atti del sinodo ruteno di Zamosc del 1720 (MANSI XLIX, col. 989C; *Synodus provincialis Ruthenorum habita in civitate Zamosciae anno MDCCXX*, Romae 1883) b) un documento approvato dalla Propaganda nel 1863 per la concordia tra i vescovi latini e ruteni della provincia di Leopoli (MANSI XLIX, col. 1011A; cfr. «Decretum S. Congr. de Propag. Fide d. 6. Oct. 1863, quo conventio inter utriusque ritus Antistites Galiciae fuit confirmata» in G. SCHNEEMANN & Th. GRANDERATH (eds.), *Collectio Lacensis*, vol. 2, Freiburg-in-Br. 1876, coll. 561-566); e c) i documenti relativi al progetto d'erezione di un patriarcato ruteno per i fedeli ruteni di Galizia ed Ungheria (MANSI XLIX, col. 1011BD; cfr. R. AUBERT, *Il pontificato di Pio IX*, vol. 2, o. c., p. 625, nota 20, che rimanda a A. BARON, *Progetto del Patriarcato ucraino*, in «Analecta OSBM» 3 [1960], pp. 454-475).

(25) Nell'anno 1687 l'imperatore asburgico Leopoldo I riuscì a cacciare i turchi dalla Transilvania, e questa regione rimase sotto il controllo dell'impero austro-ungarico. Convivevano nella Transilvania popolazioni germaniche, ungheresi e, in maggioranza, rumene. Dal 1692 i missionari gesuiti svolsero le loro attività nella zona.

greco-cattolica romena. Propaganda Fide aveva inviato nel 1858 tre istruzioni ai vescovi greco-rumeni, sull'indissolubilità del matrimonio⁽²⁶⁾, sui matrimoni misti⁽²⁷⁾, e sulla disciplina del matrimonio dei chierici⁽²⁸⁾. Nella Commissione orientale preparatoria furono distribuite queste tre istruzioni⁽²⁹⁾ tra i consultori e, infatti, la Commissione affrontò la questione sull'indissolubilità del matrimonio⁽³⁰⁾ avendo in conto la suddetta istruzione per i ru-

Purtroppo l'imperatore esercitò pressioni sugli ortodossi rumeni della Transilvania, fino a negar loro la pienezza dei diritti civili, affinché passassero alla Chiesa cattolica bizantina. Tali circostanze, insieme al timore di vedere dilagare il protestantesimo tra la popolazione, spinsero il metropolita ortodosso di Transilvania a concludere un accordo con Roma sull'Unione nel 1698. Detto accordo fu poi formalizzato il 4 settembre 1700 (cfr. C. DE CLERCQ, *Les conciles des orientaux catholiques* («Histoire des Conciles» XI) vol. 1, Letouzey et Ané, Paris 1949, pp. 117-120 e 122-126; N. NILLES, *Symbolae ad illustrandam historiam Ecclesiae Orientalis in terris coronae S. Stephani*, vol. I, Typis et sumptibus Feliciani Rauch, Oeniponte 1885, pp. 203-211, e 247-249). Inizialmente tutta la popolazione rumena del territorio aderì all'Unione, molti — certo — liberamente e per convinzione, ma nel 1744 il monaco serbo-ortodosso Visarione fu inviato in Romania e, accusando i cattolici di soffocare la tradizione orientale, promosse una sommossa popolare per tornare all'ortodossia. Ne seguirono lotte militari. Con l'editto di tolleranza del 1759 l'imperatrice Maria Teresa concedeva un vescovo ortodosso per la Transilvania, ma contemporaneamente il monaco Sofronio incitava la popolazione a nuove ribellioni (1759-1761). Dopo questi fatti, più della metà della popolazione rumena della Transilvania era tornata all'ortodossia (cfr. R. ROBERSON, *The Eastern Christian Churches, a Brief Survey*, ed. Orientalia Christiana, 6ª edizione, Roma 1999, pp. 173-174).

(26) S.C. DE PROPAGANDA FIDE, «Instructio ad Archiep. Et Epp. Graeco-Rumenos provinciae Fogarasien. et Albae Iuliae, 1858», in *Collectanea S. Congregationis de Propaganda Fide*, ex Typographia Polyglotta S. C. de Propaganda Fide, Romae 1893, n. 1295, pp. 436-441. Sulle dispute tra la Santa Sede e i rumeni uniti negli anni 1856-1872 riguardo l'indissolubilità del matrimonio, cfr. L. BRESSAN, *Il divorzio nelle Chiese orientali, ricerca storica sull'atteggiamento cattolico*, EDB, Bologna 1976, pp. 197-218.

(27) S.C. DE PROPAGANDA FIDE, «Instructio ad Archiep. Fogarasien. et Episcopos eius suffraganeos graeci ritus, 1858», in *Collectanea S. Congregationis de Propaganda Fide*, o. c., n. 1429, pp. 523-531.

(28) S.C. DE PROPAGANDA FIDE, «Instructio ad Archiep. Fogarasien. et Alba-Iulien., 24 marzo 1858», in *Collectanea S. Congregationis de Propaganda Fide*, o. c., n. 230, pp. 87-89. Piuttosto si insiste sul celibato e sulla continenza dei chierici, ma si tollera il matrimonio di quanti già sposati prima dell'ordinazione suddiaconale.

(29) Cfr. MANSI XLIX, coll. 989C e 1013C.

(30) La Commissione orientale era stata interpellata su questo argomento dalla Commissione dogmatica (cfr. MANSI XLIX, col. 1015D). Cfr. la discussione in MANSI XLIX, coll. 1015-1120. Su questa discussione furono poi informate la Commissione

meni⁽³¹⁾. Non mi consta però che abbia usato le altre⁽³²⁾. Nel Concilio partecipò il vescovo greco-romeno di Gran Varadino⁽³³⁾, Iosif Papp-Szilágyi de Illyésfalva⁽³⁴⁾, uno dei più importanti canonisti orientali cattolici di quell'epoca⁽³⁵⁾.

Nel 1859, uno dei vescovi ausiliari del patriarca di Costantinopoli volle diventare cattolico; poi, nel 1861 anche un'altro arcivescovo aderì al cattolicesimo e, quindi, lo stesso anno fu costituito a Costantinopoli un piccolo gruppo di greci uniti. Da alcuni osservatori ecclesiastici dell'epoca queste conversioni erano interpretate come il presagio di un più vasto movimento unionista

direttrice e la Commissione dogmatica (cfr. MANSI XLIX, col. 1018C; e ASV, *Conc. Vat. I*, busta 263, ff. 133r-135v; busta 139, ff. 223r-226r).

⁽³¹⁾ Cfr. ASV, *Conc. Vat. I*, busta 139, ff. 229r-234v: «Documento - Instructio ad Episcopos Transylvaniae: de indissolubilitate matrimonii in casu adulterii et perfidae disertionis»; (cfr. anche, busta 165, fasc. X e XV-XVI; busta 263, ff. 155r-215r; ff. 223r-226r).

⁽³²⁾ Anche se si deve al vescovo greco-cattolico romeno Papp-Szilágyi la richiesta di trattazione dei matrimoni misti (cfr. MANSI XLIX, col. 198A), su questo argomento si discuterà soprattutto nella Commissione per la disciplina ecclesiastica (latina). — L'argomento del matrimonio dei preti e del celibato sacerdotale fu discusso in diverse sedute della Commissione orientale, ma nel Fondo «Concilio Vaticano I» non ho trovato il sopraccitato documento per i rumeni. Il voto di Martinov sull'impedimento matrimoniale di ordine sacro tocca collateralmente l'argomento.

⁽³³⁾ In romeno «Oradea-Mare».

⁽³⁴⁾ Anche scritto «Pop Salageanul». Su questo vescovo greco-cattolico dell'eparchia romana di Gran Varadino, cfr. PATELOS, *o. c.*, pp. 228-234.

⁽³⁵⁾ Per molti anni il suo manuale di diritto canonico orientale fu l'unico esistente in ambito cattolico e resta ancora oggi una opera di grande valore: cfr. J. PAPP-SZILÁGYI, *Enchiridion Juris Ecclesiae orientalis catholicae*, pro usu auditorium theologiae et eruditione cleri graeco-catholici, e propriis fontibus constructum, Typis Fechy, Nagy-Várad 1862. La prima edizione di questo *Enchiridion* — previa al Concilio — consta di 376 pagine, mentre la seconda edizione (typis Eugenii Hollósy, Magno Varadini 1880), postuma, fu aumentata fino a 633 pagine; tuttavia questa non fu approvata dalla Sede Apostolica perché affermava la vigenza degli antichi sacri canoni (cfr. I. ŽUŽEK, «Incidenza del "Codex Canonum Ecclesiarum Orientalium" nella Storia moderna della Chiesa Universale», in PONTIFICIUM CONSILIUM DE LEGUM TEXTIBUS INTERPRETANDIS, *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, Libreria editrice vaticana, Città del Vaticano 1994, p. 687). Invece, la prima edizione dell'*Enchiridion* fu utilizzata dai consultori della Commissione orientale preparatoria: cfr. p. es., F. ROSI-BERNARDINI, *De reliquis impedimentis matrimonium dirimentibus quoad Orientales...*, in ASV, *Conc. Vat. I*, busta 149, f. 623r, p. 21, nota 1.

greco⁽³⁶⁾. Anche se la Chiesa greca cattolica era di troppo recente formazione e di dimensioni esigue perché avesse posto le fondamenta solide di una propria disciplina, bisogna ricordare che nella Chiesa greca ortodossa — appena ecclesiasticamente emancipata da Costantinopoli⁽³⁷⁾ — una delle prime decisioni era stata quella di «incaricare i professori Rhalles e Potles di pubblicare la collezione completa dei canoni ecclesiastici e dei loro più autorevoli commentatori», ciò che avvenne tra il 1852 e il 1859⁽³⁸⁾. Nei voti dei consultori il ricorso alle fonti della disciplina greca e ai grandi commentatori medioevali è frequente e in genere rispettoso (ma altre volte ingiurioso).

La costituzione apostolica *Etsi Pastoralis*⁽³⁹⁾ di Benedetto XIV, riguardante gli italo-greci e gli italo-albanesi, aveva trattato le questioni interrituali e disciplinari controverse tra greci e latini in Italia fondandosi sul principio della *praestantia latini ritus*. Questa idea della «preminenza del rito latino» fu applicata poi in genere nei rapporti dei latini con tutti gli orientali⁽⁴⁰⁾. Nel 1847 Pio IX

⁽³⁶⁾ PATELOS, o. c., p. 28. Nella bolla *Amantissimus humani generis*, del 8 aprile 1862, Pio IX annunciava alla Gerarchia orientale cattolica la creazione della commissione particolare per gli affari di rito orientale presso la S. Congregazione di Propaganda Fide, e in questo documento si fa menzione del Metropolita ortodosso di Drama, Meletios, che era transitato nel 1861 alla Chiesa cattolica: cfr. PIUS IX, Ep. Enc. «Amantissimus humani generis», 8 aprile 1862, in *Pii IX Pontificis Maximi Acta*, o. c., pars prima, vol. III, pp. 424-436 (qui, p. 428).

⁽³⁷⁾ La Chiesa greca ortodossa aveva stabilito la propria autocefalia in diversi passi tra 1833 e 1852: cfr. J. HAJJAR, «Le Chiese orientali cattoliche - dalla guerra di Crimea alla prima guerra mondiale», in R. AUBERT et al. (eds.), *La Chiesa nel mondo moderno*, («Nuova Storia della Chiesa» vol. 5.II), Marietti, Torino 1979, pp. 135-157 [qui, p. 141].

⁽³⁸⁾ Quest'opera «resta il monumento di base per una conoscenza sistematica della legislazione canonica bizantina» (J. HAJJAR, *Le Chiese orientali cattoliche*, o. c., pp. 141-142). Cfr. G.A. RÁLLES-M. POTLÉS, *Σύνταγμα τῶν θεείων καὶ ἱερῶν κανόνων τῶν τε Ἀποστόλων, καὶ τῶν ἱερῶν οἰκουμενικῶν καὶ τοπικῶν Συνόδων*, Chartofylax, Athênai 1852-1859.

⁽³⁹⁾ BENEDICTUS XIV, cost. ap. «Etsi Pastoralis», 26 maggio 1742, in *Bullarium Pontificium Sacrae Congregationis de Propaganda Fide*, vol. III, Typ. Collegii Urbani, 2ª ed., Romae 1840, pp. 22-47.

⁽⁴⁰⁾ BENEDICTUS XIV, Enc. «Allatae Sunt», 26 luglio 1755, in *Sanctissimi Domini Nostri Benedicti Papae XIV Bullarium*, sumptibus Bartholomaei Occhi, t. IX, Venetiis 1782, p. 33: «Cum Latinus Ritus is sit, quo utitur Sancta Romana Ecclesia, quae Mater est & Magistra aliarum Ecclesiarum, reliquis omnibus Ritibus praeferri debet. Ex quo porro sequitur, haud licere a Latino Ritu ad Graecum transire; nec il-

faceva ancora riferimento a questa *praestantia* nella sua risposta a un quesito del vescovo di Palermo⁽⁴¹⁾. Perciò, Ivan Žužek ha potuto scrivere: «Si può essere certi che la “praestantia ritus latini” sotto tutto il pontificato di Pio IX rimase la mentalità predominante e, si direbbe, unica, in tutta la Chiesa cattolica»⁽⁴²⁾. È utile avvertire che la Commissione orientale preparatoria del Concilio Vaticano I svolse uno studio per redigere lo schema di costituzione sui riti⁽⁴³⁾, nel quale i consultori proponevano il superamento di questo ingiusto principio.

Si sa che l'editto della Porta ottomana *Hatti-Houmayoun* del 1856 prevedeva l'intervento dei laici negli affari ecclesiastici-civili — per esempio nella nomina dei vescovi e del proprio patriarca⁽⁴⁴⁾ —; questo intervento provocò molte tensioni tra la Santa Sede e le Chiese orientali cattoliche. Nel luglio 1867 la Bolla *Reversurus*⁽⁴⁵⁾ imponeva a tutti gli armeni cattolici le regole per la scelta dei vescovi e del patriarca, eliminando ogni partecipazione laicale ed esigendo l'intervento di Roma⁽⁴⁶⁾. Una cospicua porzione del popolo

lis, qui semel a Ritu Graeco, vel Orientali, ad Latinum transierunt, integrum esse ad pristinum Graecum Riturum reverti».

(41) PIUS IX, Litt. «Plura sapienter», 11 luglio 1847, in CONGREGAZIONE PER LE CHIESE ORIENTALI, *Codificazione canonica orientale: Fonti*, Typis Poliglottis Vaticanis, Città del Vaticano 1930, Serie I - fasc. II, p. 533, n. 4.

(42) I. ŽUŽEK, *Incidenza...*, o. c., p. 697.

(43) Cfr. ASV, *Conc. Vat. I*, busta 149 («Acta theologorum qui ad res missionum et Ecclesiarum Orientalium in Concilio Vaticano pertractandas sua studia contulerunt. Volumen unicum». Ex Typografia Vaticana, 1875), — fasc. XVI. «De rituum intermixtione et de transitu ab uno ad alterum rituum. Mgr. Valerga»; — fasc. XVII «Piano di un capo sù Riti da proporsi al Concilio Vaticano. Giuseppe David corepiscopo»; — fasc. XVIII «Dubbia excerpta ex votis Consultorum R.P.D. Iosephi Valerga Patriarchae Hierosolimitani e R.D. Iosephi David Chorepiscopi Syri»; — fasc. XIX «Schema constitutionis de ritibus»; — fasc. XX. — «Adnotationes ad schema constitutionis de ritibus» [vide anche, busta 182, fasc. X].

(44) Questo intervento trae giustificazione non soltanto per il tradizionale forte ruolo dei laici nelle Chiese orientali (soprattutto in quella armena), ma anche per il — a mio parere — legittimo interesse che collegavano a tale nomina, a causa del ruolo di rappresentante civile della comunità svolto dal patriarca (paradossalmente, nel caso degli armeni, il patriarca armeno di Costantinopoli svolgeva questo ruolo di patriark al di sopra dello stesso Catholicós di Etchmiadzin).

(45) Vide supra, nota 1; cfr. anche G. MARTINA, *Pio IX (1867-1878)*, («Miscelanea Historiae Pontificiae» 58) ed. P.U.G., Roma 1990, pp. 53-78.

(46) Per i vescovi si prevedeva la nomina da parte della Santa Sede, scegliendo tra i nomi di una terna presentata dal patriarca e dal sinodo. Per l'intronizzazione del

armeno, alcuni vescovi e religiosi, si ribellarono contro questo documento e durante il concilio generò gravi agitazioni concluse con lo scisma di alcuni vescovi⁽⁴⁷⁾. Finalmente, nel 1879 la bolla *Reversurus* fu revocata.

Il Patriarca Melchita Gregorio Iusef Sayyur⁽⁴⁸⁾ si opporrà con veemenza all'estensione alla sua Chiesa dei dettami della Bolla *Reversurus*⁽⁴⁹⁾, e durante il Concilio proferì un polemico discorso a difesa dei diritti dei patriarchi⁽⁵⁰⁾ che provocò non pochi screzi con Pio IX⁽⁵¹⁾.

patriarca era richiesta la conferma della Santa Sede, e prima di compiere gli atti maggiori di governo doveva aver ricevuto il «pallium».

(47) PIUS IX, Ep. Enc. «Quartus supra vigesimum», 6 gennaio 1873, in *Pii IX Pontificis Maximi Acta*, o. c., pars prima, vol. VI, pp. 97-137. Altri documenti sulla vicenda sono i seguenti: PIUS IX, Litt. Ap. «Religiosas regularium Ordinum familias», 23 febbraio 1870, in *Pii IX Pontificis Maximi Acta*, pars prima, vol. V, pp. 125-128; IDEM, Ep. «Non sine gravissimo», 24 febbraio 1870 in *Pii IX Pontificis Maximi Acta*, pars prima, vol. V, pp. 129-135; IDEM, Litt. Ap. «Apostolici ministerii ratio», 5 aprile 1870, in *Pii IX Pontificis Maximi Acta*, pars prima, vol. V, pp. 173-176; IDEM, Litt., «Quo impensiore studio», 20 maggio 1870, in *Pii IX Pontificis Maximi Acta*, pars prima, vol. V, pp. 195-201; ecc. Cfr., anche, V. TIZZANI, *Il Concilio Vaticano I: diario di Vincenzo Tizzani: 1869-1870*, («Päpste und Papsttum» 25), vol. 1, a cura di L. Pásztor, A. Hiersemann ed., Stuttgart 1991, pp. 209, 248-250, 269-270, 293-294, 302; IBIDEM, vol. 2, Stuttgart 1992, pp. 314-315; G. S. PELCZAR, *Pio IX e il suo pontificato, sullo sfondo delle vicende della Chiesa nel secolo XIX*, vol. III, Libreria G.B. Berruti, Torino 1911, pp. 277-286; G. MARTINA, *Pio IX (1867-1878)*, o. c., pp. 78-96; PATELOS, o. c., pp. 447-457.

Scrivendo, p.es., il Tizzani: «Essendosi nelle chiese di Galata letto un ordine del patriarca Hassun da lui spedito da Roma, ne furono pressati a bastonate i lettori, le donne svennero. Non volevano gli armeni riconoscere l'Hassun per loro patriarca, perché aderendo alla bolla *Reversurus* aveva rinunciato, di fatto, ai diritti e ai privilegi della loro nazione» V. TIZZANI, o. c., vol. I, p. 209.

(48) Cfr. PATELOS, o. c., pp. 307-328. [Anche scritto «Yussuf» o «Jussef»]. Cfr. C. KARALEVSKIJ [sic], *Antioch*, in «Dictionnaire d'histoire et de géographie ecclésiastiques», Alfred Baudrillart et al. (eds.), Letouzey et Ané, Paris 1912-, t. III, coll. 659-664.

(49) Cfr. V. TIZZANI, o. c., pp. 228, 247; J. HAJJAR, *L'episcopat catholique oriental et le I^{er} Concile du Vatican, d'après la correspondance diplomatique française*, in «Revue d'Histoire Ecclésiastique», 65 (1970), pp. 436-447.

(50) Cfr. MANSI LIII, coll. 133-137. Cfr. J. HAJJAR, *L'episcopat catholique oriental et le I^{er} Concile du Vatican*, o. c., pp. 753-758.

(51) «Jussuf espose sempre la propria opinione senza timori riverenziali. Ciò bastò perché in certi ambienti conciliari dominanti da uno zelo più interessato che illuminato fosse accusato di mancanza di rispetto, di orgoglio, di temeraria audacia, e persino di insubordinazione al volere del Papa e alla autorità della Santa Sede...» C.

Rapporti conflittuali con Roma sostenne, ancora, il Patriarca Caldeo, Giuseppe VI Audo⁽⁵²⁾, per la questione del Malabar e per la bolla *Reversurus*: un resoconto di tutta la vicenda è rinvenibile nell'enciclica di Pio IX *Quae in patriarchatu*, del 1° settembre 1876⁽⁵³⁾, dove gli si minacciava la scomunica maggiore⁽⁵⁴⁾: fortunatamente Audo si sottomise al Papa.

Nel 1867 il Patriarca Maronita Mashad una volta giunto a Roma contestò il desiderio espresso da Pio IX di estendere alla Chiesa maronita le norme della bolla «*Reversurus*», adducendo, con il dovuto rispetto, che i maroniti possedevano ormai un regolamento e un codice sinodale che Roma aveva già approvato da molto tempo, quello, cioè, del Sinodo libanese del 1736⁽⁵⁵⁾.

L'emancipazione civile dei Copti cattolici ebbe luogo nel 1866 subito dopo la nomina di Amba Agapio Ibraim Bsciai come primo Vicario apostolico dei copti cattolici⁽⁵⁶⁾. A quell'epoca il Concilio Vaticano I era appena stato annunciato. Bsciai ebbe attriti con il Vicario apostolico latino e con i missionari per difendere il proprio rito e giurisdizione⁽⁵⁷⁾.

SNIDER, *Pio IX nella luce dei processi canonici*, («Studi piani» 8), Libreria editrice vaticana, Città del Vaticano 1992, p. 215.

⁽⁵²⁾ Cfr. C. KOROLEVSKY, *Audo*, in «Dictionaire d'histoire et de géographie ecclésiastiques» t. V, coll. 317-356; PATELOS, *o. c.*, pp. 268-285.

⁽⁵³⁾ PIUS XI, Litt. Enc. «*Quae in patriarchatu chaldaici*», 1° settembre 1876, in R. DE MARTINIS (ed.), *Ius Pontificium de Propaganda Fide*, o. c., pars prima, vol. VI, t. 2, pp. 306-317.

⁽⁵⁴⁾ Su questo argomento cfr. il dettagliato studio di G. MARTINA, *Pio IX (1867-1878)*, o. c., pp. 96-108; e S. GIAMIL, *Genuinae relationes inter Sedem Apostolicam et Assyriorum Orientalium seu Chaldeorum Ecclesiam*, E. Loescher & Co., Romae 1902.

⁽⁵⁵⁾ PATELOS, *o. c.*, pp. 69-70.

⁽⁵⁶⁾ G. GIAMBERARDINI, *Impegni del concilio Vaticano I per l'Oriente cristiano e reazioni della Chiesa egiziana*, Ed. Antonianum, Roma 1970, p. 143.

⁽⁵⁷⁾ Cfr. le accuse mosse contro di lui da G. GIAMBERARDINI, *Impegni del concilio Vaticano I per l'Oriente cristiano e reazioni della Chiesa egiziana*, o. c., p. 149-150. A riguardo delle sue controversie con i missionari, è interessante constatare che — malgrado Giamberardini affermi che Bsciai non abbia svolto attività di rilievo al Concilio (*ibid.* p. 144) — abbiamo trovato un suo scritto di tre facciate di foglio, datato 8 agosto 1870, con osservazioni proprio sullo schema sulle missioni apostoliche: ASV, *Conc. Vat. I*, busta 70, fasc. II, «*Animadversiones a nonnullis Patribus scripto traditae in schema constitutionis super missionibus apostolicis*»: 8(b) Bsciai.

A Gerusalemme si ristabilì nel 1847 il patriarcato latino già esistente durante l'epoca dei crociati⁽⁵⁸⁾. A suo capo fu nominato Mons. Giuseppe Valerga⁽⁵⁹⁾ che svolse una attività certamente latinizzante nella regione⁽⁶⁰⁾. Non mi soffermo ora nello studio storico dettagliato di questa figura chiave nel Concilio Vaticano I per quanto riguarda il nostro argomento: altri lo hanno fatto prima di me⁽⁶¹⁾. Ora basterà solo indicare il giudizio che di lui esprime il

(58) PRUS IX, Litt. ap. «Nulla celebrior», de Patriarchatu Hierosolymitano, 23 luglio 1847, in *Pii IX Pontificis Maximi Acta*, o. c., pars prima, vol. 1, Romae 1854, p. 59-63. Su questo argomento, cfr. TH. ALLEAU, *Patriarcat de Jérusalem. Son origine - Ses vicissitudes - Sa ruine - Son rétablissement - Ses ouvres - Ses besoins - Son avenir*, Journal de Monaco, Monaco 1880; P. MÉDEBIELLE, *Le Patriarcat latin de Jérusalem*, «pro manuscripto», Jérusalem 1962. Cfr. anche P. GEFAELL, *Il Ristabilimento del Patriarcato Latino di Gerusalemme (1847) e la vicenda del rappresentante diplomatico della Santa Sede presso la Porta Ottomana*, in «Il Diritto Ecclesiastico» CXI (2000/1), pp. 196-217; P. PIERACCINI, *La Jurisdiction du Patriarche Latin de Jérusalem après la lettre Apostolique «Nulla Celebrior» (1847-1872)*, Tesi di dottorato all'Istitut Catholique de Paris (Università statale «Paris XI, Faculté "Jean Monnet"»), Paris 2004, «pro manuscripto», cap. V. Per le origini crociate del patriarcato latino di Gerusalemme, cfr. G. FEDALTO, *La Chiesa latina in Oriente*, vol. 1, Casa editrice Mazziana, Verona 1973, pp. 84-97.

(59) P. DUVIGNAU, *Une vie au service de l'Église, S.B. Mgr. Joseph Valerga, Patriarche latin de Jérusalem 1813-1872*, Imprimerie du patriarcat latin, Gerusalemme 1971. Traduzione italiana: IDEM, *Mons. Giuseppe Valerga, Patriarca di Gerusalemme: Loano 1813 - Gerusalemme 1872: straordinaria vita di un ligure, vicende religiose e politiche di un missionario nel Medio Oriente del XIX secolo*, Diocesi di Albenga-Imperia, Albenga-Imperia 2001.

(60) «Non vi è dubbio che la Reversurus è opera da lui ispirata e difesa; sua la "Cum ecclesiastica disciplina"; suoi i suggerimenti per risolvere la questione dello scisma armeno; suoi i tentativi per piegare la resistenza dei melchiti (...). Purtroppo la curia romana scrive ancora una pagina nera nella storia dei rapporti con l'Oriente: e il Valerga in buona parte ne è diretto responsabile: senza dubbio il più ascoltato a Propaganda per gli affari orientali. (...) Costituzionalmente avverso al pluralismo, sano beninteso, non comprese le particolarità liturgiche e disciplinari dell'Oriente, che considerò scorie di una situazione di scisma, e s'impegnò a sacrificarle nella promozione di una latinizzazione che meglio facesse risplendere l'unità della Chiesa nella uniformità anche esteriore. È stato il cavallo di battaglia di tutta la sua vita!» S. MANNA, *Chiesa latina e Chiese Orientali all'epoca del Patriarca Giuseppe Valerga (1813-1872)*, Napoli, 1972, pp. XXIV-XXV.

(61) Per la biografia, cfr. PATELOS, o. c., pp. 107-112. Vide, anche, S. MANNA, *Chiesa latina e Chiese Orientali all'epoca del Patriarca Giuseppe Valerga (1813-1872)*, Dissertatio Pont. Inst. Orientali, Roma 1969, «pro manuscripto»; P. DUVIGNAU, *Une vie au service de l'Église, S.B. Mgr. J. Valerga...*, o. c.; V. POGGI, *Giuseppe Valerga e i massacri del 1860 nel Libano e a Damasco*, Herder, Roma 1988, estratto da «Atti del

Martina: «Valerga (...) è giudicato molto severamente dalle fonti orientali, che lo considerano un intruso, un corpo estraneo, un colonizzatore, lo strumento dell'imperialismo latino. Si tratta di giudizi che andrebbero sottoposti ad un'adeguata discussione critica, attentamente vagliati»⁽⁶²⁾.

Non si può neanche tralasciare la situazione dei rapporti con le Chiese orientali non cattoliche a quell'epoca: le illusioni di un movimento unionista su vasta scala, i falliti tentativi di invitare all'unione gli ortodossi, la mancanza di tatto nei loro riguardi, ecc., sono punti molto illuminanti sulla mentalità e le aspettative della Curia in quell'epoca. Tuttavia ora non vorrei dilungarmi su questi particolari.

3. *Genesis ed organizzazione del lavoro preparatorio del Vaticano I.*

Come si sa, il 6 dicembre 1864 Pio IX espresse per la prima volta ad un gruppo di cardinali il suo progetto di convocare un concilio⁽⁶³⁾. Nel marzo 1865 il Papa istituì la «Congregazione direttrice e speciale per gli affari del futuro concilio generale»⁽⁶⁴⁾ per il coordinamento dei lavori preparatori del Concilio. La Congregazione direttrice propose di consultare vescovi di diverse nazioni per poter stabilire le questioni da trattarsi nell'assise ecumenica⁽⁶⁵⁾, e suggerì che prima dell'arrivo dei Padri conciliari, fossero preparati a Roma i progetti da sottoporre alla deliberazione dell'assemblea⁽⁶⁶⁾.

simposio «La pace: sfida all'università cattolica»»; IDEM, *Otto lettere di Mons. Valerga sui massacri del 1860*, Edizione dei rapporti a Propaganda, Roma 1991.

(62) MARTINA, *Pio IX (1867-1878)*, o. c., pp. 56-57.

(63) MARTINA, *Pio IX (1867-1878)*, o. c., p. 119.

(64) MANSI XLIX, col. 97A.

(65) Quindi, tra aprile e maggio 1865 furono consultati altri vescovi latini (PATELOS, o. c., p. 81. Cfr. MANSI XLIX, coll. 105D-178D), mentre soltanto nel 1866 si chiese il parere di 9 vescovi «orientali» (Lettera del Prefetto della Congregazione di Propaganda Fide con la quale sono consultati alcuni vescovi di Oriente sulle questioni da trattare nel Concilio, 22 febbraio 1866, MANSI, XLIX, coll. 179D-182A; cfr. anche la lettera del 10 marzo 1866 ad alcuni vescovi austriaci di rito greco in MANSI XLIX, coll. 181B-182D); anche se Martina afferma che furono consultati nel 1865: cfr. MARTINA, *Pio IX (1867-1878)*, o. c., p. 122, nota 13.

(66) PATELOS, o. c., p. 81. Cfr. MANSI XLIX, coll. 97B-104B.

Sulla base di tale decisione, il 19 marzo 1865 la Congregazione direttrice prevede di stabilire alcune commissioni di studio per la preparazione del Concilio⁽⁶⁷⁾. Tra queste commissioni si trova quella al centro del nostro interesse: la Commissione preparatoria «per le Missioni e le Chiese di rito orientale».

Tralasciando diversi altri dettagli che non riguardano il nostro tema specifico, possiamo sottolineare che il 29 giugno 1868 fu promulgata la Bolla di convocazione del Concilio per il giorno dell'Immacolata dell'anno seguente (8 dicembre 1869)⁽⁶⁸⁾. Il 14 gennaio 1870 furono eletti i membri della «Deputazione per i Riti orientali e le Missioni»⁽⁶⁹⁾, composta da vescovi partecipanti al Concilio⁽⁷⁰⁾. Il 7 giugno di quell'anno il Papa accettò la proposta di nomina dei primi tre membri⁽⁷¹⁾. Dopo più di un anno di inattività, a partire dal mese di agosto 1867 si procedette di nuovo a ravvivare la Commissione orientale preparatoria aggiungendo altri consultori⁽⁷²⁾.

Roger Aubert si stupisce che tra i consultori soltanto pochissimi abbiano lasciato il loro nome nella storia del diritto canonico o della teologia, e si lamenta che quasi nessuno avesse esperienza

(67) Le commissioni preparatorie previste furono: la Commissione teologico-dogmatica, la Commissione politico-ecclesiastica, la Commissione per le missioni e le Chiese di rito orientale, la Commissione per la disciplina, e la Commissione per i religiosi. Cfr. MANSI XLIX, coll. 105B-106D e, anche, MANSI XLIX, col. 478CD.

(68) PIUS IX, Litt. Ap. «Aeterni Patris», 29 giugno 1868, in *Pii IX Pontificis Maximi Acta*, o. c., Pars prima, vol. IV, pp. 412-423.

(69) Cfr. PATELOS, o. c., pp. 388-392.

(70) T. GRANDERATH, *Histoire du Concile du Vatican...*, o. c., p. 99.

(71) MANSI XLIX, col. 240B («Nota»), e col. 472B.

(72) In totale, i membri della Commissione furono: il Presidente cardinale Alessandro Barnabò, Annibale Capalti, Giovanni Simeoni, Francesco Rosi-Bernardini, il P. Augustin Theiner, il P. Johann Bollig, il P. Carlo Vercellone, Giuseppe Piazza, Cesare Ronchetti, il Segretario della Commissione Serafino Cretoni, il card. Giuseppe Valerga, il P. Leonardo di San Giuseppe Valerga, Ludovico Jacobini, P. Daniel Boniface Haneberg, P. Ivan Martinov, Mons. Edward Henri Howard, Mons. Paolo Brunoni, il corepiscopo siro Joseph David (cfr. ASV, *Conc. Vat. I*, busta 72, fasc. I, n. 4; e anche MANSI XLIX, coll. 472 A-473 C: questo elenco è un resoconto che fa l'editore del Mansi a partire dai dati della *Civiltà Cattolica*, del Cecconi e della *Collectio Lacensis*: cfr. MANSI XLIX, col. 465 nota *). Vedi, inoltre, PATELOS, o. c., pp. 87-88; R. AUBERT, «La composition des commissions préparatoires du Premier Concile du Vatican», in E. ISELOH-K. REPGEN (eds.), *Reformata reformanda* (Festgabe für Hubert Jedin zum 17. Juni 1965), Aschendorff, Münster-Westfalen 1965, t. II, p. 474; e MARTINA, *Pio IX (1867-1878)*, o. c., p. 144, nota 76 in fine.

pastorale⁽⁷³⁾. Patelos raccoglie la critica del cardinale Schwarzenberg che dubitava della capacità dei consultori designati di possedere la necessaria larghezza di visione per trattare le questioni loro affidate⁽⁷⁴⁾. Inoltre, Patelos si pone un altro interrogativo:

«L'Église catholique disposait-elle d'autres experts dans le domaine des Églises orientales et des Missions? Il est clair que l'absence de tels experts a été particulièrement regrettable. Une recherche en réponse à cette question serait bienvenue; nous ne pouvions l'entreprendre ici»⁽⁷⁵⁾.

Penso che questa critica meriti di essere approfondita. Come primo passo può rivelarsi utile l'analisi degli studi canonistici svolti dagli esperti della Commissione nei loro voti.

Come abbiamo visto, nei preliminari ai lavori era stato richiesto il parere di alcuni vescovi sulle materie e questioni da presentare al Concilio riguardo le Chiese orientali, e un rapporto dei loro pareri era stato redatto da Mons. Ludovico Jacobini per una più facile consultazione⁽⁷⁶⁾. Dopo la creazione della Commissione orientale, si stabilirono i principi guida ed alcuni punti specifici da studiare; successivamente si diede incarico a vari consultori di redigere i diversi «voti» su punti precisi da esaminare in Commissione. In base a ciascuno dei voti presentati, il segretariato della Commissione confezionava una serie di «dubbi» da esaminare, discutere ed ai quali rispondere in Commissione⁽⁷⁷⁾. Con queste «ri-

(73) Cfr. AUBERT, *Vatican I*, o. c., p. 56.

(74) Cfr. PATELOS, o. c., p. 141.

(75) PATELOS, o. c., p. 141. Aubert, dal canto suo, riconosce che «pour ce qui était du but propre de la Commission, l'adaptation du droit canonique oriental, les compétences né manquaient pas et on avait assez bien dosé les savants et les hommes d'expérience. (...), mais il faut par contre se demander dans quelle mesure ils appuyaient les tendances à la latinisation et à l'uniformité disciplinaire qui avaient les préférences du cardinal Barnabò» (AUBERT, *La composition des commissions*, o. c., p. 476).

(76) MANSI XLIX, coll. 202-238. Il riassunto di Jacobini si trova in ASV, *Conc. Vat. I*, busta 173, fasc. I [altra copia in busta 6, fasc. II]: «Rapporto sulle Risposte date da vari vescovi alla lettera del 20 aprile 1865 diretta ai medessimi dall'e.mo Cardinale Prefetto della S. Congregazione del Concilio intorno alla idea di un futuro concilio ecumenico» [79 pagine a stampa], pp. 63-79: «La Chiesa Orientale: i suoi bisogni religiosi e i mezzi per provvedervi». Questo rapporto fu consegnato anche ai consultori: cfr. MANSI XLIX, col. 991C.

(77) Cfr., p. es., MANSI XLIX, col. 1020B. Il segretario aveva anche chiesto ai

sposte» si dava l'incarico a uno dei consultori di redigere una prima bozza di decreto o costituzione sull'argomento. Questa bozza sarebbe stata sottoposta a revisione in Commissione fin quando ciò fosse stato giudicato necessario per giungere allo schema definitivo, destinato poi all'esame dei Padri Conciliari⁽⁷⁸⁾.

4. *L'uniformità di disciplina.*

Tra i principi guida previsti per la Commissione spicca quello sull'uniformità di disciplina tra Oriente e Occidente. Infatti, già nella prima sessione della Commissione il presidente, cardinale Barnabò, affermava che la Commissione direttrice aveva stabilito che:

«tutte le commissioni adottino una guida e questa uniforme, onde i lavori che si vanno facendo nei varî rami per la chiesa latina e per l'orientale armonizzino (per quanto possibile) tra loro. La guida universale a giudizio della commissione direttrice potrà essere il concilio di Trento»⁽⁷⁹⁾.

Quindi il primo principio guida veniva stabilito dalla Commissione direttrice e a questo principio doveva pure adeguarsi la Commissione orientale. Tuttavia, il cardinale Barnabò interpretava questo principio in modo radicale, perché ad esso aggiungeva non tanto «l'armonizzazione» quanto «l'applicazione» della disciplina occidentale a quella orientale. Perciò segnalava:

«Venendo alla parte disciplinare si rifletté che gli Orientali mancano affatto di un codice, che ne regoli la disciplina; e quindi il tutto dipende dagli usi tradizionali, i quali variano secondo l'arbitrio dei patriarchi, e spesso anche dé vescovi⁽⁸⁰⁾. D'altronde, eccettuata la parte liturgica

consultori di presentare per scritto le osservazioni più lunghe: cfr. MANSI XLIX, col. 1012D).

⁽⁷⁸⁾ Cfr. MANSI XLIX, 1014B. Sul resto del metodo di lavoro nel Concilio Vaticano I, cfr. AUBERT, *Vatican I*, o. c., pp. 66-69 e 140-143.

⁽⁷⁹⁾ MANSI, XLIX, col. 987A.

⁽⁸⁰⁾ Bisogna precisare che questa idea proviene dalla risposta del patriarca melchita Jusef alla lettera del 1866. Tuttavia, Jusef non alludeva ad un codice comune, bensì ad «un gius canonico proprio, e conforme agli usi di ciascun rito» e sottolineava che per favorire l'unione degli ortodossi «si dovrebbe prendere delle misure più conformi all'antica disciplina» MANSI, XLIX, col. 200C.

(...), non v'ha ragione per cui la disciplina occidentale non abbia ad applicarsi alle chiese di rito orientale in tutto ciò che riguarda il costume, la vita ed onestà dei chierici, l'ecclesiastica gerarchia, gli officî dei vescovi, i seminari, i sinodi, l'amministrazione dei sacramenti e cose simili. (...) Fu pertanto adottato il sistema di esaminare quanto havvi nel concilio Tridentino di applicabile agli Orientali, tranne la parte rituale, per quindi adattarlo ai medesimi »⁽⁸¹⁾.

Sulla stessa scia è anche il promemoria che il Segretario Cretoni redasse per il Presidente Barnabò il 5 maggio 1868:

« Nello scopo di mettere in armonia le varie disposizioni che si emaneranno dal futuro Concilio Ecumenico intorno alla disciplina delle due Chiese, Occidentale ed Orientale (salve le differenze liturgiche e qualche specialità più o meno connessa col rito), la Commissione per le Chiese e Missioni d'Oriente crederebbe opportuno, che quella Disciplinare per la Chiesa latina le comunicasse il risultato de' suoi studii onde profittarne nei lavori che dalla medesima si vanno preparando per la riforma della disciplina delle Chiese Orientali »⁽⁸²⁾.

Questo potrebbe suonare molto simile a uno dei principi guida per la stesura del moderno Codice orientale, ma in questo caso, come è ovvio, la Commissione per la revisione del Codice orientale non aveva per niente in mente il desiderio di uniformare le due discipline, bensì la loro armonizzazione nelle materie sopra o interrituali e nella terminologia⁽⁸³⁾.

⁽⁸¹⁾ MANSI, XLIX, coll. 987B-988A.

⁽⁸²⁾ ASV, *Conc. Vat. I*, busta 18, fasc. I. Manoscritto. Infatti, nella Sessione del 5 maggio 1868 si legge: « Mons. Simeoni parla della necessità che la commissione orientale proceda d'accordo nei suoi studij colla commissione disciplinare per la chiesa latina. Uno dei criteri regolatori della commissione Orientale, come fu stabilito nella prima adunanza, si è quello di mettere in armonia la disciplina delle due chiese, salve sempre le differenze liturgiche (...) Ora la maggior parte dei punti disciplinari della chiesa latina sono più o meno estensibili alle chiese di levante. (...) Penetratosi di siffatte ragioni l'eminentissimo presidente si impegna a parlarne colla commissione centrale » (MANSI XLIX, col. 1009CD-1010A).

⁽⁸³⁾ « Per quanto riguarda gli elementi comuni del Codice Orientale con quello per la Chiesa Occidentale, soprattutto nelle materie sopra o interrituali e nella terminologia, è sommamente auspicabile che si prendano misure atte ad uno scambio efficace delle opinioni tra le due Commissioni e si abbia una formulazione in comune

Durante i lavori della Commissione orientale preparatoria la questione sull'uniformità di disciplina tra oriente e occidente fu trattata a più riprese⁽⁸⁴⁾, con il limite di una postura a priori indicata dal presidente, come abbiamo visto (non dal Valerga, come dice Patelos⁽⁸⁵⁾). Questa imposizione indubbiamente influì nelle dichiarazioni e nei voti dei consultori: ritengo infatti che ciò spieghi molte delle ambiguità e contraddizioni che leggiamo nelle opinioni espresse dai consultori della Commissione⁽⁸⁶⁾.

Non entrerò nel dettaglio, ma è opportuno illustrare il clima venuto maturando con l'ausilio di alcune citazioni. Nell'adunanza del 4 dicembre 1868 Simeone aveva nuovamente fatto richiesta di un codice per regolare la disciplina dei cattolici orientali:

«Il libro di cui si sente più bisogno per le chiese orientali, è un codice di diritto canonico, che ne regoli la disciplina, un codice autorevole, completo e generale per tutte le nazioni, e in armonia colle circostanze dei tempi (...); la compilazione di questo codice sembra essere il compito principale della nostra commissione»⁽⁸⁷⁾.

Tuttavia, molti erano i contrari al dualismo disciplinare. Nella ventunesima adunanza, del 3 settembre 1869, si torna a discutere dell'argomento:

dei testi giuridici relativi» PONTIFICIA COMMISSIO CODICI IURIS CANONICI ORIENTALIS RECOGNOSCENDO, *Principi direttivi per la revisione del Codice di Diritto Canonico Orientale*, primo principio, n. 5, in «Nuntia» 3 (1976), p. 4.

⁽⁸⁴⁾ Sulla discussione riguardo l'uniformità di disciplina cfr. MANSI XLIX, coll. 1083A-1091B.

⁽⁸⁵⁾ PATELOS, *o. c.*, p. 162-163.

⁽⁸⁶⁾ La linea indicata da Barnabò era troppo coercitiva, sicché ritengo che lasciava ai consultori poco margine di esprimere la loro personale opinione: «Richiesto l'eminentissimo presidente se i lavori della commissione dovranno presentarsi ai vescovi allorché verranno in concilio, fece osservare che i consultori devono esser pronti a sostenere i punti che la santa sede proporrà in concilio, e siccome anche i vescovi avranno la libertà della proposta, devono prepararsi altresì a rispondere alle loro interpellanze» (MANSI XLIX, col. 1014B). Ciò provocherà l'abbandono delle commissioni da parte di diversi consultori (cfr. PATELOS, *o. c.*, p. 118 in fine e p. 137).

⁽⁸⁷⁾ MANSI XLIX, col. 1012C. Comunque, Simeone concepiva questo codice in senso latinizzante: infatti, come abbiamo visto, qualche mese prima aveva affermato che «la maggior parte dei punti disciplinari della chiesa latina sono più o meno estensibili alle chiese di Levante...» (vide supra, nota 82).

«Se convenga regolare le disposizioni del concilio in guisa che obblighino egualmente le chiese latine non meno che le quelle di rito orientale; ed evitare tutto ciò che potrebbe implicare la consecrazione del dualismo disciplinare, o dar motivo di ritenere il concilio stesso meramente occidentale. (...) L'origine del dualismo disciplinare, proseguiva mons. segretario [Cretoni], è dallo scisma. (...) Che però convenga distruggere, quanto si può questo dualismo, è secondo la mente della santa sede, la quale si è adoperata, come ha potuto, per avvicinare gli orientali alla disciplina latina. (...). [Howard] Due discipline non devono sussistere (...), il rito è indipendente dalla disciplina. L'Oriente fino a Fozio dettava leggi all'Occidente (...) questi rimasse cattolico, e quello ebbe la sventura di cadere nello scisma. Oggi dunque tocca all'Oriente d'imbevversarsi dello spirito dell'Occidente»⁽⁸⁸⁾.

Alla fine, nella Commissione preparatoria si decise di non proseguire nelle discussioni sul progetto di un codice orientale:

«Non sembrò questo il luogo opportuno per trattare del codice di diritto canonico da compilarci per gli Orientali, tanto più che contenendo questo capo dei punti in cui gli Orientali si differenziano dai latini, ove in esso si parlasse del codice di disciplina, verrebbe implicitamente a consacrarsi il dualismo disciplinare, il che è contro la mente della Commissione nostra oggimai sanzionata dalla Commissione direttrice»⁽⁸⁹⁾.

Infatti, nel prospetto dei temi trattati nella Commissione orientale preparatoria inviato alla Commissione direttrice, il primo punto riguarda questo argomento, affermando che la Commissione aveva deciso di proporre di procedere a unificare la disciplina non solo tra le chiese orientali, ma anche tra oriente e occidente. Si afferma anche che i presidenti di tutte le altre commissioni erano d'accordo e che si era cominciato a mettere in pratica questa uniformità⁽⁹⁰⁾.

⁽⁸⁸⁾ MANSI XLIX, coll. 1083; 1091; 1090. Ho aggiunto tra parentesi quadrati i nomi degli autori di queste dichiarazioni, dalle indicazioni del Mansi.

⁽⁸⁹⁾ MANSI XLIX, 1131BC.

⁽⁹⁰⁾ MANSI XLIX, col. 1161AC.

Bisogna, tuttavia, sottolineare che se l'uniformità di disciplina fosse stata definitivamente imposta, non vi sarebbe stata ragione di stabilire una disciplina propria per le Chiese orientali cattoliche e, quindi, i voti dei consultori non avrebbero avuto alcun senso.

L'argomento dell'uniformità di disciplina tra Occidente e Oriente riemerse anche durante le Sessioni conciliari e nei Congressi particolari della Deputazione per la disciplina ecclesiastica, con strenua difesa dell'autonomia da parte dei prelati orientali presenti in Aula, controbilanciata dalla visione latinizzante della maggior parte della Deputazione per la disciplina ecclesiastica. Anche se da parte di molti esponenti ecclesiastici la volontà di promuovere il principio di uniformità certamente esisteva, alla fine si prese atto dell'inopportunità di ingiungerla tutta e subito. Quindi restava ancora spazio alle particolarità orientali, malgrado in esse fossero frammisti parecchi elementi di sapore latino.

Infatti, il 25 gennaio 1870, nella Congregazione generale del Concilio il patriarca Caldeo Giuseppe VI Audo protestava contro questa unicità disciplinare, avvertendo il pericolo di tumulti popolari qualora le antiche tradizioni avessero subito trasformazioni, e chiedendo la possibilità che ogni chiesa orientale elaborasse il proprio diritto applicando i decreti del concilio e le proprie tradizioni⁽⁹¹⁾. E anche Papp-Szilágyi intervenne alla settima Congregazione generale (27 gennaio 1870), per difendere l'autonomia disciplinare della sua Chiesa⁽⁹²⁾.

(91) «Sed quod de dogmatibus asserimus, de canonibus disciplinae asserere non possumus. Omnes enim optime sciunt quod orientales populi ita in antiquae disciplinae ritibus, consuetudinibus ac privilegiis eorum ecclesiae aedo tenaces sunt, ut vix aliquid etiam parvi momenti mutari patiantur sine magno tumultu et gravibus scandalis... Fateor etiam disciplinam ecclesiarum patriarchatus nostri aliqua reformatione indigere... Veruntamen habita ratione ad circumstantias... consequens est: 1° ut non omnes disciplinae canones singulis ecclesiis indiscriminatim applicari possint... Consequens est 2° quod pro unaquaque natione et patriarchatu ita facienda est reformatio, ut ratio habeatur ad respectiva adiuncta; et nonnisi per concilia nationalia id obtineri posset. 3° Ad hoc deprecandus est sanctissimus dominus noster Pius papa IX feliciter regnans, atque iste venerandus ecclesiae catholicae senatus, ut data venia nobis assignetur locus ac tempus, ut ex huius concilii Vaticani schematibus disciplinariis, quae nobis applicabilia sunt, et ex nostris antiquis canonibus et constitutionibus novum ius canonicum componamus, quod patrum reverendissimorum examini, et deinde approbatione praebeamus. Idipsum de aliis etiam patriarchatibus puto esse dicendum» MANSI L, col. 515BCD.

(92) «Videtur ergo, sancti concilii Patres, quod nos orientales catholici habe-

Patelos non riferisce nulla sulla discussione riguardo all'uniformità di disciplina in seno alla Deputazione conciliare per la disciplina ecclesiastica, perché i verbali di questa Deputazione non sono riportati sul Mansi: tuttavia erano già stati pubblicati nel 1978 da Lajos Pásztor⁽⁹³⁾. Questi verbali pubblicati dal Pásztor sono invece citati da Klaus Schatz nel lavoro più recente che ho trovato sull'argomento⁽⁹⁴⁾.

Anche se ciò supera l'ambito del nostro studio (limitato ai voti dei consultori della Commissione orientale preparatoria), ritengo utile riferire ora qualche brano di questa Deputazione riguardante l'uniformità di disciplina, con lo scopo di completare il quadro offerto da Patelos.

Nella Congregazione particolare della Deputazione per la disciplina ecclesiastica, prendendo spunto del polemico discorso di Audo in aula conciliare⁽⁹⁵⁾ e da un documento firmato dai vescovi

mus nostrum determinatum codicem, qui clare et determinate loquitur... Et quoniam sancta sedem apostolica iterato atque solemniter vovit a nobis orientalibus catholicis unionem tantum fidei postulare... et... iterato ac solemniter vovit codicem et disciplinam orientalis ecclesiae, tum rituale sartumque observare; hinc ad calcem schematis addendum esse puto... videlicet ad fideles et clerum orientales ecclesiae: "Sacra approbante synodo, declaramus episcopos orientalis ecclesiae per hanc nostram constitutionem minime impediri, ut disciplinam ecclesiasticam secundum canones, codice ecclesiae orientalis complexos, porro quoque atque suo modo moderetur"» MANSI L, col. 544D.

⁽⁹³⁾ L. PÁSZTOR, «Concilio Vaticano I. I Verbali della deputazione per la disciplina ecclesiastica», in AA.VV., *Miscellanea in onore di Monsignor Martino Giusti, Prefetto dell'Archivio Segreto Vaticano*, («Collectanea Archivi Vaticani» 6), vol. II, Città del Vaticano - Archivio Vaticano 1978, p. 195-303. Oggi si trovano già nell'ASV, *Conc. Vat. I*, busta 110 (sono 138 fogli manoscritti). L'Indice del Fondo in questa busta 110 riporta: «Per le vicende dei verbali cfr. b.92, fasc. XI (lettera del Feye)». Questa Deputazione disciplinare, riunita nelle sue congregazioni particolari, «aveva il compito di esaminare i problemi sollevati nelle congregazioni generali in relazione agli schemi disciplinari, decidere in merito e di riferire poi ai padri conciliari per giungere così alla formulazione definitiva dei relativi decreti» (PÁSZTOR, *o. c.*, p. 195). «La Deputazione si occupò però non solo degli interventi conciliari, riassunti nella sinossi analitica, ma anche degli scritti presentati in relazione agli schemi al di fuori delle congregazioni generali» (PÁSZTOR, *o. c.*, p. 202).

⁽⁹⁴⁾ Cfr. K. SCHATZ, *Pius IX., das 1. Vatikanum und die katholischen Ostkirchen*, in «Ostkirchliche Studien», 51 (2001), pp. 253-266 [qui pp. 259-260, nota 26 in fine]. Tuttavia Schatz non riporta i testi.

⁽⁹⁵⁾ MANSI L, 885-886. Patelos riporta anche altri interventi di Audo a questo

romeni Papp-Szilágyi e Vanca (96), il presidente, cardinale Capalti, già membro della Commissione orientale preparatoria (97), sosteneva l'uniformità disciplinare sebbene non ritenesse opportuno di esigerla tutta intera e subito, per timore di perdere molte anime, giacché gli orientali, dopo secoli di fedele osservanza dei canoni antichi, non erano preparati a tali innovazioni (98).

riguardo, in connessione con il suo rifiuto della Bolla *Reversurus*: cfr. PATELOS, o. c., pp. 441-447.

(96) Era stato richiesto dallo stesso Capalti (cfr. L. PÁSZTOR, *I Verbali...*, o. c., p. 226). Questo documento è pubblicato in MANSI LIII, coll. 622-628, cui originale si trova in ASV, *Conc. Vat. I*, busta 67, SEGRETERIA, VARIA, fasc. III, «Petitiones in Concilio pontifici aut presidibus oblatae - archetypa. ord.», n. 25: «Memorandum quo fit declaratio intuitu ritus et disciplinae Ecclesiae graeco-catholicae respectu habito ad provinciam ecclesiasticam graeco-catholicam Rumenam Fogaras-Alba Juliensem per Ep. pos huius provinciae in Sacros. Concilio Vaticano praesentes», Roma 18 Marzo 1870, firmato da mons. Vanca e mons. Pápp-Szilágyi. 17 pagine manoscritte. Memorandum che fu consegnato al presidente della Deputazione «pro rebus disciplinae ecclesiasticae».

(97) Il 19 settembre 1869, un estratto delle discussioni era stato consegnato al segretario della congregazione direttrice: cfr. MANSI XLIX, col. 1102 B.

(98) «*Congregatio VI - 2 maii 1870: (...) 5º. Unus [Patriarcha Babylonensis Chaldaeorum, p. 53 sq (M. 50, 885-886)] adnotavit, non esse eandem pro Oriente, ac pro Occidente, statuendam disciplinam. Maximi momenti, ait e.mus [Capalti], observatio est, et videndum quae principia generalia sint sequenda. Pluries haec quaestio fuit agitata, et, historicae loquendo, semper putavi dualitatem disciplinae inter Orientalem et Occidentalem Ecclesiam nullum habere fundamentum. Ritus quidem Orientales Ecclesiae semper voluit manere intactos, exceptis iis qui unitatem Ecclesiae vel dogma offenderent; sed aliae sunt leges rituales, aliae disciplinae quae nihil cum ritibus commune habent. Primis Ecclesiae temporibus, in conciliis generalibus in Oriente habitis, etsi maxima episcoporum pars constaret ex Orientalibus, nihilominus disciplina statuta communis erat etiam in Occidenti. (...). At post schisma Photii Orientales se separarunt a communione Sedis Apostolicae, et concilia debuerunt celebrari in Occidente, non in Oriente; Orientales invitati fere nunquam accedere voluerunt (...). Inde dualitas disciplinae. (...) Nunc Concilium oecumenicum, collectum ex episcopis etiam Orientis omnium rituum, congregatum est. (...) Absurdum maxime foret si hi suffragium ferrent de disciplina ea conditione ut illa sit pro Ecclesia Latina sola, (...). Attamen aliud est loqui de stricto jure, aliud vero loqui de eo quod ex prudentia, et non ex extricto jure, exigi potest. Adhuc sunt Orientales in conditione extraordinaria, et fieri nequit, ut post plura secula, quibus non vixerunt nisi sub antiquis canonibus, illico debeant observare totam disciplinam comunem. Si nimis vellemus urgere, multas forsitan animas perderemus. (...) Si fieri possit, scopus noster est ut schismaticis non demus occasionem longius recedendi. Maxima es apud Rumenos susceptibilitas; valde insistunt antiquis canonibus et consuetudinibus suis. Si statim adoptamus disciplinam comunem, illico magis eos removebimus. (...) Unde, ait e.mus, persuasum*

Quindi fu deciso di inviare il documento dei vescovi romeni alla Deputazione «pro rebus Orientalium», e differire la risposta al problema finché non fossero pervenute nuove «animadversiones» dai vescovi orientali⁽⁹⁹⁾. Ciò comportò il definitivo tramonto del tentativo di uniformare la disciplina orientale e occidentale nel Concilio. Pur se le ragioni che condussero a tale decisione non sono affatto convincenti (vale a dire, l'im maturità degli orientali alla novità), si deve comunque accogliere positivamente la prudenza del Card. Capalti a questo riguardo.

5. *I voti dei consultori della Commissione orientale.*

Torniamo ora ai lavori della Commissione orientale preparatoria. I voti dei consultori e gli schemi della Commissione furono citati in forma completa nel MANSI, volume XLIX, parte B⁽¹⁰⁰⁾, numero XVI, intitolato «*Acta consultorum qui ad res missionum ecclesiarumque ritus orientalis sua studia contulerunt*»⁽¹⁰¹⁾. Li presento qui con i dati che offre l'elenco del Mansi sopra riferito, ma non secondo l'ordine in esso riportato, bensì seguendo l'ordine temporale in cui appaiono nominati durante le sessioni della Commissione:

1. Valerga (Iosephus), *Piano di Studii per l'ammiglioramento delle chiese e missioni orientali. Parte prima: Chiese cattoliche di rito orientale* (1868), 44 p.⁽¹⁰²⁾.
2. Cretoni (Seraphinus), *De obligatione clericorum orientalis ritus divini officii recitandi* (dicembre 1868), 21 p.⁽¹⁰³⁾.
3. Rosi-Bernardini (Franciscus), *Utrum expediat patribus futuri concilii proponere, ut nova definitione confirmet*

mihī est paucas pro Orientalibus faciendas esse innovationes, et eas, quae fiunt, molli-ter fieri oportere» L. PÁSZTOR, *I Verbalis...*, o. c., pp. 225-227.

⁽⁹⁹⁾ Cfr. *ibid.*, p. 227.

⁽¹⁰⁰⁾ «*Acta Commissionum ad Res Concilii Paranda*».

⁽¹⁰¹⁾ MANSI XLIX 1169D-1172B.

⁽¹⁰²⁾ Per errore, la lista del Mansi riporta la datazione all'anno 1869, ma questo voto era già stato nominato nella Sessione del 23 gennaio 1868 (MANSI XLIX, col. 1001CD).

⁽¹⁰³⁾ È citato nella sessione del 23 dicembre 1868 (MANSI XLIX, col. 1014C). Tra i voti che doveva presentare Vercellone riguardo i libri liturgici vi era anche quello sull'obbligo della recita dell'ufficio divino, e dopo la malattia di questi, le materie erano state affidate a Martinov (cfr. MANSI XLIX, col. 1011A): quindi, non abbiamo dati per sapere quando questo voto fu affidato a Cretoni.

doctrinam catholicam de indissolubilitate matrimonii (ianuario 1869), 52 p. ⁽¹⁰⁴⁾.

4. Haneberg (Bonifacius de), *Quaeritur, num patribus futuri concilii quaedam proponenda sit definitio et dispositio: De consensu sponsorum apud christianos orientales, in primis Graecos* (ianuario 1869), 15 p. ⁽¹⁰⁵⁾.

5. Rosi-Bernardini (Franciscus), *Utrum patribus futuri concilii proponendum sit, ut consulant consensui de praesenti exprimendo inter Graecos aliosque orientales in matrimonio ineundo* (februario 1869), 53 p. ⁽¹⁰⁶⁾.

6. Valerga (Iosephus), [*Piano di Studi*] *Parte Seconda: Missioni latine presso le popolazioni di rito orientale* (1869), 35 p. ⁽¹⁰⁷⁾.

7. Rosi-Bernardini (Franciscus), *De polygamia successiva inter Graecos, aliosque orientales vetita* (maio 1869), 94 p. ⁽¹⁰⁸⁾.

8. Haneberg (Bonifacius de), *Quaeritur, num patribus futuri concilii quaedam proponenda sint, quae ad reformationem regularium ritus orientalis pertineant* (martio 1869), 31 p. ⁽¹⁰⁹⁾.

9. Leonardo (padre) [Valerga], *Degli ordini monastici orientali* (ianuario 1869), 14 p. ⁽¹¹⁰⁾.

10. Martinov (Ioannes), *De modo quodam peculiari reformandi clerum ecclesiae orientalis regularem* (maio 1869), 44 p. ⁽¹¹¹⁾.

⁽¹⁰⁴⁾ È soltanto nominato nelle osservazioni di Haneberg a proposito della sessione del 22 gennaio 1869: MANSI XLIX, col. 1019A.

⁽¹⁰⁵⁾ Indicato, insieme a quello parallelo di Rosi-Bernardini, nella sessione del 19 febbraio 1869: MANSI XLIX, col. 1020BC.

⁽¹⁰⁶⁾ Come abbiamo detto, era stato indicato, con quello parallelo di Haneberg, nella sessione del 19 febbraio 1869: MANSI XLIX, col. 1020BC.

⁽¹⁰⁷⁾ Nominato nella sessione del 23 marzo 1869: MANSI XLIX, col. 1023CD.

⁽¹⁰⁸⁾ Per errore la lista del Mansi indica la data «maio 1868», ma era stato nominato, in nota, nella sessione del 28 maggio 1869, con la vera data «maio 1869»: MANSI XLIX, col. 1057A nota 1.

⁽¹⁰⁹⁾ Nominato, insieme agli altri due voti sui religiosi, soltanto in nota, nella sessione del 8 giugno 1869: MANSI XLIX, col. 1063D nota 1.

⁽¹¹⁰⁾ Nominato, insieme agli altri due voti sui religiosi, soltanto in nota, nella sessione del 8 giugno 1869: MANSI XLIX, col. 1063D nota 1.

⁽¹¹¹⁾ Nominato, insieme agli altri due voti sui religiosi, soltanto in nota, nella sessione del 8 giugno 1869: MANSI XLIX, col. 1063D nota 1.

11. Valerga (Iosephus), *In qual modo debbano essere nel concilio ecumenico trattate le materie riguardanti le chiese di rito orientale* (agosto 1869), 20 p. ⁽¹¹²⁾.

12. Rosi-Bernardini (Franciscus), *De impedimentis Conditionis, consanguinitatis et affinitatis ex copula licita apud Orientales matrimonium dirimentibus* (settembre 1869), 92 p. ⁽¹¹³⁾.

13. Rosi-Bernardini (Franciscus), *De ministro extraordinario confirmationis apud Orientales* (ottobre 1869), 128 p. ⁽¹¹⁴⁾.

14. Valerga (Iosephus), *De rituum intermixtione et de transitu ab uno ad alterum ritum* (novembre 1869), 36 p. ⁽¹¹⁵⁾.

15. David (Iosephus) *Piano di un capo su' riti da proporsi al concilio ecumenico* (novembre 1869), 32 p. ⁽¹¹⁶⁾.

16. Rosi-Bernardini (Franciscus), *De impedimentis cognationis spiritualis, affinitatis ex copula illicita et criminis apud Orientales* (dicembre 1869), 69 p. ⁽¹¹⁷⁾.

17. Rosi-Bernardini (Franciscus), *De impedimentis cognationis legalis et clandestinitatis apud Orientales* (febbraio 1870), 107 p. ⁽¹¹⁸⁾.

18. Theiner (Augustinus), *De sacris ordinationibus* (febbraio 1870), 28 p. ⁽¹¹⁹⁾.

19. David (Iosephus), *De Ordinis sacramento apud orientales omnes praeter Graecos non Melchitas* (marzo 1870), 46 p. ⁽¹²⁰⁾.

⁽¹¹²⁾ È indicato nella sessione del 3 settembre 1869: MANSI XLIX, col. 1083C e nota 1.

⁽¹¹³⁾ Segnalato nella sessione del 24 settembre 1869: MANSI XLIX, col. 1102C.

⁽¹¹⁴⁾ Indicato nella sessione del 25 ottobre 1869: MANSI XLIX, col. 1116A.

⁽¹¹⁵⁾ Indicato, insieme a quello parallelo di David, nella sessione del 30 novembre 1869: MANSI XLIX, col. 1130A.

⁽¹¹⁶⁾ Indicato, insieme a quello parallelo di Valerga, nella sessione del 30 novembre 1869: MANSI XLIX, col. 1130A.

⁽¹¹⁷⁾ Indicato nella sessione del 17 dicembre 1869: MANSI XLIX, col. 1144B.

⁽¹¹⁸⁾ Accennato nella sessione del 19 febbraio 1870: MANSI XLIX, col. 1145B.

⁽¹¹⁹⁾ Questo voto non è nominato esplicitamente nei verbali delle sessioni riportati in Mansi ma — contrariamente a ciò che afferma Patelos — in realtà fu esaminato dalla Commissione insieme al parallelo voto di David.

⁽¹²⁰⁾ Indicato esplicitamente nella sessione del 15 marzo 1870: MANSI XLIX,

20. Martinov (Ioannes), *De impedimentis ordinis et professionis religiosae apud orientales* (aprili 1870), 64 p. ⁽¹²¹⁾.

21. Rosi-Bernardini (Franciscus), *De reliquis impedimentis matrimonium dirimentibus apud Orientales: nempe de iustitia publicae honestatis, cultus disparitate, vi et metu, ligamine, impotentia, aetate et raptu* (augusto 1870), 131 p. ⁽¹²²⁾.

Come ho detto, questi voti dei consultori non sono stati mai pubblicati; e nemmeno presentati nel loro insieme, anche se alcuni autori erano al corrente della loro esistenza (Salvatore Manna ha presentato quelli riguardanti il patriarca Valerga, e Luigi Bressan ha riassunto uno dei voti di Rosi-Bernardini). Oggi questi voti si possono consultare nell'Archivio Segreto Vaticano, Fondo *Concilium Vaticanum I*, busta 149.

Visto che lo studio di ognuno dei 21 voti presentati dai consultori esorbiterebbe dalle possibilità di questa presentazione, mi sono limitato a prescegliere un voto per ognuno degli otto consultori che hanno effettivamente consegnato pareri alla Commissione, per poter offrire un saggio del loro lavoro. Per selezionare questi voti ho adottato i seguenti criteri: in primo luogo evitare ripetizioni nei casi in cui due consultori abbiano scritto sullo stesso argomento; inoltre, dare preferenza ai voti che — a mio avviso — hanno più interesse per le circostanze attuali; e, infine — in mancanza di altri criteri — prendere semplicemente il primo voto che il consultore ha redatto.

Quindi, con uno sguardo generale sul contenuto dei voti dei consultori, possiamo affermare che la maggior parte di essi si adoperò con solerzia nella redazione dei voti. I consultori Valerga, Leonardo e David, adoperano uno stile che sa più di politica ecclesiastica che di ricerca scientifica, anche se David dimostra una buona conoscenza delle fonti orientali. Cretoni, Rosi-Bernardini, Haneberg,

col. 1153C, anche se Patelos afferma che non fu esaminato per mancanza di tempo (PATELOS, *o. c.*, p. 140), in realtà fu vagliato dalla Commissione.

⁽¹²¹⁾ Segnalato nell'ultima sessione del 9 maggio 1870: MANSI XLIX, col. 1160D.

⁽¹²²⁾ Tranne il riferimento generico nell'elenco (MANSI XLIX, col. 1171A), non esiste altra indicazione in Mansi. Non fu esaminato per mancanza di tempo (PATELOS, *o. c.*, p. 140).

Theiner e Martinov consegnarono voti con stile più erudito, con maggiori riferimenti bibliografici ed indicazioni delle fonti.

Il lavoro di Cretoni sull'obbligo della recita dell'ufficio divino per i chierici orientali⁽¹²³⁾ sfoggia una impostazione apologetica e pregiudiziale a favore dell'estensione agli orientali della disciplina latina di Trento. La base di tutto il suo ragionamento è l'esistenza di una consuetudine sull'obbligo giornaliero e generale, consuetudine che — a mio parere — non è sufficientemente provata nel voto. Oggi il c. 377 del CCEO lascia al diritto particolare di ogni Chiesa *sui iuris* stabilire la portata di tale obbligo.

Ho constatato che il voto di Rosi-Bernardini sull'indissolubilità del matrimonio⁽¹²⁴⁾ è un capolavoro di erudizione e di prudenza di governo. Vi sono alcune questioni in cui l'autore fa trasparire un po' la sua formazione latina, ma è evidente anche la sua grande stima per le tradizioni orientali e il desiderio di facilitare il cammino verso l'unità. Infatti, alla domanda se dichiarare dogma l'indissolubilità matrimoniale, Rosi-Bernardini rispose che ciò era possibile se al Concilio avessero partecipato soltanto gli orientali cattolici, ma è di parere contrario nel caso in cui fossero intervenuti anche gli ortodossi cercando l'unione. Comunque, a mio avviso, le sue conclusioni non sarebbero riproponibili nelle circostanze odierne, a causa della mutata impostazione del dialogo ecumenico, che esige sempre chiarezza nella presentazione delle proprie dottrine e, inoltre, per la oggi più acuta esigenza di contrastare la mentalità divorzistica imperante anche in molti cattolici.

Pure il voto di Haneberg sull'espressione del consenso matrimoniale⁽¹²⁵⁾ da prova di profonda erudizione e dimostra una spiccata libertà di pensiero. Infatti, la conclusione del consultore è contraria alla richiesta iniziale del Valerga intesa ad esigere nei bizantini l'introduzione dell'espressione esplicita del consenso: Haneberg invece ritiene che basta lasciare le cose come stanno (perché nella celebrazione bizantina del matrimonio il consenso è sufficientemente espresso tramite altri segni), anche se — per venire incontro alle richieste del Valerga — prevede che il parroco possa fare l'interrogazione agli sposi prima della cerimonia.

(123) ASV, *Conc. Vat. I*, busta 149, ff. 3r-17v.

(124) ASV, *Conc. Vat. I*, busta 149, ff. 18r-46v.

(125) ASV, *Conc. Vat. I*, busta 149, ff. 47r-55v.

Nel voto che contiene la prima parte del «Piano di Studi» del patriarca Valerga⁽¹²⁶⁾ si palesa la volontà di procedere all'unità di disciplina tra Oriente ed Occidente, sempre in senso latinizzante, anche se il Valerga afferma che i riti liturgici debbono essere ad ogni costo rispettati, e parla addirittura di rispettare le consuetudini, proponendo regole per determinare le differenze disciplinari da mantenersi. Quindi, egli non riteneva opportuna una uniformità disciplinare totale ed immediata; tuttavia affermava senza ambagi che tale atteggiamento è solo dettato dalla prudenza, onde non provocare ulteriori scismi. Ho indicato sopra gli ultimi sviluppi conciliari della vicenda sull'uniformità di disciplina. Inoltre, va segnalato che una delle proposte del Valerga per stabilire quali norme del Concilio dovevano essere vincolanti per gli orientali è molto simile a quella che oggi si trova nel c. 1492 del CCEO. Tra i diversi punti specifici di disciplina da correggere, Valerga proponeva — come poi farà anche David — di eliminare la norma che vietava ai fedeli di partecipare ai sacramenti amministrati secondo un rito diverso.

Il carmelitano Leonardo di San Giuseppe, fratello del patriarca Valerga, redasse un solo voto, assai semplice, sulla riforma dei Monaci⁽¹²⁷⁾. In esso non vi sono riferimenti eruditi, ma dimostra una conoscenza pratica dei problemi della vita dei monaci in Medio Oriente. La sua impostazione è candidamente latinizzante e non indica nessuna particolarità della tradizione disciplinare orientale riguardo ai monaci, tranne qualche accenno agli anacoreti. Leonardo di San Giuseppe è, quindi, schiettamente a favore di una estensione dei decreti tridentini ai monaci orientali.

Il voto di David sui Riti⁽¹²⁸⁾ è scritto con uno stile notevolmente informale e nel contempo diplomatico. Mi spiego: si intuisce che in alcune occasioni il consultore usa delle espressioni che hanno come scopo la *captatio benevolentiae* dell'ambiente curiale, ma in fondo ha l'intenzione di difendere la disciplina orientale e smantellare il predominio del rito latino. Comunque, bisogna riconoscere che David è contrario alla sovrapposizione di giurisdizioni sullo stesso territorio in base alla *nazione* dei fedeli, e desidera l'unità di governo: ma questo è un argomento opinabile, difeso anche

(126) ASV, *Conc. Vat. I*, busta 149, ff. 88r-109v.

(127) ASV, *Conc. Vat. I*, busta 149, ff. 183r-190v.

(128) ASV, *Conc. Vat. I*, busta 149, ff. 406r-424v.

da molti autori ortodossi. Oltre a questo, David propone una serie di decreti sul rapporto tra i riti, che in molti casi sono innovatori e precursori della disciplina odierna, ed esprimono il desiderio di superare la cosiddetta «*praestantia ritus latini*». Per esempio, David riprende la proposta del Valerga sull'abrogazione dell'allora vigente divieto di ricevere i sacramenti in un rito diverso da quello di appartenenza, e la basa su motivazioni convincenti.

Il voto di Theiner sugli ordini sacri⁽¹²⁹⁾ si prefigge di dimostrare che i decreti tridentini sull'età, formazione e interstizi, sono applicabili ai candidati orientali agli ordini sacri. Il voto non manca di erudizione, ma è disordinato nella sistematica ed ha un'impostazione amaramente difensiva e latinizzante.

Infine, il voto del gesuita Martinov è un vero manuale sull'impedimento matrimoniale di ordine sacro e di professione monastica⁽¹³⁰⁾. Lo stile dell'esposizione è a spirale: forse può sembrare ripetitivo ma ad ogni giro offre sempre un maggior approfondimento sul punto esaminato. Il voto conclude a favore della nullità dei matrimoni contratti dopo l'ordinazione e dopo la professione monastica anche in oriente, e ci sembra convincente l'affermazione di una tradizione disciplinare comune tra oriente e occidente in questo punto. Oggi potrebbe sembrare strano dubitarne, ma all'epoca questo nodo richiedeva chiarimenti, una volta per tutte, e si deve essere riconoscenti a Martinov per il suo serio e profondo parere.

Come si può intuire, residuano molti voti di consultori di cui non si è fatto nemmeno un primo approccio di valutazione, e molti meritano veramente uno studio approfondito: si possono citare, ad esempio i voti sulle Missioni Apostoliche in territori di tradizione orientale e i diversi voti di Rosi-Bernardini sugli impedimenti matrimoniali.

Sono certo che lo studio particolareggiato di questi voti dei consultori arricchirà il ricercatore nella conoscenza delle fonti del Diritto orientale e gli offrirà luci sull'origine di molti punti della normativa odierna. Ora non ci resta che esprimere il desiderio che questo nostro lavoro possa risultare utile a futuri studi sulla disciplina delle Chiese orientali.

⁽¹²⁹⁾ ASV, *Conc. Vat. I*, busta 149, ff. 537r-552v.

⁽¹³⁰⁾ ASV, *Conc. Vat. I*, busta 149, ff. 578r-611v.

VENERANDO MARANO

LA PROTEZIONE DEI DATI PERSONALI
FRA DIRITTO STATUALE
E «GARANZIE» CONFESSIONALI (*)

1. L'evoluzione della privacy: dal diritto a «essere lasciato solo» al diritto alla protezione dei dati personali. — 2. Protezione dei dati personali e confessioni religiose. L'esperienza italiana: a) la normativa statale, dopo l'entrata in vigore del *Codice in materia di protezione dei dati personali*. — 3. (segue): b) la normativa confessionale: il Decreto generale della Conferenza Episcopale Italiana del 20 ottobre 1999. — 4. La protezione dei dati personali fra diritto dello Stato e «garanzie» confessionali.

1. *L'evoluzione della privacy: dal diritto a «essere lasciato solo» al diritto alla protezione dei dati personali.*

Fra i settori dell'esperienza giuridica che hanno assunto crescente rilievo nell'odierna «società dell'informazione»⁽¹⁾ si deve senza dubbio annoverare quello legato alla protezione dei dati personali, la cui disciplina si è sviluppata a tal punto⁽²⁾ da interessare

(*) Il testo del presente contributo riprende, con alcune integrazioni e aggiornamenti, il contenuto della relazione sul tema: «La protezione dei dati personali nel diritto canonico e nel diritto ecclesiastico italiano», svolta il 10 novembre 2005 presso la Facoltà di Diritto Canonico della Pontificia Università della Santa Croce, nell'ambito dei seminari di studio per i professori organizzati dalla stessa Facoltà.

(1) L'espressione è utilizzata da G. BUTTARELLI, *Banche dati e tutela della riservatezza. La privacy nella Società dell'Informazione*, Milano, 1997 (2^a ed., 1999).

(2) Secondo G. ALPA, *Prefazione*, in *Diritto alla riservatezza e circolazione dei dati personali*, a cura di R. Pardolesi, vol. I, Milano, 2003, p. VII, si è in presenza ormai di un vero e proprio «ordinamento di settore».

ambiti un tempo giudicati remoti e non sospetti di significative interferenze con la riservatezza⁽³⁾.

La legislazione settoriale costituisce il punto di arrivo di un complesso processo storico, che ha portato ad ampliare l'oggetto della tutela superando l'originario riferimento al concetto di *privacy* inteso come «diritto di essere lasciato solo». Dopo un lungo periodo di maturazione questo concetto, elaborato dalla cultura giuridica nordamericana di fine Ottocento, arriva a comprendere il diritto del soggetto (non più solo di non subire interferenze esterne ma) di poter controllare tutte le informazioni personali che lo riguardano e infine si lega sempre più strettamente alla tutela della libertà personale di fronte alle nuove tecnologie e al problema della sicurezza⁽⁴⁾.

L'esigenza oggi avvertita è quella di garantire che il trattamento dei dati personali si realizzi nel rispetto dei diritti e delle libertà fondamentali della persona umana⁽⁵⁾ nonché della sua dignità⁽⁶⁾, con particolare riferimento non solo alla riservatezza e all'identità personale ma anche a quel diritto alla protezione dei dati personali che rappresenta una delle più significative novità della recente disciplina settoriale⁽⁷⁾. Si mira a «definire progressivamente la nuova condizione del cittadino» in una organizzazione sociale sempre più influenzata dalle tecnologie della comunicazione

⁽³⁾ Cfr. G. BUSIA, voce *Riservatezza (diritto alla)*, in *Dig. disc. pubbl.*, 4a ed., Agg. 2000, p. 476 ss.

⁽⁴⁾ Su questa evoluzione v. S. RODOTÀ, *Intervista su privacy e libertà*, a cura di P. Conti, Roma-Bari, 2005, pp. 5-19. Per una lettura in chiave di teoria generale, cfr. T.M. UBERTAZZI, *Il diritto alla privacy: natura e funzioni giuridiche*, Padova, 2004.

⁽⁵⁾ Cfr. F. MACARIO, *La protezione dei dati personali nel diritto privato europeo*, in AA.VV., *La disciplina del trattamento dei dati personali*, a cura di V. Cuffaro-V. Ricciuto, Torino, 1997, p. 10 ss.

⁽⁶⁾ Originali spunti di analisi sulla correlazione esistente tra dignità umana e *privacy* sono offerti, in una prospettiva di filosofia del diritto, da V. MATHIEU, *Privacy e dignità dell'uomo. Una teoria della persona*, a cura di R. Sanchini, Torino, 2004.

⁽⁷⁾ Particolarmente significativa a questo riguardo, con riferimento all'esperienza italiana, risulta la formulazione dell'art. 1 del *Codice in materia di protezione dei dati personali* (D.lgs. 30 giugno 2003, n. 196, pubblicato sulla *Gazzetta Ufficiale* n. 174 del 29 luglio 2003), secondo cui «Chiunque ha diritto alla protezione dei dati personali che lo riguardano». Si tratta di un principio di forte portata, derivato dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, che finora non aveva trovato una così esplicita formulazione nella normativa nazionale in materia di *privacy*.

e dell'informazione⁽⁸⁾, che hanno profondamente modificato le tecniche di gestione dei dati e accentuato i problemi relativi alla tutela del diritto alla riservatezza. La notevole diffusione degli strumenti di archiviazione elettronica e il loro continuo potenziamento, la possibilità di trasferire dati contenuti in supporti cartacei su supporti elettronici, la diffusione di nuovi strumenti per l'analisi di massa dei dati personali spingono verso una legislazione più pervasiva, ma al tempo stesso acuiscono l'esigenza di rendere compatibile il trattamento dei dati personali con la dignità e la libertà delle persone.

Tale esigenza ha portato ad una progressiva estensione del sistema di protezione garantito dai tradizionali strumenti internazionali ed europei, che vanno dalle norme della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali sul rispetto della vita privata come diritto fondamentale della persona (art. 8) fino alla Convenzione del Consiglio d'Europa (n. 108/1981) sulla protezione degli individui rispetto al trattamento automatico dei dati personali.

A questi strumenti sono seguiti negli anni più recenti alcuni significativi interventi dell'Unione europea, volti a specificare le regole di applicazione di principi e norme precedentemente acquisiti e ad ampliare ulteriormente l'ambito di tutela.

Fra questi interventi, si possono richiamare anzitutto la direttiva 95/46/CE⁽⁹⁾ relativa alla tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali nonché alla libera circolazione di tali dati, e quindi la direttiva 97/66/CE sul trattamento dei dati personali nel settore delle telecomunicazioni, poi integrata e modificata con la direttiva 2002/58/CE, nonché il regolamento 45/2001, che garantisce la tutela dei dati personali all'interno del sistema istituzionale europeo, prevedendo anche la creazione di un apposito Garante.

(8) GARANTE PER LA PROTEZIONE DEI DATI PERSONALI, *Cittadini e società dell'informazione*, Bollettino n. 1/1997, p. 5.

(9) Il testo della direttiva è pubblicato sulla G.U.C.E. n. L. 281 del 23 novembre 1995, p. 31 s. Per un primo esame, v. R. IMPERIALI, *La direttiva comunitaria sulla privacy informatica*, in *Dir. Comunitario e sc. Internaz.*, 1995, 569 ss.; per un commento analitico, v. F. MACARIO, *La protezione dei dati personali*, cit., p. 5 ss.; G. BUTARELLI, *Banche dati e tutela della riservatezza*, cit., pp. 38-71.

Si può inoltre ricordare che nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea viene dedicato un apposito articolo alla «protezione dei dati di carattere personale» (art. 8) e che nel testo di trattato costituzionale elaborato dalla Convenzione europea si conferma questa disposizione, in base alla quale «ogni persona ha diritto alla protezione dei dati di carattere personale che la riguardano» (art. I.51).

In questo quadro di evoluzione si sviluppa anche l'esperienza italiana, nella quale le proposte avanzate a livello dottrinale, soprattutto a partire dai primi anni '70⁽¹⁰⁾, per lungo tempo non hanno trovato riscontro a livello normativo, se non in alcune isolate norme di carattere settoriale⁽¹¹⁾.

La prima disciplina organica del settore è stata introdotta solo con la legge n. 675 del 31 dicembre 1996⁽¹²⁾, che per molti aspetti

(10) Cfr. U. De SIERVO, *Investigazione privata*, in *Enc. dir.*, XXII, Milano, 1972, p. 677 ss.; G. ALPA, M. BESSONE (a cura di), *Banche dati telematica e diritti della persona*, Padova, 1984; O. FANELLI (a cura di), *Banche dati e diritti della persona*, Atti del Convegno di Sciacca-Agrigento del 9-10 novembre 1984, Milano, 1986; E. ROPPO, *Informatica, tutela della «privacy» e «diritti di libertà»*, in *Giur. it.*, 1984, parte IV, p. 168 ss.; A. ANZON, *Banca dei dati*, in *Enc. Giur.*, IV, Roma, 1988; S. RODOTÀ, *Privacy e costruzione della sfera privata. Ipotesi e prospettive*, in *Politica del diritto*, 1991, p. 521 ss. La dottrina anteriore aveva peraltro già sottolineato, con riferimento ai rischi derivanti per la *privacy* dai comuni strumenti di registrazione sonora, visiva e fotografica, come il progresso tecnologico renda sempre più fragile la sfera della vita privata (cfr. G. VASSALLI, *La protezione della sfera della personalità nell'era della tecnica*, in *Studi in onore di E. Betti*, V, Milano, 1962, 675 s.; F. BRICOLA, *Prospettive e limiti della tutela penale della riservatezza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1967, 1079 s.).

