

IUS  
ECCLESIAE

*Direttore*

JOAQUÍN LLOBEL

*Segretario di redazione*

JESÚS MIÑAMBRES

*Direttore responsabile*

DAVIDE CITO

\*

La redazione di «Ius Ecclesiae» è curata dai docenti  
della Facoltà di Diritto Canonico  
della Pontificia Università della Santa Croce  
Via dei Farnesi 82 · I 00186 Roma  
Tel. +39 06 68164500 · Fax +39 06 68164600  
E-mail: iusecc@pusc.it

\*

*Nihil obstat:* L. Navarro

*Imprimatur:* Vicariato di Roma

Roma, 8 maggio 2007

Autorizzazione del Tribunale di Roma n. 463 del 2 settembre 1988.

ISSN 1120-6462

Rivista associata all'Unione Stampa Periodica Italiana.



\*

Le opinioni espresse negli articoli pubblicati in questa rivista rispecchiano unicamente  
il pensiero degli autori.

Si invitano gli autori ad attenersi, nel predisporre i materiali da consegnare  
alla Redazione e alla Casa editrice, alle norme specificate nel volume

FABRIZIO SERRA, *Regole editoriali, redazionali & tipografiche*,

Pisa - Roma, Istituti editoriali e poligrafici internazionali, 2004

(Euro 34,00, ordini a: iepi@iepi.it). Il capitolo *Norme redazionali*, estratto dalle *Regole*,  
cit., è consultabile *Online* alla pagina «Pubblicare con noi» di [www.libraweb.net](http://www.libraweb.net).

\*

La *Accademia editoriale*<sup>®</sup>, Pisa · Roma, pubblica con il marchio  
*Fabrizio Serra · Editore*<sup>®</sup>, Pisa · Roma, sia le proprie riviste precedentemente editate con  
il marchio *Istituti editoriali e poligrafici internazionali*<sup>®</sup>, Pisa · Roma, che i volumi  
delle proprie collane precedentemente editate con i marchi *Edizioni dell'Ateneo*<sup>®</sup>, Roma,  
*Giardini editori e stampatori in Pisa*<sup>®</sup>, *Gruppo editoriale internazionale*<sup>®</sup>, Pisa · Roma,  
e *Istituti editoriali e poligrafici internazionali*<sup>®</sup>, Pisa · Roma.

# IUS ECCLESIAE

RIVISTA INTERNAZIONALE  
DI DIRITTO CANONICO

VOL. XIX · N. 1 · 2007

PONTIFICIA UNIVERSITÀ DELLA SANTA CROCE

---

FABRIZIO SERRA · EDITORE

PISA · ROMA

Rivista quadrimestrale

\*

*Amministrazione*

ACCADEMIA EDITORIALE S.r.l.

Casella postale n. 1, Succursale n. 8, I 56123 Pisa

E-mail: [iepi@iepi.it](mailto:iepi@iepi.it)

*Uffici di Pisa:* Via Santa Bibbiana 28, I 56127 Pisa

Tel. +39 050 542332, Fax +39 050 574888

*Uffici di Roma:* Via Ruggiero Bonghi 11/b, I 00184 Roma

Tel. +39 06 70493456, Fax +39 06 70476605

\*

Abbonamento annuale / *Yearly Subscription:*

Euro 75,00 (privati Italia e Paesi dell'Europa orientale,  
Africa, America latina, Asia, esclusi Giappone ed Israele);

Euro 95,00 (istituzioni Italia e Paesi dell'Europa orientale,  
Africa, America latina, Asia, esclusi Giappone ed Israele,  
con edizione *Online*);

Euro 115,00 (*Individuals other Countries*);

Euro 140,00 (*Institutions other Countries, with Online Edition*);

Euro 50,00 (prezzo di abbonamento speciale per studenti  
ed ex studenti della Pontificia Università della Santa Croce);

Fascicolo singolo (*Single Issue*) Euro 35,00

I pagamenti possono essere effettuati tramite versamento su c.c.p. n. 17154550  
o tramite carta di credito (*American Express, Visa, Eurocard, Mastercard*).

La Casa editrice garantisce la massima riservatezza dei dati forniti dagli abbonati e la  
possibilità di richiederne la rettifica o la cancellazione previa comunicazione alla  
medesima. Le informazioni custodite dalla Casa editrice verranno utilizzate al solo scopo  
di inviare agli abbonati nuove nostre proposte (Dlgs. 196/2003).

\*

Sono rigorosamente vietati la riproduzione, la traduzione, l'adattamento,  
anche parziale o per estratti, per qualsiasi uso e con qualsiasi mezzo effettuati,  
compresi la copia fotostatica, il microfilm, la memorizzazione elettronica, ecc.,

senza la preventiva autorizzazione scritta della

*Fabrizio Serra · Editore*<sup>®</sup>, Pisa · Roma,

un marchio della *Accademia editoriale*<sup>®</sup>, Pisa · Roma.

Ogni abuso sarà perseguito a norma di legge.

Proprietà riservata · All rights reserved

© Copyright 2007 by

*Fabrizio Serra · Editore*<sup>®</sup>, Pisa · Roma

un marchio della *Accademia editoriale*<sup>®</sup>, Pisa · Roma

\*

[www.libraweb.net](http://www.libraweb.net)

Stampato in Italia · Printed in Italy

# SOMMARIO

## DOTTRINA

- E. BAURA, *Profili giuridici dell'arte di legiferare nella Chiesa* 13
- C. J. ERRÁZURIZ M., *Le disposizioni richieste per ricevere l'eucaristia, alla luce del canone 916 del codice di diritto canonico* 37
- J. LLOBELL, *Il diritto e il dovere al processo giudiziale nella Chiesa. Note sul magistero di Benedetto XVI circa la necessità di «agire secondo ragione» nella riflessione ecclesiale* 55
- J. MIÑAMBRES, *La nozione di «bene ecclesiastico» nella prima codificazione canonica* 77

## GIURISPRUDENZA

- TRIBUNALE DELLA ROTA ROMANA. *Spiren*. Nullità del matrimonio. Dolo. Sentenza definitiva, 31 gennaio 2002, Erlebach, Ponente (con nota di H. FRANCESCHI F., *Il fondamento giuridico del dolo come causa di nullità del matrimonio e la questione della retroattività o meno del canone 1098*) 99
- TRIBUNALE DELLA ROTA ROMANA. *Reg. Insubris seu Mediolanen*. Nullità del matrimonio. Simulazione parziale. Esclusione del *bonum fidei*. Sentenza definitiva, 22 giugno 2006. Caberletti, Ponente (con nota di M. A. ORTIZ, *La valutazione delle dichiarazioni delle parti e della loro credibilità*) 137

## NOTE E COMMENTI

- G. LAJOLO, *Alle radici spirituali del «munus» del giudice vaticano* 179
- D. MAMBERTI, *Considerazioni «non diplomatiche» sui rappresentanti pontifici* 183
- G. MARAGNOLI, *Alcune note su: cumulo di capi di domanda, «assorbimento» di un capo in un altro e concordanza del dubbio nel secondo grado di giudizio delle cause di nullità del matrimonio* 191

## RASSEGNA DI BIBLIOGRAFIA

### Recensioni

- P. A. BONNET, *Annotazioni su la consuetudine canonica* (E. Baura) 205
- G. CASINI, *La translatio imperii. Landolfo Colonna e Marsilio da Padova* (M. Graulich, s.d.B.) 207
- M. C. GARCIMARTÍN MONTERO, *El sistema matrimonial de Estados Unidos* (J. T. Martín de Agar) 208

A. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, <i>Confessioni religiose, diritto e scuola pubblica in Italia. Insegnamento, culto e simbologia religiosa nelle scuole pubbliche</i> (J. A. Araña)	212
J. M. HUELS, <i>Liturgy and Law. Liturgical Law in the System of Roman Catholic Canon Law</i> (M. del Pozzo)	215
PONTIFICIO CONSIGLIO DELLA PASTORALE PER I MIGRANTI E GLI ITINERANTI (ed.), <i>La sollecitudine della Chiesa verso i migranti. Commenti all'Istruzione Erga migrantes caritas Christi (I parte)</i> (C. M. Fabris)	218
PONTIFICIO CONSIGLIO DELLA PASTORALE PER I MIGRANTI E GLI ITINERANTI (ed.), <i>Migranti e pastorale d'accoglienza. Commenti all'Istruzione Erga migrantes caritas Christi (II parte)</i> (C. M. Fabris)	220
R. PIZZORNI, <i>Diritto, Etica e Religione. Il fondamento metafisico del diritto secondo Tommaso D'Aquino</i> (B. Esposito, O.P.)	223
P. RIVAS (ed.), <i>Natura, ius, ratio. Estudios sobre la filosofía jurídica de Javier Hervada</i> (F. Puig)	232
N. WITSCH, <i>Synodalität auf Ebene der Diözese. Die Bestimmungen des universalkirchlichen Rechts der Lateinischen Kirche</i> (F. Kolfhaus)	235
I. ZUANAZZI, <i>Praesis ut prosis. La funzione amministrativa nella diakonía della Chiesa</i> (J. Canosa)	238

## DOCUMENTI

*Atti della Santa Sede*

PONTIFICIO CONSIGLIO PER I TESTI LEGISLATIVI, <i>Actus formalis defectionis ab ecclesia catholica, 13 marzo 2006</i> (con nota di F. MARTI)	245
---	-----

*Giurisprudenza civile*

ITALIA. CONSIGLIO DI STATO. Sezione v. <i>Decisione 14 novembre 2006</i> (con nota di M. DEL POZZO)	269
---	-----

## COLLABORATORI DI QUESTO FASCICOLO

EDUARDO BAURA, Ordinario di Parte generale del Diritto canonico, Pontificia Università della Santa Croce;

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

GIOVANNI LAJOLO, Presidente della Pontificia Commissione per lo Stato della Città del Vaticano;

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

DOMINIQUE MAMBERTI, Segretario per i Rapporti con gli Stati, Segreteria di Stato;

GIOVANNI MARAGNOLI, Giudice del Tribunale Ecclesiastico Regionale Lombardo;

JESÚS MIÑAMBRES, Straordinario di Diritto patrimoniale canonico, Pontificia Università della Santa Croce.

Hanno collaborato anche: J. A. ARAÑA, P. BIANCHI, J. CANOSA, M. DEL POZZO, B. ESPOSITO, C.-M. FABRIS, H. FRANCESCHI F., M. GRAULICH, F. KOLFHAUS, F. MARTI, J. T. MARTÍN DE AGAR, M. A. ORTIZ, F. PUIG

# DOTTRINA

EDUARDO BAURA

## PROFILI GIURIDICI DELL'ARTE DI LEGIFERARE NELLA CHIESA

1. L'attività legislativa in quanto arte prudentiale di governo. 2. La dimensione giuridica dell'arte legislativa: a) Il rapporto della legge con il diritto; b) il rapporto dell'arte legislativa con l'arte giuridica. 3. La legalità nel legiferare.