(11) Si possono ricordare, con specifico rilievo ai fini della tutela della libertà religiosa, l'art. 8 della legge 300/1970 e l'art. 23 della legge 93/1983, che vietano le indagini sulle opinioni religiose di determinati soggetti; l'art. 7 cpv. della legge 121/1981, che fa divieto al Centro elaborazione dati esistente presso il ministero dell'Interno di assumere informazioni ed elementi riguardanti la fede religiosa dei cittadini; l'art. 6 della legge 98/1989, con cui l'Italia ha recepito nel proprio ordinamento la Convenzione di Strasburgo del 1981, che prevede fra l'altro che «i dati di carattere personale indicanti ... le convinzioni religiose ... non possono essere elaborati automaticamente a meno che il diritto interno non preveda garanzie adatte».

(12) Legge 31 dicembre 1996, n. 675, pubblicata sul Supplemento ordinario n. 3 della Gazzetta Ufficiale dell'8 gennaio 1997, n. 5, insieme con la legge, di pari data, n. 676 («Delega al Governo in materia di tutela delle persone e di altri soggetti rispetto al trattamento dei dati personali»), che appunto delegava il Governo ad adottare entro il 7 luglio 1998 uno o più decreti legislativi diretti a integrare o a correggere la disciplina introdotta dalla legge n. 675, con l'osservanza dei principi e dei criteri direttivi fissati dagli articoli 1 e 2 della legge delega. Fra i numerosi commenti,

appare condizionata dall'urgenza con cui, da un lato, si è cercato di colmare il ritardo della legislazione nazionale rispetto a quelle adottate in altri paesi⁽¹³⁾; dall'altro, si è inteso rispettare precedenti accordi internazionali cui l'Italia aveva da tempo aderito e adeguare il diritto interno alle più recenti direttive comunitarie⁽¹⁴⁾.

Dopo una prima fase applicativa contrastata, e caratterizzata da continue parziali modificazioni legislative, questa normativa è

v. G. BUTTARELLI, *Banche dati e tutela della riservatezza*, cit.; S. RODOTÀ, *Persona, riservatezza, identità. Prime note sistematiche sulla protezione dei dati personali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 4, 1997, p. 583 ss.; U. DE SIERVO, *La nuova legislazione sulla tutela della riservatezza*, in *Orientamenti sociali*, 1997, p. 93 ss.; G. ALPA, *La disciplina dei dati personali*, Roma, 1998; M.C. BIANCA, F.D. BUSNELLI *et al.* (a cura di), *Commentario alla legge 675/1996*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 1999, numero monografico 2-3; E. GIANNANTONIO, M.G. LOSANO, V. ZENO ZENCOVICH (a cura di), *La tutela dei dati personali. Commentario alla legge 675/1996*, Padova, 2a ed. 1999; M.G. LOSANO (a cura di), *La legge italiana sulla privacy. Un bilancio dei primi cinque anni*, Bari, 2001; R. PARDOLESI (a cura di), *Diritto alla riservatezza e circolazione dei dati personali*, voll. I-II, Milano, 2003.

(13) La legge n. 675/1996 è stata introdotta in Italia quando erano ormai trascorsi oltre venti anni dall'adozione delle prime normative in materia, quali ad esempio quella tedesca e svedese, e alcune legislazioni relativamente «giovani» — come ad esempio quelle finlandese e giapponese, emanate fra il 1987 e il 1989 — erano state già sottoposte ad una prima revisione alla luce dell'esperienza maturata.

(14) Tali esigenze risultavano chiaramente evidenziate nella *Relazione* al disegno di legge governativo (n. 1580) presentato alla Camera dei deputati (in *Atti parlamentari, Camera dei Deputati, XIII legislatura, d.d.l. e relazioni*, n. 1580, p. 1 ss). In quella relazione veniva ricordato che con la legge 21 febbraio 1989, n. 98, il Parlamento ha autorizzato la ratifica della Convenzione di Strasburgo del 28 gennaio 1981, n. 108, recante norme sulla protezione delle persone rispetto al trattamento automatizzato dei dati personali, e che l'Italia non ha potuto depositare il relativo strumento di ratifica poiché secondo l'art. 4 della Convenzione «le parti contraenti sono tenute ad adottare preventivamente, nel diritto interno, le misure necessarie per dare effetto ai principi fondamentali per la protezione dei dati enunciati nella Convenzione al più tardi al momento dell'entrata in vigore di questa nei loro confronti». Veniva inoltre rilevato come la mancanza di una normativa organica in materia precludesse la ratifica dell'accordo di Schengen del 14 giugno 1985, relativo alla graduale abolizione dei controlli alle frontiere degli Stati aderenti, già operante fra altri Paesi. Infine, si sottolineava come l'Italia non avesse tenuto fede all'impegno di proteggere la *privacy* delle persone derivante dall'art. 8 della Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, e veniva ricordata la necessità di recepire direttiva comunitaria 95/46/CE cit. entro il termine ultimo del 24 ottobre 1998, come poi effettivamente accaduto. Sulla necessità di adattamento della nostra legislazione alla normativa comunitaria in materia di dati personali cfr. G. PECORELLA, *Il diritto penale dell'informatica*, Milano, 1996, p. 2 s.

stata superata dal *Codice in materia di protezione dei dati personali* entrato in vigore il 1° gennaio 2004⁽¹⁵⁾, che ha introdotto una disciplina organica e tendenzialmente completa della materia⁽¹⁶⁾.

Il Codice da un lato riunisce in un rigoroso quadro di sistema la legge n. 675 del 1996 e gli altri decreti legislativi, regolamenti e codici deontologici che si sono succeduti in questi anni, ispirandosi ad esigenze di razionalizzazione delle disposizioni vigenti, di semplificazione degli adempimenti e di previsione di nuove garanzie per i cittadini; dall'altro, introduce alcune importanti innovazioni, alla luce sia della «giurisprudenza» del Garante sia dei più recenti sviluppi del diritto comunitario⁽¹⁷⁾.

2. *Protezione dei dati personali e confessioni religiose. L'esperienza italiana: a) la normativa statuale, dopo l'entrata in vigore del Codice in materia di protezione dei dati personali.*

Per la sua latitudine e pervasività, la disciplina introdotta dal nuovo Codice appare destinata a incidere sensibilmente su molteplici soggetti e attività, fra i quali assumono peculiare rilievo anche quelli propriamente religiosi.

⁽¹⁵⁾ D.lgs. 30 giugno 2003, n. 196, pubblicato sulla *Gazzetta Ufficiale* n. 174 del 29 luglio 2003.

⁽¹⁶⁾ Per un primo esame sistematico dell'articolato, v. AA.VV., *Il Codice della privacy*, in *Guida al diritto, Dossier 8/2003*; AA.VV., *La nuova disciplina della privacy: commento al D.lgs. 30 giugno 2003, n. 196*, diretto da P. Sica e P. Sanzione, Bologna, 2004; R. ACCIAI (a cura di), *Il diritto alla protezione dei dati personali. La disciplina sulla privacy alla luce del nuovo Codice*, Rimini, 2004; G.P. CIRILLO (a cura di), *Il Codice sulla protezione dei dati personali*, Milano, 2004; R. IMPERIALI, RO. IMPERIALI, *Il Codice della privacy*, Milano, 2004; J. MONDUCCI-G. SARTOR (a cura di), *Il Codice in materia di protezione dei dati personali*, Padova, 2004; M. D'ARGENIO-M. GOBBATO, *Gestione dati e privacy*, Milano, 2005.

⁽¹⁷⁾ In particolare della direttiva 95/46/CE e della direttiva 2002/58, esplicitamente richiamate dall'art. 184 del nuovo Codice. Qualche perplessità sull'aderenza del Codice italiano al calco comunitario è espressa da A. PALMIERI-R. PARDOLESI, *Il Codice in materia di protezione dei dati personali e l'intangibilità della «privacy» comunitaria*, in *Foro it.*, 2004, IV, col. 59 ss. e in part. col. 64. Per una severa critica del sistema di attuare le riforme legislative attraverso una «asistemica» riproduzione della fonte comunitaria o di frammenti di disciplina provenienti da essa nell'ambito del nostro ordinamento, in particolare privatistico, v. M. BIN, *Clause vessatorie: una svolta storica (ma si attuano così le direttive comunitarie?)*, in *Contratto e impresa*, 1996, p. 431 ss.

Le soluzioni adottate riguardo a tale specifico ambito presentano profili di continuità ma anche di innovazione rispetto al quadro normativo previgente⁽¹⁸⁾, nel quale, mentre gli interventi a livello comunitario mostravano una qualche sensibilità per la specificità del fenomeno religioso, la disciplina introdotta a livello nazionale con la legge n. 675/1996 ometteva invece qualsiasi riferimento in materia⁽¹⁹⁾.

In particolare, la direttiva 95/46/CE al n. 35 del Preambolo riconosce, sia pure implicitamente, che gli scopi perseguiti dalle

⁽¹⁸⁾ Sulla problematica di rilevanza ecclesiasticistica nel sistema anteriore al nuovo Codice, v. fra gli altri N. COLAIANNI, *Banche dati e libertà religiosa*, in *Quad. dir. pol. eccl.*, n. 1/1994, p. 23 ss.; A.G. CHIZZONITI, *Prime considerazioni sulla legge n. 675 del 1996 «Tutela delle persone e di altri soggetti rispetto al trattamento dei dati personali»*, in *Quad. dir. pol. eccl.*, n. 2/1997, p. 379 ss.; V. MARANO, *Diritto alla riservatezza, trattamento dei dati personali e confessioni religiose. Note sull'applicabilità della legge n. 675/1996 alla Chiesa cattolica*, in *Quad. dir. pol. eccl.*, n. 1/1998, p. 305 ss.; C. REDAELLI, *Tutela della libertà religiosa e normativa civile sulla privacy*, in *Quaderni di diritto ecclesiale*, 11 (1998), p. 310 ss.; R. BOTTA, *Trattamento di dati personali e confessioni religiose (dalla legge 31 dicembre 1995, n. 675 al D.lgs. 11 maggio 1999, n. 135)*, in *Dir. eccl.*, 1999, I, p. 882 ss.; S. BERLINGÒ, *Si può essere più garantisti del Garante? A proposito delle pretese di «tutela» dai registri di battesimo*, in *Quad. dir. pol. eccl.*, n. 1/2000, p. 295 ss.; D. MILANI, *Il trattamento dei dati sensibili di natura religiosa tra novità legislative ed interventi giurisprudenziali*, in *Dir. eccl.*, 2001, I, p. 266 ss.; V. PIGNEDOLI, *Privacy e libertà religiosa*, Milano, 2001; R. TERRANOVA, *Buona fama e riservatezza: il trattamento dei dati personali tra diritto canonico e diritto dello Stato*, in *Dir. eccl.*, 2001, I, p. 294 ss.; G. BONI, *Tutela rispetto al trattamento dei dati personali, tra sovranità dello Stato e sovranità della Chiesa Cattolica*, in *Dir. fam.*, 4/2001, p. 1687 ss.; G. DALLA TORRE, *Qualche considerazione su le confessioni senza intesa e la tutela della privacy*, in *Quad. dir. pol. eccl.*, n. 3/2002, p. 1001 ss.; A. ODDI, *Non c'è privacy senza intesa?*, in *Giur. cost.*, 2002, I, p. 345 ss.; S. MELCHIONNA, *Il trattamento dei dati a carattere religioso: intervento della Corte costituzionale e novità legislative*, in *Giur. it.*, 2002, p. 1820 ss.; A. VITALONE, *Buona fama e riservatezza in diritto canonico (Il civis-fidelis e la disciplina della privacy)*, in *Ius Ecclesiae*, n. 1/2001, p. 261 ss. Sulla problematica ecclesiasticistica successiva alla disciplina introdotta dal Codice in materia di protezione dei dati personali, v. fra i primi commenti R. ACCIAI, *Privacy e fenomeno religioso: le novità del Codice in materia di protezione dei dati personali*, in *Quad. dir. pol. eccl.*, 2/2004, p. 341 ss.; A. FEDELI, *Codice della privacy ed enti ecclesiastici*, in *exLege*, n. 2/2004, p. 19 ss.; V. MARANO, *Libertà religiosa, autonomia confessionale e protezione dei dati personali*, in *Iustitia*, n. 2-3/2004, p. 328 ss.; V. RESTA, *La protezione dei dati personali di interesse religioso dopo l'entrata in vigore del Codice del 2003*, in *www.olir.it*, settembre 2005.

⁽¹⁹⁾ Cfr. A.G. CHIZZONITI, *Prime considerazioni*, cit., p. 382; V. MARANO, *Diritto alla riservatezza*, cit., pp. 316-319.

«associazioni religiose ufficialmente riconosciute» rispondono a un «rilevante interesse pubblico». Anche riguardo al trattamento dei c.d. dati sensibili la direttiva accenna alla posizione degli organismi confessionali. Infatti l'art. 8, comma 2, prevede che il divieto di trattamento di questi dati, stabilito nel primo comma dello stesso articolo, non si applica quando il trattamento è effettuato con garanzie adeguate «da una fondazione, un'associazione o qualsiasi altro organismo che non persegua scopi di lucro e rivesta carattere politico, filosofico, religioso o sindacale»; il divieto non trova applicazione se il trattamento di dati è effettuato nell'ambito dello scopo lecito dell'ente e «a condizione che riguardi unicamente i suoi membri o le persone che abbiano contatti regolari con la fondazione, l'associazione o l'organismo a motivo del suo oggetto e che i dati non vengano comunicati a terzi senza il consenso delle persone interessate».

Non sembra che tale considerazione, sia pure appena accennata, per la specificità della dimensione religiosa abbia determinato la previsione di soluzioni analoghe nella normativa nazionale introdotta alla metà degli anni '90.

La legge n. 675/1996 non presentava infatti alcuna norma diretta a disciplinare espressamente la posizione delle confessioni religiose. Nel definirne l'ambito di applicazione si era data attuazione al principio di territorialità sancito dall'art. 1 della citata Convenzione di Strasburgo n. 108/1981, stabilendo che la legge «si applicava al trattamento di dati personali da chiunque effettuato nel territorio dello Stato» (art. 2), sia pure secondo le modalità e con le limitazioni puntualmente precisate (artt. 3-6). Peraltro fra queste limitazioni, e in particolare nell'elencazione dei «particolari trattamenti in ambito pubblico» che erano sottratti al campo di applicazione della normativa (art. 4), non veniva fatto cenno ai trattamenti effettuati dalle confessioni religiose, anche se non veniva esclusa la possibilità di un allargamento della suddetta elencazione da realizzarsi mediante espressa disposizione legislativa.

Per quanto poi concerneva i c.d. dati sensibili, fra cui rientrano anche i «dati personali idonei a rivelare ... le convinzioni religiose» e l'adesione a organizzazioni a carattere religioso, l'art. 22 della legge consentiva il trattamento «solo con il consenso scritto dell'interessato e previa autorizzazione del Garante». Veniva così introdotta una disciplina decisamente più restrittiva rispetto a

quella prevista dalla direttiva comunitaria (art. 8 cit.), che, come si è visto, si limita a richiedere il consenso delle persone interessate per l'ipotesi di comunicazione a terzi dei dati, ma non esige che tale atto sia espresso in forma esplicita né tanto meno scritta, così come non prevede la necessità dell'autorizzazione del Garante.

Nel successivo assestamento normativo, sviluppatosi coerentemente con l'approccio costituzionale del bilanciamento degli interessi e con la prospettiva relazionale e dialettica indicata fin dalle prime disposizioni della stessa legge n. 675/1996, numerose integrazioni del testo hanno ponderato la protezione dei diritti della personalità, fra cui quello alla riservatezza, con altre esigenze, quali gli interessi pubblici e le libertà fondamentali.

Fra queste, ha assunto peculiare rilievo anche la libertà religiosa⁽²⁰⁾, che in particolare ha rappresentato il fondamento della *ratio* normativa delle modifiche contenute nell'art. 7, comma 5-ter, lett. *l*), della legge n. 675/1996, introdotto con il D.Lgs. 28 luglio 1997, n. 255⁽²¹⁾, e soprattutto dell'art. 22, comma 1-bis, della legge n. 675/1996, introdotto con l'art. 5 del D.Lgs. 11 maggio 1999, n. 135. Le due disposizioni rispettivamente escludevano, a favore delle organizzazioni *non profit*, comprese quelle religiose, l'obbligo della notificazione al Garante della costituzione di una banca dati⁽²²⁾ e, a favore delle confessioni religiose⁽²³⁾ i cui rap-

⁽²⁰⁾ V. in tal senso F.D. BUSNELLI-E. NAVARRETTA, *Battesimo e nuova identità atea: la legge n. 675/1996 si confronta con la libertà religiosa*, in *Quad. dir. pol. eccl.*, n. 3/2000, p. 855.

⁽²¹⁾ Il testo del Decreto, recante «Disposizioni integrative e correttive della legge 31 dicembre 1996, n. 675, in materia di notificazione dei trattamenti di dati personali, a norma dell'art. 1, comma 1, lettera *f*), della legge 31 dicembre 1996, n. 676», è stato pubblicato sulla *Gazzetta Ufficiale*, Serie generale, del 5 agosto 1997, n. 181.

⁽²²⁾ L'art. 7, comma 5-ter, lett. *l*), in particolare prevedeva una esenzione dall'obbligo della notificazione al Garante per il trattamento effettuato da «associazioni, fondazioni, comitati anche a carattere politico, filosofico, religioso o sindacale, ovvero loro organismi rappresentativi, istituiti per scopi non di lucro e per il perseguimento di finalità lecite, relativamente a dati inerenti agli associati e ai soggetti che in relazione a tali finalità hanno contatti regolari con l'associazione, la fondazione, il comitato o l'organismo, fermi restando gli obblighi di informativa degli interessati e di acquisizione del consenso, ove necessari».

⁽²³⁾ Nella evoluzione della normativa italiana sulla protezione dei dati personali le confessioni religiose risultano menzionate per la prima volta nell'Autorizzazione del Garante per la privacy n. 3/1997, recante norme per il «Trattamento dei dati sen-

porti con lo Stato siano regolati da accordi o intese ai sensi degli articoli 7 e 8 della Costituzione, l'obbligo del rispetto della disciplina rafforzata (consenso scritto dell'interessato e autorizzazione del Garante) prevista per il trattamento dei cosiddetti dati sensibili.

Con quest'ultima espressione vengono individuate talune categorie di dati che, per la loro potenziale attitudine ad essere utilizzati a fini discriminatori, giustificano ed anzi esigono la previsione di particolari cautele e di garanzie « rafforzate » per la loro diffusione e circolazione. Se è vero, infatti, che la gravità delle intrusioni nella vita privata deriva non tanto dal genere dei dati quanto piuttosto dalle concrete modalità del loro impiego, è pur vero che alcune informazioni che riguardano la sfera più intima dell'individuo per loro natura accrescono i rischi di violazione della privacy e devono pertanto venire sottoposte ad un regime differenziato. Fra queste informazioni rientrano — oltre ai dati relativi alla salute e ai comportamenti sessuali, alle origini razziali e alle opinioni politiche — anche i dati relativi ai convincimenti individuali in materia religiosa e all'appartenenza confessionale, che possono essere usati in modo da ledere l'eguaglianza senza distinzione di religione e quindi la stessa libertà religiosa.

Riguardo a questi dati, si escludeva l'applicabilità della disciplina generale nell'ipotesi del trattamento dei dati relativi agli aderenti delle confessioni religiose, nonché ai soggetti che con riferi-

sibili da parte degli organismi di tipo associativo e delle fondazioni», pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale, Serie generale, del 29 novembre 1997, n. 279. Con tale provvedimento, che aveva efficacia a partire dal 30 novembre 1997 e fino al 30 settembre 1998 e rientrava fra le autorizzazioni generali rilasciate dal Garante relativamente a determinate categorie di titolari o di trattamenti (sul tema v. D. MILANI, *Le autorizzazioni generali al trattamento dei dati sensibili*, in *Quad. dir. pol. eccl.*, n. 2/2000, p. 391 ss.), è stata concessa « d'ufficio » l'autorizzazione al trattamento dei dati sensibili da parte degli organismi di tipo associativo e delle fondazioni, a condizione che la gestione delle informazioni personali sia in linea con i criteri ivi indicati e fermo restando, in ogni caso, l'obbligo di acquisire il consenso scritto della persona alla quale i dati si riferiscono. Nel delimitare l'ambito di applicazione del provvedimento, l'art. 1, lett. a) ricomprendeva fra le associazioni cui veniva rilasciata l'autorizzazione anche le « confessioni (e le comunità) religiose », che così risultavano per la prima volta espressamente menzionate con la locuzione utilizzata dalla Carta costituzionale, sia pure nel contesto di una normativa riferita indistintamente a tutti gli organismi di tipo associativo e alle fondazioni e limitata a disciplinare, in senso agevolativo, soltanto uno fra i diversi adempimenti prescritti dalle nuove regole in tema di privacy.

mento a finalità di natura esclusivamente religiosa hanno contatti regolari con le medesime confessioni, effettuato «dai relativi organi o enti civilmente riconosciuti, sempre che i dati non siano comunicati o diffusi fuori delle medesime confessioni. Queste ultime determinano idonee garanzie relativamente ai trattamenti effettuati».

La modifica così introdotta riequilibrava il sistema, armonizzando la normativa interna con la direttiva comunitaria n. 95/46/CE⁽²⁴⁾. La rinuncia ad estendere la normativa statale all'ambito interno delle confessioni religiose per un verso appariva «conferma dell'aspirazione "relazionale" che anima la legge e la rivela attenta ad esigenze alternative rispetto a quelle assunte ad oggetto specifico della sua tutela» e, per altro verso, faceva emergere «una sensibilità nuova, quanto apprezzabile, per la primigenia autonomia riconosciuta dalla Costituzione al fattore religioso»⁽²⁵⁾.

Questa impostazione si ritrova alla base della soluzione poi adottata nel *Codice in materia di protezione dei dati personali*, che introduce anche alcuni elementi di novità.

La normativa codiciale procede sulla base di successive specificazioni, fondate su elementi di carattere sia oggettivo sia soggettivo e teleologico.

Per il trattamento di dati personali comuni effettuato dagli enti religiosi, anche non riconosciuti, vale la disciplina generale prevista dall'art. 24, comma 1, lett. *b*) per gli enti senza scopo di lucro, che esclude la necessità del consenso dell'interessato⁽²⁶⁾.

Riguardo invece al trattamento dei dati sensibili effettuato dalle confessioni religiose e, più precisamente, «dai relativi organi, ovvero da enti civilmente riconosciuti», l'art. 26, comma 3, lett. *a*) stabilisce che la disciplina generale prevista dal primo comma dello stesso articolo non si applica al trattamento dei dati «relativi agli

(24) V. in particolare l'art. 8 della direttiva, richiamato *supra* nel testo.

(25) S. BERLINGÓ, *Si può essere più garantisti del Garante?*, cit., p. 309 s.

(26) Più specificamente, tale disposizione esclude la necessità del consenso nel caso del trattamento di dati che, «con esclusione della comunicazione all'esterno e della diffusione, è effettuato da associazioni, enti ed organismi senza scopo di lucro, anche se non riconosciuti, in riferimento a soggetti che hanno con essi contatti regolari o ad aderenti, per il perseguimento di scopi determinati e legittimi individuati dall'atto costitutivo, dallo statuto o dal contratto collettivo, e con modalità di utilizzo previste espressamente con determinazione resa nota agli interessati all'atto dell'informativa ai sensi dell'art. 13».

aderenti alle confessioni religiose e ai soggetti che con riferimento a finalità di natura esclusivamente religiosa hanno contatti regolari con le medesime confessioni, ... sempre che i dati non siano diffusi o comunicati fuori delle medesime confessioni. Queste ultime determinano idonee garanzie relativamente ai trattamenti effettuati, nel rispetto dei principi indicati al riguardo con autorizzazione del Garante».

Questa formulazione, che appare piuttosto generica quando utilizza locuzioni quali ad esempio «contatti regolari» oppure «idonee garanzie» ovvero dati diffusi o comunicati «fuori» delle confessioni, risulta innovativa sia nella parte in cui estende l'ambito di applicazione della normativa fino a comprendere tutti i soggetti classificabili come «confessioni religiose» e non più le sole confessioni che abbiano stipulato accordi o intese con lo Stato; sia nella parte conclusiva, in cui si prevede che le garanzie determinate dalle confessioni religiose per il trattamento dei dati sensibili effettuato dalle medesime debbano essere elaborate «nel rispetto dei principi indicati al riguardo con autorizzazione del Garante»⁽²⁷⁾.

Mentre la prima novità può essere considerata coerente rispetto alla recente evoluzione legislativa e giurisprudenziale in materia di disciplina del fenomeno religioso, la seconda suscita qualche perplessità. È vero che la previsione in base alla quale le «garanzie» confessionali devono essere elaborate «nel rispetto dei principi indicati al riguardo con autorizzazione del Garante» può rispondere, in un'ottica di prudente bilanciamento, all'estensione dell'ambito di applicazione della disposizione in esame a tutte le confessioni e non solo a quelle che abbiano stipulato accordi o intese con lo Stato e che, in quanto tali, abbiano già formato oggetto di una valutazione sostanzialmente positiva nell'ambito del nostro ordinamento.

Tuttavia tale previsione, da un lato, sembra eccedere le esigenze di coordinamento indicate dalla legge delega⁽²⁸⁾; dall'altro,

(27) Sottolinea l'importanza di questa novità R. ACCIAI, *Privacy e fenomeno religioso*, cit., p. 357 s., nt. 46.

(28) Poteri indicati nell'art. 4 della legge 24 marzo 2001, n. 127, a norma del quale il Governo era chiamato ad emanare «un testo unico delle disposizioni in materia di tutela delle persone e di altri soggetti rispetto al trattamento dei dati personali e delle disposizioni connesse, coordinandovi le norme vigenti ed apportando alle medesime le integrazioni e modificazioni necessarie al predetto coordinamento o per assicurarne la migliore attuazione» (nostro il corsivo).

altera l'equilibrio raggiunto nella precedente formulazione della disciplina sul trattamento dei dati sensibili di natura religiosa⁽²⁹⁾ e appare suscettibile di limitare la libertà e l'autonomia costituzionalmente garantita delle confessioni religiose.

Peraltro anche tale previsione deve essere interpretata alla luce della norma di chiusura del sistema contenuta nell'art. 181, comma 6, secondo cui le confessioni religiose che, prima dell'adozione del Codice, abbiano «determinato e adottato nell'ambito del rispettivo ordinamento le garanzie di cui all'articolo 26, comma 3, lettera a) possono proseguire l'attività di trattamento nel rispetto delle medesime». Questa disposizione non opera un rinvio fisso alle norme di matrice confessionale bensì un riconoscimento delle «garanzie» determinate da parte delle confessioni religiose (e quindi anche di eventuali successive modifiche) che, lungi dal creare un'area di immunità ingiustificata, cerca piuttosto di individuare forme di coordinamento fra normativa statale e autonomia confessionale.

3. (segue): b) *la normativa confessionale: il Decreto generale della Conferenza Episcopale Italiana del 20 ottobre 1999.*

La previsione di «garanzie» elaborate dalle confessioni religiose fino ad oggi in Italia trova riscontro solo riguardo alla Chiesa cattolica, che con l'emanazione del Decreto generale della Conferenza Episcopale Italiana recante «Disposizioni per la tutela del diritto alla buona fama e alla riservatezza» del 30 ottobre 1999⁽³⁰⁾ ha provveduto a dotarsi di una propria specifica normativa.

Questa normativa assume rilievo ai fini del presente contributo non tanto per la dettagliata disciplina delle fattispecie specificamente canonistiche in essa prevista⁽³¹⁾, quanto piuttosto perché

(29) Cfr. art. 22, comma 1-bis, della legge n. 675/1996, introdotto con l'art. 5 del D.lgs. 11 maggio 1999, n. 135, già richiamato *supra* nel testo.

(30) Pubblicato in *Notiziario Cei*, n. 10/1999, p. 375 ss.

(31) Per un primo commento, v. C. REDAELLI, *Il decreto generale della CEI sulla privacy*, in *exLege*, n. 4/1999, p. 66 ss. e ID., *Il decreto generale della CEI sulla privacy*, in *Quaderni di diritto ecclesiale*, 14 (2001), p. 175 ss.; D. MOGAVERO, *Diritto alla buona fama e alla riservatezza e tutela dei dati personali*, in *Ius Ecclesiae*, n. 2/2000, p. 589 ss. Cfr. inoltre, per un esame dei profili canonistici della problematica in un'ottica attenta anche agli sviluppi della disciplina statale del settore, D. MILANI, *Il trattamento dei dati sensibili*, cit., pp. 278-283 e ID., *La tutela dei dati personali nell'ordinamento canonico: interessi istituzionali e diritti individuali a confronto*, in

offre spunti utili alla valutazione del rapporto che sussiste fra la regolamentazione canonica e la normativa statale in materia di *privacy*.

A tal fine, risulta essenziale l'esame delle premesse del documento, nelle quali, se da un lato si dichiara di tenere in considerazione l'avvenuta introduzione in Italia di una specifica regolamentazione settoriale, dall'altro si riaffermano puntualmente alcuni principi di fondo che rappresentano il presupposto e il quadro di riferimento per l'intervento del legislatore canonico particolare.

Fra questi, viene richiamato anzitutto il diritto della persona alla buona fama e alla riservatezza garantito nell'ordinamento ecclesiale dal can. 220 del Codice del 1983⁽³²⁾, riconoscendosi l'opportunità di introdurre una sua più articolata regolamentazione⁽³³⁾ e assumendo quale finalità della normativa canonica particolare quella di garantire che il trattamento dei dati personali relativi ai fedeli, agli enti ecclesiastici, alle aggregazioni ecclesiali nonché alle persone che entrano in contatto con i medesimi soggetti si svolga nel pieno rispetto di tale diritto⁽³⁴⁾. Fin da questa impostazione iniziale risulta evidente uno degli obiettivi che hanno ispirato l'elaborazione del decreto generale della Conferenza Episcopale Italiana, rappresentato dall'esigenza di coniugare la specificità dell'approccio canonistico, in questo caso sottolineata mediante l'esplicita indicazione del rapporto fra normativa particolare e legislazione universale, con i più recenti sviluppi della disciplina statale in materia di *privacy*⁽³⁵⁾.

www.olir.it, marzo 2005; R. TERRANOVA, *Buona fama e riservatezza*, cit., pp. 294-316; A. VITALONE, *Buona fama e riservatezza in diritto canonico*, cit., pp. 261-280.

⁽³²⁾ Fra i commenti dedicati specificamente al can. 220 v. V. MARCOZZI, *Il diritto alla propria intimità nel nuovo Codice di Diritto Canonico*, in *Vita consacrata*, 20 (1984), p. 552 ss.; A. CAUTERUCCIO, *Il diritto alla buona fama ed alla intimità. Analisi e commento del can. 220*, in *Commentarium pro religiosis et missionariis*, 73 (1992), p. 39 ss.; A. SOLFERINO, *I diritti fondamentali del fedele: il diritto alla buona fama e all'intimità*, in AA.VV., *Diritto «per valori» e ordinamento costituzionale della Chiesa*, Torino, 1996, p. 372 ss.

⁽³³⁾ Si apre con questo significativo richiamo la serie di «premesse» che introducono l'articolato del decreto generale della Conferenza Episcopale Italiana del 1999.

⁽³⁴⁾ Questa «finalità» è enunciata dall'art. 1 del Decreto CEI.

⁽³⁵⁾ Cfr. l'art. 1 del Decreto CEI con l'art. 2, comma 1 della legge n. 675/1996 e quindi con l'art. 2, comma 1 del D.lgs. 196/2003.

Subito dopo viene enunciata la premessa di fondo da cui muove il documento, secondo cui «la Chiesa cattolica, ordinamento giuridico indipendente e autonomo nel proprio ordine, ha il diritto nativo e proprio di acquisire, conservare e utilizzare per i suoi fini istituzionali i dati ...». Un'affermazione così netta assume rilievo centrale non solo nell'economia del Decreto ma anche, e soprattutto, in quanto mette a fuoco e sollecita a ripensare la problematica generale del rapporto fra sovranità dello Stato e sovranità della Chiesa in relazione al sistema di protezione dei dati personali, che sarà approfondita nella parte conclusiva di questo studio.

Infine, viene ribadita la vigenza di «tre ordini di normative, con riguardo alle disposizioni in esse contenute aventi rilievo per il tema della riservatezza»⁽³⁶⁾. Anzitutto si precisa che «nulla è innovato» circa la vigente normativa canonica, in special modo per quanto riguarda la celebrazione del matrimonio canonico, lo svolgimento dei processi, la procedura per la dispensa pontificia *superato et non consumato*, le disposizioni circa il segreto naturale, d'ufficio e ministeriale e la tenuta degli archivi ecclesiastici. Allo stesso modo, «mantengono pieno vigore» le disposizioni di natura pattizia per tutta una serie di materie e di ambiti espressamente richiamati, che vanno dalla celebrazione del matrimonio canonico con effetti civili alla delibazione delle sentenze canoniche di nullità matrimoniale, dalle sentenze e provvedimenti circa persone ecclesiastiche o religiose e concernenti materie spirituali o disciplinari emanati da autorità ecclesiastiche e ufficialmente comunicati alle autorità civili fino all'attività istituzionale dell'Istituto Centrale e degli Istituti diocesani per il sostentamento del clero e all'azione svolta da questi e dalla Conferenza Episcopale Italiana per la promozione delle erogazioni liberali. Da ultimo, si precisa che «hanno valore in Italia» le disposizioni di diritto particolare della CEI, con particolare riguardo al sacramento del matrimonio e all'annotazione del battesimo dei figli adottivi.

Sulla base di tali premesse, la tutela della buona fama e della riservatezza è poi disciplinata nell'articolato a partire dall'indicazione delle finalità e dei soggetti cui si riferiscono i dati⁽³⁷⁾. Successiva-

⁽³⁶⁾ Così C. REDAELLI, *Il decreto generale della CEI*, p. 178 della versione, cit. *supra* nella nota 31, pubblicata in *Quaderni di diritto ecclesiale*, 14 (2001).

⁽³⁷⁾ V. Decreto CEI, art. 1.

mente, sono disciplinati in primo luogo gli strumenti che contengono i dati personali, ossia i registri⁽³⁸⁾, gli archivi, elenchi e schedari⁽³⁹⁾, gli annuari e bollettini⁽⁴⁰⁾; quindi, le operazioni relative ai dati, con specifico (anche se non esclusivo) riferimento ai concetti di «elaborazione» e di «conservazione» dei dati medesimi⁽⁴¹⁾; ancora, i soggetti preposti alle operazioni relative ai dati, dal responsabile dei registri con i suoi collaboratori⁽⁴²⁾ fino all'affidatario⁽⁴³⁾, dall'Ordinario diocesano⁽⁴⁴⁾ fino al Vescovo diocesano⁽⁴⁵⁾; infine, l'ipotesi di riparazione del danno e di sanzioni canoniche⁽⁴⁶⁾.

Nell'elaborazione di questa dettagliata normativa, che non ha pretese di esaustività ma prevede un regolamento attuativo e una verifica successiva al primo triennio dall'entrata in vigore, si è inteso tener conto di una duplice esigenza: da un lato, armonizzare l'interesse istituzionale della Chiesa a difendere la «verità» circa lo stato canonico dei fedeli con la tutela del diritto dell'individuo alla buona fama e alla riservatezza⁽⁴⁷⁾; dall'altro, favorire il coordinamento fra regolamentazione canonica e legislazione statale in materia di *privacy* pur nel rispetto delle reciproca autonomia.

4. *La protezione dei dati personali fra diritto dello Stato e «garanzie» professionali.*

Riguardo a questo secondo profilo, si può ritenere che la normativa di diritto canonico particolare introdotta dal decreto generale della Conferenza Episcopale Italiana del 1999 integra quel sistema di idonee «garanzie» che sono previste dall'art. 26, comma 3, lett. a) e poi richiamate dall'art. 181, comma 6 del Codice della *privacy*, come pare confermato, del resto, anche dalla mancata for-

⁽³⁸⁾ *Ibid.*, art. 2.

⁽³⁹⁾ *Ibid.*, artt. 3 e 4.

⁽⁴⁰⁾ *Ibid.*, art. 8.

⁽⁴¹⁾ *Ibid.*, artt. 5 e 6.

⁽⁴²⁾ Cfr. in particolare quanto previsto al riguardo dall'art. 2 del Decreto CEI.

⁽⁴³⁾ Cfr. art. 5 del Decreto CEI.

⁽⁴⁴⁾ Cfr. art. 2, parr. 6, 7 e 9 del Decreto CEI.

⁽⁴⁵⁾ Cfr. art. 6, parr. 2 e 5, e art. 9 del decreto CEI.

⁽⁴⁶⁾ V. Decreto CEI, art. 10.

⁽⁴⁷⁾ Cfr. in tal senso D. MILANI, *La tutela dei dati personali nell'ordinamento canonico*, cit., pp. 15-20 e già prima C. REDAELLI, *Tutela della libertà religiosa*, cit., p. 327 s.

mulazione di rilievi critici da parte del Garante a seguito della sua applicazione.

Rimane quindi da valutare l'esatta portata della disciplina che risulta dal combinato disposto delle suddette disposizioni codiciali, in relazione alla Chiesa cattolica che ha già emanato le «garanzie» in essa previste ma anche, in prospettiva futura, riguardo alle confessioni acattoliche che provvederanno a dotarsi di analoghe normative. A tal fine, l'interpretazione non può prescindere dalla considerazione della peculiare condizione giuridica riconosciuta alle confessioni religiose nell'ordinamento italiano.

In particolare, rispetto alla Chiesa cattolica è necessario tener conto della condizione di sovranità e indipendenza⁽⁴⁸⁾, nonché di piena libertà nell'esercizio del suo ministero, riconosciuta segnatamente dall'art. 7, comma 1 Cost. e dagli artt. 1 e 2 dell'Accordo di modificazioni del Concordato lateranense del 18 febbraio 1984.

In questa sede, sembra sufficiente ricordare che il primo comma dell'art. 7 Cost. eleva la caratteristica di ordinamento originario a «connotato specifico dell'identità del gruppo Chiesa cattolica»⁽⁴⁹⁾ e sancisce chiaramente il principio della distinzione fra ordine temporale ed ordine spirituale, poi chiaramente confermato sia dal magistero conciliare⁽⁵⁰⁾ sia dall'Accordo di revisione concordataria⁽⁵¹⁾. Da tale principio deriva che vi è un «ordine», ossia un complesso di materie e di rapporti, che rimane sottratto ad ogni ingerenza dello Stato, sul presupposto, costituzionalmente sancito, dell'incompetenza di questo a regolare la materia «religiosa» e «spirituale». Si tratta di un impegno esterno, che non si traduce in una reciproca indifferenza bensì viene esteso alla prospettiva, indicata dall'art. 1 dell'Accordo, di una reciproca collaborazione per la promozione dell'uomo, finalità che accomuna significativamente le due società⁽⁵²⁾ e rappresenta la «filosofia» del

(48) Cfr. G. FELICIANI, *L'autonomia istituzionale della Chiesa*, in *Vita e pensiero*, 12/1995, p. 820 ss. e, più ampiamente, *Autonomia istituzionale della Chiesa*, in *La libertad religiosa. Memoria del IX Congreso Internacional de Derecho Canónico*, Città del Messico, 1996, p. 337 ss.

(49) R. BOTTA, *Manuale di diritto ecclesiastico. Valori religiosi e società civile*, Torino, 1994, p. 74.

(50) Cfr. Cost. past. *Gaudium et spes*, n. 76.

(51) Cfr. in particolare l'art. 1 dell'Accordo del 18 febbraio 1984.

(52) Sul punto v. G. LO CASTRO, *Ordine temporale, ordine spirituale e promo-*

nuovo Concordato⁽⁵³⁾. A sua volta l'art. 2 dell'Accordo, dopo aver stabilito che la Repubblica italiana riconosce alla Chiesa cattolica «la piena libertà» dello svolgimento della sua missione pastorale, educativa, caritativa, di evangelizzazione e di santificazione, assicurando in particolare «la libertà di organizzazione ..., di esercizio del magistero e del ministero spirituale», garantisce allo stesso modo la reciproca libertà di comunicazione e di corrispondenza fra la Santa Sede, la Conferenza Episcopale Italiana, le Conferenze Episcopali Regionali, i Vescovi, il clero e i fedeli, come pure la «libertà di pubblicazione e diffusione degli atti e dei documenti relativi alla missione della Chiesa». Si tratta di un riconoscimento indubbiamente ampio della indipendenza, dell'autonomia e della libertà della Chiesa⁽⁵⁴⁾, consacrato in un testo — l'Accordo di Villa Madama ratificato con legge 20 marzo 1985, n. 121 — che la giurisprudenza e parte autorevole della dottrina ritengono garantito dalla «copertura» dell'art. 7 cpv. della Costituzione.

L'esigenza di un'interpretazione *secundum constitutionem* della normativa del Codice della *privacy* deve essere poi ribadita anche rispetto al trattamento dei dati effettuato dalle confessioni diverse dalla cattolica, con particolare riferimento ai principi di libertà religiosa e di autonomia confessionale che ne garantiscono la condizione nel nostro ordinamento costituzionale.

In considerazione di tali principi, che caratterizzano la disciplina dei rapporti fra Stato e confessioni religiose in Italia e implicano limiti o vincoli di procedura al legislatore, non appaiono adeguate interpretazioni della normativa statale che affermano il pieno assoggettamento delle confessioni al diritto comune ovvero implicano tale assoggettamento, sia pure in termini meno radicali, sostenendo che la disciplina prevista dal combinato disposto degli artt.

zione umana. Premesse per l'interpretazione dell'art. 1 dell'Accordo di Villa Madama, in Dir. eccl., 1984, I, p. 507 ss.

⁽⁵³⁾ In tal senso G. DALLA TORRE, *La «filosofia» di un Concordato*, in *Quad. dir. pol. eccl.*, n. 1/2004, p. 85 ss.

⁽⁵⁴⁾ Sulla portata dell'art. 2 dell'Accordo di Villa Madama in relazione alla fattispecie in esame v. G. DALLA TORRE, *Registro dei battesimi e tutela dei dati personali: luci ed ombre di una decisione*, in *Giust. civ.*, 2001, I, p. 239 s. Lo stesso Autore, sotto un profilo più generale, sottolinea che con tale disposizione, «indicandosi minuziosamente le *libertates Ecclesiae*, viene sostanzialmente definito di comune accordo qual è, per l'Italia, l'ordine proprio della Chiesa» (ID., *La «filosofia» di un Concordato*, cit., p. 84).

26, comma 3, lett. *a*) e 181, comma 6 del Codice della *privacy* riconosce l'autonomia confessionale solo come possibile esimente dalle forme di tutela rafforzate previste per il trattamento dei dati sensibili.

Rispetto a una impostazione nella quale il fulcro del sistema di protezione dei dati personali è rappresentato proprio dalle regole predisposte per la tutela dei cosiddetti dati «sensibili», risulterebbe paradossale considerare le confessioni religiose esenti dai vincoli più gravosi previsti per il trattamento di questi dati ma al tempo stesso interamente sottoposte al complesso degli obblighi previsti in generale per il trattamento dei dati comuni⁽⁵⁵⁾.

Al contrario, in via ermeneutica si può ritenere che mediante la normativa prevista dal combinato disposto degli articoli 26, comma 3, lett. *a*) e 181, comma 6 del nuovo Codice l'ordinamento statale abbia inteso ritrarsi da ogni forma di controllo preventivo e da ogni procedimentalizzazione dell'attività di trattamento, che verrebbero a comprimere proprio l'aspetto istituzionale delle confessioni medesime, delegando ad esse il compito di «stabilire regole di tutela preventiva dell'interessato nonché forme di corretto esercizio del trattamento»⁽⁵⁶⁾. In questa prospettiva, da un lato dovrebbe ritenersi superata dalle regole predisposte dall'autonomia confessionale tutta la disciplina relativa non solo alla notifica ma anche all'informativa preventiva da rendere agli interessati e al consenso di questi ultimi, così come all'individuazione del responsabile del trattamento e alla specificazione delle corrette modalità dello stesso trattamento⁽⁵⁷⁾. Dall'altro, resterebbe comunque affi-

(55) Sulle conseguenze paradossali che potrebbero derivare da un'applicazione indiscriminata degli obblighi previsti dalla normativa in materia di protezione dei dati personali alle confessioni religiose cfr. C. CARDIA, *Principi di diritto ecclesiastico. Tradizione europea legislazione italiana*, Torino, 2002, p. 146, che sottolinea il rischio di dover «cancellare i dati presenti nei registri di battesimo, o di iscrizione, o dei riti di iniziazione, o di matrimonio, ecc., provocando un vuoto documentario francamente dissennato. Non soltanto la confessione religiosa verrebbe ad essere impedita nell'assolvimento di alcune funzioni istituzionali, ma si causerebbe la perdita di quella *memoria storica* che in ogni realtà sociale e ordinamentale è costituita dal patrimonio documentale delle sue strutture e organizzazioni fondamentali» (corsivo originale nel testo cit.).

(56) In tal senso, con riferimento al sistema anteriore al nuovo Codice della *privacy*, v. già F.D. BUSNELLI-E. NAVARRETTA, *Battesimo e nuova identità atea*, cit., p. 857 s.

dato allo Stato il compito di verificare, alla luce dei principi cardine della disciplina introdotta dal nuovo Codice, il rispetto dei diritti inviolabili della persona nelle ipotesi di trattamento dei dati personali effettuato dalle confessioni religiose.

Questa soluzione mira ad individuare in via interpretativa un punto di equilibrio fra sovranità dello Stato e autonomia confessionale, nella consapevolezza che gli sviluppi del principio di laicità impongono una ricostruzione coerente con il contenuto positivo della libertà religiosa, con il ruolo riconosciuto alle istituzioni religiose in relazione alle esigenze della persona e con i limiti posti alle competenze statali in materia religiosa⁽⁵⁸⁾.

Rimane comunque aperta, di fronte a una normativa per molti aspetti nuova e ancora *in progress* come quella in materia di protezione dei dati personali, la possibilità e forse l'opportunità di una qualche forma di collaborazione fra Stato e confessioni religiose, nel rispetto di quella «regola della bilateralità»⁽⁵⁹⁾ che l'art. 13, comma 2, dell'Accordo di Villa Madama indica come principio guida per la disciplina delle fattispecie, necessariamente non delimitabili a priori, in cui venga a trovarsi coinvolto il sentimento religioso dei cittadini-fedeli⁽⁶⁰⁾. Una regola preziosa, che a più di

⁽⁵⁷⁾ Cfr. S. BERLINGÒ, *Si può essere più garantisti del Garante?*, cit., pp. 308-310, che in particolare sottolinea come l'opzione di rimettersi alle «idonee garanzie» autonomamente determinate da parte delle confessioni, «senza esigere che il loro contenuto sia identico a quello sancito per legge nell'«ordine proprio» dello Stato, significa adeguarsi espressamente ai principi costituzionali della «distinzione degli ordini» e della «riserva» di statuto confessionale, quanto all'organizzazione interna dei gruppi religiosi, dettati dagli articoli 7 e 8 della nostra Carta fondamentale. Ove non si cogliesse, anche per quest'aspetto, con un'interpretazione *secundum constitutionem*, un'autolimitazione implicita nella legge fin dalla sua origine, la si esporrebbe al rischio di una fondata e rilevante eccezione di legittimità costituzionale» (p. 310).

⁽⁵⁸⁾ Per questa lettura del principio di laicità, delineata con riferimento all'esperienza italiana e in base alla giurisprudenza della Corte costituzionale, v. C. MIRABELLI, *Prospettive del principio di laicità dello Stato*, in *Quad. dir. pol. eccl.*, n. 2/2001, p. 334.

⁽⁵⁹⁾ Riguardo ai possibili sviluppi del metodo della bilateralità v. A. BETTETINI, *Sulla relazione fra religione, diritto canonico e diritto politico in una società dopo-moderna*, in *Dir. eccl.*, 2003, I, p. 926, che osserva come «l'attuale opzione politica e costituzionale di definire i termini delle relazioni fra ordine temporale e ordine spirituale in prospettiva pattizia o comunque di cooperazione non può limitarsi agli angusti confini di un documento; ma, pur presupponendolo, implica un'azione dinamica di continua modifica...».

venti anni da quell'Accordo appare quanto mai attuale e suscettibile di fecondi sviluppi in conseguenza del progressivo moltiplicarsi dei punti di intersezione fra l'ordinamento statale e il fenomeno religioso.

⁽⁶⁰⁾ Cfr. R. BOTTA, *Dalla riforma del Concordato alla Costituzione europea: vent'anni di trasformazioni delle fonti del diritto ecclesiastico in Italia*, in *Quad. dir. pol. eccl.*, n. 1/2004, pp. 98-102, che sottolinea la prospettiva di «una sorta di negoziazione permanente tra Stato e Chiesa per il miglioramento della tutela del sentimento religioso dei cittadini» (p. 98).

Pagina bianca

JEAN-PIERRE SCHOUPPE

LA PROTECTION DU MARIAGE ET DE LA FAMILLE
EN DROIT EUROPÉEN DES DROITS DE L'HOMME:
MYTHE OU RÉALITÉ?

1. Introduction. — 2. La Déclaration universelle des droits de l'homme (1948) et les Pactes de l'ONU (1966). — 3. La Convention européenne des Droits de l'homme (1950) et les autres instruments du Conseil de l'Europe. — A. Les textes. — B. La jurisprudence de la Cour européenne de Strasbourg. — 1) Le transsexualisme. — 2) L'homosexualité — 4. La Charte européenne des droits de l'homme (2000) et le Traité constitutionnel de l'Union européenne (2004). — A. Les textes. — B. La jurisprudence de la Cour de Justice de Luxembourg — 5. Réflexions conclusives.

1. *Introduction.*

Éclairé par une riche tradition pluriséculaire, le *canoniste* est rompu aux concepts de mariage et de famille. Pour lui, la famille se fonde tout naturellement sur le mariage. Ces deux réalités connexes ne sont *pas* envisagées comme des *constructions* purement humaines de nature consensuelle et donc indéfiniment évolutives. Le consensualisme est, en effet, exclusivement limité à la formation du mariage sans s'étendre à son identité et à son contenu (cf. can. 1057 § 1). Si cela va de soi aux yeux du canoniste, c'est que, par cohérence scientifique et professionnelle, celui-ci est conscient d'avoir affaire à des institutions prédéterminées par un projet divin, portant le sceau du droit divin révélé (spécialement dans la *Genèse*⁽¹⁾) et du droit naturel. Ces institutions possèdent dès lors des propriétés essentielles (cf. cc. 1055-1057) qui fondent le droit

(1) Cf. Gen 1, 27; 2, 18; 2, 20 et 2,24.

canonique du mariage et de la famille (cf. cc. 22 et 1075) et ne peuvent être abandonnées à l'autonomie de la créature.

Au-delà des diversités de formes culturellement élaborées dans le temps et dans l'espace, cette structure essentielle du mariage fut l'objet d'un respect ininterrompu pendant des millénaires. Elle fut assumée et soutenue au plan juridique (canonique et séculier) par le droit naturel classique. De ce point de vue, le mariage a été défini comme « l'union juridique, pleine et totale, d'un homme et d'une femme dans leur masculinité et leur féminité, comportant une communauté indivisible de vie, ordonnée à la génération et à l'éducation des enfants ainsi qu'à l'aide mutuelle »⁽²⁾.

Or, de nos jours, ces repères familiers au canoniste viennent à manquer au juriste séculier et tout particulièrement au *civiliste*. Parmi les nombreux signaux d'alarme lancés ces dernières années par des juristes, l'on mentionnera le professeur Meulders-Klein évoquant la perspective d'un « voyage sans destination »⁽³⁾ suite à la dilution d'une notion de famille devenue peu à peu « introuvable »⁽⁴⁾. Certes, des irrégularités, des désordres, des déformations ont pu être constatés à toutes les époques, mais observe le philosophe Sergio Cotta⁽⁵⁾, il s'agissait de « phénomènes toujours définis, ou définissables, comme déviations du modèle originaire ». Depuis la fin du siècle dernier, il en va autrement: c'est le *rejet de tout modèle originaire* qui tend à se propager. Dès lors, l'on assiste à une radicale remise en question des institutions mêmes du mariage et de la famille.

D'un point de vue juridique, la crise du droit de la famille s'explique par la mise à l'écart progressive du droit naturel⁽⁶⁾ dans

(2) J. HERVADA, *Cuatro lecciones de Derecho natural. Parte especial*, Eunsa, Pampelune, 1989, p. 121 (traduction libre).

(3) M.-T. MEULDERS-KLEIN, « Rapport de synthèse » dans Collectif, *Internationalisation des droits de l'homme et droit de la famille* (dir. F. Dekeuwer-Defossez), LGDJ, Paris, 1996, p. 179.

(4) M.-T. MEULDERS-KLEIN, *La personne, la famille et le droit (1968-1998). Trois décennies de mutation en Occident*, Bruylant-LGDJ, Bruxelles-Paris, 1999, p. 520.

(5) Voir S. COTTA, « Principes anthropologiques et éthico-juridiques de la famille », dans *Les droits de la famille* (J.-B. d'Onorio et S. Cotta éd.), Téqui, Paris, 1996, p. 182.

(6) Pour rappel, cette mise sur la touche du droit naturel a été en quelque sorte préparée par la regrettable confusion entre le droit naturel classique et le droit

la plupart des systèmes juridiques. Il faut se rendre à l'évidence: hormis dans le cadre de certains droits religieux et, particulièrement en droit canonique, le droit naturel a cessé d'être opérationnel au sein des systèmes juridiques⁽⁷⁾. Cela signifie l'abandon du droit naturel comme sous-bassement de l'édifice éthico-juridique de la société, avec toutes les conséquences déplorables que cela suppose pour le tissu social. Loin de faire exception à cette évolution, le droit de la famille constitue l'un des domaines où la désaffection à l'égard du droit naturel est la plus manifeste.

Cette situation est d'autant plus préoccupante que le rôle de protection de l'identité familiale comme structure de base de la société qu'assurait le droit naturel n'a pas pu être repris par la morale, hormis ce qui rentre dans la notion vague de «moralité publique», pour le motif que les positions éthiques sont d'ordinaire rangées dans l'ordre des convictions privées. Leur invocation pourrait être interprétée comme une ingérence dans l'État de droit et donc toute incidence directe sur la vie politique lui est niée. Mais alors quelle discipline serait à même de reprendre le témoin des valeurs éthiques? Depuis quelques décennies, les droits de l'homme s'affirment de plus en plus comme le dernier ciment éthique de nos sociétés, mais la question se pose de savoir si ce droit en pleine expansion a vraiment les moyens d'une telle ambition. D'abord, il faut rappeler une évidence: chaque science a un objet matériel et formel propre et est en quelque sorte irremplaçable. De ce point de vue, dans le concert des sciences, les droits de l'homme ne peuvent usurper son rôle à l'éthique⁽⁸⁾. Ensuite, dans la mesure où il s'agirait de combler le vide laissé par la morale sur la scène politique, cela ne va pas sans poser

moderne rationaliste, que Michel Villey a admirablement illustrée (voir notamment M. VILLEY, *La formation de la pensée juridique moderne*, 2^e éd., Éd. Montchrétien, Paris 1975).

(7) Concernant l'éclipse du droit naturel en droit séculier et l'avènement du droit de droits de l'homme, qui peut à son tour être interprété, sous certains aspects seulement, comme une manifestation du droit naturel, voir J.-P. SCHOUPE, «Convergences et différences entre le droit divin des canonistes et le droit naturel des juristes», dans *Ius Ecclesiae*, 12 (2000), p. 29-67.

(8) L'on rappellera à ce sujet les encycliques de Jean-Paul II, *Veritatis splendor* (6 août 1993) et *Evangelium vitae* (25 mars 1995). Voir aussi la réflexion du Cardinal J. HERRANZ sur les termes de «liberté» et «vérité» dans le Magistère de Jean-Paul II, «Jean-Paul II: structure morale de la liberté» dans *L'Osservatore romano* en langue française n. 20, 17 mai 2005, p. 12-14.

certains problèmes liés notamment à l'*ambiguïté* qui caractérise le droit des droits de l'homme, une ambiguïté proportionnelle à son haut degré de prestige et d'acceptation sociale⁽⁹⁾.

En tout état de cause, ce nouveau droit voit son emprise sur les législations nationales sans cesse croissante. Il ne se prive pas de dicter les repères éthiques de la vie en société. Ainsi, dans l'Union européenne, un haut pourcentage de nos législations nationales, sont désormais une mise en œuvre des directives communautaires. Et ces dernières traitent toujours plus des sujets sociaux à fortes implications éthiques. Il est, dès lors, capital de cerner le *droit européen des droits de l'homme* qui inspire, oriente, voire détermine dans une certaine mesure, le domaine matrimonial et familial de nos pays. Sa connaissance est nécessaire pour tenter d'orienter le droit dans un sens qui soit le plus respectueux possible de la véritable dignité de l'homme et de la femme, des enfants, du mariage et de la famille⁽¹⁰⁾. Or, comme nous aurons l'occasion de la constater, la tendance dominante consiste plutôt à substituer à l'institution objective une vision contractualiste et individualiste des unions, au point de rendre ces réalités malléables en fonction de l'autonomie des volontés individuelles. De la sorte, se produit une dilution du concept d'institution (à dimension publique), qui prépare le terrain à une organisation plurielle de modèles d'unions revendiquant, sans légitimité mais de manière toujours plus résolue, le «label» de familles.

Notre examen des traités et déclarations des droits de l'homme portera principalement sur le mariage, le droit au mariage, la famille ainsi que sur la vie familiale et la vie privée. Il comportera trois étapes. Nous commencerons par le niveau universel, avant d'aborder le plan européen, et enfin l'échelle communautaire. Nous aurons ainsi l'occasion de jauger les différents niveaux de protection dont jouissent le mariage et la famille tels qu'ils apparaissent non seulement dans les textes mais aussi et surtout au

(9) Sur l'ambiguïté des droits de l'homme et du concept de dignité dans le contexte de la Charte et du Traité, voir J.-P. SCHOUPPE, «Les droits fondamentaux dans le futur Traité constitutionnel de l'Union européenne. Questions d'éthique juridique et de liberté religieuse», dans *Ius Ecclesiae* 15 (2003), p. 204 ets.

(10) La *Charte des droits de la famille*, publiée par le Saint-Siège en 1983, qui synthétise les principaux éléments de l'institution familiale dans les «considérant» de son préambule, fut élaborée dans ce sens.

travers de leur l'interprétation et de leur mise en œuvre par les instances compétentes.

2. *La Déclaration universelle des droits de l'homme (1948) et les Pactes de l'ONU (1966).*

La *Déclaration universelle des droits de l'homme* (dorénavant DUDH), instrument fondateur s'il en est, souligne sans ambages que la famille est « l'élément naturel et fondamental de la société ». Dès lors « celle-ci a droit à la protection de la société et de l'État » (art. 16 § 3). De manière très classique, le § 1 dudit article affirme l'*unicité* du droit de se marier et de fonder une famille ainsi que le caractère *hétérosexuel* du mariage, avec une référence explicite à l'homme et à la femme. Outre l'égalité des époux, l'on y reconnaît le critère de l'âge nubile ainsi qu'un droit au mariage qui ne saurait faire l'objet d'injustes discriminations quant à la race, la nationalité ou la religion⁽¹¹⁾. La question de la « vie privée » est abordée à l'art. 12, à côté de la famille, dans l'optique de la protection des droits individuels contre des immixtions ou des atteintes de la loi, non seulement dans la vie privée ou dans la famille, mais aussi en ce qui concerne le domicile, la correspondance, l'honneur et la réputation. Les contextes sont donc assez nettement différenciés: tandis que l'art. 16 protège le mariage et la famille, l'art. 12 assure la défense de l'individu par rapport à la loi dans une série de domaines⁽¹²⁾.

La protection maximale accordée à la famille et au mariage va devenir *juridiquement contraignante* pour les États contractants qui les ratifieront grâce aux pactes de l'ONU de 1966. D'abord l'art.

(11) « 1. A partir de l'âge nubile, l'homme et la femme, sans aucune restriction quant à la race, la nationalité ou la religion, ont le droit de se marier et de fonder une famille. Ils ont des droits égaux au regard du mariage, durant le mariage et lors de sa dissolution.

2. Le mariage ne peut être conclu qu'avec le libre et plein consentement des futurs époux.

3. La famille est l'élément naturel et fondamental de la société et a droit à la protection de la société et de l'État. » (art. 16 DUDH).

(12) « Nul ne sera l'objet d'immixtions arbitraires dans sa vie privée, sa famille, son domicile ou sa correspondance, ni d'atteintes à son honneur et à sa réputation. Toute personne a droit à la protection de la loi contre de telles immixtions ou de telles atteintes » (art. 12 DUDH).

10 § 1 du *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels* réitère la nécessité d'assurer « une protection et une assistance aussi larges que possible » à la famille, « élément naturel et fondamental de la société ». De manière plus précise quant à notre sujet, l'art. 23 du *Pacte international de droits civils et politiques* reprend tous les aspects affirmés dans l'art. 16 de la DUDH et rend leur respect obligatoire pour les États signataires⁽¹³⁾. De même, l'art. 17 transpose dans ledit Pacte l'art. 12⁽¹⁴⁾.

Ces différents documents manifestent l'intérêt que porte l'Organisation des Nations Unies à la protection juridique du mariage et de la famille. Mais si l'on regarde au-delà des textes, à l'inverse des instruments européens, les dispositions onusiennes ne font pas l'objet d'un contrôle ni d'une interprétation jurisprudentiels, vu l'inexistence d'une Cour de justice spécifique. Leur mise en œuvre et leur interprétation sont confiées à des organismes non judiciaires tels le Comité des droits de l'homme. Sur la base de l'art. 23 § 2 du Pacte, le Comité a jusqu'à présent conçu le mariage comme hétérosexuel et a refusé de considérer les relations homosexuelles comme constitutives d'une vie familiale⁽¹⁵⁾.

Cependant, force est de constater que la ligne d'action des comités de l'ONU a perdu de sa transparence notamment sur les questions familiales et sexuelles, ce qui hypothèque l'avenir de la protection du mariage et de la famille par ces organismes. Cela se doit, entre autres, à l'influence qu'exercent certains *lobbies* extrêmement actifs et bien organisés qui se sont infiltrés dans de nombreux rouages de l'organisation. Nonobstant ces considérations, les

⁽¹³⁾ « 1. La famille est l'élément naturel et fondamental de la société et a droit à la protection de la société et de l'État.

2. Le droit de se marier et de fonder une famille est reconnu à l'homme et à la femme à partir de l'âge nubile.

3. Nul mariage ne peut être conclu sans le libre et plein consentement des futurs époux.

4. Les États parties au présent Pacte prendront les mesures appropriées pour assurer l'égalité des droits et des responsabilités des époux au regard du mariage, durant le mariage et lors de sa dissolution. En cas de dissolution, des dispositions seront prises afin d'assurer aux enfants la protection nécessaire ». (art. 23 PDGP).

⁽¹⁴⁾ Par ailleurs, de nombreux aspects des droits de l'enfant sont garantis dans la *Convention sur les droits de l'enfant* (1989).

⁽¹⁵⁾ Voir *Juliet Joslin et consorts c. Nouvelle Zélande*, constatation du 17 juillet 2002.

textes fondateurs des droits de l'homme universels demeurent sur pied, avec toute la valeur morale, et parfois la force juridique, qui leur revient. De surcroît, ils sont à la source des instruments régionaux des droits de l'homme, notamment européens, qui reflètent, peu ou prou, l'inspiration authentiquement humanitaire de 1948.

3. *La Convention européenne des Droits de l'homme (1950) et les autres instruments du Conseil de l'Europe.*

A) *Les textes.*

Dans le droit fil de cette étape onusienne, s'est progressivement dessinée la protection des droits de l'homme dans le cadre du Conseil de l'Europe, à partir de la *Convention européenne des droits de l'homme* (dorénavant CEDH). Deux ans après la Déclaration universelle (c-à-d. seize ans avant les Pactes onusiens!), le Conseil de l'Europe franchissait un pas important en atteignant, grâce à la Convention, le stade de la protection juridiquement contraignante des droits humains. Quant à la formulation des textes sur les droits fondamentaux à l'échelle européenne, nous retrouvons les deux grands pôles déjà repérés dans les documents de l'ONU: il y a, d'une part, ce qui a trait au *droit au mariage* (art. 12) et, de l'autre, ce qui est du ressort de la protection de la *vie privée* (art. 8). En outre, il faudra tenir compte de l'art. 14 sur l'interdiction de la discrimination. Cette disposition ne mentionne pas explicitement l'orientation sexuelle, mais elle comporte l'adverbe «notamment» indiquant le caractère non exhaustif de l'énumération des discriminations interdites par cet article. L'on signalera également qu'au grand dam de certaines associations favorables à une extension de la formulation, le protocole n. 12 sur la non-discrimination, actuellement en cours de ratification et qui fera du droit à la non-discrimination un droit autonome, ne comporte pas davantage de référence expresse à l'orientation sexuelle⁽¹⁶⁾. Signalons encore l'existence de la *Charte sociale européenne* (1961). Bien

(16) En voici le texte: «La jouissance de tout droit prévu par la loi doit être assurée, sans discrimination aucune, fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation» (art. 1 § 1).

qu'il n'ajoute aucun élément décisif concernant la compréhension du mariage et de la famille, son art. 16 reconnaît un droit de la famille à une protection sociale, juridique et économique. Par ailleurs, il rappelle que la famille est la « cellule fondamentale de la société », compensant ainsi, dans le cadre du Conseil de l'Europe, l'omission sur ce point précis que l'on constate dans la CEDH⁽¹⁷⁾.

Cette dernière traite la protection du mariage et de la famille comme un objectif prioritaire. Son art. 12⁽¹⁸⁾ conserve les traits les plus essentiels des institutions concernées, à savoir le maintien de l'*unicité* du droit de se marier (pour qui a l'âge nubile) et de fonder une famille ainsi que l'affirmation de l'*hétérosexualité*, avec un renvoi aux lois nationales qui régissent l'exercice de ce droit. Cette disposition a toujours été interprétée dans le sens de la *monogamie*. Par ailleurs, les juges ont jusqu'ici refusé de déduire de l'art. 12 un droit au divorce qui obligerait les États à prévoir cette possibilité dans leur droit civil⁽¹⁹⁾.

La clarté et la fermeté avec lesquelles l'art. 12 défend le mariage sont toutefois relativisées par les incertitudes introduites par l'art. 8 sur la protection de la *privacy*. Celui-ci introduit une modification qui n'est anodine qu'en apparence. Il n'y est plus question de la protection des droits de l'individu par rapport à une loi étatique susceptible de porter atteinte à sa vie privée *ou* à sa vie familiale, au même titre que l'on protège son droit à la non-violation de son domicile et de sa correspondance. L'on observe ici l'apparition d'une notion novatrice aux contours flous: la « vie privée *et* familiale »⁽²⁰⁾, laquelle a été qualifiée, à juste titre, de « concept gigogne »⁽²¹⁾.

(17) « En vue de réaliser les conditions de vie indispensables au plein épanouissement de la famille, cellule fondamentale de la société, les Parties Contractantes s'engagent à promouvoir la protection économique, juridique et sociale de la vie de la famille, notamment par le moyen de prestations sociales et familiales, de dispositions fiscales, d'encouragement à la construction de logements adaptés aux besoins des familles, d'aide aux jeunes foyers, ou de toutes autres mesures appropriées. » (art 16).

(18) « A partir de l'âge nubile, l'homme et la femme ont le droit de se marier et de fonder une famille selon les lois nationales régissant l'exercice de ce droit. » (art. 12 CEDH).

(19) Cf. *Johnston c. Irlande*, 18 décembre 1986, § 54.

(20) « §1. Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance ». (art. 8 CEDH).

(21) F. SUDRE, « Les aléas de la notion de "vie privée", dans Collectif, *Mélanges L-E Petiti*, Bruylant, Bruxelles, 1998, p. 687.

B) *La jurisprudence de la Cour européenne de Strasbourg.*

Au-delà des textes, la protection effective des droits fondamentaux appelle l'analyse complémentaire de la jurisprudence. Apparaissent ainsi, dans le même temps, une tension et une tentative de conciliation entre « l'intégrité de l'écrit conventionnel » et les « nécessités de l'interprétation évolutive » réalisée de manière prétorienne⁽²²⁾. Concernant l'art. 12, qui garantit une protection du principe selon lequel la famille est fondée sur le mariage, l'on constate que la Cour a introduit des exceptions à ce principe, en étendant la protection « familiale » à des unions de fait, pourvu qu'il y ait une certaine consistance de « liens interpersonnels effectifs » susceptibles de rentrer dans la « vie familiale » au sens de l'art. 8⁽²³⁾. Dans ce sens, on rappellera l'arrêt *Marckx c. Belgique*. Cet arrêt célèbre, qui avait mis fin à la distinction entre famille « légitime » et famille « naturelle » (§ 31), rappelait par ailleurs que la protection de la famille traditionnelle est justifiée et peut fonder une différence de traitement qui, autrement, paraîtrait discriminatoire⁽²⁴⁾.

Mais ces constats doivent s'accompagner d'une réflexion critique : à partir du moment où l'on ne s'en tient plus au critère de la légitimité traditionnelle, l'on s'aventure sur une pente glissante, dont on connaît le début mais nullement le point de chute... L'on a de plus en plus affaire à une nouvelle vision de la vie familiale selon laquelle *l'effectivité des liens interpersonnels* et *l'apparence familiale* interviendraient comme des facteurs complémentaires de la parenté⁽²⁵⁾. La notion de « vie privée et familiale » vient brouiller les cartes, éroder le concept de vie familiale, le privatiser et l'exposer à des velléités individualistes. À cet égard, de fortes pressions

(22) M. LEVINET, « Couple et vie familiale », dans Collectif, *Le droit au respect de la vie familiale au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Nemesis, Bruylant, Bruxelles, 2002, p. 129.

(23) À ce sujet voir notamment *Elsbolz*, 13 juillet 2000, § 43 : « La notion de famille au sens où l'entend cet article ne se borne pas aux seules relations familiales fondées sur le mariage et peut englober d'autres liens "familiaux" factuels lorsque les parties cohabitent en dehors du mariage »

(24) Voir aussi, dans le même sens, bien que plus timidement, *Mazurek c. France*, 1^{er} février 2000, § 50.

(25) Voir à ce sujet l'analyse de F. SUDRE, « Rapport introductif », *o. c.*, p. 20 et s.

sont exercées dans les assemblées européennes⁽²⁶⁾, en vue de consacrer le droit absolu de toute personne à *choisir son identité sexuelle* et à *mener une vie conforme* à cette option. Ces thèses invoquent la notion anglo-américaine de *gender* qui, en diluant l'identité sexuelle biologique dans la communauté du genre, est censée justifier un sentiment d'identité sexuelle aboutissant à la primauté du choix autonome du sujet conscient, même si celui-ci est en discordance par rapport à ses propres données morphologiques. Si bien qu'en matière de vie privée et familiale, la Cour donne parfois l'impression de donner d'une main, sous le couvert de l'art. 8, ce qu'au nom de l'art. 12, elle continue de refuser catégoriquement de l'autre⁽²⁷⁾. Cette tension entre l'interprétation des deux dispositions susmentionnées est particulièrement perceptible dans les questions du transsexualisme et de l'homosexualité.

Mais, avant d'aborder ces deux thématiques, une question mérite d'être posée: faut-il voir un parallélisme entre le transsexualisme et l'homosexualité ou s'agit-il plutôt de deux réalités à aborder isolément? Un certain nombre de prétentions sont communes: on fait valoir son orientation sexuelle; on veut former un couple qui n'est pas de sexe biologiquement différent; au nom du droit à l'égalité, on entend jouir de droits comparables aux couples mariés; on ne se contente pas de mener une vie (privée) de couple, mais on aspire aussi à une vie familiale. Néanmoins, la revendication du transsexuel se situe à l'antipode de la démarche homosexuelle en ce que, la conversion une fois effectuée et les actes d'état civil une fois rectifiés, le transsexuel, qui s'estime ainsi reconnu quant au sexe auquel il considère avoir toujours psychologiquement appartenu, veut absolument un mariage *hétérosexuel*. La ré-

(26) Voir notamment la Résolution du Parlement européen sur la discrimination dont sont victimes les transsexuels, 12 septembre 1989. Concernant l'homosexualité, l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe n'est pas en reste (voir les recommandations 1470 et 1474, du 30 juin 2002). C'est toutefois le Parlement européen qui a adopté les textes les plus engagés sur la question homosexuelle (voir B. GUIGUET, «Le droit communautaire et la reconnaissance des partenaires du même sexe», dans *Cahiers de droit européen*, 35 [1999], n. 5-6, p. 559).

(27) La relation entre ces deux dispositions de la Convention a été analysée comme celui d'une *lex specialis* (art. 12) par rapport à une *lex generalis* (art. 8). C'est ce qui a notamment permis aux juges saisis d'une question de divorce, de faire prévaloir la loi spéciale, et donc la protection du mariage, en constatant l'absence d'un droit au divorce (cf. *Johnston c. Irlande*, 18 décembre 1986, § 54).

ponse à la question posée est donc complexe et demande des nuances: on décèle à la fois des éléments de parallélisme et des aspects importants de différenciation. La Cour reflète bien cette différence de situations en accordant un traitement distinct aux deux problématiques.

1) *Le transsexualisme.*

Il ne nous appartient pas d'entrer dans les questions médicales concernant le transsexualisme. L'on notera toutefois que la profession médico-scientifique elle-même nourrit encore de nombreux doutes concernant son étiologie, ce qui a justifié une position attentiste de la Commission et de la Cour, puis un brusque revirement. Sans doute celui-ci se doit-il à la prise en compte de certaines discriminations motivées par l'orientation sexuelle en matière d'emploi et de l'exercice des droits parentaux. Il n'empêche que, les concessions accordées relativement à la prise en compte de l'«effectivité» des liens et de l'«apparence» s'inscrivent toujours dans le cadre de l'art. 8; elles ne remettent dès lors nullement en question l'institution du mariage protégée par l'art.12.

Deux arrêts revêtent à cet égard une importance particulière.

a) L'arrêt *X, Y, Z c. Royaume Uni* (22 avril 1997) — C'est la première fois que la Cour est saisie de la question de l'octroi des droits parentaux à un transsexuel. Elle n'hésite pas à pallier l'absence de parenté biologique pour l'un des «parents» en qualifiant de «liens familiaux de facto» les liens unissant un transsexuel de sexe féminin (donc «apparemment» un homme), sa compagne, et l'enfant de cette dernière né d'une insémination artificielle par tiers donneur. Cependant, si la Cour se montre disposée à étendre le lien familial en façonnant une nouvelle catégorie, elle ne veut pas imposer aux États l'obligation positive de reconnaître officiellement comme le père de l'enfant une personne qui n'en est pas le père biologique. De la sorte, elle cherche à éviter l'imbroglio juridique qui résulterait du décalage entre le règlement du droit parental compte tenu de l'apparence masculine actuelle et un registre des naissances qui refuserait de prendre acte de la conversion sexuelle: le transsexuel femme-homme deviendrait «père», tout en étant toujours considéré en droit comme étant de sexe *féminin* et pouvant contracter mariage avec un homme (§ 47). S'agissant d'une obligation positive et de la marge d'appréciation d'un État, la Cour s'appuie sur l'inexistence d'un consensus au niveau des lé-

gislations nationales en faveur du transsexualisme (§ 52)⁽²⁸⁾. Si l'attachement au concept traditionnel de mariage qui sous-tend l'article 12 CEDH explique le refus du transsexualisme dans le cadre précis de cette disposition, il n'en demeure pas moins assez paradoxal que la Cour reconnaisse le droit des transsexuels à mener une vie familiale sans en tirer toutes les conséquences juridiques sur le plan des droits parentaux.

b) L'arrêt *Christine Goodwin c. Royaume-Uni* (11 juillet 2002). — En matière de transsexualisme cette affaire tient la vedette et a donné lieu à l'arrêt de référence⁽²⁹⁾. Il rompt, en effet, avec une jurisprudence bien établie qui prenait le sexe biologique pour unique critère d'identité sexuelle à prendre en compte pour le mariage (§ 82)⁽³⁰⁾. En réalité, dans l'affaire *Goodwin*, la Cour trahit d'emblée sa position en reprenant le prénom féminin «Christine» dans l'intitulé officiel, alors que les intitulés des arrêts précédents en cette matière s'en tenaient à la mention du nom patronymique. L'arrêt manifeste ainsi un revirement jurisprudentiel d'autant plus éclatant qu'il constate à l'unanimité des dix-sept juges composant la Grande Chambre une violation de l'art. 8 et de l'art. 12. Et pourtant, ce n'étaient pas les motifs de critique qui manquaient...

Le dangereux pas que la Cour a franchi dans cette affaire consiste à prendre en considération le changement de sexe de la requérante par rapport au sexe biologique qui était le sien au moment de sa naissance, d'abord sur le plan de l'art. 8 (rectification de la mention du sexe à l'état civil) et ensuite dans le cadre de l'art. 12 (droit au mariage). L'on observe comme un «soudain désir de la Cour de s'emparer de ce problème et d'imposer aux États une solution européenne uniforme»⁽³¹⁾. Et ce, en faisant fi, cette

⁽²⁸⁾ Voir également *Sheffield et Horsham c. Royaume-Uni*, du 30 juillet 1998, § 57. L'attitude de la Cour semble corroborer la thèse soutenue par F. Sudre, selon laquelle celle-ci vise avant tout l'application maximale de la Convention et se sent libre d'agir en ce sens. Elle se référerait uniquement à la présence ou à l'absence d'un consensus des législations nationales pour moduler le contrôle de la «marge d'appréciation» reconnue à l'État (voir F. SUDRE, «Rapport introductif», o. c., p. 45).

⁽²⁹⁾ Notons également l'existence de l'arrêt *I. c. Royaume Uni*, mais celui-ci, rendu le même jour, est resté dans l'ombre. Sans doute paye-t-il de la sorte l'anonymat accordé par les juges au second requérant.

⁽³⁰⁾ La référence incontournable fut longtemps l'affaire britannique *Corbett c. Corbett*, qui remontait à 1971.

⁽³¹⁾ P. WACHSMANN-A. MARIEMBURG-WACHSMANN, «La folie dans la loi. Consi-

fois, tant de l'importance de la marge nationale d'appréciation que de l'absence d'un consensus assez large au sein des États membres, ce qu'elle ne manquait pas de rappeler comme des arguments décisifs, notamment dans l'arrêt *Rees c. Royaume-Uni*: les juges européens y reconnaissent la marge de manœuvre nationale (§ 50)⁽³²⁾, mais invitaient néanmoins cet État à réexaminer son système à la lumière de l'évolution scientifique et sociale⁽³³⁾.

L'arrêt *Goodwin* resserre l'étau dans lequel se trouve pris l'État membre. Il proclame une véritable déchéance du droit pour celui-ci d'invoquer le bénéfice d'une marge d'appréciation (§ 93). Il s'agit donc bel et bien d'une rupture par rapport à la jurisprudence précédente, que l'arrêt tentera maladroitement d'atténuer⁽³⁴⁾. Tout en réaffirmant l'importance de l'hétérosexualité du mariage, il estime que l'interdiction pour la requérante (considérée selon son nouveau sexe) d'épouser un homme, aurait pour effet de la priver de son droit au mariage. En admettant la prise en considération du sexe légal, il reconnaît pour qui est légalement inscrit comme femme la possibilité d'épouser un homme.

Quant au fond de la question du transsexualisme, la Cour donne l'impression d'être tombée dans le piège de cette maladie qui est précisément une pathologie de l'identité sexuelle. Comme le patient —et peut-être davantage que ce dernier—, elle semble s'être finalement laissée fasciner et convaincre par l'idée de la réussite des conversions sexuelles, au point qu'elle aurait estimé néces-

dérations critiques sur la nouvelle jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en matière de transsexualisme. En marge des arrêts *Christine Goodwin c. le Royaume-Uni* et *I. c. le Royaume-Uni* du 11 juillet 2002», dans *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 14 (2003), n. 56, p. 1158.

(32) Voir également *Cossey c. Royaume-Uni*, du 27 septembre 1990, § 45; *Sheffield et Horsham c. Royaume-Uni*, du 30 juillet 1998, § 67.

(33) Parmi les symptômes annonciateurs d'un possible revirement, l'on rappellera le § 46 de l'arrêt *Cossey* envisageant l'hypothèse — non avérée à ce moment-là — d'un abandon général du concept traditionnel de mariage par les dispositifs juridiques nationaux, l'opinion dissidente du juge Martens à la suite de cet arrêt, ainsi que l'avis personnel de l'un ou l'autre auteur considérant qu'il ne fallait pas s'en tenir à «une définition archaïque du sexe» (F. RIGAUD, «Les transsexuels devant la Cour européenne des droits de l'homme: une suite d'occasions manquées», dans *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 1998, p. 130).

(34) Pour une analyse détaillée et une critique approfondie de cet arrêt, voir l'éclairant article P. WACHSMANN-A. MARIEMBURG-WACHSMANN, «La folie dans la loi...», *o. c.*, p. 1161 et s.

saire d'imposer aux États l'obligation d'inscrire la nouvelle identité sexuelle de ces personnes. Cette conviction peut étonner dans la mesure où les psychiatres font observer que l'on tromperait le patient en lui faisant croire qu'il pourrait réellement faire partie de l'autre sexe. Sans doute victime de compassion envers ces personnes entre deux sexes⁽³⁵⁾, la Cour fait ainsi entrer le « délire » du patient dans la loi. Mais en procédant de la sorte, elle oublie que le propre d'un délire est précisément de ne jamais pouvoir être satisfait. En effet, en dépit de ce revirement, le tourment du transsexuel demeurera — font également remarquer les psychiatres — car la conversion, aussi réussie soit-elle techniquement, ne lui apportera pas la quiétude rêvée. Même la plus raffinée des techniques médicales ne saurait apporter une vérité qui fait défaut.

Par ailleurs, au plan social, il en résultera une série de conséquences néfastes pour l'ordre public européen (transgression des limites objectives telles que le refus de l'inscription dans une généalogie et une histoire familiale) ainsi que pour les droits lésés des diverses personnes concernées⁽³⁶⁾. Enfin, l'on n'omettra pas de signaler qu'aux yeux de nombreux juristes, ce revirement injustifié risque d'entamer le crédit et le prestige dont jouit actuellement la jurisprudence strasbourgeoise. Après ce faux pas est-il permis d'espérer une correction de la position des juges? L'on souhaitera, à tout le moins, que ce raisonnement demeure isolé. Mais comment ne pas redouter qu'il ne fasse « tache d'huile » et ne contamine d'autres secteurs connexes? Ceci dit, on le retiendra également, *le transsexualisme ne vient pas contredire l'hétérosexualité mais la confirmer*. Il est, en effet, hors de doute que les transsexuels tiennent absolument à épouser une personne de *l'autre* sexe (« autre » par rapport à leur nouveau sexe légal)⁽³⁷⁾.

⁽³⁵⁾ Manque d'objectivité et logique compassionnelle auxquelles la Cour avait réussi à échapper de manière exemplaire, par exemple, dans l'affaire *Pretty c. Royaume-Uni*, du 29 avril 2002.

⁽³⁶⁾ Pour de plus amples développements de ces arguments, nous renvoyons à P. WACHSMANN-A. MARIEMBURG-WACHSMANN, « La folie dans la loi... », *o. c.*, p. 1168 et s. Sur cette thématique voy. aussi D. SALAS, *Sujet de chair et sujet de droit: la justice face au transsexualisme*, P.U.F., Paris, 1994.

⁽³⁷⁾ Plus récemment, dans l'affaire *van Kück c. Allemagne*, du 12 juin 2003, la Cour reproche à cet État de ne pas avoir considéré la conversion sexuelle comme un traitement nécessaire, ce qui avait pour effet de priver les transsexuels du remboursement des frais occasionnés par l'opération de la conversion sexuelle. Cet arrêt semble

2) *L'homosexualité.*

Une relation homosexuelle stable relève de la «vie privée», au sens de l'art. 8, mais pas de «la vie familiale», au sens de l'art. 12. La Cour refuse aux homosexuels vivant en couple le statut de «lien familial de facto» qu'elle a accordé, en revanche, à des transsexuels. En conséquence, il a été jugé, par exemple, que le partenaire homosexuel ne peut se prévaloir de l'art. 8 pour obtenir, au décès de son compagnon, le transfert à son profit du bail d'habitation⁽³⁸⁾. Ceci dit, comme l'ancienne Commission l'avait déjà mis en évidence, le barrage jurisprudentiel dressé à l'encontre des unions homosexuelles n'est pas fondé sur l'impossibilité d'avoir des rapports sexuels féconds. Cet argument, qui aurait pu bénéficier d'un certain poids à l'encontre de la reconnaissance des unions du même sexe, ne semble même pas avoir été pris en considération. Par ailleurs, il semble bien que ce soit la dissociation croissante entre le droit de se marier et le droit de fonder une famille qui mette sous pression les droits internes associant classiquement l'intention de fonder une famille à l'intention matrimoniale⁽³⁹⁾.

L'on notera également que la Cour européenne fait elle-même référence à la nécessaire prise en compte de l'évolution de la société pour l'interprétation de la Convention, ce qui contribue encore à réduire sa marge d'appréciation. Il n'est donc pas invraisemblable d'imaginer que devant une nette évolution des législations de la plupart des pays membres qui se dessinerait dans le sens de l'ouverture aux unions du même sexe, la Cour pourrait s'estimer justifiée, voire obligée, à opérer un revirement. Dès lors, compte tenu de la tendance à brouiller la «vie privée» et la «vie familiale» assez répandue au sein de l'Union, il n'est pas déraisonnable de se demander si la Cour de Strasbourg réussira indéfiniment à garder le cap de l'hétérosexualité. Plusieurs auteurs semblent en douter⁽⁴⁰⁾.

à nouveau manifester la volonté de la Cour d'assurer, dans le Cadre de la Convention, une protection des droits des transsexuels sans aucune restriction possible de la part des États (§§ 82-86).

⁽³⁸⁾ Voir Comm. Déc. 15 mai 1996, *Röösli c. Allemagne*

⁽³⁹⁾ Le droit français notamment en pâtit. Voir dans ce sens A. CARILLON, «L'influence des arrêts *Christine Goodwin* et *I.* sur le consentement au mariage en droit français (en marge de l'arrêt *Goodwin* du 11 juillet 2002)», in *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 16 (2005), n. 62, p. 349-361, spéc. p. 359 et 361.

⁽⁴⁰⁾ Voir notamment M. LEVINET, «Couple et vie familiale», dans Collectif, *Le*

Mais la Cour est-elle vraiment soumise à l'influence d'un consensus qui se formerait entre législations nationales de l'Union, ou suit-elle plutôt un cheminement propre? Le professeur Sudre paraît relativiser le conditionnement «consensualiste» résultant d'une convergence commune des législations internes. Il plaide plutôt la thèse selon laquelle le juge européen développe sa propre jurisprudence de manière autonome, en visant prioritairement la réalisation du but et de l'objet de la Convention. Dans cette optique, il aura tendance à emprunter la voie qui permet d'assurer au mieux une véritable *effectivité* des droits qui y sont garantis. À l'interprétation «consensuelle», qui dériverait de l'évolution convergente des droits internes, il oppose ainsi l'interprétation «constructive» de la vie familiale opérée par le juge européen⁽⁴¹⁾. Même dans l'optique de cette seconde interprétation, l'incertitude quant à l'avenir de la famille demeure dans la mesure où tout dépendra, en définitive, de ce que le juge européen retiendra comme constituant le contenu du droit à la vie familiale et de ce qu'il considérera comme susceptible de contribuer à l'effectivité de ce droit. Le critère de la «construction» jurisprudentielle ne paraît donc nullement constituer un rempart infranchissable face au courant homosexuel, bien au contraire...

* * *

Au terme de la deuxième étape de notre parcours, l'on dressera donc un bilan mitigé. Alors que la protection européenne du mariage et de la famille apparaît, au niveau de la formulation, comme équivalente à celle offerte par les pactes onusiens, elle présente, par rapport à ces derniers, l'avantage d'en assurer un contrôle jurisprudentiel ayant une force juridique contraignante sans précédent. Paradoxalement, c'est précisément sur le plan où elle fait preuve de supériorité (la jurisprudence de la Cour) que la protection européenne du mariage et de la famille semble accuser un certain recul par rapport à la protection onusienne: dans la me-

droit au respect de la vie familiale..., o. c., p. 141; ID., «La liberté matrimoniale au sens de la Convention européenne des droits de l'homme», dans *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 15 (2004), n. 60, p. 900; M.-T. MEULDERS-KLEIN, *La personne, la famille et le droit...*, o. c., pp. 520-522.

(41) F. SUDRE, «Rapport introductif.», o. c., pp. 16-17.

sure où la Cour cède à une interprétation parfois extrêmement large de l'art. 8 CEDH, au détriment des acquis traditionnels de l'art. 12. L'on observe donc les symptômes de la *déconstruction de la famille* comme conséquence de la *construction du respect de la vie familiale* selon une logique individualiste. Un tel phénomène est-il également vérifiable au plan communautaire? C'est ce qu'il nous appartient d'examiner maintenant.

4. *La Charte européenne des droits de l'homme (2000) et le Traité constitutionnel de l'Union européenne (2004).*

A) *Les textes.*

La matière des droits fondamentaux relatifs au mariage et à la famille est traitée dans la *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*. Celle-ci constitue, à présent, la deuxième partie du *Traité constitutionnel de l'Union européenne*, voté à Rome et en cours de ratification. Pour faire l'économie de fastidieuses répétitions, nous nous référerons directement à la numérotation des dispositions de ce Traité. Faut-il rappeler que ce dernier, s'il réussit à entrer en vigueur, confèrera aux dispositions de la Charte la valeur juridique qui leur était contestée et même un rang constitutionnel auquel celles-ci ne pourraient pas prétendre autrement?

Quant à la place que la Constitution européenne réserve au mariage et à la famille, il est difficile de masquer une certaine déception. Contrairement aux instruments internationaux précédents, le désormais traditionnel statut de « cellule fondamentale de la société » revenant à la famille n'y est pas affirmé. Plus symptomatique encore, la proposition initiale consistant à regrouper les divers aspects concernant la famille en un article unique destiné à protéger plus efficacement cette institution a été abandonnée au cours des travaux préparatoires⁽⁴²⁾. Il s'en est suivi un éparpillement des dispositions familiales dans deux chapitres distincts (« Liberté » et « Solidarité ») sans doute révélateur d'un affaiblissement de la famille.

Le bilan n'est toutefois pas entièrement négatif. Parmi les aspects positifs, l'on notera, d'une part, le respect de la vie privée et familiale protégé par l'art. II-67 au sein du chapitre « Liberté » et,

(42) Voir CONVENT 13.

d'autre part, la protection juridique, économique et sociale de la famille, ainsi que le droit au congé parental dont il est question à l'art. II-93 du chapitre «Solidarité»⁽⁴³⁾. Mais ces quelques aspects favorables à la famille contrastent avec les zones d'ombres recouvrant la principale disposition du Traité en la matière, à savoir l'art. II-69 (l'équivalent de l'art. 12 CEDH). En voici l'énoncé: «le droit de se marier et le droit de fonder une famille sont garantis selon les lois nationales qui en régissent l'exercice»⁽⁴⁴⁾.

Si l'on excepte la référence à l'âge nubile qui est, de toute façon, établi par les lois nationales régissant l'exercice du droit au mariage, l'on y constate deux innovations importantes tant par rapport aux instruments de l'ONU que par rapport à ceux du Conseil de l'Europe. D'abord la *duplication* des droits («de se marier» et «de fonder une famille») et, ensuite, la *disparition de la référence à l'hétérosexualité* du mariage (la mention de l'homme et de la femme ayant été gommée).

Concernant la dualité des droits, l'on notera que le Præsidium — l'organe qui a dirigé les travaux de la Convention chargée de proposer un avant-projet de Charte —, a présenté ceux-ci globale-

(43) Concernant le respect de la «vie privée et familiale» — expression dont l'ambiguïté a déjà été signalée —, l'art. II-67 établit que «toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de ses communications». Par rapport à la disposition correspondante de la CEDH, l'on remarque que le mot «communications» remplace le terme «correspondance», afin de lui donner un sens plus large englobant les diverses formes de la communication moderne. L'autre disposition en la matière est l'art. II-93. Le § 1 s'inspire de l'art. 16 de la *Charte sociale européenne*: «la protection de la famille est assurée sur le plan juridique, économique et social». Quant au § 2, il trouve sa source d'inspiration dans l'art. 8 de ladite *Charte sociale* ainsi que dans l'art. 27 de la *Charte sociale révisée*. Il vise la prévention des difficultés de conciliation entre la vie familiale et la vie professionnelle: «afin de pouvoir concilier la vie familiale et la vie professionnelle, toute personne a le droit d'être protégée contre tout licenciement pour un motif lié à la maternité, ainsi que le droit à un congé de maternité payé et à un congé parental à la suite de la naissance ou de l'adoption d'un enfant».

(44) Même si elle ne semble pas particulièrement convaincante quant à la protection juridique qu'elle assure au mariage et à la famille, cette formulation avait néanmoins déjà fait l'objet de certains amendements qui avaient permis d'introduire deux améliorations: d'un côté, on a inclus le droit au mariage à côté du droit de fonder une famille et, de l'autre, on a évité de reconnaître à toute personne, sans plus, le droit de fonder une famille (voir CONVENT 13, CONVENT 28 et CONVENT 45).

ment comme s'il s'agissait d'un droit unique. Mais ces «explications» n'ont aucune valeur contraignante. On peut raisonnablement douter que la jurisprudence puisse défendre longtemps une position qui semble contredire la formulation même de l'art. II-69⁽⁴⁵⁾: depuis quand, en effet, répète-t-on le terme «droit» sans motif?⁽⁴⁶⁾ D'autant plus que les rédacteurs de la Charte (reprise dans le Traité) avaient eux-mêmes fait état de certaines prétentions quant à la concision du texte et à sa lisibilité par l'ensemble des citoyens européens⁽⁴⁷⁾.

Par ailleurs, de même que la disposition correspondante de la CEDH, l'art. II-69 du Traité rappelle le respect du principe de *subsidiarité*. Il affirme ainsi la compétence du législateur national en la matière. Le renvoi au niveau national se réfère à des règles formelles ou substantielles⁽⁴⁸⁾. S'il est bien normal que de telles questions soient réglées par le législateur étatique, l'on conçoit moins bien, si ce n'est pour d'évidents motifs de réalisme et de pragmatisme politique, qu'on renvoie aussi à ce dernier la *détermination de la nature même du mariage*. Il y a de quoi s'interroger sur la signification d'une telle renonciation de la part de l'Union.

⁽⁴⁵⁾ Mais, comme nous aurons l'occasion de préciser plus loin, la Cour de Luxembourg doit s'inspirer de la Convention européenne et de la jurisprudence strasbourgeoise, ce qui devrait, du moins dans l'état actuel des choses, compenser cette ambiguïté rédactionnelle et la conduire à rester fidèle à une lecture globale et traditionnelle de cette disposition.

⁽⁴⁶⁾ L'on remarquera que la Cour de Strasbourg, dans l'affaire *Goodwin*, prend bonne note et tire argument de ce que le libellé de l'article 9 de la Charte s'écarte de celui de l'article 12 de la Convention en ce qu'il exclut la référence à l'homme et à la femme, en précisant que cette omission ne peut être que délibérée (§ 100).

⁽⁴⁷⁾ Concernant la nature et la valeur de ce «explications» rédigées sous la seule responsabilité du Præsidium, voir G. BRAIBANT, *La Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne. Témoignages et commentaires de Guy Braibant*, Éd. du Seuil, Paris, 2001, p. 37. Au sujet des objectifs poursuivis lors de la rédaction, dont la lisibilité du texte, voir *ibid.*, p. 35.

⁽⁴⁸⁾ Si les règles formelles ont trait spécialement à la publicité et à la célébration du mariage, les règles substantielles concernent surtout la capacité, le consentement et certains empêchements. L'on songe, par exemple, aux modalités du mariage civil ou de reconnaissance des effets civils du mariage religieux, à l'âge minimum, à l'étendue de l'empêchement de parenté, etc.

À cet égard, il nous reste à tirer un dernier enseignement des « explications » de la Charte relatif à la conclusion assez surprenante du *Præsidium*: « ce droit est donc semblable à celui prévu par la CEDH, mais sa portée peut être plus étendue lorsque la législation nationale le prévoit ». Or l'art. 12 CEDH réserve indubitablement le mariage à l'union d'un homme et d'une femme. À l'analyse, on ne voit guère, dès lors, comment la solution envisagée à l'art. II-69 (ancien art. 9 de la Charte) pourrait être qualifiée de « semblable » à celle prônée par l'article correspondant de la CEDH, à savoir l'hétérosexualité comme exigence intrinsèque au mariage. La soi-disant extension de la *protection* — ou de la *portée* dudit droit⁽⁴⁹⁾ — semble plutôt masquer un changement de sens, une dénaturation du droit et de la réalité objective du mariage et de la famille. Même si les « explications » n'ont qu'une autorité très relative, on aurait pu légitimement s'attendre à ce que le souci de transparence, que le *Præsidium* avait à cœur au cours des travaux de la Convention, se reflète également en cette matière d'importance primordiale.

L'attitude d'ouverture au soi-disant « mariage » de personnes de même sexe (pour autant qu'en décide ainsi le législateur national) ne va pas sans poser des objections d'ordre éthique et juridique. Dénuée de fondement éthique objectif, elle contredit la tradition européenne remontant au droit romain et à sa définition du mariage comme *coniunctio maris atque feminae* (D.1.1.1.) et, surtout, au plan même du droit des droits de l'homme, elle implique une flagrante contradiction entre l'art. II-69 du Traité constitutionnel, d'une part, et les artt. 16 DUDH, 23 du Pacte international des droits civils et politiques et 12 de la CEDH, d'autre part⁽⁵⁰⁾.

(49) Voir G. BRAIBANT, *La Charte...*, o. c., p. 265.

(50) L'on notera toutefois que cette incompatibilité ne doit pas être imputée au Traité constitutionnel. En effet, loin de constituer une option novatrice, l'art. II-69 se borne en définitive à appliquer l'art. II-81 du Traité, prévoyant l'interdiction de toute discrimination, y compris en raison de l'« orientation sexuelle », lequel remonte en réalité au Traité d'Amsterdam. C'est donc alors que l'ambiguïté s'est jouée. La Charte/Traité étant censée refléter les Traités communautaires existants, il n'est pas étonnant d'y retrouver cette extension du principe de non-discrimination. Ce nonobstant, l'on pourrait légitimement se demander si la Charte/Traité n'est quand même pas allée *au-delà* de la stricte traduction de la disposition communautaire interdisant toute discrimination basée sur l'orientation sexuelle. En effet, elle ouvre une *possibilité de reconnaissance « positive » du mariage homosexuel* et, en ce sens, elle oc-

C'est pourquoi, en dépit des prétentions déclarées de la Charte/Traité de ne jamais revoir vers le bas les standards garantis par la Convention européenne, voire d'en assurer « une protection plus étendue » (cf. artt. II-112 et II-113), l'on ne voit guère comment on pourrait s'empêcher de constater dans cet instrument un relâchement de la protection de l'institution familiale: un affaiblissement que les quelques acquis sociaux proclamés sont loin de compenser.

Mais ce germe de divergence entre les deux instruments de droits de l'homme européens devra passer par le filtre de la jurisprudence de Strasbourg. Or si, dans la protection qu'elle accorde à la *privacy* et à la vie familiale dans le cadre de l'art. 8 CEDH, cette dernière englobe des familles non fondées sur le mariage⁽⁵¹⁾, elle n'a jusqu'à présent jamais accepté de reconnaissance *publique* des unions homosexuelles, pas plus qu'elle n'a reconnu d'équivalence entre le mariage et l'union homosexuelle (cf. art. 12 CEDH)⁽⁵²⁾. Elle n'est donc pas en harmonie avec le Traité constitutionnel qui, quant à lui, fait un saut de la sphère privée au domaine public. Une telle reconnaissance publique des unions homosexuelles laisse présager des conséquences négatives, à moins que n'intervienne une interprétation rectificatrice par voie prétorienne.

C'est sous cet angle que prennent toute leur importance les requêtes déposées devant la Cour de Strasbourg mettant en cause le Royaume-Uni, cet État interdisant de reconnaître comme mariage l'union de personnes du même sexe. Ainsi, l'arrêt *Cossey c. Royaume-Uni* (§ 43) affirme sans ambages que le droit au mariage garanti par l'art. 12 est bien le mariage traditionnel entre personnes de sexe biologique opposé. Il précise, en outre, que le but principal de cet article de la Convention est précisément la protection du mariage en tant que fondement de la famille.

troie un droit éventuel, pour autant que la loi nationale consacre cette éventualité. Les hésitations du Præsidium, jusqu'au 28 juillet 2000, trahissent manifestement la précarité de l'option qui a finalement été retenue dans ce document, malgré son incompatibilité avec la position qui était pacifique en droit.

⁽⁵¹⁾ En effet, plusieurs arrêts comprennent l'expression "vie familiale" de manière plus large que la famille basée sur le mariage: d'autres liens « familiaux » *de facto* sont pris en considération (voir notamment *Kroon et autres c. Pays Bas*, 27 octobre 1994, § 30).

⁽⁵²⁾ Voir T. GROPPI, dans *L'Europa dei diritti, o. c.*, p. 88-89.

Or, ce n'est un secret pour personne, les signaux en provenance de l'Union européenne paraissent révéler une tendance inverse: à plusieurs reprises, les États membres ont été invités par le Parlement européen à modifier leur législation, le cas échéant, afin de reconnaître légalement la cohabitation hors mariage indépendamment du sexe. Des progrès leur ont été également demandés quant à la reconnaissance réciproque des mariages légaux entre personnes du même sexe⁽⁵³⁾. Bien que ces textes soient dépourvus de caractère juridiquement contraignant, il s'agit quand même de l'exercice d'une pression politique bien réelle sur les États membres. Les *lobbies* qui sont à l'origine de ces courants d'opinion peuvent désormais trouver un appui juridique dans l'art. II-81, même si l'application de la non-discrimination en raison de l'orientation sexuelle au droit de se marier n'en demeure pas moins en porte-à-faux par rapport aux autres instruments internationaux déjà mentionnés.

Cette différence d'accentuation, que l'on perçoit selon qu'on se situe dans l'orbite du Parlement européen ou dans celle de la jurisprudence strasbourgeoise, met en évidence l'une des pommes de discorde susceptibles d'ébranler l'interprétation harmonieuse des droits humains en Europe. En effet, si l'on devait en arriver à une franche divergence d'interprétation concernant l'hétérosexualité du mariage et l'identité de la famille entre, d'une part, les artt. II-69 et II-81 combinés du Traité lus à la lumière de la Cour de Luxembourg, et, de l'autre, les artt. 12 et 14 CEDH compris à l'aune de la jurisprudence bien établie de Cour de Strasbourg, c'est l'ensemble du système européen des droits de l'homme qui serait plongé dans une impasse. Comment expliquera-t-on, en effet, que l'on puisse diverger quant à la nature d'une institution aussi essentielle que le mariage et ce, au point d'en arriver à une contradiction tellement radicale? Une telle aporie serait d'autant moins acceptable que tout État membre de l'Union adhère à la CEDH et que, d'après l'art. I-9 § 2 du Traité constitutionnel, il en ira de même pour l'Union européenne elle-même. Il est donc primordial de ne pas perdre de vue le rôle inspirateur et uniformisa-

(53) Voir Résolutions du Parlement européen en date du 8 février 1994, 16 mars 2000 et 4 septembre 2003.

teur dont la CEDH et la Cour de Strasbourg sont investis, plus que jamais, à l'échelle du droit régional européen⁽⁵⁴⁾.

Outre la crédibilité et l'effectivité du système régional de droits de l'homme, c'est aussi la cohérence de l'Union européenne qui est en jeu. En effet, cette dernière a pris l'engagement dans la Charte — l'actuel art. II-93 § 1 du Traité — d'assurer la protection de la famille sur le plan juridique. L'on peut donc raisonnablement estimer que c'est en s'alignant sur le respect du mariage hétérosexuel et fondateur de la famille que l'Union européenne honorera l'engagement qu'elle a pris. C'est de la sorte qu'elle respectera l'art II-112 § 3 concernant l'interprétation des droits repris dans le Traité dans le « même sens » et la « même portée » que les droits correspondants de la CEDH, disposition difficilement conciliable avec la dénaturation de l'institution familiale que constituerait l'abandon de l'hétérosexualité.

B) *La jurisprudence de la Cour de Justice de Luxembourg.*

Jusqu'à présent, la Cour de Justice des Communautés européennes a suivi la Cour de Strasbourg dans son interprétation hétérosexuelle du mariage et des unions stables. Elle n'a pas hésité à constater l'existence d'une différence objective entre le mariage traditionnel et d'autres unions stables. Cette différence objective interdisant toute assimilation réductrice a pour effet de *préserv*er le mariage de toute discrimination en raison de l'orientation sexuelle, même lorsqu'il fait l'objet de dispositions légales étatiques qui lui sont favorables. Elle autorise aussi une différence de traitement entre les unions stables hors mariages entre personnes de sexe différent et les unions stables entre personnes du même sexe. Relevons deux arrêts d'importance.

a) L'arrêt *Grant*⁽⁵⁵⁾. — Dans cet arrêt qui bénéficie, de manière large, à toutes les unions stables hétérosexuelles, la Cour a estimé que « le refus par un employeur d'octroyer une réduction sur le prix des transports en faveur de la personne, de même sexe, avec laquelle un travailleur entretient une relation stable, lors-

(54) Voir, à cet égard, les considérations éclairantes de H.C. KRÜGER-J. POLAKIEWICZ, « Propositions pour la création d'un système cohérent de protection des droits de l'homme en Europe », dans *Revue universelle des droits de l'homme*, 13 (2001), p. 6 ets.

(55) Aff. *Grant c. South-West Trains Ltd* (C.J.C.E. 18 février 1998, C-249/96).

qu'une telle réduction est accordée en faveur du conjoint du travailleur ou de la personne, de sexe opposé, avec laquelle celui-ci entretient une relation stable hors mariage, ne constitue pas une discrimination prohibée par l'article 119 du traité CE ou par la directive 75/117/CEE du Conseil, du 10 février 1975, concernant le rapprochement des législations des Etats membres relatives à l'application du principe de l'égalité des rémunérations entre les travailleurs masculins et les travailleurs féminins».

b) L'arrêt *K.B.* ⁽⁵⁶⁾ — Nous sommes y ici en présence d'une prise de position récente de la Cour qui réitère la protection dont jouit le mariage par rapport à toute discrimination qui serait invoquée en raison de l'orientation sexuelle ⁽⁵⁷⁾. En l'espèce, tort est donné à la requérante, une infirmière qui se plaignait du refus de la part du Royaume-Uni d'accorder une pension de réversion en faveur de son partenaire (transsexuel) au cas où elle mourrait avant lui: la pension de veuf étant réservée à l'*époux* survivant. Précisons que le mariage était inaccessible à ce couple étant donné que cet Etat ne prévoyait pas la possibilité d'enregistrer une conversion sexuelle. D'où la prétention de la requérante basée sur une discrimination en raison du sexe. Les juges européens rejettent cette revendication, en observant que ladite pension requiert que son bénéficiaire soit l'*époux* ou l'*épouse*: «le fait que le demandeur soit un homme ou une femme est indifférent au regard de l'allocation de la pension de réversion» (§ 29). Ils réaffirment aussi la protection dont bénéficie le mariage à l'égard de toute soi-disant discrimination en raison de l'orientation sexuelle: «la décision de réserver certains avantages aux couples mariés, en excluant tous ceux qui cohabitent sans être mariés, relève soit du choix du législateur, soit

⁽⁵⁶⁾ Aff. *K.B.* (C.J.C.E., 7 janvier 2004, C-117/01).

⁽⁵⁷⁾ L'on notera que la Cour s'était déjà prononcée une fois sur la licéité au regard des normes communautaires d'un traitement discriminatoire infligé à une personne ayant subi une conversion sexuelle dans l'aff. *P. c. S.* (C.J.C.E., 30 avril 1996, C-13/94). Elle avait conclu que l'art. 5 § 1 de la directive 76/207/CEE du Conseil (9 février 1976) «s'oppose au licenciement d'un transsexuel pour un motif lié à sa conversion sexuelle» (§ 23). Le présent arrêt ne renvoie pas à cette décision préjudicielle. Sur la question, voir INSTITUT DE DROIT EUROPEEN DES DROITS DE L'HOMME (Montpellier I, sous la dir. de C. Picheral et de H. Surrel) «Droit communautaire des droits fondamentaux. Chronique de la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes», dans *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, n. 63, 1^{er} juillet 2005, pp. 670-672.

de l'interprétation effectuée par les juridictions nationales des règles juridiques de droit interne, sans que les particuliers puissent faire valoir aucune discrimination fondée sur le sexe interdite par le droit communautaire» (§ 28).

* * *

Contre vents et marées, la Cour de Strasbourg et, dans son sillage, celle de Luxembourg, soutiennent donc l'hétérosexualité du mariage. Même la concession relative faite, à Strasbourg, au transsexualisme confirme, en ultime analyse, cette position. Cela n'empêche cependant pas de nourrir certaines inquiétudes quant aux risques d'érosion de cet important repère de la vie sociale. Quand bien même ce dernier finirait un jour par céder aux pressions dont il fait l'objet — ce que le droit naturel classique ne pourrait en aucune manière corroborer —, la Cour européenne devra tenir compte d'un élément incontournable: l'art. II-69 du Traité consacre la compétence du législateur national quant à la régulation de l'exercice du droit au mariage. Il suffit donc d'une Constitution nationale soutenant l'hétérosexualité du mariage pour que les instances communautaires soient mises dans l'impossibilité d'imposer à cet Etat l'obligation de protéger ou de promouvoir les unions homosexuelles.

5. *Réflexions conclusives.*

À l'heure du consensualisme démocratique et pluraliste, il paraît exclu d'envisager une promotion du droit européen «à la cravache», dans le style d'un centralisme directif qui s'apparenterait davantage au 19^e siècle⁽⁵⁸⁾. La construction d'un *ius commune* européen se heurte à des limites constitutionnelles considérables qui pourraient, à l'occasion, s'avérer favorables à l'institution matrimoniale et familiale. Conformément aux traditions constitutionnelles des États membres de l'Union, la plupart des législations nationales conservent la conception classique du mariage. Ainsi, en Italie, l'hypothèse de l'union homosexuelle serait contraire à l'art. 29 de

(58) Voir, dans le même sens, F. VARI, «Famiglia, unioni di fatto e altre forme di convivenza», dans *Civitas et iustitia*, 1 (2003), p. 301.

la Constitution, qui définit la famille comme une « società naturale fondata sul matrimonio », au sens traditionnel du terme. Face à la pression homosexuelle dont ils sont la cible, les législateurs nationaux ont en général tendance à réagir en aménageant un système alternatif au mariage pour les autres types de cohabitation. Il n'empêche que certains pays ont opté pour le « mariage sexuel », y compris parfois avec la faculté d'adoption. Dans le paysage mouvant du droit familial des États de l'Union⁽⁵⁹⁾, l'on se trouve donc à un tournant sans précédent par rapport auquel le droit européen de droits de l'homme est appelé à jouer un rôle prépondérant.

Nous avons eu l'occasion de montrer qu'en s'inspirant de la Déclaration universelle, les instruments européens soutiennent les institutions du mariage et de la famille, alors que certains textes communautaires se prêtent, en revanche, à des interprétations divergentes. Quant à la responsabilité ultime, à l'échelle européenne, elle semble revenir à la Cour européenne, étant donné qu'en matière de droits de l'homme la Cour de Justice de Luxembourg s'efforce de se conformer autant que possible à la jurisprudence strasbourgeoise. Or, si cette Cour fait, en général, montre d'une sagacité et d'une équité exemplaires, au point de servir de modèle à d'autres jurisprudences régionales, nous avons eu l'occasion de constater un « fausse note » de sa part: son récent revirement en matière de transsexualisme. Il reste à espérer que ces juges auront les ressources juridiques et morales nécessaires pour revoir cette position en la matière et qu'à tout le moins, ils auront la lucidité d'empêcher une contamination, nullement improbable, de l'ensemble des questions matrimoniales et familiales par la logique individualiste et relativiste sous-jacente à cette décision et qui est propre à la catégorie de « vie privée ».

(59) L'évolution des droits internes en matière de vie familiale est telle que les études sont vite rendues obsolètes. Voir notamment « Le mariage homosexuel », document de travail du Sénat français de juin 2004 disponible sur le site web de cette institution; S. GARNERI, « Le droit constitutionnel et les discriminations fondées sur l'orientation sexuelle », dans *Revue française de droit constitutionnel*, 1999, 725 et s.; 2000, 67 et s.; J.I. ALONSO PÉREZ « "Unioni civili", "unioni di fatto" e altre convivenze. Rassegna della legislazione europea », dans *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 11 (2003/2), p. 343-363.

Giurisprudenza

Pagina bianca

TRIBUNALE DELLA ROTA ROMANA - Reg. Siculi seu Panormitana
- Nullità del matrimonio - Sentenza definitiva - 25 aprile 2002 - Stan-
kiewicz, Ponente (*).

**Matrimonio - Consenso - Simulazione parziale - Esclusione dell'in-
dissolubilità - Fondamento di diritto naturale dell'indissolubi-
lità.**

**Matrimonio - Consenso - Simulazione parziale - Esclusione della
prole - Esclusione della prole «in suis principiis» e non «in sei-
psa».**

**Matrimonio - Consenso - Simulazione parziale - Prova dell'esclusione
- Confessio simulantis.**

*L'esclusione del «bonum sacramenti» e l'esclusione del «bo-
num prolis» sono generalmente trattati e definiti insieme dalla giuri-
sprudenza della Rota Romana e dei Tribunali ecclesiastici, data la
stretta connessione psicologica e logica esistente tra il rifiuto della
perpetuità del consorzio coniugale da un lato e dall'altro il rifiuto
dell'impegno di trasmettere e di educare una nuova vita umana.*

*Affinché l'intenzione del contraente contro il bene della prole,
così come quella contro l'indissolubilità, renda nullo il matrimonio,
è necessario che escluda la prole «in suis principiis», e cioè che per
«prole» si intenda in realtà «l'intenzione della prole», poiché solo
in tal senso essa diventa un elemento essenziale nel matrimo-
nio. Al contrario, la nullità non deriva dall'esclusione della prole in
sé e per sé, tanto più che la sterilità non proibisce né invalida il ma-
trimonio.*

*Stabilendo il can. 1101 § 1 una presunzione di conformità tra il
consenso interno dell'animo e le parole ed i segni adoperati nel cele-
brare il matrimonio, l'onere di provare l'esclusione con positivo atto
di volontà di un elemento essenziale del matrimonio incombe su chi
afferma tale circostanza e non su chi la nega.*

(*) Vedi, alla fine della sentenza, nota di ANNA SAMMASSIMO, *L'indissolubilità:
proprietà del matrimonio in quanto istituto di diritto naturale.*

(*Omissis*). — SPECIES FACTI. 1. D.nus Antonius, in causa actor, anno 1974 cognovit d.nam Mariam, in causa partem conventam, tunc puellam lusitanam in agmine ludi pilae volaticae, cuius exercitator id temporis ipse Antonius erat. Mutuus amor inter iuvenes exortus ad nectendam consuetudinem sponsaliciam perduxit, quae per novem annos perduravit. Exitus fere naturalis huius relationis fuit nuptiarum sollemnis celebratio, quae locum habuit, die 22 septembris 1983, in basilica «la Maggione» in civitate Panormitana.

Convictus coniugalis, nulla prole recreatus, propter dissensiones inter coniuges in dies increbrescentes, biennio vixdum exacto, finem habuit. Ambo enim de communi consilio, die 26 ianuarii 1986, recursum ad Tribunal Civile Panormitanum interposuerunt ad obtinendam separationis consensualis homologationem. Aditum Tribunal «tenuto che le condizioni di separazione consensuale dei coniugi non sono contrarie alla legge, all'ordine pubblico o al buon costume», expetitam homologationem die 16 maii 1986 concessit.

Postquam pars conventa Tribunali Civili, die 19 aprilis 1993, recursum «per divorzio giudiziale» exhibuerat, vir actor libellum litis introductorium porrexit Tribunali Ecclesiastico Regionali Siculo, die 11 aprilis 1994, quo matrimonium suum nullitatis accusavit «per l'esclusione dell'indissolubilità e dei figli da parte della convenuta, a norma del can. 1101, § 2».

2. Apud Tribunal primae instantiae, dubio rite concordato ex adductis nullitatis capitibus, instructio causae per auditionem partium atque quinque testium ab actore inductorum peracta est. Testes enim a parte conventa indicati coram Iudice se sistere renuerunt vel eorum non apparitia iudiciaria testimonio medico iustificata est.

Sententia tamen prodiit negativa, die 12 aprilis 1995, quae edixit non constare de matrimonii nullitate, in casu, «per l'esclusione dell'indissolubilità e della prole da parte della convenuta».

Actore appellante, causa delata est ad Tribunal Ecclesiasticum Campanum.

In altero iurisdictionis gradu, instante Patrono actoris, instructio suppletiva peracta est. Parte conventa absente a iudicio declarata, actor iterum interrogatus est et duo novi testes depositiones suas fecerunt. Tamen familiares partis conventae iterum coram Iudice se sistere ad respondendum recusaverunt.

In gradu appellationis sententia lata est affirmativa, die 23 novembris 1998, quae praecedentem decisionem infirmavit atque declaravit quod «consta la nullità di questo matrimonio per l'esclusione dell'indissolubilità e della prole da parte della convenuta a norma del can. 1101, § 2 del C.I.C.».

Postquam acta causae ad N.A.T. transmissa sunt, instante Patrono actoris supplementum instructionis factum est in quo vir tantum suam tertiam declarationem iudicalem reddidit. Pars conventa propter ignoratum locum eius commorationis per edictum citata est in ephemeride v.d. «l'Osservatore Romano».

Tandem, receptis scripturis defensionalibus, nunc Nobis respondendum est ad dubium in sessione rite concordatum, die 28 iulii 2000, hac sub formula: *An constet de matrimonii nullitate, in casu, ob exclusa bona sacramenti et prolis a muliere conventa.*

IN IURE. — 3. Lex ecclesialis, in iure divino naturali et positivo fundata, declarat *indissolubilitatem esse matrimonii proprietatem essentialem*, quae in coniugio christiano *ratione sacramenti* peculiariter obtinet firmitatem (can. 1056). Per sacramentum, enim, «indissolubilitas matrimonii novum et profundiorum accipit sensum», quia per hoc signum efficax gratiae a Christo institutum et Ecclesiae concreditum, coniuges baptizati apti fiunt ut fidelitatem Christi ad Ecclesiam repraesentent eamque testentur ac sincerum perhibeant testimonium (*Catechismus Catholicae Ecclesiae*, Città del Vaticano 1997, n. 1647, p. 439).

Quapropter «sacramentalitas constituit theologice fundamentum ultimum, etsi non unicum, indissolubilitatis matrimonii» (COMMISSIO THEOLOGICA INTERNATIONALIS, *Propositiones de quibusdam quaestionibus doctrinalibus ad matrimonium christianum pertinentibus*, Sessio 1977, n. 2.2., in *Gregorianum* 59 [1978] p. 458).

Iamvero, «cette indissolubilité est la conclusion des exigences de l'union conjugale, de la volonté du Dieu créateur, de l'amour rédempteur, comme des considérations prises dans le bien de la société et des enfants». «Le voeu de pérennité et de fidélité conjugale est d'abord dans la volonté, l'affectivité, le désir même des deux personnes qui se donnent totalement, c'est-à-dire dans tout ce qu'elles sont et seront. Chacun des conjoints entend bien pouvoir compter sur l'autre, pour le meilleur comme pour le pire; il bâtit désormais sa vie et son activité dans cette perspective, au point d'être comme mutilé si l'autre vien à lui manquer» (Ph. DEL-

HAYE, *Commentaire*, in *Commission Theologique Internationale, Textes et documents (1969-1985)*, Les Éditions du Cerf, 1988, p. 201).

Commutatis verbis: «già nell'ordine creaturale il matrimonio è stato voluto da Dio come una realtà indissolubile, che l'uomo non può dividere (Mt 19,6). Il matrimonio-sacramento conferma questa indissolubilità e la ratifica, introducendola nel mistero dell'alleanza di Cristo con la Chiesa» (C. ROCCHETTA, *Il sacramento della coppia. Saggio di teologia del matrimonio cristiano*, Bologna, 1997, p. 184).

4. Quae cum ita sint, certum est indissolubilitatem natura sua cuilibet valido matrimonio competere, videlicet sive quod celebratur a baptizatis, sive a non baptizatis.

Sub hoc sane adspectu merito dici potest quod «l'indissolubilità non è un semplice effetto del matrimonio, bensì il suo modo di essere, la sua configurazione naturale» (A. DE FUENMAYOR, *Ripensare il divorzio. La tutela dell'indissolubilità matrimoniale in uno Stato pluralista*, tr. it., Milano, 2001, p. 84).

Inde in praesentiarum quaedam ordinationes civiles, divortio communiter indulgentes, aliquando contrahentibus optionem perpetuitatis concedunt, cum nempe iure fere singolari vir et mulier «intendono e pattuiscono il matrimonio tra loro come una relazione per tutta la vita» (*ibid.*, p. 58).

Sunt tamen qui dimensionem naturalem a matrimonio cristiano removendam esse putent, ne propter «reductionem naturalisticam» sacramenti matrimonii, pactum seu foedus matrimoniale collocetur «esclusivamente a livello dell'azione umana» (E. CORRECCO-L. GEROSA, *Il diritto della Chiesa*, Milano 1995, p. 184), vel resarciatur nuptiarum acceptio «come un istituto preteso naturale in senso naturalistico, inteso in forza di una *ratio* ridotta altrettanto impropriamente a osservare il reale dentro parametri puramente intramondani» (G. ZANNONI, *Il matrimonio canonico nel crocevia tra dogma e diritto. L'amore avvenimento giuridico*, Genova, 2002, p. 56).

At realitatem creatam seu naturalem unionis coniugalis, quae inter baptizatos ad sacramenti dignitatem evecta est (can. 1055), tollere de medio nemo potest quin simul ipsam sacramentalitatem implicite infitietur.

Nam, ut perspicaciter explanatum est, «il matrimonio è, prima di tutto e soprattutto, un'istituzione naturale; non è una

creazione della cultura, ma un dato di natura»; «non è ciò che l'uomo aggiunge ai dati naturali, quanto piuttosto è esso stesso un dato naturale», videlicet «è un'istituzione di legge naturale e, per gli aspetti giuridici, di diritto naturale»; «è un'istituzione umana, propria dell'uomo e, di conseguenza, razionale» (J. HERVADA, *Studi sull'essenza del matrimonio*, tr. it., Milano, 2000, pp. 222-223).

5. Quin immo ipse Ioannes Paulus II momentum et significationem *dimensionis naturalis matrimonii* hisce verbis in memoriam revocare censuit: «Quando la Chiesa insegna che *il matrimonio è una realtà naturale*, essa propone una verità evidenziata dalla ragione per il bene dei coniugi e della società e confermata dalla rivelazione di Nostro Signore, che mette esplicitamente in stretta connessione l'unione coniugale con il «principio» (Mt 19,4-8), di cui parla il Libro della Genesi: «li creò maschio e femina» (Gn 1,27), e «i due saranno una carne sola» (*ibid.*, 2,24)» (*Allocutio ad Romanae Rotae Tribunal*, 1 februarii 2001, n. 4; AAS 93 [2001] pp. 359-360).

Etenim, sicut Romanus Pontifex docet, «Il fatto però che il dato naturale sia autoritativamente confermato ed elevato a sacramento da Nostro Signore non giustifica affatto la tendenza, oggi purtroppo largamente presente, a ideologizzare la nozione del matrimonio — natura, essenziali proprietà e finalità —, rivendicando una diversa valida concezione da parte di un credente o di un non credente, di un cattolico o di un non cattolico, quasi che il sacramento fosse una realtà successiva ed estrinseca al dato naturale e non lo stesso dato naturale, evidenziato dalla ragione, assunto ed elevato da Cristo a segno e mezzo di salvezza» (*ibid.*, n. 4, p. 360).

Relatio autem ad dimensionem naturalem matrimonii confert potissimum rectae comprehensioni sive ordinationis «alle finalità naturali del matrimonio — il bene dei coniugi e la procreazione ed educazione della prole», quae «è intrinsecamente presente nella mascolinità e nella femminilità», sive proprietatum essentialium, quatenus «l'unità e l'indissolubilità s'iscrivono nell'essere stesso del matrimonio, non essendo in alcun modo leggi ad esso estrinseche» (*ibid.*, n. 5, p. 361).

Quare inumbratio dimensionis naturalis nuptiarum, sicut admonet Ioannes Paulus II, secumfert quoque implicitam negationem dignitatis sacramentalis ipsius matrimonii: «l'oscurarsi della dimensione naturale del matrimonio, con il suo ridursi a mera esperienza

soggettiva, comporta anche l'implicita negazione della sua sacramentalità. Per contro, è proprio l'adeguata comprensione di questa sacramentalità nella vita cristiana ciò che spinge verso una rivalutazione della sua dimensione naturale» (*ibid.*, n. 8, p. 364).

6. Accedit insuper quod recta consideratio integrae realitatis naturalis matrimonii *adspectus positivos eius bonorum* in clariorem profert lucem.

Nam inter omnes constat usque ad hoc tempus pervulgatissimam opinionem omnino negativam bonorum coniugalium effigiem ubicumque gentium expandere. Ita enim obvenit quod «dei beni del matrimonio si ha solitamente un'idea alquanto negativa: divieto di adulterio e di poligamia, divieto di divorzio, divieto di contraccezione. In verità questo aspetto negativo non è altro che la conseguenza di ciò che rappresentano i tre beni del matrimonio. Di per sé questi beni sono aspetti positivi che caratterizzano il matrimonio, esprimendone le perfezioni. Perfezioni nell'ordine dell'essere, perfezioni nell'ordine di agire; poiché non sono altro che aspetti di quanto è *buono*, della bontà del matrimonio, ossia un trascendentale. Sono modalità di esprimere il matrimonio come bene. Per questo, sono nel contempo modalità di esprimere l'essere del matrimonio e, principalmente, del vincolo» (J. HERVADA, *Studi sull'essenza del matrimonio*, pp. 236-237).

Pariter obliviscendum non est quod «i beni del matrimonio sono di legge naturale, e questo ci attesta la stessa cosa, cioè che i beni del matrimonio sono prima di tutto qualcosa di positivo, e solo in via secondaria sono proibizioni o imperativi negativi. È quindi chiaro che la legge naturale è prima di tutto tendenza al bene, e solo in via derivata è divieto del male» (*ibid.*, p. 237).

Particulatim vero bona nuptialia exprimunt perfectionem ipsius matrimonii, id est «la pienezza (perpetuità), la totalità (unità) e la fecondità», videlicet «tre perfezioni del matrimonio come unità nelle nature» (*l.c.*).

7. Quam ob rem Ioannes Paulus II iudices ecclesiasticos exhortatur ut matrimonium indissolubile positive exponant aptiusque in lucem trahant huius proprietatis bonum et pulchritudinem.

«È importante — ut Summus Pontifex admonet — la *presentazione positiva dell'unione indissolubile*, per riscoprirne il bene e la bellezza. Anzitutto, bisogna superare la visione dell'indissolubilità come un limite alla libertà dei contraenti, e pertanto come di

un peso, che talora può diventare insopportabile. L'indissolubilità, in questa concezione, è vista come legge estrinseca al matrimonio, come "imposizione" di una norma contro le "legittime" aspettative di un'ulteriore realizzazione della persona. A ciò s'aggiunge l'idea abbastanza diffusa, secondo cui il matrimonio indissolubile sarebbe proprio dei credenti, per cui essi non possono pretendere di "imporlo" alla società civile nel suo insieme» (*Allocutio ad Romanae Rotae Tribunal*, 28 ianuarii 2002, n. 2; AAS 94 [2002] p. 341).

Sed tamen «secondo l'insegnamento di Gesù, è Dio che ha congiunto nel vincolo coniugale l'uomo e la donna. Certamente tale unione ha luogo attraverso il libero consenso di entrambi, ma tale consenso umano verte su di un disegno che è divino. In altre parole, è la dimensione naturale dell'unione, e più concretamente la natura dell'uomo plasmata da Dio stesso, a fornire l'indispensabile chiave di lettura delle proprietà essenziali del matrimonio. Il loro rafforzamento ulteriore nel matrimonio cristiano attraverso il sacramento (cf. can. 1056) poggia su un fondamento di diritto naturale, tolto il quale diventerebbe incomprensibile la stessa opera salvifica e l'elevazione che Cristo ha operato una volta per sempre nei riguardi della realtà coniugale» (*ibid.*, n. 3, p. 342).

8. Altera ex parte Ioannes Paulus II docet indissolubilitatem matrimonialem non esse tantum quidpiam vitae coniugalis excelsum sublimeque exemplar, sed normam iuridicam naturalem, quae dimensionem obiectivam matrimonii exprimit.

Nam, iuxta Magisterium Pontificium, «considerare l'indissolubilità non come una norma giuridica naturale, ma come un semplice ideale, svuota il senso dell'inequivocabile dichiarazione di Gesù Cristo, che ha rifiutato assolutamente il divorzio perché "da principio non fu così" (cf. Mt 19,8)» (*ibid.*, n. 4, p. 342).

Exinde oritur dimensio obiectiva indissolubilitatis: «Il matrimonio "è" indissolubile: questa proprietà esprime una dimensione del suo stesso essere oggettivo, non è un mero fatto soggettivo. Di conseguenza, il bene dell'indissolubilità è il bene dello stesso matrimonio; e l'incomprensione dell'indole indissolubile costituisce l'incomprensione del matrimonio nella sua essenza. Ne consegue che il "peso" dell'indissolubilità ed i limiti che essa comporta per la libertà umana non sono altro che il rovescio, per così dire, della medaglia nei confronti del bene e delle potenzialità insite nell'istituto matrimoniale come tale. In questa prospettiva, non ha senso

parlare di "imposizione" da parte della legge umana, poiché questa deve riflettere e tutelare la legge naturale e divina, che è sempre verità liberatrice (cf. Gv 8,32)» (*ibid.*, n. 4, pp. 342-343).

9. Quoniam quodcumque matrimonium valide celebratum «tum iure naturae tum lege positiva divina *indissolubilitate intrinseca* gaudet, ita ut nullo in casu possit contrahentium consensu aut natura sua dissolvi» (F.M. CAPPELLO, *Tractatus canonico-moralis de sacramentis*, vol. V, *De matrimonio*, Torino, 19617, p. 38, n. 45), nemini fas est tempore praestationis consensus personalis sibi servare facultatem repudiandi hanc proprietatem essentialem (can. 1056), subrogando pro matrimonio indissolubili unionem mere transitoriam, vel ad tempus determinatum duraturam, vel omnino dissolubilem sive absolute sive relative, quin in exordio signi nuptialis destruat ipsum matrimonium.

Consensus enim matrimonialis natura sua est irrevocabilis (cf. Conc. Oec. Vat. II, Const. past. *Gaudium et spes* de Ecclesia in mundo huius temporis, n. 48; AAS 58 [1966] p. 1067) ac ferri debet in coniugalem communionem quae «non solum unitate sua est insignis, sed etiam indissolubilitate» (Ioannes Paulus II, Adh. ap. *Familiaris consortio*, n. 20; AAS 74 [1982] p. 102).

Quare lex ecclesialis, in iure naturali innixa, expresse declarat invalide nuptias eum inire, qui tempore praestationis consensus positivo voluntatis actu excludit matrimonii essentialem aliquam proprietatem, utpote indissolubilitatem (can. 1101, § 2; cf. can. 1056). Tunc enim aliquid essenziale detrahitur de obiecto consensus matrimonialis sine quo hic valide consistere nequit.

Quamvis *indissolubilitas extrinseca* absoluta, plena ac perfecta matrimonio rato et consummato dumtaxat competat, minus plena autem cuilibet alii coniugio (cf. cann. 1061, § 1; 1141; A. MIRALLES, *Il matrimonio. Teologia e vita*, Cinisello Balsamo, 1996, p. 242), haec tamen specificatio effectum nullitatis peractae exclusionis non impedit, quem nempe ipso iure naturae detractio absoluta indissolubilitatis intrinsecae inducit.

10. Quo aptius perscrutetur haec essentialis matrimonii proprietates, vi cuius vinculum inter coniuges initum non potest dissolvi, nisi per mortem alterutrius coniugis (cf. can. 1141), sub respectu conceptuali prospiciuntur *tres eius gradus*, inter se intime coniuncti, qui plenitudinem vigoris vinculi matrimonialis coacervant, coniuges iugiter devinciendo sub respectu stabilitatis, perpe-

tuitatis et indissolubilitatis sensu stricto intentae (cf. J. HERVADA-P. LOMBARDÍA, *El derecho del Pueblo de Dios*, vol. III, *Derecho matrimonial*, Pamplona, 1973, pp. 70-80; P.J. VILADRICH, *Il consenso matrimoniale*, tr. it., Milano, 2001, pp. 407-414; cf. coram infrascripto Ponente, decisio diei 26 novembris 1998, RRDec., vol. XC, pp. 760-761, n. 10).

Tamen praedicti gradus, coniungentem vim indissolubilitatis dispertientes, praestitutas quoque formas exclusionis huius essentialis proprietatis denotant.

In primis igitur matrimonii indissolubilitatem is excludit, qui stabilitatem vinculi vel permanens consortium coniugale (cf. can. 1096, § 1) respuit. Idque obvenit, si quis unionem transitoriam vel precariam tantum stipulare cum comparte intendat, videlicet matrimonium, quod dicitur «experimenti causa», vel «ad experimentum» (cf. Ioannes Paulus II, Adh. ap. *Familiaris consortio*, n. 80; AAS 74 [1982] pp. 180-181).

Itidem is quoque excludit indissolubilitatem, qui perpetuitatem vinculi matrimonialis (cf. can. 1134) reicit. Hoc autem tunc obvenit, si quis unionem temporariam tantum ingredi velit (*ibid.*, n. 80, p. 181), ad tempus praefinitum duraturam, vel etiam ad tempus indefinitum, quae tamen ex consensus perseverantia dumtaxat pendet.

Demum indissolubilitatem proprie dictam is excludit, qui sibi servat veluti «ius» quoddam solvendi vinculum matrimoniale, seu «facultatem» faciendi divortium plenum quoad vinculum (*ibid.*, n. 82, p. 183), vel aliud remedium adhibendi, ut a quolibet ligamine omnino liber evadat et ad novas nuptias transire possit.

11. Exclusio *boni sacramenti* quotiens in eodem casu cum exclusione *boni prolis* concurrat, ambo capita nullitatis iuxta usum forensem canonicum una simul pertractari ac definiri solent.

Intima enim adest conexio psychologica et logica inter recusationem perpetuitatis consortii coniugalis et vindicationem libertatis ab officio transmittendi educandique novam vitam humanam.

Qui enim in nuptiis ineundis firmum gerit propositum discendendi a comparte et solvendi vinculum coniugale, plerumque nutrit quoque deliberatum consilium impediendi omnem procreationem tempore convictus, ne post dissolutionem consortii matrimonialis gravi officio oneretur curandi generatae prolis educationem. Quare exoptata libertas ab oneribus cum prole coniunctis plerumque adi-

git simultanem bonum sacramenti ad respuendum quoque bonum prolis. In hac sane hypothese « exclusio boni sacramenti est causa ad consequenter excludendam prolem » (coram Palazzini, decisio diei 4 martii 1970, RRDec., vol. LXII, p. 236, n. 4), etiamsi utraque exclusio « eandem causam habere potest » (coram Di Felice, decisio diei 29 martii 1969, RRDec., vol. LXI, p. 350, n. 3).

Quin etiam quotiens exclusio prolis cum exclusione indissolubilitatis cumulatur, in tali concursu actionum « praesumptio stat pro exclusione iuris ad actus coniugales per se aptos ad prolis generationem, seu boni prolis ». Quo in casu, « quamvis exclusio prolis sub specie temporalitatis pro consequendo experimento felicitatis coniugii considerari quodammodo possit, tamen eadem exclusio perpetua evadit ob praevaletem intentionem solvendi vinculum, qua revera excluditur ipsa perpetua obligatio ad actus coniugales per se aptos ad prolis generationem, cum exclusio indissolubilitatis matrimonii excludat ipsum obiectum contractus matrimonialis integre tradendum » (coram Di Felice, decisio diei 15 novembris 1986, RRDec., vol. LXXVIII, p. 636, n. 4).

12. Attamen intentio seu voluntas contrahentis contra bonum prolis, secus ac illa contra bonum sacramenti, tunc irritum reddit matrimonium, cum fecunditatem seu prolem excludit « in suis principiis », videlicet « ut pro prole accipiatur *intentio prolis* », quia « sic accipiendo (...) proles est essentialissimum in matrimonio ».

E contra, effectum nullitatis non sortitur prolis *in seipsa exclusio*, quae ad usum matrimonii tantum pertinet, seu « per quem proles producitur » (S. THOMAS DE AQUINO, *In IV Librum Sententiarum*, dist. 31, q. 1, art. 3, in c.), perspecto quod sterilitas matrimonium nec prohibet neque dirimit (can. 1084, § 3).

Iamvero matrimonii fecunditas, sicut Catechismus Catholicae Ecclesiae admonet, « quoddam est donum, *quidam matrimonii finis*, quia amor coniugalis naturaliter ad id tendit ut fecundus sit. Filius mutuo coniugum amoris extrinsece addendus non accedit; surgit in ipso corde huius mutui doni, cuius ipse fructus est et adimpletio. Sic Ecclesia, quae « a vitae parte consistit » (Ioannes Paulus II, Adh. ap. *Familiaris consortio*, 30; AAS 74 [1982] 116), docet « necessarium esse, ut *quilibet matrimonii usus* ad vitam humanam procreandam per se destinatus permaneat » (Paulus VI, Litt. enc. *Humanae vitae*, 11; AAS 60 [1968] 488). « Huiusmodi doc-

trina, quae ab Ecclesiae Magisterio saepe exposita est, in nexu indissolubili nititur, a Deo statuto, quem homini sua sponte infringere non licet, inter significationem unitatis et significationem procreationis, quae ambae in actu coniugali insunt' (Paulus VI, Litt. enc. *Humanae vitae*, 12; AAS 60 [1968] 488; cf. Pius XI, Litt. enc. *Casti connubii*; DS 3717)» (n. 2366, p. 600).

13. Sed ambitum boni prolis, ut obiectum essenziale consensus matrimonialis, haec tantum fecunditas ingreditur, quae structuralis seu potentialis est in sua naturali potentia et ordinatione ad prolem, atque ideo essentialis habetur, minime vero fecunditas effectiva, quae procreationis effectum, seu prolem ipsam reapse assequitur (cf. coram infrascripto Ponente, decisio diei 29 iulii 1980, RRDec., vol. LXXII, p. 559-563, nn. 2-5; coram Corso, decisio diei 28 iulii 1988, Romana, n. 6).

Cuius ratio ad hunc modum apte subtiliterque adducitur: «E ciò perché la fecondità che si predica del matrimonio come essenziale non sono i figli avuti, non sono i frutti (la fecondità effettiva), ma l'*ordinatio* o disposizione dei fattori essenziali del matrimonio ai figli (la fecondità potenziale o tendenziale). Ciò che deve essere fecondo, ossia ordinato — tendente — alla generazione ed educazione dei figli, sono le *potenze naturali* unite dal vincolo giuridico, che è ciò che costituisce l'unità nelle nature. Orbene, il vincolo giuridico può unicamente unire le potenze la cui attuazione dipende da atti umani, giacché oggetto proprio del diritto sono, in definitiva, condotte o comportamenti umani. Il vincolo giuridico non unisce i processi biologici, ma quanto dipende dal dominio dell'uomo sul proprio essere» (J. HERVADA, *Studi sull'essenza del matrimonio*, p. 242).

Fecunditas essentialis igitur omnis validi matrimonii essentialiam denotat atque iura et officia coniugalia essentialia circa humanae vitae transmissionem educationemque importat, inter quae particulatim haec recensentur: «il diritto all'atto coniugale, il diritto-dovere di non fare nulla contro la prole, il diritto-dovere di accogliere e di educare i figli avuti» (*ibid.*, p. 243).

Quam ob rem bonum prolis, prout essenziale est matrimonio, hisce verbis accomodate describitur: «Il bene della prole è *uno solo* in ogni matrimonio ed è la *spes prolis*, l'*ordinatio* alla prole» (*ibid.*, p. 244), potissimum vero «mens ad fecunditatem aperta» (*Catechismus Catholicae Ecclesiae*, n. 1664, p. 443).

14. Quamquam «fecunditatis reiectio vitam disiungit coniugalem ab eius “praestantissimo dono” (Conc. Oec. Vat. II, Const. past. *Gaudium et spes*, n. 48; AAS 50 [1966] p. 1070), a filio» (*Catechismus Catholicae Ecclesiae*, n. 1664, p. 443), tamen matrimonium irritum facit dumtaxat fecunditatis essentialis refutatio, quae «procreativitatem» (cf. coram Burke, decisio diei 1 martii 1990, RRDec., vol. LXXXII, p. 181, n. 14; coram infrascripto Ponente, decisio diei 17 decembris 1993, RRDec., vol. LXXXV, pp. 779-780, n. 13) mutuae donationis ex toto subvertit vel ex parte substantialiter limitat quoad ius vel officium procreandi e proprio coniuge per actus per se aptos ad prolis generationem, ad quos natura sua ordinatur matrimonium, et quibus coniuges fiunt «una caro» (Mt 19,6; cf. can. 1061, § 1).

Sed tamen ius coniugale haud tollitur proposito servandi certis temporis intervallis continentiam, ut puta in paternitate et maternitate vere responsabili modo colendis. Nam «coniuges, iustis de causis (cf. Conc. Oec. Vat. II, Const. past. *Gaudium et spes*, n. 50; AAS 58 [1966] p. 1071), possunt suorum filiorum procreaciones intervallis separare velle», quatenus «ad eos pertinet comprobare eorum optatum ex caeco sui amore (ex “egoismo”) non promanare, sed illud iustae generositati paternitatis responsabilis esse conformem» (*Catechismus Catholicae Ecclesiae*, n. 2368, p. 601).

Pariter ius coniugale haud inficitur proposito abutendi illo in exercitio maritalis amplexus, per actus fecunditate ex industria destitutos, quia abusus iuris cum ipso iure valide tradito et acceptato simul stare potest. Abusus autem iuris coniugalis rite praesumitur, si prolis procreatio ad determinatum tempus procrastinetur vel filiorum numerus tantum limitetur. At si prolis generatio absolute et in perpetuum excludatur, ius ipsum coniugale exclusum praesumitur.

Quam ob rem, «data distinctione ius inter et iuris exercitium, a doctrina et iurisprudencia pervulgate communiterque recepta, dicendum exclusionem boni prolis, quae matrimonium irritet, unice haberi cum absoluta sit refutatio iuris comparti, cum proles scilicet excludatur in suis principiis ut firme et plene praeefracte et obstinate filii ab ineundo matrimonio arceantur, minime vero si tradito iure uterque vel alteruter coniux abuti sibi proponat constituatque» (coram Exc.mo Funghini, decisio diei 26 octobris 1998, RRDec., vol. XC, p. 646, n. 6).

15. Cum internus animi consensus ex iuris praesumptione conformis habeatur verbis vel signis in celebrando matrimonio adhibitis (can. 1101, § 1), qui coram Tribunali Ecclesiastico matrimonii sui validitatem impugnat, ad normam iuris probare debet alterutram vel utramque partem positivo voluntatis actu matrimonii essenziale aliquod elementum, vel essentialem aliquam proprietatem exclusisse (can. 1101, § 2).

Onus enim probandi incumbit ei qui asserit (can. 1526, § 1), non vero qui negat (cf. Paul. D. 22,3,2). Quare immerito interdum exigitur probatio ab eo, qui obiectam sibi ab aliis simulationem in iudicio sub iuramenti fide infitiat. Nam qui pro se habet iuris praesumptionem, liberatur ab onere probandi, quod recidit in partem adversam (can. 1585).

Probatio simulationis directe exorditur a *confessione iudiciali* simulantis proprii facti adversus matrimonii validitatem.

Quamvis haec confessio vim probandi habere possit, a Iudice aestimandam una cum ceteris causae adiunctis, tamen vis plenae probationis eidem tribui nequit, nisi alia accedant elementa probatoria quae eam omnino corroborent (cf. can. 1536, § 2), sicut testes de simulantis credibilitate, aliaque indicia et adminicula (cf. can. 1679).

Pariter *confessio extraiudicialis* simulantis proprii facti contra matrimonii validitatem, si in iudicium deducetur per alterius partis ac testium fide dignorum declarationes vel documenta, peculiarem vim probandi retinet a Iudice aestimandam, quanti nempe ea facienda sit (cf. can. 1537). Haec confessio praesto est potissimum corroborationi confessionis iudicialis, subrogationi eius absentiae, atque recognitioni negationis simulationis ex parte asserti simulantis.

Demum confessio simulantis veridicentiam suam indirecte consequitur ex simulandi proportionata et relative gravi causa, a contrahendi distincta, necnon ex circumstantiis matrimonii celebrationem praegredientibus, concomitantibus et subsequentibus, quae valde probabile ac possibile factum simulationis ostendunt.

Quodsi elementa probatoria in iudicio collecta insufficientia habeantur ad efformandam moralem certitudinem de bonorum sacramenti et prolis exclusione, pro matrimonii valore standum est quod favore iuris gaudet (cf. cann. 1060; 1608, § 4).

IN FACTO. — 16. Infitiandum non est quin testes ab actore inducti de eius credibilitate, sinceritate et veridicentia omnino favore iudicium praebeant.

Ante omnia P. Iosephus, qui munere Iudicis fungitur apud Tribunal Ecclesiasticum Regionale Siculum, et circulo spirituali v.d. « il Cenacolo » moderatur, de actore hoc reddit propitium testimonium: « Per conoscenza profonda che ho di Antonio posso attestare che egli è di una rettitudine morale ineccepibile e conseguentemente di una credibilità indiscutibile. Non direbbe mai una cosa contraria alla verità, anche se ciò fosse a suo danno. Mi ha detto che si rimette al giudizio di Dio attraverso questo Tribunale, perché non vuole andare fuori della volontà di Dio ».

Similem testificationem etiam Aloysia, actoris amica, facit: « Subito dopo la separazione, Antonio aiutato da amici e da sacerdoti si è avvicinato molto alla pratica religiosa e frequenta i sacramenti assiduamente. Da qualche anno fa parte del gruppo “Rinnovamento nello Spirito”. Lo ritengo certamente persona credibile ».

Idemque alii quoque testes confirmant, scilicet quod actor « è persona credibile e sincera » (Valeria), « è pienamente credibile e sincero » (Clara; Marcus).

De partis conventae credibilitate testes ab actore inducti nullo iudicium manifestant. In actis deest quoque aliquod hac in re ecclesiasticum testimonium.

Conventa tantum ab actore de mendacio arguitur. Insuper contra partem conventam exstat quoque eius agendi modus sive in altera instantia sive in praesenti iudicii gradu. Idem dicas de illius familiaribus in ius vocatis, qui depositiones suas reddere noluerunt.

17. Nihilominus tamen sententia primae instantiae de ancipite posizione processuali actoris sequentem fecit animadversionem: « Ammesso e concesso, pertanto, che nulla ci sia da eccepire sul piano della credibilità e della moralità a carico di Antonio, sul piano processuale la sua posizione è assolutamente insufficiente ed insostenibile perché egli riveste tutti i ruoli: riferisce la simulazione della convenuta; ne parla, dopo il matrimonio, a quelli che oggi sono testi; questi confermano la simulazione della convenuta in virtù di quello che hanno saputo dall'attore. In una parola, tutto ruota su Antonio, persona certamente dabbene, ma impossibilitato a poter recitare tutti i ruoli diversificati che un processo esige ».

Actor autem suam thesim de exclusione *bonorum sacramenti et prolis* a parte conventa sequentibus argumentis probare conatur:

a) per momentum tributum perplexitatibus conventae circa faustum exitum nuptiarum, quia «molte volte durante la vita coniugale Maria tornò a dirmi che era giunta al matrimonio con molte perplessità»;

b) per manifestatam intentionem conventae instaurandi memoriam convivendi societatem potius quam contrahendi matrimonium, quia «essa ha manifestato sempre e ripetute volte questa convinzione: piuttosto che sposare, è meglio convivere in modo da lasciare aperta la via a qualunque soluzione»;

c) per assertam carentiam religiositatis conventae, quam ipse reputat «agnostica e non praticante»;

d) per recusationem maternitatis et prolis ob timorem partus et fastidium praegnantiae, quia conventa «manifestava contrarietà alla maternità, adducendo il fatto di avere paura del parto e che non gradiva l'idea che la gravidanza deformasse il suo fisico».

18. Deest tamen in actis confessio iudicialis assertae simulantis, videlicet declaratio partis conventae in iudicio reddita de proprio facto adversus matrimonii validitatem per exclusionem indissolubilitatis et procreationis.

Quin etiam, pars conventa ab actore accusata propositi simulatorii in nuptiis ineundis, tempore interrogatorii iudicialis sub iuramento fide omnem simulationem sibi ascriptam sive quoad indissolubilitatem sive quoad prolem firmiter pernegavit.

Ipsa enim, relatione facta ad actoris libellum, in iudiciali iurata declaratione haec asserit: «Dall'esposto di Antonio apprendo che lui fa questa causa perché io avrei escluso dal matrimonio i figli e la perpetuità del vincolo. Nego in modo assoluto che io abbia sposato con questi propositi e lui ha costruito tutto sulla menzogna». «Il nostro rapporto si è consolidato e ci ha portati al matrimonio. Affermo di non avere mai dichiarato di volere escludere la prole dal nostro matrimonio». «Ripeto che giungemmo alla decisione di sposarci avendo constatato che il nostro affetto si era maturato tanto da farci giungere al matrimonio».

Recusationi praetensae simulationis conventa hanc observationem addit: «Voglio aggiungere, a conferma del mio proposito di celebrare il matrimonio secondo la dottrina della Chiesa e in modo serio, che avevo messo da parte con il mio sudore la somma di

circa 10 milioni per affrontare il matrimonio, se come dice Antonio io sposai “per prova” non avrei sicuramente dato fondo a tutti i miei risparmi».

19. *Quamvis pars conventa in responsione scripta ad in ius vocationem forsitan sub alicuius defensoris privati influxu annotaverit* «che fattori contingenti, quale il modesto reddito percepito quasi esclusivamente dalla sottoscritta, spinsero il giovane nucleo, di comune accordo, a non avere figli, tanto da avere rapporti utilizzando metodi contraccettivi», *tamen ipsa in tuto collocavit praefatam dilationem procreationis nullo modo significasse absolutam prolis reiectionem.*

Nam, iuxta conventae explanationem, «tale scelta, comunque, non era assoluta in quanto a volte i rapporti avvenivano senza alcuna cautela. Il fatto, quindi, che non ci sia stata procreazione è dipeso solo ed esclusivamente dal caso e non certo da una scelta di vita premeditata».

Quare dubitandum non est quin res fuerit de prolis dilatione ad tempus tantum, quatenus «il matrimonio concordatario [...] è stato determinato dal pieno convincimento di creare una famiglia cristiana senza alcuna riserva mentale e non così come assume Antonio, di averlo utilizzato come esperimento di convivenza».

Quod autem spectat ad assertas perplexitates, pars conventa haec adiungit: «Le incertezze, cui fa riferimento Antonio nel ricorso, riguardano solo ed esclusivamente la paura e l'emozione del nuovo e diverso modo di vivere (lontano dalla famiglia) che comporta per una giovane una scelta così importante».

Tandem causa separationis, iuxta conventam, «è dipesa solo ed esclusivamente dalla assoluta diversità di carattere che, via via nel tempo si è manifestata tanto da far venir meno ogni intesa di un vivere pacifico e di proseguire il rapporto nell'amore e nel reciproco rispetto».

20. *Etiam si quis non attenderet ad conventae iudiciales negationes infitiationesque factorum contra validitatem matrimonii, tamen ex critico examine declarationum actoris eiusque testium certo comprobata non apparet eiusdem viri thesis circa conventae praesentem simulationem bonorum sacramenti et prolis.*

Ante omnia defectus confessionis iudicialis conventae superatus non apparet per extraiudiciale ut dicitur eius confessionem,

quae ex testium fide dignorum iuratis in iudicio depositionibus colligi possit.

Ceterum ne ipsemet actor in primo vadimonio adducere valuit apertas clarasque praenuptiales declarationes conventae *vinculi indissolubilitatem* excludentes, quamquam ipsius cognitio simulationis boni sacramenti ex parte mulieris, suspecta quidem ratione, permagni increbuit in duobus subsequentibus vadimoniis, usque ad assertionem de reservatione «circa l'indissolubilità», vel de formatione «una specie di società, rescindibile da uno dei due per qualsiasi motivo».

Iamvero in priore declaratione actor loquitur de perplexitatibus conventae, de desiderata conviventia aperta «a qualunque soluzione», at insimul affirmat: «Dopo che mi laureaì in medicina, mentre ci trattenevamo a parlare in macchina sotto casa sua, Maria mi disse che ormai dovevamo uscire dalla nostra situazione: “o ci sposiamo o ci lasciamo”. Ciò avvenne circa un anno prima delle nozze; io feci presente che volevo terminare il tirocinio e poi ci saremmo sposati».

Quodsi si pars conventa id temporis revera gravia dubia, perplexitates et suspiciones de nuptiarum exitu in animo nutritisset, ipse actor illam sollicitare debuisset ut tandem aliquando definitivum consilium caperet de matrimonio ineundo post diutinam consuetudinem sponsaliciam, non autem versa vice.

Quidquid ad rem est, pars conventa in memorata circumstantia, ab actore enarrata, conviventiam more uxorio non proposuit, sed alternationem tantum, videlicet aut verum matrimonium aut cessationem consuetudinis sponsalis.

21. Pariter Clara, uxor consobrini actoris, a marito suo audivisse affirmat verba conventae, quibus ab actore exegit matrimonii celebrationem aut intermissionem perlongae relationis sponsaliciae: «Ricordo che mio marito mi riferì (poco tempo prima delle nozze) anche che Maria si era consigliata con la sua zia Suora e che, quando parlarono di matrimonio Maria si esprese in questo termine: “o ci lasciamo o ci sposiamo”, perché voleva uscire dalla situazione di stanchezza del lungo fidanzamento e dallo stato di incertezza in cui era finita a trovarsi».

Quae cum ita sint, quaestio de convictione seu conviventia, etsi adesse potuit, tamen procul dubio superata erat per conventae decisam voluntatem veras contrahendi nuptias vel, in casu ulterio-

ris cunctationis et resistentiae actoris sub pretextu studiorum, desistendi a prosequendis sponsalibus.

Adde quod matrimonium, evidenter canonicum et non mere civile, propositum et exquisitum erat a parte conventa, non autem a viro actore. A fortiori igitur superatae dicendae sunt, si quae fuerant, partis conventae perplexitates et titubationes circa futurum matrimonium et vitam coniugalem, in quas cum tanta pertinacia actor cum testibus suis insistit, id est «che negli ultimi tempi del fidanzamento aveva seri dubbi e forti perplessità per la riuscita del suo matrimonio» (Aloysia). Eapropter memoratis perplexitatibus conventae vis causae simulandi tribui nequit.

Hisce perpensis, maneret adhuc probandum tempus, in quo, iuxta actoris asseverationem, «lei mi propose la semplice convivenza».

22. Quoniam longe maxima pars testium ab actore inductorum in prima instantia retulerunt se ante nuptias numquam audisse conventam aperte excludentem a celebrando matrimonio indissolubilitatem vinculi ac notitias hac in re ab ipso actore post nuptias tantum habuisse, sententia primae instantiae fontem principalem illorum scientiae circa mulieris simulationem actorem indicavit.

Quam ob rem ad mentem eiusdem sententiae hac in causa «l'attore si trova a rivestire il ruolo di parte e di teste». Conseguenter igitur «ci troviamo di fronte ad una sola versione degli avvenimenti, risalente all'attore, con la precisa e decisa negazione della parte contraria».

Re quidem vera, iuxta aestimationem praeaudatae sententiae, «nessuno dei testi riferisce dichiarazioni ascoltate dalla viva voce della convenuta, ma tutti indistintamente riportano notizie apprese tramite l'attore; per di più qualcuno è teste di terza mano (cf. Clara; Aloysia). Inoltre, il tempo, cui tali testimonianze si riferiscono, è quello successivo al matrimonio, senza altra precisazione cronologica, cioè senza la possibilità di stabilire se si tratti di notizie apprese immediatamente dopo le nozze, o verso la conclusione dell'esperienza coniugale delle parti in causa. Da ultimo, va notato che si tratta di soli testi di parte attrice, essendosi rifiutati di presentarsi in giudizio i testi di ufficio».

23. Tamen tempore instructionis suppletoriae in altero iudicii gradu auditus est actoris consobrinus, Franciscus, qui declaravit se

iam ante nuptias audivisse conventam contra indissolubilitatem matrimonii loquentem atque respicientem hanc coniugii proprietatem. Haec omnia, iuxta huius testis narrationem, pars conventa in medium protulit, praesentibus quoque aliis testimoniis, praesertim vero eius id temporis sponsa Clara.

Consobrinus enim ita rem describit: «Quello che posso dire di questo lungo fidanzamento è che verso la fine ci furono dei disappori tra Antonio e Maria dovuti al fatto che Maria non voleva legarsi indissolubilmente col matrimonio e chiedeva ad Antonio una semplice convivenza che questi rifiutava decisamente». «Ho già detto che Maria non accettava il matrimonio indissolubile e questa concezione la manifestava sia davanti a me e alla mia fidanzata, Clara (oggi mia moglie), sia davanti a mio fratello, Petrus, e mia cognata, Angela, e anche alla presenza di Antonio».

Sed ex testibus superius enumeratis, Clara, consobrini actoris uxor, audita in prima instantia, notitias huiusmodi ad tempus postnuptiale tantum assignavit, clara mentione haud facta explicitae exclusionis indissolubilitatis ex parte mulieris conventae. Testis enim dixit: «Dopo le nozze, in discorsi in mia presenza, di mio marito e Antonio, Maria disse che aveva sposato per provare, ma avrebbe preferito fare la prova con la semplice convivenza».

Patet autem significationem verbi «la prova» ostendi personalem huius testis opinionem, quam penes «finita la quale (id est "prova") lei si riteneva libera da ogni vincolo».

24. Nec tamen meliorem condicionem probatoriam in actis huius causae consequitur alterum nullitatis caput, scilicet *exclusum a parte conventa bonum prolis*.

Nam superius relatae (cf. nn. 3-4) partis conventae declarationes nullo modo comprobant eius voluntatem absolutam, ante nuptias elicitam, excludendi omnem procreationem et in perpetuum e matrimonio cum convento ineundo. Passim vero praevisa generationis procrastinatio, iuxta conventae assertionem «non era assoluta», quia «il fatto, quindi, che non ci sia stata procreazione è dipeso solo ed esclusivamente dal caso e non certo da scelta di vita premeditata».

Ceterum eiusmodi voluntatem conventae, proli omnino adversam, actor a ab illa numquam directe percepit. Vir enim declarat: «Man mano che ci si avvicinava al matrimonio, se io prendevo il

discorso dei figli, Maria rifiutava di parlarne e diceva: “poi se ne parlerà”».

Quae verba, absolutam voluntatem conventae adversus prolem non exprimentia, iterat actor quoad tempus proximum separationi coniugali: «Una proposta più decisa di procreare da parte mia fu fatta a Maria nell'estate del 1985 mentre eravamo in villeggiatura ad Altavilla. Maria in precedenti proposte simili aveva continuato a rispondere come rispondeva prima di sposare: “poi se ne parla perché ancora non se ne parla”».

Quare actoris non ambigua verba ostendunt actum esse ex parte mulieris conventae de temporanea tantum voluntatis determinatione non procreandi prolem. Actor enim hac in re colloquium cum conventa habitum ita denotat: «Nella circostanza in cui io fui più deciso a fare la proposta, Maria mi diede una risposta negativa molto chiara e decisa: “sappi che io non ho intenzione di avere figli fino a quando non lo riterrò opportuno”». Declaratio autem huiusmodi limites merae dilationis procreationis non excedit.

25. Uti causa remota et proxima exclusionis prolis ex parte mulieris conventae affertur ab actore «il fatto di avere paura del parto e che non gradiva l'idea che la gravidanza deformasse il suo fisico». Et amplius in novissima declaratione: «Riguardo al concepimento dei figli Maria manifestava contrarietà, per timore della perdita di immagine del suo corpo, per paura del dolore del parto e per la limitazione della libertà in presenza di prole».

At hae causae in dubium vocantur, si attendimus ad depositionem testis Francisci: «Non ritengo possibile una riconciliazione perché Maria ha contratto matrimonio civile con un altro uomo e da questi ha avuto due bambini».

Ergo indigitatae causae temporaneae dilationis procreationis facile superabiles erant ubi favorabiles accederent vitae communis condiciones. Nam, sicut prosequitur actor: «anche gli obiettivi di vita quotidiana erano motivo di contrasto tra noi».

Utrumque aliqui testes etiam de absoluta prolis reiectione a parte conventa loquuntur. Sed agebatur procul dubio de voluntate conventae post nuptias tantum exorta ac firmata: «dopo il matrimonio Maria si rifiutava in modo assoluto di avere figli e ciò era motivo di tensione tra i due, causando uno stress psicologico non indifferente in Antonio» (Marcus; Franciscus). Idque obvenit, quia partes tempore convictus coniugalis «non riuscirono a creare una

comunione armoniosa, soprattutto per la disaffezione di Maria verso il marito» (Domitilla).

At propositum vitandi prolem in perpetuum, post nuptias elicium, ad tempus celebrationis nuptiarum non retrotrahitur, nec ideo consensum matrimonialem inficere valuit.

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

Negative, seu non constare de matrimonii nullitate, in casu, ob exclusa bona sacramenti et prolis a parte conventa.

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

Expensas iudiciales praesentis causae solvendas esse decernimus a viro actore.

Romae, in sede Romanae Rotae Tribunalis, die 25 aprilis 2002.

*Exc.mus Raphaël Funghini, Decanus
Antonius Stankiewicz, Ponens
Americus Ciani
M. Xaverius Leo Arokiaraj, Not.*

L'indissolubilità: proprietà del matrimonio in quanto istituto di diritto naturale.

Premessa.

Nella sentenza n. 49 del 25 aprile 2002 (*vide supra*) l'attuale Decano della Rota Romana, Mons. Antonio Stankiewicz, dovendo trattare di un caso di simulazione parziale per esclusione dei *bona sacramenti* e *prolis*, affronta in maniera decisa e perentoria due questioni tra loro non solo strettamente connesse ma anche consequenzialmente correlate, e che pongono particolari problemi di raccordo tra profili giuridici e profili teologici.

La prima questione concerne l'indissolubilità del matrimonio canonico, intesa come impossibilità di rescindere l'effetto prodotto dallo scambio del consenso e quindi di dissolvere la relazione matrimoniale una volta che questa sia sorta⁽¹⁾.

L'indissolubilità, infatti, è quella proprietà del matrimonio che qualifica il rapporto coniugale in senso temporale, definendolo perpetuo e sottraendolo nella sua esistenza alla volontà degli stessi coniugi e di qualsiasi altra persona od autorità⁽²⁾. Il can. 1056 dell'attuale Codice di diritto canonico, rifacendosi alla impostazione tomistica accolta, tra l'altro, da un secolare insegnamento pontificio e riprendendo letteralmente il can. 1013 § 2 del Codice del 1917, afferma che l'indissolubilità, assieme all'unità, è una proprietà essenziale del matrimonio secondo natura, alla quale il sacramento conferisce solamente una «peculiare fermezza»: il sacramento, dunque, interviene semplicemente a suggellare le caratteristiche del matrimonio naturale, quali, appunto, l'indissolubilità e l'unità, e non a costituire il loro fondamento. Concezione, del re-

(1) Cfr. J. HUBER, *Indissolubilitas matrimonii estne norma iuridica an praeceptum morale?*, in *Periodica*, 79 (1990), p. 98.

(2) Cfr. sull'argomento, tra gli altri, M. DE JONG, *De Matrimonii Essentia, Definitione et Indissolubilitate Intrinsicam ex Iure Naturali*, Roma, 1952; U. NAVARRETE, *Indissolubilitas matrimonii rati et consummati, opiniones recentiores et observationes*, in *Periodica*, 58 (1969), pp. 417 ss.; D. SOUTO, *Dossier: la disolubilidad del matrimonio rato y consumado. Caben en el cristianismo vocaciones irrevocables?*, in *Ius canonicum*, 21 (1971), pp. 110 ss.; P. HUIZING, *La dissolution du mariage depuis le Concile de Trente*, in *Revue de droit canonique*, 21 (1971), pp. 127 ss.; J.F. CASTAÑO, *Nota bibliographica circa indissolubilitatis matrimonii actualissimam quaestionem*, in *Angelicum*, 49 (1972), pp. 463 ss.; J. FORNÈS, *La indisolubilidad del matrimonio (notas en torno a un volumen sobre el vinculo conyugal)*, in *Ius canonicum*, 36 (1978), pp. 443 ss.; A. MOSTAZA, *La indisolubilidad del matrimonio desde la época postridentina del siglo XVI hasta el Vaticano II*, in *El vinculo matrimonial - Divorcio o indisolubilidad?*, Madrid, 1978; M.E. CASELLATI ALBERTI, *Indissolubilità e unità nell'istituto naturale del matrimonio canonico*, Padova, 1984, pp. 92-93; M.C. FORCONI, *Antropologia cristiana come fondamento dell'unità e dell'indissolubilità del patto matrimoniale*, Roma, 1996; A. CARPIN, *Indissolubilità del matrimonio. Alcuni aspetti storico-teologici*, in *Sacra Dottrina*, 42/6 (1997) pp. 7 ss.; P. MONETA, *Stabilità della famiglia e sua tutela*, in AA.VV., *Tutela della famiglia e diritto dei minori nel Codice di Diritto Canonico*, Città del Vaticano, 2000, pp. 35 ss.; J. KOWAL, *L'indissolubilità del matrimonio rato e consumato. Status quaestionis*, in *Periodica*, 90 (2001) pp. 273 ss.; P.A. BONNET, *Essenza, proprietà essenziali, fini e sacramentalità*, in AA.VV., *Diritto matrimoniale canonico*, vol. I, a cura di P.A. Bonnet e C. Gullo, Città del Vaticano, 2002, pp. 95 ss.; G. LO CASTRO, *Matrimonio, giustizia e diritto. Il caso dell'indissolubilità*, in ID., *Matrimonio, diritto e giustizia*, Milano, 2003, pp. 103 ss.

sto, ripresa anche dal Concilio Vaticano II nella *Gaudium et Spes* (n. 48), secondo la quale l'istituto del matrimonio [e l'amore coniugale con esso] essendo, per la sua stessa natura, ordinato alla procreazione e alla educazione della prole ed al contempo intima unione, in quanto mutua donazione di due persone, esige la piena fedeltà dei coniugi e l'indissolubile unità.

Nonostante la chiarezza letterale e la perentorietà dell'affermazione del suddetto principio da parte del legislatore canonico e del Concilio, sono state e continuano ad essere manifestate perplessità su di esso e proposti argomenti a favore della concezione che radica la *ratio indissolubilitatis* nella sacramentalità⁽³⁾.

Il Ponente ribadisce, invece, l'ortodossia dell'impostazione conglobante l'indissolubilità nella struttura del matrimonio naturale, per poi prendere nettamente posizione, sulla scorta pure di recenti interventi sul tema da parte di Giovanni Paolo II, contro quelle concezioni che contestano la stessa «naturalità» dell'istituto matrimoniale. Ed è questa la seconda questione posta in evidenza dalla sentenza: quella, appunto, della «naturalità» della *societas* o unione stabile dell'uomo e della donna che si suole definire «matrimonio».

Potendosi, infatti, definire naturale quella istituzione necessaria al bene della natura umana e verso la quale tale medesima natura «inclina», cioè si dirige in maniera spontanea, a ragion veduta rientra nella categoria, secondo la tradizionale impostazione canonistica, il matrimonio, perché c'è tra l'uomo e la donna un'attrazione «in-nata» che li porta l'uno verso l'altra e li spinge ad avvicinarsi e congiungersi in maniera stabile. L'istituzione matrimoniale, pertanto, non trae origine da una libera creazione della volontà umana né da una convenzione o accordo tra gli individui, ma dalla natura stessa dell'uomo⁽⁴⁾.

La presente nota si propone di svolgere ed approfondire le anzidette questioni inquadrando nella prospettiva delineata non solo dal codice di diritto canonico e dal Concilio Vaticano II, ma

(3) Tra gli autori antichi e moderni che contestano il fondamento naturale dell'indissolubilità e ne sostengono invece quello di diritto divino positivo, si ricordino pure Bellarmino, Suarez, Sanchez, Reiffenstuel, Fagnana, Perrone, Palmieri, Le Bras, Jemolo, Adami, Navarrete; cfr. M.E. CASELLATI ALBERTI, *Indissolubilità e unità*, op. cit., pp. 90-91.

(4) Cfr., tra gli altri, P. ADNÈS, *Le mariage*, Paris, 1961, pp. 115 ss.

anche dalla giurisprudenza della Rota Romana e dal recente magistero pontificio.

1. *Indissolubilità e sacramentalità.*

La sentenza in esame, nella *pars in iure*, dopo aver ricordato come la legge canonica sia fondata *in iure divino naturali et positivo*, richiama il can. 1056 del Codice di Diritto Canonico per ricordare che esso qualifica l'indissolubilità proprietà essenziale del matrimonio che, al pari dell'altra proprietà essenziale (l'unità), «nel matrimonio cristiano, consegue una peculiare stabilità in ragione del sacramento».