### 1. L'ATTIVITÀ LEGISLATIVA

#### IN QUANTO ARTE PRUDENZIALE DI GOVERNO

FORSE non è stata riconosciuta abbastanza l'importanza che nel diritto in generale, ma soprattutto nel diritto canonico ha avuto il trattato sulla legge di S. Tommaso d'Aquino. È vero che l'autore che ha avuto un influsso decisivo nella dottrina canonica sulla legge (e non da ultimo nella redazione dei canoni sulla legge del Codice piano-benedettino, che sono passati quasi integralmente al Codice del 1983) è sicuramente il Suárez, ma non si può dimenticare che il Dottore Esimio, anche in questo ambito, si presenta come commentatore e seguace di San Tommaso, in modo tale che non poche delle riflessioni tomiste sulla legge sono state trasmesse dal teologo granadino, sebbene, come è noto, la concezione volontaristica dell'atto di legiferare di Suárez allontani molto questo autore dal Dottore Angelico, proprio in ciò che costituisce il nocciolo della dottrina tomista sulla legge. Al di là della valutazione storica dell'influsso della dottrina di uno o di un altro autore, e senza entrare nella discussione sull'essenza dell'atto umano di legiferare (effetto della volontà o della ragione), il presente lavoro usufruirà di molte delle acquisizioni tomiste sulla legge, pur non muovendosi ad un livello filosofico né teologico, ma intendendo mostrare alcune esigenze giuridiche dell'attività legislativa nella Chiesa.

Innanzitutto va richiamata la celebre definizione di legge proposta dall'Aquinate, comunemente accettata: «rationis ordinatio ad bonum commune, ab eo qui curam communitatis habet, promulgata».<sup>1</sup> Il compito del le-

<sup>1</sup> S. TOMMASO D'AQUINO, *Summa Theologica* (in seguito S. Th.), I-II, q. 90. a. 4. Non tratto qui della problematica relativa alla definizione della legge ecclesiastica come «ordinatio fidei» proposta da qualche autore (cfr. E. CORECCO, «*Ordinatio rationis*» o «*ordinatio fidei*». *Appunti sulla definizione della legge canonica*, in IDEM, *Ius et communio. Scritti di diritto canonico*, a cura di G. Borgonovo e A. Cattaneo, vol. I, Lugano 1997, pp. 135-156). Come ha messo in

gislatore è, dunque, quello di stabilire un'ordinazione della vita sociale che conduca la comunità verso il suo bene (comune). Fa parte dell'essenza della legge che essa sia stata promulgata, cioè resa conoscibile dalla comunità destinataria. Nel caso della legge umana – legge intesa come *constitutio scripta* –, l'ordine ideato dal legislatore deve rimanere plasmato in un testo scritto che viene promulgato, cioè intimato e reso pubblico ai destinatari.

Per poter portare a termine una siffatta operazione occorre prima di tutto “saper farla”, cioè avere l'arte di legiferare. Impiego qui la parola “arte” nel suo significato classico di conoscenza pratica, del saper fare («*recta ratio factibilium*»<sup>2</sup>), e più specificamente, nella sua accezione di sapere pratico in quanto è un'abilità personale, una virtù intellettuale del soggetto, il quale è capace di ideare e realizzare un determinato oggetto. Benché questo concetto si rifaccia al termine *techne* con cui Aristotele designava il sapere pratico acquistato attraverso una riflessione e non per la mera esperienza,<sup>3</sup> in seguito alle classificazioni medievali del sapere si è fatta strada la distinzione attuale tra “arte” – intesa come il sapere pratico costitutivo di una virtù personale – e la “tecnica”, concepita questa come la conoscenza dell'insieme di procedure oggettive prestabilite per ottenere un determinato risultato.

Muovendo da questa distinzione, e utilizzando sempre i menzionati termini nel senso precisato, si deve concludere che l'attività legislativa è un'arte anziché una tecnica: il legislatore non può limitarsi ad “applicare” meccanicamente un protocollo oggettivo per ottenere l'ordine sociale giusto formulato in un testo (sebbene potrà sempre mutuare esperienze legali da altri ordinamenti), ma deve egli stesso per primo ideare (interiormente) l'ordine che vuole stabilire per raggiungere il bene comune, e poi comunicare l'ordine concepito alla comunità.

Il fatto che l'attività legislativa non sia una tecnica ma un'arte non significa che essa non debba servirsi delle tecniche. Ogni artista, per realizzare le sue opere d'arte, si serve di tecniche precise, molte di esse frutto dell'esperienza altrui, sebbene non basti l'uso delle tecniche per realizzare un'opera d'arte. Allo stesso modo, nell'arte di legiferare ci sono molti aspetti tecnici, il cui uso giova al buon risultato dell'opera: uso di un linguaggio preciso, raggruppamenti sistematici delle norme, rinvii e analogie, utilizzo di clausole ricche di significato, e via discorrendo. Benché le tecniche abbiano un valore

evidenza Hervada, ritengo che l'ordine non può non essere frutto che della ragione anziché della fede, il che non impedisce che la ragione sia illuminata dalla fede (cfr. J. HERVADA, *Pensamientos de un canonista en la hora presente*, Pamplona, 1989, pp. 18-20).

<sup>2</sup> S. Th. I-II, q. 57, a. 4. Cfr. anche l'articolo anteriore della stessa questione 57.

<sup>3</sup> Per un'esposizione sintetica del pensiero di Aristotele sull'arte e l'evoluzione posteriore del concetto, vid. I. YARZA, *Un'introduzione all'estetica*, Milano 2004, pp. 206 e ss.

sussidiario nella realizzazione di un'opera d'arte, il servirsi o meno di esse può avere un'importanza decisiva nel risultato finale.

L'arte di legiferare corrisponde all'attività politica, intesa la parola "politica" anche qui nel suo senso classico, cioè di governo della *polis*, che ben si può estendere al governo della Chiesa. (In queste pagine, adopererò il termine "politica" in questo senso ampio di governo di qualsiasi società, applicabile, quindi, anche alla Chiesa). Appare evidente che tra le funzioni spettanti a chi deve dirigere una comunità vi è quella di stabilire le norme secondo cui la comunità dovrà regolarsi nel futuro per raggiungere il suo proprio bene. Occorre, infatti, determinare le norme di condotta dei membri della società, comandando e proibendo alcune azioni, prevedendo le conseguenze di certi atti e la misura della riparazione dovuta per condotte ingiuste; bisogna inoltre organizzare le funzioni pubbliche, distribuendo ruoli e competenze. Tale è il compito della funzione legislativa, a cui spetta, appunto, emanare norme generali e astratte, date per il futuro, che stabiliscono l'ordine della vita sociale.

La funzione legislativa, sebbene eccessivamente enfatizzata a partire dal legalismo proveniente dagli ideali della Rivoluzione francese, ha pur sempre una certa posizione di preminenza rispetto alle altre funzioni di direzione di una società, in quanto la legge determina il retto svolgimento del resto delle attività di governo e stabilisce le regole del futuro comportamento. Non stupisce, dunque, che l'esercizio della funzione di legiferare venga solitamente riservato a titolari del potere specialmente qualificati: negli Stati democratici al Parlamento eletto direttamente dal popolo, e nella Chiesa agli organi "capitali" aventi la missione di essere a capo di una porzione del Popolo di Dio.

Nella Chiesa l'arte politica di dare leggi ben può qualificarsi di pastorale, anche nel significato più stretto di questo termine, inteso, cioè, come l'attività propria ed esclusiva dei ministri sacri con cui essi svolgono la funzione (e la correlativa potestà) di Cristo Pastore, mediante l'esercizio dei *tria munera*, tra i quali si trova appunto il *munus regendi*, con cui i sacri pastori conducono la Chiesa verso il suo bene, che alla fin fine altro non è che la salvezza delle anime (ferma restando la possibilità che i fedeli non ordinati collaborino con l'esercizio del *munus regendi*). Ogni società ha bisogno di essere governata, e la Chiesa necessita di essere guidata in questa terra, anche mediante norme generali, per essere lo strumento di salvezza voluto dal suo Fondatore.<sup>4</sup>

<sup>4</sup> «Episcopi sacrum ius et coram Domino officium habent in suos subditos leges ferendi, iudicium faciendi, atque omnia, quae ad cultus apostolatusque ordinem pertinent, moderandi» (CONCILIO VATICANO II, cost. *Lumen Gentium*, n. 27).

È indubbio che mediante le leggi il Legislatore ecclesiastico esercita anche il *munus docendi*, giacché nel legiferare si svolge un'attività educativa, come aveva già scoperto la filosofia politica greca.<sup>5</sup> Ciò si comprende bene se si considera la finalità della legge e il rapporto tra il bene individuale e il bene comune (il quale non è un bene perché comune, ma è comune perché è un bene).<sup>6</sup> Il cristianesimo ha dato un ulteriore stimolo a quest'idea, facendo notare che l'agire giusto porta sulla via diretta al bene ultimo, seguendo la tradizione veterotestamentaria in cui le leggi del Signore sono spesso chiamate "vie". Una tale impostazione ha portato addirittura a sostituire in molte aree linguistiche di influsso cristiano il termine *ius* con quello di *directum*, diritto, in quanto il giusto è quello indicato dalla legge, che conduce verso il bene, verso ciò che è giusto. Nonostante tutto questo, va però segnalato che l'attività di dare leggi rientra specificamente nel *munus regendi*, non in quello magisteriale, giacché la finalità della legge non è quella di insegnare, ma di ordinare, e ciò non orientativamente, ma in modo giuridicamente vincolante; sulle conseguenze di questo punto si tratterà più avanti.

L'oggetto immediato della legge non è fare giustizia (come lo è invece quello della sentenza), ma ordinare la vita sociale verso il bene comune. L'obiettivo della legge non è dichiarare o rivendicare un diritto ma raggiungere un bene, per l'appunto il bene comune. Perciò legiferare è un'arte politica, non giuridica, benché ci siano, come si vedrà più avanti, numerose esigenze giuridiche al momento di dare leggi. Ne segue che la virtù che guida più direttamente l'arte legislativa non è la giustizia ma la prudenza, quella «*recta ratio agibilium*»<sup>7</sup> che porta ad agire moralmente bene, a governare le proprie capacità per raggiungere il bene, e, nel caso della specifica prudenza del governante, a disporre il necessario per dirigere la società verso il bene comune.

Per svolgere bene una funzione ci vuole, quindi, l'intreccio di arte, di virtù e di un corteo di tecniche. Per realizzare l'arte di legiferare correttamente, anche sotto il profilo morale, occorre innanzitutto essere guidati dalla pru-

<sup>5</sup> Così Platone concepisce il legislatore, come un vero educatore dei cittadini. Basti pensare alla scena descritta nel Critone, in cui Socrate, potendo scappare dalla prigione, ipotizza che gli appaiano le leggi come figure viventi che lo esortano ad essere fedele ad esse anche nell'ora della tentazione, poiché furono le leggi ad educarlo e a proteggerlo durante tutta la sua vita (cfr. PLATONE, *Critone*, 49 e 54 e). Sulla dottrina di Aristotele relativa al ruolo pedagogico del legislatore cfr. *Etica Nicomachea*, x, 10, 1179 b 31-35, e vi, 8, 1041 b 23-29. In generale, sull'idea della dimensione pedagogica delle leggi nella Grecia antica, cfr. W. JAEGER, *Paideia: la formazione dell'uomo greco*, soprattutto Libro 3, cap. IX (vol. 2, Firenze 1995, pp. 403-416) e Libro 4, cap. x (vol. 3, Firenze 1990, pp. 369-466).