L'indissolubilità, dunque, per il legislatore canonico è qualità comune ad ogni matrimonio per diritto naturale e nel matrimonio cristiano riceve particolare vigore e fermezza dall'essere lo stesso un sacramento. Questo perché si tratta di un'esigenza intrinseca della stessa essenza dell'istituto, di qualcosa che attiene alla sua stessa natura⁽⁵⁾ e non di una legge estrinseca imposta da Dio o dalle autorità umane per difendere il matrimonio dall'egoismo e dalle passioni umane⁽⁶⁾.

Emerge subito, sin dalle prime righe della *pars in iure*, il tema centrale su cui Mons. Stankiewicz intende soffermarsi: ribadire, contro ogni contraria argomentazione, che l'indissolubilità è una proprietà del matrimonio in quanto istituto di diritto naturale, e non un attributo del solo matrimonio sacramentale. Infatti, nonostante le apparentemente inequivoche affermazioni dello stesso Codice di diritto canonico e di vari documenti magisteriali della Chiesa Cattolica, la questione è molto discussa nella dottrina teologica e canonistica.

A sostegno della propria tesi il Giudice Ponente riporta il passo del Catechismo della Chiesa Cattolica in base al quale «*dal sacramento, l'indissolubilità del Matrimonio riceve un senso nuovo e più profondo*» (n. 1647) per affermare che grazie a questo segno efficace di grazia, «*a Christo institutum et Ecclesiae concreditum,*

(5) Cfr. U. NAVARRETE, *Indissolubilità del matrimonio*, in *Nuovo Dizionario di Diritto Canonico*, Milano, 1993, p. 577; P. BIANCHI, *Quando il matrimonio è nullo?*, Milano, 1998, pp. 100-101.

(6) U. NAVARRETE, *Indissolubilità del matrimonio*, op. cit., p. 577

coniuges baptizati apti fiunt ut fidelitatem Christi ad Ecclesiam repraesentent eamque testentur ac sincerum perhibeant testimonium» (n. 3).

Richiama altresì, il Ponente, quella Commissione Teologica Internazionale che, nel 1977, aveva sì ritenuto innegabile sia l'esistenza di un rapporto particolare, di una reciproca relazione costitutiva tra indissolubilità del matrimonio e sacramentalità sia il fatto che l'indissolubilità permetta di cogliere più facilmente la sacramentalità del matrimonio cristiano, ma aveva poi affermato che «*la sacramentalità, dal punto di vista teologico, costituisce il fondamento ultimo, sebbene non unico, della indissolubilità del matrimonio»*⁽⁷⁾.

Affermazioni, queste, che sembrano voler ribadire che la sacramentalità si pone quale ulteriore titolo dell'obbligazione matrimoniale, cosicché l'indissolubilità, che rappresenta già un dovere naturale, assume semplicemente una particolare fermezza in virtù del carattere sacramentale del matrimonio, secondo una formula sostenuta ininterrottamente nella storia del diritto canonico e ripresa non solo dal Codex Iuris Canonici del 1917⁽⁸⁾ ma anche dall'attuale e da quello per le Chiese orientali.

2. *Una premessa teologica.*

Una delle premesse teologiche su cui la dottrina canonistica ha da sempre cercato di ricostruire la teoria matrimoniale è costituita dal parallelo tra il matrimonio e le nozze di Cristo con la Chiesa.

L'unione divina, in questa prospettazione, non si limita ad essere semplicemente il simbolo teologico dell'unione coniugale. Essa rappresenta anche un paradigma necessario per la comprensione della struttura giuridica che il legislatore della Chiesa ha conferito al matrimonio canonico. Se questo, infatti, è stato istituito in una forma determinata perché ne risultino i tratti che lo rendono simile all'unione di Cristo con la Chiesa, le relazioni ed il comportamento

(7) COMMISSIONE TEOLOGICA INTERNAZIONALE, *Proposizioni sulla dottrina del matrimonio cristiano*, in *Il Regno. Documenti*, 23 (1978), p. 395; cfr. anche COMMISSIO THEOLOGICA INTERNATIONALIS, *Propositiones de quibusdam quaestionibus doctrinalibus ad matrimonium christianum pertinentibus*, in *Gregorianum*, 59 (1978), p. 458.

(8) O. FUMAGALLI CARULLI, *Intelletto e volontà*, Milano, 1974, p. 41.

del primo verso la seconda si pongono come modello di relazioni e di comportamenti coniugali.

Da tale premessa teologica deriva non solo l'obbligo giuridico dell'unità e fedeltà, ma si impone anche l'impegno all'indissolubilità in tutta la sua perentoria absolutezza, quale si conviene ad un'unione che assurge a simbolo dell'infettibile amore tra Cristo e la Chiesa: «*Agli sposati poi ordino non io, ma il Signore: la moglie non si separi dal marito — e qualora si separi, rimanga senza sposarsi o si riconcili col marito — e il marito non ripudi la moglie*» (Paolo, 1 Cor. 7, 10)⁽⁹⁾.

Poiché, poi, il consenso matrimoniale e la donazione reciproca si realizzano come evento di alleanza in Cristo, il Signore stesso si fa garante della realizzazione del patto coniugale, impegnandosi ad effondere la sua grazia «*perché i coniugi, in maniera efficace, siano condotti a Dio e siano aiutati e rafforzati nello svolgimento della loro sublime missione di padre e di madre*» (GS 48) e, come aggiunge la stessa Costituzione conciliare, «*Cristo rimane con loro perché, come egli stesso ha amato la Chiesa e si è dato per lei, così anche i coniugi possano amarsi l'un l'altro fedelmente, per sempre, con mutua dedizione*» (GS 48)⁽¹⁰⁾.

Se tali argomentazioni sono indiscutibili e solidamente fondate dal punto di vista dell'ortodossia cattolica, non si può e non si deve trascurare il fatto che il paradigma teologico delle nozze tra Cristo e la Chiesa, cioè l'ordine della redenzione, è comunque collegato con l'ordine della creazione essendo già nell'Antico Testamento (cfr. *Gn* 2, 24) l'indissolubilità (al pari dell'unità) del matrimonio insita nella natura antropologica dell'uomo e della coppia umana: infatti, «*l'atto col quale i coniugi si donano e si accettano a vicenda possiede di per sé una sua interiore tendenza alla definitività ed all'esclusività. Colui che fa dono di sé all'altro non appartiene più a se stesso, ma all'altro [...]*»⁽¹¹⁾.

Con espressioni particolarmente incisive la sentenza in esame puntualizza questo aspetto ricordando che «*già nell'ordine creaturale il matrimonio è stato voluto da Dio come una realtà indissolu-*

⁽⁹⁾ *Ivi*, pp. 40 ss.

⁽¹⁰⁾ C. ROCCHETTA, *Il sacramento della coppia. Saggio di teologia del matrimonio cristiano*, Bologna, 1997, p. 185.

⁽¹¹⁾ W. KASPER, *Teologia del matrimonio cristiano*, Brescia, 1985, p. 46.

bile, che l'uomo non può dividere (Mt 19, 6). Il matrimonio-sacramento conferma questa indissolubilità e la ratifica, introducendola nel mistero dell'alleanza di Cristo con la Chiesa»⁽¹²⁾.

Prima ancora che simbolo dell'unione tra Cristo e la sua Chiesa, dunque, la fedeltà esclusiva e definitiva dell'unione matrimoniale è considerata immagine della fedeltà di Dio all'alleanza, fedeltà assoluta cui spesso si fa riferimento nell'Antico Testamento. E così avviene che quanto già si trova «nel significato che il matrimonio possiede dalla creazione, riceve la sua evidenza e la sua determinatezza finale con l'inclusione dell'ordine della creazione in quello della redenzione [...]»⁽¹³⁾.

Ne deriva che non soltanto il vincolo sacramentale, ma già il vincolo naturale è indissolubile⁽¹⁴⁾.

Del resto anche nel suo sviluppo storico, la tesi dell'indissolubilità del matrimonio ha avuto sicuramente la priorità rispetto alla percezione ed alla proclamazione da parte della Chiesa della sacramentalità del matrimonio stesso⁽¹⁵⁾. La Chiesa, infatti, si dichiarò per il principio dell'indissolubilità del matrimonio già molti secoli prima di qualificare, nel XII secolo, il matrimonio come uno dei sette sacramenti. Anzi, l'indissolubilità come proprietà essenziale del matrimonio ha contribuito in modo decisivo al riconoscimento della sua sacramentalità⁽¹⁶⁾.

Dunque, il sacramento del matrimonio ratifica e garantisce il *per sempre* ed il *tutto* a cui gli sposi anelano nelle profondità del loro amore, facendolo partecipare all'amore definitivo di Cristo per la Chiesa⁽¹⁷⁾. Ma, aggiunge Mons. Stankiewicz, «*certum est indissolubilitatem natura sua cuilibet valido matrimonio competere, videlicet sive quod celebratur a baptizatis, sive a non baptizatis*» (n. 4).

(12) Cfr. C. ROCCHETTA, *Il sacramento della coppia*, op. cit., p. 184.

(13) *Ibidem*.

(14) G. CERETI, *Il matrimonio e l'indissolubilità: nuove prospettive*, Bologna, 1971, pp. 78-84.

(15) Per un approfondimento di carattere storico cfr., ad esempio, O. GIACCHI, *La dottrina matrimoniale di S. Ambrogio nel Decreto di Graziano*, in AA.VV., *San' Ambrogio nel XVI centenario della nascita*, Milano, 1940, pp. 1 ss.

(16) K. REINHARDT, *Sacramentalità e indissolubilità del matrimonio dal punto di vista dogmatico*, in AA.VV., *Il matrimonio. Una ricerca storica e teologica*, Brescia, 1981, pp. 138-141.

(17) C. ROCCHETTA, *Il sacramento della coppia*, op. cit., p. 185.

3. *Il fondamento naturale dell'indissolubilità.*

Una analisi approfondita della fondazione naturale della indissolubilità risale già a S. Tommaso, per il quale tale proprietà si fonda sulla necessità dei genitori di collaborare al benessere della famiglia e della prole, oltre che sull'esigenza di reciproco aiuto dei coniugi⁽¹⁸⁾. Quasi a dire che l'indissolubilità risponde, in definitiva, alle finalità per le quali l'istituto del matrimonio sorge in natura⁽¹⁹⁾.

Un profondo conoscitore del pensiero tomistico, come Giovanni Paolo II, inquadra anch'egli la dimensione naturale del matrimonio nella sua indole teologica, ricordando (ad esempio nell'Allocuzione alla Rota Romana 1° febbraio 2001, n. 5⁽²⁰⁾) anzitutto che il bene dei coniugi e la procreazione ed educazione della prole, come finalità del matrimonio intrinsecamente presente nella mascolinità e nella femminilità, sono decisive per comprendere la dimensione naturale del matrimonio; ed, in secondo luogo, che l'indole naturale del matrimonio si comprende meglio quando non la si separa dalla famiglia: « *matrimonio e famiglia sono inseparabili, poiché la mascolinità e femminilità delle persone sposate sono costitutivamente aperte al dono dei figli. Senza tale apertura nemmeno ci potrebbe essere un bene dei coniugi degno di tale nome* ».

Dalle osservazioni del Dottore Angelico muove anche quella recente dottrina canonistica che, soffermandosi sugli elementi naturali fondanti dell'indissolubilità, ribadisce, sulla scorta pure di importanti documenti ufficiali della Chiesa Cattolica, come tale proprietà scaturisca da una pluralità di beni e fini del matrimonio, quali, appunto, il bene dei coniugi, che esige l'indissolubilità del vincolo da essi creato, poiché è questo il bene che essi stessi si sono impegnati a « promuovere »⁽²¹⁾, ed il bene della famiglia, in quanto la nascita e l'educazione di eventuali figli richiedono la pre-

(18) Cfr. *Summa Theol. Suppl.*, q. 67 a. 1.

(19) Cfr. M.E. CASELLATI ALBERTI, *Indissolubilità e unità*, op. cit., p. 89.

(20) AAS 93 [2001] pp. 359-360; al proposito cfr. G. BERTOLINI, *Fede, intenzione sacramentale e dimensione naturale del matrimonio. A proposito dell'Allocuzione di Giovanni Paolo II alla Rota Romana per l'anno giudiziario 2001*, in *Il Diritto Ecclesiastico*, I (2001), pp. 1405 ss.

(21) H. FRANCESCHI, *Il « bonum societatis » e l'indissolubilità del matrimonio*, in *Ius Ecclesiae*, 15 (2003), p. 734.

senza e l'intervento dei due genitori, che costituiscono il normale ambiente di vita stabile per la prole⁽²²⁾.

A proposito, infatti, non solo in tal senso si esprime il *Catechismo della Chiesa Cattolica* quando sottolinea che «i figli sono il preziosissimo dono del matrimonio e contribuiscono moltissimo al bene degli stessi genitori» e che, pur senza stabilire una gerarchia tra i fini del matrimonio, è innegabile che la vera pratica dell'amore coniugale e tutta la struttura della vita familiare che ne nasce tendono a far sì che i coniugi cooperino «con l'amore del Creatore e del Salvatore, che attraverso di loro continuamente dilata e arricchisce la sua famiglia [cfr. GS n. 48]» (1652). Ma in tal senso è anche orientato quel documento fortemente richiesto dal Sinodo dei Vescovi nel 1980 e presentato dalla Santa Sede tre anni dopo che è la *Carta dei diritti della famiglia*, il quale ribadisce appunto, nel Preambolo, che la famiglia, società naturale fondata sul matrimonio, è «l'istituzione naturale alla quale è affidata in maniera esclusiva la missione di trasmettere la vita», missione che comprende la trasmissione di quei «valori culturali, etici, sociali, spirituali e religiosi, essenziali per lo sviluppo e il benessere dei propri membri e della società»: in altre parole la famiglia è «il luogo dove diverse generazioni si incontrano e si aiutano vicendevolmente a crescere nella sapienza umana e ad armonizzare i diritti degli individui con le altre istanze della vita sociale».

Tali argomentazioni erano del resto già riprese e ribadite anche dalla citata *Gaudium et Spes* (n. 48), secondo la quale, come si ricordava nell'introduzione, l'istituto matrimoniale e con esso l'amore coniugale sono ordinati per la loro stessa natura alla procreazione ed educazione della prole, trovando in ciò il proprio coronamento. L'alleanza coniugale, continua il documento, unisce intimamente l'uomo e la donna e ne fa «una sola carne» (Mt 19,6): «questa intima unione, in quanto mutua donazione di due persone, come pure il bene dei figli, esigono la piena fedeltà dei coniugi e ne reclamano l'indissolubile unità». E la costituzione conciliare va oltre sottolineando come questa intima comunità di vita e d'amore coniugale, fondata dal Creatore e strutturata con leggi proprie, cer-

(22) PH. DELHAYE, *Proposizioni sulla dottrina del matrimonio cristiano. Commento*, op. cit., p. 401; cfr. anche ID., *Commentaire*, in *Commission Theologique Internationale*, Paris, 1988, p. 201.

tamente nasce, anche davanti alla società, dall'atto umano, e cioè dall'irrevocabile consenso personale col quale i coniugi mutualmente si danno e si ricevono, ma ha stabilità «per ordinamento divino». La *Gaudium et Spes*, cioè, spiega che questo legame sacro, pur nascendo dall'atto umano, non dipende, una volta sorto, dall'arbitrio dell'uomo ma da Dio stesso e questo fatto «è di somma importanza per la continuità del genere umano, il progresso personale e la sorte eterna di ciascuno dei membri della famiglia, per la dignità, la stabilità, la pace e la prosperità della stessa famiglia e di tutta la società umana». Si può dunque affermare che, secondo l'importantissimo documento conciliare, l'indissolubilità del matrimonio è saldamente fondata al «bene dei coniugi, della prole e anche della società».

Concetto, quest'ultimo, valorizzato nel suo insieme da una recente ed attenta giurisprudenza rotale: così, infatti, una *coram* Sciacca del 25 ottobre 2002 non solo ricorda che la validità di un matrimonio costituisce un bene comune per la Chiesa e per la società civile⁽²³⁾, ma si serve di tale ragionamento per riproporre la questione del fondamento naturale dell'indissolubilità del matrimonio e sostenere che una «stabilità» dei vincoli familiari è elemento essenziale nello sviluppo armonico delle persone, ed è la famiglia fondata sul matrimonio il luogo dove si acquisiscono le principali identità personali, l'ambiente adeguato per il raggiungimento della propria maturità, che, a sua volta, permetterà l'armonico inserimento nella società come cittadino, come fedele e come membro della comunità degli uomini.

4. *L'amore coniugale.*

Le osservazioni sinora riportate riconducono l'indissolubilità a quattro specifici beni: dei coniugi, della prole, della famiglia e della società.

Ma se si cerca di individuare un collante tra questi beni e si legge con attenzione l'insegnamento non solo del Concilio e della *Gaudium et Spes* ma dello stesso *Catechismo della Chiesa Cattolica*, si può giungere ad una ulteriore affermazione: cioè che quei beni

⁽²³⁾ Cfr. H. FRANCESCHI, *Il «bonum societatis» e l'indissolubilità del matrimonio*, op. cit., p. 723.

sono tra loro uniti e si legittimano reciprocamente in virtù di un elemento sul quale il Vaticano II ha particolarmente insistito, inquadrando il matrimonio in una dimensione personalista ed unitiva.

Questo elemento ci sembra poter essere l'amore coniugale⁽²⁴⁾, già peraltro posto ad architrave del matrimonio cristiano in antiche e sempre valide fonti, dalla Patristica, specialmente greca, a S. Tommaso ed Ugo di S. Vittore fino ai più vicini documenti magisteriali tra i quali non va ignorata l'enciclica *Casti connubii*. In tale lettera, infatti, già Pio XI affermava che esso «penetra» tutti i doveri coniugali e detiene una sorta di «primato di nobiltà» nel matrimonio cristiano.

Il Vaticano II ha ripreso questa tradizione ponendo l'amore coniugale a sostegno e fondamento di quella visione unitiva delle nozze cristiane, che il Codex del 1983 ha intrecciato con la tradizionale visione sessuale procreativa.

Non è questa la sede per ricordare la feconda elaborazione canonistica, dottrinale e giurisprudenziale, avutasi anche prima della pubblicazione del Codex del 1983 in conseguenza della esigenza di armonizzare il sistema giuridico matrimoniale della Chiesa allo spirito del Vaticano II. Basti dire come, in tempi nei quali venivano resi noti i testi della riforma, la dottrina, che sino allora aveva dato i migliori contributi alla evoluzione interpretativa delle norme matrimoniali canoniche alla luce dei nuovi principi conciliari, sottolineava che è il patto di amore di un uomo e di una donna a reclamare una durata indistruttibile e una dedizione totale e reciproca⁽²⁵⁾.

A Codex pubblicato si è ribadito da più voci che le qualità proprie dell'amore nuziale, che è personale, insostituibile ed asso-

(24) Autorevole dottrina, nel tentativo di approfondire la sostanza dell'amore coniugale al di là degli aspetti meramente contingenti e di darvi un contenuto rilevante per il giurista (canonico in particolare), ha individuato tre aspetti dello stesso tanto fondamentali quanto elementari: la considerazione dell'altro come persona, il considerare l'altro come la persona con la quale si farà vita comune ed il volere il bene dell'altro; cfr. O. FUMAGALLI CARULLI, *Essenza ed esistenza nell'amore coniugale: considerazioni canonistiche*, in *Ephemerides Iuris Canonici*, 3-4 (1980), pp. 216-217.

(25) Cfr. O. GIACCHI, *Diritto canonico e riforma del diritto matrimoniale*, in *Ephemerides Iuris Canonici*, 29 (1973), pp. 9-10; ID., *Del consenso matrimoniale sotto l'aspetto giuridico*, in AA.VV., *Acta conventus internationalis canonistarum*, Città del Vaticano, 1970, pp. 503 ss.

luto, costituiscono il riassuntivo elemento positivo a favore della tesi della radice naturale dell'indissolubilità⁽²⁶⁾.

Il fondamento conciliare di queste osservazioni è ancora una volta nel passo di *Gaudium et Spes* che ravvisa nella essenziale dinamica dell'amore specificamente coniugale la tendenza innata di ricevere la donazione dell'altro come totale, definitiva ed esclusiva, in ordine alla costituzione di una comunità profonda di vita e d'amore ed alla procreazione⁽²⁷⁾.

Il Concilio, cioè, come già la precedente tradizione, inquadra l'indissolubilità nella corretta visione dell'uomo e del suo destino trascendente, quale illuminata ed arricchita dalla Rivelazione.

Al proposito, riprendendo una distinzione tradizionale nella filosofia cristiana, quella, cioè, tra natura e cultura, è stato osservato che se si abbracciasse una concezione materialista ed immanentista, il matrimonio potrebbe sembrare un mero «*prodotto fortuito delle forze cieche della natura, da attribuire all'evoluzione biologica, culturale e sociale, e quindi soggetta a mutamenti come gli altri prodotti della cultura*»⁽²⁸⁾. Alla luce, invece, dell'antropologia cristiana e della fede, l'istituto si rivela «*espressione istituzionalizzata delle esigenze più profonde della natura sessuata dell'uomo*», creata con tali esigenze da Dio proprio per realizzare sull'umanità il suo disegno d'amore (cfr. già l'Enc. *Humanae vitae*, 8). E l'indissolubilità (come pure l'unità) del matrimonio appare, in questa prospettiva, come l'espressione tecnica delle esigenze più profonde e connaturali dell'autentico amore sponsale⁽²⁹⁾.

La stessa intelaiatura filosofica ed antropologica fornisce la trama alla Esortazione Apostolica *Familiaris consortio*, pubblicata qualche anno prima del Codex e che può dirsi frutto maturo del Concilio quanto al Magistero sulla famiglia. In tale documento si afferma che se «*Dio ha creato l'uomo a sua immagine e somiglianza*» (Gn 1, 26), chiamandolo all'esistenza per amore, l'ha chiamato nello stesso tempo all'amore. L'amore è pertanto la fondamentale e nativa vocazione di ogni essere umano. In quanto l'uomo è corpo e spirito, è chiamato all'amore in questa sua totalità unifi-

(26) Cfr. L. LIGIER, *Il matrimonio, questioni teologiche e pastorali*, Roma, 1988, p. 180.

(27) U. NAVARRETE, *Indissolubilità del matrimonio*, op. cit., p. 578.

(28) *Ivi*, p. 577.

(29) *Ibidem*.

cata». Affermazione, del resto, che Giovanni Paolo II, da teologo e prima ancora di assurgere al Pontificato romano, aveva ribadito in un'opera fondamentale per comprendere anche il successivo magistero pontificio sulla «coppia umana», sostenendo che «*la soppressione della poligamia e il ristabilimento della monogamia e dell'indissolubilità del matrimonio sono strettamente legate al comandamento dell'amore, che [...] noi associamo alla norma personalistica... La norma personalistica, che è al di sopra della volontà e delle decisioni delle persone interessate, esige che questa unione duri fino alla morte. Ogni altra concezione mette la persona nella situazione di oggetto di godimento, il che equivale alla distruzione dell'ordine oggettivo dell'amore, in cui si trova affermato il valore sopra-utilitario della persona*»⁽³⁰⁾.

La sentenza in esame si pone in perfetta linea con l'orientamento appena esposto e riporta fedelmente quanto scritto già nel 1977 dal segretario generale della Commissione Teologica Internazionale a commento del documento sopra citato: «*... (l')indissolubilità è la conclusione delle esigenze dell'unione coniugale, della volontà di Dio creatore, dell'amore redentore, come delle considerazioni fatte per il bene della società e dei bambini... La promessa di un rapporto coniugale fedele e duraturo è fin dall'inizio nella volontà, nell'affettività, nel desiderio stesso di due persone che si donano totalmente, cioè in tutto ciò che esse sono e saranno...*»⁽³¹⁾.

5. Il matrimonio:

5.1. Istituzione «ecclesiale».

Dopo avere approfondito la questione della *ratio naturalis* della indissolubilità, ci si deve soffermare sull'altro dei temi individuati nell'introduzione alla presente nota, tema che è a sua volta fondamento e punto di partenza di quanto appena esposto: quello, appunto, della naturalità dello stesso istituto matrimoniale.

Mons. Stankiewicz prende nettamente posizione contro quegli autori che «*dimensionem naturalem a matrimonio christiano remo-*

⁽³⁰⁾ K. WOJTYLA, *Amore e responsabilità*, Alessandria, 1980, pp. 155 ss.

⁽³¹⁾ PH. DELHAYE, *Proposizioni sulla dottrina del matrimonio cristiano. Commento*, op. cit., p. 401.

vendam esse putent, ne propter "reductionem naturalisticam" sacramenti matrimonii, pactum seu foedus matrimoniale collocetur "esclusivamente a livello dell'azione umana"» (n. 4). Tale affermazione si spiega considerando che la tradizionale dottrina canonistica è stata messa in discussione da chi ha sostenuto appunto che se è giusto sottolineare, come ha fatto il novellato codice di diritto canonico, che l'idea di patto costituisce il *proprium* di ogni matrimonio, sarebbe sbagliato, o per lo meno insufficiente nei riguardi del sacramento del matrimonio, collocare tale patto «*esclusivamente a livello dell'azione umana*»⁽³²⁾. Ciò nel senso che il consenso manifestato dagli sposi (cristiani) non andrebbe inteso come opera autonoma dell'uomo e della donna, ma come «strumento» in cui emerge con tutta la sua efficacia il «sì» pronunciato nella Chiesa da Cristo.

In altri termini, per Corecco il matrimonio è una realtà sacra, le cui radici s'innestano nell'economia della creazione e che nell'economia della salvezza viene elevata da Cristo a sacramento: elevazione potremmo dire «necessaria» perché la centralità che il rapporto uomo-donna ha già nell'economia della creazione doveva necessariamente essere restaurata nell'economia della salvezza, tutta la creazione essendo stata restaurata dall'incarnazione di Cristo⁽³³⁾. Se così non fosse stato, cioè, il matrimonio non avrebbe partecipato alla restaurazione specifica della Grazia.

Da tale impostazione si deducono importantissime conseguenze non solo sul piano strettamente teologico ma anche su quello più specificamente giuridico. Prima fra tutte l'impossibilità di separare il sacramento dal contratto matrimoniale, impossibilità in virtù della quale non è più possibile, per i coniugi battezzati, un «*ritorno al Matrimonio di diritto naturale... perché per i battezzati esso cessa di esistere*»⁽³⁴⁾. Ed ancora l'opportunità di inquadrare il sacramento del matrimonio non solo nella teologia sacramentaria

⁽³²⁾ E. CORECCO, *Il matrimonio*, in *Id.*, *Il diritto della Chiesa*, Milano, 1995, pp. 183-184.

⁽³³⁾ Corecco, citando Ratzinger, afferma che «*l'idea di elevazione è forse la categoria più geniale e carica di conseguenze di tutta la riflessione teologica sulla struttura del Matrimonio cristiano. Significa che il Matrimonio in quanto realtà naturale radicata nell'economia della creazione, si realizza pienamente nel sacramento, allo stesso modo che l'economia della creazione si realizza pienamente in quella della salvezza*»; cfr. J. RATZINGER, *Zur Theologie der Ehe*, in *Theologie der Ehe*, Regensburg-Göttingen, 1969, pp. 91-93.

⁽³⁴⁾ *Ivi*, p. 500.

ma anche nella ecclesiologia e pertanto di considerarlo « cardine » della costituzione della Chiesa.

Il matrimonio, cioè, sarebbe l'elemento costituzionale che permette alla Chiesa di « incarnarsi » nel mondo per operare il suo mandato⁽³⁵⁾. E sarebbe realtà ecclesiologica e non semplicemente realtà naturale, essendo tale qualifica ambigua in quanto riferita ad una realtà metafisica astratta quale quella elaborata dalla filosofia aristotelica⁽³⁶⁾. Allora, l'istituto elevato da Cristo a Sacramento non sarebbe il matrimonio « naturale », bensì il « *matrimonio concreto* », istituito da Dio nell'economia della creazione e già destinato a presignificare l'amore di Cristo per la Chiesa⁽³⁷⁾.

La conclusione teologica di questa costruzione dottrinale è che invece di continuare a fare riferimento ad un « matrimonio naturale » sarebbe più opportuno e finanche più esatto affermare semplicemente che « *nell'economia della salvezza la natura del matrimonio cristiano coincide con la sacramentalità* »⁽³⁸⁾.

Quanto, poi, alla conclusione più squisitamente giuridica, l'elemento naturale scompare cedendo, potremmo dire, il proprio « posto » al sacramento, la cui specificità è data appunto dal fatto che solo la realtà significata, cioè l'amore di Cristo per la Chiesa, diventa determinante per il contenuto e per l'efficacia del segno⁽³⁹⁾. Di qui l'esigenza di una rivisitazione giuridica dell'istituto matrimoniale, sia *de iure condito* sia *de iure condendo*, che si fondi più sulla nozione di sacramento che su quella di contratto e che

⁽³⁵⁾ E.W. VOLONTÉ, *L'elemento teologico negli scritti di Eugenio Corecco sul matrimonio*, in *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, XVI (2000), pp. 649 ss. Se l'uomo e la donna non si sposassero e non procreassero, spiega Corecco, l'umanità si estinguerebbe ed alla Chiesa verrebbe a mancare il presupposto naturale della propria esistenza (« *anche se la sua crescita numerica non avviene in forza del sacramento del matrimonio, ma in forza del dono della fede, dato individualmente e costantemente elargito dallo Spirito* »); cfr. E. CORECCO, *Il matrimonio nel nuovo Codex Iuris Canonici: osservazioni critiche*, in AA.Vv., *Studi sulle fonti del diritto matrimoniale canonico*, Padova, 1988, pp. 113-114.

⁽³⁶⁾ Cfr. E. CORECCO, *Ius et Communio. Scritti di Diritto Canonico*, Casale Monferrato, 1997, p. 575.

⁽³⁷⁾ E. CORECCO, *Il matrimonio nel nuovo Codex Iuris Canonici*, op. cit., pp. 112-113.

⁽³⁸⁾ E. CORECCO, *Ius et Communio*, op. cit., p. 582.

⁽³⁹⁾ E. CORECCO, *Il matrimonio nel nuovo Codex Iuris Canonici*, op. cit., pp. 115-116.

sia più coerente con la sua natura ecclesiologica. In tal modo si eviterebbe che la distinzione nel matrimonio tra elemento contrattuale e sacramentale, introdotta dalla teologia medievale, degeneri (come avvenuto progressivamente nei secoli) in separazione reale dell'elemento di diritto naturale da quello di diritto divino: una separazione che ha finito con il «piegare» il sacramento alle esigenze del contratto, determinando pertanto per un verso la sottovalutazione, dal punto di vista della spiritualità, del valore salvifico dell'amore tra l'uomo e la donna, e per altro verso la mancanza, da parte della teologia, della valorizzazione del nesso tra matrimonio ed ecclesiologia e la «mondanizzazione», da parte del popolo cristiano, della propria esperienza coniugale⁽⁴⁰⁾. In altri termini, secondo l'impostazione appena riportata, la canonistica dovrebbe svincolarsi dalla disciplina matrimonialistica mutuata dalla concezione cristiana del diritto naturale e riformulare la materia degli impedimenti matrimoniali, della forma canonica e del consenso, facendo maggiore attenzione ai contenuti specifici della fede.

5.2. *Avvenimento giuridico tra dogma e diritto.*

Sulle orme della impostazione dottrinale appena esposta sono state formulate di recente altre critiche alla tradizionale concezione canonistica accusata di una lettura «metafisica» dell'istituto matrimoniale che identifica il matrimonio con «*un istituto preteso naturale in senso naturalistico, inteso in forza di una ratio ridotta altrettanto impropriamente a osservare il reale dentro parametri puramente intramondani*»⁽⁴¹⁾.

Il matrimonio, invece, sarebbe — un «*avvenimento giuridico*» che «*si identifica con la particolare esperienza in forza della quale due fedeli diventano coniugi. Coincide, perciò, esattamente con l'evento pattizio*»⁽⁴²⁾. Di conseguenza esso non può essere oggetto di una lettura astratta o metafisica, ma deve essere compreso nel concreto perché «*solo quella lettura che afferma l'universale nel/come*

⁽⁴⁰⁾ E. CORECCO, *Il sacramento del matrimonio: cardine della costituzione della Chiesa*, in *Scritti in memoria di Orio Giacchi*, Milano, 1984, p. 405.

⁽⁴¹⁾ G. ZANNONI, *Il matrimonio canonico nel crocevia tra dogma e diritto. L'amore avvenimento giuridico*, Genova, 2002, pp. 54-56.

⁽⁴²⁾ *Ivi*, p. 41.

singolare può soddisfare l'esigenza di comprendere l'umano nella sua natura propria»⁽⁴³⁾. Tanto più che la Chiesa non si sarebbe mai concepita guardiana di principi astratti, quanto piuttosto madre e guida al Cristo verità della vita dell'uomo. Atteggiamento evidente finanche nel modo in cui Essa ha affrontato ed affronta la questione dell'indissolubilità del matrimonio.

A questo riguardo, infatti, si sottolinea che il nucleo dottrinale attorno al quale ruota l'intero istituto attinge al diritto divino rivelato e presuppone l'indissolubilità in senso stretto del patto in Cristo, patto che rivive o «*accade ultimamente nell'una caro tra fedeli che pone in essere il segno efficace e permanente del patto tra Cristo e la Chiesa*»⁽⁴⁴⁾. Perché è nella *communio vitae coniugali* creata dal reciproco consenso seguito dalla copula che si realizza la Chiesa nella Sua forma domestica. Così il can. 1056, parlando di *peculiarem firmitatem*, vorrebbe dire che fuori di Cristo la pur sostanziale nota dell'indissolubilità del patto resta, nel cuore umano, esigenza insopprimibile ma «*impossibile di fatto*»⁽⁴⁵⁾. Ciò che universalmente si chiama «*amore*», infatti, esige, riporta e tende come sua fisionomia propria a «*quanto non viene meno*». Tale desiderio sincero ma ultimamente impossibile si compie solo per Grazia e manifesta insieme la gratuità dell'Evento Cristo e la necessità del Redentore⁽⁴⁶⁾.

Tale orientamento, come il precedente da cui trae ispirazione, si presenta non perfettamente coerente con la canonistica tradizionale e desta ancora ulteriori perplessità sotto un profilo squisitamente giuridico, forse anche a causa di un linguaggio poco convenzionale e decisamente originale rispetto a quello cui la dottrina ci ha da sempre abituati. Pur partendo da concetti teologici condivisibili quali la fede come avvenimento o incontro con la persona di Cristo, l'Autore si spinge ben oltre il suo predecessore e porta ad estreme conseguenze, non immuni da qualche contraddizione, l'idea del sacramento come sola possibile «verificazione» dell'istituto matrimoniale nella realtà umana. Ed ancora una volta sono il metodo d'indagine e l'impostazione giuridica di fondo a non coincidere con quelli della consolidata canonistica.

⁽⁴³⁾ *Ibidem*.

⁽⁴⁴⁾ *Ivi*, p. 223.

⁽⁴⁵⁾ *Ibidem*.

⁽⁴⁶⁾ *Ivi*, p. 225-226.

Così, se il matrimonio è comunque «avvenimento giuridico» e può essere compreso solo da una lettura che afferma l'universale nel singolare, come può evitarsi di individuare un modello di riferimento cui tutte le singole unioni debbano cercare se non di ispirarsi perlomeno tendere? Non si tratta di «vivisezionare le ragioni del vincolo da quelle dell'amore», ma, semmai, di valorizzare proprio l'amore coniugale attraverso le ragioni del vincolo. Come, d'altronde, hanno fatto negli ultimi decenni sia la giurisprudenza dei tribunali ecclesiastici che la dottrina più attenta sulla spinta innovatrice dell'aggiornamento conciliare e della rinnovata definizione dell'istituto matrimoniale ad opera del Codice del 1983. Si pensi semplicemente, per fare un esempio, alla valorizzazione del *bonum coniugum* ed a quelle che sono state da autorevole dottrina individuate come sue specifiche proiezioni⁽⁴⁷⁾.

A maggior ragione se l'«avvenimento giuridico» grazie al quale due fedeli diventano coniugi coincide, come dice l'Autore, nell'evento pattizio ed ha perciò alla sua origine il patto o *foedus coniugale*, perché questo patto non sia lasciato alla volubilità dei due sposi ma inquadrato alla luce dei precetti dati da Cristo occorre necessariamente che siano disciplinati dal diritto alcuni aspetti della volontà, distinguendo in essi elementi essenziali ed elementi solo esistenziali.

Ancora, se l'incontro con Cristo nel matrimonio si ha solo con la «una caro», come giustificare i matrimoni virginali, il primo dei quali è quello di Giuseppe e Maria?

Ed infine, se l'indissolubilità senza Cristo è impossibile, perché la tradizione canonistica e la Chiesa continuano a ritenere un male le leggi divorzistiche? Senza contare che un'affermazione del genere potrebbe condurre al corollario per cui il matrimonio civile è naturalmente dissolubile, cosa decisamente smentita dal Catechismo della Chiesa Cattolica.

Sembra evidente che la tendenza ad una maggiore «sacramentalizzazione» del matrimonio canonico, almeno secondo le linee sopra delineate, conduca a conseguenze di netto contrasto rispetto alle nozioni ribadite dal pensiero ufficiale della Chiesa Cattolica.

(47) O. FUMAGALLI, *Il governo universale della Chiesa e i diritti della persona*, Milano, 2003, pp. 191 ss.

5.3. *Istituzione naturale.*

Il Decano della Rota vuole invece ribadire, nel solco della dottrina tradizionale, che il matrimonio è «*prima di tutto e soprattutto un'istituzione naturale*»⁽⁴⁸⁾. Affermazione niente affatto scontata se posta a confronto con le tesi dianzi indicate e che, proprio per questo, abbisogna di continue precisazioni. Alcune sue conseguenze logiche e necessarie sono state evidenziate in tempi moderni con particolare perspicacia dalla dottrina spagnola⁽⁴⁹⁾, che, al seguito della concezione tomistica, ha inquadrato il matrimonio nella visione antropologica cristiana per porre a fuoco alcuni aspetti. Il primo è che, non avendo la sua origine nell'inventiva umana, il matrimonio è un dato di natura: non è ciò che l'uomo aggiunge ai dati naturali, quanto piuttosto è esso stesso un dato naturale.

Il secondo, quale corollario, è che, essendo parte della natura umana, esso rappresenta concretamente la modalità umana dello sviluppo completo della sessualità.

Il terzo aspetto è che, in quanto istituzione propria dell'uomo, esso è razionale nel senso che l'unione tra uomo e donna procederebbe non già dall'*instinctus naturae*, non dalle forze istintive, bensì dall'*inclinatio rationalis*, da un'inclinazione della volontà, dominata e regolata da un atto della ragione.

L'ultimo aspetto è che il matrimonio, in quanto istituto naturale, è un'istituzione di legge naturale e, per gli aspetti giuridici, di diritto naturale: dove per diritto naturale si intende non l'*instinctus*, comune a tutti gli animali, ma la *naturalis ratio*.

Con queste precisazioni si conclude che la relazione tra uomo e donna e persino tra marito e moglie, anche se ammette forme accidentali e secondarie di matrice culturale, di per sé e nei suoi tratti essenziali e fondamentali, scaturisce ed è intimamente legata alla natura della persona umana ed alla distinzione tra mascolinità e femminilità⁽⁵⁰⁾.

(48) J. HERVADA, *Studi sull'essenza del matrimonio*, Milano, 2000, pp. 222 ss.

(49) Tra gli altri in questa sede il riferimento è ai professori Hervada e Viladrich.

(50) J. HERVADA, *Studi sull'essenza del matrimonio*, op. cit., pp. 222.

6. *Gli interventi di Giovanni Paolo II.*

6.1. *Il matrimonio realtà naturale.*

Giovanni Paolo II ha ribadito in più di un'occasione i concetti appena esposti, sin dall'inizio del suo pontificato commentando ed approfondendo il passo del Genesi «*maschio e femmina li creò*» (Gen. 1,27). Per prendere un discorso riassuntivo di precedenti affermazioni ed indirizzato specificamente agli operatori della giustizia, l'Allocuzione alla Rota Romana del 1° febbraio 2001, già sopra citata, ricorda che il Magistero ecclesiastico e la legislazione canonica contengono abbondanti riferimenti all'indole naturale del matrimonio. In particolare il Concilio Vaticano II, nella *Gaudium et spes*, premesso che «*Dio stesso è l'autore del matrimonio, dotato di molteplici beni e fini*» (n. 48), ha affrontato alcuni problemi di moralità coniugale rifacendosi a «*criteri oggettivi, che hanno il loro fondamento nella natura stessa della persona umana e dei suoi atti*» (n. 51). A loro volta, entrambi i Codici promulgati sotto il suo pontificato, formulando la definizione del matrimonio, affermano che il «*consortium totius vitae*» è «*per sua indole naturale ordinato al bene dei coniugi e alla generazione ed educazione dei figli*» (CIC, can. 1055; CCEO, can. 776 § 1).

Il Pontefice si rammarica che questa verità, nel clima creato da una sempre più marcata secolarizzazione e da una impostazione del tutto privatistica del matrimonio e della famiglia, sia non solo disattesa, ma apertamente contestata.

Ciò sarebbe dovuto al fatto che, dimenticato il concetto metafisico della nozione di «natura» sotteso ai citati documenti della Chiesa, sono sorti molti equivoci. Primo fra tutti la riduzione di tutto ciò che è specificamente umano all'ambito della cultura, come se la persona avesse una creatività ed operatività completamente autonome sul piano sia individuale che sociale, ed il «naturale» fosse puro dato fisico, biologico e sociologico, da manipolare mediante la tecnica a seconda dei propri interessi.

Quando, invece, la Chiesa, prosegue il Santo Padre, insegna che il matrimonio è una realtà naturale, essa propone una verità evidenziata dalla ragione per il bene dei coniugi e della società e confermata dalla rivelazione di Nostro Signore, che mette esplicitamente in stretta connessione l'unione coniugale con il «*principio*»

(Mt 19,4-8), di cui parla il Libro della Genesi: «*li creò maschio e femmina*» (Gn 1,27), e «*i due saranno una carne sola*» (Gn 2,24).

6.2. *L'indissolubilità proprietà naturale.*

Ribadita questa importante verità il Pontefice prosegue il suo discorso traendo le dovute conseguenze ed affermando che le proprietà essenziali del matrimonio, ossia unità ed indissolubilità, s'iscrivono nell'essere stesso del matrimonio, non essendo in alcun modo leggi ad esso estrinseche. Pertanto il matrimonio si pone al di sopra ed al di fuori dei mutamenti della vita, degli sforzi, e perfino delle crisi, attraverso cui passa non di rado la libertà umana nel vivere i suoi impegni, proprio perché è un'unione che coinvolge la persona nell'attuazione della sua struttura relazionale naturale, che rimane essenzialmente la stessa attraverso la vita personale. Con ciò il Pontefice, lungi dal negare che il vincolo sia generato dal consenso e cioè da un atto di volontà dell'uomo e della donna, specifica che tale consenso, generatore del vincolo, attualizza una potenza già esistente nella natura dell'uomo e della donna.

È significativo che nei discorsi di Giovanni Paolo II specificamente rivolti a coloro, come i giudici rotali, che hanno un ruolo di nomofilachia (la loro giurisprudenza orientando l'evoluzione dell'ordinamento)⁽⁵¹⁾, siano rinvenibili gli elementi decisivi a favore della tesi (sostenuta nella sentenza in esame) che radica la forza indissolubile del vincolo nell'essenza naturale dell'unione, liberamente stabilita tra l'uomo e la donna.

Ed è altresì significativo il fatto che il dato naturale, autoritativamente confermato ed elevato a sacramento da Cristo, non sia ritenuto come dato giustificante la tendenza, oggi molto diffusa, ad ideologizzare la nozione del matrimonio nel senso di rivendicare una diversa valida concezione da parte di un credente o di un non credente, di un cattolico o di un non cattolico, come se il sacra-

(51) Cfr. J. LLOBELL, *Perfettibilità e sicurezza della norma canonica. Cenni sul valore normativo della giurisprudenza della Rota Romana nelle cause matrimoniali*, in Pontificium Consilium de Legum Textibus Interpretandis, «*Ius in vita et in missione Ecclesiae*». *Acta Symposii Internationalis Iuris Canonici, in Civitate Vaticana celebrati diebus 19-24 aprilis 1993*, Città del Vaticano, 1994, pp. 1231-1258.

mento fosse una realtà successiva ed estrinseca al dato naturale e non lo stesso dato naturale.

Il matrimonio non è, in altri termini, una qualsiasi unione tra persone umane, suscettibile di essere configurata secondo una pluralità di modelli culturali. L'uomo e la donna trovano in se stessi l'inclinazione naturale ad unirsi coniugalmente ed il matrimonio, come ben precisa San Tommaso d'Aquino, è naturale non perché «causato per necessità dai principi naturali», bensì in quanto è una realtà «a cui la natura inclina, ma che è compiuta mediante il libero arbitrio» (Summa Theol. Suppl., q. 41, a. 1). È, pertanto, altamente fuorviante ogni contrapposizione tra natura e libertà, tra natura e cultura.

Il tema dell'indissolubilità sta talmente a cuore a Giovanni Paolo II che viene ripreso anche nell'Allocuzione alla Rota Romana dell'anno successivo⁽⁵²⁾, in cui è ribadita l'importanza di una presentazione positiva dell'unione indissolubile, per riscoprirne il bene e la bellezza.

La sentenza in commento insiste molto su questo punto. L'indissolubilità, infatti, non è né deve essere intesa come un limite alla libertà dei contraenti, come un peso, che talora può diventare insopportabile, perché non è una legge estrinseca al matrimonio, una «imposizione» di una norma contro le «legittime» aspettative di un'ulteriore realizzazione della persona. Né si tratta di un modello proprio dei credenti, che questi pretenderebbero di «imporre» alla società civile.

Secondo l'insegnamento di Gesù, è Dio che ha congiunto nel vincolo coniugale l'uomo e la donna. Certamente tale unione ha luogo attraverso il libero consenso di entrambi, ma tale consenso umano verte su di un disegno che è divino.

In altre parole, è la dimensione naturale dell'unione, e più concretamente la natura dell'uomo plasmata da Dio stesso, a fornire l'indispensabile chiave di lettura delle proprietà essenziali del matrimonio. Il loro rafforzamento ulteriore nel matrimonio cristiano attraverso il sacramento (cfr. can. 1056) poggia su un fondamento di diritto naturale, tolto il quale diventerebbe incomprensibile la stessa opera salvifica e l'elevazione che Cristo ha operato una volta per sempre nei riguardi della realtà coniugale.

(52) Cfr. *www.vatican.va*.

A questo disegno divino naturale si sono conformati innumerevoli uomini e donne di tutti i tempi e luoghi, anche prima della venuta del Salvatore, e vi si conformano dopo la sua venuta tanti altri, anche senza conoscerlo.

La sentenza 49/02 riprende e sottolinea con il magistero pontificio la dimensione oggettiva dell'indissolubilità: affermare che il matrimonio «è» indissolubile, infatti, è affermare che questa proprietà esprime una dimensione del suo stesso essere oggettivo, non è un mero fatto soggettivo. Di conseguenza, il bene dell'indissolubilità è il bene dello stesso matrimonio; e l'incomprensione dell'indole indissolubile costituisce l'incomprensione del matrimonio nella sua essenza.

Ne consegue che il «peso» dell'indissolubilità ed i limiti che essa comporta per la libertà umana non sono altro che il rovescio, per così dire, della medaglia nei confronti del bene e delle potenzialità insite nell'istituto matrimoniale come tale.

7. *Indissolubilità intrinseca ed estrinseca; i «gradi» dell'indissolubilità.*

La sentenza qui commentata richiama la tradizionale distinzione tra indissolubilità intrinseca («*qua fit ut contrahentium potestate nequeat contractus initus irritari*») ed indissolubilità estrinseca («*qua fit ut non possit dissolvi voluntate Superioris*») ⁽⁵³⁾ per affermare che se quest'ultima è assoluta, piena e perfetta solo con riferimento al matrimonio rato e consumato, «*haec tamen specificatio effectum nullitatis peractae exclusionis non impedit, quem nempe ipso iure naturae detractio absolutae indissolubilitatis intrinsecae in-*

⁽⁵³⁾ Cfr. U. NAVARRETE, *De vinculo matrimonii in theologia et iure canonico*, in AA.VV., *Vinculum matrimoniale*, Roma, 1977, pp. 120-121. Quanto alla distinzione fra indissolubilità intrinseca ed estrinseca, lo stesso Mons. Stankiewicz, riprendendo il Conte a Coronata, in una sentenza del 17 dicembre 1993 aveva specificato che la detta proprietà essenziale «*ex se et natura sua ex quolibet valido contractu matrimoniali oritur; varios tamen gradus admittit prout eius oppositum seu solutio vinculi matrimonialis possibilis declaratur intrinsece aut extrinsece*». Itaque «*indissolubilitas intrinseca ea dicitur qua matrimonium seu vinculum matrimoniale mutuo consensu coniugum insolubile dicitur. Indissolubilitas extrinseca ea est qua vinculum matrimoniale insolubile dicitur non solum mutuo coniugum consensu, sed etiam qualibet publica interveniente auctoritate*».

ducit» (n. 9). Distinzione che lo stesso Ponente aveva ribadito già in precedenti sentenze.

Essa richiama altresì quella dottrina spagnola che, nel vedere nell'indissolubilità «*la pienezza vitale della forza con cui il vincolo unisce gli sposi*», individua sotto un profilo strettamente concettuale tre *gradus*, ossia tre «livelli di energia vincolante» della stessa: stabilità, perpetuità ed indissolubilità in senso stretto⁽⁵⁴⁾.

7.1. *La stabilità.*

La stabilità si fonderebbe sui fini propri del matrimonio, specialmente sulla procreazione ed educazione della prole. La loro realizzazione congiunta necessita, infatti, non solo di un lungo spazio di tempo nella vita dei due sposi, ma anche della creazione e conservazione fra di loro di un ambito di convivenza ed educazione non episodico ma permanente: ambito, peraltro, che caratterizzandosi come società primaria e stato di vita, è riconosciuto in tutte le culture pur in modi diversi.

A questo livello di stabilità del vincolo si riferirebbe il can. 1096, con l'espressione «consorzio permanente», nel determinare il grado di conoscenza minima che deve possedere l'intelletto del contraente perché possa esistere consenso sul matrimonio⁽⁵⁵⁾. Atterrebbe direttamente a questa stabilità il nubente che volesse dar vita al cd. «matrimonio di prova» o «*matrimonio per esperimento*». Esso è condannato dal magistero pontificio per una serie di considerazioni, tra le quali alcune tratte dalla ragione umana: «*la stessa ragione umana insinua la sua inaccettabilità, mostrando quanto sia poco convincente che si faccia un "esperimento" nei riguardi di persone umane, la cui dignità esige che siano sempre e solo il termine dell'amore di donazione senza alcun limite né di tempo né di altra circostanza*»⁽⁵⁶⁾.

⁽⁵⁴⁾ Cfr. P.J. VILADRICH, *Il consenso matrimoniale*, Milano, 2001, pp. 407 ss.; ID., *Estructura esencial del matrimonio y simulación del consentimiento*, Pamplona, 1997, p. 97. Il Ponente, Mons. Stankiewicz, ha ripreso tale classificazione anche in altre sentenze precedenti: cfr., tra le altre, la sentenza 26 novembre 1998.

⁽⁵⁵⁾ *Ivi*, p. 408.

⁽⁵⁶⁾ GIOVANNI PAOLO II, *Familiaris consortio*, n. 80.

7.2. *La perpetuità.*

La perpetuità troverebbe il suo fondamento nella complementarietà tra femminilità e mascolinità, in quanto natura umana sessuata. Detta complementarietà, dal momento in cui raggiunge il sufficiente sviluppo o maturità psico-somatica, non è intermittente né temporale, ma comprende tutta la vita, quindi manifesta la pienezza dei suoi aspetti propri e degli elementi diversi solo lungo tutte le età o i cicli della vita dell'uomo e della donna e non termina fino alla morte⁽⁵⁷⁾.

La volontà che esclude la perpetuità del vincolo sarebbe una volontà che, in quanto simulatoria, è sostitutiva del vero consenso. In tale ipotesi rientrerebbero svariati casi il cui denominatore comune sarebbe quello di contrarre un vincolo la cui forza di unire è, in se stessa, temporale, non perpetua, *ad tempus*, fino a quando il contraente o i contraenti ottengano un fine soggettivo quale, ad esempio, la durata del sentimento amoroso o dell'attrazione sessuale, la nascita di figli o la maggiore età di questi e simili⁽⁵⁸⁾.

7.3. *L'indissolubilità in senso stretto.*

L'indissolubilità in senso stretto, cioè come culmine della stabilità e perpetuità del vincolo, sarebbe alla base della natura del matrimonio come unione tra le persone ed evidenzerebbe il reale ed irreversibile potere generatore della mutua identità e reciproca autodeterminazione personale dato alla libertà quando assume, mediante il dono o l'accettazione di sé, la *una caro* o capacità di unità contenuta nella complementare dualità sessuale umana.

Il matrimonio, infatti, non è solo una realtà nell'ordine della natura umana e del fine della procreazione ad essa vincolata, ma contiene anche, ad un livello più profondo, una specifica realizzazione interpersonale a proposito del significato sponsale della sessualità e della procreazione umana.

Inoltre, questa irreversibile forza della comune identità di essere sposi, generata dalla libertà, è a sua volta fondamento del carattere personale della genealogia dovuta a ciascun nuovo essere

⁽⁵⁷⁾ P.J. VILADRICH, *Il consenso matrimoniale*, op. cit., pp. 408-409.

⁽⁵⁸⁾ *Ivi*, pp. 415-416.

umano, la filiazione come realtà intimamente relazionata alla coniugalità dell'uomo e della donna⁽⁵⁹⁾.

L'indissolubilità in senso stretto sarebbe esclusa quando il contraente si riserva un potere giuridico radicale, che eserciterà da sé o ricorrendo al potere di un'autorità competente a sciogliere il vincolo (almeno quanto agli effetti civili): è il cd. *ius divortandi* o riserva del diritto a sciogliere il matrimonio valido in base al riconoscimento di un potere estrinseco al vincolo matrimoniale capace di cancellare giuridicamente ed efficacemente la sua forza di unire⁽⁶⁰⁾.

Conclusioni.

La sentenza in esame evidenzia la volontà dell'attuale Decano della Rota Romana di ribadire alcuni principi fondamentali del diritto matrimoniale canonico. Lo fa con fermezza, anche a fronte di deviazioni dottrinali e giurisprudenziali, e con la autorevolezza di chi sa di essere uno dei più prestigiosi e anziani giudici rotali.

In particolare viene affermata la *ratio naturalis* dell'istituto matrimoniale per fondare in tal senso anche le sue proprietà essenziali. Il riferimento specifico, poi, è all'indissolubilità, elemento caratterizzante, appunto, il modello originario di matrimonio quale voluto ed istituito dal Creatore per tutti gli uomini, la relazione giuridica matrimoniale essendo la sola, fra tutte le relazioni scaturenti da un libero atto di volontà, ad impegnare l'uomo nell'interezza del suo essere personale⁽⁶¹⁾.

Una tale concezione, nonostante possa dirsi prevalente nella dottrina ufficiale della Chiesa dal Concilio di Trento al Concilio Vaticano II, non è tuttavia mai stata sancita da una dichiarazione del Magistero ecclesiastico pronunciata in maniera definitiva, almeno sino ai nostri giorni.

Né una dichiarazione definitiva è di per sé necessaria, «*una sana ermeneutica giuridica*» dovendo sempre tener conto «*dell'insieme degli insegnamenti della Chiesa, collocando organicamente*

⁽⁵⁹⁾ *Ibidem*.

⁽⁶⁰⁾ *Ivi*, pp. 417-418.

⁽⁶¹⁾ G. LO CASTRO, *Matrimonio, giustizia e diritto. Il caso dell'indissolubilità*, in *Id.*, *Matrimonio, diritto e giustizia*, Milano, 2003, p. 104.

ogni affermazione nell'alveo della tradizione», così da «*rifuggire sia da interpretazioni selettive e distorte, sia da critiche sterili a singoli passi*»⁽⁶²⁾, come di recente è stato riaffermato da Giovanni Paolo II davanti agli Uditori della Rota Romana.

E l'insegnamento magisteriale è certamente consolidato ed univoco, ricco di argomentazioni chiare, coerenti ed esplicite, sul tema dell'indissolubilità e del suo fondamento di diritto naturale. Le varie Allocuzioni alla Rota Romana, in particolare, costituendo «*interpretazione autentica della Parola di Dio*», hanno valore giuridico nella misura in cui riguardano l'ambito del diritto, «*senza aver bisogno di nessun ulteriore passaggio formale per diventare giuridicamente e moralmente vincolante*»⁽⁶³⁾, come è precisato nella medesima Allocuzione.

Giovanni Paolo II ha ribadito tale concetto nella Sua ultima Allocuzione alla Rota Romana. Al Decano del Supremo organo giurisdizionale dell'ordinamento canonico che chiedeva «*le sapienti illuminanti parole del [Vostro] Magistero al quale spetta l'interpretazione autentica della Parola di Dio su questa realtà (cf. Dei Verbum n. 10), compresi i loro aspetti giuridici*», ha risposto richiamando i giudici ad «*attenersi alle leggi canoniche, rettamente interpretate*» ed insieme ribadendo che essi non devono «*mai perdere di vista l'intrinseca connessione delle norme giuridiche con la dottrina della Chiesa. Qualche volta, infatti, si pretende di separare le leggi della Chiesa dagli insegnamenti magisteriali, come se appartenessero a due sfere distinte, di cui la prima sarebbe l'unica ad avere forza giuridicamente vincolante, mentre la seconda avrebbe un valore meramente orientativo ed esortativo. Una simile impostazione rivela in fondo una mentalità positivista, che è in contrasto con la migliore tradizione giuridica classica e cristiana sul diritto*».

Proprio in considerazione della forza giuridicamente vincolante delle dichiarazioni magisteriali⁽⁶⁴⁾ ed insieme in considerazione della fioritura di concezioni canonistiche da esse divergenti destinate a prendere il sopravvento in una società come l'attuale

(62) GIOVANNI PAOLO II, *Allocuzione alla Rota Romana del 29.01.2005*, in www.vatican.va.

(63) *Ibidem*.

(64) Cfr. J. LLOBELL, *Sulla valenza giuridica dei discorsi del Romano Pontefice al Tribunale Apostolico della Rota Romana*, in *L'Osservatore Romano*, 6 novembre 2005, pp. 7-8, e in *Ius Ecclesiae*, 17 (2005), pp. 547-564.

dominata da una mentalità divorzistica ormai diffusa in tutte le culture, pare comunque auspicabile un intervento, almeno della Congregazione per la Dottrina della Fede, mirato a chiarire ed a dirimere una volta per tutte la questione del fondamento naturale della indissolubilità.

Anna Sammassimo

TRIBUNALE DELLA ROTA ROMANA - *Peoriensis* - Nullità del matrimonio - Esclusione dell'indissolubilità - Sentenza definitiva - 4 febbraio 2005 - McKay, *Ponente* (*).

Matrimonio - Consenso - Le presunzioni a favore del consenso - L'atto umano e la sua manifestazione esterna.

Matrimonio - Consenso - Errore di diritto - Simulazione - Possibile influsso dell'errore sulla volontà matrimoniale - Distinzione e relazione tra errore ed esclusione.

Matrimonio - Consenso - Possibile influsso dell'errore sulla volontà matrimoniale - L'errore che determina la volontà - L'errore determinante sull'indissolubilità del matrimonio - Il caso dei battisti e il divorzio in caso di adulterio.

Matrimonio - Consenso - Simulazione - Esclusione dell'indissolubilità del matrimonio - Prova dell'esclusione.

Matrimonio - Consenso - Esclusione dell'indissolubilità del matrimonio ed errore determinante - Relazione tra entrambi i capi - Prova dell'esclusione e dell'errore.

Il consenso matrimoniale, che non può essere supplito da nessuna potestà umana, fonda il matrimonio. Il Codice di Diritto Canonico, tenuto conto di questa dottrina, ha stabilito alcune presunzioni: si presume che i «puberes» non ignorano quale sia l'oggetto essenziale del consenso (can. 1096 § 2), si presume che il consenso manifestato concorda con l'animo dei contraenti (can. 1101 § 2), si presume che il consenso una volta espresso — anche se invalidamente — persevera finché non consti la sua revoca (can. 1107). La presunzione di conformità di cui al can. 1101 acquisisce una speciale importanza perché deriva dalla distinzione che si deve fare tra l'atto umano e la sua manifestazione. L'atto umano, nel quale vengono coinvolti l'intelletto e la volontà, si forma — nasce, si prepara, matura — nel cuore dell'uomo, e successivamente si può manifestare all'esterno. Ma è chiaro che quello che internamente si intende e si

(*) Sentenza 13/05, P.N. 17409, ancora non pubblicata. Vedi, alla fine della sentenza, commento di H. FRANCESCHI, *La relazione tra l'errore sull'indissolubilità e l'esclusione mediante un positivo atto di volontà.*

vuole non sempre si manifesta sinceramente all'esterno. Il canone 1101 riafferma la tradizione canonica, quando per evitare le incertezze stabilisce la presunzione di conformità tra la manifestazione esterna del consenso e la volontà interna del contraente, presunzione che può venir meno se nel giudizio si dimostra la mancanza di conformità.

La distinzione tra l'atto umano e la sua manifestazione esterna porta a considerare la relazione tra l'operazione dell'intelletto e l'intenzione della volontà nella formazione dell'atto umano. Si dice che la volontà è in se cieca perché nel caso che l'intelletto previamente non l'illumina essa non individua uno scopo né fa una scelta particolare. Tenuto conto di questo limite della volontà, è necessario un cenno all'oggetto essenziale del consenso coniugale. La questione da definire è: a che cosa consentono le parti quando contraggono? La dottrina ci dice che le parti non possono ignorare che il matrimonio è un consorzio permanente che si stabilisce tra l'uomo e la donna e ordinato necessariamente per sua natura alla procreazione della prole mediante una qualche cooperazione sessuale (cc. 1096, 1055-1056, 1061 § 1). Il Codice espone i principi sull'oggetto del consenso matrimoniale, stabilendo le norme sull'ignoranza e l'errore. In questi casi, la parte che ignora l'oggetto del consenso, dà un consenso inconsapevole; vale a dire, erra, e ingannata da questo giudizio errato, intende piuttosto qualcosa che diverge dal matrimonio così come istituito dal Creatore. A coloro che ignorano o che errano manifestando un consenso viziato, si associa una terza categoria di contraenti, i simulanti: coloro che manifestano di volere il matrimonio ma internamente lo rifiutano totalmente o parzialmente. Nel simulante coesiste la scienza su che cosa è il matrimonio e la volontà interna che rifiuta l'istituto. La malizia traspare più chiaramente nello schema classico della simulazione, nella misura in cui il contraente, il quale nel suo cuore rifiuta il progetto del Creatore nel costituire il matrimonio, simultaneamente afferma esternamente di voler obbligarsi e di assumere gli obblighi inerenti allo stato coniugale.

Si può aggiungere anche un'altra fattispecie nella quale la parte, senza colpa personale, si discosti dal progetto del Creatore: sarebbe colui che è stato educato al di fuori della Chiesa Cattolica e senza conoscerne i precetti, e senza colpa, si sia formato una concezione erronea dell'istituto matrimoniale. Questo caso va identificato piuttosto con l'errore di cui al canone 1099 CIC: «Error circa matrimonii unitatem vel indissolubilitatem aut sacramentalem dignitatem, dum-

modo non determinet voluntatem, non vitiat consensum matrimonialem». Perciò, nel caso degli acattolici, si deve indagare sulla formazione che hanno ricevuto, sulla presenza radicata di errori dottrinali, e sull'influsso di tali errori sulla volontà dei contraenti. La risoluzione di questi casi non è semplice per la seguente ragione: la stragrande maggioranza delle chiese o comunità acattoliche propongono con forza il rispetto del matrimonio fino alla morte, benché allo stesso tempo tollerino l'istituto del divorzio; quindi, va notato che in queste situazioni il divorzio è permesso, ma certamente non viene imposto. Benché lo si ammetta, alle parti sempre si propone la fedeltà, e si esalta il perdono del peccatore nonché la mutua riconciliazione. Questo atteggiamento nei confronti del divorzio in caso di adulterio si trova tra i battisti, i quali benché permettano il divorzio, lo considerano come rimedio estremo, stabiliscono delle condizioni ben precise e incoraggiano al perdono del colpevole.

La prova dell'esclusione deve poggiare su argomenti validi che rovescino la presunzione stabilita dal can. 1101, § 1. Questo è possibile se concorrono tre elementi: la confessione giudiziale e soprattutto extragiudiziale del simulante; le deposizioni dei testimoni degni di fede che confermino queste dichiarazioni fatte «tempore insuspecto»; una grave e proporzionata «causa simulandi», ben distinta dalla «causa contrahendi», confermati dalle circostanze antecedenti e successive al matrimonio, nonché dalle circostanze concomitanti.

Tenuto conto dell'importanza che può avere l'errore nella formazione del consenso valido, si deve indagare sul modo in cui l'errore e la simulazione possono essere collegati nel viziare il consenso. Come si afferma in una sentenza c. Stankiewicz del 25 aprile 1991: «Benché l'errore che determina la volontà verso un matrimonio solubile (can. 1099) e l'esclusione dell'indissolubilità mediante un positivo atto di volontà (can. 1101, § 2) teoricamente appartengono a due capi di nullità incompatibili (...), i quali pertanto si devono trattare e definire subordinatamente tra di loro, nella pratica sono mutuamente legati». Perciò, illustra la stessa sentenza, nella prova di uno o dell'altro capo: «Dato che in entrambe le ipotesi si tratta di un positivo atto di volontà, questo frequentemente si evince dalla confessione giudiziale ed extragiudiziale dell'errante o del simulante, pertanto dalla causa prossima e remota della simulazione o dal transito dell'errore nella volontà, nonché dalle circostanze antecedenti, concomitanti e susseguenti, perché i fatti certamente dimostrano la volontà interna del contraente e la sua determinazione». Per dimo-

strare l'esistenza dell'errore determinante è necessario provare i seguenti elementi: «a) che il contraente pensava che il vincolo matrimoniale si deve sciogliere quando il coniugio è naufragato (causa remota della simulazione); b) che lo stesso abbia il convincimento che il vincolo coniugale si può sciogliere nel caso concreto del matrimonio da lui celebrato "hic et nunc", anche nel caso di un possibile fallimento» (Coram Pinto, sent. 14 novembris a. 1986, n. 4; RRD LXXVIII, p. 626)».

(*Omissis*). — **FACTISPECIES** — 1. Nequiquam nimirum coram foro A. propter assertam incapacitatem alterutrius partis agitaverat controversiam matrimonialem M. A. N., hac in causa pariter actor, qui in adversa decisione iudiciali tunc data acquiescere nolens iterum in prima instantia coram eodem tribunali eandem proposuit quæstionem aliam autem adducens rationem: exclusionem nempe propter propriam formationem religiosam a seipso destinatam perpetuitatis vinculi coniugalis in unico casu adulterii consortis.

Actor vero, secundum præcepta praximque ecclesiæ Episcopalianæ eductus, in iuvenili adhuc constitutus ætate obviam habuit C. A. B., nunc in causa conventam, quacum, impellente etiam suo desiderio vehemente ubi primum statui cælibi valedicendi, statim necessitudines excolebat amatorias; filia vero cuiusdam pastoris congregationis Baptistarum, mulier, votis viri libenter quoque suffragans, eundem, a iuvenili fervore interdum tepentem, vi suæ commendationis usum Baptistarum denuo at in nova, sua nempe, communionem ardere fecit zelo religioso.

2. Duo sane sunt adiuncta periodi prænuptialis quæ præ oculis tenere debemus: scilicet, temperatum erga futuram uxorem ardorem viri necnon huius tempore sponsalium recentem adscriptionem congregationi Baptistarum ac frequentationem eorum consensuum. Is enim illo tempore cultu Baptistarum assidue utebatur, insuper eorum doctrinis studebat, instructionem quoque a mulieris patre impertitam accepit ad nuptias itaque ad mentem Baptistarum celebrandas. Ceterum, doctrina de matrimonii natura in omnibus concors cum illa catholica tunc exposita erat viro nisi in interpretatione commatis illius evangelici de liceitate divortii ratione *porneias*; etenim in casu asseritur parti innocenti permitti divortium ubi hæc detecto adulterio cum peccante amplius se reconciliari nolit.

Vir autem in eligenda uxore erga personam conventæ quasi anceps se gerebat una ex parte quia amoris præstantis flagrantisque in intimo suo expers, altera e contra quia, cælibatu magis magisque sibi fastidioso, valde exoptabat — etiam forsitan ad comprobendam, intra se tamen adhuc incertam, suam capacitatem mundo muliebri placendi — quam primum matrimonium cum comparte saltem apta contrahere.

De re vero vir in processibus canonicis constanter deposuit; pro omnibus sufficiat affirmatio synthetica actoris tempore primi processus prolata: «We both liked each other but I did not believe we were in love». Nec tamen dubitavit vir verum affirmare in se adfuisse animum contrahendi: titubante enim ante nuptias muliere, actor: «begged her not to [stop our marriage]»; etsi plane conscius de in se defectu ardoris amatorii, nihilominus: «I felt that she would be a good wife and hoped that we would “fall in love” as time went on». Patet ergo in viro tempore nuptiarum adesse et authenticum animum contrahendi at insimul defectum vehementiæ sensuum erga futuram uxorem.

3. De animo quocum contrahebat vir modo gradatim tantum explicito affirmavit ipse se incondicionate accepisse doctrinam a Baptistis professam: matrimonium videlicet esse indissolubile nisi in casu adulterii cum scilicet coniunx iniuria adfectus iure gaudeat novas contrahendi nuptias.

In primo autem processu A. actor pauca affirmabat clara de re. In scripto vero præiudiciali a viro intuitu instantiæ iudicialis concinnato observaverat: «After C. A. B. told me of her extra-marital relation I felt that I had a biblical right under Baptist belief to divorce her».

Re vera, quæstio, introducta demum altera causa, altiore egebat investigatione. In altero suo scripto præiudiciali, intuitu ergo introducendi alterius processus, exeunte videlicet anno 1990 exarato, actor primo asseruit: «As a Baptist I did not believe in the indissolubility of marriage. I believed [...] that marital infidelity gave me the right to end our marriage», dein interpretationem adiunxit: «Thus I had both a virtual and actual intention against permanence through my belief as a Baptist». Mulier ex parte sua affirmat sponso matrimonium celebrasse rectis utique motis intentionibus: «We had good intentions»; in actis præterea adest confirmatio generalis partium declarationum a testibus oblata: «M.

A. N. married C. A. B. because he saw in her a Christian person and hope for a family and future» (viri genitores); «He loved her» (D. B., soror); «I guess he thought he was in love with her» (J. N.); «I believe he loved her and wanted to spend his life with her» (P. P.); «They both wanted to be married but they did not completely love and enjoy each other's company» (D. F.); «Yes, they sounded like they were very much in love and seemed to have everything going their way» (E. S.), et ita porro.

In specie, notemus aliam affirmationem viri de mente quacum partes contrahebant: «Yes, I believe that we both intended to be faithful to each other at the time we married», quod plene confirmat quoque conventa: «We never talked about divorce. We both thought we could make it work». Iterum actor: «We both took the responsibilities of marriage seriously».

4. Partes itaque, completis 9 fere mensibus consuetudinis amatoriae, 5 postea sponsalium, die 1 septembris 1984, ritu observato Baptistarum, nuptias celebraverunt. At paullo post res inter eas in peius iam versae sunt: nam utraque pars stipendia merebat, insuper vir studia superiora prosequeretur ut titulum academicum sibi obtineret, quapropter convictio amicalis passu progressivo inter partes comminebat deficiebatque.

Iam constitutam diversitatem ingeniorum partium consequenter exacerbabat defectus familiaritatis cotidiana, dein inter easdem 20 quasi transactis a nuptiis celebratis mensibus effecta est separatio, cuius causa proxima, viro tunc inscio, fuit lapsus adulterus a muliere una vice patratu. Sex elapsis mensibus inter partes effecta est reconciliatio post quam mulier, scrupulis religiosus mota, marito candide confessa est adulterium. De sequelis ita deponit vir: «During that [rectius those] last 4 months that we were together I did not want to sleep with her but she did not want to sleep with me». Actor vero in declaratione sua suppletiva hac in instantia prolata reactionem confessioni uxoris pressius describit: «I pondered my options for three to four weeks, and then decided to pursue a divorce and moved out. I sought counsel from [the] Reverend M. M. C. [...] who confirmed what I had believed — that I had the right to divorce C. A. B. [...] but cautioned me to think carefully about my decision.

5. Matrimonio ob mulieris adulterium demum naufrago, vir, interim dissentiens de doctrinis Baptistarum eorum congregatio-

nem eodem tempore dereliquit; obviam dein habuit quandam viduam religione catholicam quacum consuetudinem tunc instauravit. Crescentibus itaque inter eos usu studioque, vir, etsi se inter fedeles catholicos nolens ascribere, viduæ sensibus religiosis obsequens tribunal A. consuluit de recuperando propriam libertatem contrahendi coram Ecclesia Dei.

Cæterum, præfatum tribunal more Americanorum modo inquisitorio dein processit per viam extrajudicialem sollicitans nempe a viro eiusque testibus informationes de rationibus cursuque primi matrimonii. Negative demum dimisso capite de gravi defectu discretionis iudicii asserto in ambabus partibus, ipse notarius eiusdem tribunalis viro aliam suggessit rationem nullitatis: «I have again reviewed the materials in your case and reflected on your December 15, 1990 letter. I am still not convinced that we can attempt to develop a new case on the grounds of an intention against permanence on your part, but I am willing to continue to investigate». [Dein viro proponit notarius articulos ad explorandum animum ipsius in contrahendo primo matrimonio ...] «After I hear from you regarding these questions, I hope to be in a better position to determine if we can attempt to process a case on grounds relating to an intention against permanence».

Nec in procedendo postea invenitur tribunal A. novorum errorum immune. Die 4 februarii 1993 constitutum est tribunal unici iudicis — nullis tamen indicatis rationibus ac modis a canone 1425 § 4 requisitis: decretum vero a Vicario iudiciali datum indicat præterea se in processu munere functurum vinculi defensoris! Viro vero qui antea uti tribunalis notarius rescribebat actori concessum est ab eodem mandatum procuratorium. Die 7 iulii 1993 formula dubii decreta est: «*Intention against Permanence*», omissa tamen indicatione partis assertæ simulantis. Pars conventa citata at nolens processui intervenire vi decreti die 28 septembris 1993 dati absens declarata est.

6. Uno quasi transacto anno, viri patronus ei scripsit, affirmans: «[The] presiding judge, [the] defender of the bond, and I, your advocate, recently discussed your case informally. We are of the opinion that your case is presently marked by some major difficulties» quare actori proposuit remedium quoddam in conlatione iudicis, vinculi defensoris et patroni tunc excogitatum: ut scilicet

vir testes adduceret certe capaces corroborationis assertæ exclusionis sacramenti.

Ad rem ita paratus, vir die 27 Decembris 1994 respondit: «Enclosed please find two signed statements providing the witnesses that you require for my case. Over the holiday weekend, my cousin, my parents and I discussed this issue and came up with the enclosed statements».

7. Actis die 30 martii 1995 publicatis, causa dein conclusa est et postea Vicarius iudicialis A. collegium trium iudicum constituit; ex quo deducere possumus impossibilitatem de qua in canone 1425 § 4 *CIC* re non exstitisse cum tribunal iudicis unici in initio processus constitutus esset.

8. Die itaque 27 octobris 1997 tribunal aditum dubio proposito negative respondit. Appellante autem actore, causa ad forum ordinarium appellationis delata est. Vir coram tribunali appellationis B. iterum excussus est, dein eius genitores; quo perfecto, tribunal appellationis die 9 decembris sententia sua definitiva decisionem appellatam reformavit.

9. Norma canonis 1682 § 1 *CIC* causa dein ad H.A.F. transmissa est ubi decreto die 9 iunii 1997 dato concordatum est dubium sequenti vero formula: «An constet de matrimonii nullitate, in casu, ob exclusionem boni sacramenti seu vinculi indissolubilitatis ex parte viri (can. 1101 par. 2 C.I.C.)». Suppletiva instructio postea completa est novissimo examine actoris necnon eius genitorum, audita quoque parte conventa. Publicatis iam actis, loco Exc.mi olim Ponentis nominatus est infrascriptus; commutatis ergo ad normam iuris defensionibus Patroni e. o. actoris cum animadversionibus vinculi Defensore ad casum deputati, Nobis nunc est dubio supra indicato in tertio gradu iurisdictionis definitive respondere.

IN IURE. — 10. Nuptias nos edocet sane canon 1057 § 1 *CIC* abs dubio facere consensum, actum præterea contrahentibus ita intimum ut nulla potestate humana possit suppleri; e contrario ergo huic principio in præsentia enuntiato profluit quoque nullum esse matrimonium ubi in contrahendo reapse deficiat consensus coniugal. In Codice itaque constituitur capitulum, canonibus nempe

1095-1107 consistens, in quo de re exponitur doctrina, statuuntur normæ, specificantur modi, stabiliuntur præsumptiones.

Etenim laudatum capitulum varias definit formas incapacitates consentiendi (c. 1095), formas dein erroris (cc. 1097-1099), insuper momentum condicionis (c. 1102) vel metus (c. 1103) in consensu valide efformando. Error quippe vel compartem vel obiectum consensus respicere potest: si compartem, agitur vel de ipsa persona vel quadam eius qualitate (c. 1097); si vero obiectum consensus, quæstio dein oritur de efficacia erroris in movendo voluntatem contrahentis (c. 1099). Cum e contra error respicere invenitur quandam qualitatem compartis, tunc pensandum est momentum intentionis cuiusdam qualitatis personalis in determinanda voluntate contrahentis (c. 1097 § 2) vel doli in eliciendo consensu intentione errato (c. 1098).

Quoad tamen modum commutationis consensus requiritur ut fiat inter partes insimul presentes, personaliter scilicet vel saltem per procuratorem (cc. 1104 § 1, 1105); admittitur quoque consensus æquipollens ubi ille oralis impeditur (c. 1104 § 2); in casu etiam ope interpretis contrahere licet (c. 1106).

11. Exposita doctrina, Codex iuris canonici de re necessarias statuit præsumptiones: puberes igitur obiectum essentielle consensus non ignorare præsumuntur (can. 1096 § 2), consensus coram significatus conformis præsumitur animo contrahentium (can. 1101 § 2), consensus semel — etsi etiam invalide — expressus præsumitur perseverare donec de eius revocatione reapse constet (can. 1107). Præsumptio vero conformitatis de qua in præfato canone 1101 in nostro casu momentum habet omnino particulare quia necessarie derivatur a distinctione facienda inter actum humanum eiusque manifestationem.

12. Nam actus humanus, actus ergo qui operante hominis intellectu vel voluntate respicit esse verum et bonum, intus oritur, præparatur, maturatur, perficitur; actus vero perfecte in corde hominis demum formatus postea foras manifestari potest.

Attamen, quod intus plene intelligitur vel deliberate intenditur non necessarie semper sincere extra manifestatur: calliditas enim hominis postlapsarii interdum pervertere potest locutionem humanam in instrumentum non semper mutuæ communicationis, consensionis, reciprocitatis sed ea ut machina utitur potius deceptionis, divisionis, insolentiæ et abusus. Codex vero traditionem cano-

nicam in canone 1101 reportans ne vita socialis fidelium incertitudine affligatur vel intollerabilis reddatur statuere igitur censuit præsumptionem conformitatis inter manifestationem consensus et intentionem interius a contrahente originarie formulatam.

13. Præsumptio vero conformitatis expressionis cum voluntate intus determinata a iure stabilita apte tamen in iudicio demonstratis probationibus declarari potest eversa.

14. Explicata distinctio inter actum eiusque manifestationem nos inducit similiter ad pressius considerandam rationem inter operationem intellectus et intentionem voluntatis in actu humano formando.

Scilicet, voluntas dicitur in se cæca quia nonnisi prævie ab intellectu illuminata se determinat, scopum intendit vel particulare eligit.

Ob cæcitatem ergo facultatis voluntariæ necesse est verbum facere de obiecto essentiali consensus coniugalis; coram enim tribunali definienda est quæstio: ad quid consenserint partes in contrahendo? Ex doctrina igitur affirmata partes in casu ignorare non debent matrimonium esse consortium permanens inter marem et feminam constitutum et natura sua et ope cuiusdam cooperationis sexualis ad proles procreationem necessarie ordinatum (cc. 1096, 1055-1056, 1061 § 1).

Præfatum itaque capitulum Codicis principia exponens de obiecto cui in nubendo consentire debet voluntas normas dat de ignorantia et errore; nam pars ignorantia laborans consensum exprimit dum revera nescit cui consentiat; illa errans e contra, iudicio nempe falso decepta, magis intendit quod autem re discrepat a matrimonio ut a Creatore condito.

Ignoranti errantive in consensu vitiatu associatur tertia categoria contrahentis, sed alia ratione: sunt enim qui manifestant se velle matrimonium cum intus idem in toto vel saltem in parte reapse recusant, et dicuntur simulatores. In simulante ergo adsunt et scientia naturæ instituti matrimonialis et insimul voluntas interna eidem instituto resistendi. Malitia itaque videtur in schemate classico simulationis inhære ipsi personæ contrahentis, qui scite igitur ac dolose in secreto cordis respuit consilium Creatoris in constituendo matrimonio dum e contra foras solemniter affirmat sese obligare velle ad assumenda cuncta illa onera statui coniugali inhærentia.

15. Atqui dari potest et alia facies ubi pars etiam sine culpa personali in contrahendo deviare propendit a consilio Creatoris: qui enim extra compages Ecclesiae Catholicae vel etiam ignarus omnino praecipitorum religionis christianae eductus est atque maturescit non difficiliter et etiam sine culpa personali sibi formare potest notionem erroneam instituti coniugalis. In casu ergo facti-species aliquomodo assimilabitur illi erroris de quo in canone 1099 CIC: «*Error circa matrimonii unitatem vel indissolubilitatem aut sacramentalem dignitatem, dummodo non determinet voluntatem, non vitiat consensum matrimonialem*». Etenim acatholicus erronee eductus de Creatoris consilio in instituendo matrimonio consentire tendere potest non amplius matrimonio sed alii conceptui propriis erroribus religiosis vel culturalibus deformato. In casu ergo matrimoniorum acatholicorum pressius exquirendum erit de formatione apprimae religiosa partium, de praesentia radicata erroris doctrinae, de possibili influxu praefati erroris in voluntatem contrahentium.

Nec quaestio resolutione statim facilis dici debet, ob sequentem vero rationem: ecclesiae enim vel communitates acatholicae plerumque proponunt atque urgent matrimonium usque ad mortem fidele etsi pari tempore tolerant divortii institutum; his in circumstantiis notare debemus praefatas traditiones acatholicas divortium permittere, at certe non imponere vel requirere. Etsi enim admittitur divortium, partibus semper proponitur fidelitas, exaltatur condonatio lapsuum necnon mutua reconciliatio.

16. In casu verbum oportet facere explicitum de traditionibus Baptistarum. Nam haec communitas acatholica, in quantum nobis referre possunt affirmationes in actis prolatae (Baptistarum autem congregatio est ens ecclesialis praecisa structura magisteriali orbatum), magni utique faciunt matrimonium ad exemplum Evangelii obsequenter igitur prosequendum, insuper permittunt divortium, prius tamen verificatis pluribus condicionibus: conceditur enim soli parti innocenti, at urgetur apprimae reconciliatio quare divortium interpretantur Baptistae esse licentiam, non autem necessitatem sed potius quasi ultimam rationem. Patet itaque divortium apud hos habetur remedium extremum.

17. Probationes quibus utimur in casu assertae exclusionis concinne exponuntur in una Romana coram R. P. D. no R. Funghini diei 9 martii 1994 discussa (R.R. Decisiones LXXXVI [1997] 146): «Plura complectitur simulationis probatio cum validis argu-

mentis superanda sit contraria præsumptio, in canone 1101, § 1 statuta.

Hæc autem consequitur si tria una simul concurrant: confessio asserti simulantis iudicialis et præsertim extraiudicialis, testibus fide dignis tempore insuspecto facta, qui illam in iudicio referre et comprobare valeant; proportionata et gravis simulandi causa, a contrahendi bene distincta et circumstantiæ præ et post matrimoniales necnon matrimonium concomitantes».

18. Agnito tamen momento erroris in eliciendo consensu valido, investigandum dein quomodo error et simulatio in vitiando consensu necti possint. In una Montisvidei die 25 aprilis 1991 decisa sub n. 10 argute adnotat R.P.D. Antonius Stankiewicz: «Quamvis error voluntatem determinans in matrimonium solubile (can. 1099) et exclusio indissolubilitatis per actum positivum voluntatis (can. 1101, § 2) theoretice ad *duo capita nullitatis* inter se incompatibilia pertineat [...], ideoque subordinate tractari atque definiri debeant, practice tamen inter se iunguntur».

Nec omittit Exc.mus Auctor consequelas quoad probationem unius alteriusve capitis continuo illustrare: «Cum vero de positivo voluntatis actu in utraque hypothesi operante agatur hic potissimum ex confessione iudiciali et extraiudiciali errantis vel simulantis colligitur, deinde e causa proxima et remota simulationis vel transitus erroris in voluntatem, atque ex circumstantiis antecedentibus concomitantibus ac subsequentibus, quæ internam voluntatem contrahentis eiusque determinationem factis undique certis collustrant».

Pressius dein explorat ipse probationes necessarias ad demonstrandum errorem vi sequentis citationis requirens: «a) ut nupturiens censeat matrimonii vinculum solvi debere saltem ubi coniugium naufragium fecerit (causa remota simulationis); b) ut ipse persuasum sibi habeat matrimonii vinculum solvendum esse in casu concreto matrimonii a se hic et nunc contrahendi, saltem in casu probabilis naufragii» (Coram Pinto, sent. 14 novembris a. 1986, n. 4; RRD LXXVIII, p. 626).

19. Stabilitur vero canone 1060 *CIC* matrimonium favore gaudere iuris, quare, ut everti possit talis præsumptio, exigitur in iudicis animo illa certitudo ex actis atque probatis hausta quæ ad normam canonis 1608 § 2 rationabiliter excludit omnem possibilitatem contrarii.

IN FACTO. — 20. Attente cribatis actis huius causæ perlongo, ne dicatur contorto, itinere iudiciali protractæ, Infrascripti Patres in actore tempore nuptiarum voluntatem, etiam hypotheticam tantum, divortiandi non invenerunt quapropter negative respondere censuere dubio proposito.

21. De sinceritate autem viri in declarando non dubitatur; nec de fervore quocum tempore sponsalium congregationi ac doctrinis Baptistarum adhæsit. Pariter non dubitatur eundem virum in præparatione religiosa pro matrimonii celebratione notitias accepisse circa doctrinam Baptistarum de legitimitate divortii, in solo tamen casu adulterii. Quod omne causam remotam vel errandi vel simulandi in contrahendo constituere potest.

22. Atqui una causa remota, ut brevi ante in parte in iure adnotavimus, non sufficit ut probari possit vel error vel simulatio in contrahendo. Actis enim bene pensatis, nullatenus stabilitur proximum nuptiis motivum in viro sibi reservandi facultatem divortiandi; immo plura pro contraria thesi re vera propugnant.

Ex actis itaque constat virum in pueritia formationem accepisse secundum usum Episcopalianorum: genitores enim assidue frequentabant illam congregationem. De doctrina de matrimonio quam acceperat actor puer, deponit eius pater: «The Episcopal teaching was that marriage was once - forever».

Intuitu autem matrimonii paucis mensibus post celebrandi vir nomen dedit congregationi Baptistarum. Quæramus nunc: quali cum effectu pro eius doctrina religiosa, apprime de matrimonio? In primo loco itaque, vir, etsi libenter usu doctrinæque Baptistarum adsensus est, recens tantum et intuitu quasi matrimonii adfectabat eorum congregationem. Sed sponsalia tempora quinque tantum menses producta erant, quod dubium provocat de pervicacia quacum radicata erat doctrina Baptistarum de possibilitate divortii in animo actoris. Et animadvertere debemus insuper virum, matrimonio demum naufrago, nolentem amplius assentire doctrinis Baptistarum eorum congregationem statim dereliquisse: «I stopped participating in the Baptist church when I left C. A. B. The divorce was final four months later», factum etiam hoc quod certo auxilium non præbet viri thesi. Concludimus: formatio religiosa a viro sero recepta et præterea adiuncta concreta nuptiarum talia non sunt ut nos conducere possint in admittendam radicationem erroris vel vehementiam animi simulatorii in actore dum contrahit.

23. E contra plane demonstratur consolidata viri voluntas contrahendi. Ipse enim genericam voluntatem quam primum matrimonium celebrandi iam formulaverat; obviam demum habitam mulierem iudicavit utique seipsi et statui coniugali aptam. Matrimonium itaque intendebat; tempore opportuno compartem elegit quare patet voluntas viri contrahendi. Immo ut matrimonium contrahere posset vir insuper titubantiam mulieris superare debuerat, quod demonstrat quanto in adiunctis concretis casus prævaluerat eius desiderium matrimonium ineundi. Nam motiva ut contraheret ab ipso actore in novissima sua declaratione iudiciali his verbis exponuntur: «Love for her, a belief that she is the one that I wanted to spend my life with, and raise a family with. I felt through prayer that she was the right one for me». Similiter vir candide confessus est se illo tempore non dubitavisse de fidelitate futuræ uxoris: «Yes, I presumed that we both intended to be faithful»; sequitur igitur virum tunc caruisse motivo proximo pro intentione contra indissolubilitatem matrimonii. Iterum concludimus: intentio contrahendi prævalebat præ, si quæ reapse adfuissent, illa asserta simulandi vel possibili errore doctrinali.

24. Cum inter partes ante nuptias ne verbum quidem de possibili naufragii matrimonii vel de usu divortii, nos impellimur ad agnoscendum præstantem defectum in argumento actoris: nullum vestigium iudicialiter probatum invenire possumus viri confessionis extra-iudicialis de intentione, etsi hypothetica tantum, utendi divortio.

De viri confessione extraiudiciali, elemento quippe necessario omnino ad probandam assertam exclusionem, nonnulla pressius nunc sunt consideranda. Vir in contrahendo liber assumpsit onera coniugalia: «Yes, I believe that we both intended to be faithful to each other at the time we married». Mulier insuper rem confirmat verbis prorsus præcisis: «We never talked about divorce. We both thought we could make it work».

Præterea candide admittit actor se cum nemine locutum esse nedum de voluntate divortiandi in casu adulterii sed etiam de possibili usu talis iuris: «I discussed with no-one prior to my marriage of [sic!] my right to divorce C. A. B. in case of infidelity. That is not [a] hot topic of discussion before marriage».

Ex ipsa admissione ergo actoris plane abest probatio testificalis necessaria ad corroborationem assertæ voluntatis divortiandi ante matrimonium formulata.

Atqui rectius observandum est deesse corroborationem testificalem, quia re deficit ipsa confessio extrajudicialis. Ad summum vir ante nuptias sibi agnoscebat ius divortiandi at idem ius nullatenus traduxit in suum consensum coniugalem, et sic interpretanda sunt etiam verba viri cum, novo inito processu, ei exquisitum esset de propria voluntate in contrahendo. Scripto enim respondit: «At the time I felt I wanted to become man and wife [sic! = volui contrahere] but I still knew that I had the option to divorce C. A. B. due to infidelity on her part». Continuo prosequitur actor: «Yes, I presumed that we both intended to be faithful. We had one premarital discussion that I recall. I told her that I could not guarantee to stay with her should she ever be unfaithful. She did not know what she would do if I were ever unfaithful».

25. Observemus tamen: in primo loco vir scribebat tempore iam suspecto, ut patet ex commercio epistolari inter tribunalis notarium et ipsum actorem antea actum. Dein, de viri assertis in actis non invenimus corroborationem; rem potius explicitis, ut modo rettulimus, verbis negat mulier, immo ipse vir in processu ante interrogatus affirmabat, ut supra indicavimus, se cum nemine locutum de re. Tertio, viri affirmatio utcumque se refert ad solam scientiam sed nullo modo ad intentionem formulatam. Nec dissimiliter æstimandæ sunt declarationes scriptæ a viri genitoribus et consobrino, ipso ad instantiam tribunalis eos urgente, tardius in causa exhibitæ.

Hac in instantia interrogati, viri genitores easdem affirmationes in instantia A. scripto factas retractare videntur; admittunt enim se cum filio tempore nuptiarum de doctrina Baptistarum haud locutos. Ultra ipse pater viri prosequitur confirmans actorem tempore sponsalium divortio adversatum; mater idem deducit sed explicitè cum filio de re non est locuta.

26. Adiunctis matrimonio antecedentibus et concomitantibus ita scrutatis, oportet illa subsequenti demum pensare. Consortii ergo coniugalis naufragium ob circumstantias supervenientes dumtaxat, actoris igitur intentionibus nuptialibus alienas, provocatum videtur. Præ statu enim coniugali eiusque perpetuitate mulier iam hærebat; vir sua ex parte et stipendia merebat et insuper scholis se dedebat ut titulum academicum prosequi posset. Mulier quoque munere fungebatur et rebus sic se habentibus partes itaque inde ab initio consortii vix solidabant vinculum inter se votis nuptialibus

creatum. Partes sic a se abalienare pergebant dum mulier cum alio una vice quasi negligenter adulteravit et dein extemplo maritum dereliquit. Vir e contra convictum maritalem restaurare quærebat. In his ergo corroborationem iterum non invenimus pro asserto errore vel simulatione consensus in contrahendo.

27. In circumstantiis naufragii necnon viri reactione adest ultimum elementum Nobis utile ad solvendam quæstionem propositam.

Nam vir de propria reactione præ notiis circa mulieris adulterium non omnino constans in causa declaravit. In prima instantia declaravit: «I lived with C. A. B. about 2 months after she told me of her unfaithfulness. I immediately thought of my right to divorce C. A. B. after she told me of her unfaithfulness. I decided to divorce her about two weeks after she told me of her extra-marital relation»; in instantia B. affirmavit potius: «I pondered my options for three to four weeks, and then decided to pursue a divorce and moved out. I sought counsel from [the] Reverend M. M. C. [...] who confirmed what I had believed — that I had the right to divorce C. A. B. because she had been unfaithful to me, but cautioned me to think carefully about my decision»; in instantia Rotali: «Two months after that reconciliation, she told me that she had committed adultery during her trip to [...] I could not forgive this and a week later I moved out and filed for divorce».

Attamen, sepositis impræcisionibus, substantia manet: vir, cum notitias de adulterio accepisset, consilia exquisivit, eventus ac possibilitates ponderavit, divortium demum optavit. Novum indicium et hoc quod præsumptionem inducit de ad summum simplice errore in intellectu præsentate at pari tempore ad exclusionem consensus errore vel simulatione vitiatum tendit.

Quibus omnibus tum in iure tum in facto sedulo perpensis, Nos infrascripti Patres de Turno, pro Tribunali sedentes et solum Deum præ oculis habentes, Christo nomine invocato, decernimus, declaramus ac definitive sententiamus ad dubium propositum respondentem:

NEGATIVE, seu non constare de matrimonii nullitate, in casu, ob exclusionem boni sacramenti seu vinculi indissolubilitatis ex parte viri (can. 1101 par. 2 C.I.C.).

Ita pronuntiamus atque committimus locorum Ordinariis et Tribunalium Administris, ad quos spectat, ut hanc Nostram definitivam Sententiam notificent omnibus quorum intersit et executioni tradant ad omnes effectus iuris.

Romæ in Sede Apostolici Tribunalis Rotæ Romæ die 4 february 2005.

Iosephus Sciacca
Ioannes Verginelli
Gerardus McKay, Ponens

La relazione tra l'errore sull'indissolubilità e l'esclusione mediante un positivo atto di volontà.

Nella sentenza che ora commentiamo, uno dei principali argomenti è stato la relazione tra l'esclusione dell'indissolubilità mediante un positivo atto di volontà e l'errore circa l'indissolubilità di cui al canone 1099 CIC. Benché il dubbio sia stato concordato nell'esclusione dell'indissolubilità da parte dell'attore, i giudici si sono anche soffermati sul tema del cosiddetto *error iuris*, per il rapporto stretto che alle volte esiste tra i due capi e, soprattutto, perché dall'analisi del caso emergeva come la causa remota della simulazione, stando a quanto detto dall'attore, sarebbe stata il suo errore circa l'indissolubilità del matrimonio, in quanto appartenente ai tempi della celebrazione del matrimonio alla chiesa battista, nella quale si ammette il divorzio in caso di adulterio.

I giudici, nell'inizio della parte *in iure*, ricordano come nell'ordinamento canonico sussistano diverse presunzioni a favore della validità del consenso, a cominciare da quella dichiarata nel can. 1101 § 1. D'altra parte, nel canone 1099 troviamo un principio generale: l'errore circa le proprietà essenziali o circa la dignità sacramentale non intacca la validità del consenso matrimoniale. Però, si potrebbe scorgere dalla redazione del canone un'eccezione a questo principio: nella misura in cui l'errore determini la volontà potrebbe rendere nullo il consenso. Sarebbe proprio questa l'ipotesi definita come *error determinans voluntatem*. Va anche detto che, al riguardo, è molto importante il discorso di Giovanni Paolo II alla Rota Romana del 2001, nel quale distingue nettamente tra il sem-

plice errore e la vera esclusione che, come abbiamo detto, è una delle principali questioni analizzate dalla sentenza c. McKay ora pubblicata⁽¹⁾.

Per cogliere bene il senso del canone 1099, e la sua relazione con la simulazione di cui al can. 1101 § 2, bisogna ricordare che il consenso matrimoniale è un atto volontario che coinvolge tutta la persona nelle sue facoltà. Soltanto nei casi in cui la volontà fosse stata determinata dall'errore circa l'unità o l'indissolubilità o la dignità sacramentale, o questo errore avesse agito come causa remota della simulazione mediante un positivo atto della volontà, ci troveremo dinanzi ad un consenso invalido, in quanto lo stesso atto del consentire sarebbe stato svuotato dal suo contenuto a causa dell'errore determinante o a causa del suo volontario svuotamento mediante un atto positivo della volontà. Come ben spiega la sentenza c. McKay, si tratta di due fattispecie autonome, benché nel caso concreto alle volte sia difficile distinguere se ci troviamo dinanzi ad un errore che ha determinato la volontà o piuttosto dinanzi ad un errore che ha agito come causa remota della simulazione (cfr. n. 18).

Per questo motivo, è un compito assai difficile determinare l'incidenza dell'errore nel concreto consenso matrimoniale. Cosa significa *error determinans*? Quando e perché l'errore circa le proprietà essenziali rende nullo il consenso? Come stabilire con sufficiente chiarezza le diverse fattispecie nel caso concreto? La sentenza che commentiamo si è posta queste domande, e opera una precisa distinzione tra le diverse fattispecie che riguardano sia l'errore che la simulazione.

L'errore sull'indissolubilità è stato da sempre molto comune, anche tra i cattolici nell'odierna società divorzista. Sarebbe perciò contraria al buon senso la semplicistica pretesa di nullità dei matrimoni in questa situazione. Da lì viene che il vigente canone 1099 sia veramente radicato nella tradizione della Chiesa, che ha sempre ritenuto validi i matrimoni dei non cattolici finché non venga provato il contrario. Questa affermazione ricorre nel caso della sentenza c. McKay qui pubblicata, che tratta del matrimonio celebrato da un battista che riteneva l'adulterio una causa di divorzio.

(¹) Sul fondamento naturale dell'indissolubilità del matrimonio, cfr. il commento di giurisprudenza di Anna Sammassimo pubblicato in questo stesso volume.

Nella considerazione del vecchio principio della scolastica: *nihil volitum quin praecognitum*, è doveroso tener conto della distinzione tra il *volitum in se* ed il *volitum in alio*. Nell'esperienza di ogni giorno, l'uomo fa scelte senza percepirne le reali conseguenze: vuole qualcosa esplicitamente, ma vorrà anche quelle realtà che sono inseparabili da quel bene scelto. Questa caratteristica della scelta va applicata anche alla scelta matrimoniale per quanto riguarda le proprietà essenziali del matrimonio⁽²⁾. Grocholewski, in un suo articolo sull'*error determinans*, distingue i diversi gradi di intensità dell'errore di diritto: l'errore semplicemente intellettuale che non influisce sulle concrete scelte volitive; l'errore intellettuale che, però, in qualche modo modifica l'atteggiamento della volontà, che potrebbe giungere fino all'errore pervicace, che è causa del matrimonio o causa dell'esclusione, ma non ancora un errore che di per sé determini la volontà; ed un terzo livello consistente nell'errore che in se stesso determina la volontà. Sarebbe questo l'errore *determinans* come capo autonomo di nullità⁽³⁾. Però, afferma lo stesso autore, bisogna essere cauti: parte della giurisprudenza sembrerebbe voler dire che ci sono degli errori così radicati nelle persone tali da presumere che il loro consenso, a meno che non intervenga una causa di cambiamento, sarebbe nullo. Contro questa impostazione si afferma l'impossibilità di invertire l'onere della prova. A nostro avviso, c'è un elemento che va ricordato: l'inclinazione naturale al matrimonio, che non ha sede soltanto nell'ambito degli istinti e dei sentimenti, ma anche e soprattutto nei livelli più specificamente umani della scelta matrimoniale, cioè, nell'intelletto e nella volontà, i quali hanno un'inclinazione alla verità e al bene, alla verità del matrimonio, e ai beni del matrimonio, motivo per il quale sia l'errore che determina la volontà, che l'esclusione mediante positivo atto di volontà, devono essere sempre provati e non si possono presumere.

Nella spiegazione sul senso della norma che regola il cosiddetto *error iuris*, da parte sua Bonnet stabilisce alcune premesse per la sua retta interpretazione: la distinzione tra essenza e pro-

(2) Cfr. Z. GROCHOLEWSKI, *L'errore circa l'unità, l'indissolubilità e la sacramentalità del matrimonio*, in AA.VV., *Error determinans voluntatem (can. 1099)*, Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano, 1995, pp. 11-13.

(3) Cfr. *Ibid.*, pp. 13-15.

prietà essenziali, come realtà diverse da quella ma inequivocabilmente unite; la natura e la necessità della conoscenza negli atti umani, ribadendo che per agire è necessario che l'intelletto presenti un contenuto alla volontà; la distinzione tra conoscenza sintetica e conoscenza analitica, essendo sufficiente la prima perché si possa parlare di atto umano con un contenuto e una dimensione di libertà sufficienti. Questi elementi, sostiene il menzionato autore, aiutano a determinare il nodo ermeneutico di questo canone e di quelli sull'ignoranza dell'essenza del matrimonio e sull'esclusione di un elemento e di una proprietà essenziali. Per una retta interpretazione bisogna non confondere essenza e proprietà essenziali, conoscenza e volontà: si può non conoscere o errare sulle proprietà essenziali senza conseguenze circa la validità del consenso, ma non si possono non volere gli elementi e le proprietà essenziali⁽⁴⁾. Perciò, per una retta interpretazione ed applicazione di questi canoni si deve tener conto della conoscenza per connaturalità negli ambiti in cui è in gioco tutta la persona in quanto tale, nello sviluppo delle proprie tendenze naturali.

Delineando poi l'errore irrilevante di per sé, Bonnet ricorda quanto detto sulla distinzione tra l'essenza e le proprietà essenziali: chi vuole l'essenza, vuole anche quello che essa implica. Poi, si sofferma su una constatazione sociologica: ci sono, tra i non credenti e i non battezzati, tanti che errano circa questi elementi e circa la sacramentalità, e tuttavia la Chiesa non ha mai disconosciuto la validità di questi matrimoni. Abbozza anche una distinzione tra errore antecedente ed errore concomitante, con un accenno all'errore *dans causam contractui*, che neppure renderebbe nullo il consenso, dato che i motivi sono diversi dalla decisione, ossia dall'atto di consenso. Quando parla delle proprietà essenziali, l'autore afferma che si dovrebbero considerare tali anche l'*ordinatio ad prolem* e l'*ordinatio ad bonum coniugum*⁽⁵⁾. Però, pensiamo che se ci teniamo alle definizioni di San Tommaso a cui fa riferimento l'autore, queste realtà appartengono piuttosto all'essenza del matrimonio che alle sue proprietà essenziali. La natura, afferma Tommaso,

(4) Cfr. P.A. BONNET, *L'errore di diritto sulle proprietà essenziali e sulla sacramentalità* (can. 1099 CIC), in AA.VV., *Error determinans voluntatem* (can. 1099), cit., pp. 23-64.

(5) Cfr. *Ibid.*, pp. 29-30 e 42.

è l'essenza in quanto principio di operazioni. Errare, quindi, circa l'ordinazione alla prole o al bene dei coniugi sarebbe errare sull'essenza, non circa una proprietà essenziale.

Facendo poi riferimento all'errore che determina la volontà, afferma Bonnet che in codesta situazione l'errore modifica l'oggetto della volontà, in quanto si vorrebbe una qualche realtà diversa dal matrimonio. L'errore non rimarrebbe nell'intelletto, ma informerebbe la volontà. Non si tratta di un'esclusione, ma l'errore *radicatus* renderebbe impossibile volere l'essenza del matrimonio, in quanto le proprietà essenziali, benché diverse dall'essenza, sono da essa inseparabili. Sarebbe, sostiene, una situazione del tutto eccezionale, in quanto ci troviamo dinanzi ad una conoscenza errata ma certa⁽⁶⁾.

Alla fine, espone una difesa dell'autonomia della fattispecie, sostenendo che l'errore che determina la volontà va distinto dalla simulazione, nella quale ci sono due volontà: l'una simulata e l'altra dissimulata, e c'è una consapevolezza che manca nell'errore determinante. Va distinto anche dalla condizione, in cui il dubbio, che manca nell'errore, è l'elemento che la contraddistingue. Poi, volendo fare un paragone con il canone 126, troveremmo l'errore determinante non nell'errore che versa su una condizione, ma nell'errore *qui versetur circa id quod substantiam actus constituit*⁽⁷⁾. Al riguardo va fatta a nostro avviso una precisazione: nella simulazione non si danno due volontà, una simulata e l'altra dissimulata, ma piuttosto, a differenza dell'errore, vi è un consapevole rifiuto dell'apporto dell'intelletto, il quale presenta il matrimonio come indissolubile, mentre la volontà, con una sua scelta autonoma, rifiuta questa proprietà, svuotando in questo modo il segno nuziale dal suo contenuto essenziale⁽⁸⁾.

Uno studio di Stankiewicz può rivelarsi molto utile per affermare la distinzione tra il cosiddetto *error determinans* e la simulazione, incentrandosi sull'evoluzione normativa e giurisprudenziale, con una speciale attenzione sull'autonomia della fattispecie e sul senso della nuova clausola *dummodo non determinet voluntatem*.

⁽⁶⁾ Cfr. *Ibid.*, pp. 56-57.

⁽⁷⁾ Cfr. *Ibid.*, pp. 60-64.

⁽⁸⁾ Sul tema del doppio atto di volontà, cfr. H. FRANCESCHI, *L'oggetto dell'esclusione del «bonum fidei» nella giurisprudenza della Rota Romana*, in *Ius Ecclesiae*, 12 (2000), pp. 782-783.

Stankiewicz esordisce con una constatazione: *errare humanum est*. La dottrina canonica distingueva tra l'errore motivo o errore vizio e l'errore ostativo. L'irrilevanza del primo nei riguardi della validità del matrimonio si situava nella presunzione di una volontà generale: chi vuole sposarsi, di solito vuole quello che è il matrimonio. Però, a scanso di equivoci, era conveniente stabilire l'irrilevanza dell'errore di diritto circa le proprietà essenziali, anche se causa del matrimonio⁽⁹⁾.

La dottrina e la giurisprudenza precedenti al CIC 83 non dividevano la distinzione tra errore motivo ed errore ostativo, e neanche quella della pandettistica tra l'errore proprio e l'errore improprio. Proponevano, invece, la distinzione tra errore circa la sostanza ed errore circa le proprietà essenziali o la dignità sacramentale. Questi ultimi erano ritenuti irrilevanti in sé stessi, tranne nei casi in cui fossero causa remota della simulazione. In conclusione, la dottrina e la giurisprudenza non attribuivano autonomia all'errore che non riguardasse la sostanza. Esso, infatti, veniva sempre unito alla volontà condizionante contro la sostanza del matrimonio o alla simulazione parziale.

Contro questa sistematica, il nuovo canone 1099 — ritiene Stankiewicz — ha stabilito l'autonomia dell'*error determinans*: si è operato un passaggio da un'autonomia di mera qualificazione giuridica (can. 1084 CIC 17) all'autonomia efficacia giuridica dell'errore che determina la volontà (can. 1099 CIC 83). L'opinione oggi più diffusa sarebbe quella dell'autonomia della fattispecie, almeno per quanto riguarda l'errore circa l'unità o l'indissolubilità del matrimonio, che non si dovrebbe ricondurre alla *condicio sine qua non* del canone 126, né alla simulazione di cui al canone 1101 §2.

L'elemento che determinerebbe l'autonomia della fattispecie è la clausola aggiunta al canone «*dummodo non determinet voluntatem*». È vero che il canone afferma esplicitamente che l'errore circa l'unità o l'indissolubilità o la dignità sacramentale del matrimonio non vizia il consenso, purché non determini la volontà; però, seguendo l'argomento a contrario, si può affermare che nel

(9) Cfr. A. STANKIEWICZ, *L'errore di diritto nel consenso matrimoniale e la sua autonomia giuridica*, in AA.VV., *Error determinans voluntatem (can. 1099)*, cit., pp. 65-85. Cfr. anche, dello stesso autore, *Errore circa le proprietà e la dignità sacramentale del matrimonio*, in AA.VV., *La nuova legislazione matrimoniale canonica*, Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano, 1986, pp. 117-132.

canone viene stabilita la rilevanza dell'errore che determina la volontà⁽¹⁰⁾. Riguardo all'errore sulla dignità sacramentale, invece, riteniamo che sia più difficile difendere la sua autonomia, soprattutto se si tiene conto di quanto dichiarato da Giovanni Paolo II nei suoi discorsi alla Rota degli anni 2000, 2001 e 2003. Per quanto riguarda il Discorso dell'anno 2000, risulta di massimo interesse la distinzione tra la cosiddetta mentalità divorzista e l'esclusione dell'indissolubilità⁽¹¹⁾, nonché il riferimento all'*error determinans* e alla retta comprensione del canone 1099 CIC⁽¹²⁾. Nel Discorso dell'anno 2001, Giovanni Paolo II insiste sul tema della dimensione naturale del matrimonio, soffermandosi negli ultimi punti sulla relazione tra l'indole naturale del matrimonio e la sua sacramentalità nel caso dei battezzati⁽¹³⁾. Circa il Discorso del 2003, ci sembra essere abbastanza chiaro il pensiero del Pontefice, là dove, parlando della possibilità di un'autonomia delle fattispecie dell'esclusione o dell'errore determinante sulla dignità sacramentale, afferma: «Per le due figure è decisivo tener presente che un atteggiamento dei nubendi che non tenga conto della dimensione soprannaturale nel matrimonio, può renderlo nullo solo se ne intacca la validità sul piano naturale nel quale è posto lo stesso segno sacramentale. La Chiesa cattolica ha sempre riconosciuto i matrimoni tra i non battezzati, che diventano sacramento cristiano mediante il Battesimo dei coniugi, e non ha dubbi sulla validità del matrimonio di un cattolico con una persona non battezzata se si celebra con la dovuta dispensa»⁽¹⁴⁾.

Affermata l'autonomia della fattispecie, Stankiewicz cerca di determinare la rilevanza del fattore volitivo nell'errore determinante la volontà. Questo presenta diverse difficoltà, sia dal punto di vista sostantivo, sia dal punto di vista processuale, cioè, della

(10) Cfr. A. STANKIEWICZ, *L'errore di diritto*, cit., pp. 80-81.

(11) GIOVANNI PAOLO II, *Discorso alla Rota Romana del 21 gennaio 2000*, n. 4.

(12) *Ibid.*, n. 5.

(13) GIOVANNI PAOLO II, *Discorso alla Rota Romana del 1 febbraio 2001*, n. 8. Su questo discorso, c'è un interessante commento di M. GAS I AIXENDRI, *Essenza del matrimonio e rifiuto della dignità sacramentale alla luce del recente discorso del Papa alla Rota*, in *Ius Ecclesiae*, 13 (2001), pp. 122-145, nonché, della stessa autrice, *Relevancia canónica del error sobre la dignidad sacramental del matrimonio*, Roma, 2001, pp. 287-294. Cfr. anche sull'argomento M.A. ORTIZ, *Sulla rilevanza della volontà contraria alla dignità sacramentale del matrimonio*, in *Il Diritto Ecclesiastico*, 110/II (1999), pp. 359-370.

(14) GIOVANNI PAOLO II, *Discorso alla Rota Romana del 30 gennaio 2003*, n. 8.

prova della fattispecie. Un primo problema è il senso da assegnare al termine *determinans*. Qualunque sia l'interpretazione, non si può fare a meno dell'elemento volitivo. Perciò, l'errore *determinans* va distinto dall'errore *causam dans contractui*, in quanto dobbiamo distinguere tra i motivi e la decisione⁽¹⁵⁾.

Perciò, l'autore ribadisce l'autonomia della fattispecie nei riguardi dell'esclusione, perché in quest'ultima c'è l'elemento della consapevolezza, che manca nell'errore determinante. Però, afferma, si richiede l'atto positivo di volontà anche nella detta fattispecie. In verità, benché dal punto di vista teorico sia chiara la differenza, ci sembra assai difficile fare la distinzione tra le due fattispecie nel caso concreto, come rammenta anche la sentenza c. McKay qui commentata (cfr. nn. 14 e 18). Tuttavia, dal punto di vista processuale, l'autore sostiene che la fattispecie sarebbe riconoscibile nel cosiddetto errore pervicace⁽¹⁶⁾.

Da quanto detto possiamo trarre alcune considerazioni. In primo luogo, a nostro avviso, c'è un elemento essenziale per l'adeguata comprensione del rapporto tra errore di diritto ed esclusione: il rapporto tra intelletto e volontà. Questo è stato uno degli argomenti più discussi nella filosofia della conoscenza. Bisogna evitare gli estremi atteggiamenti intellettualistici o volutaristici. Può veramente l'intelletto determinare la volontà? Da questo punto di vista, dobbiamo evitare il determinismo razionalista secondo il quale la volontà verrebbe sempre e comunque determinata dal contenuto presentatole dall'intelletto. È la volontà una facoltà assolutamente indeterminata, libera dai contenuti presentatigli dall'intelletto? Anche qui, bisogna evitare una nozione di volontà — e di libertà — di tipo volutaristico, come quella che intende la libertà come assoluta indeterminazione nell'agire, dimenticando il rapporto intrinseco della libera volontà con il bene, nonché la relazione tra il *bonum* e il *verum*. Si tratta di visioni analitiche dell'intelletto e della volontà che rischiano di perdere di vista l'inseparabilità tra entrambe queste facoltà⁽¹⁷⁾. Perciò, soltanto con un'adeguata comprensione del rapporto tra queste due facoltà sarà

(15) Cfr. A. STANKIEWICZ, *L'errore di diritto*, cit., p. 83.

(16) Cfr. *Ibid.*, p. 85.

(17) Cfr. J.G. CAIUBY CRESCENTI, *Falta de liberdade interna e nulidade de consentimento matrimonial: reflexões sobre o princípio «ubi intellectus, ibi voluntas» nas decisões de Rota Romana*, 1977-1986, Roma, 1990.

possibile offrire una risposta conforme a verità ai quesiti posti dalla relazione tra le fattispecie in questione. In questo senso, l'affermazione secondo la quale la volontà è una facoltà cieca che ha bisogno dell'apporto dell'intelletto, deve essere ben compresa, tenendo anche conto dell'inclinazione naturale delle facoltà razionali alla verità e al bene.

Perciò, un altro elemento che deve essere considerato è la natura della volontà: pensiamo che la distinzione fatta da San Tommaso tra *voluntas ut natura* e *voluntas ut ratio* — volontà come inclinazione e volontà come decisione⁽¹⁸⁾ — potrebbe giovare a una chiarificazione dei problemi analizzati e a capire perché l'errore circa le proprietà essenziali o la sacramentalità, in linea di massima, non intacca la decisione volontaria che è il consenso: la volontà non è una facoltà in stato puro il cui contenuto viene stabilito dall'intelletto, ma ha le sue inclinazioni naturali al bene e, specificamente nella decisione matrimoniale, ai beni del matrimonio. Lo stesso si dovrebbe dire dell'intelletto, che ha le sue inclinazioni alla verità. Come si vede, l'adeguata comprensione dell'agire umano e della libertà è essenziale alla retta interpretazione sia della fattispecie di cui al canone 1099, sia della sua relazione con il fenomeno simulatorio. Pensiamo che l'Enciclica *Veritatis Splendor* di Giovanni Paolo II dia risposta a molti dei quesiti qui proposti sulla relazione tra intelletto e volontà nell'agire umano libero⁽¹⁹⁾.

Un'ultima considerazione nasce dall'ipotizzare che la fattispecie dell'*error determinans* — indipendentemente dal fatto che possa essere la causa remota della simulazione — si presenti nella pratica. Ci sembra infatti di trovarci di fronte ad un'ipotesi troppo *chimicamente pura*. È possibile errare fino al punto che questo errore determini la volontà e che di esso non vi sia consapevolezza, tenendo anche conto della *inclinatio naturae* al matrimonio? Se questo è possibile nei casi in cui i contraenti non conoscono la dottrina della Chiesa nei riguardi del matrimonio e della famiglia, ci sembra veramente difficile che due cattolici che si sposano in Chiesa e che ne conoscano la dottrina, possano dar luogo alla fattispecie *a sé*. Forse l'errore, se è molto radicato, porterà allora all'e-

(18) Cfr. T. ALVIRA, *Naturaleza y libertad*, Pamplona 1985.

(19) Cfr. GIOVANNI PAOLO II, Enc. *Veritatis Splendor*, 36, 38, 41, 48, 66, 67, 75, 78.

sclosure o alla condizione. A nostro avviso, è quasi impossibile che si resti entro la fattispecie del canone 1099 inteso come capo autonomo di nullità. Perciò, pensiamo che la fattispecie, che nella teoria avrebbe la sua autonomia, nella pratica sarà difficile da individuare come categoria indipendente, almeno nel caso del matrimonio celebrato dai cattolici. Pensiamo, comunque, che sia molto difficile distinguere le diverse fattispecie nel caso concreto. Il giudice dovrà osservare non soltanto la norma scritta, ma anche considerare quella retta antropologia di cui in non poche occasioni ha parlato Giovanni Paolo II⁽²⁰⁾.

In questo senso, a nostro avviso, la sentenza dimostra molta concretezza quando nell'analisi della parte *in iure* non si ferma sulle considerazioni teoriche sulla nozione di matrimonio propria della chiesa battista, nella quale si ammetterebbe il divorzio in caso di adulterio, ma successivamente tenta di capire quale sia veramente l'atteggiamento di questa chiesa nei confronti del divorzio. Allo stesso tempo, ci è sembrato molto pertinente che nella parte *in facto* i giudici abbiano fatto uno sforzo per determinare se, nel caso concreto, nel contraente vi erano dei motivi che spiegassero la presenza di un errore determinante la volontà (benché indirettamente tramite la simulazione, perché questo era il capo allegato) riguardo all'indissolubilità del matrimonio. Essi sono arrivati alla conclusione che, *in casu*, non era stato dimostrato né l'esistenza di una concezione del matrimonio contraria all'indissolubilità nei battisti, né tanto meno l'esclusione dell'indissolubilità mediante un positivo atto di volontà nell'attore, in mancanza di una chiara *causa simulandi proxima* e avendo anche verificato che nel periodo pre-nuziale in lui non vi erano dubbi, ripensamenti, previsioni su possibili infedeltà da parte della fidanzata, alla quale peraltro voleva molto bene. Per questi motivi, la sentenza fu negativa.

Héctor Franceschi F.

⁽²⁰⁾ Sull'antropologia di Giovanni Paolo II sul matrimonio, cfr. GIOVANNI PAOLO II, *Uomo e donna lo credò, catechesi sull'amore umano*, Città Nuova Editrice, Libreria Editrice Vaticana, Roma, 1985; *Discorsi alla Rota Romana*: 5 febbraio 1987, in AAS 79 (1987), pp. 1453-1459; 25 gennaio 1988, in AAS, 80 (1988), p. 1180-1183.

Note e commenti

Pagina bianca

L'ISTRUZIONE IN MATERIA
AMMINISTRATIVA 2005 DELLA CONFERENZA
EPISCOPALE ITALIANA

1. Genesi del documento. — 2. Necessità dell'aggiornamento. — 3. Struttura e contenuti dell'*Istruzione* 2005. — 4. La ricezione dell'*Istruzione*.

1. *Genesi del documento.*

Il 1° settembre 2005 è stata pubblicata la nuova *Istruzione in materia amministrativa* della Conferenza Episcopale Italiana [= CEI] ⁽¹⁾, approvata dalla 54a Assemblea Generale dei Vescovi italiani (Roma, 30-31 maggio 2005). Essa sostituisce la precedente *Istruzione*, pubblicata il 1° aprile 1992 ⁽²⁾, dopo un lungo *iter* preparatorio culminato con l'approvazione da parte della 32a Assemblea generale (Roma, 14-18 maggio 1990).

L'*Istruzione* del 1992 intendeva favorire, nell'ambito italiano e in rapporto alle problematiche patrimoniali e amministrative, l'applicazione del nuovo codice di diritto canonico (1983) e dell'Accordo di revisione del Concordato lateranense (1984), a cui era seguita la riforma della normativa in materia di enti e beni ecclesiastici e di sostentamento del clero (*Norme per la disciplina della materia degli enti e beni ecclesiastici*), tradotta nell'ordinamento italiano con la legge 20 maggio 1985, n. 222, e in quello canonico con il decreto del Segretario di Stato del 3 giugno 1985. Si proponeva come sussidio utile per sintetizzare in maniera organica normative di diversa provenienza, così da giovare tanto a coloro che già potevano vantare esperienza in materia, quanto a

⁽¹⁾ In *Notiziario della Conferenza Episcopale Italiana*, 2005, 325-427. Il testo è anche disponibile nel sito Internet www.chiesacattolica.it.

⁽²⁾ *Ibid.* 1992, 57-143.

quelli che vi si accostavano per la prima volta. Composto di dieci capitoli e due allegati, il documento, valorizzando il principio di sussidiarietà, manteneva un carattere programmaticamente aperto, non solo perché prendeva in considerazione gli ambiti normativi affidati ai Vescovi diocesani come singoli e riuniti nell'assemblea provinciale, ma soprattutto perché si prestava a essere integrato tenendo conto delle loro deliberazioni. In effetti, in alcune regioni ecclesiastiche, esso ha costituito la base di partenza per predisporre ulteriori sussidi e *vademecum* per le diocesi e le parrocchie.

Fin dal titolo, l'*Istruzione* si poneva in un certo modo in continuità con le istruzioni emanate dalla S. Congregazione del Concilio nel 1929-1930, in applicazione del Concordato del 1929, circa l'amministrazione dei beni beneficiari ed ecclesiastici e le chiese e gli altri enti di culto, condividendo con esse lo scopo di offrire un'interpretazione tendenzialmente univoca e un'applicazione unitaria nell'ambito delle diocesi italiane delle nuove normative pattizie, anche in vista di un comportamento condiviso e collaborativo da parte ecclesiastica nei confronti degli organi della pubblica amministrazione.

La scelta della continuità storica nella titolazione non è stata immune da critiche da parte della dottrina, dal momento che, ai sensi del vigente codice, «le istruzioni, che propriamente rendono chiare le disposizioni delle leggi e sviluppano e determinano i procedimenti nell'eseguirle, sono date a uso di quelli il cui compito è curare che le leggi siano mandate ad esecuzione e li obbligano nell'esecuzione stessa delle leggi; le pubblicano legittimamente, entro i limiti della loro competenza, coloro che godono della potestà esecutiva» (can. 34 § 1). Si tratta infatti di documenti, emanati da quanti dispongono della potestà esecutiva, finalizzati a precisare le modalità di applicazione di una legge. È evidente la natura diversa dell'*Istruzione* del 1992, che si poneva obiettivi didattici ed esplicativi, conteneva elementi che esulavano dalla competenza specifica della Conferenza episcopale e in alcuni punti si limitava a suggerire una fra le possibili modalità di applicazione della legge. Come è stato osservato, essa poteva qualificarsi come «un compendio autorevole e ragionato delle principali norme vigenti, degli indirizzi conseguenti e coerenti con le medesime norme, dei concetti più assodati e delle pratiche ed iter burocratici principali in campo economico-amministrativo per la Chiesa Italiana nella situazione at-

tuale»⁽³⁾. Per questa ragione, gli enunciati normativi in essa contenuti conservavano la nota vincolante che avevano nel documento da cui provenivano, mentre il testo, nel suo complesso, non aveva carattere propriamente obbligante: ciò trovava conferma nel decreto di pubblicazione, laddove si precisava, riprendendo il dettato dell'articolo 18 dello statuto della CEI allora vigente, che all'*Istruzione* «ogni Vescovo si atterrà in vista dell'unità e del bene comune, a meno che ragioni a suo giudizio gravi ne dissuadano l'adozione nella propria diocesi». Considerazioni analoghe possono ugualmente applicarsi all'*Istruzione* del 2005.

2. *Necessità dell'aggiornamento.*

Si può affermare che l'*Istruzione* del 1992 ha trovato buona accoglienza presso gli operatori del settore e ha svolto in maniera adeguata il compito di presentare la rinnovata normativa canonica e concordataria e di favorirne la coerente applicazione. Il tempo e l'uso, sia nella prassi delle curie diocesane sia nell'insegnamento, hanno fatto emergere, come era pressoché inevitabile, alcune carenze, omissioni o scelte opinabili. Del resto, fin dall'inizio era chiaro che essa costituiva «un primo tentativo di ordinare, in vista di una prassi consapevole e omogenea, una materia di per sé vasta e complessa; nulla vieta — anzi, sarà molto probabile — che l'*Istruzione* possa avere nel tempo una seconda edizione, che metta a frutto anche i rilievi e gli indirizzi che nasceranno dall'esperienza della sua prima applicazione»⁽⁴⁾.

Nel corso degli anni, alcune lettere del Segretario Generale della CEI e alcune circolari del Comitato per gli enti e i beni ecclesiastici hanno provveduto ad aggiornare o ad approfondire diverse questioni amministrative a volte solo accennate o non ancora presenti nell'*Istruzione*. Ciò, tuttavia, non ha fatto venir meno l'esigenza di disporre, a livello nazionale, di un testo aggiornato in grado di offrire indirizzi comuni in materia giuridico-amministrativa, tenendo conto non solo di importanti precisazioni e innova-

⁽³⁾ G.P. MONTINI, *Valore e contenuti della Istruzione della CEI in materia amministrativa*, in *Quaderni di diritto ecclesiale*, 7 (1994) 243.

⁽⁴⁾ A. NICORA, *L'Istruzione in materia amministrativa della CEI*, in *L'Amico del Clero*, 74 (1992) 172.

zioni intercorse nel frattempo (si pensi al chiarimento intervenuto nel 1997, attraverso un'apposita Commissione paritetica, circa il riconoscimento degli enti ecclesiastici e il finanziamento dell'edilizia di culto o alla riforma della normativa fiscale con l'introduzione delle ONLUS), ma anche del costante e fisiologico avvicendamento degli operatori del settore, ecclesiastici e laici. Resta infatti di fondamentale importanza il poter offrire a tutti gli interessati orientamenti chiari e aggiornati, perché possano affrontare le questioni loro affidate con competenza, tanto sotto il profilo canonico quanto sotto quello civile.

Alla luce di queste considerazioni, nei primi mesi del 2003 il Comitato per gli enti e i beni ecclesiastici, su mandato della Presidenza della CEI, ha avviato la revisione del testo del 1992, optando per il mantenimento dell'impianto originale, senza peraltro limitarsi a una semplice edizione riveduta e corretta. A ciascun membro del Comitato è stato affidato l'esame di un capitolo del testo, per aggiornarlo e, se necessario, riformularlo. Gli emendamenti presentati sono stati discussi collegialmente e si è affidato a un gruppo redazionale il compito di rendere omogenea la stesura. Sono state poi vagliate e inserite, nella misura del possibile, le osservazioni puntuali formulate da alcuni esperti appositamente interpellati, nonché i rilievi e le correzioni indicate dal Consiglio per gli affari giuridici. Il testo così rivisto è stato presentato al Consiglio episcopale permanente, che ha espresso un giudizio positivo, raccomandando alcune correzioni puntuali, una maggiore coerenza terminologica e il giusto equilibrio fra la precisione richiesta da un testo di indole giuridica e la comprensibilità di un sussidio destinato ad avere ampia diffusione. È stato anche suggerito di corredare il testo di un indice analitico, per facilitarne l'uso.

Infine, la bozza della nuova *Istruzione* è stata inviata in consultazione a tutti i Vescovi, in vista della discussione e della valutazione definitiva da parte dell'Assemblea Generale. Il 30 maggio 2005 la nuova *Istruzione*, votata da 211 Vescovi, è stata approvata con 208 *placet*, 1 *non placet* e 2 schede bianche⁽⁵⁾.

⁽⁵⁾ Cf. *Atti della 54a Assemblea Generale, Roma 30-31 maggio 2005*, pp. 45-54; 162.

3. *Struttura e contenuti dell'Istruzione 2005.*

L'*Istruzione in materia amministrativa 2005* tratta gli stessi argomenti dell'edizione del 1992, di cui mantiene la suddivisione in capitoli e numeri. I dieci capitoli sono diventati undici, perché si è deciso di scorporare dal capitolo sesto, dedicato all'ente diocesi, la parte relativa all'istituto diocesano per il sostentamento del clero, trattandosi di una persona giuridica autonoma e distinta dalla diocesi.

I capitoli trattano rispettivamente:

- I. le fonti del diritto amministrativo-patrimoniale;
- II. gli enti e i beni ecclesiastici;
- III. la potestà esecutiva del Vescovo diocesano nell'amministrazione dei beni ecclesiastici;
- IV. le fonti di sovvenzione della Chiesa;
- V. l'amministrazione ordinaria e straordinaria;
- VI. l'ente diocesi;
- VII. l'istituto diocesano per il sostentamento del clero;
- VIII. l'ente parrocchia;
- IX. i luoghi di culto;
- X. le associazioni di fedeli;
- XI. le fondazioni.

Il testo è integrato da quattro allegati. I primi due, relativi alla classificazione degli enti ecclesiastici ai fini del riconoscimento civile (A) e ai controlli canonici sugli atti di straordinaria amministrazione (B), rielaborano il testo precedente. I restanti due, contenenti la bozza del decreto del Vescovo diocesano che definisce gli atti di amministrazione straordinaria per gli enti a lui soggetti (C) e l'attestazione circa le norme statutarie dell'ente parrocchia (D), sono nuovi.

Tenendo conto del carattere del documento, si è posta cura nell'evitare la commistione di norme e interpretazioni, esercitando particolare vigilanza nell'uso del congiuntivo esortativo e del genere parenetico. Per altro verso, la consapevolezza dell'indole pratica e dell'uso didattico dell'*Istruzione* ha indotto a trattare più diffusamente taluni argomenti, anche a costo di qualche ripetizione: ciò avviene, per esempio, nel capitolo sulla parrocchia e in quello sulle associazioni, nei quali si è inteso raccogliere in forma organica le molteplici disposizioni concernenti le rispettive materie, a vantaggio anche del lettore occasionale.

Può essere utile esaminare nel dettaglio le principali innovazioni introdotte nell'edizione del 2005 rispetto a quella del 1992⁽⁶⁾.

Nel primo capitolo, dedicato alle fonti, è stato inserito un richiamo al codice dei canoni delle Chiese orientali, che si applica in Italia nelle Chiese particolari di rito orientale (2); sono stati elencati gli scambi di note diplomatiche e l'interpretazione autentica concernenti la materia pattizia successivi all'Accordo del 1984 (3); è stato aggiunto un paragrafo circa il carattere vincolante dei provvedimenti promananti dalle conferenze episcopali regionali, tenendo conto della crescente importanza dei loro interventi (5).

È stato modificato il titolo del secondo capitolo («gli enti ecclesiastici», in luogo del precedente «gli enti e i beni ecclesiastici»). In esso, è stato precisato il margine di discrezionalità dell'autorità governativa all'atto del riconoscimento civile degli enti ecclesiastici (10). È stata inserita una trattazione specifica relativa all'erezione della persona giuridica nell'ordinamento canonico (11). Si è aggiunto un numero per chiarire lo scopo dell'assenso dell'autorità ecclesiastica, previsto dall'art. 3 della legge n. 222/1985, nella procedura di riconoscimento civile di un ente ecclesiastico (14). Sono stati aggiornati i riferimenti di legge in ordine all'iscrizione degli enti ecclesiastici civilmente riconosciuti nel registro delle persone giuridiche (15). Due nuovi numeri trattano nel dettaglio la questione delle modifiche statutarie degli enti ecclesiastici e del loro riconoscimento civile (16), nonché la procedura per la soppressione e l'estinzione degli enti ecclesiastici civilmente riconosciuti (20).

Nel terzo capitolo, che tratta della potestà esecutiva del Vescovo diocesano nell'amministrazione dei beni ecclesiastici (si noti l'aggiunta dell'aggettivo *diocesano*), trova ampio sviluppo l'illustrazione del dovere di *vigilanza* proprio del Vescovo diocesano (24) e degli eventuali interventi di *supplenza* nei confronti degli amministratori degli enti a lui soggetti (25). Vengono poi enumerati in maniera analitica i casi in cui il Vescovo diocesano è tenuto ad acquisire il parere o il consenso del consiglio diocesano per gli affari economici e del collegio dei consultori (27). Il paragrafo relativo

(6) I numeri tra parentesi si riferiscono alla numerazione del testo.

all'amministrazione dell'ente diocesi (ex 23) è stato trasferito al cap. VI.

Nel quarto capitolo, che illustra le fonti di sovvenzione nella Chiesa, la trattazione sulle collette nelle giornate prescritte (32) e sulle questue (35) è stata aggiornata alla luce di quanto disposto dalla delibera CEI n. 59 (7).

Il quinto capitolo ha per oggetto l'amministrazione ordinaria e straordinaria. Si è definito in maniera più accurata il concetto di *patrimonio stabile* (53), provvedendo anche a un'importante rettifica all'ex n. 46, laddove si affermava che «in genere si considerano "patrimonio stabile" i beni (...) comunque pervenuti all'ente stesso, a meno che l'autore della liberalità abbia stabilito diversamente». Ora si afferma che devono ricomprendersi nel patrimonio stabile i beni «pervenuti all'ente stesso, se l'autore della liberalità ha così stabilito» (53). Si fa espressa menzione della necessità del consenso dell'Ordinario per l'impiego del denaro eccedente le spese che possa essere collocato utilmente per le finalità dell'ente, ai sensi del can. 1284 § 2, 6° (60).

Merita di essere segnalata, per la sua rilevanza ermeneutica, l'omissione della previsione — precedentemente formulata al n. 63 — del carattere suppletorio del decreto generale del Vescovo diocesano circa gli atti di straordinaria amministrazione di cui al can. 1281 § 2, qualora gli statuti degli istituti di vita consacrata e delle società di vita apostolica di diritto diocesano, nonché dei monasteri *sui iuris*, di cui al can. 615, tacciano in merito. Lo stesso vale per l'applicabilità a tali fattispecie della delibera CEI n. 38 sulle locazioni (8).

È stato aggiunto un numero relativo ai controlli canonici sugli atti di straordinaria amministrazione posti dalle persone giuridiche non soggette al Vescovo diocesano (associazioni pubbliche riconosciute a livello nazionale, seminari pontifici) (71) ed è stata semplificata la trattazione sull'attività amministrativa degli enti ecclesiastici nel regime statale, essendo venuta meno l'autorizzazione governativa per gli acquisti (ex 65). Si è posta maggiore attenzione al tema della rilevanza civile dei controlli canonici, con particolare riferimento al caso dell'autorizzazione canonica per le locazioni (75).

(7) In *Notiziario della Conferenza Episcopale Italiana*, 1993, 265-267.

(8) *Ibid.* 1990, 206.

Il paragrafo relativo alla condizione degli enti ecclesiastici nell'ordinamento tributario italiano (ex 67-73) costituisce la parte dell'*Istruzione* del 1992 più segnata dal tempo, ma anche quella che rischierà ben presto di risultare datata, attesa la continua evoluzione della relativa disciplina. Si è pertanto mantenuto il criterio di «richiamare i soli principi generali in materia fiscale applicabili al presente agli enti ecclesiastici civilmente riconosciuti» (ex 68, ora 77), aggiornando puntualmente i riferimenti normativi. È stato aggiunto un paragrafo sul ramo ONLUS dell'ente ecclesiastico (83), tenendo conto delle novità a suo tempo introdotte dal decreto legislativo n. 460/1997.

All'interno del capitolo sesto (l'ente diocesi) è stata trasferita la trattazione sull'amministrazione dell'ente diocesi, prima contenuta nel cap. III. Con riguardo alle disponibilità finanziarie, si è dato rilievo alle somme provenienti dall'*otto per mille* IRPEF, con l'indicazione degli obblighi di rendicontazione in capo alla diocesi e dei criteri per la gestione dei fondi durante la vacanza della sede episcopale (87). Il paragrafo relativo al fondo per la carità è stato riformulato per articolare con maggiore precisione le competenze dell'economista diocesano e quelle del direttore dell'ufficio Caritas (89).

È parso conveniente, dal punto di vista sistematico, riservare una trattazione autonoma, contenuta nel cap. VII, all'istituto diocesano per il sostentamento del clero, dal momento che si tratta di una persona giuridica canonicamente e civilmente distinta dall'ente diocesano, ancorché soggetta alla giurisdizione del Vescovo diocesano. Sono state indicate qui le modalità di costituzione iniziale del patrimonio dell'istituto, nonché quelle del suo accrescimento (93), e si sono elencate le prescrizioni specifiche contenute nella normativa di derivazione pattizia circa taluni atti di amministrazione straordinaria (94).

L'ottavo capitolo, dedicato all'ente parrocchia, è particolarmente ampio e dettagliato, prestandosi idealmente a essere letto anche in maniera autonoma dai parroci e dai loro collaboratori. Fra le novità, va segnalata la menzione esplicita del fatto che in Italia, in forza dell'Accordo del 1984, salvo che per la diocesi di Roma e per quelle suburbicarie, possono essere nominati parroci i soli sacerdoti dotati della cittadinanza italiana (103). Si sono meglio definiti i compiti del consiglio parrocchiale per gli affari economici, con attenzione specifica ai suoi rapporti con il consiglio

pastorale parrocchiale (105). Si è resa più sintetica la trattazione in ordine all'amministrazione della parrocchia e alla contabilità parrocchiale (107-108), omettendo l'elencazione dei registri da conservarsi nell'archivio parrocchiale (ex 87), impropria in un testo di carattere economico-amministrativo. È stato inserito, sulla scorta di una recente circolare del Comitato per gli enti e i beni ecclesiastici⁽⁹⁾, un ampio paragrafo riferito alla *gestione degli immobili parrocchiali* (115-118), con particolari indicazioni applicabili al caso in cui si intenda concederli in locazione o in uso temporaneo a terzi.

La trattazione del cap. IX, dedicato ai luoghi di culto, è stata resa più fluida e discorsiva. Si sono precisati la natura e l'ambito della libertà di esercizio pubblico del culto, coordinandoli meglio con la normativa civile (124). È stato inserito un paragrafo dedicato al concetto di *pertinenza* degli edifici di culto (126). Sono stati aggiunti due paragrafi, dedicati rispettivamente alla visita delle chiese (129) e ai concerti negli edifici di culto (130). È stata sintetizzata la trattazione sulle fabbricerie (131).

Il capitolo decimo (le associazioni di fedeli) è stato riformulato con maggiore fedeltà al dato codiciale, distinguendo le associazioni in private e pubbliche e omettendo la menzione delle «associazioni private di fedeli senza alcun riconoscimento formale da parte dell'autorità ecclesiastica» (ex 110). È stato specificato nel dettaglio l'ambito dei poteri dell'autorità ecclesiastica sulle associazioni private civilmente riconosciute, ai sensi dell'art. 10, comma 2, della legge n. 222/1985 (146). È stata sintetizzata la trattazione sulle confraternite (ex 117-118).

Nel capitolo undicesimo, dedicato alle fondazioni, si è precisato il rapporto tra il *negozio di fondazione* e l'atto di erezione da parte dell'autorità ecclesiastica (152).

I quattro *allegati* costituiscono sussidi esplicativi e pratici rispetto al corpo del testo.

L'allegato A contiene una classificazione degli enti ecclesiastici ai fini del riconoscimento civile, indicando le tipologie di enti canonici a cui i Vescovi diocesani possono dare l'assenso richiesto

⁽⁹⁾ La circolare n. 32 (*Locazione dei beni ecclesiastici*), pubblicata il 13 maggio 2002, può essere scaricata dall'archivio documenti dell'Ufficio Nazionale per i problemi giuridici (www.chiesacattolica.it/giuridico).

dall'art. 3 della legge n. 222/1985 in ordine al riconoscimento civile come ente ecclesiastico. Si è avuto riguardo a precisare l'elenco contenuto nell'allegato A dell'*Istruzione* del 1992, conformandolo alla tipologia contenuta nel codice di diritto canonico, senza peraltro escludere, come di fatto è già avvenuto, che possano essere civilmente riconosciuti come enti ecclesiastici enti considerati *atipici* dal punto di vista canonico.

L'allegato B è costituito dalla tabella dei controlli canonici sugli atti di straordinaria amministrazione. Oltre all'aggiornamento degli importi della somma massima e minima di cui al can. 1292 § 1, sono stati riformulati in coerenza con i nn. 69-70 i controlli canonici a cui sono assoggettati gli istituti religiosi di diritto diocesano e i monasteri *sui iuris*, nei casi di locazione, di accettazione di offerte gravate da modalità di adempimento o da condizione e negli altri atti di amministrazione straordinaria. Sono state aggiunte le fattispecie del rifiuto di offerte (can. 1267 § 2) e dell'impiego del denaro eccedente le spese (can. 1284 § 2, 6°).

L'allegato C contiene lo *specimen* del decreto del Vescovo diocesano di cui al can. 1281 § 2, relativo alla determinazione degli atti di straordinaria amministrazione per le persone giuridiche a lui soggette.

L'allegato D riproduce il modello dell'attestazione del Vescovo diocesano circa le norme di funzionamento della parrocchia e i poteri del legale rappresentante, necessaria ai fini dell'iscrizione dell'ente nel registro delle persone giuridiche, ai sensi dell'art. 5 della legge n. 222/1985.

4. *La ricezione dell'Istruzione.*

Per quanto le questioni relative all'amministrazione del patrimonio ecclesiastico siano molteplici e complesse, soprattutto alla luce della scelta di considerarle non solo dal punto di vista canonico, ma anche tenendo conto della disciplina pattizia e delle corrispondenti norme civilistiche, amministrative e tributarie italiane, si è voluto conservare all'*Istruzione* il carattere della sinteticità, necessario per consentirne un'efficace fruizione da parte degli operatori del settore e per renderla agevole dal punto di vista didattico. Ciò ha comportato la conseguenza di limitare all'essenziale la trattazione di temi particolarmente problematici (quali l'autorizzazione per l'alienazione di fabbricati di interesse storico-

artistico⁽¹⁰⁾, n. 72, e la visita a pagamento delle chiese, n. 129). Senza dubbio, l'introduzione dell'indice analitico faciliterà la consultazione del testo. D'altro canto, oltre alla normale attività di esplicazione e approfondimento affidata alla dottrina e alla giurisprudenza, è ragionevole prevedere che anche l'*Istruzione* 2005, come la precedente edizione, sarà oggetto di chiarimenti, puntualizzazioni e aggiornamenti mediante lettere del Segretario Generale della CEI ai Vescovi diocesani o circolari del Comitato per gli enti e i beni ecclesiastici, soprattutto nel caso di questioni nuove o circoscritte⁽¹¹⁾. Nel contempo, si può ipotizzare che non mancheranno iniziative regionali e diocesane finalizzate ad adattare alle esigenze locali i contenuti dell'*Istruzione*, preparando alla luce delle sue indicazioni strumenti e sussidi che tengano anche conto della normativa particolare.

Non resta che augurare all'*Istruzione* 2005 di conseguire gli obiettivi per cui è stata voluta dai Vescovi italiani, favorendo la conoscenza della normativa in materia di beni temporali ecclesiastici e la formazione di operatori qualificati, in modo che l'amministrazione del patrimonio contribuisca efficacemente al conseguimento dei fini per cui essi sono posti al servizio della Chiesa.

MAURO RIVELLA

⁽¹⁰⁾ Sugli obblighi introdotti dal D.lgs. n. 42/2004, cf. M. RIVELLA, *Procedura per la verifica dell'interesse culturale dei beni immobili di proprietà di enti ecclesiastici*, in *Ex lege*, 2004, 4/57-63.

⁽¹¹⁾ Oltre alla costante necessità di aggiornamenti in materia tributaria, si possono citare, a modo di esempio e in riferimento a recenti provvedimenti normativi, la disciplina dell'impresa sociale, approvata con D.lgs. 24 marzo 2006, n. 155, e il *Regolamento concernente i criteri e le modalità di concessione in uso e in locazione dei beni immobili appartenenti allo Stato*, approvato con D.P.R. 13 settembre 2005, n. 296.

Pagina bianca

EVOLUZIONE NELLA PRASSI AMMINISTRATIVA
DELLA CHIESA IN ITALIA: DALLA «ISTRUZIONE
IN MATERIA AMMINISTRATIVA»
DEL 1992 A QUELLA DEL 2005

1. Novità nello schema generale della Istruzione. — 2. Lo strumento di emanazione di norme amministrative canoniche denominato «istruzione». — 3. Fonti normative applicabili all'amministrazione dei beni ecclesiastici in Italia. — 4. Gli enti ecclesiastici. *a)* In riferimento all'ordinamento civile. *b)* Nell'ordinamento canonico. *c)* Persone giuridiche canoniche non riconosciute come enti ecclesiastici. *d)* L'assenso delle autorità ecclesiastiche nella procedura di riconoscimento civile. *e)* L'iscrizione degli enti ecclesiastici nel registro delle persone giuridiche. *f)* Il riconoscimento civile delle modifiche degli elementi sostanziali dell'ente. — 5. L'esercizio della potestà esecutiva del Vescovo in materia economica. — 6. Il finanziamento della Chiesa. — 7. L'amministrazione dei beni ecclesiastici. *a)* Descrizione dei beni ecclesiastici. *b)* Il rappresentante negoziale. *c)* Gli atti di amministrazione straordinaria. *d)* Le alienazioni. *e)* La tutela statale dell'amministrazione degli enti ecclesiastici. *f)* Gli obblighi tributari. *g)* L'amministrazione peculiare delle ONLUS. — 8. Peculiarità dell'ente diocesi. — 9. Gli Istituti diocesani per il sostentamento del clero. — 10. L'amministrazione dell'ente parrocchia. *a)* La figura del parroco. *b)* Il Consiglio per gli affari economici della parrocchia. *c)* La cassa parrocchiale. *d)* I libri parrocchiali. *e)* Amministrazione degli immobili della parrocchia. — 11. Gli edifici di culto. — 12. Le associazioni di fedeli. — 13. Le fondazioni pie.

La 54^a Assemblea generale della Conferenza episcopale italiana, in data 30 maggio 2005, ha approvato, «con la maggioranza assoluta», una nuova *Istruzione in materia amministrativa* (IMA), poi promulgata con decreto del Presidente della CEI del 1^o settembre 2005⁽¹⁾. L'Assemblea generale giustifica la sua «determinazione» dalla necessità di rivedere «il testo alla luce dell'esperienza maturata

(1) Il testo della determinazione dell'Assemblea Generale e quello del decreto di promulgazione sono pubblicati in «Notiziario CEI» 2005 (n. 8/9), p. 327 e 328. Dalla pagina 329 inizia il testo dell'Istruzione. Il fascicolo del Notiziario è presente

nei tredici anni trascorsi dalla sua prima applicazione nonché delle innovazioni introdotte nella normativa canonica e civile». Il testo stesso dell'Istruzione introduce un paragrafo nuovo al primo numero per giustificare il testo riformato «tenendo conto delle novità legislative e amministrative, nonché delle esigenze pastorali emerse nel periodo successivo» alla pubblicazione della versione precedente⁽²⁾. È chiaro che la CEI percepisce il nuovo documento come innovazione nella continuità. La continuità è abbastanza palese nel testo; più interessante dal punto di vista giuridico può essere lo studio dell'evoluzione della prassi amministrativa⁽³⁾ e pastorale in Italia in materia economica e amministrativa negli ultimi tredici anni, senza dimenticare i continui contatti fra la Chiesa italiana (a tutti i livelli, dalla Santa Sede, fino alle singole diocesi o Istituti di vita consacrata, ecc.) e le autorità civili (principalmente quelle statali, regionali e provinciali, ma anche quelle sovranazionali o comunali, ecc.)⁽⁴⁾.

1. *Novità nello schema generale della Istruzione.*

Dal punto di vista formale, la prima novità da rilevare è la trasformazione in capitoli autonomi della trattazione delle fondazioni

nel sito web della CEI in formato «pdf». I documenti sono riportati anche nella sezione «Documenti» di questa rivista.

⁽²⁾ Già i primi commenti alla Istruzione del 1992 riportavano delle indicazioni su aspetti del testo che potevano essere oggetto di miglioramenti: cfr. M. MARCHESI, *La recente Istruzione della Conferenza Episcopale Italiana in materia amministrativa. Presentazione generale*, in *Quaderni di diritto ecclesiale*, 5 (1992) 182-191.

⁽³⁾ Di prassi amministrativa si era già parlato all'indomani del Concordato: cfr. E. GIANFELICI, *Chiesa e prassi amministrativa oggi. Enti, beni ecclesiastici e sostentamento del clero dopo i nuovi accordi concordatari del 1984*, Roma, 1989. Sulla rilevanza generale della prassi amministrativa nell'ordinamento canonico, cfr. J.I. ARRIETA, *Il valore giuridico della prassi nella Curia Romana*, in AA.VV., *Il diritto della Chiesa. Interpretazione e prassi*, Città del Vaticano, 1996, p. 95-109; P. BUONAIUTO, *Dall'esperienza alla scienza: contributo della prassi diocesana alla rilettura del concetto di diritto amministrativo canonico*, *ibid.*, p. 197-211.

⁽⁴⁾ È sempre più chiaro che gli accordi tra autorità civili e autorità ecclesiastica non si limitano più ormai soltanto a quelli intercorsi fra la Santa Sede e lo Stato, ma coinvolgono molto spesso gli enti minori e anche semplici organi degli enti. Cfr., ad es., A. ROCCELLA, *Regioni e beni culturali ecclesiastici*, in *Il diritto ecclesiastico*, 112 (2001/I) 919-931; F. VECCHI, *La legislazione regionale e l'attività patrimoniale con l'episcopato della Valle d'Aosta in materia di beni culturali di «interesse religioso» d'ambito locale*, *ibid.*, p. 574-636; ecc.

(Capitolo XI) e dell'Istituto diocesano per il sostentamento del clero (Capitolo VII), prima inserite nel capitolo sulle associazioni dei fedeli e in quello sull'Ente diocesi, rispettivamente. Vi sono inoltre due nuovi allegati riportanti un *facsimile* di Decreto di determinazione degli atti di straordinaria amministrazione per le persone giuridiche soggette al Vescovo diocesano (Allegato C), e un modello per l'attestazione di cui all'art. 5 delle Norme approvate con il Protocollo stipulato tra la Santa Sede e la Repubblica italiana il 15 novembre 1984 (Allegato D).

2. *Lo strumento di emanazione di norme amministrative canoniche denominato «istruzione».*

Tenuto conto della natura delle istruzioni, «che propriamente rendono chiare le disposizioni delle leggi e sviluppano e determinano i procedimenti nell'eseguirle» (can. 34 § 1), il documento della CEI non può contraddire la norma generale, la legge, ma può interpretarla in un senso o nell'altro e può anche determinare aspetti che vanno al di là di quanto la legge stessa prescrive. Logicamente, queste innovazioni sono introdotte attraverso la prassi amministrativa dei destinatari dell'Istruzione (principalmente, i vescovi diocesani⁽⁵⁾, ma più in generale, tutti coloro che partecipano a qualunque titolo all'amministrazione di beni ecclesiastici in Italia) più che per il fatto della sua promulgazione. In effetti, caratteristica dell'atto amministrativo generale denominato «istruzione» è che sia dato «a uso di quelli il cui compito è curare che le leggi siano mandate ad esecuzione» (can. 34 § 1). Se invece si volessero dare norme applicative generali rivolte a tutti i fedeli dovrebbe essere usato lo strumento amministrativo denominato decreto generale esecutivo (cfr. can. 31 § 1)⁽⁶⁾. Dalla permanenza della deno-

⁽⁵⁾ Cfr. Decreto di promulgazione del Presidente della CEI, citato sopra.

⁽⁶⁾ Sulla distinzione fra istruzioni e decreti generali esecutivi, cfr. J. MIRAS-J. CANOSA-E. BAURA, *Compendio de derecho administrativo canónico*, Pamplona, 2001, p. 94-95. Cfr. anche E. BAURA, *L'attività normativa dell'Amministrazione ecclesiastica*, in *Folia Canonica*, 5 (2002) 59-84; G. BRUGNOTTO, *commento al can. 34*, in *Codice di diritto canonico commentato*, a cura della Redazione di *Quaderni di diritto ecclesiale*, Milano, 2001; M.J. CIÁURRIZ, *comentario al can. 34*, in *AA.VV., Comentario exegético al Código de derecho canónico*, Pamplona, 1996, vol. I, p. 496-497; P. LOMBARDÍA, *commento al can. 34*, in *Codice di diritto canonico e leggi complementari*, Roma, 2004.

minazione già data nel 1992 all'altra istruzione — ricollegabile a documenti di simile portata emanati poco dopo la firma dei patti lateranensi del 1929 —, si può legittimamente desumere che il documento è soprattutto rivolto ai soggetti che partecipano all'amministrazione dei beni ecclesiastici e non a tutti i fedeli. La sua promulgazione generale può essere giustificata dal desiderio di trasparenza nella gestione dei beni stessi⁽⁷⁾. In ogni caso, il documento non sembra dettato tanto dalla volontà di emanare norme vincolanti quanto da quella di *istruire* gli amministratori di beni ecclesiastici in Italia. Inoltre, non sembra che la Conferenza episcopale possa essere ritenuta soggetto di potestà esecutiva in tutte le materie trattate dall'istruzione. Tutte queste considerazioni portano a concludere che l'Istruzione in materia amministrativa della CEI non è in realtà un'istruzione, almeno secondo la legge codiciale universale, ma somiglia più a un «compendio» o «vademecum» per l'amministrazione dei beni temporali della Chiesa in Italia; il che, d'altra parte, non toglie nulla alla sua valenza e utilità, anche per l'operatore giuridico⁽⁸⁾.

3. *Fonti normative applicabili all'amministrazione dei beni ecclesiastici in Italia.*

In sede di elencazione di fonti⁽⁹⁾ applicabili alla gestione dei beni ecclesiastici in Italia, va notata l'inclusione di un nuovo paragrafo di rimando al Codice dei canoni delle Chiese orientali, da tenere presente «nelle Chiese particolari di rito orientale» (n. 2 § 2 IMA). È nuovo anche il richiamo dell'interpretazione autentica delle norme riguardanti l'edilizia di culto e il riconoscimento degli enti ecclesiastici data dalla Commissione Paritetica della Santa Sede e l'Italia, ai sensi dell'Accordo del 18 febbraio 1984 (cfr. n. 3

(7) Un commento alla precedente Istruzione faceva riferimento a questa finalità del documento: cfr. G.P. MONTINI, *Valore e contenuti della Istruzione della CEI in materia amministrativa. La «trasparenza» nella amministrazione dei beni temporali della Chiesa*, in *Quaderni di diritto ecclesiale*, 7 (1994) 236-250.

(8) Considerazioni simili erano già sollevate dall'Istruzione del 1992: cfr. G.P. MONTINI, *Valore e contenuti...*, cit., p. 239-243.

(9) Cfr. O. FUMAGALLI CARULLI, *Gli enti ecclesiastici. Principi e fonti del diritto canonico*, in *OLIR*, gennaio 2006 (www.olir.it).

§ 3 IMA)⁽¹⁰⁾. Vengono poi ricordati esplicitamente gli scambi di note diplomatiche su diversi argomenti (cfr. n. 3 § 4 IMA)⁽¹¹⁾ e anche l'ultimo aggiornamento del regolamento di esecuzione della legge 222/1985 sancito con DPR 1° settembre 1999, n. 337 (cfr. n. 3 § 5 IMA)⁽¹²⁾. Infine, vi è un richiamo esplicito alle Conferenze episcopali regionali e alla loro eventuale produzione normativa (cfr. n. 5 IMA).

4. *Gli enti ecclesiastici.*

a) *In riferimento all'ordinamento civile.*

Il capitolo sugli enti ecclesiastici è fra i più mutati nei confronti del testo del 1992. In esso sono accolti i chiarimenti forniti in sede ermeneutica dalla Commissione Paritetica sopra menzionata. Concretamente, l'Istruzione cita l'interpretazione secondo cui «la Repubblica italiana è tenuta (...) ad accogliere nel proprio ordinamento gli enti ecclesiastici, ai quali accorda il riconoscimento, con le caratteristiche che agli stessi ineriscono nell'ordinamento di provenienza» (n. 10 § 3 IMA). Com'è noto, con questa precisazione si veniva a chiarire la specificità degli enti ecclesiastici nei confronti delle persone giuridiche private, soprattutto per quanto

⁽¹⁰⁾ Cfr. CEI - Comitato per gli enti e i beni ecclesiastici, *Circolare n. 26, 12 giugno 1998. Il riconoscimento degli enti ecclesiastici dopo l'interpretazione autentica delle norme pattizie in materia*. Gli atti della commissione paritetica sono pubblicati anche in «Jus» 44 (1997) 393-406, seguiti da un commento di A. ROCCELLA, *Enti e beni della Chiesa cattolica. Problemi di interpretazione della normativa pattizia*, ibid., p. 407-454.

⁽¹¹⁾ Cfr. *Notiziario CEI* 1997, n. 8, p. 239-250. Per le note riguardanti l'abolizione dell'obbligatorietà del parere del Consiglio di Stato nella procedura di riconoscimento civile degli enti ecclesiastici, cfr. L. GRAZIANO, *Il procedimento di riconoscimento degli enti ecclesiastici e il venir meno del parere obbligatorio del Consiglio di Stato: problemi e prospettive*, in *Il Diritto ecclesiastico*, (2000/1) 218-233.

⁽¹²⁾ Sulle questioni attinenti l'inserimento degli enti ecclesiastici nell'ordinamento italiano e la gestione dei beni ecclesiastici, vedi il volume di A. BETTETINI, *Gli enti e i beni ecclesiastici. Art. 831*, Milano, 2005. Cfr. anche, fra i più recenti, A. ROCCELLA, *Enti e beni della Chiesa cattolica. Problemi di interpretazione della normativa pattizia*, in *Jus*, 44 (1997) 407-454; P. CLEMENTI-G. COLOMBO-C. REDAELLI, *Gli enti religiosi. Natura giuridica e regime tributario. Le attività istituzionali e commerciali. La contabilità e il bilancio*, Milano, 1999; A.M. PUNZI NICOLÒ, *Libertà e autonomia negli enti della Chiesa*, Torino, 1999; P. CAVANA, *Enti ecclesiastici e controlli confessionali*, Torino, 2002; ecc.

riguarda il controllo di merito degli statuti e l'approvazione governativa degli stessi⁽¹³⁾. Nel 1992 non si era ancora avuta esperienza sufficiente sul riconoscimento degli enti ecclesiastici, come delineata negli Accordi del 1984 e sviluppata nella legge 222/1985. Oggi, vent'anni dopo la promulgazione di quella legge, la prassi è meglio consolidata e riesce ad evitare il rischio di «rifondare» civilmente gli enti già eretti nell'ordinamento della Chiesa (cfr. n. 10 §§ 5-7 IMA)⁽¹⁴⁾. Viene a manifestarsi così, in questa novità redazionale, uno dei cambiamenti di prassi amministrativa (forse, meglio, il suo consolidamento) più rilevanti per quanto riguarda gli enti ecclesiastici.

b) *Nell'ordinamento canonico.*

La nuova Istruzione contiene anche un numero sull'«erezione di una persona giuridica nell'ordinamento canonico» (n. 11), colmando così una omissione della norma precedente, che serve a diversi scopi pratici. Da una parte costituisce una riconferma del carattere «istruttorio» — di chiarimento e sviluppo delle leggi — del documento. In effetti, non sembra logico omettere le indicazioni canoniche sull'erezione delle persone giuridiche in un testo destinato in primo luogo ai vescovi diocesani. D'altra parte, la norma del n. 11 IMA richiama la convenienza di «congruenza» fra ordinamento canonico e ordinamento italiano in quanto la qualifica civile di ente ecclesiastico civilmente riconosciuto dovrebbe corrispondere alla personalità giuridica pubblica nell'ordinamento canonico⁽¹⁵⁾. Infine, si ha la sensazione che questo numero dell'I-

⁽¹³⁾ In argomento, cfr. il già citato A. BETTETINI, *Gli enti e i beni ecclesiastici. Art. 831.*

⁽¹⁴⁾ Per un riassunto dell'evoluzione della normativa italiana sul riconoscimento della personalità giuridica degli enti della Chiesa cattolica, si veda il percorso tracciato da A. BETTETINI nel commento al Capitolo sulle persona giuridiche, in *Codice di diritto canonico e leggi complementari*, Roma, 2004, p. 130 s.. Cfr. anche A. ROCCELLA, *Gli enti ecclesiastici a vent'anni dall'accordo di modificazioni del Concordato*, in *OLIR*, novembre 2005 (www.olir.it).

⁽¹⁵⁾ Sulla congruenza fra ordinamenti dal punto di vista del diritto canonico, cfr. il mio *Análisis de la técnica de la remisión a otros ordenamientos en el Código de 1983*, in *Ius canonicum*, 32 (1992) 713-749; C. MINELLI, *La canonizzazione delle leggi civili e la codificazione postconciliare. Per un approccio canonistico al tema dei rinvii tra ordinamenti*, in *Periodica*, 85 (1996) 445-487; G. BONI, *La rilevanza del diritto dello Stato nell'ordinamento canonico. In particolare la canonizatio legum civilium*, Milano,

struzione possa servire anche come strumento per pubblicizzare nell'ordinamento italiano, agli effetti giuridici pertinenti, i modi di erezione di persone giuridiche canoniche e le autorità competenti per eseguirle, facilitando così, in maniera indiretta, le procedure di riconoscimento.

c) *Persone giuridiche canoniche non riconosciute come enti ecclesiastici.*

Sempre in tema di riconoscimento di enti ecclesiastici, il n. 14 IMA ricorda che «una persona giuridica canonica può avere nell'ordinamento civile italiano una qualifica diversa da quella di ente ecclesiastico civilmente riconosciuto»: persona giuridica privata, associazione di fatto, ecc.

d) *L'assenso delle autorità ecclesiastiche nella procedura di riconoscimento civile.*

L'art. 3 della legge n. 222/1985 richiede l'assenso dell'autorità ecclesiastica per l'integrazione della procedura di riconoscimento degli enti. Questo aspetto della legge, che non era toccato dall'Istruzione precedente, è ora oggetto del n. 15 che va sotto il titolo, appunto, «assenso dell'autorità ecclesiastica». In esso si ricorda che l'autorità che dà l'assenso dichiara anche «la propria competenza per quanto riguarda la tutela e la vigilanza sull'ente ecclesiastico» e per questo motivo l'eventuale assenso della Santa Sede (cfr. artt. 8 e 9 l. 222/1985) non dispensa il Vescovo dal suo assenso a norma dell'art. 3.

e) *L'iscrizione degli enti ecclesiastici nel registro delle persone giuridiche.*

Quanto alla disciplina sulla registrazione, il n. 16 IMA aggiorna alle disposizioni del dPR 10 febbraio 2000, n. 361, la norma già contenuta nell'edizione del 1992, con l'elenco degli elementi da iscrivere. Inoltre, l'ultimo paragrafo del n. 17 IMA ricorda che «gli organi della Santa Sede operano in Italia senza necessità di iscrizione nel registro delle persone giuridiche».

1998; M. RICCA, *Metamorfosi della sovranità e ordinamenti confessionali. Profili teorici dell'integrazione tra ordinamenti nel diritto ecclesiastico italiano*, Torino, 1999.

f) *Il riconoscimento civile delle modifiche degli elementi sostanziali dell'ente.*

L'istruzione del 2005 dà indicazioni particolareggiate sui mutamenti sostanziali e sulle modifiche statutarie degli enti, citando esplicitamente l'interpretazione fornita da un parere (n. 216/1998) della Prima Sezione del Consiglio di Stato secondo cui la modifica degli elementi essenziali dell'ente ecclesiastico necessita dell'atto formale di riconoscimento agli effetti civili (cfr. n. 17 IMA). Infine, si ha anche una nuova norma sulla soppressione ed estinzione degli enti ecclesiastici (n. 20 IMA).

5. *L'esercizio della potestà esecutiva del Vescovo in materia economica.*

Per quanto riguarda la potestà esecutiva dei vescovi nell'amministrazione dei beni ecclesiastici⁽¹⁶⁾, l'IMA sottolinea soprattutto, in modo più esplicito di quanto faceva quella del 1992, le funzioni di vigilanza⁽¹⁷⁾ sull'utilizzazione dei beni di ciascuna persona giuridica e di supplenza⁽¹⁸⁾ di quelle persone giuridiche che non hanno amministratori (cfr. nn. 23-25 IMA). Viene anche precisata meglio l'interazione del vescovo con il consiglio diocesano per gli affari economici e con il collegio dei consultori, distinguendo le istanze nelle quali è richiesto il loro parere da quelle che abbisognano del loro consenso (cfr. n. 27 IMA).

⁽¹⁶⁾ Nel 2004, la Congregazione per i vescovi ha pubblicato un nuovo *Direttorio per il ministero pastorale dei vescovi*, «*Apostolorum successores*» (Città del Vaticano 2004), che al n. 69 ricorda i criteri di esercizio della funzione esecutiva dei vescovi, e ai nn. 189 ss. i compiti del vescovo nell'amministrazione dei beni patrimoniali.

⁽¹⁷⁾ Sulla vigilanza come attività tipica del diritto amministrativo, cfr. S. VALENTINI, *Vigilanza (diritto amministrativo)*, in *Enciclopedia del diritto*, XLVI, Milano, 1993, p. 703. Sulla concreta attività di vigilanza del vescovo nei confronti dei beni ecclesiastici, cfr. il mio *I beni ecclesiastici: nozione, regime giuridico e potere episcopale* (cann. 1257-1258), in AA.VV., *I beni temporali della Chiesa*, Città del Vaticano, 1999, p. 7-20, e A. LONGHITANO, *L'amministrazione dei beni: la funzione di vigilanza del Vescovo diocesano* (cann. 1276-1277), *ibid.*, p. 83-102.

⁽¹⁸⁾ Sull'attività di supplenza nell'esercizio della potestà ecclesiastica, cfr. J.I. ARRIETA, *Diritto dell'organizzazione ecclesiastica*, Milano, 1997, p. 211 ss.

6. *Il finanziamento della Chiesa.*

Il capitolo riguardante «le fonti di sovvenzione della Chiesa» è quello che ha subito meno variazioni. L'innovazione forse più appariscente è quella di includere il contenuto della delibera CEI n. 59⁽¹⁹⁾ circa le collette finalizzate in giornate prescritte dall'autorità competente, dove concretamente stabilisce che «quando la colletta è a carattere nazionale, si può trattenere [l'ente che fa la colletta, la parrocchia, la chiesa, ecc.], purché se ne dia avviso ai fedeli, una somma pari, di norma, alla raccolta effettuata in una domenica ordinaria. Quando la colletta è a carattere diocesano, spetta al Vescovo determinare la parte delle offerte raccolte da destinarsi alle necessità della parrocchia o della chiesa» (n. 32 IMA). Si fa riferimento alla stessa delibera per alcune precisazioni riguardanti le «richieste di denaro e le pubbliche sottoscrizioni» (cfr. n. 38 IMA). Le offerte per il sostentamento del clero deducibili dal reddito ai fini dell'IRPEF sono aggiornate al d.lgs. 12 dicembre 2003, n. 344, e attestate a 1032,91 euro, per il cui versamento è per la prima volta previsto l'uso della carta di credito (cfr. n. 36 IMA). Vi è un piccolo cambiamento in materia di tributo ordinario, significativo però di una più accurata considerazione della realtà economica degli istituti per il sostentamento del clero dopo tredici anni di esperienza. L'aliquota del tributo ordinario per gli istituti è stata ridotta a un massimo del 5 % (prima era del 10 %) delle somme destinate al sostentamento del clero effettivamente registrate nel consuntivo dell'anno (cfr. n. 47 IMA). Infine, è stata meglio precisata l'integrazione delle risorse diocesane attraverso redditi fondiari, di capitale o derivanti da attività commerciali (cfr. n. 50 IMA), evitando il riferimento al patrimonio stabile presente nella redazione precedente (cfr. n. 44 IMA 1992).

⁽¹⁹⁾ Del 3 settembre 1993, *Norme circa la raccolta di offerte per necessità particolari*, in *Notiziario CEI*, 1993, p. 265. Cfr. M. MARCHESI, *Raccolta di offerte per necessità particolari* (cann. 1262 a 1265, par. 2), in *Ius Ecclesiae*, 6 (1994) 379-383; M. CALVI, *Norme circa la raccolta di offerte per necessità particolari. Commenti alle delibere CEI*, in *Quaderni di diritto ecclesiale*, 8 (1995) 118-127.