<sup>6</sup> Cfr. C. CARDONA, *La metafisica del bien común*, Madrid 1966.

<sup>7</sup> S. Th. I-II, q. 57, a. 4.

denza. Agire conforme alla virtù della prudenza comporta la realizzazione degli atti di *consiliari*, *iudicare* e *praecipere*.<sup>8</sup> Consigliarsi vuol dire indagare per ottenere tutti i dati necessari prima di prendere la decisione.<sup>9</sup> In secondo luogo occorre giudicare i dati ricavati dalla previa indagine e, infine, decidere, spingere ad agire.

Tutto ciò applicato all'arte legislativa comporta che il legislatore, prima di emanare una legge, dovrà consigliarsi (indagare) circa la realtà che intende ordinare, sulle circostanze (materiali e spirituali) della comunità destinataria della norma, sugli eventuali precedenti (legislativi e consuetudinari), sui mezzi possibili per raggiungere il fine desiderato, ecc. In questo lavoro il legislatore si può servire di terzi, ma in un secondo momento spetta solo a colui che ha la funzione di legiferare il valutare ognuno di quei dati e considerarli globalmente alla luce del bene comune da raggiungere (la *salus animarum*), allo scopo di prendere la decisione sul da farsi.

Ci sono molteplici conseguenze della prudenza che si presentano al momento di legiferare. Prima di tutto il legislatore, dopo le fasi del *consilium* e del *iudicium*, dovrà decidere se legiferare o no; la decisione dipenderà dalla valutazione che il legislatore faccia circa il modo migliore di ottenere il bene preteso, e, prima ancora, circa le possibilità reali, viste le circostanze, di ottenere tale bene (in questo senso si parla della politica come l'arte del possibile, il che non può deviare in un cinico atteggiamento pessimista, intimorito – imprudente – e omissivo del proprio dovere).

L'osservare che la prima decisione da prendere è se emanare o meno la legge non è questione banale. Non va dimenticato che in qualsiasi comunità umana si crea in modo naturale un ordine, quello consuetudinario, che conviene, per il bene della comunità, rispettare (nella misura in cui esso conduca effettivamente al bene comune), perché la consuetudine si adegua perfettamente alla realtà sociale. La legge, invece, è una norma positiva, che si impone mediante un atto di autorità, ed è, inoltre, astratta e rigida (perché fissata in un testo scritto), il che può nel futuro creare dei problemi. Del resto, un grande numero di leggi rende la vita sociale, se non altro, complicata; inoltre, più leggi ci sono, e più difficile diventa la loro conoscenza, il che è contrario al fine delle leggi.

L'illuminismo, che vedeva nella legge il modo razionale e sicuro di governare la società, e il positivismo giuridico legalista, che rifiuta qualsiasi fonte di diritto diversa dalla legge, hanno portato gli ordinamenti civili a moltiplicare le leggi, in quanto esse costituiscono l'unico mezzo di governo per ri-

<sup>8</sup> Cfr. S. Th., I-II, q. 57, a. 6.

<sup>9</sup> Questo è il senso del *consilium* dato da San Tommaso (cfr. S. Th. I-II, q. 14 a. 1; e I-II, q. 47, a. 8).

solvere i nuovi problemi posti alla società. Si è giunti così a ciò che qualcuno ha chiamato la “elefantiasi” legislativa, con l’irrigidimento, i paradossi e talvolta le ingiustizie che comporta il fatto di essere regolati da una massa normativa impossibile da conoscere, dimenticando la verità che già Tacito aveva saggiamente avvertito: «... et corruptissima re publica plurimae leges». <sup>10</sup> Nella Chiesa si conta, invece, su degli strumenti di governo (la dispensa, il privilegio) che permettono di venire incontro alle necessità del caso singolo, i quali, pur essendo extralegali, possono (e devono) essere giusti. <sup>11</sup>

Senz’altro, una maniera di non moltiplicare senza necessità le leggi è quella di evitare di emanare norme generali per risolvere un problema singolo. Nulla impedisce che per induzione si ricavi una regola generale da un caso particolare e, così facendo, ci si premunisca contro eventuali futuri mali. Anche qui la prudenza porta a chiedersi prima se tali premunizioni non possano causare scandali o altri mali peggiori di quelli che si intendono evitare. In ogni caso, appare come imprudente esercizio dell’arte di legiferare l’emanare una norma generale non per risolvere i casi generali che si prevedono a motivo di un caso singolare, ma con la finalità principale e diretta di risolvere la fattispecie singolare. Va inoltre segnalato, sia pure per inciso, che, a parte gli eventuali danni che possono derivare da una legge superflua, l’uso errato dello strumento della legge (generale e astratta) al posto dell’atto di governo singolare potrebbe manifestare un atteggiamento di debolezza da parte dell’autorità che preferirebbe le dichiarazioni generali al dover affrontare direttamente i singoli problemi.

Un problema prudenziale molto delicato in generale, ma in modo speciale nell’ambito della Chiesa, è quello della tolleranza. <sup>12</sup> Ciò che bisogna ordinare è soltanto quello che mira a creare le condizioni sociali affinché la comunità possa raggiungere il bene comune, potendo (e spesso dovendo) lasciare all’iniziativa individuale il conseguimento di altri beni. Inoltre, la legge è una norma generale, che non può tenere conto di solo un determinato ceto di persone, ma deve rivolgersi a tutti i membri della comunità. In questo senso giova rilevare che, essendo la legge un’ordinazione della vita sociale, la norma che, giusta in teoria, non fosse adeguata alla realtà della comunità la cui vita si vuole ordinare, andrebbe contro la sua propria essenza, in quanto non introdurrebbe un ordine, bensì un disordine: questa è una delle esigenze della nota essenziale di ogni norma giuridica, la razionalità. <sup>13</sup> Ne segue che per

<sup>10</sup> TACITO, *Annales*, Lib. III, 27.

<sup>11</sup> Mi sono occupato del tema in *La dispensa canonica dalla legge*, Milano 1997.

<sup>12</sup> Cfr. S. Th. I-II, q. 97, a. 2. Nell’ambito canonico è interessante lo studio storico di G. OLIVERO, «*Dissimulatio*» e «*tolerantia*» nell’ordinamento canonico, Milano 1953.

<sup>13</sup> Cfr. J. HERVADA, *Lecciones propedéuticas de filosofía del derecho*, Pamplona 1992, pp. 355-372.

poter legiferare prudentemente occorre prima indagare la realtà sociale dei destinatari della futura legge.

Una questione presente in ogni ordinamento, ma di speciale importanza nella legislazione ecclesiastica, è quella relativa all'incidenza delle leggi nell'ambito della coscienza. Il tema è assai complesso e non può essere qui studiato approfonditamente, ma, dalla prospettiva della prudenza legislativa, si può ancora una volta ricordare che il fine della legge è il bene pubblico e, pertanto, tutto ciò che non rientra nell'ambito dei rapporti interpersonali dei fedeli esula per loro natura dall'ambito della legge (altro è l'attività magisteriale mirante ad ausiliare la formazione delle coscienze dei fedeli). Va osservato come le soluzioni legali che cercano un'efficacia automatica (come le pene *latae sententiae* e alcune irregolarità) possano non averne nessuna nell'ambito interpersonale, che è quello di competenza della funzione legislativa.<sup>14</sup> Anzi, tali soluzioni risultano spesso dannose, in quanto sono capaci di creare inutili problemi di coscienza, complicano la prassi giuridica con le difficoltà tipiche del dover ventilare nel foro giuridico ciò che apparteneva a quello della coscienza, e, soprattutto, possono lasciare irrisolto il problema che intendevano rimediare, giacché la sanzione generale automatica può portare ad un'inazione delle autorità esecutive nella materia regolata da questo tipo di leggi, mentre per far valere le conseguenze legali nell'ambito giuridico è pur sempre necessario l'intervento positivo di qualcuno: sarebbe, infatti, ingenuo, oltre che omissivo del dovere di governo, nascondersi dietro l'automatismo della regola generale per evitare di dover affrontare la soluzione giuridica dei singoli casi difficili.

Analoghi ai problemi prudenziali relativi all'emanazione di una nuova legge sono quelli che emergono al momento di decidere se cambiare o no la legislazione precedente. San Tommaso si chiede se la legge si debba modificare sempre che si presenta un bene migliore. Partendo dal principio che una legge si cambia rettamente solo quando, così facendo, si contribuisce al bene comune, il Dottore Angelico fa notare però che il solo cambiamento di una legge è già in se stesso un nocumento al bene comune, in quanto la consuetudine aiuta il compimento delle leggi. Pertanto, il cambiamento deve avvenire soltanto quando dalla nuova legge si deriverà un notorio e grande profitto oppure quando c'è un'estrema necessità per rimuovere un'ingiustizia.<sup>15</sup>

<sup>14</sup> Invero ci si può chiedere se, tenendo conto del carattere esterno e sociale dell'ambito legislativo, non sia il caso di abolire del tutto le pene *latae sententiae*, come anche di rivedere il regime di alcune irregolarità.

<sup>15</sup> S. Th. I-II, q. 97, a. 2. A sostegno della sua dottrina, San Tommaso cita la sentenza di Ulpiano, che afferma: «in rebus novis constituendis, evidens debet esse utilitas, ut recedatur ab eo iure quod diu aequum visum est» (Dig. 1.4.2).