7. *L'amministrazione dei beni ecclesiastici.*

a) *Descrizione dei beni ecclesiastici.*

Il capitolo sull'amministrazione ordinaria e straordinaria si apre con un'impresione giuridica che non era presente nella redazione precedente. Infatti, nella descrizione dei beni ecclesiastici viene adoperata l'espressione «beni posseduti» (n. 51 IMA), laddove il can. 1257 e l'istruzione precedente, con miglior tecnica giuridica, parlano di «beni appartenenti». È chiaro che il dettato della norma non riguarda il possesso dei beni ma la loro titolarità; quindi, i beni ecclesiastici non sono quelli in possesso delle persone giuridiche pubbliche canoniche, ma quelli dei quali le stesse persone giuridiche sono titolari, anche se in un momento dato non ne hanno il possesso. Per contro, non sono beni ecclesiastici quelli di titolarità di un qualsiasi altro soggetto, diverso dalle persone giuridiche pubbliche canoniche, anche se in possesso di una di queste persone⁽²⁰⁾.

b) *Il rappresentante negoziale.*

Nella definizione degli organi delle persone giuridiche la nuova Istruzione introduce esplicitamente la figura, prima inesistente nel testo della norma, del *rappresentante negoziale*, che «è la persona cui tale compito è stato demandato mediante apposita procura» (n. 57 IMA). In termini giuridici canonici classici la figura è riconducibile alla delega di potestà (cfr. can. 131 § 1), che esula dalle competenze dell'ufficio del delegato e perciò deve essere provata (cfr. can. 131 § 3). Nei casi previsti da questo numero dell'Istruzione, la prova è costituita dalla procura.

c) *Gli atti di amministrazione straordinaria.*

Fra gli atti di amministrazione straordinaria determinati dal codice di diritto canonico, l'Istruzione ricorda due specie che

⁽²⁰⁾ La dottrina è pressoché unanime in tal senso (cfr. V. DE PAOLIS, *I beni temporali della Chiesa*, Bologna, 1995; A. PERLASCA, *Il concetto di bene ecclesiastico*, Roma, 1997; J.-C. PÉRISSET, *Les biens temporels de l'Église*, Fribourg, 1996; J.-P. SCHOUPE, *Elementi di diritto patrimoniale canonico*, Milano, 1997), ma non sono mancate proposte volte ad includere fra i beni ecclesiastici anche quelli di titolarità delle persone giuridiche canoniche private (cfr. F.R. AZNAR GIL, *La administración de los bienes temporales de la Iglesia*, Salamanca, 1993², p. 427-431).

quella del 1992 non contemplava: l'accettazione di pie fondazioni non autonome (can. 1304 § 1) e la necessità del «consenso dell'ordinario per impiegare il denaro eccedente le spese e che possa essere collocato utilmente per le finalità dell'ente (cfr can. 1284 § 2, 6°)» (n. 62 IMA). Poche innovazioni sono state fatte nella determinazione degli atti di straordinaria amministrazione suggeriti ai vescovi dalla Conferenza episcopale (cfr. nn. 66 ss. IMA): «la cessione a terzi dell'uso o del godimento, a qualsiasi titolo, di immobili appartenenti alla persona giuridica»⁽²¹⁾ e «la decisione di nuove voci di spesa rispetto a quelle indicate nel preventivo approvato» (n. 66 IMA), sono le più evidenti. Infine, l'Istruzione ricorda che «per le persone giuridiche non soggette al Vescovo diocesano (ad esempio, associazione pubblica di fedeli riconosciuta a livello nazionale, seminario pontificio), gli altri atti di amministrazione straordinaria, diversi da quelli previsti dal codice, sono determinati esclusivamente dallo statuto» (n. 71 IMA).

d) *Le alienazioni.*

Per le alienazioni è stato aggiornato alla nuova divisa europea (l'euro) il tetto massimo (un milione) e la somma minima (250.000) di riferimento, secondo la delibera CEI, n. 20⁽²²⁾. Nell'esemplificazione delle persone giuridiche pubbliche non soggette al vescovo è specificato il carattere interdiocesano dei seminari ivi richiamati: la redazione precedente includeva i «seminari», senza altre precisazioni, sia fra le persone soggette al vescovo che fra quelle non soggette. È stato aggiunto anche un paragrafo sulle peculiarità degli istituti di vita consacrata e le società di vita apostolica di diritto pontificio. Inoltre, e forse è la novità più rilevante in argomento, è stato aggiunto il riferimento esplicito al patrimonio stabile⁽²³⁾, in

(21) Si ricordi che il Comitato per gli enti e i beni ecclesiastici della Conferenza episcopale ha pubblicato una Circolare (n. 32) proprio su questo argomento (cfr. www.chiesacattolica.it/ccl_new/cei/).

(22) Del marzo 1999, in *Notiziario CEI* 1999, p. 92: «Dal 1° gennaio 2000 le predette somme saranno, rispettivamente, di duecentocinquanta mila euro e di un milione di euro».

(23) Sulla nozione di patrimonio stabile nell'ordinamento canonico, cfr. J.-P. SCHOUPE, *Elementi di diritto patrimoniale canonico*, Milano, 1997, p. 130-131; M. LÓPEZ ALARCÓN, *commento al can. 1285*, in *Codice di diritto canonico e leggi complementari*, Roma, 2004, p. 854; F. GRAZIAN, *Patrimonio stabile: istituto dimenticato?*, in *Quaderni di diritto ecclesiale*, 16 (2003) 282-296.

modo da chiarire che le alienazioni che richiedono tutti i controlli descritti sono soltanto quelle che interessano beni appartenenti a tale patrimonio, senza pregiudicare la possibilità che per norma particolare possano essere estesi i medesimi controlli ad altri tipi di alienazioni, che in senso proprio verrebbero a configurarsi legalmente come atti di straordinaria amministrazione (cfr. n. 63 IMA; vedi anche, per l'ultima annotazione, n. 65 IMA).

e) *La tutela statale dell'amministrazione degli enti ecclesiastici.*

Novità rilevante in materia di amministrazione degli enti ecclesiastici è l'abolizione dei vincoli di tutela a carico delle autorità statali cui prima erano sottoposti, richiamata esplicitamente dal n. 72 IMA, tranne quelli riguardanti le alienazioni degli istituti diocesani per il sostentamento del clero (ivi) e quelle che interessano beni culturali (cfr. n. 73 IMA).

f) *Gli obblighi tributari.*

In materia tributaria, la nuova Istruzione riporta l'obbligo di compilare la dichiarazione dell'imposta regionale sulle attività produttive (IRAP) e di pagare la relativa imposta per gli «enti che svolgono attività commerciale in via abituale e/o quelli che, nell'ambito delle attività istituzionali, si avvalgono di personale dipendente o assimilato oppure di collaboratori occasionali» (n. 77 IMA). Dall'imposta comunale sugli immobili (ICI), invece, sono esenti i fabbricati destinati esclusivamente all'esercizio del culto e le loro pertinenze, come anche immobili degli enti non commerciali destinati esclusivamente allo svolgimento di attività assistenziali, previdenziali, sanitarie, didattiche, ricettive, culturali, ricreative e sportive, nonché alle attività di religione o di culto (cfr. n. 77 IMA). «Per quanto riguarda le imposte indirette, le successioni e donazioni in favore di enti ecclesiastici civilmente riconosciuti (già esenti dall'imposta sulle successioni e donazioni oggi soppressa) sono esenti da tributi — compresa l'imposta di registro» (n. 82 IMA).

g) *L'amministrazione peculiare delle ONLUS.*

La trattazione rientrante sotto il titolo «Il ramo ONLUS dell'ente ecclesiastico» è logicamente tutta nuova, giacché tali organizzazioni sono apparse, com'è noto, con il d.lgs. n. 460, del 4 dicembre 1997, cinque anni dopo la pubblicazione della precedente

Istruzione. In realtà tale decreto non «crea» in senso stretto una nuova figura, ma offre incentivi fiscali a entità che possano rientrare nella sua fattispecie, che passano così a essere denominate ONLUS (con l'esigenza di includere tale sigla nella loro ragione sociale)⁽²⁴⁾. L'Istruzione ricorda che «gli enti ecclesiastici, in sé considerati, non possono essere annoverati tra le ONLUS» (n. 83 IMA), ma tale qualifica può essere loro riconosciuta «in funzione di determinate attività che in linea di massima non sono istituzionali» (ivi). In ogni caso, «l'ente ecclesiastico non è obbligato a seguire il regime ONLUS; in alternativa, può svolgere attività di utilità sociale secondo il regime fiscale ordinario previsto per gli enti ecclesiastici» (ivi).

8. Peculiarità dell'ente diocesi.

Nel capitolo riguardante l'ente diocesi si manifesta in modo particolare la presa in considerazione della prassi intercorsa dal 1992. Si ha, per esempio, l'inserimento di un riferimento esplicito alla possibilità di rappresentanza negoziale dell'ente, prima non menzionata, che deve essere «conferita per gli effetti civili con atto notarile» (n. 85 IMA). Viene ricordato che «il Vescovo diocesano è l'amministratore unico dell'ente diocesi, dal momento della presa di possesso canonica» (n. 85 IMA), ma si chiarisce meglio la figura dell'economista nella curia diocesana (n. 86 IMA)⁽²⁵⁾. Diventa anche più esplicita la descrizione delle disponibilità dell'ente diocesi, tenendo conto della ripartizione dell'otto per mille e secondo la determinazione della XLV Assemblea Generale della CEI, 9-12 novembre 1998. È prevista anche la sospensione temporanea dei ver-

(24) Sulla fruibilità della figura da parte degli enti ecclesiastici, vedi ad es. A. GUARINO, *Organizzazioni non lucrative di utilità sociale ed enti religiosi nella riforma del terzo settore*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica* (1997/1) 23-48; AVVOCATURA GENERALE CURIA ARCIVESCOVILE MILANO (cur.), *ONLUS Enti non commerciali e Parrocchie*, Milano, 1998; A. FUCCILLO, *Gli enti ecclesiastici. Considerazioni su forme organizzative e despecializzazione funzionale*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, (1999/1) 227-246; P. CLEMENTI-G. COLOMBO-C. REDAELLI, *Gli enti religiosi...*, cit.; A. MANTINEO, *Enti ecclesiastici ed enti non profit*, Torino, 2001; J. MIÑAMBRES (cur.), *Volontariato sociale e missione della Chiesa*, Roma, 2002; G. RIVETTI, *Non profit. Profili ecclesiasticistici e statuali. Nuove prospettive*, Milano, 2003.

(25) In dottrina, cfr. F.R. AZNAR GIL, *El ecónomo diocesano*, in AA.VV., *La Curia diocesana. La función administrativa*, Salamanca, 2001, p. 299-337.

samenti derivanti dall'otto per mille in alcune situazioni di sede vacante (cfr. n. 87 IMA). Tra i destinatari delle somme predette da parte dell'ente diocesi è ora determinata la figura istituzionale prevista dal can. 1274 § 3 CIC (la massa o fondo comune per il sostentamento delle persone, diverse dai sacerdoti, che servono la Chiesa, per le varie necessità diocesane, per l'aiuto alle diocesi più bisognose), oltre alla possibilità, già presente nell'Istruzione precedente, di istituire una o più fondazioni non autonome nell'ente diocesi (cfr. n. 88 IMA). Tra i fondi diocesani è ora più chiara la posizione giuridica di quello destinato alla carità, frutto tra l'altro di un approfondimento nella natura della Caritas diocesana, che è descritta come «un ufficio che appartiene alla struttura della curia diocesana, finalizzato alla promozione e al coordinamento di tutte le attività caritative diocesane» (n. 89 IMA). Perciò, i movimenti finanziari che riguardano la carità nella diocesi (come quelli relativi agli altri fondi descritti) devono far capo all'ente diocesi e integrarsi nel bilancio diocesano (cfr. n. 90 IMA). Da qui l'importanza acquisita dal bilancio consolidato (cfr. n. 91 IMA), che prima non era menzionato dall'Istruzione del 1992.

9. *Gli Istituti diocesani per il sostentamento del clero.*

Il breve capitolo VII (nn. 92-96 IMA) raccoglie quanto già stabilito nella versione del 1992, aggiornato all'intesa tra la Santa Sede e il Governo italiano, raggiunta attraverso uno scambio di note in data 13 novembre-14 dicembre 2000, soprattutto per quanto riguarda il venir meno della validità agli effetti civili del decreto episcopale di assegnazione di beni appartenenti agli enti beneficiari estinti⁽²⁶⁾. Per il resto, è più esplicita l'elencazione dei controlli civili e canonici (cfr. nn. 94-95 IMA), e dal punto di vista della composizione del consiglio di amministrazione dell'Istituto si stabilisce l'opportunità che non ne facciano parte «coloro che già ricoprono funzioni di qualificata collaborazione al governo diocesano in campo amministrativo» (n. 96 IMA).

(26) In dottrina, cfr. fra tanti, P. CONSORTI, *La remunerazione del clero. Dal sistema beneficiale agli Istituti per il sostentamento del clero*, Torino, 2000.

10. *L'amministrazione dell'ente parrocchia.*

a) *La figura del parroco.*

La soggettività dell'ente parrocchia (che «viene introdotta nell'ordinamento italiano con la sua originaria struttura canonica», n. 99 IMA) è resa operante attraverso il legale rappresentante, il parroco, che è l'amministratore unico della stessa (cfr. n. 102 IMA)⁽²⁷⁾. La variazione in questo elemento giuridico deve essere notificata alla Prefettura-Ufficio territoriale del Governo e il nominativo del nuovo parroco deve essere iscritto nel registro delle persone giuridiche; entrambe le operazioni «vengono effettuate con un unico atto» (n. 99 IMA). Come già nell'Istruzione precedente, è anche consigliata l'iscrizione del nominativo dell'amministratore parrocchiale nel registro delle persone giuridiche anche nel caso in cui il parroco impedito resti in carica (cfr. n. 104 IMA).

b) *Il Consiglio per gli affari economici della parrocchia.*

La composizione soggettiva del consiglio parrocchiale per gli affari economici è ripresa come era, con l'aggiunta del riferimento alle *Determinazioni concernenti taluni strumenti e iniziative per la promozione della Chiesa in Italia*, 27 marzo 1999, nelle quali «la CEI ha stabilito che faccia parte del CPAE l'incaricato parrocchiale per la promozione del sostegno economico della Chiesa» (n. 105 IMA)⁽²⁸⁾.

c) *La cassa parrocchiale.*

Nella determinazione giuridica del concetto di cassa parrocchiale, l'IMA riprende i contenuti già presenti nell'Istruzione precedente e apporta un'esemplificazione delle voci di entrate e uscite che devono essere riportate. Aggiunge anche l'indicazione esplicita

(27) Sull'amministrazione economica della parrocchia, cfr. F.R. AZNAR GIL, *La administración de los bienes temporales de la parroquia*, in AA.VV., *La parroquia desde el nuevo derecho canónico*, Salamanca, 1991, p. 161-215; J. GONZÁLEZ GRENÓN, *El párroco y la administración de los bienes eclesiásticos*, in *Anuario argentino de Derecho canónico*, 11 (2004) 397-430.

(28) Sui rapporti tra il consiglio per gli affari economici e i beni della parrocchia, cfr. V. DE PAOLIS, *Il Consiglio parrocchiale per gli affari economici e i beni patrimoniali della parrocchia*, in AA.VV., *La parrocchia*, Città del Vaticano, 1997, p. 267-288.

che «qualsiasi somma di denaro di pertinenza della parrocchia depositata sotto qualunque forma in un istituto bancario o postale o investita (ad esempio, in titoli di Stato), deve essere intestata in maniera esclusiva alla parrocchia» (n. 110 IMA).

d) *I libri parrocchiali.*

Risulta molto semplificata la trattazione dei «libri parrocchiali», che ora riguarda soltanto quelli previsti per l'amministrazione economica della parrocchia (cfr. nn. 111-112 IMA), e non anche quelli riguardanti i battesimi, le cresime, ecc., com'era nell'Istruzione precedente. Si ricorda che «devono essere presenti anche i libri contabili, richiesti dalla normativa fiscale dello Stato per le eventuali attività considerate a carattere commerciale» (n. 112 IMA).

e) *Amministrazione degli immobili della parrocchia.*

Un'ultima parte del capitolo sull'ente parrocchia, tutta nuova, è dedicata alla «gestione degli immobili parrocchiali». In essa si ricorda l'obbligo di programmare la manutenzione ordinaria (cfr. n. 115 IMA), quello di garantire la destinazione degli immobili ai fini istituzionali e la detenzione e il possesso di tutti gli impianti (cfr. n. 116 IMA), si forniscono indicazioni sulla cessione d'uso con controprestazione di un corrispettivo (cfr. n. 117 IMA) e si danno alcune precisazioni sulla casa canonica (cfr. n. 118 IMA)⁽²⁹⁾.

11. *Gli edifici di culto.*

La nuova Istruzione introduce un riferimento esplicito alla Costituzione (art. 19) in materia di libertà di esercizio pubblico del culto e un altro riferimento alla riserva all'autorità ecclesiastica delle facoltà necessarie a tutelare la destinazione al culto degli edifici (cfr. n. 124 IMA). Sempre in materia di edifici di culto è stato incluso anche un nuovo numero sulle «pertinenze degli edifici di culto», che riporta il contenuto dell'art. 817 c.c. e un parere della

⁽²⁹⁾ Su questa materia può essere utile consultare la già citata Circolare n. 32 del Comitato per gli enti e i beni ecclesiastici della Conferenza episcopale italiana con i suoi allegati.

Prima Sezione del Consiglio di Stato del 18 ottobre 1989, n. 1263/89 (cfr. IMA 126). L'Istruzione riprende dalla prassi e dalle norme emanate in materia durante gli anni passati dal 1992, la statuizione esplicita secondo la quale «la chiesa deve essere nell'esclusiva disponibilità della persona giuridica competente per l'officiatura e pertanto non può essere oggetto di un contratto che attribuisca a terzi diritti, facoltà, poteri, possesso o compossesso sull'edificio di culto; non può essere bene strumentale di attività commerciale né può essere utilizzata in alcun modo a fine di lucro» (n. 128 IMA). Vi sono anche delle precisazioni in materia di visite alle chiese (cfr. n. 129) e di concerti negli edifici di culto (cfr. n. 130).

12. *Le associazioni di fedeli.*

Nel capitolo sulle associazioni di fedeli è stato eliminato il riferimento alle «associazioni private di fedeli senza alcun riconoscimento formale da parte dell'autorità ecclesiastica» (n. 110 IMA 1992); la loro menzione forse poneva più interroganti e difficoltà ermeneutiche di quante aiutava a risolvere. Ai fini di consentire l'esercizio dei poteri delle autorità ecclesiastiche sulle associazioni, per quelle pubbliche diocesane vengono elencati alcuni elementi la cui presenza il vescovo deve accertare nell'esaminare gli statuti, mentre per quelle private basterà che lo statuto indichi esplicitamente il fine di religione o di culto e la natura di associazione di fedeli (cfr. n. 146 IMA). Le modifiche statutarie di quelle associazioni riconosciute civilmente come persone giuridiche private devono essere iscritte «nel registro delle persone giuridiche, a norma dell'art. 2 del DPR 10 febbraio 2000, n. 361» (n. 147 IMA). Il n. 151 IMA riordina e semplifica le previsioni riguardanti le confraternite o congreghe, distinguendo le diverse fattispecie che si sono venute sviluppando negli anni nell'intreccio fra norme civili e norme canoniche⁽³⁰⁾.

⁽³⁰⁾ Molto è stato scritto negli ultimi anni su questo tipo di associazioni; cfr., ad es., S. SALERNO, *Il regime canonico e civile delle Confraternite in Italia (dalla legge Crispi n. 6972/1890 ai giorni nostri)*, in AA.VV., *La qualificazione giuridica di una confraternita. La Scuola Grande di San Rocco tra Stato e Chiesa*, Padova, 2004, p. 261-325; V. ORLANDO, *Le confraternite tra innovazione e tradizione*, in *Il diritto ecclesiastico*, 112 (2001) 715-739; F. DI PRIMA, *Enti equiparabili alle IPAB: un futuro prossimo che rievoca un passato remoto (il D.Lgs. 4 maggio 2001, n. 207)*, in *Il diritto eccle-*

13. *Le fondazioni pie.*

In materia di fondazione⁽³¹⁾, la nuova Istruzione descrive meglio di quella precedente il negozio fondazionale o atto costitutivo (cfr. n. 152 IMA). Vengono ricordati anche i requisiti richiesti perché la fondazione autonoma possa essere civilmente riconosciuta come ente ecclesiastico e la riserva in favore dell'amministrazione statale della «facoltà di valutare la congruità dei mezzi patrimoniali in rapporto ai fini che la fondazione si propone (cfr. Commissione Paritetica, 10 aprile-30 aprile 1997)» (n. 153 IMA). Nei confronti delle fondazioni non autonome, l'unica novità dell'Istruzione consiste nell'esplicitazione della necessità dell'accettazione formale dei beni da parte dell'ente che li riceve (cfr. n. 155 IMA).

JESÚS MIÑAMBRES

siastico, 114 (2003) 1471-1502; G. FELICIANI-A. ROCCELLA, *Il regime delle confraternite alla luce di un recente parere del Consiglio di Stato*, in *Archivio giuridico "Filippo Serafini"* 213 (1993) 199-233; ecc.

⁽³¹⁾ In dottrina, cfr. M. SIMONE, *Le fondazioni bancarie*, in *La Civiltà cattolica* (2002) II, n. 3647, 487-496; M. FERRANTE, *Sull'inattualità del divieto di costituzione di fondazioni fiduciarie di culto disposte per testamento*, in *Il diritto ecclesiastico* 110 (1999/I) 402-449; G. BIFFI, *Pie volontà e pie fondazioni: convergenze e divergenze tra legislazione canonica e civile*, in *Apollinaris* 69 (1996) 517-582.

A SNAPSHOT FROM THE PROCESS
OF THE TEXTUAL DEVELOPMENT OF IVO'S WORKS
(COMPARATIVE ANALYSIS OF ANGERS, BIBLIOTHÈQUE
MUNICIPAL, MS. 369 WITH BAV REG. LAT. 973
AND OTHER TEXTUAL WITNESSES) (*)

1. Description of the Codex. — 2. Panormia or Decretum? — 3. Comparison with BAV Reg. lat. 973. — Conclusion. — Appendix I. — Appendix II.

Recently, there has been a new stress to discover the textual development of the various canonical collections, especially up to the *Decretum Gratiani* (1140) ⁽¹⁾. These new results have brought

(*) This paper has been written with the generous support of *Instituto de Derecho Europeo Clásico* (IDEC) in Las Palmas. We would like to thank Prof. Carlos Larrainzar and Prof. José Miguel Viejo - Ximénez. We also would like to give thanks to Claudine Belayche (Angers, Bibliothèque Municipale) and to Raffaele Farina (Biblioteca Apostolica Vaticana). This publication is supported also by OTKA T 048584/2004 research program.

⁽¹⁾ Cf. BRETT, M., *Editions, Manuscripts and Readers in Some Pre-Gratian Collections*, in CUSHING, K.G.-GYUG, R.F. (ed.), *Ritual, Texts and Law. Studies in Medieval Canon Law and Liturgy Presented to Roger E. Reynolds* (Church, Faith and Culture in the Medieval West), Aldershot 2004. 205-224. SZUROMI, Sz. A., *Some observations on the developing of different versions of the Collectio Canonum Anselmi Lucensis* (A comparative analysis of Biblioteca Mediceo-Laurenziana S. Marco 499 with other manuscripts of Anselm's Collection), in *Ius Ecclesiae* 14 (2002) 425-449. WEIGAND, R., *Zur künftigen Edition des Dekrets Gratians*, in *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Kanonistische Abteilung* 83 (1997) 32-51. WINROTH, A., *The making of Gratian's Decretum* (Cambridge Studies in Medieval Life and Thought : Fourth Series 49), Cambridge 2000. LARRAINZAR, C., *La ricerca attuale sul «Decretum Gratiani»*, in DE LEÓN, E.-ÁLVAREZ DE LAS ASTURIAS, N., *La cultura giuridico-canónica Medioevale premessa per un dialogo ecumenico*, Milano, 2003, 45-88. VIEJO-XIMÉNEZ, J.M., *La investigación sobre las fuentes formales del Decreto de Gratiano*, in *Initium*, 7 (2002), 217-239. VIEJO-XIMÉNEZ, J.M., *La composizione del De-*

to light, that behind the different recensions of a particular collection we have to recognize the different fields of the institutional activity of the Church. The formation of the contents of every single canonical compilation has come about for the use of reading, reference, consultation, or teaching⁽²⁾. This process has been broken by the appearance of the official promulgation in 1234. The *Decretales Gregorii IX*, as a new decretal collection has theoretically changed the traditional structure of the instruction and administration of canon law, because of its promulgation. From this particular time only the various glossal interpretation could take place around the text, but the contextual enlargement could not be a possibility any more. This appearance has significant importance, which has made great contribution for fixing the *glossae ordinariae* of the canonical collections, thanks to Ioannes Teutonicus⁽³⁾, Laurentius Hispanus⁽⁴⁾, Bartholomaeus Brixiensis⁽⁵⁾, and Bernardus Parmensis⁽⁶⁾.

Here we would like to give an overview of this type of textual formation from the time before 1140, based on a 12th century copy of the *Panormia*⁽⁷⁾, as compared with other manuscripts of

creto di Graziano, in SZUROMI, Sz. A. (ed.), *Medieval Canon Law Collections and European ius commune* (Bibliotheca Instituti Postgradualis Iuris Canonici Universitatis Catholicae de Petro Pázmány nominatae III/8), Budapest, 2006, 97-169.

(2) Cf. SZUROMI Sz. A., *A 12th century pastoral pocket book (Some impressions on National Library of Scotland, Edinburgh, Adv. Ms. 18. 8. 6, as compared with Bruxelles, Bibliothèque Royal MS 1817)*, in SZUROMI, Sz. A. (ed.), *Medieval Canon Law Collections*, 65-96.

(3) LANDAU, P., *Johannes Teutonicus und Johannes Zemeke. Zu den Quellen über das Leben des Bologneser Kanonisten und des Halberstädter Dompropstes*, in *Halberstadt. Studien zu Dom und Liebfrauenkirche. Königtum und Kirche als Kulturträger im östlichen Harzvorland-Halberstadt* (Symposium des Leipziger Lehrstuhls für Kunstgeschichte. Halberstadt 7.-bis 10. Oktober 1991.), Berlin, 1997, 19-29.

(4) Cf. GARCÍA Y GARCÍA, A., *Laurentius Hispanus. Datos biográficos y estudio crítico de sus obras*, Roma-Madrid, 1956. ERDŐ, P., *Storia della scienza del diritto canonico. Una introduzione*, Roma, 1999, 48.

(5) *Dictionnaire d'histoire et de géographie ecclésiastique*, 6, 984-985. NAZ, R. (ed.), *Dictionnaire de droit canonique*, Paris, 1924-1965, 2. coll. 216-217. FRANSEN, G., *Tribunaux ecclésiastiques et langue vulgaire d'après les « Questiones » des canonistes*, in *Ephemerides Theologiae Lovaniensis* 40 (1964), 409-412.

(6) ERDŐ, *Storia della scienza*, 90; cf. KUTTNER S., *Notes on the Glossa ordinaria of Bernard of Parma*, in *Bulletin of Medieval Canon Law*, 11 (1981) 86-93.

(7) ERDŐ, P., *Die Quellen des Kirchenrechts. Eine geschichtliche Einführung*

Ivo of Chartres's canonical works, especially with BAV Reg. lat. 973 (*Tripartita*).

1. *Description of the Codex.*

The manuscript 369 of Angers, Bibliothèque Municipale⁽⁸⁾ is a witness of the *Panormia*, as we already mentioned, one of the three canonical works which are attributed to Ivo of Chartres (i.e. *Tripartita* [Tr], *Decretum* [ID], *Panormia* [IP]). These collections all date from between 1093 and 1095. The Angers Ms 369 can be divided into two distinct parts. The first part of the codex begins on fol. 1r and finishes on fol. 106v, marked at the right upper corner of the folio with capital characters: *Ivo Carnotensis Panormia*. There is a possessor inscription at the bottom of the page: *Ex libris Monasterii S. Albini andeg. Cong. S. Mauri*. In the headline we can read also «Ivo Carnotensis» by a 15th century hand. The size of the folios is 260 x 165 mm and the text is in one column. The parchments are not as refined as the contemporary Italian manuscripts, not too thin, but originally they were soft. The codex was trimmed on each side up to the marginal punctuation. Based on the condition of the folios, it seems that this manuscript was kept in

(Adnotationes in Ius Canonicum 23), Frankfurt am Main, 2002. 98-100; cf. FOURNIER, P., *Les collections canoniques attribuées à Yves de Chartres*, in *Bibliothèque de la École des chartes*, 57 (1896) 645-698; 58 (1897) 26-77, 293-326, 410-444, 624-676 [repr. in FOURNIER, P., *Mélanges de droit canonique*, I. (ed. KÖLZER, P.), Aalen, 1983. 451-678]; LANDAU P., *Die Rubriken und Inschriften von Ivo's Panormie*, in *Bulletin of Medieval Canon Law* 12 (1982), 31-49; BRETT, M., *Creeping up on the Panormia*, in HELMHOLZ, R.H. (ed.), *Grundlagen des Rechts*, Paderborn, 2000. 205-270; BRETT, M., *The Sources and Influence of Paris, Bibliothèque de l'Arsenal 713*, in LANDAU, P. (ed.), *Proceedings of the Ninth International Congress of Medieval Canon Law*, Vatican City, 1997, 149-167; KÉRY, L., *Canonical Collections of the Early Middle Ages (ca. 400-1140). A Bibliographical Guide to the Manuscripts and Literature* (History of Medieval Canon Law), Washington, D.C. 244-260; AUSTIN, G., *Editorial concerns in the Ivonian Panormia: the case of repetitious canons in book 8*, in *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Kanonistische Abteilung* 89 (2003), 82-106; SZUROMI, SZ. A., *Some observations on BAV Pal. lat. 587 as compared with other textual witnesses of Ivo's works*, in SZUROMI, SZ. A. (ed.), *Parare viam Domino. Commemorative Studies on the occasion of Rt. Rev. Polikárp F. Zakar Ocist.'s 75th Birthday* (Bibliotheca Instituti Postgradualis Iuris Canonici Universitatis Catholicae de Petro Pázmány nominatae III/7), Budapest, 2005, 179-203.

(8) *Manuscrits de la Bibliothèque d'Angers*, Paris, 1928. 320-321.

some fusty and dirty place. Part of foll. 1-14 got wet as the codex was open. The first quire contains only four folios, then the rest was made from eight - folio quires, and the whole manuscript was copied in the early 12th century, which is supported by the script form. At the end of the codex we found the second part by a 13th or early 14th century hand: *De temptatione Evae*⁽⁹⁾. This theological supplement was written in the bound manuscript.

The introductory canon as opening text on fol. 1r is not the traditional beginning of the Ivonian *Panormia*: (*Q*)*uodcumque imperator per epistolam constituit vel cognoscens decrevit vel edicto precepit legem esse constat. (...) Namque indulsit ob merita alicui vel si cui poenam irrogavit vel si cui sine exemplo subvenit personam non tamens greditur*⁽¹⁰⁾. This is a quotation from the *Institutiones Iustiniani* (Inst. Iust. 1. 2. 6), which is continued immediately with only the concluding part of the prologue of the *Panormia*⁽¹¹⁾. It is

⁽⁹⁾ Foll. 106v-108v.

⁽¹⁰⁾ Fol. 1r: *Quodcumque imperator per epistolam constituit vel cognoscens decrevit vel edicto precepit legem esse constat. Haec sunt quae constitutiones appellantur. Plane ex his quaedam sunt personales appellantur quae nec ad exemplum trahuntur quoniam non hoc princeps vult. Namque indulsit ob merita alicui vel si cui poenam irrogavit vel si cui sine exemplo subvenit personam non tamens greditur. Cf. Inst. Iust. 1. 2. 6: Quodcumque igitur imperator per epistolam constituit, vel cognoscens decrevit, vel edicto praecepit, legem esse constat: haec sunt, quae constitutiones appellantur. plane ex his quaedam sunt personales, quae nec ad exemplum trahuntur, quoniam non hoc princeps vult: nam quod alicui ob merita indulsit, vel si cui poenam irrogavit, vel si cui sine exemplo subvenit, personam non egreditur. SCHRADER E. (ed.), *Imperatoris Iustiniani Institutionum Libri IV* (Corpus iuris civilis I), Berolini, 1832 (repr. Goldbach 2001), 27-28.*

⁽¹¹⁾ Possemus de huiusmodi plurimas rationes plurima exempla collige sed prudenti lectorum et ei qui nouit plura de paucis intillegere debent predicta pauca suffice. Quod tamen iam monuimus item [*it continues at the margin: mouenius*] ut si quis quod legit de sanctionibus sive dispensationibus ecclesiasticis ad caritatem quae est plenitudo legis referat non errabit nec peccabit et quando aliqui probabili ratione a sumo rigore declinabit caritas excusabit si tamen nichil contra euangelium nichil contra apostolos usurpauerit. Si quae uero sententiae de forensibus legibus insertae sunt qui iudicium sanguinis contineant. non ad hoc insertae sunt ut ecclesiasticus iudex per eas aliquem debeat condemnare sed ut ex eis assertionem canonicorum faciat decretorum. Hinc attendens quanta poenitentia puniendum sit facinus illud uel flagitium quod iudicant iudices saeculi morte uel m(em)brorum mutilatione multandum. Hanc enim rationem romani pontifices in assertionem decretorum suorum frequenter interponunt. Haec si hoc scilicet leges continent quanto magis divinae. Hactenus hoc Deinceps singularum partium totius voluminis intentionem breuiter perstringemus ut

followed by a list of themes of the *Panormia* (foll. 1r-2v) as a new article⁽¹²⁾. On fol. 2v we can read in the rubric again the theme of the first book, then begins the usual first canon of the *Panormia*⁽¹³⁾. The canons are not numbered throughout the codex, but the themes are projected into the margin at almost every single canon until the middle of fol. 55r. At the bottom of fol. 4v is the incipit mark of the next quire ('baptizatur'). At this particular theme the parchments are very greasy (especially the center of the pages)⁽¹⁴⁾. If we observe precisely the greasy spots, there are recognizable three certain points where the user would lay his fingers on the folio. This regular habit has made these stains on the pages, and thus, this phenomenon implies, that the place of use was some parish. The part about alms giving, from foll. 31r to 34v, was also used frequently, as often as folios 84v-85r and 92v-93r, which treats of adultery and turpitude. The most worn page is fol. 100v, but this is not greasy⁽¹⁵⁾. Possibly, the sun removed its colour. There is an empty place on fol. 97r⁽¹⁶⁾ for the «arbor consanguinitatis» which regu-

hinc prudens lector aduertat quid in una quaque parte sibi necessarium querere debeat. Cf. *Exceptiones ecclesiasticarum regularum* (...) personam non transgreditur. *Possemus de huiusmodi plurimas rationes plurima exempla* (...) quod in una quaque parte sibi necessarium querere debeat. PL 161. 1041-1044; VIOLI, S., *Il prologo di Ivo di Chartres* (Biblioteca Teologica, sezione Canonistica 3), Lugno, 2006, 367-401.

(12) Fol. 1r: Prima pars diuisis heresibus, de sacramento fidei (...); secunda pars (...).

(13) Fol. 2v: *Expliciunt capitula Incipit panormia Ivonis Carnotensid episcopi. Credimus unum deum esse patrem* (...).

(14) Cf. Foll. 5r, 6v-7r, 11r-14r.

(15) Fol. 100v: Miles cum obediens (...) iussus. (IP 8. 35 = ID 10. 98 = Tr 3. 20 [21] 31) cf. C. 23 q. 5 c. 13: Miles, cum obediens potestati, sub qua legitime constitutus est, hominem occidit, nulla ciuitatis suae lege reus est homicidii; immo, nisi fecerit, reus inperii deserti atque contemti est. Quid si sua sponte atque auctoritate fecisset, crimen effusi humani sanguinis incidisset. Itaque unde punitur, si fecerit iniussus, inde punietur, si non fecerit iussus.

(16) It supported by the canon which situates just before the empty section. This canon the regular introducing canon for the «arbor consanguinitatis», cf. IP 7. 90 = ID 9. 64 = Tr 3. 17 (18) [C. 35 q. 5 c. 6]: Primo gradu superiori linea continentur, pater et mater, inferiori filius et filia. Quibus nullae aliae personae iunguntur. Secundo gradu continentur superiori linea avus et avia; inferiori, nepos et neptis. Interuersa frater et soror. Quae personae duplicantur. Avus enim et avia tam ex patre quam ex matre accipiuntur. Quae personae sequentibus quoque gradibus similiter pro substantia earum quae in quo gradu subsistunt, ipse ordine duplicantur. Illae personae in secundo gradu, ideo duplices appellantur, quia duo avi sunt, et paternus est

larly belongs to the material of the *Decretum*⁽¹⁷⁾. A similar appearance can be found in Bruxelles, Bibl. Royal MS 1817⁽¹⁸⁾. With fol. 101r begins a new quire, but it does not continue the last sentence of fol. 100v: *Cum minister iudicis (...) a iudice debuisse // q scele adimpletur (...)*. The fragmented first canon of fol. 101r can be found in Ivo's work, but not in the *Panormia*. The finishing canon of fol. 100v belongs to the material of the *Decretum* too (e.g. ID 10.

et maternus est. Item duo genera nepotum sunt, sive ex filio sive ex filia procreati. Frater et soror ex transverso veniunt; id est aut frater patris, aut frater matris, qui aut patruus aut avunculus nominatur. Qui et ipsi hoc ordine duplicantur. Tertio gradu veniunt supra proavia; infra pronepos, proneptis. Ex obliquo fratris et sororis filius vel filia, patruus, amita, id est patris frater et soror, avunculus matertera, id est frater matris et soror. Quarto gradu veniunt supra abavus et abavia, infra abnepos et abneptis. Ex obliquo fratris et sororis nepos, neptis patruelis, frater, soror, patruelis, id est patrum filius vel filia. Consobrinus, consobrina, id est avunculi et materterae filius vel filia. Amitinus, amitina, id est amitae filius vel filia. Itemque consobrini qui ex duobus sororibus nascuntur; quibus accessit patruus magnus, amita magna, id est paterni avi frater et soror, avunculus magnus, matertera magna, id est aviae tam paternae quam maternae frater et soror. Quinto gradu veniunt supra, atavus atavia, infra adnepos adneptis. Ex obliquo fratris et sororis, pronepos proneptis fratres patruelis, sorores patruelis, amitini, amitinae consobrini consobrinae, filius vel filia. Propius consobrina, id est patrum magni amitae magnae. Avunculi magni, materterae magnae filius vel filia. Quivis accrescit propatruus et proamita. Hi sunt proavi materni frater et soror, proavunculus, promatertera; hi sunt proviae paternae maternaeque frater et soror proaviaque magni materni. Haec species nec aliis gradibus quam scripta est, nec aliis vocabulis declarari potest. Sexto gradu veniunt supra tritavus tritavia. Infra trinepos trineptis. Ex obliquo fratris et sororis adnepos adneptis. Fratres patruelis et sorores patruelis, amitini amitinae, consobrini, consobrinae. Patrum magni, amitae magnae, avunculi magni materterae magnae. Nepones propioris consobrini filius et filia qui consobrini appellantur. Quibus ex laterae accrescunt propatrum, proavunculi, promaterterae, filius vel filia adpatruus, adamita. Hi sunt abavi paterni frater et soror. Abavunculus, abmatertera, hi sunt abaviae paternae maternaeque frater et soror abavique materni. Haec quoque explanari amplius non possunt quam ipse auctor disseruit. Septimo gradu qui sunt cognati recta linea, supra infraque prioribus propriis nominibus non appellantur, sed ex transversa linea continentur fratris, sororis, adnepos adneptis, consobrini filii filiaeque successionis. Idcirco gradus vii constituti sunt, quia ulterius per rerum naturam, nec nomina inveniri, nec successio ultra propagari potest. In his vii gradibus omnia propinquitatum nomina continentur, ultra quas affinitas inveniri, nec successio potest amplius propagari. PL 161. 1303-1304. Cf. SZUROMI, *A 12th century pastoral pocket book*, 74-75.

⁽¹⁷⁾ BAV Vat. lat. 1357. fol. 157v; London, British Library, Royal 11 D. VII. foll. 217ra-217vb (only the empty place for the «arbor»); Cambridge MS 19. fol. 211vb (only the empty place).

⁽¹⁸⁾ Foll. 126r-127v.

103), but the first canon of fol. 101r is far away from that in the *Decretum's* context (e.g. ID 12. 12). It supports clearly, that the Angers Ms 369 is a colligatum. However, it is our impression that the binder lost some quire when the manuscript was rebound. It is very possible, because the script style is the same on both aforementioned folios (100v, 101r). This probable lost quire can be a reason for the break in the original context of the codex. The material of the *Panormia* ends with an unusual supplementary canon. The regular closing canon (IP 8. 136) is about the election of the Roman Pontiff⁽¹⁹⁾, a canon falsely attributed to Pope Leo VIII (963-965)⁽²⁰⁾. In Migne's edition it continues with conciliar canons, basically from the Council of Lateran II (1139)⁽²¹⁾, but we know one example (Paris, Bibliothèque Nationale de France lat. 2472), which ends with supplementary material from the Council of Reims (1148)⁽²²⁾ and from the Council of Lateran III (1179)⁽²³⁾. Here, in Angers Ms 369, there is only one supplementary canon from an unknown source, whose theme manifests the pastoral use of this codex⁽²⁴⁾, as is also supported by the condition of those particular parts of the manuscript which we explained.

2. *Panormia* or *Decretum*?

The Angers Ms 369 definitely contains the textform of the *Panormia*, but at some places the intention of the copier or illuminator is not so clear. On fol. 10v is a nice red and dark brown ornamental «P» at middle of the folio, which looks like a mark for the beginning of the new book. Continuing our reading until fol. 14v, we can find the sign of the explicit of Book 1, then the first canon of Book 2 in much simpler form, and also a hidden mark at the

⁽¹⁹⁾ Foll. 105r-105v: In sinodo congregata Romae in ecclesia S. Saluatoris (...) Si quis contra hanc apostolicam auctoritatem aliquid molietur, hunc excommunicationi subiacere decernimus, et, nisi resipuerit, inreuocabili exilio puniri, uel ultimis suppliciis feriri. Cf. Bruxelles, Bibl. Royal MS 1817, fol. 142v; BAV Vat. lat. 1360, fol. 88v.

⁽²⁰⁾ FRIEDBERG I. 241, note 224.

⁽²¹⁾ PL 161. 1340-1341; cf. Edinburgh, National Library of Scotland, Adv. Ms. 18.8.6, foll. 101r-103v.

⁽²²⁾ Foll. 106ra-107ra.

⁽²³⁾ Foll. 107ra-107vb.

⁽²⁴⁾ Foll. 106r-106v: In septuagesima cantatur (...) predicauit.

corner, «Incipit II». This appearance is considerable, because the above mentioned elegant «P» is the initial of that canon (*Panis et calix non quilibet* [...]) which is IP 1. 123, but in the textual tradition of the *Decretum* this canon is situated at the very beginning of Book 2 (ID 2. 1) ⁽²⁵⁾. Certainly, this part of the *Panormia* contains canons in the same order as they are in the *Decretum* ⁽²⁶⁾. The above mentioned proof for the colligatum also shows some confusion in the contents of this codex, which preserved only one hand style (except the ending supplement). The last canon on 100v does not finish, and it belongs to the material of every distinct work of Ivo of Chartres, even to the *Tripartita*. But the next quire's fragmentary first sentence is part of another canon, which also can be found in Ivo's works, except in the *Panormia* ⁽²⁷⁾.

⁽²⁵⁾ Fol. 10v: Panis et calix non quilibet, sed certa consecratione mysticus fit nobis, non nascitur. Proinde, quod ita fit nobis, quamvis sit panis et calix, alimentum est resurrectionis, non sacramentum religionis; non quod benedicimus, gratiasque agimus Domino in omni eius munere, non tantum spiritali, uerum etiam corporali. (ID 2. 1 = IP 1. 123) cf. D. 2 c. 39 de cons.

⁽²⁶⁾ Cf. Fol. 11r [*Augustinus*, III. X Libro de civitate Dei]: Sacrificium uisibile inuisibile sacramentum in sacrum signum est alibi. Sacramentum inuisibili gratie uisibiliter forma. (ID 2. 8 = IP 1. 130) cf. D. 2 c. 32 de cons.: Sacrificium est uisibile inuisibile sacramentum, id est sacrum signum. *Item alibi*: §. I. Sacramentum est inuisibilis gratiae uisibilis forma.; [*Augustinus*, III. II De doctrina christiana, c. 1]: Signum est res propter speciem qui ingerit sensibus aliud aliquid exsefaciens in cognitionem uenire. (ID 2. 8 = IP 1. 131) cf. D. 2 c. 33 de cons.: Signum est res preter speciem, quam ingerit sensibus, aliud aliquid ex se faciens in cognitionem uenire.; [*Gregorius I*, in Omelia paschali (attributed by Friedberg to Lanfrancus: Contra Berengarium c. 20)]: Spes namque et similitudo illarum rerum uocabula sunt qui ante fuerit sanctus panis ac uini Unde in fine cuiusdam misse oratur et dicitur. Perfician in nobis (...) Peccatorum remissionem. (ID 2. 9 = IP 1. 132) cf. D. 2 c. 34 de cons.: Species et similitudo illarum rerum uocabula sunt, que ante fuerunt, scilicet panis et uini. Unde in fine cuiusdam missae oratur et dicitur: Perficiant in nobis, quaesimus Domine, tua sacramenta quod continent, ut que nunc specie gerimus rerum ueritate capiamus.» Postulat quippe sacerdos, ut corpus Christi, quod sub specie panis et uini nunc geritur, manifesta uisione, sicuti reuera est, quandoque capitur. De qua uisione Dominus in euangelio secundum Iohannem: Qui diligit me diligetur a patre meo, et ego diligam eum et manifestabo ei me ipsum.» Quamuis non inprobabiliter quidam exponant hoc loco carnis et sanguinis ueritatem ipsam eorundem efficientiam, id est peccatorum remissionem.

⁽²⁷⁾ Foll. 100v-101r: Cum minister iudicis (...) a iudice debuisse//q scele adimpleretur.: *Cum minister iudicis occidit eum, quem iudex iussit occidi, profecto, si id sponte facit, homicidia est, etiamsi eum occidat, quem scit a iudice debuisse occidit.* (IP 8. 39 = ID 10. 103 = Tr 3. 20 [21] 33) cf. C. 23 q. 5 c. 14; //q scele adimpleretur: In malis

Those few canons which are combined in the textual witness of Angers are also significant. It could be a mistake of the copier; however our evidence of Bruxelles, Bibl. Royal MS 1817, which contains the last forty-one canons (order, contents) as they are in Book 12 of the *Decretum*, indicates, that the «mistake» is not accidental, but intentional. The two canons which follow each another on fol. 100v (*Si aliquid forte nos incautius iurare contigitur [...] propeffuros cernimus.*⁽²⁸⁾; *Si ad peccatum admittendum ad hibetur [...] Ipse adalter putabat.*)⁽²⁹⁾ preserve the contents of these texts in the form of the *Decretum's* textual tradition⁽³⁰⁾. We should mention

promissis rescinde fidem. In turpi uoto muta decretum. Quod incaute uouisti non facias. Inpia est promissio, *que scelere adimpletur.* (ID 12. 12 = Tr 3. 22 [23] 12) cf. C. 22 q. 4 c. 5.

⁽²⁸⁾ Fol. 100v: Si aliquid forte nos incautius iurare contigerit, quod obseruatum peiorem uergat in exitum, libere illud salubriore consilio mutandum nouerimus, ac magis instante necessitate peierandum nobis, quam pro uitando periurio in aliud crimen grauius esse diuertendum. Denique iurauit Dauid per Deum occidere Nabal uirum stultum et inpium, atque omnia, que ad eum pertinebant, demoliri. Sed ad primam intercessionem Abigail feminae prudentis mox remisit minas reuocauit ensem in uaginam, neque aliquid culpaе se pro tali periurio contraxisse doluit. Non solum in iurando, sed in omne, quod agimus, hec est moderatio sollicitus obseruanda, ut, si talem forte in lapsum uersuti hostis inciderimus insidiis, ex quo sine aliquo peccati contagio surgere non possumus, illum potius euadendi aditum petamus, in quo minus periculi nos perpeffuros esse cernimus.

⁽²⁹⁾ Fol. 100v: Si ad peccatum admittendum fides adhibetur, mirum, si fides appelletur. Verumtamen, qualiscumque sit, si et contra ipsam fit, peius est, nisi cum propterea deseritur, ut ad fidem ueram legitimamque redeatur, id est ut peccatum emendetur uoluntatis prauitate correcta, tamquam si quisque, cum hominem solus expoliare non possit, inueniat socium iniquitatis, et cum eo paciscatur, ut simul id faciant, spoliūque partiantur, quo facinore commissio totum solus auferat. Dolet quidem ille, et seruatum sibi non esse fidem conqueritur; uerum in ipsa sua querela cogitare debet, potius in bona uita ipsi humanae societati fuisse seruandum, ne preda iniqui ex homine fieret, si sentit, quam inique sibi in peccati societate seruata non fuerit. Ille quippe utrobique perfidus ac profecto sceleratior iudicandus est. Mulier, si fide coniugali uiolata fidem seruet adultero, utique mala est; si nec adultero, peior. Porro si eam flagicii peniteat, et ad castitatem rediens coniugalem pacta ac placita adulterina rescindat, mirror, si eam fidei uiolatricem uel ipse adalter putabit.

⁽³⁰⁾ ID 12. 13: Si aliquid forte nos incautius iurare contigerit (...) in quo minus periculi nos perpeffuros esse cernimus. (but IP 8. 94: Si aliquid forte nos incautius iurare contigerit [...] neque aliquid culpaе se pro tali periurio contraxisse doluit.; IP 8. 95: Non solum in iurando, sed in omne, quod agimus, hec est moderatio sollicitus obseruanda [...] in quo minus periculi nos perpeffuros esse cernimus.) cf. C. 22 q. 4 cc. 6-7.

here, that concerning these canons, the *Decretum Gratiani* follows the *Panormia*'s textual tradition.

The particular peculiarity which made really useful the *Panormia* is its structuralized form as compared with the material of the too long *Decretum*. Obviously, the manuscript of Angers contains some thematic lists which introduce Ivo's work, and also there are some marginal inscriptions to facilitate the use of this volume, but this type of inscription system ends at the middle of the manuscript. A very similar problem arises concerning the signal of the beginning and of the ending of each book, because only the first two books have these distinctive marks. Therefore, this particular manuscript preserves that form of the *Panormia*'s text, which the later-developed, most important, fixed, structural forms do not have. The 12th century Bruxelles, Bibl. Royal MS 1817 manuscript is a good example for a fixed, contemporaneous inscription system, which can corroborate that the Brussels copy was used very probably in the cathedral/diocesan administration as a reference book. The condition of the newly developing structure of the Ms Angers 369 can be comparable with BAV Vat. lat. 1359, which also has some «tabula titulorum» at the beginning of the codex, but only until Book 3⁽³¹⁾. There are some important themes with regard to numbering of the canons and the summaries⁽³²⁾, which parts show the most used parts of the text. Another example is Edinburgh, NLS Adv. Ms. 18. 8. 6, which contains rubrics to mark the start and the end of each book. These few examples could show some steps of that formation process which happened during only a few decades from the «nucleus» of Ivo's work.

We also note here that recurring symptom of the textual-witnesses of the *Panormia*, which shows structural similarity with structure of the *Decretum*. This «mistake» cannot be neglect, and it cannot be attributed to the influence of only one person (e.g.

ID 12. 14: Si ad peccatum admittendum fides adhibetur (...) si eam fidei uiolatricem uel ipse aduler putabit. (but IP 8. 96: Si ad peccatum admittendum fides adhibetur [...] Ille quippe utrobique perfidus ac profecto sceleratior iudicandus est.; IP 8. 97: Mulier, si fide coniugali uiolata fidem seruet adultero [...] si eam fidei uiolatricem uel ipse aduler putabit.) cf. C. 22 q. 4 cc. 20-21.

⁽³¹⁾ Foll. 7v-9r, 28v-30r, 53v.

⁽³²⁾ Foll. 9r-59v.

the original compiler) on the text. Therefore, we suggest a comparison of the Ms Angers 369 with BAV Reg. lat. 973, a version of the *Tripartita*.

3. *Comparison with BAV Reg. lat. 973.*

The manuscript of BAV Reg. lat. 973 belongs to the later version of the *Tripartita*, based on Martin Brett's classification⁽³³⁾. As Linda Fowler-Magerl ascertains concerning the *Tripartita*, «the numbering of the canons differs from manuscript to manuscript»⁽³⁴⁾. It is worth consideration to establish a general overview of this type of Ivonian work, and its place in the process of the textual development of Ivo's collections. This particular textual-witness (BAV Reg. lat. 973) was written on refined Italian parchments with wide margins in two columns. The whole codex was trimmed up to the punctuation. The script style very probable testifies to the first part of the 12th century. The manuscript does not show a day-to-day usage. After fol. 1r which is empty, we can read a list of Popes from St. Peter until Formosus (891-896) on foll. 1va-1vb. The canonical collection begins on fol. 2ra with a prologue⁽³⁵⁾, and on fol. 2rb is found the «*Tabula titularum*»⁽³⁶⁾. The first canon of the collection is «*Prima epistola Clementis*»⁽³⁷⁾. There are 25 numbered canons attributed to Pope Clement (88?-

⁽³³⁾ BRETT, M., *Urban II and the collections attributed to Ivo of Chartres*, in CHODROW, S. (ed.), *Proceedings of the 8th International Congress of Medieval Canon Law. San Diego University of California at La Jolla 21-27 August 1988* (Monumenta iuris canonici C/9), Vatican City, 1992, 27-46. See concerning the basic results on the *Tripartita*: FOWLER-MAGERL, L., *Clavis Canonum. Selected Canon Law Collections Before 1140. Access with data processing* (Monumenta Germaniae Historica, Hilfsmittel 21), Hannover, 2005, 187-190.

⁽³⁴⁾ FOWLER-MAGERL, *Clavis Canonum*, 189.

⁽³⁵⁾ Foll. 2ra-2rb: Quoniam quorundam romanorum decreta(lia): pontificorum synodalibus tempore prestater conuentibus non incongrue in nostre deflorationis opusculo primas sibi uendicant patres (...) Si iam tandem eorumdem decretalium necessarias paginae imprimarius sententias. Cf. THEINER, A. (ed.), *Disquisitiones criticae in praecipuas canonum et decretalium collectiones seu sylloges Gallandianae dissertationum de vetustis canonum collectionibus continuatio*, Romae, 1836, 154-155.

⁽³⁶⁾ Foll. 2rb-2va: Explicit prologus Incipiunt capituli. I. de potestate et discretione doctorum, II. de uitanda ambitione (...), etc.

⁽³⁷⁾ Fol. 2va: Trado ipsi clementi a domino traditam michi potestatem ligandi et soluendi (...) et non fere bestiae future conuoveri.

97?)⁽³⁸⁾, which are then continued with canons of Pope Anacle-
 tus (76?-88?). It is well known, that the first section of the *Tri-*
partita traditionally contains two parts: papal letters, then conci-
 liar canons (cf. *Collectio A*). This section of BAV Reg. lat. 973 is
 foll. 2va-72ra (finishing with pope Urban II [1088-1099]) and
 foll. 72ra-116ra (finishing with Concilium Hispalense II [a. 619]).
 The second section (cf. *Collectio B*), which is arranged systemati-
 cally runs from fol. 119ra to fol. 193ra. It explains twenty-nine
 themes. Between the two basic sections, on foll. 116rb-119ra, is
 an independent part quoting patristic authors (cf. Isidorus Hispa-
 lensis, St. Augustine)⁽³⁹⁾. After the section of the *Collectio B*,
 there is an empty column (fol. 193rb), but its second half is sup-
 plied by a 13th century hand. This script style is also found on
 fol. 193vb explaining rules about excommunicated bishops. There
 is another final supplement on fol. 193 va, which is a creed, re-
 ferring to a council of Pope Eugene. Perhaps it is the Council of
 Reims (1148) by Pope Eugene III (1145-1153)⁽⁴⁰⁾, which council
 is also quoted in Paris, Bibliothèque Nationale de France lat.
 2472 as a final supplement. We do not want to get into an ana-
 lysis of the various textual traditions of the *Tripartita*, except to
 mention that the first part of the first section in BAV Reg. lat.
 973 is very similar to Florence, Biblioteca Medicea Laurenziana
 Ashburnham 53⁽⁴¹⁾, which is a textual-witness of the *Collectio*
Anselmi Lucensis. The first, unfortunately fragmentary, part of
 this particular 12th century manuscript⁽⁴²⁾ contains papal letters
 from Pope Clement I until Pope Lucius (253-254) in the same
 order as in BAV Reg. lat. 973. This Pseudo-Isidorian material of
 the *Tripartita* usually shows the influence of the *Collectio Britan-*

⁽³⁸⁾ Foll. 2va-5rb.

⁽³⁹⁾ Cc. 1-39: (*Ysidorus*) De his qui a parentibus propriis monasterio offeritur: Quicumque a parentibus propriis in monasterio fuerit (...) polluit; [...] (*Augustinus*) Fucari figintis quo uel rubicum dior (...) demonibus adhibentur.

⁽⁴⁰⁾ Cf. *Regesta Pontificum Romanorum ab condita ecclesia ad annum post Christum natum MCXCVIII*, ed. JAFFÉ, P.-WATTENBACH, G. curaverunt LOEWENFELD, S. [J.L.]-KALTENBRUNNER, F. [J.K.]-EWALD, P. [J.E.], II. Lipsiae, 1888², JL (Mart. 21. 1148) 52-53.

⁽⁴¹⁾ *Catalogue of the Manuscripts at Ashburnham Place*, I, London, 1853, n 53. *I Codici Ashburnhamiani della R. Biblioteca Mediceo-Laurenziana di Firenze* (Indici e Cataloghi VIII), I/1, Roma, 1887, 12-13.

⁽⁴²⁾ Foll. 1ra-14vb.

nica⁽⁴³⁾. After this very part of Ms Ashburnham 53 is situated Anselm's Collection⁽⁴⁴⁾, in the place of the systematic part of Reg. lat. 973.

We would like to focus on *Collectio B* regarding the analysed Vatican manuscript. The general opinion on this section of the *Tripartita* is that it is an «abbreviated form» of the *Decretum*⁽⁴⁵⁾. Comparing the contents of foll. 119ra-193ra with the structure, contents and inscription system of the *Decretum* and of the *Panormia*, it is hard to say which other Ivonian collection is the original source of this section of the *Tripartita*. The 29 themes which are expressively indicated in the material of BAV Reg. lat. 973 almost in the same order can be found in both of Ivo's other works. How can it be possible to recognize which is the substantial, distinctive mark of the various contents, if the fundamental themes and canons are the same? Both manuscripts, the Ms Angers 369 and the BAV Reg. lat. 973 have the consanguinity tree, or an empty place for it. If we lay the foll. 1r-104v of Ms Angers 369 side-by-side with foll. 119ra-193ra of BAV Reg. lat. 973, we can see the structural similarity and also some diversities. The beginning of the Ivonian text is about the faith (*De fide et sacramento fidei* [Ms Angers 369, fol. 119ra: IP 1. 1]; *De fide* [Reg. lat. 973, fol. 1r]). Following the rubrics of the systematic section of Reg. lat. 973, we can find the first five rubrics in the material of the *Decretum* and in the *Panormia* too (ID 1-4; IP 1-2). The contents of the 6th and 7th rubrics are certainly closer to the text-form of the *Decretum*⁽⁴⁶⁾. From the 8th to the 11th rubrics, the material does not show any possibility to make a distinction between the two main textual traditions. Rubrics 12 and 13 are independent confirmations of the *Tripartita*'s form ([XII] *De sanctimonialibus*⁽⁴⁷⁾; [XIII] *De monachis et sanctimonialibus*)⁽⁴⁸⁾

(43) Cf. SOMMERVILLE, R.-KUTTNER, S., *Pope Urban II, The Collectio Britannica and Council of Melfi (1089)*, Oxford, 1996, 8-21.

(44) Foll. 15ra-201rb.

(45) FOWLER-MAGERL, *Clavis Canonum*, 187.

(46) BAV Reg. lat. 973, foll. 129va: *De consuetudinibus ecclesiasticis*; 131ra: *De consuetudine*; cf. ID 4: *De Scripturis canonicis, et consuetudinibus, et celebratione concilii*.

(47) Foll. 142vb-143ra.

(48) Foll. 143va-143vb.

which did not separate in the inscription system of the *Decretum* and the *Panormia*. But around this very part of the Reg. lat. 973 are missing some important themes of the basic Ivonian material concerning accusation and juridical process. The 14th to 17th and the 20th to 22nd rubrics are in accordance again with the contents of the *Decretum* and the *Panormia*. Rubric 18 (*De nocturna illusionē*), which is situated on either side of the «arbor consanguinitatis», is unique supplement of the textform of the Reg. lat. 973⁽⁴⁹⁾. The last part of this witness of the *Tripartita* (e.g. Rubrics 23-29) shows structural similarity with the *Decretum*; however these themes are found also in Book 5 of the *Panormia*.

The above-explained singularities of both analysed manuscripts and the comparison with the material of Ivo's works have made clear again that the distinction of Ivo's works (*Panormia*, *Decretum*, *Tripartita*) is very thin and permeable. We have to recall that the formation of the Ivonian inscription system is related to the development of the text as a later insertion⁽⁵⁰⁾, but we have an example of a fixed, contemporaneous inscription system too⁽⁵¹⁾. Therefore, those peculiarities which are found in the BAV Reg. lat. 973 can confirm the Ivonian origin of the systematic section, but not more, because it contains basically the common material of Ivo's work. The first section of the *Tripartita* and its two parts is an independent problem, especially as compared with the Ashburnham 53. This section looks like only a traditional continuous chronological list of canons with some primitive structure (popes, councils, patristic fathers), which orders the material into three (and not two) types, based on their authors. The introductory papal list is quite usual in the textual witnesses of Ivo's works⁽⁵²⁾, but of Anselm's Collection too⁽⁵³⁾.

(49) Foll. 155va-155vb: *Beda in hystoria anglorum libro i. gregorius respondit augustino*. Aliquando ec crapula aliquando ex naturae (...) nesciens.

(50) LANDAU, *Die Rubriken und Inskriptionen von Ivos Panormie*, 31-49.

(51) Cf. SZUROMI, *A 12th century pastoral pocket book*, 77-79.

(52) Cf. BAV Vat. lat. 1358, foll. 3va-4rb: *Nomina et successiones apostolicorum urbis romae pontificum* (...).

(53) BAV Ottob. lat. 224, foll. 718r-724r; Venezia, Biblioteca S. Marco Cl. IV. 55, foll. [1va-2ra].

Conclusion.

As we indicate in the title of this article, and as we have seen above, the Angers, Bibliothèque Municipale, Ms. 369 is a «snapshot» from the process of that textual - development which had set off from Ivo's basic idea to summarize the discipline of the Church, and concluded with the three versions of his work (*Panormia*, *Decretum*, *Tripartita*). This structuralization process from the end of the 11th century until the first part of the 12th century happened very intensely through the different institutional activities and places of usage of the Church. Therefore, based on the various aims and intentions of the users, there soon crystallised the canonical material and structure of the collections. The contents sometimes have been abbreviated and at other times have been enlarged, and furthermore, there has been inserted, step by step — based on the peculiarity of the place of usage — a developed inscription or rubric system. Obviously, the earlier manuscripts also suffered some later supplements at their place of using, especially in those parts which were used frequently by the possessor.

Regarding the Angers Ms 369, the place is evidently pastoral work at some parish, which is indicated clearly by the greasy and hand-printed pages. But this is further indicated also by the short theological supplement which has been written into the finished codex after its binding. When the codex was rebound, its contents became incomplete; however, the manuscript shows many times the presence of both (*Panormia*, *Decretum*) Ivonian textual traditions. Certainly, the whole contents reflect the formation of that shorter and more structuralized status which is the identifying mark of the *Panormia*. This formation or developing process is set in proper light by the comparison with BAV Reg. lat. 973 as a textual-witness of the *Tripartita*. Based on these explained observations, one has to seriously consider the compilation work of Ivo of Chartres. We have to reorganize our traditional categories for the identification of the canonical collections, especially for those which were compiled before 1140. This is the time when the most significant versions (*Decretum*, *Panormia*, *Tripartita*) of the Ivonian collection appeared and were copied with further supplementary material, linked to the proper life of the Church. The similarity and the diversity of the various textual witnesses signal the unity of the canonical field as «ius sacrum», and hence, the intention to

summarize all of canon law; but it also indicates the different institutional fields and circumstances where this unified «*ius sacrum*» was used⁽⁵⁴⁾. If scholarly research would like to reveal the reasons for the main textual traditions of any single canonical compiler of the 11th-12th century (even Gratian's intention and the redactions of his work), it has to analyse and understand the internal essence of canon law as «*ius sacrum*»: a living law of the Church, which serves its particular goal.

Appendix I

Description of Angers, Bibliothèque Municipale, Ms. 369

Poss. Ex libris Monasterii S. Albini andeg. Cong. S. Mauri [Saint Aubin].

Prov. Gallia

106 fols. memb. in 260 x 165 mm, saec. XII.

fol. 1r «*Institutiones Iustiniani, 1. 2. 6*»

(Textus) Quecumque imperator per epistolam constituit vel cognoscens decrevit vel edicto precepit legem esse constat. ...; (Finis) Namque indulgit ob merita alicui vel si cui poenam irrogavit vel si cui sine exemplo subvenit personam non tamens greditur.

fol. 1r-104v «*Ivo Carnotensis (s.) Panormia*»

(Fragmentus Prologi) Possemus de huiusmodi plurimas rationes plurima exempla ...; (Finis) quid in una quaque parte sibi necessarium querere debeat.

(Tabula librorum) Prima pars diuisis heresibus, de sacramento fidei ... (1r-2v);

fol. 2v (Tabula titulorum I) Prima pars istius libri continet de fide ...; (Rubrica) Expliciuunt capitula Incipit panormia Ivonis Carnotensid episcopi; (Textus) Credimus unum deum esse patrem ...; (Textus) Panis et calix non quilibet... (10v, cf. ID 2. 1; D. 2 c. 39 de cons.); (Inscriptio) De baptismo; De Sacramento corporis et

⁽⁵⁴⁾ Cf. ERDÖ, P., *Metodo e storia del diritto nel quadro delle scienze sacre*, in DE LEÓN-ÁLVAREZ DE LAS ASTURIAS, *La cultura giuridico-canonica Medioevale*, 3-22, especially 15-16. ERRÁZURIZ, J.C.M., *Lo studio della storia nella metodologia canonistica: la rilevanza della nozione di diritto*, in DE LEÓN-ÁLVAREZ DE LAS ASTURIAS, *La cultura giuridico-canonica Medioevale*, 109-121, especially 114.

sanguinis S. Christi (11r); (Inscriptio) De missa (14r); (Explicit) ... ad offitium sacri misterii uideantur indigna (14v); (Rubrica) Explicit lib. I (14v); (Inscriptio) Incipit II (14v); (Inscriptio) De transmutatione sedis episcopalis et de presbiteris et de eorum ecclesiis (18r).

fol. 97r vacat (arbor consanguinitatis est absens)

fol. 100v (Textus fragmentus) Cum minister iudicis occidit eum, quem iudex iussit occidi, profecto, si id sponte facit, homicidia est, etiamsi eum occidat, quem scit a iudice debuisse (ID 10. 103; IP 8. 39; Tr 3. 20 [21] 33; cf. C. 23 q. 5 c. 14);

fol. 101r (Textus fragmentus) /q scelere adinpletur. (ID 12. 12; Tr 3. 22 [23] 12) [C. 22 q. 4 c. 5: In malis promissis rescinde fidem. In turpi uoto muta decretum. Quod incaute uouisti non facias. Inpia est promissio, que scelere adinpletur.]

fol. 105r-105v (Textus) Leo Papa, in sinodo congregata Romae in ecclesia S. Saluatoris ...; (Explicit) ... nisi resipuerit, inreuo-cabili exilio puniri, uel ultimis suppliciis feriri.

fol. 106r-106v (Supplementum) In septuagesima cantatur ...; (Explicit) ... predicauit.

fol. 106v (Finis) Explicit panormia izonis carnotensis.

fol. 106v-108v «*Fragmentum*»

De temptatione Euae ...; (Finis) de superbia.

Ed. Patrologiae cursus completus. Series Latina, I-CCXXI. ed. I.P. Migne, Lutetiae Parisiorum 1844-1864. CLXI. coll. 1041-1344. *Bibl.* P. Fournier, «Les collections canoniques attribuées à Yves de Chartres» in *Bibliothèque de la École des chartes* 57 (1896) 645-698; 58 (1897) 26-77, 293-326, 410-444, 624-676 [repr. in *Mélanges de droit canonique*, ed. T. Kölzer, I. Aalen 1983. 451-678]; P. Landau, «Die Rubriken und Inskriptionen von Ivos Panormie» in *Bulletin of Medieval Canon Law* 12 (1982) 31-49; P. Landau, «Das Dekret des Ivo von Chartres: die handschriftliche Überlieferung im Vergleich zum Text in den Editionen des 16. und 17. Jahrhunderts» in *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Kanonistische Abteilung* 70 (1984) 1-44; G. Fransen, «La tradition manuscrite de la Panormie d'Yves de Chartres» in *Proceedings of the Eighth International Congress of Medieval Canon Law* (San Diego 1988) [Monumenta iuris canonici C/9], ed. S. Chodorow, Città del Vaticano 1992. 23-25; Sz.A. Szuromi, «Roman Law texts in the "A", "B", "C" recension of the *Collectio Canonum Anselmi Lucen-*

sis, and in *BAV Vat. lat.1361* (A comparative overview on the influence of the Roman Law on different canon law collections up to the *Decretum Gratiani*» in *La cultura giuridico-canonica Medioevale premessa per un dialogo ecumenico*, ed. E. De León-Álvarez de las Asturias, N., Milano 2003. 437-467; M. Brett, «Editions, Manuscripts and Readers in Some Pre-Gratian Collections» in *Ritual, Texts and Law. Studies in Medieval Canon Law and Liturgy Presented to Roger E. Reynolds* (Church, Faith and Culture in the Medieval West), ed. K.G. Cushing-R.F. Gyug, Aldershot 2004. 205-224; Sz.A. Szuromi, «Work in progress» - The transformation of the cathedral teaching to the university instruction of the canon law at the end of the 11th Century» in *Zeitschrift der Savigny-Stiftung Kanonistische Abteilung* 91 (2005); Sz.A. Szuromi, «Some observations on BAV Pal. lat. 587 compared with other textual-witness of Ivo's works» in *Parare viam Domino. Commemorative Studies on the occasion of Rt. Rev. Polikárp F. Zakar Ocist.'s 75th Birthday* (Bibliotheca Institutii Postgradualis Iuris Canonici Universitatis Catholicae de Petro Pázmány nominatae III/7), ed. Sz.A. Szuromi, Budapest 2005. 179-203; Sz.A. Szuromi, «A 12th century pastoral pocket book (Some impressions on National Library of Scotland, Edinburgh, Adv. Ms. 18. 8. 6, as compared with Bruxelles, Bibliothèque Royal MS 1817)» in *Medieval Canon Law Collections and European ius commune* (Bibliotheca Institutii Postgradualis Iuris Canonici Universitatis Catholicae de Petro Pázmány nominatae III/8), ed. Sz.A. Szuromi, Budapest 2006, 65-96.

Bibl. Manuscripts de la Bibliothèque d'Angers, Paris 1928. 320-321.

Appendix II

Description of Bibliotheca Apostolica Vaticana Reg. lat. 973

Poss. Alexander Pauli filius peraius senator parisiensis anno 1547.

Prov. Gallia

193 fols. memb. in 450 x 250 mm, saec. XII/1.

fol. 1r vacat

fol. 1va-1vb «*Pontificium Romanorum Catalogii a Petro ad Formosus*»

fol. 2ra-193ra Collectio Decretalium «Tripartita»

(Rubrica) Quoniam quorundam romanorum decreta[lia]: pontificorum synodalibus temporem prestatet conuentibus non incongrue in nostre deflorationis opusculo primas sibi uendicant patres ...;

fol. 2rb (Textus) Si iam tandem eorundem decretalium necessarias paginae imprimarius sententias; (Rubrica) Explicit prologus Incipiunt capituli; (Tabula titulorum) I. de potestate et discretione doctorum ...; (Explicit) XXV. Scripturas ex proprio ingenio non esse legendas (2va).

fol. 2va (Rubrica) In prima epistola Clementis ...; (Textus, cc. 1-25) Trado ipsi clementi a domino traditam michi potestatem ligandi et soluendi ... (5rb); (Rubrica) Incipiunt capitula Anacleti papae; (Textus, cc. 1-24) Anacletus papa tercius a Petro in primo decretali; omnibus episcopis qui non debeant recipi ad accusationem uel testimonium. ... (-7va); (Rubrica) Papa Evaristus ...; (Textus, cc. 1-6) Dyaconi qui quasi oculi uidentur ... (-8rb); (Rubrica) Alexander papa ...; (Textus, cc. 1-8) Si sacerdotibus ... (-9rb); (Rubrica) Sixtus a Petro papa ...; (Textus, cc. 1-5) A nobis et a reliquis ... (-9vb); (Rubrica) Telesphorus papa ...; (Textus, cc. 1-6) Cognoscite et cunctis... (-10rb); (Rubrica) Yginus papa ...; (Textus, cc. 1-3) Saluo in omnibus romanae ecclesiae ... (etc.); Urbanus II ...; (Explicit) Presentium portitirem quem parentum; Conpatim tre firmitati tuae (72ra);

fol. 72ra (Rubrica) Ysidorus. Quod canones qui dicuntur postolorum inter apocrifia sint habendi de quid sit canon. Regula. Synodis. Concilium et cetus; (Textus) Canones autem qui denominare apostolorum seu. ...; Incipiunt regulae Niceanae concilii (cc. 1-20) [72rb]; Conc. Carthaginensis IV (cc. 1-101) [89vb]; Conc. Hispalense II [a. 619] (cc. 1-6) [115rb]

fol. 116ra. (Rubrica) Hactenus de corpore canonum ea quae sequentur autem sententiae sunt orthodoxorum patrum autem leges catholicorum regum synodicae sententiae gallicanorum autem germanorum pontificum; (Tabula titulorum 1-39); (Rubrica) Ysidorus. De his qui a parentibus propriis monasterio offeritur; (Textus) Quicumque a parentibus propriis in monasterio fuerit...; (Explicit) ... demonibus adhibentur (119ra);

fol. 119ra [I] (Rubrica) De baptesimo (cc. 1-23); (Rubrica) Incipit de fide et sacramento fidei. ...; (Textus) Omnes quos legere

potui qui ante ore ...; [II] (Rubrica) De sacrametis (cc. 1-27, fol. 122ra); (Rubrica) Incipit de sacramentis ecclesiasticis. ...; (Textus) Quia passus est pro nobis dominus ...; [III] (Rubrica) De rebus ecclesiasticis (cc. 1-34, fol. 125va); (Rubrica) De rebus ecclesiasticis et de earum reverentia et observatione ...; (Textus) Ut nullum episcopum prohibeat ...; [IV] (Rubrica) De observatione dierum ... (cc. 1-2, fol. 128va); (Rubrica) Ambrosius episcopus in expositione epistulae ad galathas ...; (Textus) Diem obseruatis et menses et tempora et annos timeo ...; [V] (Rubrica) De ieiunio (cc. 1-3, fol. 128vb); (Rubrica) Quod nec in manducando nec in abstinendo sit iustitia. ...; (Textus) Quod dominus dicit in euangelio iustificata ...; [VI] (Rubrica) De consuetudinibus ecclesiasticis (cc. 1-18, fol. 129va); (Rubrica) De consuetudinibus ecclesiasticis pro lege sint tenendae. ...; (Textus) In his enim rebus de quibus ...; [VII] (Rubrica) De consuetudine (cc. 1-17, fol. 131ra); (Rubrica) Ysidorus ethimologiarum ...; (Textus) Mos est uetustate probata consuetudo siue lex non scripta ...; [VIII] (Rubrica) De primatu romanae ecclesiae (fol. 132ra); (Rubrica) Agatho papa omnibus episcopis ...; (Textus) (S)ic omnes apostolicae sedis sanctiones ...; [IX] (Rubrica) De episcopis (cc. 1-23 [24], 133ra); (Rubrica) Decreta Gregorii VII cap. XI. de ordinationibus ...; (Textus) O)rdinationes interueniente precio ...; [X] (Rubrica) De clericis ex eorum causis (cc. 1-54, fol. 135rb); (Rubrica) Incipit epistula ysidori ...; (Textus) Perlectis sanctitatis tuae ...; [XI] (Rubrica) De monachis (cc. 1-14, fol. 140vb); (Rubrica) Hieronimus in epistula ad Paulinum presbiterum ...; (Textus) Si cupis esse quod diceris ...; [XII] (Rubrica) De sanctimonialibus (cc. 1-8, fol. 142vb); (Rubrica) Ex concilio triburiensis cp. X. de uirginibus; (Textus) Uirgines que ante X(ci)II annos ...; [XIII] (Rubrica) De monachis et sanctimonialibus (cc. 1-8, fol. 143va); (Rubrica) Ex registro gregorii. Quod non sit permitendum monachos ...; (Textus) In nullo loco monachos et monachas permittimus ...; [XIV] (Rubrica) De uirginibus (cc. 1-9, fol. 144ra); (Rubrica) Ambrosius de uirginibus libro II; (Textus) Tolerabilius est mte uirginem ...; [XV] (Rubrica) De coniugiis (cc. 1-109, fol. 144va); (Rubrica) Quid sint nuptiae uel matrimonium; (Textus) Nuptiae siue matrimonium est uiri mulieri ...; [XVI] (Rubrica) De incerta copulatione (cc. 1-32, fol. 152va); (Rubrica) Institutionum libro I titulo x inter quas personas nuptiae contrari non possint; (Textus) Inter eas personas quae parentum ...; [XVII] De gradibus septem consanguinitatis (fol. 155ra); (Rubrica) Hec capi-

tula de vii gradibus ...; (Textus) Primo gradu ... (cf. IP 7. 90; ID 9. 64; Tr 3. 17 [18] un; C. 35 q. 5 c. 6); Arbor consanguinitatis (155v); [XVIII] (Rubrica) De nocturna illusione (cc. 1-4, fol. 155va); (Rubrica) Beda in hystoria angolorum libro i...; (Textus) Aliquando ec crapula aliquando ex naturae ...; [XIX] (Rubrica) De incerto concubitu (cc. 1-4, fol. 156ra); (Rubrica) Augustinus contra faustu libro ii ...; (Textus) Inebriaverunt loth filiae ...; [XX] (Rubrica) De homicidiis licitis et illicitis (cc. 1-58, fol. 156rb); (Rubrica) De homicidiis licitis et illicitis uoluntaris et non uoluntariis; (Textus) De occidendis hominibus ne ab eis ...; [XXI] (Rubrica) De incantatione et demonum superstitione (cc. 1-21, fol. 162rb); (Textus) Intelligi uoluit dominus etiam illa ...; [XXII] (Rubrica) De mendatio et de iuramentis (cc. 1-33, fol. 162vb); (Rubrica) Augustinus in libro demandatio; (Textus) Primum est capitale mendatinum ...; [XXIII] (Rubrica) De iniuriis et flagitiis (cc. 1-3, fol. 168ra); (Rubrica) Ex libro questionum exodi sancti Augustini; (Textus) Dixit dominus ad moysem. Petat iura ...; [XXIV] (Rubrica) De usuariis (cc. 1-6, fol. 168rb); (Rubrica) Augustinus De usuariis et aliis qui aliquid de malo haberit; (Textus) Nolite uelle elemosinas ...; [XXV] (Rubrica) De venatoribus (cc. 1-5, fol. 168vb); (Rubrica) Augustinus super psalmi cii; (Textus) Qui uenatoribus donant quare ...; [XXVI] De his qui truncationes membrorum (cc. 1-9, fol. 169rb); (Rubrica) Ex decretis Euthiciani pape; (Textus) Si quis membrorum truncationes ...; [XXVII] (Rubrica) De excommunicatione (cc. 1-24, fol. 170ra); (Rubrica) Gregorius in omelia xxvi ...; (Textus) Plerumque contingit ut iudicis ...; [XXVIII] (Rubrica) De penitentia (cc. 1-18, fol. 172ra); (Rubrica) Augustinus in libro i. e baptismo; (Textus) Redire dimissa peccata ...; [XXIX] (Rubrica) De causis laicorum (cc. 1-284, fol. 173vb); (Rubrica) Ex decretis Adriani papae. Quod non ualeat iniustum iudicium ...; (Textus) Non licet ergo imperatori uel cuiquam pietatem custodienti aliquid...; (Finis) sacramentum ordinationis.& (193ra);

fol. 193rb «Textus theologicus»

[E]rror. Quod diuina natura que diuinitas ...; (Finis) aliud est ipse et aliud quod habeat.

fol. 193va «Credo»

Fides remensis concilii presente Eugenio papa ...; (Finis) sed in filio. [cf. Concilium Remense a. 1148: Mansi XXI. 713.]

fol. 193vb «Canon»

Qui ab episcopis anathematis sententia ...; (Finis) uel decanatum nisi.

Ed. (Prologus Tripartitae): Disquisitiones criticae in praecipuas canonum et decretalium collectiones seu sylloges Gallandianae dissertationum de vetustis canonum collectionibus continuatio, ed. A. Theiner, Romae 1836. 154-155. *Bibl.* P. Fournier, «Les collections canoniques attribuées à Yves de Chartres» in *Bibliothèque de la École des chartes* 57 (1896) 645-698; 58 (1897) 26-77, 293-326, 410-444, 624-676 [repr. in *Mélanges de droit canonique*, ed. T. Kölzer, I. Aalen 1983. 451-678]; M. Brett, «The sources and influence of Paris, Bibliothèque de Arsenal MS 713» in *Proceedings of the 9th International Congress of Medieval Canon Law, Munich 13-18 July 1992* (Monumenta iuris canonici C/10), ed. P. Landau-J. Müller, Vatican City 1997. 149-167; L. Fowler-Magerl, «Fine Distinctions and Transmission of Texts» in *Zeitschrift der Savigny-Stiftung Kanonistische Abteilung* 83 (1997) 146-186; L. Kéry, *Canonical Collections of the Early Middle Ages (ca. 400-1140). A Bibliographical Guide to the Manuscripts and Literature* (History of Medieval Canon Law 1), Washington 1999. 244-250; M. Brett, «Editions, Manuscripts and Readers in Some Pre-Gratian Collections» in *Ritual, Texts and Law. Studies in Medieval Canon Law and Liturgy Presented to Roger E. Reynolds* (Church, Faith and Culture in the Medieval West), ed. K.G. Cushing-R.F. Gyug, Aldershot 2004. 205-224; L. Fowler-Magerl, *Clavis Canonum. Selected Canon Law Collections Before 1140. Access with data processing* (Monumenta Germaniae Historica, Hilfsmittel 21), Hannover 2005. 187-190.

Bibl. Inventarium Mss. Reg. lat. (Bibl. Ap. Vat.)

SZABOLCS ANZELM SZUROMI O. PRAEM.

Rassegna di bibliografia

Recensioni

Pagina bianca

Juan Ignacio ARRIETA (dir.), *Codice di Diritto Canonico e leggi complementari commentato*, edizione italiana aggiornata e ampliata della 6^a edizione curata dall'Istituto Martín de Azpilcueta dell'Università di Navarra, Colletti a San Pietro, Roma, 2004, p. 1531.

Il frontespizio descrive l'opera come l'«edizione italiana aggiornata e ampliata» del ben noto «Código anotado» curato dall'Istituto Martín Azpilcueta dell'Università di Navarra. In realtà si tratta di una iniziativa dotata di una propria e specifica originalità non solo rispetto a questo precedente, ma anche in relazione al più ampio contesto offerto dai vari commentari al Codice finora pubblicati nelle diverse lingue.

Infatti, come spiega nella prefazione Juan Ignacio Arrieta — Presidente dell'Istituto di Diritto Canonico San Pio X di Venezia e direttore dell'opera — «il lavoro si propone un orizzonte proprio, complementare, per così dire, a quello specifico dell'edizione di Navarra». Questa, come rilevato a suo tempo dall'indimenticabile Pedro Lombardía, intendeva «favorire la ricezione e l'applicazione del testo legale, nel tentativo di far emergere la *mens legislatoris*». Invece il nuovo commento, che vede la luce nella ricorrenza ventennale

dell'entrata in vigore del Codice post-conciliare, si giustifica in quanto si propone di «registrare (...) eventuali consolidamenti o correzioni dei criteri legislativi iniziali» e di «segnalare comunque sviluppi normativi oggi imprescindibili per l'applicazione» della disciplina promulgata nel 1983. Propositi fondati sulla «idea di base» che anche l'ordinamento della Chiesa non può evitare di confrontarsi «con l'esperienza giuridica in progresso per integrare armonicamente elementi che nel divenire del tempo sono divenuti normativi, avendo alterato il contesto giuridico precedente». Di conseguenza le stesse istituzioni previste dal codificatore, come pure le opzioni che le hanno ispirate, prima di ricevere concreta applicazione esigono di essere valutate criticamente alla luce dell'esperienza giuridica successiva.