Nella Chiesa esiste ormai – valga il gioco di parole – una lunga tradizione di rispetto della tradizione nell’ambito giuridico. I momenti più difficili e delicati, in quanto potevano rompere in qualche modo questa tradizione, sono stati – nella Chiesa latina – le due codificazioni. I maggiori timori emersi dinanzi all’applicazione, per la prima volta, della tecnica della codificazione furono proprio relativi alla possibile rottura con il passato, malgrado il Codice piano-benedettino si presentasse con l’intenzione di raccogliere la tradizione canonica, senza nessuna pretesa di cambiamento (altra questione è il risultato).<sup>16</sup> Certamente l’impianto normativo anteriore alla codificazione favoriva un sistema giuridico di stampo prevalentemente giurisprudenziale, dove le problematiche connesse ai cambiamenti legali erano meno sentite. Nella seconda codificazione, esistendo il precedente del Codice del 1917, non venne a galla la questione della codificazione del diritto canonico, ma, poiché il Codice voleva tradurre in linguaggio giuridico il Vaticano II,<sup>17</sup> era presente a monte la grande questione che aveva posto il Concilio circa l’equilibrio tra tradizione e rinnovamento.<sup>18</sup>

Comunque sia, ciò che interessa ora rilevare è che il sistema legale canonico vigente si basa sulla tecnica della codificazione, tecnica che agevola la realizzazione dell’arte legislativa, ma che comporta, tra gli altri, il rischio, avvertito dalla canonistica contemporanea all’elaborazione del Codice del 1917, di irrigidire le norme, rendendole obsolete o inadeguate con il trascorrere del tempo. Ritengo, quindi, che nel momento attuale il pericolo più grave per il legislatore ecclesiastico non sia tanto quello di eccedere nei cambiamenti legislativi, quanto quello di lasciarsi trattenere dall’inerzia della codificazione o di considerare il Codice come norma rigida troppo difficile da

<sup>16</sup> Cfr., per esempio, R. ASTORRI, *Le leggi della Chiesa tra codificazione latina e diritti particolari*, Padova 1992, pp. 9-44; M. FALCO, *Introduzione allo studio del “Codex Iuris Canonici”*, ed. a cura di G. Feliciani, Bologna 1992, pp. 87-122 e i contributi in questa stessa opera di G. FELICIANI, *Mario Falco e la codificazione del diritto canonico*, pp. 13-49 e R. ASTORRI, *L’“Introduzione” del Falco nel dibattito sulla codificazione*, pp. 51-79; P. GASPARRI, *Storia della codificazione del diritto canonico per la Chiesa latina*, in PONTIFICIUM INSTITUTUM UTRIUSQUE IURIS, *Acta congressus iuridici internationalis saeculo a Decretalibus Gregorii IX et XIV a Codice Iustiniano promulgatis. Romae 12-17 novembris 1934*, vol. 4, Romae 1937, pp. 1-10; J. LLOBELL, E. DE LEÓN, J. NAVARRETE, *Il libro “de processibus” nella codificazione del 1917. Studi e documenti*, vol. 1, Milano 1999, specie pp. 17-49; C. FANTAPPIÈ, *Introduzione storica al diritto canonico*, Bologna 1999, pp. 213-232. Circa l’incidenza del Codice del 1917 nel diritto canonico, vid. J. HERVADA, P. LOMBARDÍA, *Introducción al Derecho Canónico*, in *Comentario exegetico al Código de Derecho Canónico*, a cura di A. Marzoa, J. Miras, A. Rodríguez-Ocaña, vol. 1, Pamplona 1996, pp. 150-153.

<sup>17</sup> Cfr. GIOVANNI PAOLO II, cost. ap. *Sacrae disciplinae leges*, del 25 gennaio 1983, «AAS», 75 (1983), p. XI.

<sup>18</sup> Sul tema, sia pure in maniera sintetica, ma molto chiara, oltre che autorevole, cfr. BENEDETTO XVI, *Discorso alla Curia Romana*, del 22 dicembre 2005, «AAS», 98 (2006), pp. 40-53.

modificare, al modo delle Costituzioni degli ordinamenti civili, quando in realtà la gran parte delle norme codiciali non hanno carattere costituzionale. È da ricordare peraltro che i codici civili che hanno perdurato per molto tempo hanno subito delle deroghe o aggiunte. Senz'altro, bisognerebbe assolutamente evitare, per motivi di chiarezza, l'operare modifiche al Codice mediante strumenti non adatti alla deroga delle leggi – come sarebbero le “interpretazioni autentiche” che in realtà modificano la legge –, potendo realizzare formalmente la riforma del Codice senza speciali difficoltà tecniche.<sup>19</sup>

L'esistenza di una legislazione universale codificata, peraltro comprensiva di quasi tutte le materie giuridiche, può fomentare l'inoperosità dei legislatori particolari, soprattutto dei vescovi diocesani, i quali contano anche sulla normativa emanata dalle Conferenze Episcopali, malgrado l'impulso che il Vaticano II ha dato alla responsabilità dei vescovi, riconoscendo la loro potestà di governo quali vicari di Cristo nelle porzioni del Popolo di Dio affidategli.<sup>20</sup>

Sia nell'emanare una nuova legge che nel modificare un'altra precedente, il principio fondamentale è la ricerca del bene comune. La verità della virtù della prudenza dipenderà soprattutto dall'individuazione del bene comune. Vale anche per la Chiesa la definizione che il Vaticano II dava di bene comune («l'insieme di quelle condizioni della vita sociale che permettono ai gruppi, come ai singoli membri, di raggiungere la propria perfezione più pienamente e più speditamente»<sup>21</sup>). Vero è che il fine ultimo della legge canonica è la *salus animarum*, ma ciò non toglie che l'obiettivo immediato della legge ecclesiastica sia il raggiungimento del bene comune ecclesiale, il quale va inteso, appunto, come l'insieme di condizioni che consente ai fedeli di

<sup>19</sup> È da salutare con soddisfazione in questo senso il m. pr. di GIOVANNI PAOLO II, *Ad tuendam fidem*, del 18 maggio del 1998, «AAS», 90 (1998), pp. 457-461.

<sup>20</sup> Cfr. CONCILIO VATICANO II, cost. *Lumen gentium*, nn. 23 e 27 e IDEM, decr. *Christus Dominus*, n. 8 a). Infatti, il can. 391 riconosce espressamente la potestà legislativa dei vescovi diocesani. Sul modo di esercitare questa potestà, cfr. CONGREGAZIONE PER I VESCOVI, direttorio *Apostolorum successores*, del 22 febbraio 2004, Città del Vaticano 2004, n. 67 (sono interessanti agli effetti dell'oggetto del presente lavoro alcune raccomandazioni volte a promuovere la prudenza legislativa dei vescovi: «... i testi canonici siano redatti con precisione e rigore tecnico-giuridico evitando le contraddizioni, le ripetizioni o la moltiplicazione di disposizioni su una stessa materia; porrà anche attenzione alla necessaria chiarezza affinché sia evidente la natura obbligatoria o orientativa delle norme e si conosca con certezza quali condotte vengono prescritte o proibite. A questo fine si avverrà della competenza di specialisti in Diritto Canonico che non dovranno mai mancare nella Chiesa particolare. Inoltre, per regolare come conviene un aspetto della vita diocesana, è condizione previa la precisa informazione sulla situazione della diocesi...»).

<sup>21</sup> CONCILIO VATICANO II, cost. *Gaudium et spes*, n. 26 (cfr. anche *ibidem*, n. 74).

raggiungere la salvezza. È appena il caso di avvertire che con l'espressione *salus animarum* si intende la salvezza eterna (non una certa salute psicologica ottenuta con soluzioni di comodo mal chiamate pastorali), e che la salvezza non può essere vista riduttivamente in termini minimalisti, poiché si entra nel Cielo solo quando si ha una carità perfetta.<sup>22</sup> Ne deriva che la finalità della legge è, più precisamente, creare le condizioni che favoriscono la *perfezione* cristiana dei fedeli: ciò ha molte conseguenze soprattutto nel settore legislativo che organizza l'attenzione pastorale.<sup>23</sup> L'individuazione del vero bene comune ecclesiale, che favorisce il bene spirituale delle anime pur a prezzo del sacrificio di alcuni desideri umani, è ciò che distinguerà la vera prudenza dalla prudenza della carne contro la quale ammonisce la Sacra Scrittura.<sup>24</sup>

## 2. LA DIMENSIONE GIURIDICA DELL'ARTE LEGISLATIVA

### a) *Il rapporto della legge con il diritto*

Senza nulla togliere a quanto sinora esposto circa la natura politica – sempre nel senso ampio indicato – e prudenziale dell'arte di legiferare, è evidente che quest'arte non è aliena al diritto. L'identificazione del mondo giuridico con quello della legge può rispondere ad una concezione normativista e positivista del diritto, ma rispecchia anche una certa realtà. Per cogliere il rapporto della legge con il diritto vale la pena rammentare alcune nozioni basilari sul diritto stesso e sull'arte giuridica.

Sulla scia della tradizione filosofica greca seguita dalla concezione romanista, si può definire il diritto come ciò che appartiene ad ognuno e che perciò gli è dovuto, cioè come l'oggetto della virtù della giustizia, la quale a sua volta si può definire, con la celebre formula attribuita ad Ulpiano: «constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi».<sup>25</sup>

Non è compito della legge, come all'inizio del presente lavoro ricordato, ristabilire la giustizia o dichiararla, ma ordinare la società verso il suo bene, senonché, la legge, nel compiere il suo obiettivo, nel fissare cioè un ordine, costituisce dei diritti, crea doveri, attribuisce competenze, determina l'esercizio di alcuni diritti precedenti, e, oltretutto, l'ordine da essa stabilito deve essere seguito obbligatoriamente, con obbligo di giustizia (di giustizia, appunto, legale). La legge, quindi, in se stessa non è un atto di giustizia (non

<sup>22</sup> Sul tema della *salus animarum* come fine della legislazione ecclesiastica e le sue conseguenze rinvio al mio lavoro *Pastorale e diritto nella Chiesa*, in *Vent'anni di esperienza canonica: 1983-2003*, a cura del Pontificio Consiglio per i Testi Legislativi, Città del Vaticano 2003, pp. 159-180.

<sup>23</sup> Cfr., per esempio, A. DEL PORTILLO, *Laici e fedeli nella Chiesa. Le basi dei loro statuti giuridici*, Milano 1999, pp. 69-71.

<sup>24</sup> Cfr. Rom., 8, 6.

<sup>25</sup> Dig. 1.1.10.

è il suo oggetto dare a ciascuno il suo), non è di per sé un atto dovuto in giustizia (esiste il dovere giuridico di governare, ma difficilmente si potrà concretizzare nel dare una determinata legge), eppure la legge è in relazione con l'ambito giuridico, in quanto essa è un atto costitutivo di diritti.

La canonistica è solita segnalare, fra gli effetti della legge, la *vis directiva* e la *vis coactiva*. Con la *vis directiva* si intende l'effetto di condurre le condotte, che è quello che producono le norme *praecipientes*, *prohibentes* e *permittentes*, mentre con la *vis coactiva* si intende l'effetto di punire e di invalidare o inabilitare.<sup>26</sup> Ma ritengo sbagliato pensare che le leggi aventi solo la *vis directiva* (le cosiddette *leges imperfectae*) abbiano un'efficacia solo morale, prive di ogni valore giuridico,<sup>27</sup> poiché, se la norma direttiva stabilisce come obbligatoria una determinata condotta, essa è dovuta in giustizia, e un altro (un terzo o la comunità) avrà il diritto di vedere osservata tale condotta, e, in quanto alle leggi permissive (nel senso di *permittentes*), è ovvio che esse hanno l'effetto giuridico di costituire il diritto di seguire la condotta permessa. La legge *directiva* crea, sì, un dovere morale, ma un dovere che riguarda la virtù della giustizia, e quindi la giuridicità. Non va peraltro dimenticato che l'aggettivo "giuridico" fa riferimento allo *ius*. Che le leggi non prevedano una sanzione (pena o effetto irritante) alla loro trasgressione (perciò *leges imperfectae*) non significa neanche che non se ne derivino delle conseguenze giuridiche, anche pratiche (ricorsi, sanzioni amministrative, ecc.).