Considerazioni di tale rilevanza teorica e pratica che avrebbero meritato più ampia illustrazione in quanto ripropongono, in ultima analisi, il complesso problema di come armonizzare la staticità del testo promulgato con la molteplicità e mobilità della esigenze poste dalla evoluzione della società, o meglio dalla dinamica sempre antica e sempre nuova della comunità ecclesiale.

In ogni caso gli intenti così enunciati risultano tanto più apprezzabili in quanto perseguiti non solo nella prospettiva del diritto universale, ma anche con specifico riferimento alla situazione italiana, con la conseguente adozione di «uno stile di redazione marcatamente diverso, meno discorsivo, da una parte, e più schietto e tecnico, dall'altra».

La realizzazione dell'ambizioso disegno ha richiesto una attenta strutturazione e articolazione dell'opera che può essere così sinteticamente descritta.

Innanzitutto i canoni, singoli o anche a gruppi, recano in calce il commento desunto dall'edizione spagnola, accuratamente e fedelmente tradotto. Tale testo è poi integrato, ove necessario, da ben tre diverse serie di commenti.

La prima può dirsi d'obbligo in quanto concerne le «novità» di carattere universale, anche se va osservato che i suoi redattori non si sono limitati a segnalare le norme giuridicamente vincolanti, ma hanno richiamato l'attenzione anche su altre fonti, come, ad es. le istruzioni, utili per l'interpretazione e l'applicazione delle stesse. Da segnalare, inoltre, che in una delle varie appendici che chiudono il volume ne viene offerto un elenco dettagliato e completo con anche l'indicazione di dove sono state pubblicate.

La seconda serie di commenti, per così dire nuovi, concerne il nostro Paese e prende innanzitutto in considerazione i decreti via via assunti dalla Conferenza Episcopale

Italiana per l'attuazione del Codice e degli accordi di natura concordataria, decreti che vengono poi indicati in un elenco organico e corredato di vari riferimenti in altra, apposita appendice. Una iniziativa quanto mai opportuna poiché queste delibere, promulgate mediante pubblicazione sul «Notiziario della C.E.I.», spesso non sono adeguatamente conosciute, anche perché di reperimento non sempre agevole. A quest'ultimo inconveniente porrà però presto rimedio il volume *Delibere e decreti della Conferenza Episcopale Italiana*, curato da Mauro Rivella, Direttore dell'Ufficio per i problemi giuridici della C.E.I., in corso di stampa presso l'Editore Giuffrè per la collana del Centro Studi sugli Enti Ecclesiastici (CESEN) della Università Cattolica del S. Cuore.

Di natura decisamente diversa rispetto alle due precedenti si rivela la terza e ultima serie di integrazioni dedicata a mettere in luce le concordanze e le differenze tra le norme via via commentate e quelle proposte dal Codice dei canoni delle Chiese orientali promulgato nel 1990. Questa parte dell'opera ha, infatti scopi eminentemente scientifici in quanto, come si avverte nella prefazione, il confronto tra le opzioni concretamente esercitate in ciascuna delle due codificazioni postconciliari, vuole far emergere «ciò che rappresenta la realtà sostanziale, e quindi le esigenze costituzionali della Chiesa».

La scelta di dedicare specifica e ampia attenzione a una prospettiva di questo genere porta a chiedersi a

quale tipo di lettori ci si intenda rivolgere. Al riguardo la Prefazione si limita ad affermare che l'opera è destinata «indistintamente, agli studiosi e agli operatori del Diritto canonico, a quanti lavorano nel foro, nelle istituzioni ecclesiastiche o nell'insegnamento». In realtà, nel loro complesso, l'ampiezza e lo stile dei commenti privilegiano chiaramente le esigenze di quanti si accostano al Codice per motivi di studio. Ma la consultazione dell'opera risulterà senz'altro utile anche ai c.d. operatori — categoria alquanto vasta e variegata che può andare dai vescovi fino ai laici che a qualunque titolo si trovino a fare parte di organismi ecclesiali — se non altro perché offre un quadro organico e aggiornato delle fonti, universali e particolari, che possono interessare la vita della Chiesa in Italia.

A tale specifico scopo si rivelano particolarmente utili le appendici che, oltre ai ricordati elenchi, comprendono le interpretazioni autentiche, alcune importanti fonti integrative — come ad es. quelle relative alla Curia Romana, alla Rota, alle cause dei santi, corredate da appositi commenti —, le tavole comparative tra la disciplina del 1917 e quella del 1983, un complessivo indice analitico alfabetico molto dettagliato ed accurato.

È noto che ogni collezione che intenda offrire un quadro normativo aggiornato è inevitabilmente destinata a subire abbastanza rapidamente l'usura del tempo a causa del sopraggiungere di nuove problematiche e della produzione di

ulteriori disposizioni. Gli autori si sono resi ben conto di questa difficoltà e, di conseguenza, l'équipe redazionale si è impegnata a proseguire la collaborazione per assicurare tutti gli aggiornamenti che si rivelino necessari o opportuni mediante un apposito sito web. A tale proposito sarebbe certamente utile conoscere la tempestività o la periodicità con cui si intende garantire questo importante servizio.

Da ultimo va rilevato come dalla lunga lista degli studiosi che hanno consentito la realizzazione di quest'opera emerge con chiarezza che essa costituisce un felice esempio di quella collaborazione tra canonistica ecclesiastica e canonistica laica che si è venuta sviluppando in questi ultimi decenni grazie soprattutto ai congressi internazionali promossi dalla Consociatio internationalis studio iuris canonici promovendo. E non è certo un caso che il direttore di questa iniziativa editoriale sia membro da vari decenni del consiglio direttivo di tale associazione scientifica e ne sia attualmente vicepresidente.

Giorgio Feliciani

Andrea BETTETINI, *Gli enti e i beni ecclesiastici. Art. 831*, Giuffrè Editore, Milano, 2005, XIV + 310 p. (Collana: Il Codice Civile - Commentario).

Lo studio degli enti e dei beni ecclesiastici porta canonisti ed ec-

clesiasticisti a trovarsi spesso nella difficoltà di armonizzare due ordinamenti giuridici diversi per l'origine delle loro fonti, per le loro finalità, e per le modalità attraverso le quali cercano di garantire la giustizia nei loro ambiti rispettivi. Coordinare le legittime richieste di ciascun ordinamento, nonché le altrettanto legittime aspettative dei soggetti implicati nelle eventuali controversie, è condizione indispensabile per raggiungere la giustizia nei confronti dei singoli e dell'intera società, sia civile che ecclesiastica (se di «società ecclesiastica» si può parlare). Questo intricato ordinamentale, e le difficoltà applicative ed ermeneutiche che ne derivano, è particolarmente aggraviato nel caso dell'Italia, nata almeno in parte dallo Stato Pontificio e che accoglie al suo interno buona parte degli organismi che governano la Chiesa nel livello universale (oltre a riconoscere un territorio e una sovranità proprie allo Stato della Città del Vaticano). E si aggrava ancora ogniqualvolta gli enti ecclesiastici, o parti di essi, si inseriscono nel mondo in evoluzione delle soggettività di tipo solidaristico, quali le entità di volontariato, le organizzazioni non lucrative di utilità sociale (ONLUS), le diverse organizzazioni non governative, anche di ambito europeo (ONG), ecc.

Il prof. Bettetini, ecclesiasticista e canonista, affronta in questo volume, a proposito dell'art. 831 del Codice civile, tutte le problematiche che gli enti e i beni ecclesiastici pon-

gono al giurista in Italia. Ho scritto «tutte le problematiche» e penso che in questo caso non sia un'esagerazione propria del recensore benevolo, ma risponda alla realtà del contenuto del libro. In effetti, il commento all'articolo 831 c.c. diventa in realtà una monografia sugli enti e i beni ecclesiastici nell'ordinamento italiano che non trascurava nessun aspetto giuridicamente rilevante, fornendo anche abbondanti riferimenti bibliografici, legislativi e giurisprudenziali, tanto italiani quanto canonici. Una monografia e un commento, quindi, ma né troppo teoretico né eccessivamente esegetico, in quanto l'Autore muove, secondo le sue stesse parole nell'introduzione, «dai concreti problemi posti dalle norme vigenti e dalla loro applicazione, per tentare di ricostruire in modo coerente e unitario un sistema che si presenta indubbiamente complesso e variegato» (p. 7).

Com'è noto, l'art. 831 del codice civile italiano contiene due commi, nel primo dei quali si stabilisce il quadro normativo che regge i beni degli enti ecclesiastici, vale a dire il regime comune del codice civile stesso tranne le peculiarità contenute nelle leggi speciali che li riguardano. Il secondo comma riguarda un tipo specifico di beni, «gli edifici destinati all'esercizio pubblico del culto cattolico», per i quali si prevede un particolare vincolo in forza della loro destinazione.

Seguendo il dettato dell'articolo, come richiesto dalla finalità di commento del lavoro, l'Autore

struttura lo studio in tre parti: la prima sulla soggettività dell'ente ecclesiastico, con due capitoli sul riconoscimento civile degli enti canonici e un terzo capitolo sulla modificazione e l'estinzione degli enti ecclesiastici; la seconda sulla disciplina civile dei beni religiosi, contenente l'analisi dei beni patrimoniali della Chiesa, degli edifici e i luoghi di culto, e dei beni culturali di interesse religioso; e la terza parte sull'attività dell'ente ecclesiastico, centrata su due argomenti principali: i margini di autonomia degli enti canonici nei confronti dei controlli statali, e le materie nelle quali vi possono essere più punti di contatto fra l'ordinamento canonico e quello civile (controlli canonici, vigilanza sull'amministrazione, sostentamento del clero, ecc.).

Fra le novità presentate in questo commento al Codice civile, per quanto riguarda il riconoscimento degli enti sembra particolarmente rilevante quella che armonizza il nuovo diritto comune dell'iscrizione costitutiva degli enti nel registro delle persone giuridiche, non applicabile agli enti ecclesiastici per espressa disposizione dell'art. 9 del d.P.R. 361/2000, con la prassi in vigore di conferire il riconoscimento a questi ultimi ordinariamente tramite decreto. L'Autore prende così in esame la molteplicità di esigenze civili e canoniche presenti nella procedura del riconoscimento e le autonome decisioni in proposito spettanti a ciascun ordinamento. Anche la componente teleologica, sia in relazione

agli enti che ai beni, come si desume dalla lettera stessa della norma commentata, è particolarmente rilevante nell'applicazione delle norme sugli enti e sui beni ecclesiastici, e trova nel volume ampio spazio (vedi «Finalità canoniche e finalità "concordate": antinomie e analogie», p. 62 ss.; «La destinazione al culto: rilevanza e disciplina», p. 162 ss.; ecc.).

Un altro aspetto di novità, accuratamente studiato nel volume, riguarda i controlli statali che si sostanziano nelle autorizzazioni per l'acquisto e l'alienazione di immobili e per l'accettazione di eredità e legati. Come si sa, in questa materia vi è stata un'evoluzione verso quello che l'Autore chiama «affievolimento del controllo statale sull'attività degli enti ecclesiastici» (p. 230). In tema di controlli, il volume accoglie uno studio specifico delle fabbricerie (p. 241 ss.), degli «enti centrali» della Chiesa (p. 234 ss.), degli Istituti per il sostentamento del clero (p. 237 ss.).

Infine, l'ultimo capitolo del libro, riguardante «l'attività dell'ente religioso tra norme confessionali e norme civili», espone con dovizia di particolari i controlli canonici su alcuni enti e alcune problematiche sul sostentamento del clero. Abbondano le citazioni di norme canoniche, anche di diritto canonico particolare italiano, e specificamente dell'Istruzione in materia amministrativa della Conferenza episcopale, di cui è stata promulgata recentemente una «revisione», contemporanea alla pub-

blicazione del volume che esaminiamo, che logicamente non è stata presa in considerazione dall'Autore. Tuttavia, i cambiamenti nei confronti di quella del 1992 non sono tanto rilevanti da far venir meno la validità del discorso costruito su di essa. Il lettore dovrà però tener presenti gli sviluppi normativi (anche se di documento amministrativo non innovatore si tratta) nel valutare le tesi dell'Autore che poggiano su questa Istruzione.

Jesús Miñambres

Priamo ETZI, *Iuridica franciscana. Percorsi monografici di storia della legislazione dei tre Ordini francescani*, Edizioni Messaggero, Padova, 2005, p. 367.

L'opera di P. Etzi — frate minore e docente di diritto canonico presso la «Pontificia Universitas Antonianum» di Roma — che mi accingo a commentare, si presenta già a prima vista ricca di tematiche interessanti e di implicazioni scientifiche suggestive.

In linea di principio, l'argomento trattato dall'autore — la storia delle fonti giuridiche francescane — è, di per sé, assai complesso, ampio e gravido di spunti di riflessione, per cui lo scopo che quegli si propone, nella premessa del testo in questione, viene prudentemente delimitato: si tratta di evitare una *rischiosa, e fors'anche*

utopistica, opera di sintesi complessiva sul tipo dei manuali; questo volume, infatti, è stato concepito per venire incontro alle esigenze di chi, nell'intento di approfondire gli argomenti più dibattuti o, all'opposto, poco affrontati dalla manualistica tradizionale, si trova a dover raccogliere e studiare materiale di difficile reperimento, spesso disomogeneo o incompleto (p. 8). Tale precisazione metodologica importante pare consenta di inquadrare l'opera in oggetto nell'ambito dei repertori o dei cataloghi di fonti giuridiche commentate.

Anche sul piano del merito, Etzi preliminarmente avverte che l'argomento del francescanesimo — da lui esaminato, si è detto, in chiave storico-giuridica — si presenta un campo d'indagine piuttosto problematico, giacché *nella storia dell'Occidente cristiano non vi è Ordine regolare che abbia sofferto tante lacerazioni e rotture quanto l'Ordine nato da Francesco d'Assisi, né vi è famiglia religiosa che, come quella franciscana nella sua triplice articolazione, abbia dato vita nel corso dei secoli ad altre nuove famiglie, sempre con il desiderio e l'intento di riproporre più fedelmente l'antica forma di vita, che si riteneva ormai abbandonata o tradita da coloro che se ne pretendevano eredi* (p. 7).

Con l'obiettivo di ripercorrere una storia giuridica dei tre Ordini francescani, dunque, l'autore esamina un'imponente letteratura, a partire dai lavori preparatori delle regole, fino alle regole stesse ed ai commentari di esse («Expositiones

super Regulam»), ai documenti pontifici («Bullarium Franciscanum»), nonché alle costituzioni e a tutti gli altri documenti idonei a rappresentare l'evoluzione dello stile di vita e dell'attività dei francescani, riuscendo a mantenere, in questo difficile lavoro, l'obiettività del vero storico, nel riportare sia vicende che manifestano la sostanziale fedeltà di quelli rispetto all'antico proposito, sia situazioni che, all'opposto, denunciano un abbandono o un tradimento del primitivo impegno.

Scorrendo l'indice dell'opera, si rileva immediatamente l'immensa mole di dati storici e di documenti giuridici esaminati: nel primo capitolo (dedicato al Primo Ordine Franciscano) Etzi, dopo aver esposto la genesi e la stabilizzazione giuridica della trilogia francescana, indaga sulle precipue questioni inerenti all'istituzionalizzazione dell'Ordine dei frati minori (ruolo e potestà del ministro generale, identità costitutiva dell'Ordine, contenuto della Regola francescana, apostolicità come nota qualificativa «ad intra» e «ad extra», ecc.). Successivamente, analizza minuziosamente la Regola bollata, le Costituzioni generali e le Dichiarazioni pontificie dalle origini fino al 1300, non tralasciando la fondamentale questione dell'obbligatorietà «sub gravi» della Regola, con tutte le implicazioni giuridiche connesse.

Segue un'indagine storico-giuridica lunga e approfondita circa le annose vicissitudini relative alla tensione tra reale e ideale nella vita

dei frati minori, analizzate dal Prof. Etzi in chiave sia sincronica che diacronica; nell'ambito di tale percorso egli riesce a fornire brillantemente il quadro degli avvenimenti salienti che giustificano l'adozione dei provvedimenti normativi evidenziati (l'età bonaventuriana: 1257-1274, conventualesimo ed osservanza: 1318-1517, evoluzione della funzione di governo nell'Ordine dei frati minori prima e dopo il 1517).

Nel secondo capitolo, l'autore traccia il profilo relativo alle forme di vita religiosa femminile tra il XII e il XIII secolo, introducendo, quindi, la tematica dell'assetto giuridico proprio del Secondo Ordine Franciscano. Una panoramica completa circa le fonti normative clariane e gli interventi di riforma (Regola dell'Ordine di Santa Chiara di Papa Urbano IV, del 1263, e riforma di santa Coletta da Corbie, approvata nel 1434 dal ministro generale dei frati minori Guglielmo da Casale, e confermata il 10 ottobre 1458 da Pio II con la bolla «Etsi ex suscepti») e un accenno alle nuove fondazioni francescane femminili (osservanti, cappuccine, concezioniste, annunziate) arricchiscono l'approccio storico-critico alle vicende dell'Ordine delle clarisse.

Nel terzo capitolo, ancora, Etzi affronta in maniera esauriente l'argomento dei penitenti (antecedente storico dell'odierno terz'ordine francescano secolare), e della regolamentazione giuridica connessa. Inquadrato lo sfondo storico di ri-

ferimento e le circostanze sociali e culturali che favorirono la nascita del movimento penitenziale, l'autore menziona le principali fonti normative, tra cui la «Supra montem», del 1289, e la «Misericors Dei Filius», del 1883.

Nel quarto ed ultimo capitolo, vengono citate le testimonianze storiche più antiche circa i terziari viventi in comune (terz'ordine regolare di san Francesco), e menzionati i documenti giuridici più significativi in merito: la bolla «Cupientes cultum», del 1295, la bolla «Altissimo in divinis», del 1323, ecc.

In conclusione, al di là del poderoso lavoro di ricerca e di classificazione sistematico-normativa, di per sé mirabile, e dell'ardua impresa — fronteggiata con ottimi risultati — consistente nel maneggiare con estrema competenza un arco storico di riferimento pari a ben otto secoli, va aggiunto che l'opera in questione è corredata da un repertorio bibliografico piuttosto ricco e da citazioni in nota che confermano, sul piano scientifico, una piena padronanza da parte dell'autore del metodo storico-critico. Sono, perciò, dell'idea che Priamo Etzi, con il presente studio, abbia fornito chiara prova di rappresentare il maggiore storico vivente delle istituzioni francescane.

Ciro Tammaro

Javier HERVADA, *Vetera et Nova. Cuestiones de Derecho Canónico y*

afines (1958-2004). Segunda edición remodelada, Navarra Gráfica Ediciones, Pamplona, 2005, p. 772.

Il presente volume rappresenta un atteso (la prima edizione è subito andata esaurita) e quantomai opportuno (considerata la fama e notorietà dell'Autore) aggiornamento della raccolta di scritti già pubblicata con lo stesso titolo nel 1991 dall'esimio professore dell'Università di Navarra. La seconda edizione tuttavia non si limita semplicemente ad introdurre gli articoli *medio tempore* editi, ma compie una riconformazione dell'opera che le dà un profilo ed un'impostazione più definita e organica. Sono stati eliminati i testi già riportati nella collettanea *Una caro (Una caro. Escritos sobre el matrimonio*, Pamplona 2000, per una traduz. italiana, solo parziale, cfr. J. HERVADA, *Studi sull'essenza del matrimonio*, Milano 2000), di più facile ed immediata reperibilità tematica, e sono stati scorporati alcuni articoli ritenuti di minor rilevanza, «che obbedirono a circostanze storiche generalmente oggi superate» (nota alla seconda edizione).

Il risultato di questa rimodellazione è un complesso di 35 scritti (rispetto ai 46 originari) corrispondenti agli ampi e variegati interessi canonistici del prof. Hervada nei quasi cinquant'anni della sua feconda attività scientifica. Gli articoli seguono un ordine rigorosamente cronologico. Una prima stimolante e formativa chiave di lettura della compilazione è allora la

comprensione delle linee fondamentali e degli sviluppi di questo «pensiero in costante evoluzione verso la verità» (*Pórtico*). L'arco temporale della produzione hervadiana, infatti, abbraccia un periodo di straordinario interesse per la scienza canonistica ed un'epoca di notevoli fermenti e trasformazioni giuridico-normative: dai tentativi di modernizzazione del diritto canonico all'approfondimento ecclesiologicalo del Concilio Vaticano II; dalla vivace stagione legata all'ipotetica *Lex Ecclesiae Fundamentalis* al varo delle attuali codificazioni e della legislazione postconciliare; dalla crisi antiguridista alle nuove prospettive della canonistica contemporanea. Hervada testimone attento e critico del suo tempo è stato pienamente immerso nel dibattito epistemologico-metodologico della seconda metà del XX secolo ed, in costante controtendenza, ha saputo «profeticamente» additare prospettive ed orizzonti nuovi e svelare gli errori e le contraddizioni di molte impostazioni attuali (è nota la sua polemica nei confronti delle degenerazioni del teologismo, del pastoralismo e dello pseudoteologismo). Gli articoli riportati, pertanto, rappresentano uno specchio significativo della grande idealità e della sensibilità e fedeltà magisteriale che ha animato il suo impegno scientifico. Le soluzioni additate dal maestro di Navarra, non sempre pienamente accolte e seguite dalla dottrina, anzi sovente ignorate o trascurate, appaiono peraltro tuttora

largamente innovative e suscettibili di notevoli sviluppi e approfondimenti.

Anche gli articoli espunti, benché ritenuti «superati» e probabilmente non il linea col valore della migliore produzione di Hervada, per l'estrema esigenza e autocriticità dell'Autore, rappresentavano tappe significative di passaggio e di maturazione nel suo pensiero. Il presente volume però ha inteso privilegiare, con sguardo retrospettivo, la perenne validità ed attualità dei suoi migliori insegnamenti.

Alla chiave storica (o doppiamente storica se si considera anche la parabola intellettuale e la profonda *metanoia* scientifica costituita dal decisivo approdo al realismo giuridico, cui abbiamo dedicato altrove specifica attenzione cfr. M. DEL POZZO, *L'evoluzione della nozione di diritto nel pensiero canonistico di Javier Hervada*, Roma 2005) se ne aggiunge una sistematico-materiale forse di maggior pregnanza tecnico-scientifica. Essendo improponibile in un'opera collettanea di tali proporzioni un'adeguata presentazione e illustrazione dei singoli contributi riuniti nella compilazione, ci limitiamo solo ad indicare le principali questioni mirabilmente tratteggiate dall'illustre canonista spagnolo. Oltre agli scritti, ormai residuali, ma sempre molto interessanti, sul matrimonio (cfr. per una rassegna quasi esaustiva il ricordato *Una caro. Escritos sobre el matrimonio*), argomento particolarmente caro e perspicacemente penetrato da Her-

vada, sono sempre degni di attenzione, essendo lo stesso stato un precursore e un caposcuola della relativa materia, gli approfondimenti costituzionalistici. Rilevanti sono anche gli apporti, soprattutto a livello epistemologico, dedicati alla costruzione della scienza del diritto ecclesiastico ed al tema della secolarità. Molto in linea con la formazione e la sensibilità giusnaturalista, sono i saggi dedicati al personalismo giuridico ed alla rilevanza del diritto naturale nella cultura giuridica in generale ed in quella canonistica in particolare. Quantitativamente e qualitativamente spiccano poi gli studi sulle circoscrizioni ecclesiastiche, segnatamente sulle prelature personali e su argomenti affini. Tralasciando ambiti di interesse più isolati e specifici (il patrimonio ecclesiastico, l'incardinazione, ecc.), sottolineiamo però, senza timore di ripeterci, che, a nostro sommesso avviso, gli aspetti più originali e stimolanti della impostazione hervadiana sono rappresentati dagli articoli (più propriamente si tratta di relazioni) di teoria generale a livello ontologico sulle radici sacramentali del diritto canonico, sulla legge del Popolo di Dio come legge di libertà, sulla *lex naturae* e la *lex gratiae* nella base dell'ordinamento giuridico della Chiesa e, infine, sulla dignità e libertà dei figli di Dio. Tali contributi dimostrano come i sacramenti, il Magistero e la giurisdizione possiedono un'intrinseca dimensione di giustizia e rappresentano *debita* in senso stretto. Hervada magistralmente illustra come in una prospet-

tiva rigorosamente giusrealista i principi e le esigenze di diritto nel Popolo di Dio possono essere desunti direttamente dalla peculiare natura misterica della Chiesa e dagli specifici contenuti della *lex gratiae*.

L'eleganza, la veste grafica e la maneggevolezza dell'opera (soprattutto se confrontata con i due gravosi tomi della prima edizione) rendono estremamente fruibile e gradevole la lettura e la consultazione della raccolta.

«Non è vero che per essere più pastorale il diritto debba rendersi meno giuridico». Le parole del compianto grande Pontefice che già aprivano il precedente *Vetera et Nova* manifestano, anche alla luce della recentissima prima allocuzione benedettina alla Rota, la piena attualità e modernità dello spirito di una collezione destinata a diventare un «classico» della letteratura canonistica e che ci auguriamo sia sugellata dalle non lontane «nozze d'oro» accademiche dell'Autore.

Massimo del Pozzo

Jorge Enrique HORTA ESPINOZA, *Perseveranza e misericordia: due risposte alla crisi di un religioso chierico. La Dispensa dall'Ordine sacro e dai Voti Perpetui*, Bibliotheca Pontificii Athenaei Antoniani, n. 40, Roma, 2003, p. 281.

L'A. è professore presso la Facoltà di Diritto Canonico del Pon-

tificio Ateneo *Antonianum* e propone in lingua italiana questa sua monografia, sul rapporto tra la dispensa dai voti e sulla dispensa dagli obblighi derivanti dall'ordine sacro per sacerdoti appartenenti ad un istituto di vita consacrata, aggiornando la sua precedente tesi di laurea intitolata *La dispensa del religioso de las obligaciones de la profesión y del sacramento del orden*. La questione centrale è se la duplice dispensa consiste in due atti giuridici autonomi o meno e in quale relazione questi si collocano.

Il primo capitolo, *Dottrina teologico-giuridica dello stato di vita del religioso chierico*, affronta la questione dibattuta se nella Chiesa esistono due o tre stati di vita, cioè se la vita religiosa forma un proprio stato di vita.

Nel CIC si ha la bipartizione del popolo di Dio: chierici e laici; nel Codice dei Canoni delle Chiese Orientali, promulgato il 18 ottobre 1990, si ha la tripartizione: chierici, religiosi e laici. La classificazione secondo la bipartizione implica lo studio dei fedeli da una prospettiva sacramentale, mettendo in luce l'incidenza del sacramento dell'ordine. Invece nella tripartizione si tiene presente l'incidenza dei carismi nei fedeli, e le diverse forme di vita che scaturiscono dai suddetti carismi.

Il nostro A., attraverso lo studio del concetto giuridico-canonico di *status* e di *christifidelis*, giunge alla soluzione che esiste nella Chiesa un vero e proprio terzo stato di vita, quello religioso che non ri-

chiede un'ulteriore distinzione in stato di consacrato laico e stato di consacrato chierico, come si evince dall'esortazione apostolica *Vita consecrata*. Questa conclusione si rivela anche centrale per la questione delle due dispense.

Dopo aver approfondito lo stato giuridico delle persone nella Chiesa, nel secondo capitolo, *I voti religiosi e il celibato nella prassi dispensatoria della Chiesa*, il p. Horta Espinoza determina e chiarisce gli elementi che costituiscono l'oggetto del suo studio. Esposto il concetto dei voti religiosi e del celibato ecclesiastico, segue il confronto tra l'obbligo del celibato e del voto di castità il cui contenuto costituisce un punto di incontro tra la vita religiosa e la vita clericale. L'analisi di questi aspetti, sotto il profilo storico e teologico, permette all'A. di stabilire una solida base per la giusta ed equa applicazione dello strumento giuridico della dispensa che serve a rimediare all'inadeguatezza nella quale genera a volte la generalità e l'astrazione della legge. Dopo averla trattata in generale entra nello specifico: dispensa dai voti religiosi (indulto di escaustrazione, dimissione dall'istituto religioso, secolarizzazione o uscita definitiva dall'istituto); dispensa dall'obbligo del celibato (*amissio status clericalis*, modi in cui si perde lo stato clericale, riserve e conseguenze della perdita dello stato clericale).

Nel terzo ed ultimo capitolo, *Iter processuale della dispensa*, l'A. analizza il processo giuridico della

dispensa dagli obblighi della professione e dall'ordine sacro nei confronti di un religioso chierico ed altri processi affini: il processo di nullità dell'ordinazione, il processo di dimissione dallo stato religioso e dallo stato clericale, l'indulto di uscita dall'istituto, il processo della dispensa dall'obbligo del celibato. Alla questione centrale, se la duplice dispensa consiste in due atti giuridici autonomi o meno, l'A. risponde che si tratta di un unico rescritto. Egli, inoltre, mette in evidenza i ruoli della comunità religiosa, del Superiore maggiore e del suo consiglio, dell'Ordinario del luogo, nell'intento di determinare il loro influsso non solo in merito all'uscita del religioso, ma anche durante tutto il tempo della sua vita istituzionale, quindi le responsabilità giuridiche e morali nei confronti del membro che ha lasciato l'istituto e l'esercizio del ministero. Infine, espone gli effetti giuridici dell'indulto di uscita dall'istituto nonché la possibilità di una eventuale riammissione all'esercizio del ministero.

Non mancano nel testo, soprattutto in nota, i riferimenti al diritto comune delle Chiese orientali cattoliche, contenuto nel Codice dei Canonici delle Chiese Orientali. Pur essendo sostanzialmente identica la dottrina sottostante, i canoni formulati sulla dispensa dall'ordine sacro e dai voti perpetui sono in parte identici nei due Codici, ma in parte anche diversi, con alcune originalità proprie del Codice orientale. A volte le differenze

sono sostanziali. Ad esempio, come è stato notato dal nostro A., anche il Patriarca, col consenso del Sinodo dei Vescovi della Chiesa patriarcale o, se vi è pericolo nell'attesa, del Sinodo permanente, può concedere la perdita dello stato clericale ai chierici che hanno domicilio o quasi-domicilio entro i confini del territorio della propria Chiesa patriarcale, i quali non sono obbligati al celibato oppure, se vi sono tenuti, che non chiedono la dispensa da questo obbligo. Così pure, colui che ha ottenuto la perdita dello stato clericale dal Patriarca, può essere di nuovo ammesso tra i chierici anche dal Patriarca. Circa lo stato di vita religioso, non notato dal nostro A., se colui che si è separato dal monastero ed è ritornato alla vita secolare viene ripreso di nuovo nel monastero, ripete il noviziato e la professione, come se non fosse mai appartenuto alla vita religiosa; invece, secondo il CIC, non ha l'onere di ripetere il noviziato. Inoltre, il monaco di voti perpetui e costituito nell'ordine sacro, se ha ottenuto l'indulto di separarsi dal monastero e di ritornare al secolo, non può esercitare gli ordini sacri finché non abbia trovato un Vescovo eparchiale benevolo che lo accolga; invece, secondo il CIC, l'indulto non viene concesso finché egli non abbia trovato un Vescovo che lo incardini nella diocesi o almeno lo riceva in prova. Infine, l'indulto di escaustrazione può essere concesso dall'autorità a cui l'ordine o la congregazione è soggetto (Sede

Apostolica, Patriarca, Arcivescovo maggiore, Vescovo eparchiale), dopo aver ascoltato il Superiore generale assieme al suo consiglio; invece, secondo il CIC, il Moderatore supremo, col consenso del suo consiglio, per grave causa può concedere ad un professore perpetuo l'indulto di escaustrazione, tuttavia per non più di tre anni, previo consenso dell'Ordinario del luogo in cui dovrà dimorare se si tratta di un chierico.

L'opera di Horta Espinoza è uno strumento utile e pratico per i Superiori maggiori, sacerdoti istruttori e notai che non devono perdere di vista il fatto che procedere alla dispensa dai voti e dagli obblighi derivanti dalla sacra ordinazione, è una dolorosa misura che coinvolge la vita della Chiesa, dell'istituto e dello stesso oratore. La soluzione al problema non è unicamente ed esclusivamente l'applicazione delle norme, ma ricerca di vie pastorali ed evangeliche che conducano al rinvigorismento dello stato di vita religioso.

Lorenzo Lorusso, O.P.

José Luis GUTIÉRREZ, *Studi sulle Cause di Canonizzazione*, Giuffrè editore (Monografie Giuridiche 27, Pontificia Università della Santa Croce), Milano, 2005, p. 365.

Con la Costituzione Apostolica «Divinus Perfectionis Magister»

(1983) di Giovanni Paolo II, le Cause di canonizzazione si aprivano ad un respiro teologico ed ecclesiale di notevole profondità, e nel contempo si rinnovavano gli strumenti procedurali, essenzializzati e forse anche un po' sviliti nelle loro artigliosità giuridiche a favore di uno studio più articolato e lineare delle stesse cause. In questi ultimi venti anni le procedure hanno sofferto notevolmente, anche per una sostanziale assenza di chiarezza o di eccessivo contenzioso nella stessa valutazione della riforma del 1983; con sobrietà di richiami, e solo per quelli posteriori alla ricordata Costituzione Apostolica, ricordiamo quelli di Fabiano Veraja (1983, 1992), Misztal Henryk (1987), Romualdo Rodrigo (1987), Robert Sarno (1987); o, più in generale, i contributi di Ambrogio Esser (1987), Ernesto Piacentini (1994), Luigi Porsi e altri interventi come le precisazioni di Girolamo Fokcinski sulla *Confirmatio Cultus*, apparse in *Apollinaris* 3 (LXXVI), 543-59. Di recente lo «Studium» della Congregazione delle Cause dei Santi è approdato ad una trilogia di dispense private (storia, teologia, diritto), che richiama il proposito di una sistemazione manualistica, ma la cui realizzazione è ancora attesa: vi hanno partecipato quasi tutti gli operatori della stessa Congregazione, tra i quali lo stesso Gutierrez che da anni, però, condensa in articoli e contributi scientifici il suo confronto con gli aspetti storico-agio- grafici, teologico-spirituali e giuri-

dico-procedurali delle cause di canonizzazione.

Questa lunga militanza di docente e operatore di diritto trova una sintesi espositiva nel volume che presentiamo, che può ben considerarsi, a nostro parere, il primo *manuale* di storia teologia e diritto, la cui attenzione alle fonti e alla documentazione lo rendono di sicuro sostegno e di affidabile orientamento. Presentato dal cardinale José Saraiva Martins, Prefetto della Congregazione delle Cause dei Santi, e introdotto dallo stesso autore (pp. XIII-XXI), il testo si correda di indici e acclusa documentazione, per una più visiva incidenza alle «*fontes juris*». È diviso in quattordici sezioni, più una Appendice nella quale si ripropone la attuale legislazione e la normativa contenuta nella «*Divinus Perfectionis Magister*» e nelle «*Normae*» (1983). Rapidamente possiamo accennare al contenuto e alle tematiche, che si snodano con consequenziale articolazione e chiarezza progressiva.

I. Tra le nozioni generali emerge il concetto della comune chiamata alla santità del Popolo di Dio, con speciale attenzione al significato della canonizzazione, del martirio e l'emergenza della testimonianza laicale nella santità della Chiesa (pp. 3-18); II. I concetti fondamentali, in una causa di canonizzazione, sono quelli delle «virtù eroiche», il martirio e la fama connessa e il delicato problema della «certezza morale» raggiungibile in queste cause in attesa del-

l'intervento di Dio con il miracolo (pp. 19-26); III. La Congregazione delle Cause dei Santi è il Dicastero preposto allo studio delle cause; se ne studia la storia e le funzioni, l'organizzazione e le competenze, tra cui anche quanto inerisce al conferimento del titolo di «dotto» e alla conservazione/trattamento delle reliquie dei Servi di Dio (pp. 27-33); IV. In questa sezione si entra nella natura e nella metodologia propria delle cause di canonizzazione; si precisano concetti e si definiscono ambiti operativi, natura e procedure delle cause in sede diocesana e romana, come anche le possibili convergenze, nella certezza morale, tra le due fasi processuali, dove il Gutierrez introduce, a nostro avviso, saggiamente, la nozione di «assenza di contenzioso» in questo genere di cause e relative «sentenze» (pp. 34-70); V. Si tratteggia, ma a grandi linee, la storia dell'apparato probatorio dalle origini a Benedetto XIV, con rilevante spazio alle stesse fonti più che alle discussioni inerenti (pp. 71-99); VI. Un densissimo spaccato, di natura storico-giuridica, sulle prove sussidiarie di Prospero Lambertini e le innovazioni, in merito, di Benedetto XIV: uno studio, questo, assai desiderato e del tutto inedito nel panorama della storia del diritto inerente alle cause di canonizzazione e significativamente all'apparato probativo (pp. 100-146); VII. Continuando sulla storia delle prove l'autore centra il codice di diritto canonico del 1917 (pp. 147-162) fino alla

Sectio Historica della Congregazione dei Riti e alla *Sanctitas clarior*; VIII. Infine la legislazione vigente e in particolare l'ambito di applicazione del can. 1403 & 2 (pp. 163-174); IX. Qui l'autore ritorna più dettagliatamente sulla certezza morale nella questione spinosa della pienezza delle prove, offrendo non solo la discussione giuridica del caso, bensì anche alcune valutazioni tutte personali, che lasciano tuttora orizzonti aperti circa la valutazione delle stesse prove e la stessa ermeneutica giuridica (pp. 175-194); X.-XI. Queste due sezioni sono rispettivamente dedicate alla fase diocesana e romana del Processo, dove l'autore offre un piccolo ma solido trattato di procedura, dettagliato e preciso, dove ogni minima articolazione procedurale trova la sua spiegazione e la sua consistenza funzionale all'interno del lungo itinerario fino allo studio di un eventuale presunto miracolo (pp. 195-256); XII-XIV. Se il discorso precedente era finalizzato alle virtù eroiche, al cui accertamento seguiva il riconoscimento pontificio e la eventuale beatificazione o canonizzazione, per il tramite di un miracolo, in queste sezioni si affronta la *via martyrii* e tutta la problematica e la procedura volte all'accertamento dell'aspetto formale e materiale di esso; quanto, poi, al miracolo, esso viene affrontato, originalmente, come una prova all'interno dell'intero apparato probativo, se ne discute la funzione nelle *cause* di martirio e nelle cause dei confes-

sori, ma anche come elemento recepibile in se stesso, cioè fuori dal contesto probativo, dove resta, comunque e sempre, un segno della presenza amorosa di Dio (pp. 257-336).

La breve descrizione, che abbiamo potuto fare, crediamo giustifichi pienamente la nostra iniziale convinzione che qui ci troviamo dinanzi al primo vero ed organico *Manuale* delle Cause di Canonizzazione; e, anche se gli studi sono apparsi in tempi diversi, in modo frammentario e occasionale, qui, così assemblati, assumono la statura di un discorso solido e dai contorni sistematici. Il linguaggio è pacato, lucido, essenziale, mai polemico e rissoso: il giurista Gutiérrez, nella sua espressione più matura, si fonda e si confronta unicamente con le fonti, rifuggendo da quelle rissosità ermeneutiche che rimangono inconciliabili perché, dinanzi alla riforma legislativa del 1983, restano ancora alcuni nostalgici di procedure paludate e schemi desueti, che conferivano unicamente un volto arcigno alla Chiesa, anche quando questa parlava di santità. Alcune opinioni di mons. Gutierrez, quindi, offrono ampio spazio di diversificate ermeneutiche; ma, se noi che scriviamo ci sentiamo di dividerle, questo appartiene a quella scelta interiore maturata in quindici anni di confronto quotidiano, proprio perché i nostri comuni uffici di «Relatori» ci hanno anche permesso di spezzare il pane della carità scientifica nel servizio ecclesiale cui siamo

stati chiamati. Se, però, il confronto si spinge nella lettura delle *fontes iuris* allora bisogna riconoscere all'autore una sicura padronanza di esse e una lettura storicamente situata, dove il supporto di qualche pilastro bibliografico poteva deporre per una più articolata erudizione, non certo per una lettura più feconda.

Con gli aspetti propriamente di procedura, al giurista Gutierrez stanno molto a cuore le problematiche dell'apparato probativo; lo si può rilevare in ogni sezione del volume, specialmente dove, con qualche ripetizione, ritorna sul tema della «certezza morale», con il quale ha dovuto tanto confrontarsi nello stadio delle cause spagnole di martirio inerenti agli anni 1936-1939. Il tema della certezza nelle prove sarà, in futuro, il vero spazio di confronto, tra chi vorrà contrarre le cause a contenzioso giuridico e chi vorrà riceverle con altri respiri, che non appartengono alla tecnica addizionale delle prove. Per questo, nel volume, non stonava qualche nota sulla «*Confirmatio Cultus*» la quale, sebbene non prevista nell'attuale legislazione, con l'impropriamente detta «beatificazione equipollente», poteva aprire varchi e spazi per recuperare altre stratigrafie di prove nell'accertamento della santità, che non siano di esclusivo recinto della eroicità delle virtù.

Su quest'ultimo tema sarebbe venuta assai opportuna l'opinione di mons. Gutierrez; ma con questo abbiamo solo voluto additare lo

spazio ipotetico di progresso di una discussione nella quale l'attuale normativa e la stessa giurisprudenza non hanno raggiunto accettabili livelli di chiarezza, come mostrano aspetti confusionali dell'ultima edizione dell'Index ac Status Causarum (1999). La riuscita di questo *manuale* consiste anche nella sua capacità di stimolare ulteriori spazi e aprire nuovi varchi alla indagine; sotto il profilo giuridico non conosciamo nulla di più completo e affidabile, sotto il profilo storico-teologico, pur non mancando felici accenni, lo spazio saturabile rimane ancora notevole; ma in quest'ultimo strato la sua utilizzazione ci è sembrata accorta e opportunamente sintetica, com'era da aspettarsi, di solo supporto al più essenziale ed emergente discorso giuridico.

Cristoforo Bove, OFM Conv.

Iván JIMÉNEZ-AYBAR, *El Islam en España. Aspectos institucionales de su estatuto jurídico*, Navarra Gráfica Ediciones, Colección Canónica, Pamplona, 2004, p. 241.

La presenza crescente — y, en ocasiones, inquietante — del Islam en las sociedades europeas hace necesario establecer cauces para el diálogo entre las comunidades musulmanas y los poderes públicos. En 1992, España se convertía en el primer país occidental que firmaba un Acuerdo de cooperación con el

Islam, aventajando a naciones de arraigada tradición migratoria.

Es propio del Derecho dar respuesta a las demandas sociales; cuando se anticipa a éstas y se apresura a legislar, o bien la norma promulgada queda como mero adorno, si la demanda social no llega a producirse, o, si termina por generarse la necesidad, la norma anticipada corre el peligro de convertirse en rémora que dificulte una respuesta ajustada a la realidad. Es el caso del Acuerdo español de 1992, firmado con más voluntad política que jurídica.

En este contexto, resulta particularmente oportuna la publicación del libro de Jiménez-Aybar que tiene el acierto de haber sabido detectar el núcleo del problema del estatuto jurídico del Islam en España. Prologado por Ferrer Ortiz (director de la memoria doctoral que originó el trabajo), se estructura en dos capítulos e incluye un apéndice documental que recoge el texto del Acuerdo, así como los Estatutos de la Comisión Islámica de España (CIE), y de las dos federaciones que la integran (FEERI y UCIDE). Quizá se echa en falta un elenco bibliográfico que hubiera sido de utilidad para el lector interesado en profundizar en el tema.

El primer capítulo — «El estatuto jurídico del Islam en España: el Acuerdo de cooperación con la CIE» — parte de un análisis de la penetración del Islam en nuestro país, arrancando de los años 60. Se hace hincapié en la configuración

del asociacionismo islámico, especialmente en el proceso de formación de la FEERI, exponente de lo que el autor califica como «*Islam converso*», y de la UCIDE o «*Islam nacionalizado*». Alude Jiménez-Aybar al protagonismo del llamado «*Islam de las embajadas*» que es resultado del control político y religioso que los países de origen de nuestros inmigrantes musulmanes persiguen sobre las asociaciones fundadas por ellos. Con este fin, suelen servirse de recursos como la financiación de las grandes mezquitas o la elección del personal religioso. Concluye el autor que «el creciente influjo de este “Islam de las embajadas” — que, es importante advertir, se hace presente tanto en la FEERI como en la UCIDE —, supone un claro obstáculo al reto que los musulmanes españoles tienen en orden a cooperar en la formación de un “Islam europeo”, autónomo e independiente del control o influjo de países como, por ejemplo, Arabia Saudita o Libia» (p. 54).

La segunda parte del capítulo se centra en el Acuerdo. Describe el marco normativo que abrió la posibilidad y condujo a la firma de éste; en concreto, el principio constitucional de cooperación entre el Estado y las confesiones religiosas y la Ley Orgánica de Libertad Religiosa de 1980. A continuación, se refiere al sujeto del Acuerdo, a su negociación, naturaleza jurídica, contenido, ejecución, desarrollo, seguimiento y procedimiento previsto para la modifica-

ción y extinción. Con gran acierto, aquellos aspectos que no han resultado problemáticos se exponen brevemente, ofreciendo una síntesis de lo que es doctrina pacífica.

El capítulo segundo — «La institucionalización del Islam en España: sus tres pilares» — comienza con el estudio de la estructura interna de la CIE. La mayor dificultad que encontró la Administración en el proceso de negociación del Acuerdo fue la de identificar a un interlocutor válido capaz de aglutinar los intereses y expectativas del Islam en España.

Desde que se constituyó la UCIDE por la escisión de siete asociaciones de la FEERI, los representantes de ambas federaciones han mantenido un desencuentro notorio y enconado. La separación condujo a una duplicidad de comisiones negociadoras que tuvieron que unirse artificial e instrumentalmente en la CIE por exigencia de la Administración para la firma del Acuerdo. En la monografía se pone de manifiesto cómo la falta de entendimiento entre los representantes de las federaciones, «unido a las diferencias existentes entre ellas en cuanto a su concepción del Islam y a su origen social y étnico, bloquea de manera sistemática el normal funcionamiento de la CIE, y, en consecuencia, la aplicación de buena parte del articulado del Acuerdo de cooperación» (pp. 97 y 98).

Los siguientes apartados del capítulo se dedican al análisis de dos instituciones de vital importancia

para la consolidación del Islam en España: los lugares de culto y los dirigentes religiosos. Jiménez-Aybar compara la consideración que mezquitas e imanes tienen en el ámbito islámico con el rol que desempeñan en territorio europeo. Pone de relieve cómo, para paliar la ausencia de una jerarquía representativa en el Islam (que, de existir, facilitaría el diálogo con los poderes públicos), asistimos en Europa a una progresiva «clericalización» del imán, que termina por asumir unas funciones que no le corresponden según la configuración islámica del imanato. Finalmente, se propone una revisión del articulado del Acuerdo de cooperación que corrija los desajustes que se producen con la realidad. Por ejemplo, entre los requisitos que se establecen para ser considerado imán, se recoge el de la conformidad de la CIE que no se ha otorgado en ningún caso. A pesar de no tener la conformidad, algunos asisten como imanes acreditados a la celebración de matrimonios islámicos que están siendo reconocidos civilmente.

En la conclusión se destaca que se ha tratado de mostrar cómo el Islam español carece de una estructura organizativa unitaria: la composición actual de la CIE mantiene la bipolaridad que existía antes de la firma del Acuerdo lo cual hace muy difícil la aplicación de éste. La falta de un ente representativo del conjunto de la comunidad musulmana no es un problema exclusivo de España, sino compar-

tido por otros países europeos. Por ello, el autor concluye su trabajo exponiendo las soluciones adoptadas en Bélgica y Francia y que han llevado a la constitución, tras sendos procesos electorales entre los miembros de las comunidades islámicas, del «*Conseil Français du Culte Musulman*» y del «*Conseil Exécutif des Musulmans de Belgique*», como órganos de representación del Islam belga y francés respectivamente.

Inspirándose en estas iniciativas, Jiménez-Aybar propone una reorganización de la estructura institucional del Islam en España; «la construcción de un auténtico Islam español — esto es, autónomo e independiente del influjo de los países musulmanes — pasa ineludiblemente por la necesidad de dotar al conjunto de las comunidades islámicas implantadas en nuestro país de una única cabeza visible que represente a todas ellas» (p. 205). A la luz de la incapacidad demostrada por la CIE para asumir esa tarea, «consideramos de todo punto imprescindible proceder a la creación de un organismo representativo del Islam nacido de la voluntad libre y democráticamente manifestada de los musulmanes españoles, a través de las comunidades de ámbito local, terminando así con el monopolio impuesto por dos federaciones, FEERI y UCIDE, que hoy en día no gozan de la legitimidad necesaria para representar por sí solas al conjunto del Islam español. El objetivo último no sería otro que la negocia-

ción y firma de un nuevo Acuerdo de cooperación que, esta vez sí, debería ser elaborado con las herramientas propias de la técnica jurídica, desechando así todo criterio de oportunismo político. Sólo de esta manera podría dar respuesta a las necesidades y aspiraciones reales de la comunidad musulmana española» (p. 207).

En definitiva, Jiménez-Aybar ha sabido localizar el verdadero problema del estatuto jurídico del Islam en España y plasmarlo en una monografía que no se limita a un análisis descriptivo de una norma de interés jurídico-práctico limitado, sino que ofrece un diagnóstico certero sobre el mismo. El diagnóstico se acompaña de sugerentes propuestas extraídas del conocimiento de nuestra realidad y de la mirada hacia las soluciones que se están impulsando desde países con más experiencia en cuanto a presencia islámica, como son Bélgica y Francia.

Zoila Combalía

Edward N. PETERS (compiler), *Incrementa in Progressu 1983 Codicis Iuris Canonici*, with a multilingual Introduction (English, Français, Italiano, Español, Deutsch, Polski), Collection Gratianus Series, Research Tools, Wilson & Lafleur Ltée., Montréal, 2005, p. 1549.

Da alcuni anni, la casa editrice canadese Wilson & Lafleur, nella

collana *Gratianus Series*, pubblica in lingua inglese importanti opere e manuali di riferimento. Adesso vede la luce questo volume preparato dal prof. Edward N. Peters. Si tratta di una pubblicazione di grande utilità per lo studioso del diritto canonico e per qualunque persona che voglia fare una ricerca sulla formazione del Codice di diritto canonico del 1983, perché presentando l'evoluzione nella formazione del testo codiciale, si contribuisce alla comprensione della volontà del legislatore e alla conoscenza delle opzioni prese in considerazione ma poi scartate. Il professore statunitense ha portato a termine un lavoro non facile, dietro il quale si può immaginare un paziente lavoro di raccolta di materiali sparsi sia sulla rivista *Communicationes* che su altri documenti pertinenti la codificazione successiva al Concilio Vaticano II. Molti di tali documenti (come gli progetti *De Procedura administrativa* del 1972, *De Sanctionibus* del 1973, *De Processibus* del 1976, *De Normis Generalibus* del 1977, *De Populo Dei* del 1977; *De munere docendi*, del 1977; *De Sacramentis* del 1977; *De iure patrimoniali* del 1977; gli *schemata* CIC del 1980 e del 1982 e la *Relatio* del 1981, e gli atti della *Congregatio Plenaria* del 1981) non erano accessibili al grande pubblico, ma rimanevano riservati a specialisti o erano di accesso limitato ad alcune biblioteche.

Il presente volume ha come precedente e punto di partenza le utili *Tabulae congruentiae inter Codicem*

iuris canonici et versiones anteriores canonum, Montréal 2000, preparate dallo stesso professore americano. In quelle *tabulae* si indicava dove rintracciare le diverse versioni dei canoni, ma il lettore non trovava i testi dei canoni. Adesso invece si riporta il testo di ogni canone nelle diverse versioni.

Grazie alla presentazione in tabelle e colonne si riesce a seguire facilmente l'iter di ogni singolo canone: dagli *schemata* dei singoli libri, passando per lo Schema CIC del 1980, quello del 1982 fino al testo codiciale. Inoltre, le variazioni del testo di ogni canone vengono evidenziate con diverse modalità tipografiche (le sottolineature tratteggiate e quella normale, il corsivo, il neretto, diversi tipi di parentesi, ecc.). Al testo del canone accompagnano in basso i riferimenti basilari riguardanti la sua evoluzione verso il testo successivo.

Il libro si apre con una prefazione di un noto canonista americano, Raymond L. Burke, arcivescovo di St. Louis, il quale mette in rilievo il fatto che questa opera costituisce un necessario punto di riferimento nella scienza canonica. Aggiungerei che, come opera complementare al CIC del 1983, merita di trovare spazio nelle biblioteche universitarie, nei seminari e nelle case di formazione e altri istituti dove si insegna diritto canonico.

Il volume è preceduto da una introduzione generale in diverse lingue che orienta il lettore nell'uso di questo sussidio; in essa oltre ad una breve spiegazione delle diverse

tappe della codificazione del 1983, si trovano le abbreviazioni e il significato del modo in cui testi vengono presentati dal punto di vista tipografico.

Non ci resta che suggerire al Prof. Peters di non fermarsi qui: la storia della formazione del CIC del 1983 non è finita. Nei volumi di *Communicationes* è ancora in corso la pubblicazione degli atti delle sessioni della Pontificia Commissione per la revisione del Codice di Diritto canonico. Negli *Incrementa in Progressu 1983 Codicis Iuris Canonici* manca ancora tutto il processo di formazione dei canoni prima della loro inclusione nei primi progetti preparati negli anni 70. Benché il sistema di lavoro dei diversi gruppi fra cui fu diviso il compito di preparare il nuovo codice non fu sempre omogeneo, sarebbe di grande utilità riprodurre i diversi precedenti del canone o almeno indicare i riferimenti di *Communicationes* dove si trattò dei diversi canoni.

Luis Navarro

Bruno Fabio PIGHIN, *Il Seminario di Concordia-Pordenone: La crescita fino al Concilio Vaticano II (1920-1962)*, Seminario Diocesano, Pordenone, 2005, p. 746.

Con questo secondo volume si conclude la ragguardevole opera realizzata da mons. Pighin concernente la nascita e la storia del Se-

minario di Concordia Pordenone dalle sue origini fino al Concilio Vaticano II. In occasione del trecentesimo anniversario della fondazione del Seminario, l'A. ha realizzato un paziente e profondo studio i cui notevoli pregi, già sottolineati nella pubblicazione del primo volume (vedi recensione di J.I. Arrieta su questa Rivista 16 [2004] pp. 804-808), emergono ora pienamente. Si tratta infatti di un'opera non soltanto dalla mole inusuale, ma soprattutto di estremo rigore storico e giuridico, condotta dall'A. con grande equilibrio e competenza. In questo secondo volume l'A. ha coerentemente mantenuto la linea metodologica adottata nella prima parte, ossia di esaminare l'istituzione del Seminario non staccata dal contesto ecclesiale e civile in cui si muove, come se la sua vita fosse chiusa in se stessa, ma in continuo dialogo con quanto accade non soltanto nella Chiesa locale ma anche negli scenari italiani. Questo sfondo permette di capire tante scelte, tanti motivi anche di malinteso, tanti momenti difficili poi superati. Ma non solo, il lettore è condotto attraverso le vicissitudini della storia del Seminario di Concordia-Pordenone da una mano non solo sicura ma anche prudente ed obiettiva, ed è questo un merito non piccolo dell'A. che, nonostante disponga di una quantità impressionante di dati, li presenta così come sono, in modo da mettere in grado il lettore di avere una conoscenza profonda e diretta della varie vicende senza privilegiare le

proprie opinioni che scompaiono di fronte alla realtà dei fatti. E ciò avviene anche nei momenti più critici, quali ad esempio il trasferimento del Seminario da Portogruaro a Pordenone, che apre una ferita lenta da rimarginare; le distinte posizioni sono offerte nella loro schietta consistenza senza dare preferenza all'una piuttosto che all'altra. Ma c'è di più: anche gli atteggiamenti censurabili di questo o di quel personaggio, che mai mancano nella vita della Chiesa e della società, sono presentate in modo assai rispettoso delle persone, quasi cercando di salvare le ragioni e la buona fede di chi abbia operato in tal senso. Certo, questa scelta metodologica sarebbe rimasta una pura illusione se non fosse intervenuto un altro fattore di estrema importanza, ossia l'utilizzazione di un'ingente quantità di materiale documentario che ora per la prima volta è stato reso pubblico. La ricostruzione delle vicende del Seminario, quindi, non si basa su elementi frammentari presi qua e là e poi collegati alla meno peggio gli uni con gli altri in modo fantasioso o congetturale, ma si seguono passo passo le diverse vicende sulla base di una documentazione manoscritta che più di ogni altra è in grado di mostrarci non solo i fatti ma, quasi in controtuce, le distinte motivazioni che stanno alla base di scelte, di ripensamenti ecc... L'abbondanza del materiale scoperto ed utilizzato da mons. Pighin è tale che questo secondo volume, pur riguardando solo poco più di qua-

rant'anni di vita del Seminario anche se sono quelli più vicini a noi, oltrepassa in estensione il volume precedente che partiva dalla fondazione del Seminario nel 1704 per giungere fino al trasferimento della sede nel 1920. Le oltre 700 pagine di questo secondo volume sono suddivise, come nel precedente, in sei parti che mettono a fuoco i momenti salienti della vita di questa istituzione dopo il suo trasferimento dalla sede di Portogruaro in quella attuale. La prima parte «*Il primo impianto del Seminario in Pordenone(1920-1923)*» sullo sfondo del sofferto trasferimento di sede ci mostra la vita un po' pionieristica di quei primi momenti tratti dai commenti dei protagonisti tra i quali emerge la figura di don Luigi De Piero primo rettore. La seconda epoca dell'istituto a Pordenone appare contraddistinta dall'impegno di uscire dall'emergenza, espresso anche nel titolo della relativa parte: «*L'istituto diocesano verso condizioni di normalità (1923-1927)*». Il cammino si presenta in forte salita per difficoltà esterne (dello Stato contrario alla traslazione della sede e dei canonici insieme ad altro clero pure contrario). Le carenze riguardano il Seminario nella sua globalità, con incidenze specifiche nella disciplina, nella formazione intellettuale, nella direzione spirituale, nell'amministrazione economica e nei rapporti con entità esterne. In particolare si fecero allora problematiche le relazioni con una nuova struttura di istruzione non semina-

ristica, sorta a Portogruaro nei locali della precedente sede dell'istituto: il convitto-ginnasio vescovile, poi Collegio Marconi. Inconfondibile in questa fase è l'impronta datale dal rettore Antonio Cardazzo, la cui morte repentina nel 1927 determinò pure la fine della stagione che lo vide protagonista. La terza parte considera «*L'epoca caratterizzata dalla costruzione della sede (1927-1937)*», secondo il progetto dell'architetto Domenico Rupolo, la cui prima attuazione risale già al 1926. L'energica figura del rettore Pietro D'Andrea riuscì a realizzare un impegnativo programma edilizio, vincendo difficoltà di ogni genere, e anche un piano formativo per i futuri sacerdoti ispirato ai modelli diffusi in quel periodo nella Chiesa. Allora fu portata a buon termine anche la spinosa vertenza tra il Seminario in Pordenone e il Collegio in Portogruaro, per diretto interessamento della Santa Sede, che in tal modo favorì la ricomposizione dei conflitti in diocesi. I laici cristiani in particolare hanno capito l'importanza del Seminario, passando oltre le «diatribe» in cui talvolta si era lasciato invischiare il clero, quello della bassa in contrapposizione con quello dell'alta. La quarta parte di questo volume è dedicata a «*L'istituto nell'autunno dell'episcopato di Luigi Paulini (1937-1945)*». Emerge una tempra eccezionale di vescovo, che donandosi senza risparmio per il Seminario, vincendo difficoltà enormi anche all'interno del clero, meritandosi giustamente il ti-

tolo di «rifondatore del Seminario», subì un lento declino fisico che comportò notevoli condizionamenti sull'istituto diocesano, anche per la fase difficile del secondo conflitto mondiale, che sconvolse pesantemente la vita dei seminaristi (come l'esempio mirabile del seminarista pordenonese Centis colpito dalle bombe) e l'attività dell'istituto. Momenti difficili, con eventi talvolta tragici, furono affrontati con determinazione dal rettore Pietro D'Andrea e dal suo successore Sante Pascotto, anche sulla base delle sollecite direttive della Sacra Congregazione dei Seminari che, guardando oltre le contingenze belliche, indusse la struttura a preparare un corpo docente più qualificato. Il lavoro compiuto nella quinta parte mette in luce una splendida figura di vescovo, Vittorio D'Alessi, divenuto punto principale di riferimento anche per la società civile tra Livenza e Tagliamento, lasciata allo sbando nella fase terminale della seconda guerra mondiale. Perciò, sotto il titolo «*Il Seminario durante l'episcopato di Vittorio D'Alessi (1945-1949)*», viene percorsa anzitutto la via dell'esodo dalla tragica condizione bellica ed è tracciato poi il cammino intrapreso dall'istituto, seguendo la figura trainante del Pastore della diocesi fino alla sua morte improvvisa. L'ultima parte riguarda «*La crescita dell'istituto fino al concilio Vaticano II (1949-1962)*». Essa inizia con l'episcopato di mons. De Zanche che operò un ampio cambiamento dei

suoi collaboratori alla guida sia della diocesi che del Seminario. I secondi, facilitati da condizioni propizie, si adoperarono per aumentare il numero dei seminaristi e per costruire nuovi locali resi indispensabili all'istituto (così come appare oggi). Ma al progresso numerico ed edilizio non corrispose sempre uno sviluppo equilibrato della struttura formativa. Indici di sbilanciamento si manifestarono in alcuni ritardi di carattere educativo e culturale, soprattutto in campo teologico, nella formazione dei futuri pastori in risposta ai segni dei tempi. Il concilio voluto dal Beato Giovanni XXIII e la figura dello stesso Pontefice comportarono una crisi profonda nel ciclo vitale dell'istituzione esaminata dall'A. fino alle soglie del Vaticano II. Ma non fu una crisi del Seminario in se stesso, che, anzi, dai documenti conciliari fu chiamato all'arduo compito di attuare un nuovo progetto globale nella preparazione dei sacerdoti. Tali novità comportarono l'inizio di una terza era tutt'ora in corso, non oggetto del presente volume. In conclusione, il lavoro di mons. Pighin è una testimonianza di quanto auspicato dal Card. Grochowski nella presentazione di questo secondo volume: «Il Seminario deve così restare il cuore di ogni diocesi, la sua speranza ed il suo futuro. Per tale ragione esso è l'Istituzione a cui consacrare le migliori energie pastorali». E al Seminario di Concordia-Pordenone, alla sua vita, ai suoi protagonisti, l'A. ha dedicato in

modo intelligente un impegno ed uno sforzo coronati da un risultato eccellente.

Davide Cito

S. RECCHI (ed.), *Autonomie financière et gestion des biens dans les jeunes Églises d'Afrique*, Université Catholique d'Afrique Centrale. Institut catholique de Yaoundé, Département de Droit Canonique, Yaoundé, 2003, p. 241.

Non è abituale fuori l'ambito europeo trovare pubblicazioni che trattino la questione della autonomia finanziaria della Chiesa, tematica che di solito è affrontata analizzando sia la normativa canonica che la legislazione statale, perché i sistemi rispondono alle vicissitudini storiche che hanno caratterizzato la presenza della Chiesa nel continente europeo.

Il presente volume si muove in un contesto nettamente diverso e perciò affronta la questione in un modo nuovo. In esso si tratta di un problema fondamentale in tante Chiese dell'Africa: molte di esse continuano a dipendere finanziariamente dalle Chiese madri, quelle Chiese particolari che portarono loro la fede. Ciò provoca problemi di natura diversa: come la Chiesa è vista dalle comunità locali, come vengono usati i beni, quale sia la loro amministrazione. In fondo come si indica nella prefazione di Silvia Recchi,

direttrice del dipartimento di Diritto canonico dell'Università Cattolica di Yaoundé, il problema dell'autofinanziamento non è semplicemente un problema economico, ma chiama in causa un problema ecclesiologico (la maturità di una Chiesa che trova un equilibrio fra autopromozione, autonomia e comunione con le altre Chiese) e di gestione delle risorse (aliena ad interessi personali e di solidarietà etnica, e incompatibile con ogni forma di corruzione).

Il dipartimento di Diritto canonico dell'Università Cattolica dell'Africa centrale ha affrontato il problema analizzando questo problema da diverse angolature, cercando di trovare anche delle soluzioni, a partire dall'approfondimento fatto. Una caratteristica comune nell'esaminare i diversi aspetti è che si tiene sempre presente la situazione reale, sia finanziaria che gestionale dei beni. In questo volume si trova informazione di prima mano sui diversi aspetti, sia a livello diocesano e parrocchiale sia nel quadro degli istituti di vita consacrata e in particolare di quelli religiosi. Ciò è possibile in gran parte perché i diversi articoli sono scritti da persone che conoscono bene la realtà di queste Chiese giovani: gli autori sono africani o persone che da lungo tempo vivono in Africa.

Il libro si apre con un interessante contributo di Silvia Recchi, del titolo *L'implantation des Églises nouvelles et le problème de l'autofinancement des Églises d'Afrique*

centrale. Une approche canonique (p. 19-42), dedicato allo studio del significato della *implantatio* della Chiesa in rapporto con l'autosufficienza finanziaria della Chiesa. Dietro il problema pratico (con tanti risvolti: sociologico, culturale, di economia globale, ecc.) vi è anche un problema ecclesiologico, non solo in rapporto alla consapevolezza dei fedeli del loro dovere di contribuire al sostentamento della Chiesa, ma anche sul modo in cui la propria Chiesa particolare si colloca in rapporto alle altre Chiese. Una permanente immaturità finanziaria della Chiesa africana porta gravi conseguenze. Nel suo articolo Recchi analizza sia alcuni interventi dei Pastori locali nel Sinodo Africano che manifestano la profondità delle loro preoccupazioni, che dichiarazioni del episcopato sulla questione dell'autofinanziamento delle Chiese. Tale problema tocca la stessa inculturazione della fede nelle Chiese giovani: quando tutta la comunità diventa consapevole di dover portare avanti e costruire in tutti i sensi la comunità cristiana, allora anche la Chiesa particolare è sulla via di diventare autosufficiente. Ciò comporta la necessità di essere creativi e di cercare soluzioni più adeguate alle possibilità e alla situazione della comunità cristiana, evitando un distacco fra Chiesa e popolo. Non vi può essere una Chiesa ricca con un popolo povero.

In continuità con questo contributo si trova l'articolo di Mariangela Mammi, *L'autonomie finan-*

cière des jeunes Églises. Le cas de l'Afrique, p. 43-57. In esso si analizza l'ecclesiologia sulla quale poggia l'autofinanziamento delle Chiese, si indicano i problemi attuali e le loro cause (alcune di origine africana e altri provenienti dall'Occidente), e si sottolinea la necessità di un'adeguata formazione di tutti i fedeli in questi ambiti.

Alcuni articoli risultano particolarmente interessanti per un lettore non familiarizzato alla situazione della Chiesa nell'Africa centrale perché fanno capire quale sia la situazione reale. Così Oscar Eone Eone, *Le problème de la subsistance et de la sécurité sociale du clergé diocésain au Cameroun*, p. 58-91, presenta una descrizione della situazione in diverse province ecclesiastiche, ha il coraggio di indicare il divario esistente fra la situazione del clero e il resto del popolo di Dio, e anche mette in evidenza i problemi che emergono da un sistema che fa dipendere il sostentamento del clero dagli stipendi provenienti dall'estero. Anche le pagine dedicate alla povertà religiosa (Maryvonne Palessonga, *La pauvreté religieuse. Une réflexion en contexte africain*, p. 160-189) sono di particolare interesse perché si presentano i problemi concreti che il religioso o la religiosa trova per vivere la povertà nel contesto africano e in rapporto con la propria famiglia. Esiste infatti un pericolo di cadere personalmente in un materialismo, che sboccerebbe in un uso illegittimo dei beni, e nell'e-

straniarsi dalla propria congregazione religiosa.

Questo volume tuttavia non ha soltanto come scopo presentare la realtà ma anche contribuire alla retta applicazione del diritto della Chiesa. Alcuni articoli costituiscono strumenti adeguati per conoscere la legislazione della Chiesa in questa materia, e così essere in grado di comprendere meglio che vivere quanto indicato dal diritto ecclesiale è un importante contributo alla vita della Chiesa, perché si facilita la giustizia e si evitano gli abusi e le controtestimonianze di persone o istituzioni in questo ambito. In tale cornice si collocano gli articoli di Alfred Nothum, *Le conseil diocésain pour les affaires économiques*, p. 92-130; quello di Signie, *Le conseil paroissial pour les affaires économiques. Pratique au Cameroun*, p. 131-159 e infine quello di Silvia Recchi, *La gestion des biens temporels dans les instituts religieux*, p. 190-203.

Il volume si conclude con i risultati del sondaggio fatto presso gli Istituti religiosi dell'Africa centrale sul loro autofinanziamento.

Poiché molto di rado si trovano libri pubblicati in Africa (francofona e anglofona) riguardanti temi di diritto canonico, il volume preparato dal citato dipartimento di diritto canonico ha un valore speciale perché è frutto di uno sforzo particolare di canonisti africani e apre la strada a futuri contributi alla scienza canonistica.

Luis Navarro

Eloy TEJERO, *¿Imposibilidad de cumplir o incapacidad de asumir las obligaciones esenciales del matrimonio? Historia, jurisprudencia, doctrina, normativa, magisterio interdisciplinarietà y psicopatología incidentes en la cuestión*, Navarra Gráfica Ediciones, Pamplona, 2005, p. 1305.

Nel «prologo» che presenta questa ricchissima opera del prof. Tejero, il prof. Juan Ignacio Bañares la definisce come una «enciclopedia» dell'incapacità. Si tratta di un'immagine che si adatta assai bene al lavoro pubblicato dal prof. Tejero. Non certo e non solo per il volume complessivo dell'opera, che consta di 1305 fittissime pagine, ma soprattutto per altre due ragioni.

La prima è la sua esaustività, derivante dall'aver affrontato e trattato il tema dell'incapacità psichica di assumere gli obblighi essenziali del matrimonio — così come stabilita nel can. 1095, 3° — con una spiccata attenzione interdisciplinare; con l'attenzione, cioè, di esaminare le questioni anche non propriamente giuridiche connesse al tema, pur senza mai dimenticare la prospettiva giuridica dello studio condotto e, ultimamente, la natura giuridica del concetto di incapacità canonica al matrimonio. Lo stesso sottotitolo dell'opera (ma basta scorrerne l'indice per averne conferma) testimonia l'attenzione interdisciplinare che la rende appunto assai completa.

La seconda ragione che fa ritenere particolarmente adatta al libro del prof. Tejero l'immagine dell'enciclopedia è a mio giudizio il fatto che le singole parti che compongono l'opera godono di una relativa (relativa, perché l'opera resta fondamentalmente unitaria) autonomia e che si presentano tutte come particolarmente approfondite e argomentate. Perciò esse possono anche essere studiate e consultate a modo di monografie sui singoli temi di cui si occupano: una consultazione facilitata da un indice dettagliatissimo, che consente di individuare facilmente l'argomento che si vuole approfondire e sul quale si intende verificare più puntualmente il pensiero dell'Autore.

* * *

Il problema nodale cui il libro vuole dare risposta è quello indicato icasticamente nel titolo: quello cioè di indagare la struttura ontologica del tipo di incapacità normata nel can. 1095, 3° e, di conseguenza, la sua struttura giuridica. È infatti evidente che la ricerca giuridica non è condotta in chiave puramente positiva, bensì sia con un costante riferimento metafisico, che si realizza con l'attenzione alla «natura» dell'uomo intesa come natura umana e con un'impostazione «realistica» tesa a cogliere la giuridicità intrinseca nella struttura della realtà; sia mantenendo ferma l'attenzione sulla tradizione canonica e sul Magistero della Chiesa, cosa che appunto salvaguarda da

una riduzione positivistica della disciplina canonica.

La tesi dell'Autore è che la capacità di cui al can. 1095, 3° resta un'incapacità propriamente consensuale, sul piano della volontà, la considerazione della quale non entra invece nei due primi numeri del can. 1095. Si tratta dunque dell'incapacità di volersi impegnare nel matrimonio, della non funzionalità della volontà appetitiva nei confronti degli obblighi essenziali del matrimonio: incapacità «di assumere». Il prof. Tejero ritiene non condivisibile fondare l'incapacità di assumere su di una impossibilità «di compiere», cioè di adempiere, gli obblighi dello stato coniugale. Tale teoria di spiegazione dell'incapacità comporterebbe una surrettizia introduzione nel sistema matrimoniale canonico della dottrina civilistica del contratto, laddove l'impossibilità di suo adempimento (anche sopravvenuta) ne consente la risoluzione. Il pericolo che egli vede come correlato a tale impostazione è quello di un pratico depotenziamento del principio dell'indissolubilità del matrimonio, minato da un'impostazione giuridica fondamentalmente funzionalistica ed edonista, così come egli stesso la designa.

* * *

La struttura dell'opera è piuttosto articolata. Dopo un indice molto ampio relativo sia ai contenuti sia alle sigle e abbreviazioni (7-22), si trova il già ricordato pro-

logo del prof. Bañares (23-27), al quale succede una lunga introduzione (29-58) nella quale si dichiarano le ragioni che hanno indotto a intraprendere questo studio — ossia i «frutti amari» dell'equivoco fra assumere e compiere di cui poco sopra — e si delineano le vie che si intendono seguire per la soluzione del problema.

Lo sviluppo di tale soluzione occupa il corpo dell'opera, suddiviso in dodici parti (che presenterò brevemente di seguito) e che copre più di mille pagine: da 59 a 1165. Una sintesi finale (1167-1254) riprende i contenuti delle dodici parti nelle quali lo studio è suddiviso. Concludono il volume un elenco di fonti (1255-1269), suddivise in normative-magisteriali e giurisprudenziali, e una amplissima bibliografia (1271-1305), ripartita nelle due sezioni: canonico-teologica nonché di ambito antropologico e psichiatrico.

* * *

La prima parte dello studio (59-156) si preoccupa di chiarire i termini della questione. In un primo capitolo si mostra come il termine «incapacità», non frequentemente usato in ambito canonico, sia stato da dottrina e giurisprudenza usato in modo equivoco, ossia ritenendolo fungibile ed equivalente con quello di inabilità. Il primo in realtà concernerebbe per l'Autore l'aspetto soggettivo, indicando l'idoneità del soggetto a porre l'atto giuridico che dà vita al matrimo-

nio; il secondo, invece, riguarderebbe l'aspetto oggettivo, ossia la possibilità di adempiere le prestazioni che sono oggetto del patto nuziale. La questione, dal punto di vista terminologico e concettuale, si sarebbe ulteriormente complicata a seguito dell'utilizzo in campo giuridico di una terminologia propria della teologia morale, cioè quella della cosiddetta impossibilità morale, consistente nella grave difficoltà a osservare un determinato obbligo. Tale uso introdurrebbe una confusione fra ciò che è necessario per il valido sorgere di un obbligo giuridico e ciò che invece può attenuare o eliminare la responsabilità morale per il non compimento di un obbligo pur sussistente; una confusione che rischia di trasformare profondamente la teoria matrimoniale canonica e che viene considerata incompatibile con l'insegnamento di Giovanni Paolo II, il quale ha postulato una stretta relazione fra consenso e assunzione degli obblighi.

Nel secondo capitolo si sottopongono ad analisi le diverse accezioni che ha assunto nella riflessione canonistica il verbo «assumere» in rapporto agli obblighi matrimoniali. L'accezione che lo intende come la possibilità di adempiere, eseguire, realizzare gli obblighi del patto — venendo quindi il concetto di «assumere» sussunto in quello di «adempiere» — pone secondo Tejero le premesse del dissolvimento del matrimonio in un processo di continuo divenire, un'ipotesi già peraltro

prospettata in alcune soluzioni dottrinali. I due concetti devono invece per l'Autore rimanere chiaramente distinti: «assumere» significa consentire all'ordinazione del matrimonio ai suoi fini istituzionali, concetto che non può essere confuso con la possibilità di loro obiettivo adempimento. L'assumere — in altre parole — concerne non solo il momento del consenso, bensì lo stesso atto del consentire. Ciò propone la questione di distinguere adeguatamente la *incapacitas assumendi* anche in rapporto al *defectus discretionis iudicii*.

Nel terzo capitolo, la questione concettuale è analizzata dal punto di vista degli obblighi essenziali. Anche qui si rilevano delle confusioni, derivate da più ragioni: soprattutto la mancanza di una teoria generale canonica sulle obbligazioni; nonché la «essenzializzazione» del compimento degli obblighi, a partire dallo *ius in corpus* nel caso dell'impotenza, dimenticando invece l'essenza in senso proprio del matrimonio, che è il vincolo che unisce i coniugi e non invece la realizzazione dell'oggetto del patto. Per ovviare a queste confusioni, l'Autore — richiamandosi alla dottrina agostiniana e tomista — spiega il senso dell'incapacità di assumere gli obblighi con il concetto di *assumere in facultate voluntatis*, ove si avrebbe quindi uno specifico intervento di questa facoltà, non invece ancora considerata nel difetto di discrezione di giudizio, che si riferisce propriamente all'ambito della compren-

sione e, quindi, alla facoltà dell'intelletto.

La seconda parte (157-234) dell'opera illustra come, nel pensiero canonistico contemporaneo, si sarebbe realizzata una svalutazione della capacità propriamente consensuale — della capacità cioè del soggetto di costituire il matrimonio con un proprio atto — a favore della esaltazione della possibilità di realizzarne gli obblighi, a partire da quelli legati alla sessualità e incentrati sullo *ius in corpus*.

Nel primo capitolo si indica come siano andati scomparendo, nell'uso, termini propriamente canonici quali quello di *amentia*, a favore di termini mutuati da alcune correnti della psichiatria contemporanea: soprattutto quello di insania morale, che avrebbe condotto a ipotizzare una «impotenza morale» canonica. In questo sviluppo, il termine tipicamente canonico di *defectus discretionis iudicii*, si sarebbe tendenzialmente ristretto all'ignoranza, ossia all'errore di diritto, mentre si sarebbe fatto sempre più spazio un nuovo motivo di nullità in precedenza sconosciuto e fondato sull'impossibilità di adempiere gli obblighi del matrimonio. Tale evoluzione avrebbe portato anche una sorta di estensione del contenuto dei *bona matrimonii* possibile oggetto di esclusione o di incapacità: estensione nel senso di negare almeno di fatto la distinzione fra *intentio se obligandi* e *intentio adimplendi* e di dare rilievo nella determinazione della simulazione non solo alla volontà contra-

ria, ma anche alla condotta contraria ai doveri scaturenti dai *bona coniugii*. Così, ad esempio, nel secondo capitolo, si lamentano la riduzione dell'indissolubilità alla semplice permanenza nel tempo degli altri obblighi; oppure l'attrazione nel fenomeno simulatorio di mere intenzioni di abusare nell'esercizio del diritto in materia di prole o di fedeltà.

Nel terzo capitolo si sostiene che il fenomeno appena descritto sarebbe riscontrabile anche nell'evoluzione del trattamento riservato in dottrina e giurisprudenza all'omosessualità e alla ninfomania: nella loro considerazione si sarebbe passati dal porre l'attenzione sulla volontà o possibilità del soggetto di porre un atto di impegno al sottolineare la possibilità di adempimento, ad esempio del *bonum proles* e del *bonum fidei*. In questo modo essi avrebbero fatto ingresso nell'essenza del matrimonio in sé e non solo *in suis principiis*. Analogo sviluppo si sarebbe realizzato anche in materia di impotenza copulativa: dall'impossibilità di consumare il matrimonio alla impossibilità di garantire l'uso della sessualità per la durata della vita coniugale. In effetti, da un punto di vista teorico, la stessa incapacità di assumere è stata anche presentata più come un impedimento che come un vizio del consenso, come si evince dall'uso, da una parte della dottrina, dello schema del consenso *naturaliter sufficiens* e *iuridice efficax*. Questa opzione sistematica e l'analogia con l'impedi-

mento di impotenza copulativa ha portato anche al proporsi del problema della perpetuità dell'*incapacitas*. In merito sono state formulate diverse soluzioni, le quali non tutte sfuggono al rischio di ridurre il principio della perpetuità del vincolo alla possibilità di uso perpetuo di quanto oggetto degli obblighi matrimoniali.

La terza parte (235-329) analizza i punti di partenza diversi, e quindi anche gli sviluppi diversi, che da un lato porterebbero alla confusione e dall'altro invece alla distinzione fra incapacità di assumere e incapacità di adempiere.

Nel primo capitolo si descrive il punto di partenza ritenuto potenzialmente confusivo: ossia quello del contrattualismo in materia matrimoniale, una impostazione che avrebbe trovato la sua massima espressione successivamente alla codificazione canonica del 1917. Di questa impostazione si denunciano due limiti. Anzitutto la intrinseca incoerenza, dal momento che la dottrina contrattualistica è applicata in maniera non conseguente, temperando il principio della libera determinazione dell'oggetto del contratto con la postulazione di un oggetto essenziale del patto, predefinito rispetto alla volontà dei contraenti. Il secondo limite consisterebbe nella mancanza di qualsiasi fondamento romanistico o canonico della teoria che considera come base dell'incapacità *assumendi* una impossibilità *adimplendi*. Anche il noto aforisma *impossibilium nulla obligatio* sarebbe

nel diritto romano da riferirsi alla mancanza di idoneità del soggetto per l'atto consensuale e non invece per il suo adempimento.

Nel secondo capitolo si indica il punto di partenza che viene ritenuto idoneo ad evitare le denunciate pericolose confusioni: ossia la cosiddetta concezione istituzionale e sacramentale del matrimonio. In essa il consenso è visto come il *sacramentum tantum* con il quale il soggetto aderisce a un progetto istituzionale divinamente stabilito e con il quale crea immediatamente il vincolo, visto come la *res et sacramentum* e il vero oggetto del consenso (non ridotto quindi allo *ius in corpus*). Ciò dispone alla grazia sacramentale, la *res tantum*, che aiuta nell'adempimento dei doveri dello stato coniugale, i quali non hanno però alcun rilievo essenziale nel suo venire in essere.

Nel terzo capitolo si sviluppa la descrizione delle conseguenze pericolose della concezione contrattualista. Essa anzitutto finisce per aggiungere alla struttura del matrimonio tradizionalmente intesa un nuovo elemento essenziale, ossia la effettiva realizzazione di un oggetto presuntivamente essenziale e differente dall'oggetto del consenso, ossia il matrimonio stesso. Così l'essere del matrimonio finisce per dipendere da prestazioni successive al patto e i cui contenuti restano indeterminati, indefiniti ed illimitati, come si verifica anche alla luce dei diversi tentativi pur di tenerli ancorati ai beni, fini e proprietà del matrimonio. In questa indebita

aggiunta, lo stesso oggetto del consenso dell'impostazione contrattualista finisce per vedere ampliato il proprio contenuto, in termini del diritto a un uso esclusivo e perpetuo della sessualità. Ma, oltre a dette aggiunte alla concezione tradizionale di matrimonio, gli sviluppi della teoria contrattualistica comporterebbero anche una sorta di espropriazione di principi fondamentali dell'ordinamento matrimoniale canonico: in particolare, il consenso perderebbe la sua funzione di unica causa efficiente del vincolo. Questo infatti dipenderebbe anche dall'idoneità del soggetto nei confronti di altri atti e prestazioni indeterminati e successivi al momento del patto. L'esito ultimo di tale concezione sarebbe la visione del matrimonio come un continuo venire in essere, una posizione che riporterebbe a prima della «novità» circa il matrimonio introdotta dal cristianesimo.

Nell'ultimo capitolo di questa sezione del lavoro, l'Autore mostra come la concezione da lui criticata dell'*incapacitas assumendi* sia stata oggetto di dubbi e perplessità anche all'interno della giurisprudenza rotale. Ne tratteggia di nuovo il corretto significato in termini di incapacità del soggetto di aderire all'istituto matrimoniale per mancanza di libertà interna, per incapacità di libera determinazione *ex parte voluntatis*.

La quarta parte (331-429) mostra come, alla stregua di interpretazioni ritenute inadeguate del magistero conciliare, l'impostazione

che ipotizzava un'incapacità *assumendi* a partire dall'impossibilità ad esercitare in perpetuo lo *ius in corpus* si sia estesa anche all'impossibilità di realizzazione della comunione di vita coniugale.

Nel primo capitolo si fa presente come l'insegnamento di *Gaudium et spes* non dia alcun supporto concettuale e terminologico alle teorie contrattualistiche, presentando piuttosto il matrimonio come una forma di vita cristiana, una relazione coniugale di carattere sacramentale, la cui essenza — identificata tomisticamente come la mutua relazione di unità — non può confondersi con la concreta vita comune dei coniugi, che ne è un mero effetto.