Si può, dunque, riassumere la relazione della legge con il diritto ricorrendo ad un celebre passo di San Tommaso in cui egli afferma: «*lex non est ipsum ius, proprie loquendo, sed aliqualis ratio iuris*». <sup>28</sup> La *ratio* è l'idea che l'artefice ha della sua opera; la legge è la *ratio* dello *ius* o dello *iustum*, cioè dell'operare giusto, indica il cammino di ciò che è giusto, diritto.

Questa *ratio iuris* è opera di un atto umano (fermo restando che vi sono diritti anteriori ad ogni norma umana, la cui legge o *ratio* si scopre nella stessa realtà naturale o soprannaturale). Non è possibile concepire la legge come se fosse un'entità sorta dal nulla, al modo dell'idea illuministica delle leggi propugnata da Montesquieu,<sup>29</sup> ma la legge è sempre frutto di scelte umane. Poiché la legge è il risultato di un atto umano, si richiede che essa abbia la caratteristica essenziale della razionalità, non nel senso razionalista che la legge sia frutto del libero raziocinio del legislatore, ma nel senso che deve essere adeguata alla realtà, in quanto è proprio della ragione adeguarsi alla realtà conosciuta, giacché, per ordinare, bisogna anzitutto conoscere la

<sup>26</sup> Cfr. in questo senso G. MICHIELS, *Normae Generales Iuris Canonici. Commentarius Libri Codicis Iuris Canonici*, vol. I, Parisiis-Tornaci-Romae, 1949, p. 295.

<sup>27</sup> Opinione però ricorrente tra i canonisti (cfr. per esempio, *ibidem*, pp. 298 e ss.).

<sup>28</sup> S. Th., II-II, q. 57, a. 1, ad 2.

<sup>29</sup> Cfr. CH. MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, Paris 1819.

realtà che si intende regolare, in modo tale che l'ordine imposto sia adeguato al raggiungimento del bene (del fine) della realtà ordinata.<sup>30</sup> Il legislatore deve essere prima di tutto un ermeneuta della realtà (compiendo gli atti prudenziali di *consiliari* e *iudicare*) per poi decidere l'ordine da stabilire. Ne segue che la razionalità limita intrinsecamente il potere legislativo, poiché la norma giuridica deve essere conforme con la natura umana, con la realtà e con il bene sociale, altrimenti non introdurrebbe un ordine, ma un disordine e, quindi, non sarebbe norma. In altri termini, nel legiferare occorre tenere conto della realtà preesistente, anzitutto dei diritti naturali e, nella legislazione canonica, di quelli promananti dalla costituzione essenziale della Chiesa fondata da Cristo, e di altri diritti previamente acquisiti.<sup>31</sup>

Esula da queste riflessioni uno studio approfondito sulla razionalità della norma giuridica e sulle sue conseguenze, ma vale la pena ribadire che l'esigenza della razionalità non intacca minimamente la potestà *giuridica* del legislatore, proprio perché si tratta di una potestà giuridica avente come fondamento la necessità di svolgere una funzione, che genera un obbligo giuridico di obbedienza, e non un mero dovere morale di osservanza. Per poter raggiungere il suo bene, infatti, la società ha bisogno di un ordine; il legislatore è proprio colui che ha la missione (è un *suum*) di stabilire tale ordine, e, perciò, esiste il dovere di giustizia di seguire la legge, ma questo dovere, proprio perché è di giustizia, è intrinsecamente delimitato dal contenuto della funzione di governare. Ne segue che la deviazione o l'eccesso di potere non generano nessun obbligo di giustizia di obbedire – a meno che la disobbedienza rechi un danno ingiusto alla comunità –, perché non c'è esercizio di una funzione, ma al contrario una disfunzione (senza togliere che si possa, e talvolta sia addirittura consigliabile sul piano morale, obbedire per motivi di carità). Insomma, l'esigenza della razionalità non è un'esigenza estrinseca all'attività legislativa.

Né si pensi che il richiamo alla razionalità sia un elemento di insubordinazione o un fattore di insicurezza giuridica. A parte la presunzione a favore della razionalità della norma emanata dall'autorità competente, va sottolineato che la razionalità non rinvia a delle idee soggettive del legislatore o

<sup>30</sup> Recentemente ha insistito sulla razionalità nell'esercizio dell'autorità ecclesiastica E. G. SARACENI, *L'autorità ragionevole. Premesse per uno studio del diritto canonico secondo il principio di ragionevolezza*, Milano 2004.

<sup>31</sup> Non si deve confondere il potere legislativo con un potere dispotico che pretendesse di cambiare tutto senza tenere conto della realtà. Questo aspetto è stato messo bene in rilievo a proposito della liturgia e della sua regolamentazione da parte del Papa, il quale non può essere inteso come un «monarca assoluto, ma, al contrario, come il garante dell'obbedienza rispetto alla parola tramandata: la sua potestà è legata alla tradizione della fede e questo vale anche nel campo della liturgia» (J. RATZINGER, *Introduzione allo spirito della liturgia*, Milano 2001, p. 162).

dell'interprete, ma alla realtà delle cose, molto più sicura, stabile e oggettiva che altri meccanismi artificiali volti a creare la sicurezza giuridica.

b) *Il rapporto dell'arte legislativa con l'arte giuridica*

L'arte di legiferare fa parte, come sopra rilevato, dell'arte di governo, ma con dei risvolti giuridici di grande importanza, onde è possibile ipotizzare che deve pur avere una qualche relazione con l'arte giuridica. Non per nulla è comune l'abbinamento dei giuristi con le leggi. Per delimitare bene la funzione di queste due arti conviene ricordare, sia pure brevemente, in che cosa consiste l'arte del diritto.<sup>32</sup>

Essendo la giustizia la virtù di dare a ciascuno il suo, per poter praticarla bisogna prima identificare il *suum*, lo *ius* di ognuno. Indicare il diritto, a chi appartengono le cose, in quale misura, quale è la soluzione giusta del caso che ci si presenta è un'attività non sempre facile e, comunque, un'attività che bisogna saper svolgere; richiede, cioè, un'arte, per l'appunto l'arte giuridica, l'arte dello *ius-dicere*: è l'arte del giudice, che indica il diritto con potestà (con forza vincolante per le parti), l'arte dell'avvocato, che mette in rilievo il diritto della parte da lui patrocinata. Giurista è colui che possiede l'arte giuridica.

L'arte giuridica, e ancor di più la scienza giuridica, necessita della logica. Il giurista si può servire di tecniche per svolgere la sua arte. Ma il diritto non è né logica né tecnica, ma un'arte. La confusione, peraltro tanto frequente, dell'arte giuridica con la logica o con la tecnica proviene da una concezione normativista del diritto: se il diritto si confonde con la norma, il giurista sarà l'esperto delle norme, dell'applicazione (logica e tecnica) della regola generale al caso singolare. Per applicare, infatti, una regola generale e astratta ad una singola fattispecie, occorre realizzare un'operazione logica volta a verificare se il caso concreto rientra nella fattispecie astratta della legge, considerata all'interno del sistema logico-normativo. Allo stesso tempo, l'applicazione di regole generali a casi singoli è un'attività tecnica, consistente nell'attuare automaticamente meccanismi già previsti e concetti previamente elaborati. La considerazione del diritto come logica e come tecnica, oltre che partire da una visione normativista del diritto, riduce il giurista ad un servitore acritico della legge, che facilmente devia nella figura manzoniana dell'azzecagarbugli. Viceversa, la concezione del diritto come ciò che è giusto porta a concepire la figura del giurista come colui che ha la *recta ratio* dell'identificazione del *iustum*, che ha, cioè, l'«*ars boni et aequi*».<sup>33</sup>

<sup>32</sup> Un'esposizione sintetica e magistrale del tema si può vedere in J. HERVADA, *Introduzione critica al diritto naturale*, Milano 1990, pp. 1-6.

<sup>33</sup> *Dig. 1.1.1* (il corsivo è, ovviamente, mio).

L'arte giuridica non ha come oggetto proprio la legge (né la sua elaborazione né la sua conoscenza), ma non è certamente aliena ad essa. Giova ricordare che per delineare il diritto e la sua misura, occorre dapprima identificare il suo titolo, e, sebbene non tutti, molti diritti hanno il loro titolo nella legge, giacché, come sopra evidenziato, la legge, nello stabilire un ordine, attribuisce diritti, distribuisce competenze, qualifica giuridicamente le situazioni (specificandone gli effetti giuridici), statuisce obblighi di giustizia, ecc. Ne segue che il giurista dovrà conoscere le leggi per compiere il suo mestiere, senza dimenticare il monito del giurista romano classico: «scire leges non hoc est verba earum tenere, sed vim ac potestatem». <sup>34</sup> Si spiega, dunque, perché si è soliti identificare il giurista con l'uomo di leggi. Ad ogni modo, è appena il caso di ribadire che identificare la conoscenza delle leggi con l'arte giuridica risulta riduttivo e fuorviante, giacché esistono anche molti diritti (e non solo quelli naturali e quelli derivanti dalla costituzione essenziale della Chiesa) che non possiedono un titolo legale, come sono i diritti risultanti dall'esercizio dell'autonomia privata. Inoltre non va neppure dimenticato che la legge, essendo una regola generale, non può tenere conto di tutti i particolari della realtà, sicché il discernimento dello *ius* chiede una valutazione delle circostanze del caso per giungere alla soluzione giusta, anzi, il discernimento dello *ius* non passa tanto attraverso l'applicazione logica della regola generale al caso singolare, quanto attraverso l'individuazione della dimensione giuridica insita nella realtà del caso singolo.

In sintesi, benché non si possa confondere il compito del giurista con la mera conoscenza della legge, è innegabile che il giurista necessita abitualmente conoscere la legge per adempiere la sua funzione; si tratta di un passo previo al giudizio sul diritto. Conoscenza che non è una mera percezione del dato positivo normativo, bensì l'interpretazione della legge, che porta a capire l'ordine stabilito mediante la promulgazione del testo legale, in modo da essere in grado di determinare lo *ius*. Ne segue la padronanza che del contenuto e di altri aspetti della legislazione ha solitamente il giurista. Tuttavia, occorre superare la vecchia e povera idea, frequente purtroppo in ambiti ecclesiali, che considera il buon giurista come colui che conosce molte leggi, in luogo dell'uomo che sa indicare il diritto, e lo studio del diritto come l'apprendimento mnemonico dei testi legali, anziché come la conoscenza scientifica del *iustum*, che reca con sé, tra l'altro, un bagaglio di conoscenze che consente di capire il senso giusto stabilito dalle leggi in modo da poterle applicare con giustizia.

Continuando con questa descrizione sintetica dell'arte giuridica, giova ora osservare che la pratica dell'arte giuridica non riguarda essenzialmente

<sup>34</sup> Dig. 1.3.17 (Celso).

l'esercizio della virtù della giustizia. L'oggetto dell'arte giuridica è "dire" il diritto, indicarlo, non quello di "darlo".<sup>35</sup> Naturalmente, l'unità della vita personale porterà l'esperto in diritto ad amare la giustizia, altrimenti sarà difficile in pratica che riesca a capire il diritto a causa dell'influsso che la volontà, e la vita morale in generale, esercita di fatto sull'intelletto, ma di per sé l'attività del giurista non si regge direttamente per la virtù della giustizia. Dovendo il giurista realizzare un'attività, quella di dire il diritto, l'arte giuridica si regge anche per la virtù che suppone la *recta ratio agibilium*, cioè la prudenza: *iuris-prudentia*. Aristotele, parlando della prudenza giuridica, parla di una parte speciale di questa virtù: la *gnome*,<sup>36</sup> che San Tommaso spiega come la virtù che giudica secondo i principi più alti e perciò è capace di offrire una soluzione equa diversa da quella prevista dalla regola generale, cioè che permette di applicare l'*epicheia*.<sup>37</sup>

Alla luce di queste considerazioni si può ora tornare al momento della produzione normativa, per ribadire che l'arte legislativa fa parte dell'arte politica e che, di conseguenza, non è da confondersi con quella giuridica, ma che al contempo è possibile identificare numerosi risvolti giuridici presenti al momento dell'emanazione di una legge, che giustificano e postulano l'intervento dei giuristi. Non per nulla è universale l'esperienza di contare su giuristi al momento di redigere i testi legali.

Infatti, poiché il giurista, a motivo del suo specifico ruolo, deve avere una padronanza dei testi legislativi e delle sue tecniche, ha esperienza nell'interpretare testi legislativi, conosce la portata di certe formule legali, è al corrente della normativa vigente, ecc., può dare un importante contributo al legislatore al momento di formulare una nuova legge. Fa parte della prudenza legislativa (*consiliari*) ricorrere ai professionisti del diritto per ricavare i dati necessari al momento di emanare una nuova legge. Un giurista, infatti, potrà far vedere le conseguenze non desiderate di una certa formula, il contrasto di una progettata disposizione con un'altra in vigore di rango superiore, l'ambiguità di una determinata espressione, il significato giuridico di un determinato vocabolo, e via discorrendo. In questo senso, anche la dottrina scientifica contribuisce al perfezionamento delle leggi, soprattutto quando elabora delle proposte *de iure condendo*, ma non solo in tali occasioni, giacché con il solo fatto di riflettere e di studiare approfonditamente i profili di giustizia insiti nei diversi istituti contribuisce a migliorare l'arte giuridica (*non est iuris prudentia sine iuris scientia*) e, di riflesso, anche quella legislativa.

<sup>35</sup> Il giurista può essere tenuto ad esercitare il suo mestiere (per esempio, il giudice a dettare sentenza, l'avvocato a presentare la difesa), e, in tal caso, quando dice il diritto adempie pure un dovere di giustizia, ma "dire" il diritto di per sé non è oggetto della virtù della giustizia (lo può essere come qualsiasi altra professione).

<sup>36</sup> ARISTOTELE, *Etica Nichomachea*, libro V, 10.

<sup>37</sup> Cfr. S. Th. II-II, q. 120, a. 1 e 2.

Ma, soprattutto, non va dimenticato che legiferare è stabilire un ordine, che può essere nuovo, ma non è creare una novità assoluta: si ordina una realtà preesistente dove esistono già diritti e doveri che vanno rispettati anche dal legislatore.<sup>38</sup> Ne segue che il compito primario e specifico del giurista al momento di progettare una legge è giudicare (*ius-dicere*) se l'ordine che si pretende stabilire è giusto o meno, cioè se è possibile giuridicamente (nel senso stretto del termine, di conformità con lo *ius*) o no, se darebbe luogo a uno *ius* o a una *iniuria*. Non è il giurista a decidere quale deve essere l'ordine da stabilire, ma gli spetta valutarlo sotto il profilo della giustizia. Sarebbe quindi una riduzione indebita limitare l'intervento consultivo del giurista ai soli aspetti tecnici dell'elaborazione della legge (alla ricerca di formulazioni indipendentemente dal loro contenuto). Così facendo, in realtà non si consulta il giurista, che ha l'*ars boni et aequi*, ma il tecnico di testi normativi. Una siffatta riduzione rischia di sboccare in una strumentalizzazione dell'arte giuridica (e del giurista) per il raggiungimento di beni immediati che possono però conculcare dei diritti.

Naturalmente, che non si possa limitare l'intervento consultivo del giurista ai soli aspetti tecnici redazionali, non significa minimamente che l'esperto in diritto possa decidere sul merito "politico" della legge. Stabilire positivamente un determinato ordine, organizzare, distribuire cariche e competenze, ecc., spetta a colui «qui curam communitatis habet», non agli esperti. Il parere del giurista deve muoversi sul piano giuridico (cioè della giustizia), non su quello dell'opportunità delle decisioni di governo, fermo restando che al giurista spetta anche valutare la giustizia delle conseguenze pratiche ragionevolmente prevedibili anche quando la formula legale sia di per sé ineccepibile nella sua astrattezza.

### 3. LA LEGALITÀ NEL LEGIFERARE

Quanto detto finora ben si potrebbe riassumere nella celebre descrizione della legge che sant'Isidoro di Siviglia, facendo tesoro della saggezza classica, tramandò alla cristianità medievale e che Graziano raccolse nel Decreto: «Erit autem lex honesta, iusta, possibilis, secundum naturam, secundum consuetudinem patriae, loco temporisque conveniens, necessaria, utilis, manifesta quoque, ne aliquid per obscuritatem inconueniens contineat, nullo privato commodo, sed pro communi utilitate civium conscripta».<sup>39</sup> È interessante far notare che San Tommaso si chiede se l'elencazione non sia su-

<sup>38</sup> Aristotele avvertiva che del giusto civile una parte è di origine naturale, un'altra si fonda sulla legge (cfr. ARISTOTELE, *Etica Nicomachea*, v, 7).

<sup>39</sup> SANT'ISIDORO DI SIVIGLIA, *Etymologiarum*, L. 2, cap. 10, n. 6 (PL 82.131), raccolto da GRAZIANO (D.4 c.2).

perflua, ma risponde negativamente.<sup>40</sup> Può essere utile commentare brevemente la descrizione riportata.

È già stato evidenziato che la legge deve essere giusta: non perché debba (solitamente) compiere un dovere di giustizia, e non perché sia costitutiva di diritti, ma perché nello stabilire l'ordine deve rispettare i diritti precedenti, prima di tutti quelli naturali («secundum naturam») e, nella Chiesa quelli promananti dalla sua costituzione essenziale. Del resto, fa parte della giustizia (distributiva) che la legge miri al bene comune, non a quello dei singoli.

Interessante anche il realismo che traspare nella descrizione commentata: la legge deve essere possibile, adattata alle consuetudini e alle circostanze di tempo e luogo. La legge non è un ordine ideale, razionalistico, una formula avulsa dalla realtà sociale, ma è l'ordine di una comunità in un determinato momento storico; non è legge quella che la comunità alla quale si rivolge è impossibilitata a compiere (*ad impossibilia nemo tenetur*). È anche una manifestazione di realismo la caratteristica della utilità e la necessità: introdurre un nuovo ordine comporta quanto meno un incomodo per la comunità, che si deve adattare al nuovo ordine. La novità, come sopra ricordato a proposito della prudenza legislativa, deve essere riservata per i casi necessari, e non si possono reputare necessari se non recano una qualche utilità. Va osservato che talvolta le leggi superflue o inutili, proprio perché introducono regole inadeguate, possono ledere dei diritti. Perciò, contrariamente agli stereotipi comuni, il buon giurista tende ad evitare l'emanazione di leggi non del tutto necessarie, preferendo lasciare spazi di libertà e la possibilità che la comunità sviluppi ordini in maniera spontanea, attraverso gli usi, la prassi e la giurisprudenza (è il normativismo positivista a necessitare della regolamentazione legislativa di tutta la vita sociale).

Naturalmente, queste considerazioni non possono essere intese unilateralmente, come se il legislatore non potesse incidere nella vita della comunità o come se le circostanze sociali richiedessero sempre un indebolimento della disciplina ecclesiastica. Al contrario, talvolta le circostanze sociali possono consigliare un intervento dell'autorità competente limitativo dei diritti per raggiungere un determinato bene comune.

Oltre a queste note che appaiono come di maggiore rilievo, ce n'è anche un'altra che, pur sembrando secondaria, non manca di importanza, e che è proprio quella sulla quale desidero ora soffermarmi: la legge dovrà essere «manifesta quoque, ne aliquid per obscuritatem inconueniens contineat». Certamente non si può pretendere una chiarezza perfetta: il linguaggio uma-

<sup>40</sup> Cfr. S. Th., I-II, q. 95, a. 3; cfr. anche F. SUÁREZ, *Tractatus de legibus ac Deo legislatore in decem libros distributus*, Conimbricæ (1612=Madrid 1968), III.15.1.

no non è sempre univoco e la sua comprensione varia spesso a seconda del luogo e del tempo. E, comunque, non ci si può illudere con un'applicazione automatica della legge grazie alla sua evidenza, perché anche nel caso di una legge avente una grande chiarezza letterale, occorrerà il ruolo dell'interprete, giacché la legge non è un testo letterario, ma un ordine espresso in un testo. Ma rientra nell'arte (nel saper fare) del legislatore trovare le formule più chiare per i testi legislativi. Peraltro va osservato che qui non si tratta di una caratteristica meramente desiderabile, ma è anzitutto un'esigenza giuridica: i destinatari della legge hanno diritto a conoscere (chiaramente) la legislazione in vigore. Del resto, il solo fatto che la legge sia dubbia comporta già un inconveniente, oltre che una minore efficacia del governo.

Da quanto esposto sinora nel presente lavoro, risulta evidente l'importanza della motivazione di una legge agli effetti della sua chiarezza. In questo senso giova rilevare che le "interpretazioni autentiche", date per *modum legis* ma racchiuse in formule laconiche, come se fossero rescritti, oltre ad avere l'oscurità prima evidenziata di introdurre un cambio legislativo mediante una "interpretazione", hanno inoltre il grave inconveniente di non essere motivate.