In realtà (capitolo secondo), l'impostazione contrattualistica seleziona un solo aspetto dell'insegnamento conciliare, quello sulla *communio vitae*, e lo inserisce negli «otri vecchi» appunto del contrattualismo, trasformando il concetto in un diritto soggettivo e ponendolo come essenza del matrimonio *in facto esse*, in rapporto alla realizzazione del quale valutare la capacità del contraente al matrimonio. Nel fare ciò, però, non si sfugge alla gravissima difficoltà di determinare quali prestazioni siano propriamente essenziali alla realizzazione della comunione di vita; e si finisce per tradire la stessa ispirazione conciliare, che definisce la comunione di vita come creata dallo stesso patto coniugale, non già da realizzarsi successivamente ad esso. Ormai, secondo l'imposta-

zione lamentata, la comunione di vita è però trasformata in un diritto soggettivo da realizzarsi gradualmente e intesa in chiave prevalentemente psicologica.

Ciò viene illustrato, nel terzo capitolo, mostrando come alla cosiddetta psicologizzazione del vincolo matrimoniale abbia concorso l'equivoca tematica delle relazioni interpersonali. Equivoca perché giocata su due piani diversi, non sempre chiaramente distinti: quello essenziale ed istituzionale, dove essa indica il vincolo che si crea fra i coniugi; e quello invece esistenziale, dai contorni mutevoli e indefinibili e oggetto piuttosto della teologia morale e della spiritualità che del diritto.

Nel quarto e ultimo capitolo, si evidenzia infine come, contemporaneamente all'evoluzione descritta, si siano levate voci autorevoli — anche ufficiali, come quella della Segnatura Apostolica — che hanno cercato di mettere in guardia dallo snaturamento del concetto di matrimonio, ridotto alla dimensione psicologica e la cui valutazione essenziale viene demandata a psicologi e psichiatri. Voci che hanno indicato criteri importanti di rettifica dell'orientamento che si andava affermando, quali quello della non sovrapponibilità di matrimonio infelice e di matrimonio invalido, e della non coincidenza fra incapacità al matrimonio ed attitudine a garantirne un esito positivo. Infatti, si conclude, l'insegnamento conciliare non ha modificato la concezione fondamentale

del matrimonio, sostituendo l'insegnamento tradizionale della Chiesa sul consenso con una visione puramente esistenziale della vita coniugale.

La parte quinta (431-527) per così dire riconsidera la problematica già discussa alla luce dei lavori di revisione della codificazione latina e del dibattito che la accompagnò, segnalando come alcune impostazioni che in essi vennero prospettate vennero applicate — per esempio in sede giurisprudenziale — in modo prematuro, cioè prima ancora che divenissero norma canonica ufficiale.

Nel primo capitolo si analizza la prospettazione di un preteso diritto alla comunità di vita quale possibile oggetto di simulazione, proposto nei lavori di codificazione come discendente dall'insegnamento conciliare, ma che in esso non troverebbe alcun riferimento testuale. Tale diritto, inteso come un diritto soggettivo che nasce dal patto nuziale, cioè dalla volontà contrattuale dei contraenti, venne però fortemente criticato per la sua estrema indeterminazione e per l'impossibilità di determinarne l'ambito operativo, fino a causarne l'espunzione dai lavori di revisione normativa.

Mentre però detta eliminazione avrebbe dovuto essere ritenuta molto significativa anche quanto al tema dell'incapacità al matrimonio, il discorso continuò ad essere riproposto — si avverte nel secondo capitolo — a partire dal concetto di consorzio di vita, che si trova

nell'attuale can. 1055 § 1. Senza considerare a fondo sia la traslazione del canone relativo dal capitolo sul consenso ai canoni preliminari (cosa che secondo Tejero collocherebbe il concetto in un'ottica istituzionale e non contrattuale) sia la forte sottolineatura della dimensione sacramentale che nel canone attuale si trova, anche questo concetto venne da un lato inteso come oggetto del patto nuziale e, dall'altro, interpretato in senso decisamente esistenziale, producendo quella che viene definita una «psicologizzazione» del vincolo matrimoniale.

L'analisi di questo fenomeno viene proseguita nei capitoli terzo e quarto, ove si mostra come il concetto di consorzio di vita che per sé, alla luce anche della sua tradizione romano-cristiana, dovrebbe essere inteso nel senso essenziale del vincolo, caratterizzato dalla dimensione sacramentale derivante dal fatto che i coniugi partecipano del consorzio fra Cristo e l'umanità, è stato in realtà da una corrente di pensiero inteso ancora una volta in termini contrattualistici e in chiave di oggetto del patto nuziale. Contropova di ciò sarebbe l'interpretazione del concetto di *bonum coniugum* in una maniera non solo molto ampia e indifferenziata, ma anche espresso con categorie intercambiabili all'interno della logica contrattuale, quali quella di essenza, beni, fini. Tale modo di pensare avrebbe prodotto degli effetti distorsivi anche nel modo di considerare la sacramen-

talità del matrimonio: da un lato riducendola a un aspetto dell'oggetto formale del patto e postulandola quindi come possibile oggetto di esclusione; dall'altro utilizzandola come un argomento per innalzare le esigenze di capacità del soggetto che contrae matrimonio, matrimonio ancora una volta inteso come sviluppo esistenziale dell'unione dei coniugi e non invece come legame essenziale istituito fra loro.

Tale distorsione, si conclude nel quinto capitolo, finirebbe per travolgere anche il *foedus* matrimoniale inteso come matrimonio *in fieri* a tutto favore della perfezione esistenziale del matrimonio *in facto esse*, essenzializzata e resa criterio di valutazione, addirittura retrospettiva, della capacità al matrimonio. Fino a giungere a richiedere una «armoniosa comunione» delle personalità, una convivenza «sufficientemente soddisfacente» o per lo meno non intollerabile, o altre vaghe espressioni del genere, viste come prodromiche ad un divorzio di fatto sotto forma di dichiarazione di nullità dei matrimoni infelici. L'Autore reagisce a una tale impostazione mostrando come il dato conciliare e i lavori di codificazione che hanno condotto al can. 1055 § 1 riferiscano il termine *matrimoniale foedus* al solo matrimonio *in fieri*, che resta l'unica causa efficiente del matrimonio, senza che possa essere richiesto come essenziale per il suo venire in essere quanto è solo (anche nel can. 1055 § 1) una conseguenza del patto nu-

ziale. In modo provocatorio ma efficace Tejero fa un'analogia con il battesimo e si domanda se esso debba essere ritenuto come invalidamente conferito per il fatto che il battezzato non è in grado di adempiere le promesse battesimali. Anche secondo questa linea di riflessione, in conclusione, l'incapacità di assumere gli obblighi del matrimonio deve essere intesa come incapacità strettamente consensuale, abbandonando ogni discorso in merito alla possibilità di adempimento o meno degli obblighi assunti con il consenso.

La sesta parte del lavoro (529-642) affronta il nodo del significato dell'espressione «cause di natura psichica» che la legge pone alla base dell'incapacità di assumere. L'Autore mette in luce come alcune impostazioni dimentichino che quello di incapacità è un concetto canonico e che il sapere canonico ha i suoi strumenti propri per determinarlo. Mostra così (capitolo primo) come vi siano tendenze che illustrano quel concetto così centrale intendendolo in senso principalmente psichiatrico, per quanto in modo a suo giudizio contraddittorio, in quanto viziato dal rifiuto di riconoscere valore incapacitante alla sola psicopatologia, nella quale si tendono a far rientrare non solo situazioni di rilievo sociale o morale più che clinico, ma anche situazioni cliniche piuttosto sfumate, come le nevrosi o le psicopatie.

Anche dal punto di vista della storia della redazione del can.

1095, 3^o si evidenzia — nel secondo capitolo — una duplice e pericolosa tendenza: o a ritenere possibile una incapacità non basata su una patologia, o ad attribuire al concetto di «causa psichica» un significato molto ampio, certo non giustificato né dal contesto prossimo in cui detta espressione ricorre, né dalla interpretazione magisteriale che ne è stata data.

Sotto un altro profilo, il capitolo terzo mette in luce l'attuale incertezza e provvisorietà delle diagnosi psichiatriche e dei loro stessi criteri di formulazione. Mette in guardia anche da un'ingenuo utilizzo dei comuni repertori diagnostici (soprattutto le successive edizioni di DSM), prassi che ha portato a confondere il piano legale e quello clinico.

Nell'ultimo capitolo di questa parte dell'opera, si analizzano le determinazioni fondamentali espresse sulla materia all'esame dal magistero di Giovanni Paolo II, soprattutto in quel *corpus* singolare di indicazioni costituito dalle sue 25 allocuzioni alla Rota Romana. Pur riconoscendo gli apporti di psicologia e psichiatria e pur non dimenticando un'attenzione interdisciplinare, le allocuzioni del Papa rivendicano la competenza canonica esclusiva quanto alla determinazione dei profili dell'incapacità al matrimonio, offrendone anche dei criteri identificativi. Tali criteri non solo fanno inequivoco riferimento a una situazione psicopatologica del soggetto da dichiararsi incapace, ma anche escluderebbero

qualsiasi riferimento al compimento di pretesi obblighi contrattuali, limitandosi invece al profilo strettamente consensuale, dal punto di vista dell'intenzione di obbligarsi a realizzare le esigenze del dono nuziale; una prospettiva che Tejero dichiara particolarmente congruente con l'insegnamento conciliare sul matrimonio. Il capitolo quarto termina lamentando come parte della giurisprudenza abbia ignorato o depotenziato le indicazioni del Magistero pontificio, che sembrano essere invece considerate come una interpretazione autentica (pur non formale) delle legge, oppure come un risvolto giuridico intrinseco al Magistero autentico della Chiesa. Deve essere infatti considerata gravemente sconveniente una giurisprudenza contrastante con le indicazioni del Magistero e che si muova al di fuori della logica della comunione gerarchica, soprattutto se agisce con potestà vicaria rispetto al Magistero supremo.

La settima parte (643-780) prende in considerazione l'influsso che alcune scienze umane hanno avuto sul modo di intendere l'incapacità di assumere gli obblighi essenziali del matrimonio.

Dall'ambito psicologico si è tratto un peculiare concetto, i cui influssi in campo canonico sono analizzati nel primo capitolo: quello dell'immatùrità. Tale concetto, che non è per sé di carattere clinico e che viene utilizzato nel contesto della psicologia evolutiva, è stato trasferito in campo cano-

nico, ipotizzandone una possibile influenza negativa sulla capacità critica e sul processo motivazionale che dà vita alla scelta libera. L'ipotizzare, da parte di alcuni uditori rotali, un influsso dell'immaurità anche nel campo dell'impossibilità di adempiere avrebbe però prodotto — secondo Tejero — un ampliamento qualitativo del suo ambito di operatività finendo per dare rilevanza ai semplici condizionamenti psicologici ed emotivi, al di là di una vera e propria psicopatologia, quale causa di incapacità.

Nel secondo capitolo si tratta della tematica molto complessa dell'incapacità relativa al matrimonio, commisurata sulla relazione di coppia e non più invece sull'idea essenziale di matrimonio. Tale teoria, derivata dall'esperienza dei tribunali statunitensi che avrebbero recepito una terminologia desunta dalle cause di divorzio, produrrebbe una completa relativizzazione del matrimonio e sarebbe contraria alla dignità della persona, ritenuta non più l'unica fonte di quella attività giuridica che costituisce il vincolo matrimoniale. L'Autore mette in luce che, nell'odierna giurisprudenza rotale, solo mons. Serrano sostiene apertamente la possibilità di un'incapacità relativa. Quanto però appare più originale in questa sezione del lavoro di Tejero è che egli critica severamente anche la giurisprudenza rotale che rifiuta l'incapacità relativa e che la postula invece come assoluta. La ragione di fondo di tale sua critica è che entrambe

le posizioni si muoverebbero comunque nella logica dell'incapacità al compimento e intesa come mera impossibilità morale. Peraltro, solo in questo senso morale si potrebbe parlare di «assolutezza» dell'incapacità, in quanto per sé gli obblighi del matrimonio sono connaturali all'uomo e, quindi, per sé proporzionati alla sua natura. Altri motivi di vicinanza fra la concezione assoluta e quella relativa dell'incapacità sono il fatto che entrambe finiscono per ritenere un elemento successivo alle nozze come essenziale per la validità del patto nuziale e per sfumare la distinzione fra matrimonio *in fieri* e *in facto esse*. A entrambe manca infine il criterio per distinguere fra i concetti di impossibilità morale, grave e massima difficoltà.

Nel terzo capitolo l'orizzonte si amplia ancora di più da un punto di vista culturale, mettendo in luce alcune tendenze, importate nel pensiero canonistico, che Tejero ritiene contrarie ai principi dell'antropologia cristiana, così sottolineati da Giovanni Paolo II. In primo luogo, viene segnalato il riduzionismo antropologico (di derivazione freudiana e psicanalitica) che confina l'uomo nell'ambito dei sentimenti, degli istinti, delle passioni e che non riconosce alcun'altra maturità che quella affettiva. Una mentalità che esalta lo sfruttamento dei diritti personali e la buona riuscita delle relazioni coniugali e che si mostra assai vicina alla interpretazione della *incapacitas* come impossibilità del compi-

mento degli obblighi del matrimonio. In secondo luogo, viene sottolineato un altro influsso che viene valutato molto significativo nello stesso senso: ossia quello della teoria morale del consequenzialismo, dove l'azione morale viene giudicata non in sé ma a partire dai suoi risultati, in modo quindi utilitario e retrospettivo. Infine, vengono segnalate alcune possibili interpretazioni discutibili del personalismo, anche cristianamente ispirato, la cui riflessione in materia matrimoniale, di carattere prettamente morale, è rifluita in qualche modo anche nella *Gaudium et spes*. Tale sensibilità morale venne reinterpretata nei lavori di codificazione postconciliare in chiave immediatamente giuridica, divenendo supporto della concezione della *incapacitas* che in questo lavoro viene criticata.

Da ultimo, si torna nel capitolo quarto sul magistero di Giovanni Paolo II, che indica un criterio ritenuto autenticamente personalista; un criterio di immediato significato anche giuridico, dato che il diritto non si pone in contrasto con la dimensione personale, così centrale anche nel matrimonio. Tale criterio si fonda sulla concezione del significato sponsale del corpo, quindi della mascolinità e della femminilità, che diventano intermediarie del dono personale ed esprimono il riconoscimento dell'altro come individualità unica e irripetibile. Però altro è questo dono e assumersene le conseguenze da attuare nell'ordine morale, altro l'adempimento

di quelle conseguenze stesse: una distinzione che è ribadita come chiave di tutta l'opera. Tejero, sempre alla luce del magistero del grande Papa, reagisce anche a un'altra opinione, quella che ritiene che la persona, almeno in senso giuridico, non possa donarsi in senso proprio, ma solo attraverso l'assumere obblighi in riferimento all'altro. L'insegnamento di Giovanni Paolo II consentirebbe invece di affermare che, anche in senso giuridico, la persona si realizza proprio tramite il dono di sé: esso, piuttosto che diminuire la sua dignità, la esalta in questo atto supremo della libertà.

L'ottava parte (781-846) è senza dubbio fra le maggiormente complesse e difficilmente sintetizzabili: si propone di chiarire le basi antropologiche idonee a comprendere in modo corretto la capacità di assumere gli obblighi matrimoniali, mostrando altresì anche l'autonomia di questa figura rispetto agli altri tipi di incapacità previsti nel can. 1095.

Nel primo capitolo si pongono alcune premesse antropologiche, per le quali ci si ispira al pensiero di Zubiri: in particolare si distingue fra la struttura essenziale di una realtà (ad esempio la personalità individuale o il matrimonio) e la sua attuazione esistenziale. Si rileva, inoltre, che il soggetto umano può essere propriamente « autore » del consenso matrimoniale, dove sceglie liberamente una maniera di essere; mentre può invece essere solo « attore » degli atti che ese-

guono quel progetto nel corso della vita matrimoniale, atti che sono influenzati da molte variabili che non sono nella disponibilità del soggetto medesimo. È solo nell'abbracciare quel progetto e quella maniera di essere che si realizza l'assunzione degli obblighi matrimoniali; non invece nella (pericolosa) rilettura a posteriori a partire dalla loro più o meno possibile esecuzione nel corso della vita coniugale. Questa illustrazione della capacità di assunzione, corrisponderebbe peraltro alla dottrina di S. Tommaso, che considera la libertà come responsabilità dei nostri atti di scelta e non già come un dominio di sé costantemente attivo nel corso della vita umana. In conclusione, per la capacità richiesta è necessaria la capacità di progettare il matrimonio e la conseguente decisione libera di sposarsi, aderendo a quel progetto.

Nel secondo capitolo si osserva come questa teoria tomistica dell'*assumere aliquid in facultate voluntatis* ha avuto attenzione diversificata da parte della giurisprudenza: parte accetta l'ipotesi di un vizio della volontà, parte tende a farla rifluire nel concetto di discrezione di giudizio. Si osserva pure come l'ipotesi di una mancanza di libertà interna non sia espressamente contemplata nel Codice. Per quanto sarebbe da far coincidere con l'incapacità di assumere, tale ipotesi non è certo quella maggiormente professata e, come detto, il tema della libertà interna viene ricondotto a quello della discrezione

di giudizio, per quanto una considerazione letterale dei due concetti non consentirebbe tale equiparazione.

Nel terzo capitolo viene svolta una minuziosa analisi della dottrina di S. Tommaso circa l'atto volontario e della complessa interazione fra intelletto e volontà nell'individuare un bene proiettato nel futuro e nel decidersi di farlo proprio, anche con un coinvolgimento affettivo ed amoroso. Tale analisi viene considerata quale base antropologica sufficiente per giustificare delle patologie specifiche della volontà e per tentare di delineare — nel quarto capitolo — alcuni criteri minimali per individuare l'incapacità di assumere gli obblighi del matrimonio nel senso inteso dall'Autore. Tale capacità richiederebbe la possibilità per il soggetto di scegliere, fra quelli possibili, un progetto di vita matrimoniale con significato di impegno e di donazione personale. Ancora, verrebbe richiesta la capacità di scelta amorosa del matrimonio con la persona determinata eletta come coniuge, laddove una mancanza di amore significherebbe una mancanza di motivazione propriamente matrimoniale della scelta. Infine sarebbe richiesta la capacità di determinarsi nella decisione di sposarsi e di obbligarsi in riferimento a quel contenuto minimale di conoscenza che è previsto al can. 1096 § 1.

La nona parte (847-906) sviluppa gli accenni all'amore coniugale appena registrati, come si afferma in coerenza con la ricondu-

zione dell'incapacità di assumere gli obblighi del matrimonio al piano della volontà consensuale.

Nel primo capitolo si reagisce alla comprensione dell'amore coniugale come un aspetto dell'oggetto formale del consenso. Tale impostazione, tipica della logica contrattualistica, ridurrebbe l'amore coniugale a una serie di prestazioni doverose, e proporrebbe una sua interpretazione «cosificata» più che personale. Rifacendosi ancora a Tommaso, che presenta l'amore come un appetito che muove la decisione virtuosa piuttosto che come un *habitus*, si tende a identificare l'amore con la volontà matrimoniale di donazione di sé all'altro. In questa linea — e comunque in contrasto con la collocazione dell'amore nell'oggetto del consenso — vanno due importanti pronunciamenti del 1976: l'allocuzione di Paolo VI alla Rota Romana e la sentenza del 29 novembre del Supremo Tribunale della Segnatura Apostolica.

Nel secondo capitolo l'Autore si impegna a una reinterpretazione in chiave sacramentale dell'amore coniugale. Il punto di partenza resta il piano «naturale» rappresentato dalla capacità di sperimentare l'attrazione erotica e di saperla trasferire sul piano spirituale della scelta libera della persona amata. Il punto di arrivo sarebbe invece il concetto di «unione», applicabile sia al matrimonio *in fieri* sia *in facto esse* e da intendersi in senso essenziale di dono e di vincolo, non già solo in senso esistenziale.

Si noti che entrambe queste dimensioni presenterebbero una caratteristica sacramentale, sostenendosi quindi la natura permanente della sacramentalità matrimoniale, non limitata al momento del patto. Questa unione seguirebbe la legge fondamentale dell'amore, ossia quella di essere causato dal bene, dalla proporzione, dalla convenienza. L'obbedienza a questa legge crea una somiglianza fra le persone che le con-forma, nel senso che quasi le fa partecipare a una stessa forma, al modo ad esempio che due individui partecipano della stessa natura umana. L'unione essenziale fondata nella legge della tensione al bene esprimerebbe il valore sacramentale del matrimonio, ossia la sua somiglianza ed espressività della unione della natura umana e di quella divina in Cristo. Tejero ribadisce che ciò avviene su di un piano essenziale, che non può essere ridotto alla riuscita esistenziale della singola esperienza coniugale.

La decima parte del lavoro (907-939) tocca il delicato tema del *bonum coniugum*, connesso con quello dell'incapacità ad assumere gli obblighi matrimoniali. L'Autore cerca di indicarne la significazione canonica, mettendo subito in guardia dal non confondere l'ordinazione di principio del matrimonio a tale bene e la sua realizzazione di fatto.

In un primo capitolo si segnala come la tematica del *bonum coniugum* quale fine del matrimonio sarebbe emersa per indicare aspetti

di tale istituto non adeguatamente espressi con i *tria bona* della tradizione di origine agostiniana. La giurisprudenza rotale si sarebbe trovata in difficoltà a individuare il significato canonico di questa finalità del matrimonio e nemmeno dai lavori di revisione della codificazione è emerso un capo autonomo di nullità riferito al *bonum coniugum*, forse anche per la vaghezza con cui il contenuto di quel bene viene dalla stessa giurisprudenza indicato. Nello sforzo di identificare questo contenuto si sono evocati concetti quali quello di comunità di vita o di consorzio coniugale, distinti se pur correlati con la tematica e che diviene però impossibile distinguere data la tendenza a considerarli da un punto di vista piuttosto esistenziale che essenziale.

Nel secondo capitolo si insiste ancora su questa riduzione esistenziale del bene dei coniugi, che finisce per fomentare l'interpretazione dell'*incapacitas assumendi* come *incapacitas adimplendi* e per portare all'uso promiscuo di concetti quali beni, fini, proprietà del matrimonio. Il *bonum coniugum* secondo Tejero andrebbe piuttosto visto come l'espressione dell'ordine interno dell'istituto matrimoniale dal punto di vista giuridico. A partire da questa impostazione, valuta negativamente due orientamenti: anzitutto quello che tende a far coincidere *bonum coniugum* e amore di benevolenza nel suo permanere, cosa che ridurrebbe l'essenza del matrimonio alla semplice unione

affettiva; in secondo luogo, quello che tende a identificare nel contraente *finis operis* e *finis operantis* fino al punto di ritenere esclusione del bene dei coniugi il non impegnarsi positivamente a garantire le prestazioni orientate al raggiungimento di quel *bonum*.

La parte undicesima (941-1020) si cimenta con l'esegesi del testo del can. 1095, 3 naturalmente inserito nel suo contesto, secondo la regola ermeneutica del can. 17.

In un primo capitolo si intende chiarire il tipo di incapacità tipizzato nella norma all'esame. Si ribadisce che si tratta anzitutto di un'incapacità e non solo di un'impossibilità e che la prima indica, sul piano propriamente dell'agire della persona umana, la presenza di quelle doti necessarie ad essere autore della decisione matrimoniale. Si tratta, infatti, pur sempre di un'incapacità a consentire, anche se il can. 1095, 3 prende in considerazione la dimensione appetitiva del consenso, la sua idoneità ad assumere *ex parte voluntatis* gli obblighi essenziali del matrimonio, idoneità che manca laddove difetti la capacità appetitiva della persona per cogliere la profonda forza attrattiva che possiedono gli obblighi essenziali del matrimonio. Quanto a questi ultimi, non va dimenticato anzitutto che l'essere umano vi è strutturalmente orientato; inoltre non bisogna dimenticare che nell'atto consensuale (e quindi anche nell'incapacità ad esso) tali obblighi non devono essere intesi con l'analitica determi-

nazione che viene invece richiesta nell'atto della loro eventuale esclusione. Al contrario, la misura della *discretio iudicii* ma anche della *assumptio in facultate voluntatis* degli obblighi matrimoniali è la cosiddetta sostanza del matrimonio medesimo, determinata nel can. 1096 § 1.

Nel secondo capitolo il prof. Tjero si impegna a mostrare la debolezza delle argomentazioni di coloro che vorrebbero continuare a intendere il n. 3 del can. 1095 come strutturalmente fondato su di un'incapacità al compimento degli obblighi. Tale impostazione — che nel corso dei lavori di codificazione sarebbe stata chiaramente rettificata, soprattutto attraverso l'unificazione della materia in un unico canone e il rigetto del concetto di inabilità a favore di quello di incapacità — verrebbe basata su un'affermata lacuna normativa oppure su un richiamo all'operatività immediata in sede canonica del diritto naturale; tuttavia per l'Autore quella impostazione si scontrerebbe con l'orientamento emerso nei lavori di codificazione e con il chiaro dato normativo che dispone circa un'incapacità in senso proprio e in chiave propriamente consensuale.

Nel terzo capitolo le oscurità e le incertezze dell'interpretazione che viene avversata sono dimostrate come riflettersi anche sull'interpretazione del concetto di « cause di natura psichica », con un progressivo suo allargamento a comprendere l'im maturità, l'inca-

pacità relativa, debolezze di ordine morale o persino nel mettere in discussione la stessa natura «psichica» della causa richiesta per l'incapacità. L'inserimento però del tipo di incapacità all'esame nella struttura del consenso giustifica la sua limitazione al campo psichico, mentre il criterio canonico indicato dal magistero di Giovanni Paolo II come distintivo dell'incapacità in senso proprio — ossia un'anomalia incidente in modo sostanziale sull'intelligenza e/o la volontà — presuppone alla base dell'incapacità giuridica una condizione attinente alla psicopatologia.

L'ultima parte del lavoro occupa le pagine 1021-1165 ed è quasi impossibile sintetizzarla in quanto passa in rassegna i disturbi psicopatologici che possono dare origine all'incapacità di assumere gli obblighi del matrimonio. Si possono qui solo offrire alcuni dati generali sulla struttura dell'esposizione.

Dopo aver rilevato che i disturbi di maggiore interesse nella detta prospettiva sono quelli che coinvolgono l'affettività, la loro presentazione viene articolata in due parti, che costituiscono i due capitoli in cui l'ultima parte del lavoro è suddivisa. Nel primo si analizzano i disturbi che non fanno riferimento né alla decima edizione della classificazione internazionale delle malattie curata dall'Organizzazione Mondiale della Sanità (ICD-10) né alla quarta edizione del manuale statistico e diagnostico dei disordini mentali dell'Associazione Americana di Psichiatria

(DSM IV); nel secondo capitolo, invece, si analizzano i disturbi che fanno riferimento ai due nominati strumenti classificatori e diagnostici. All'interno poi di ciascuno dei due capitoli, l'analisi delle patologie è effettuata secondo una triplice griglia: *a*) quelle che impediscono la formulazione di un progetto personale di matrimonio con un significato di impegno personale; *b*) quelle che impediscono una decisione o volizione nei confronti del matrimonio; *c*) e quelle che privano della capacità di determinarsi ad assumere gli obblighi essenziali inerenti la volontà matrimoniale.

Considerando congiuntamente le patologie analizzate nei due capitoli e facendo in proposito soltanto alcuni esempi si può dire che al primo tipo (*a*) appartengono quei disturbi che consistono in una inclinazione contraria o in una mancanza di impulso nei confronti dell'altro sesso, come per esempio l'omosessualità; al secondo tipo (*b*) disturbi come la psicastenia o la nevrosi, oppure il disordine di personalità ossessivo-compulsivo o *borderline*; al terzo tipo (*c*) il disordine antisociale o narcisistico, come pure la dipendenza da alcol o droghe.

* * *

Giunti alla conclusione di quest'opera non ci si può che complimentare con l'Autore per il grande lavoro svolto e per il contributo offerto alla comprensione e all'applicazione

cazione di una norma così delicata come il can. 1095, 3°. Delicata sia perché incide in modo molto diretto e penetrante sulla valutazione della persona e della sua scelta matrimoniale; sia perché una sua interpretazione erronea e non coerente con i principi di una corretta antropologia può condurre a conclusioni aberranti e contrarie alla dottrina cattolica sul matrimonio.

Anche chi non condivida tutte le posizioni e le argomentazioni del prof. Tejero non può trascurare di confrontarsi con il suo così articolato pensiero ed esserne stimolato a correggere, approfondire e precisare il proprio punto di vista.

In conclusione, non si può che vivamente incoraggiare alla lettura (e/o consultazione) di questo lavoro, perché l'impegno che essa pure richiede viene senza alcun dubbio compensato da validi guadagni di riflessione e di approfondimento circa un tema così rilevante non solo per la dottrina canonica ma anche per la prassi pastorale e giudiziaria della Chiesa.

Paolo Bianchi

Desiderio VAJANI, *La cooperazione del difensore del vincolo alla ricerca della verità per il bene della Chiesa*, Pontificia Universitas Lateranensis, Facultas Iuris Canonici, Thesis ad Doctoratum, Romae, 2003, p. 149.

Il Difensore del Vincolo è una figura peculiare del diritto cano-

nico, ed i processi di nullità matrimoniale sono certamente il principale ambito della sua funzione (anche se non l'unico: si pensi alle cause di nullità della sacra ordinazione, pur essendo queste, nella pratica, assai limitate).

Proprio la delicatezza e l'importanza pastorale di tali processi hanno attirato non di rado, soprattutto negli ultimi anni, l'attenzione sulla sua figura, in modo invero contrastante: da una parte, alcuni operatori pastorali manifestano un certo disagio nei suoi confronti, percependolo come un rigido difensore di un principio astratto o comunque mal coniugabile con la realtà pratica della vita, quasi come un ostacolo verso una maggiore larghezza e rapidità nel venire incontro, anche attraverso la via della dichiarazione di nullità, al problema oggi sempre più diffuso dei fallimenti coniugali.

Dalla parte opposta, non manca nel dibattito dottrinale chi vorrebbe considerarlo — si tratta per lo più di opinioni espresse da operatori giudiziari — come protagonista del processo stesso, attribuendogli, in sé o come rappresentante della Chiesa, quel ruolo di convenuto che, secondo la predetta visione pastorale — che auspica peraltro una riforma delle cause di nullità matrimoniali, al punto da invocare la via amministrativa per ottenere la «*declaratio nullitatis*» — sarebbe invece difficilmente applicabile al coniuge di colui che accusa di nullità il proprio matrimonio, data la natura assai particolare

degli interessi in gioco meritevoli di tutela (la necessità di restituire serenità a persone che hanno situazioni di notevole sofferenza — talora drammatiche — alle spalle, e che non di rado hanno già provveduto a crearsi una nuova vita sul piano affettivo, risposandosi civilmente e dando alla luce relativa prole).

Nell'ambito di tale dibattito si colloca l'interessante volume di Desiderio Vajani — già parroco e collaboratore della Curia diocesana di Milano ed ora Difensore del Vincolo presso il TER Lombardo —, che costituisce il risultato del titolo di dottore in diritto canonico conseguito dall'autore presso la Pontificia Università Lateranense.

Ad un'indagine generale, l'opera in questione si manifesta ben strutturata sotto il profilo sistematico e sul piano dell'analisi teorico-dottrinale: scorrendo l'indice, si rileva che lo studio si apre con un primo capitolo che esamina, in prospettiva storico-giuridica, l'evoluzione dell'ufficio del «Defensor Vinculi» dalla sua istituzione fino al Codice di Diritto Canonico del 1983. Nell'ambito di tale partizione, il Vajani dopo avere, in via preliminare, descritto la normativa contemplata nella Cost. ap. «Dei Miseratione», del 1741 — che configurava l'istituto in esame come ufficio stabile e permanente nelle cause di nullità matrimoniale —, analizza le Istruzioni «Cum moneat» e «Quemadmodum matrimonii», del 1840, per passare poi al CIC 1917 e all'Istr. «Provida Mater Ecclesia»,

del 1936. Prende, ancora, in considerazione le varie Allocuzioni pontificie al Tribunale Apostolico della Rota Romana ed il M. p. «Causas matrimoniales» del 1971, per trattare, infine, della disciplina contenuta sul tema dal CIC 1983.

Nel secondo capitolo, l'autore offre un'interpretazione del significato e della funzione del Difensore del Vincolo nell'attuale legislazione, ed in relazione alla questione del suo ruolo nel processo. Si sofferma, nello specifico, su un problema ermeneutico relativo alla lettura dell'avverbio «rationabiliter», riportato nel can. 1432, descrivendo i diversi orientamenti della dottrina sul punto; menziona, successivamente, la proposta di Z. Grocholewski di considerare il Difensore del Vincolo come «rappresentante della *vera parte convenuta*, cioè la Chiesa», e le critiche di G. Comotti a tale proposta.

Nel terzo ed ultimo capitolo Vajani formula appropriate osservazioni descrittive circa la natura peculiare del processo matrimoniale canonico e sulla posizione atipica che assumono le parti in tale tipologia di giudizio, allo scopo di comprendere più adeguatamente il ruolo processuale del Difensore del Vincolo.

Ad una lettura approfondita e critica del volume in questione, tuttavia, si evince una certa discrasia tra le premesse in esso poste e le conseguenze ivi tratte. Mi riferisco, in particolare, ad una serie di domande che l'autore pone, nell'ultimo capitolo menzionato: come

può essere qualificata, giuridicamente, la posizione del tutore del matrimonio in un processo, come quello matrimoniale, in cui non si hanno sempre — in senso tecnico — delle vere «parti» in causa? Quale implicazione deriva, in merito, dalla possibilità di un «liti-sconsorzio» — formale o di fatto — tra i coniugi? Il processo matrimoniale è qualificabile — sul piano meramente contenutistico — più esattamente come un processo giudiziario o come una procedura amministrativa? E, nel primo caso, si caratterizza per una natura accusatoria o inquisitoria? Queste sono alcune delle questioni — di capitale importanza — che nell'opera che si commenta vengono sollevate, ma non pare che sia stata fornita una risposta, o perlomeno detta risposta non si delinea in maniera chiara ed esaustiva.

Certamente, trattasi di domande, alle quali in dottrina non è stata fornita una risposta sempre puntuale, né univoca, ma ci si sarebbe aspettato che l'autore, dopo aver formulato, pur in modo esauriente, le diverse tesi in proposito — e data appunto la pregiudiziale difficoltà della tematica affrontata — assumesse in conclusione una posizione critica precisa, tentando di delineare delle possibili soluzioni agli interrogativi menzionati.

Se poi si aggiunge, a tutto ciò, un repertorio bibliografico e delle citazioni in nota talora piuttosto scarni, si desume che l'opera in parola non riesce ad assolvere pienamente allo scopo prefissato nella

parte introduttiva — beninteso assai difficile, lo si ribadisce —, ossia di risultare una sintesi appagante per il lettore.

Va, comunque, riconosciuto al Vajani lo sforzo di essersi saputo orientare con perizia nell'ambito di una materia delicata ed ancora fluida quale quella processual-matrimoniale, e di aver saputo offrire una panoramica completa circa gli approcci della dottrina al tema dell'importanza della «defensio Sacramenti» e del ruolo del Difensore del Vincolo nei giudizi di nullità matrimoniale.

Ciro Tammaro

Francisco WALKER VICUÑA, *La facultad para confesar*, Editrice Pontificia Università Gregoriana, Roma, 2004, p. 265.

Publicata nella Serie Diritto Canonico della collana Tesi Gregoriana l'opera costituisce un significativo contributo nella dibattuta questione riguardante la natura e il significato della facoltà di confessare, attuale formulazione dell'abilitazione canonica necessaria perché il presbitero possa amministrare il sacramento della penitenza impartendo una valida assoluzione (cfr. can. 966 CIC). Come è noto, la normativa precedente non parlava di «facoltà» bensì di «potestà di giurisdizione» o, più semplicemente, di «giurisdizione o licenza» per ascoltare confessioni (cfr.

cann. 872 e 877 CIC 1917). Strutturato in quattro capitoli, il lavoro si apre con una serie di domande retoriche che si possono così sintetizzare: ha ancora senso esigere per la validità della penitenza che il presbitero, oltre alla potestà di ordine, abbia ricevuto un'abilitazione giuridica che sembra estrinseca al sacramento? quali sono i beni che si vogliono tutelare con una disposizione che limita l'esercizio spedito dell'ordine sacro in una situazione, come la presente, di scarsità di sacerdoti?

Nel primo capitolo, di carattere storico, si tenta una prima risposta a tali domande percorrendo lo sviluppo della prassi e della dottrina della Chiesa sulle condizioni richieste nel ministro della penitenza. A proposito dei primi secoli, in cui la penitenza era celebrata abitualmente dal Vescovo alla presenza della comunità, viene ricordato che eccezionalmente, in caso di necessità e in assenza del Vescovo, anche i presbiteri amministravano la riconciliazione in suo nome e con la sua licenza almeno implicita. Più significativo è il periodo che va dal secolo VI fino al secolo XII, in cui, abbandonata la penitenza pubblica, i presbiteri diventarono ministri abituali della penitenza, ma sempre in dipendenza del Vescovo. In questo periodo si diffuse la regola canonica, accolta poi solennemente dal Concilio Lateranense IV, della necessità di confessarsi con il *proprius sacerdos*, vale a dire con il proprio Vescovo o con il presbitero che aveva ottenuto la

sua licenza attraverso l'affidamento di un ufficio con *cura animarum*. Lo sviluppo dottrinale verso l'uso della nozione di «giurisdizione» nell'ambito della penitenza appare segnato da Graziano che introdusse nel Decreto la distinzione tra la *potestas* ricevuta nell'ordinazione e la *executio potestatis* ricevuta con l'istituzione (la nomina ad un ufficio). Tale distinzione sarà poi espressa in vari modi (*claves* e *usus clavium*, *potestas in habitu* e *in usu*, ...) fino alla generalizzazione del termine *iurisdictionem* per indicare l'abilitazione o la licenza da parte dell'autorità competente, richiesta dai sacri canoni per esercitare la potestà di ordine su determinati fedeli impartendo una valida assoluzione dei peccati. Successivamente, in continuità con il Concilio di Firenze, che aveva dichiarato ministro della penitenza il *sacerdos habens auctoritatem absolvendi vel ordinariam vel ex commissione superioris* (cfr. DS 1323), il Concilio di Trento, a proposito della dottrina sui peccati riservati ai Vescovi e sulla base del carattere giudiziale del sacramento della penitenza, dichiarerà senza valore l'assoluzione *quam sacerdos in eum profert, in quem ordinariam aut subdelegatam non habet iurisdictionem* (cfr. DS 1686), e condannerà come eretica l'affermazione che i Vescovi non hanno il diritto di riservarsi casi se non solo nella disciplina esteriore e che tale riserva non vieta che un sacerdote assolva veramente nei casi riservati (DS 1711). Di rilievo è anche l'affermazione del Trident-

tino che, nonostante *in sua ordinatione a peccatis absolvendi potestatem accipiant*, i presbiteri che non abbiano ottenuto un beneficio parrocchiale o che non siano stati giudicati idonei dai Vescovi mediante un esame o in altro modo e abbiano ottenuto l'approvazione non potranno ascoltare confessioni.

Come è noto, tale terminologia e tale disciplina saranno accolte dal Codice del 1917, dando luogo nella dottrina teologica e canonica ad un dibattito sull'origine (di diritto divino o di diritto umano) della necessità della potestà di giurisdizione per la validità dell'assoluzione, sul modo in cui opera tale potestà (*ab extrinseco* o *ab intrinseco*) nell'assoluzione dei peccati, sulla natura e peculiarità della *iurisdictio aut licentia audiendarum confessionum* in rapporto al senso abituale della nozione di *potestas iurisdictionis seu regiminis*. Epilogo di tali dibattiti sarà la svolta terminologica operata dall'*Ordo Pœnitentiæ* del 1973 che, lasciando da parte la nozione di potestà di giurisdizione, dichiarerà ministro competente il « sacerdote con facoltà di assolvere, secondo le leggi canoniche » (*Prænotanda*, n. 9).

Nel secondo capitolo viene esaminata con un metodo prevalentemente esegetico la disciplina canonica vigente, caratterizzata, da un lato, dalla semplificazione operata dall'estensione universale *a iure* della facoltà di confessare di cui godono i presbiteri *sive vi officii sive vi concessionis Ordinarii loci incarnationis aut loci in quo do-*

micilio habent (cfr. can. 967 CIC), e, dall'altro, dalla necessità che venga accertata l'idoneità dei presbiteri prima di conferire la facoltà di ascoltare confessioni, la quale può essere concessa per un tempo sia determinato, sia indeterminato e, una volta concessa, non deve essere revocata se non per grave causa (cfr. cann. 970, 972 e 974 CIC). Vengono esaminate in dettaglio le diverse modalità e i requisiti per l'acquisto e per la revoca della facoltà. Opportuni sono alcuni rilievi critici sollevati dall'A. nei confronti di aspetti puntuali dell'attuale disciplina, come quando — per citare un esempio — a proposito della cessazione (automatica) della facoltà ricevuta dall'Ordinario del luogo del domicilio per la perdita di questo (cfr. cann. 975 e 106), propone giustamente di introdurre — come hanno fatto alcuni diritti particolari — una proroga per un tempo ragionevole fino all'acquisto della facoltà dall'Ordinario del nuovo domicilio. In questo modo sarebbero in buona parte superati i problemi pratici dei sacerdoti membri di istituti di vita consacrata e di società di vita apostolica che cambiano domicilio con una certa frequenza e la cui facoltà di confessare i fedeli che non appartengono all'istituto o alla società (e la sua estensione universale) dipende dall'Ordinario del domicilio (cfr. cann. 969 e 967 § 2).

Una qualche precisazione merita invece l'inquadramento fatto dall'A. della concessione di facoltà da parte del Prelato di una prelatura

personale: secondo l'A. — in riferimento alla Prelatura dell'Opus Dei, unica prelatura personale finora esistente — tale concessione opererebbe in modo simile a quella conferita dal Superiore di un istituto di vita consacrata o di una società di vita apostolica (cfr. can. 967 § 3), rendendo necessario che i sacerdoti incardinati nella prelatura ricevano la facoltà dalla competente autorità territoriale per ascoltare la confessione dei fedeli non appartenenti alla prelatura. Una tale valutazione, realizzata sulla base di documenti previi alla promulgazione del nuovo Codice (cfr. Cong. per i Vescovi, Dich. *Praelaturae personales*, 23 agosto 1982, IV, b), non appare corretta. In realtà, secondo il diritto particolare della Prelatura dell'Opus Dei, l'Ordinario della Prelatura può concedere a qualsiasi presbitero facoltà per ascoltare le confessioni dei fedeli della Prelatura (cfr. *Codex Iuris Particularis Operis Dei*, 28 novembre 1982, n. 50 § 3); ma, dopo l'entrata in vigore del Codice del 1983, risulta evidente che se la facoltà è concessa ai presbiteri incardinati nella prelatura personale si deve applicare l'estensione universale (*ubique* per tutti i fedeli) stabilita dalla nuova normativa, essendo la Prelatura il loro luogo di incardinazione e l'Ordinario della Prelatura il loro Ordinario *loci incardinacionis* (cfr. cann. 266 § 1 e 967 § 2).

Il terzo e il quarto capitolo, dedicati alla natura e al significato della facoltà di confessare, costituiscono

a mio avviso la parte più originale del lavoro e il principale apporto dell'A. alla dottrina canonica. Nel terzo capitolo vengono sintetizzate le varie teorie teologico-canoniche circa la necessità della giurisdizione, in concreto la teoria dell'assegnazione di sudditi (Galtier e Charrière), la teoria della potestà legata (Rahner e Beyer) e la giustificazione ecclesiologica (Poschmann e Mörsdorf); si analizza l'uso canonico del termine *facultas* e la sua applicazione all'ambito sacramentale; e vengono vagliate le varie posizioni degli autori dopo l'adozione di questo termine nel nuovo Codice di Diritto Canonico. Di interesse risultano le riflessioni circa l'incidenza della facoltà sulla validità del sacramento. L'A., a partire dall'*usus Ecclesiae* e dalla potestà della Chiesa di precisare il segno dei sacramenti *salva illorum substantia*, considera che la Chiesa può agire nella determinazione della materia (alla quale appartiene che il penitente sottoponga i propri peccati al giudizio della Chiesa) riservandosi, attraverso la facoltà di confessare, la cosiddetta *applicatio materiae*, vale a dire l'assegnazione dei penitenti a ministri ritenuti in grado di giudicare *nomine Ecclesiae*. In definitiva la facoltà di confessare viene considerata «una determinazione giuridica della potestà di ordine consistente nell'assegnazione o incarico che la Chiesa affida al confessore dei fedeli ai quali può ascoltare in confessione» (p. 193).

Nel quarto capitolo sono esaminate alcune caratteristiche della pe-

nitenza intimamente collegate all'istituto della facoltà di confessare: da una parte, la ecclesialità, con l'esigenza che il confessore, nel giudicare la condotta dei penitenti come ministro della Chiesa, «aderisca fedelmente alla dottrina del Magistero e alle norme date dalla competente autorità» (can. 987 § 2); d'altra parte, il carattere giudiziale della penitenza sacramentale (*ad instar actus iudicialis*), con la necessità che il confessore, oltre alla potestà di giudicare ricevuta nell'ordinazione presbiterale, riceva dall'autorità competente la dovuta abilitazione giuridica per esercitarla su determinati fedeli; infine, il bene spirituale dei fedeli, il cui diritto ai sacramenti include necessariamente il diritto a che la penitenza venga amministrata da ministri degni che siano stati riconosciuti idonei dall'autorità competente. Sono questi principalmente i beni tutelati dalla facoltà di confessare, istituto canonico che — come rilevato dall'A. — lungi dall'essere una semplice determinazione formale o una pratica burocratica ha un contenuto immediatamente pastorale.

La facoltà di confessare costituisce infatti uno strumento di garanzia dell'idoneità (permanente) del confessore per il bene dei fedeli. Si ricordi in questo contesto che forse in nessun altro sacramento la fruttuosità dipende tanto dall'azione del ministro, che non può limitarsi a constatare che il penitente ha le disposizioni minime necessarie per ricevere l'assoluzione dei peccati, ma deve aiutarlo a raggiungere queste, se eventualmente non le ha

ancora raggiunte, e a sviluppare le disposizioni migliori possibili per incamminarsi verso la perfezione della vita cristiana. D'altra parte, e in collegamento con quanto appena detto, la facoltà di confessare serve anche a tutelare la funzione del Vescovo di pascere il popolo che gli è stato affidato, offrendogli la possibilità (che è anche un grave dovere pastorale) di verificare l'idoneità dei confessori, senza darla per scontata dopo l'ordinazione presbiterale.

Interessante si rivela infine la lettura del lavoro per meglio comprendere che la dimensione giuridica non è estrinseca ma intrinseca al sacramento della penitenza e, ancora più in generale, per riscoprire il ruolo del diritto canonico — e dei suoi strumenti tecnici, come in questo caso la facoltà di confessare — per un giusto e ordinato esercizio della funzione di santificare della Chiesa. Vale la pena ricordare le parole del Card. Ratzinger nella conferenza stampa di presentazione della Lett. ap. m.p. *Misericordia Dei* il 2 maggio 2002: «Al sacramento della penitenza appartengono essenzialmente due aspetti: da una parte quello sacramentale, cioè il mandato del Signore, che va al di là del potere proprio dei discepoli, ed anche della comunità dei discepoli della Chiesa; dall'altra l'incarico della decisione, che deve essere fondata oggettivamente, quindi deve essere giusta ed in questo senso ha carattere giudiziale. Appartiene così al sacramento stesso la 'iurisdictio',

che esige un ordinamento giuridico da parte della Chiesa, ma naturalmente deve essere sempre orientata all'essenza del sacramento, alla volontà salvifica di Dio. [...] Questo carattere sacramentale-giuridico del sacramento ha due importanti implicazioni: si tratta, se le cose stanno così, di un sacramento diverso dal battesimo, di un sacramento specifico, che presuppone un particolare potere sacramentale, quindi che è legato all'ordine (DS 1684). Se però

deve esserci una valutazione giudiziale, allora è chiaro che il giudice deve conoscere la fattispecie da giudicare. Nell'aspetto giuridico è implicita la necessità della confessione personale con la comunicazione dei peccati, per i quali deve essere chiesto il perdono a Dio e alla Chiesa, perché essi hanno infranto quell'unità di amore con Dio donata nel battesimo».

Antonio S. Sánchez-Gil

Documenti

Pagina bianca

ATTI DI BENEDETTO XVI

Lettera apostolica in forma di «Motu proprio» *L'antica e venerabile Basilica per la Basilica di San Paolo fuori le Mura e per il suo complesso extraterritoriale*, 31 maggio 2005, in *AAS* 97 (2005), pp. 769-771 (*).

1. L'antica e venerabile Basilica di San Paolo fuori le Mura, che sorge nel luogo in cui si venera la memoria dell'Apostolo delle Genti, ha sempre avuto una peculiare importanza nella storia della cristianità, insieme con le altre tre Basiliche Maggiori di Roma, meta di numerosi pellegrinaggi, particolarmente in occasione degli Anni Santi. Accanto alla Basilica di San Paolo esiste poi da tredici secoli la prestigiosa omonima Abbazia dei Monaci Benedettini, per i quali la medesima Basilica riveste anche la funzione di Chiesa Abbaziale.

2. Con il Trattato Lateranense del 1929 e con i successivi Accordi intercorsi fra la Santa Sede e l'Italia, è stato riconosciuto che le aree e gli edifici costituenti il complesso di San Paolo fuori le Mura appartengono alla Santa Sede e godono di uno specifico *status* giuridico, secondo le norme del Diritto internazionale. Sull'intero complesso extraterritoriale di San Paolo fuori le Mura il Sommo Pontefice esercita i poteri civili secondo le norme vigenti (cfr *Legge Fondamentale dello Stato della Città del Vaticano*, del 26 Novembre 2000, in *AAS Suppl.* 71 [2000] pp. 75-83).

3. Tenendo presente che nel passato la Santa Sede ha definito solamente alcuni aspetti delle competenze sia dell'Amministrazione Pontificia della Basilica, sia dell'Abbazia Benedettina, ritengo ora opportuno emanare alcune norme generali allo scopo di chiarire o definire i principali aspetti della gestione pastorale ed amministrativa del complesso di San Paolo fuori le Mura. Ciò consentirà di compilare poi uno Statuto che fissi le competenze dei soggetti interessati e ne regoli i rapporti.

4. Alla Basilica di San Paolo fuori le Mura, che confermo quale ente canonico con personalità giuridica pubblica, stabilisco che sia pre-

(*) Vedi *nota* di A.S. Sánchez-Gil alla fine del documento.

posto, al pari delle altre tre Basiliche Maggiori, un Arciprete nominato dal Romano Pontefice. In detta Basilica, l'Arciprete eserciterà la giurisdizione ordinaria ed immediata. Egli avrà un suo Vicario per la Pastorale nella persona dell'Abate dell'Abbazia Benedettina di San Paolo, nonché un suo Delegato per l'Amministrazione. L'Arciprete di San Paolo, inoltre, dovrà sovrintendere a tutto il complesso extraterritoriale, coordinando le varie amministrazioni ivi operanti, secondo le finalità proprie, salvo quanto rientra nelle competenze esclusive dell'Abate all'interno dell'Abbazia.

5. L'Abate del Monastero di San Paolo fuori le Mura, dopo essere stato canonicamente eletto, deve ricevere la conferma del Romano Pontefice. Egli gode di tutti i diritti e le prerogative quale Superiore della Comunità benedettina. Al fine di consentire all'Abate di attendere sempre più ai suoi doveri all'interno della Comunità monastica (cfr PAOLO VI, M. p. *Catholica Ecclesia*, del 23 ottobre 1976, in *AAS* 68 [1976] pp. 694-696), è stato disposto dal mio Venerato Predecessore Giovanni Paolo II che l'area extraterritoriale contigua all'Abbazia sia sottratta alla giurisdizione dell'Abate di San Paolo, il quale conserverà la sua giurisdizione ordinaria *intra septa monasterii* e la sua funzione liturgica all'interno della Basilica, come è definito nel presente documento e sarà specificato nel successivo Statuto.

6. L'Abbazia, a partire dal 7 marzo 2005, ha assunto la denominazione di «Abbazia di San Paolo fuori le Mura», essendo stato recentemente soppresso il carattere ed il titolo di circoscrizione «territoriale». Fatte salve perciò le competenze dell'Arciprete di San Paolo e quelle proprie dell'Abate, la potestà di giurisdizione pastorale ordinaria sull'intera area extraterritoriale di San Paolo fuori le Mura spetta al Cardinale Vicario di Roma, il quale la esercita mediante la parrocchia territorialmente competente della Diocesi.

7. Pertanto la «Pontificia Amministrazione della Patriarcale Basilica di San Paolo», costituita dal Papa Pio XI di v.m. con Chirografo del 30 aprile 1933 ed aggiornata dal Beato Giovanni XXIII con Chirografo del 20 dicembre 1962, è soppressa e tutte le sue funzioni sono trasferite all'Arciprete, il quale le eserciterà secondo quanto stabilito nello Statuto che sarà approvato dai competenti Uffici della Santa Sede.

8. Poiché mi sta particolarmente a cuore che nella Basilica di San Paolo fuori le Mura sia assicurato il ministero della Penitenza in favore di tutti i fedeli che la frequentano, sia di quelli appartenenti alla Diocesi dell'Urbe, sia dei numerosi pellegrini provenienti dalle varie parti del mondo, confermo volentieri quanto stabilito dal mio Predecessore il Papa Pio XI (cfr Costituzione Apostolica *Quod divina favente*, del 3

maggio 1933, in *AAS* 25 [1933] pp. 229-232), e cioè che l'amministrazione del sacramento della Penitenza continui ad essere affidato alla attenta cura di Penitenzieri, scelti fra i Monaci Benedettini e costituiti secondo quanto disporrà il prossimo Statuto.

9. In tempi recenti, la Santa Sede ha dimostrato particolare interesse nel promuovere nella Basilica, o nell'ambito dell'Abbazia, lo svolgimento di speciali eventi di carattere ecumenico. Sarà quindi compito dei Monaci, sotto la supervisione dell'Arciprete, organizzare, coordinare e sviluppare tali programmi, con l'aiuto anche di confratelli Benedettini di altre Abbazie ed in accordo con il Pontificio Consiglio per la Promozione dell'Unità dei Cristiani.

10. L'Apostolo delle Genti illumini e protegga quanti svolgono le loro mansioni nella Basilica a lui dedicata e conceda aiuto e conforto a tutti i fedeli ed ai pellegrini che con sincera devozione si recano nel luogo sacro alla memoria del suo martirio, per ravvivare la loro fede ed invocare la sua protezione sul proprio cammino di santificazione e sull'impegno della Chiesa, per la diffusione del Vangelo nel mondo contemporaneo.

Nonostante qualunque disposizione in contrario, anche se degna di speciale menzione.

Dato nella Città del Vaticano, il 31 maggio 2005, Festa della Visitazione della Beata Vergine Maria.

Lettera apostolica in forma di « Motu proprio » *Totius orbis contenente nuove disposizioni circa le Basiliche di San Francesco e di Santa Maria degli Angeli in Assisi*, 9 novembre 2005, in *L'osservatore Romano*, 20 novembre 2005, p. 4 (*).

Da tutto il mondo si guarda con speciale considerazione alla Basilica di San Francesco in Assisi che conserva e custodisce le spoglie mortali del Serafico Santo e alla Basilica di Santa Maria degli Angeli, che racchiude in sé la insigne chiesetta della Porziuncola: la prima è affidata all'Ordine dei Frati Minori Francescani Conventuali e la seconda all'Ordine Franciscano dei Frati Minori.

I Romani Pontefici, da parte loro, hanno sempre avuto singolari vincoli e speciale sollecitudine per questi due Templi Maggiori francescani *propter eorum praestantiam atque dignitatem* e li hanno voluti fi-

(*) Vedi *nota* di A.S. Sánchez-Gil alla fine del documento successivo.

nora soggetti direttamente alla loro giurisdizione. Lungo i secoli i Frati Conventuali ed i Frati Minori con la loro sollecita opera e la loro testimonianza hanno tenuto vivo lo spirito ed il carisma di San Francesco, diffondendo nel mondo intero il suo messaggio evangelico di pace, di fraternità e di bene.

Considerata l'esigenza di realizzare una più efficace intesa tra le attività che si svolgono sia nella Basilica di San Francesco (con annesso Sacro Convento), sia nella Basilica di Santa Maria degli Angeli (ed unito Convento) e la pastorale della Diocesi di Assisi-Nocera Umbra-Gualdo Tadino, e anche con la pastorale promossa a livello regionale e nazionale dalle rispettive Conferenze episcopali, ci è parso utile modificare l'attuale disciplina giuridica, così come regolata dal nostro venerato Predecessore, Papa Paolo VI di f. m. mediante il M. p. «*Inclita toto*», dell'8 agosto 1969, per quanto riguarda la Basilica di San Francesco (con annesso Sacro Convento), e mediante la Decisione *ex Audientia*, del 12 maggio 1966, per quanto attiene alla Basilica di Santa Maria degli Angeli (ed unito Convento), aggiornandone le norme alle odierne necessità.

Disponiamo e stabiliamo pertanto quanto segue:

I. Alla Basilica di San Francesco e all'annesso Sacro Convento, come anche alla Basilica di Santa Maria degli Angeli, assegniamo come Nostro Legato un Cardinale di S.R.C., il quale, pur non godendo di giurisdizione, avrà il compito di perpetuare con la sua autorità morale gli stretti vincoli di comunione tra i luoghi sacri alla memoria del Poverello e questa Sede Apostolica. Egli potrà impartire la Benedizione Papale nelle celebrazioni che presiederà in occasione delle maggiori solennità liturgiche.

II. Il Vescovo di Assisi-Nocera Umbra-Gualdo Tadino d'ora innanzi avrà la giurisdizione prevista dal diritto sulle chiese e sulle case religiose per quanto riguarda tutte le attività pastorali svolte dai Padri Conventuali della Basilica di San Francesco e dai Frati Minori di Santa Maria degli Angeli.

III. I Padri Francescani, Conventuali e Minori, per tutte le iniziative che hanno risvolti pastorali, dovranno pertanto chiedere ed ottenere il consenso del Vescovo di Assisi-Nocera Umbra-Gualdo Tadino. Questi, poi, sentirà il parere del Presidente della Conferenza Episcopale Umbra per le iniziative che hanno riflessi sulla Regione umbra o della Presidenza della Conferenza Episcopale Italiana per quelle a più ampio raggio.

IV. Quanto alla celebrazione dei sacramenti nelle Basiliche suddette valgono le norme del Codice di diritto canonico e quelle vigenti nella Diocesi di Assisi-Nocera Umbra-Gualdo Tadino.

Esorto quindi i Figli di San Francesco, cui sono affidate le due menzionate Basiliche, ad attenersi con generosa disponibilità alle norme esposte in questo *Motu proprio* in spirito di sincera comunione

con il Vescovo di Assisi-Nocera Umbra-Gualdo Tadino e, per suo tramite, con la Conferenza Episcopale regionale e con quella nazionale.

Nonostante qualunque cosa in contrario.

Dato a Roma, presso S. Pietro il 9 novembre 2005, anniversario della Dedicazione della Basilica Lateranense, primo anno del Nostro Pontificato.

Le nuove disposizioni pontificie riguardanti la Basilica di San Paolo fuori le Mura e le due Basiliche francescane di Assisi.

Emanate con un lasso di tempo di qualche mese in documenti separati e riferite a situazioni sostanzialmente diverse, le nuove disposizioni del Romano Pontefice riguardanti la Basilica di San Paolo fuori le Mura e le due Basiliche francescane di Assisi hanno tuttavia alcuni punti in comune che possono giustificare una considerazione d'insieme sotto il profilo canonico. In queste pagine, tralasciando le circostanze contingenti e le polemiche che ne hanno accompagnato la pubblicazione, vorrei riferirmi agli elementi pastorali e organizzativi presenti nei due documenti, rilevandone differenze e similitudini, e a quella che sembra la loro comune ispirazione, ravvisabile a mio avviso nell'applicazione di alcune direttive del Concilio Vaticano II in materia, già presenti in qualche modo nel Codice del 1983, ma poste in atto soltanto ora, a quarant'anni dalla sua conclusione.

Oltre alla pubblicazione dei documenti sono degni di rilievo due atti del Romano Pontefice ad essi collegati: da una parte, il 31 maggio 2005 — stessa data del *motu proprio* — ha nominato Arciprete della Basilica di San Paolo fuori le Mura S.E. Mons. Andrea Cordero Lanza di Montezemolo, Arcivescovo titolare di Tuscania, creato Cardinale nel primo Concistoro di Benedetto XVI; e, dall'altra, il 21 febbraio 2006 ha nominato Legato Pontificio per le Basiliche di San Francesco e di Santa Maria degli Angeli in Assisi il Cardinale Attilio Nicora, Presidente dell'Amministrazione del Patrimonio della Sede Apostolica.

1. Trattati differenziali e punti in comune delle situazioni preesistenti.

Se esaminiamo le situazioni preesistenti oggetto delle nuove disposizioni è agevole rilevare le differenze tra la Basilica di San Paolo fuori le Mura e le due Basiliche francescane di Assisi.

a) Peculiarità proprie della Basilica di San Paolo fuori le Mura, messe d'altronde in evidenza dal m.p. *L'antica e venerabile Basilica*, sono soprattutto le seguenti:

— per contenere il sepolcro dell'Apostolo delle Genti, la Basilica di San Paolo fuori le Mura ha una particolare importanza nella storia

della cristianità e un vincolo molto stretto con il Romano Pontefice⁽¹⁾;

— la Basilica di San Paolo fuori le Mura è inserita in un complesso extraterritoriale appartenente alla Santa Sede che gode di uno specifico *status* giuridico e sul quale il Sommo Pontefice esercita anche i poteri civili⁽²⁾;

— affidata da tempo immemorabile all'omonima Abbazia dei Monaci Benedettini esistente accanto — fino a poco tempo fa configurata come Abbazia territoriale immediatamente soggetta alla Santa Sede⁽³⁾ — e per la quale riveste tuttora la funzione di Chiesa Abbatiale, la Basilica di San Paolo fuori le Mura era sotto la diretta giurisdizione dell'Abate, autorità competente per quanto riguardava la cura pastorale dei fedeli con domicilio nel territorio dell'Abbazia e per le attività liturgiche, pastorali o di altro tipo svoltesi in Basilica o nel complesso extraterritoriale;

— in tempi recenti la Basilica di San Paolo fuori le Mura è stata sede di speciali eventi di carattere ecumenico promossi dalla Santa Sede, la quale ha manifestato un particolare interesse in questo senso⁽⁴⁾;

— in precedenza erano stati oggetto di regolamentazione solo alcuni aspetti delle competenze dei vari soggetti interessati nel com-

(1) Tale vincolo è stato significativamente sottolineato di recente da Papa Benedetto XVI con la sua visita del 25 aprile 2006 alla Basilica, allo scopo di sostare in preghiera presso il sepolcro dell'apostolo Paolo, all'indomani della Santa Messa per l'inizio del suo ministero petrino, celebrata il 24 aprile in Piazza San Pietro dopo una sosta in preghiera presso il sepolcro dell'apostolo Pietro nella Basilica Vaticana. Cfr. *AAS* 97, 2005, 707 e 744.

(2) Nelle questioni amministrative la Santa Sede esercitava finora le proprie competenze attraverso la Pontificia Amministrazione della Patriarcale Basilica di San Paolo, ente autonomo della Curia Romana costituito da Pio XI nel 1933 e ora soppresso. Cfr. m.p. *L'antica e venerabile Basilica*, 30 maggio 2005, n. 7, in *AAS*, 97, 2005, 770, in cui si stabilisce il trasferimento di tutte le sue funzioni all'Arciprete. Per alcuni cenni storici sulla Pontificia Amministrazione della Patriarcale Basilica di San Paolo, cfr. *Annuario Pontificio* 2005, 1882.

(3) Cfr. *Annuario Pontificio* 2005, 1032. Oltre che sul Monastero e sulla Basilica l'Abate esercitava la sua giurisdizione su tre paesi del territorio romano: Capena, Nazzano e Civitella S. Paolo.

(4) Si pensi soprattutto alla solenne apertura della Porta Santa compiuta da Giovanni Paolo II il 18 gennaio 2000, durante il Grande Giubileo, in una celebrazione ecumenica con la partecipazione di Rappresentanti di altre Chiese e Comunità ecclesiali provenienti da tutto il mondo. Più recentemente, il 25 febbraio 2006, Benedetto XVI, a conclusione della Settimana di Preghiera per l'Unità dei Cristiani, ha presieduto una solenne celebrazione dei Vespri, alla presenza di Rappresentanti delle altre Chiese e Comunità ecclesiali presenti a Roma.

plesso extraterritoriale di San Paolo fuori le Mura e si avvertiva la necessità di « chiarire o definire i principali aspetti della gestione pastorale ed amministrativa », come passo previo alla compilazione di uno Statuto che fisserà in modo definitivo le competenze dei soggetti interessati e ne regolerà i rapporti.

b) Peculiarità delle Basiliche francescane di Assisi, evidenziate peraltro dal m.p. *Totius orbis*, sono in sintesi le seguenti:

— custodendo la Basilica di San Francesco le spoglie mortali del Santo e la Basilica di Santa Maria degli Angeli l'insigne chiesetta della Porziuncola, i due Templi Maggiori francescani godono di una particolare considerazione e sono meta di numerosi pellegrinaggi provenienti da tutto il mondo;

— anche se le due Basiliche sono situate nel territorio dell'attuale Diocesi di Assisi — Nocera Umbra — Gualdo Tadino, a motivo di singolari vincoli e di speciale sollecitudine, i Romani Pontefici hanno voluto averle finora direttamente soggette alla loro giurisdizione;

— da tempo immemorabile le Basiliche di Assisi sono affidate ai figli di San Francesco che abitano nei rispettivi Conventi annessi: attualmente la Basilica di San Francesco è affidata all'Ordine Franciscano dei Frati Minori Conventuali (O.F.M. Conv.) e la Basilica di Santa Maria degli Angeli all'Ordine Franciscano dei Frati Minori (O.F.M.);

— da qualche tempo si sentiva l'esigenza di migliorare l'intesa e l'inserimento delle attività pastorali e di altro tipo svoltesi nelle Basiliche e nei Conventi annessi nella pastorale diocesana, regionale e nazionale, e si valutava la convenienza di modificare la disciplina stabilita da Paolo VI negli anni 1966 e 1969 per adeguarle alle necessità attuali.

c) Alcuni punti in comune delle situazioni preesistenti:

— sia la Basilica di San Paolo fuori le Mura sia le Basiliche francescane sono affidate a istituti religiosi maschili che, oltre a testimoniare la spiritualità del proprio ordine, svolgono in esse attività e iniziative con risvolti pastorali in favore sia dei fedeli del posto dove sorgono, sia dei pellegrini che vi accorrono da tutto il mondo;

— in entrambi i casi, seppure con modalità sostanzialmente diverse, le Basiliche erano esenti dall'autorità pastorale ordinaria del territorio della diocesi dove sorgono: la Basilica di San Paolo fuori le Mura — pur inserita nella Diocesi di Roma e facendone parte in maniera *sui generis* — era parte di una Abbazia territoriale con popolo proprio e non era dunque sottoposta alla potestà di governo del Cardinale Vicario di Roma⁽⁵⁾; le Basiliche francescane, pur essendo parte

(5) Secondo la normativa vigente il Cardinale Vicario « ha l'alta ed effettiva direzione del Vicariato » esercitando, a nome del Papa e per suo mandato, « il ministero epi-

della diocesi di Assisi — Nocera Umbra — Gualdo Tadino, dipendevano direttamente dalla Santa Sede ed erano dunque esenti dalla potestà di governo del Vescovo diocesano;

— le normative finora applicabili si sono rivelate insufficienti per coordinare in modo adeguato i diversi soggetti responsabili delle attività pastorali, ecumeniche, culturali o di vario tipo svolte nelle Basiliche in questione o nella Abbazia o nei Conventi annessi.

2. *Natura dei provvedimenti presi in ogni motu proprio.*

In entrambi i casi il Romano Pontefice, esercitando *motu proprio* la sua autorità, stabilisce una nuova normativa di contenuto prevalentemente organizzativo riguardo le questioni e le attività con risvolti pastorali.

a) Per quanto concerne la Basilica di San Paolo fuori le Mura i concreti provvedimenti nel m.p. *L'antica e venerabile Basilica* sono i seguenti:

— al pari delle altre Basiliche Maggiori, viene istituito l'ufficio di Arciprete, di nomina pontificia, il quale eserciterà la giurisdizione ordinaria ed immediata nella Basilica, aiutato da un Vicario per la Pastorale nella persona dell'Abate del Monastero di San Paolo fuori le mura e da un Delegato per l'Amministrazione⁽⁶⁾;

— sottratta in tempi recenti alla giurisdizione dell'Abate l'area extraterritoriale contigua all'Abbazia⁽⁷⁾, si stabilisce che l'Abate conservi la sua giurisdizione ordinaria all'interno del Monastero e la sua funzione liturgica all'interno della Basilica⁽⁸⁾;

— per quanto riguarda l'intera area extraterritoriale, e salve le competenze dell'Arciprete e quelle dell'Abate sulla Basilica o sull'Abbazia, si stabilisce che la potestà di giurisdizione pastorale ordinaria

scopale di magistero, santificazione e governo pastorale per la Diocesi di Roma con potestà ordinaria vicaria» nei termini stabiliti dal Vescovo di Roma (GIOVANNI PAOLO II, Cost. ap. *Ecclesia in Urbe*, 1 gennaio 1998, art. 10, in *AAS*, 90, 1998, 183). Trattandosi di una circoscrizione ecclesiastica distinta la Abbazia territoriale di San Paolo fuori le Mura era logicamente esente dalla potestà del Cardinale Vicario.

(6) Attraverso il Delegato per l'Amministrazione l'Arciprete eserciterà, d'accordo con la normativa in vigore e con le disposizioni del futuro Statuto, le funzioni prima attribuite alla soppressa Pontificia Amministrazione della Patriarcale Basilica di San Paolo (vedi *supra* nota 2).

(7) Per recente disposizione di Giovanni Paolo II, in conformità con quanto stabilito in precedenza da Paolo VI nel m.p. *Catholica Ecclesia*, 23 ottobre 1976, in *AAS*, 68, 1976, 694-696.

(8) Di conseguenza, l'Abate continuerà a dirigere le funzioni liturgiche e le attività pastorali svoltesi in Basilica ma non, come prima, con autorità esclusiva, bensì come Vicario dell'Arciprete.

spetta al Cardinale Vicario di Roma attraverso la parrocchia competente per territorio;

— data la complessità della nuova situazione, ulteriori determinazioni sono rimandate ad un futuro Statuto che fisserà le competenze dei soggetti interessati e ne regolerà i rapporti⁽⁹⁾.

b) Riguardo le Basiliche francescane di Assisi i principali provvedimenti del m.p. *Totius orbis* sono i seguenti:

— al fine di perpetuare gli stretti vincoli di comunione tra le Basiliche francescane e la Sede Apostolica viene assegnato un Cardinale come Legato Pontificio che, «pur non godendo di giurisdizione» eserciterà la sua autorità morale e avrà la facoltà di impartire la Benedizione Papale nelle celebrazioni che presiederà in occasione delle maggiori solennità liturgiche;

— rinunciando il Romano Pontefice alla diretta giurisdizione sulle Basiliche e sui Conventi annessi, viene abolita la plurisecolare esenzione dal Vescovo diocesano competente per territorio e, di conseguenza, attribuita al Vescovo di Assisi — Nocera Umbra — Gualdo Tadino la giurisdizione prevista dal diritto sulle chiese e sulle case religiose per quanto riguarda tutte le attività pastorali svolte dai Padri Francescani, Conventuali e Minori;

— per garantire un'intesa più efficace tra le attività svolte nelle Basiliche e nei Conventi annessi e la pastorale promossa a livello diocesano, regionale e nazionale, si prescrive che i Padri Francescani, Conventuali e Minori, dovranno «chiedere ed ottenere il consenso del Vescovo di Assisi — Nocera Umbra — Gualdo Tadino», il quale sentirà il parere del Presidente della Conferenza Episcopale Umbra o della Presidenza della Conferenza Episcopale Italiana per le iniziative che hanno riflessi regionali o nazionali.

In entrambi i casi dunque — e questo è sicuramente il più importante effetto delle nuove disposizioni — il Romano Pontefice, considerando superato il sistema di esenzione preesistente, restituisce al Vescovo diocesano — nel caso di San Paolo, al Cardinale Vicario, salve le competenze attribuite all'Arciprete e all'Abate — la diretta competenza sulla cura pastorale dei fedeli e sulle varie attività pastorali svolte dai relativi istituti religiosi nelle Basiliche loro affidate — o nel Monastero o nei Conventi annessi — che sorgono nel territorio delle rispettive Diocesi.

⁽⁹⁾ Bisognerà attendere la pubblicazione dello Statuto per conoscere la definitiva cornice giuridica del complesso di San Paolo fuori le Mura. Nel frattempo la comunità di San Paolo è stata rinforzata con l'arrivo di altri Monaci provenienti da varie parti del mondo — passando da 14 a 25 — per farsi carico dei compiti affidati al Monastero dalla Sede Apostolica, inclusa l'amministrazione del sacramento della Penitenza. Cfr. m.p. *L'antica e venerabile Basilica*, 31 maggio 2005, n. 8, in *AAS*, 97, 2005, 771.

3. *La comune ispirazione delle nuove disposizioni.*

Da questa comune conseguenza è possibile inferire quella che mi sembra la comune ispirazione delle nuove disposizioni, ravvisabile — come dicevo — nell'adempimento di alcune direttive emanate dal Concilio Vaticano II. Mi riferisco in concreto alle indicazioni conciliari circa l'adeguamento delle strutture pastorali alla natura della Chiesa — nella sua duplice dimensione universale e particolare —, alle necessità dei fedeli e alle esigenze dei soggetti coinvolti, con un particolare riferimento alle strutture pastorali affidate ai religiosi.

In questo senso, oltre alle indicazioni conciliari già riprese da Paolo VI nel m.p. *Catholica Ecclesia*, del 1976, per giustificare «il riordinamento delle Abbazie non dipendenti da alcuna diocesi»⁽¹⁰⁾ — applicabili senz'altro alla situazione di San Paolo fuori le Mura, ma non a quella di Assisi —, valgono anche altre indicazioni, già riprese e applicate in vario modo nel Codice del 1983⁽¹¹⁾, e ribadite, più recentemente, nel nuovo Direttorio per il ministero pastorale dei Vescovi *Apostolorum Successores*, del 2004. Circoscrivendo l'attenzione alle indicazioni del Direttorio che sono immediatamente riferibili alle situazioni considerate nei due documenti è opportuno rilevare le seguenti:

a) che i consacrati residenti in una diocesi, come gli altri fedeli, sono soggetti «all'autorità pastorale del Vescovo in quanto maestro della fede e responsabile dell'osservanza della disciplina ecclesiastica universale, custode della vita liturgica e moderatore di tutto il ministero della parola»⁽¹²⁾;

⁽¹⁰⁾ In questo *motu proprio* Paolo VI giustificava la sua decisione di non erigere più in futuro Abbazie non dipendenti da alcuna diocesi e di adeguare quelle esistenti alle norme stabilite dal Concilio Vaticano II (cfr. Decr. *Christus Dominus*, n. 23) in due ordini di considerazioni: a) «che per realizzare il fine proprio una Diocesi deve manifestare con evidenza la natura della Chiesa nella porzione del popolo di Dio che la compone» (cfr. Decr. *Christus Dominus*, n. 22); e b) «che "gli Istituti religiosi, i quali per regola o per ordinamento uniscono strettamente la vita apostolica all'ufficio corale e alle osservanze monastiche" (Decr. *Perfectae caritatis*, n. 9) armonizzino il loro genere di vita con le esigenze dell'apostolato che loro conviene».

⁽¹¹⁾ Sul principio *De ordinatione territoriale in Ecclesia* nella revisione del Codice di Diritto Canonico, cfr. i contributi di Ana Maria Punzi Nicolò, Giuseppe Dalla Torre, Juan Ignacio Arrieta e Jorge Miras in J. CANOSA (a cura di), *I principi per la revisione del Codice di Diritto Canonico. La ricezione giuridica del Concilio Vaticano II*, Milano, 2000, 547-666.

⁽¹²⁾ Congregazione per i Vescovi, Direttorio per il ministero pastorale dei Vescovi *Apostolorum Successores*, 22 febbraio 2004, Città del Vaticano 2004, n. 100, con esplicito riferimento in questo punto ai cann. 392; 756 § 2; 772 § 1 e 835.

b) che il Vescovo, nel rispetto della loro giusta autonomia — «senza interferire nella loro vita e nel loro governo e senza farsi autorevole interprete del loro carisma di fondazione» —, deve ravvivare nei consacrati «l'obbligo che hanno, anche se immersi nell'apostolato esterno, di essere impregnati dello spirito del proprio carisma e rimanere fedeli all'osservanza della loro regola e alla sottomissione ai superiori»⁽¹³⁾;

c) che anche nei casi in cui è ancora in vigore l'*esenzione* — per la quale «il Romano Pontefice, in virtù del suo primato sulla Chiesa universale, può esentare gli Istituti di vita consacrata dal regime degli Ordinari del luogo e sottoporli esclusivamente a se stesso o ad altra autorità ecclesiastica» —, «tale esenzione, tuttavia non annulla la sottomissione di tutti i consacrati alla potestà del Vescovo (oltre che ai propri Superiori) per quanto concerne la *cura d'anime, l'esercizio pubblico del culto divino e le opere di apostolato*. In tali aspetti è necessario che i consacrati, sempre osservando il proprio carisma, diano esempio di comunione e di sintonia con il Vescovo, in ragione della sua autorità pastorale e della necessaria unità e concordia nel lavoro apostolico»⁽¹⁴⁾;

d) che, «senza detrimento dei diritti riconosciuti a ciascuno dalla disciplina canonica», è necessario un «dialogo costante tra Vescovo e Superiori nella direzione» delle *opere proprie*, che gli Istituti costituiscono secondo il proprio carisma e che sono dirette dai rispettivi Superiori⁽¹⁵⁾.

In definitiva, se il Vescovo è «padre e pastore della diocesi», «inviato in nome di Cristo come pastore per la cura della porzione di Popolo di Dio affidatagli»⁽¹⁶⁾, al Romano Pontefice, nella sua funzione di generale coordinamento delle strutture e dei soggetti pastorali a livello universale e particolare, corrisponde non solo emanare norme generali coerenti con tale indicazione ma anche, come nei casi presenti, prendere provvedimenti singolari di attuazione. In questo senso,

⁽¹³⁾ Direttorio *Apostolorum Successores*, n. 100, che cita in questo punto il Decr. *Christus Dominus*, n. 35 e il can. 679.

⁽¹⁴⁾ Direttorio *Apostolorum Successores*, n. 100, che riprende testualmente le parole sull'esenzione della Cost. dogm. *Lumen Gentium*, n. 45, e richiama esplicitamente il Decr. *Christus Dominus*, n. 35.

⁽¹⁵⁾ Direttorio *Apostolorum Successores*, n. 101, con un nuovo richiamo al Decr. *Christus Dominus*, n. 35 e ai cann. 678 e 738 § 2.

⁽¹⁶⁾ Direttorio *Apostolorum Successores* n. 159, che riprende gli insegnamenti sul ministero pastorale dei Vescovi della Cost. dogm. *Lumen Gentium*, nn. 24 e 27, e del Decr. *Christus Dominus*, nn. 11 e 16. Tali insegnamenti, in cui è immanente la natura gerarchica della cura pastorale, sono sicuramente alla base dei presenti provvedimenti tendenti a restituire al Vescovo diocesano la diretta competenza sulle attività pastorali che si svolgono della diocesi.

penso che si possa affermare che le disposizioni di Benedetto XVI circa la Basilica di San Paolo fuori le Mura e circa le Basiliche francescane di Assisi, non fanno altro che applicare le indicazioni del Concilio Vaticano II in materia e sono in linea con i criteri generali seguiti in precedenza da Paolo VI e da Giovanni Paolo II.

Antonio S. Sánchez-Gil

LEGISLAZIONE PARTICOLARE

ITALIA. CONFERENZA EPISCOPALE ITALIANA, **Decreto di promulgazione della Istruzione in materia amministrativa**, 1 settembre 2005; **Approvazione del testo dell'Istruzione da parte dell'Assemblea generale**, 30 maggio 2005; **Presentazione dell'Istruzione**, in *Notiziario della Conferenza Episcopale Italiana*, 2005, p. 328, 327 e 325-326, rispettivamente (*).

Prot. n. 753/05

DECRETO

In considerazione delle innovazioni intervenute in materia giuridico-amministrativa dopo la promulgazione dell'*Istruzione in materia amministrativa*, approvata dalla 32a Assemblea Generale della Conferenza Episcopale Italiana, svoltasi a Roma dal 14 al 18 maggio 1990, al fine di poter disporre di uno strumento che, a livello nazionale, offra orientamenti chiari e aggiornati in materia di amministrazione dei beni temporali ecclesiastici, il Comitato per gli enti e i beni ecclesiastici ha proceduto alla revisione e all'aggiornamento del predetto testo. Ottenuto il parere favorevole del Consiglio per gli affari giuridici e tenendo conto delle raccomandazioni espresse dal Consiglio Episcopale Permanente, il nuovo testo dell'*Istruzione* è stato sottoposto all'esame della 54a Assemblea Generale della Conferenza Episcopale Italiana, svoltasi a Roma dal 30 al 31 maggio 2005, che lo ha approvato con la maggioranza assoluta.

Con il presente decreto, in conformità all'art. 72 del Regolamento della Conferenza Episcopale Italiana,

promulgo

Istruzione in materia amministrativa nel testo allegato al presente decreto e ne dispongo la pubblicazione nel «Notiziario della Conferenza Episcopale Italiana».

(*) Vedi nella Sezione *Note e commenti* i contributi in proposito di M. Rivella e J. Miñambres.

Alle determinazioni contenute nell'*Istruzione*, a norma dell'art. 18 dello statuto della Conferenza Episcopale Italiana, «ogni Vescovo si atterrà in vista dell'unità e del bene comune, a meno che ragioni di speciale rilievo ne dissuadano, a suo giudizio, l'adozione nella propria diocesi».

Roma, 1° settembre 2005

Camillo card. Ruini
Presidente della Conferenza Episcopale Italiana

† *Giuseppe Betori*
Segretario Generale

CONFERENZA EPISCOPALE ITALIANA

DETERMINAZIONE

La 54a Assemblea Generale della Conferenza Episcopale Italiana
— VISTA l'*Istruzione* in materia amministrativa approvata dalla
32a Assemblea Generale;

— CONSIDERATA la necessità di rivederne il testo alla luce dell'esperienza maturata nei tredici anni trascorsi dalla sua prima applicazione nonché delle innovazioni introdotte nella normativa canonica e civile

— TENUTA PRESENTE la relazione e la discussione;

— VISTO l'art. 18 dello statuto della CEI,

approva

l'Istruzione in materia amministrativa nel testo presentato, dando mandato alla Segreteria Generale della CEI di apportare eventuali modifiche testuali sulla base dei suggerimenti e delle proposte formulati nella discussione.

Roma, 30 maggio 2005.

Istruzione in materia amministrativa (2005).

La 32a Assemblea Generale della Conferenza Episcopale Italiana (Roma, 14-18 maggio 1990) approvò l'*Istruzione* in materia ammini-

strativa, pubblicata il 1° aprile 1992. Essa intendeva favorire l'applicazione, in ambito patrimoniale e amministrativo, del nuovo codice di diritto canonico (1983), con le relative delibere applicative approvate dalla CEI, e dell'Accordo di revisione del Concordato lateranense (1984), a cui era seguita la riforma della legislazione pattizia in materia di enti e beni ecclesiastici e di sostentamento del clero (Norme circa gli enti e i beni ecclesiastici in Italia, diventate nell'ordinamento italiano la legge 20 maggio 1985, n. 222).

Considerata l'opportunità di poter continuare a disporre, a livello nazionale, di un testo che offra indirizzi comuni in materia giuridico-amministrativa, in particolare per gli operatori del settore, soprattutto per i laici chiamati in numero sempre maggiore a compiti di responsabilità nell'amministrazione dei beni temporali ecclesiastici, il Comitato per gli enti e i beni ecclesiastici ha proceduto a un lavoro di revisione e aggiornamento dell'Istruzione. Il nuovo testo, ottenuto il parere favorevole del Consiglio per gli affari giuridici, è stato presentato al Consiglio Episcopale Permanente (sessione del 17-20 gennaio 2005), che ha espresso giudizio positivo, raccomandando alcuni miglioramenti testuali e redazionali, in particolare l'aggiunta di un indice analitico, che faciliti la consultazione.

La nuova Istruzione è stata approvata dalla 54a Assemblea Generale (Roma, 30-31 maggio 2005) con 208 voti favorevoli su 211 votanti. Con decreto in data 1° settembre 2005, il Cardinale Presidente ne ha disposto la promulgazione attraverso la pubblicazione nel «Notiziario della Conferenza Episcopale Italiana».

Il testo, che mantiene sostanzialmente la struttura e l'impianto della prima versione, è corredato da quattro allegati: classificazione degli enti ecclesiastici ai fini del riconoscimento civile (A), controlli canonici sugli atti di straordinaria amministrazione (B), bozza del decreto del Vescovo diocesano circa la definizione degli atti di amministrazione straordinaria per gli enti a lui soggetti (C), attestazione circa le norme statutarie dell'ente parrocchia (D).