Per raggiungere la chiarezza dovuta, il legislatore dovrà esercitare prudentemente la sua arte. Per esempio, un modo di essere chiari è, senz'altro, definire i concetti utilizzati e gli istituti regolati, ma prevedendo con prudenza le implicazioni delle definizioni legali;<sup>41</sup> talvolta è totalmente legittimo e persino conveniente far ricorso ai c.d. concetti giuridici indeterminati – i quali segnano comunque un indirizzo legale preciso –, poiché sarebbe ingenuo pretendere di risolvere tutti i problemi giuridici *a priori* in sede legislativa. Rientra anche nella valutazione prudente del legislatore la determinazione dell'ambito di discrezionalità che deve essere lasciato alle autorità esecutive e giudiziarie. La valutazione dipenderà logicamente dai valori che sono in gioco. In questo senso, appare opportuno ridurre al massimo lo spazio lasciato alla discrezionalità in ambito penale, visto che va tutelata la sicurezza giuridica dei singoli dinanzi ad eventuali privazioni di beni giuridici.<sup>42</sup>

La chiarezza richiesta in una norma non si limita al tenore letterale del suo testo, ma essa deve essere patente anche in ciò che riguarda il suo valore normativo, il suo rango, la sua efficacia per derogare ad altre norme, la sua applicabilità a situazioni passate, ecc. Questi aspetti vengono regolati dalle norme di normazione, esistenti negli ordinamenti giuridici più sviluppati.<sup>43</sup>

<sup>41</sup> «Omnis definitio in iure civili periculosa est: parum [rarum?] est enim, ut non subverti possit» (*Dig.* 16.17.202 [Iavolenus]).

<sup>42</sup> Andrebbe perciò rivista la scelta del Codice del 1983 di prevedere tante pene facoltative («puniri potest») o indeterminate («iusta poena puniatur»).

<sup>43</sup> È significativo che il Digesto e il Decreto di Graziano incomincino trattando delle co-

Queste norme, assieme alla dottrina scientifica, contribuiscono a creare tecniche normative, come, per esempio, la codificazione, la gerarchia normativa, ed altre, le quali non sono, ovviamente, strettamente necessarie, ma costituiscono indubbiamente un ausilio per il legislatore.

È innegabile che molte di queste tecniche legislative sono state sviluppate in un contesto problematico, di opposizione politica al potere legislativo e di garantismo dei diritti con le sole risorse del positivismo giuridico, ma è altrettanto innegabile che esse giovano alla chiarezza normativa, e di fatto alcune sono state assunte dalla Chiesa. È stata tralasciata la tecnica degli ordinamenti costituzionali di contare su una legge fondamentale universale a cui tutte le altre leggi devono sottostare sotto pena di nullità, ma è stata comunque introdotta – su spinta tra l'altro della dottrina<sup>44</sup> – una gerarchia normativa (oltre a quella che c'è per via della differenza fra il legislatore supremo e i legislatori inferiori) derivata dalla distinzione di funzioni, il che ha dato luogo ad una tipizzazione legale di norme canoniche. Infatti, a parte la relazione gerarchica fra legge universale (emanata dal legislatore universale, supremo) e legge particolare regolata dal combinato disposto dei canoni 20 e 135 § 2, esiste la sottomissione delle norme amministrative generali (decreti generali esecutivi e istruzioni, statuti e «ordines») alla legge.<sup>45</sup>

Le regole canoniche di produzione normativa sono assai semplici se paragonate con quelle civili, soprattutto per quel che riguarda il processo di produzione. Ciò è dovuto in parte al fatto che gli organi aventi potestà legislativa sono solitamente unipersonali, sebbene non manchino organismi collettivi con potestà normativa, soprattutto a livello amministrativo. Comunque sia, ci sono certe esigenze formali dell'attività legislativa, alcune connaturali all'arte legislativa e altre di introduzione recente, che formano ciò che si può chiamare la legalità nel legiferare.<sup>46</sup> La semplicità delle esigenze legali in materia di emanazione delle norme non dovrebbe escluderne l'obbligatorietà, ma piuttosto al contrario, oltre al dovere di esemplarità che grava sulle autorità interessate. Obbligatorietà che non promana soltanto dalle leggi positive di normazione, ma anche dalla necessità intrinseca del-

stituzioni (cioè delle leggi), come faceva anche il Codice del 1917, che lo aveva così previsto fin dai primi schemi.

<sup>44</sup> Cfr., per esempio, gli interventi nel III Congresso Internazionale di Diritto Canonico in *La norma canónica. III Congreso Internacional de Derecho Canónico. Pamplona 10-15 octubre 1976*, 2 voll., Pamplona 1979.

<sup>45</sup> Su questo rinvio al mio studio *L'attività normativa dell'Amministrazione ecclesiastica*, «Folia Canonica», 5 (2002), pp. 59-84 e la bibliografia ivi citata.

<sup>46</sup> Uno dei canonisti che ha più richiamato l'attenzione sulla necessità di rispettare questa legalità è stato sicuramente P. LOMBARDÍA (cfr., p. es., di questo autore *Legge, consuetudine ed atti amministrativi nel nuovo Codice di diritto canonico*, in *Il nuovo Codice di diritto canonico*, Bologna 1983, a cura di S. Ferrari, pp. 69-101).

la legge di essere «manifesta (...) ne aliquid per obscuritatem inconueniens contineat».

La Chiesa gode di due millenni di esperienza e di tradizione canonica, e di un bagaglio culturale ricchissimo, che le consente di esercitare con grande prudenza l'arte legislativa, oltre all'elemento più importante che è l'assistenza dello Spirito Santo che, sebbene non comporti il dono dell'infallibilità in materia disciplinare, implica pur sempre un ausilio divino alle autorità ecclesiastiche che devono esercitare il *munus regendi*. Peraltro, è significativa la tradizione esistente al momento di porre in pratica la parte del *consilium*: nell'elaborazione di tante leggi universali, pur essendo il Romano Pontefice l'unico legislatore, vengono consultati molti organismi e persone fisiche e, nei casi dei Codici, è stato consultato tutto l'episcopato interessato.

Tuttavia non altrettanto si può affermare dell'uso delle tecniche al servizio della chiarezza normativa. Vuoi perché non si deve fare i conti con un'opposizione politica, vuoi perché si preferisce rispettare una tradizione di cancelleria, è un dato di fatto che l'attività normativa nella Chiesa potrebbe progredire in diversi punti. Segnalo brevemente di seguito quelli che, a mio parere, si potrebbero perfezionare, con l'intento di contribuire a compiere una delle funzioni proprie della dottrina nei confronti dell'ordinamento canonico.

a) La promulgazione.– Essendo la legge un ordine plasmato in un testo scritto, è *essenziale* che la legge sia stata promulgata.<sup>47</sup> Prima della promulgazione esiste soltanto un progetto di legge senza nessuna efficacia normativa. Contrariamente a ciò che avviene solitamente negli ordinamenti giuridici di stampo parlamentare, la promulgazione nel diritto canonico consiste semplicemente nella pubblicazione ufficiale del testo legislativo avente in sé l'efficacia obbligatoria («publicatio et intimatio», secondo la formula ricorrente nella manualistica che commenta il Codice del 1917). La promulgazione non è da confondersi con la diffusione; la pubblicazione promulgatoria deve avere la nota dell'autenticità del testo promulgato e dell'intenzione vincolante. Una volta promulgato, il testo legale resta fissato, ci vuole la promulgazione di una nuova legge per cambiarlo.

Il can. 8 stabilisce la forma di promulgazione delle leggi ecclesiastiche,<sup>48</sup> che per le leggi universali avviene «per editionem in Actorum Apostolicae Sedis commentario ufficiali, nisi in casibus particularibus alius promulgandi modus fuerit praescriptus», e per le leggi particolari «modo a legislatore de-

<sup>47</sup> Senza entrare nella discussione se l'atto di promulgazione appartenga all'essenza o all'*actus essendi*, basta rifarsi qui, ancora una volta, alla dottrina tomista sulla legge (S. Th., I-II, q. 90, a. 4).

<sup>48</sup> Seguendo il criterio già previsto nella cost. ap. *Promulgandi*, del 29 settembre 1908, di S. Pio X («AAS», 1 [1909], pp. 5-6), con la quale si creava gli *Acta Apostolicae Sedis*, come pubblicazione ufficiale.

terminato». Non è chiaro se il legislatore particolare debba *a priori* determinare il modo in cui promulgherà le leggi.<sup>49</sup> In quanto al legislatore universale, se in un caso particolare volesse promulgare la legge in modo diverso da quello generalmente previsto, dovrebbe dichiararlo espressamente (e ufficialmente), e dunque si potrebbe ipotizzare una promulgazione che non ottemperasse al disposto principale del can. 8 § 1, purché essa abbia gli elementi essenziali di ogni promulgazione (autenticità della pubblicazione del testo scritto e della volontà legislativa). Ad ogni modo, sebbene la discrezionalità lasciata al legislatore ecclesiastico (universale e particolare) possa essere vantaggiosa per evitare inutili rigidità e formalismi, essa comporta la necessità di uno sforzo ulteriore per promulgare in modo chiaro, soprattutto per lasciare palese l'autenticità della pubblicazione e della *intimatio*, senza confonderla con la mera divulgazione. Senza la promulgazione, senza, cioè, la pubblicazione autentica e vincolante, la legge non è tale.<sup>50</sup> Una promulgazione incerta equivale ad una legge incerta fin dall'inizio, il che non solo contrasta con il corretto svolgimento dell'arte legislativa e con l'efficacia della legge, ma soprattutto lede i diritti dei destinatari della legge di essere ben governati e di conoscere la loro propria situazione giuridica. L'esistenza dei nuovi mezzi di comunicazione potrebbe aprire nuove tecniche di promulgazione.

b) Il *nomen iuris* della norma.— La seconda codificazione del diritto della Chiesa ha realizzato un notevole sforzo per definire e classificare i diversi tipi di norme.<sup>51</sup> L'utilità di queste qualifiche "tecniche" è tutt'altro che meramente accademica, in quanto la tipizzazione delle diverse categorie permette di definire gli ambiti di competenza delle autorità e gli effetti giuridici delle norme stesse, il che ha una speciale rilevanza al momento di sottoporre al principio di legalità l'attività normativa delle autorità esecutive (anche se ciò sarà poco efficace finché continui a mancare un controllo giurisdizionale delle norme amministrative). Comunque, la prassi normativa ha continuato ad usare la lunga tradizione di cancelleria che distingue numerosi tipi di documenti a seconda della solennità, dell'importanza del contenuto, del modo di produzione,<sup>52</sup> ma non a seconda dei vigenti ranghi normativi; a

<sup>49</sup> Cfr. J. OTADUY, sub *can.* 8, in *Comentario exegetico al Código de Derecho Canónico*, a cura di A. MARZOA, J. MIRAS e R. RODRÍGUEZ-OCAÑA, Pamplona 1996, vol. I, pp. 308-309.

<sup>50</sup> I testi non promulgati, benché se ne diffonda il contenuto, non possono considerarsi norme giuridiche con efficacia generale, e sono giuridicamente inesistenti, poiché non possono creare nessun effetto giuridico (nessun obbligo di giustizia), non essendo il testo legale pubblicamente conoscibile dal destinatario. Tali testi potranno avere un'efficacia pratica, ben diversa però dall'efficacia giuridica; sulla loro scia si potrà *di fatto* seguire, per esempio, una determinata modalità di processo, ma tale processo non sarà stato eseguito in base a norme giuridiche generali prestabilite.

<sup>51</sup> Cfr., soprattutto, i cann. 29 a 34 e 94 e 95.

<sup>52</sup> Cfr. J. M. GONZÁLEZ DEL VALLE, *Los actos pontificios como fuente del Derecho Canónico*, «Ius Canonicum», 32 (1976), pp. 245-292; per uno studio di carattere descrittivo ed esempli-

volte, anzi, si impiegano alcuni nomi coniati dal Codice in un senso diverso (“decreti” per le leggi particolari, “istruzioni” per documenti non normativi o per norme di un altro tipo). La qualificazione della norma fatta dall’autore stesso nell’*intitulatio* del documento comporterebbe un notevole progresso nell’uso delle tecniche normative che migliorano l’arte legislativa e rendono la legge «manifesta».

c) Identificazione dell’autore della norma.— Lo sforzo per distinguere le funzioni di governo e per classificare i tipi normativi sarà vano se non si può conoscere con certezza chi è l’autore dell’atto normativo e con quale potestà egli agisce. Come è facile intuire, il tema ha speciale importanza al momento di valutare le norme emanate dai Dicasteri della Curia Romana. In questo senso, se un Dicastero ricevesse una delega per legiferare, sarebbe molto opportuno che tale delega venisse regolarmente promulgata, anche per poter conoscere i termini del mandato. In genere, sembra opportuno che nel proemio della norma – come si è fatto, per esempio, nei Codici – si dia notizia delle diverse fasi della sua elaborazione, soprattutto di quelle aventi rilevanza giuridica. Allo stesso modo si potrebbe, per esempio, segnalare esplicitamente nei proemi delle norme che è stato osservato il requisito previsto dall’art. 156 della cost. ap. *Pastor Bonus*, riguardante la funzione del Pontificio Consiglio per i Testi Legislativi di consulenza dei Dicasteri della Curia Romana affinché le loro norme siano conformi al diritto vigente e rivestano la corretta forma giuridica.

In quanto all’approvazione specifica, l’art. 126 § 4 del Regolamento della Curia Romana, che dispone che essa deve constare esplicitamente nella stessa norma approvata, suppone indubbiamente un passo in avanti, seppur contenuto in una norma di rango secondario. Naturalmente, l’approvazione specifica può essere efficace soltanto a partire dalla promulgazione dell’approvazione.<sup>53</sup> Nel caso in cui tutta la norma venisse approvata specificamen-

ficativo dei diversi tipi di documenti pontifici, cfr. F. MORRISEY, *Papal and Curial Pronouncements: Their Canonical Significance in Light of the 1983 Code of Canon Law*, Ottawa 1995 (2. ed. aggiornata da M. Thériault).

<sup>53</sup> Alcune approvazioni specifiche, legittimanti l’attività normativa dei Dicasteri, sono state pubblicate posteriormente alla promulgazione delle relative norme. Cfr. CONGREGATIO PRO DOCTRINA FIDEI, *Professio fidei et iusiurandum fidelitatis in suscipiendo officio nomine Ecclesiae exercendo*, s.d., «AAS», 81 (1989), pp. 104-106, con cui, oltre a stabilire la formula della *professio fidei* e del giuramento di fedeltà, si estendeva l’obbligo del giuramento di fedeltà, previsto dal Codice solo per i vescovi, alle categorie nominate al can. 833, nn. 5-8, il che ricevette l’approvazione specifica del Papa, ma pubblicata posteriormente (cfr. CONGREGATIO PRO DOCTRINA FIDEI, *Rescriptum ex Audientia Sanctissimi*, 19 settembre 1989, «AAS», 81 [1989], p. 1169). Cfr. anche ROTA ROMANA, *Normae Rotae Romanae Tribunalis*, 18 aprile 1994, «AAS», 86 (1994), pp. 508-540, approvate «in forma specifica» dal Papa (cfr. SEGRETERIA DI STATO, *Rescriptum ex Audientia Sanctissimi*, 23 febbraio 1995, «AAS», 87 (1995), p. 366).

te, ci si potrebbe chiedere se non sarebbe meglio che il Romano Pontefice assumesse direttamente ed espressamente la norma come propria.

A seconda dell'autore e del tipo normativo prescelto, si potrà collocare la nuova norma nel livello corrispondente all'interno della gerarchia normativa prestabilita. In seguito al Codice del 1983 e alla cost. ap. *Pastor Bonus*, è possibile scorgere una certa gerarchia normativa nel diritto canonico (il cui impianto è alquanto articolato, in quanto occorre tenere presente due serie di livelli: leggi e norme amministrative di attuazione, da una parte, e normativa universale e particolare, dall'altra). Ma la tecnica della gerarchia normativa si rende in pratica inefficace se non esiste la possibilità di controllare la legittimità delle norme di rango inferiore. Nel vigente sistema canonico, esiste un controllo di conformità della legislazione particolare con quella universale (art. 158 della cost. ap. *Pastor Bonus*), ma manca ancora il controllo di legalità delle norme amministrative emanate dai Dicasteri della Curia Romana.

d) Scelta del valore normativo. – Non basta tendere verso un determinato bene pubblico, ma bisogna anche decidere con quanta forza cogente si vuole imporre un determinato ordine oppure se si vuole semplicemente esprimere un bene possibile e desiderabile. La scelta dell'efficacia normativa che si voglia attribuire alla norma determinerà anche l'autore competente.

Inoltre, nella Chiesa si presenta spesso la necessità o la convenienza di fornire degli orientamenti e degli insegnamenti. Fermo restando il valore pedagogico delle leggi prima evidenziato, toglie chiarezza e certezza al testo legislativo la mescolanza di disposizioni normative con considerazioni magisteriali o con meri orientamenti o esortazioni. Una buona tecnica, invece, è quella di esprimere in un proemio la *ratio* della legge; è lì dove si possono riportare i fini e gli auspici, i quali hanno peraltro un valore interpretativo della legge stessa. Senz'altro andrebbe evitato l'uso degli stessi nomi per documenti con contenuto normativo e per altri contenenti orientamenti pastorali o insegnamenti. I destinatari dei documenti hanno diritto di sapere se si trovano dinanzi ad insegnamenti, ad esortazioni o orientamenti per raggiungere un ideale, oppure davanti a disposizioni vincolanti sotto il profilo giuridico.

e) L'efficacia normativa nel tempo. – Il legislatore non si può limitare a formulare la norma astratta, ma deve tenere conto anche del momento storico in cui essa entra in vigore. Il can. 8 prevede un periodo di *vacatio legis*, ma lascia al legislatore la valutazione dell'opportunità di modificarlo o addirittura di sopprimerlo. Si è soliti affermare in linea teorica la non necessità della *vacatio* (e talvolta addirittura la sua inopportunità), nei casi di norme meramente dichiarative (per esempio di un contenuto del diritto divino) o di una norma che si limitasse a raccogliere una consuetudine, ma è assai difficile in

pratica che una norma non contenga nessuna novità, sicché l'eliminazione di qualsiasi *vacatio* pone problemi non indifferenti al momento di applicare con giustizia una norma. In ogni caso, la riduzione della *vacatio* non può essere arbitraria, ma, essendo una disposizione legislativa, deve anch'essa essere sempre razionale, rispettosa dei diritti dei destinatari della legge.

Nell'emanare una legge si dovrà anche prevedere l'eventuale abrogazione della legislazione anteriore. Il Codice ha regolato la materia della successione di leggi nei can. 20 e 21, ma sussiste in pratica il problema interpretativo delle clausole tradizionali di abrogazione («*contrariis quibuscumque minime obstantibus*» ed altre simili), poiché rimane il dubbio se esse indichino espressamente o no l'abrogazione della legislazione particolare (o, a maggior ragione, di quella speciale o di quella di carattere costituzionale degli enti); come ha rilevato la dottrina, andrebbe rivisto l'utilizzo di queste clausole in ordine allo stabilire con chiarezza l'abrogazione o no della normativa particolare o speciale.<sup>54</sup>

Infine, non si può trascurare la previsione di eventuali disposizioni transitorie. Una legge può essere giusta, ragionevole, in astratto, e porre delicati problemi di giustizia al momento della sua applicazione a situazioni create nel passato e durevoli nel presente e nel futuro. Senz'altro, anche la discrezionalità del legislatore prevista al can. 9 riguardo la possibile retroattività delle leggi è da esercitare in modo razionale e giusto.

<sup>54</sup> Cfr. J. OTADUY, *La relación entre el derecho universal y el particular (a propósito de la Const. Ap. Pastor Bonus)*, «*Ius Canonicum*», 60 (1990), pp. 485-489, pubblicato anche in IDEM, *Fuentes, interpretación, personas*, Pamplona 2002, pp. 115-121.

CARLOS JOSÉ ERRÁZURIZ M.  
LE DISPOSIZIONI RICHIESTE  
PER RICEVERE L'EUCARISTIA,  
ALLA LUCE DEL CANONE 916  
DEL CODICE DI DIRITTO CANONICO\*

1. Considerazioni preliminari. 2. Il fondamento di questo precetto. 3. L'interpretazione della formulazione del precetto nel canone 916.

1. CONSIDERAZIONI PRELIMINARI

MI sento molto onorato dell'invito della Penitenziaria Apostolica a tenere questo incontro con i Padri Penitenzieri sulle questioni morali che possono presentarsi nel ministero penitenziale in relazione al canone 916 del Codice di Diritto Canonico del 1983, secondo il quale «colui che è consapevole di essere in peccato grave, non celebri la Messa né comunichi al Corpo del Signore senza avere premesso la confessione sacramentale, a meno che non vi sia una ragione grave e manchi l'opportunità di confessarsi; nel qual caso si ricordi che è tenuto a porre un atto di contrizione perfetta, che include il proposito di confessarsi quanto prima».<sup>1</sup>

Ovviamente sono stato interpellato come canonista in ragione del fatto che tale obbligo si trova enunciato nel suddetto canone, peraltro sostanzialmente identico al canone 711 del Codice orientale. Ma non posso nascondere il mio imbarazzo, giacché mi è stato chiesto di parlare dei problemi d'indole morale e pastorale che pone la disposizione codiciale, i quali oltrepassano la mia competenza specificamente giuridica quale canonista. Il mio conforto proviene dal fatto che la teologia morale e la canonistica sono state tradizionalmente molto unite nella trattazione dei sacramenti, fino al punto che esistevano dei testi in cui esplicitamente confluivano le due pro-

\* Conferenza ai Penitenzieri Apostolici, Palazzo della Cancelleria, Roma, 6 novembre 2006.

<sup>1</sup> L'originale latino recita così: «Qui conscius est peccati gravis, sine praemissa sacramentali confessione Missam ne celebret neve Corpori Domini communicet, nisi adsit gravis ratio et deficiat opportunitas confitendi; quo in casu meminerit se obligatione teneri ad eliciendum actum perfectae contritionis, qui includit propositum quam primum confitendi».

spettive.<sup>2</sup> Inoltre, mi sembra che oggi, una volta superata almeno in teoria la crisi postconciliare che investì questo precetto, la teologia, sia morale che sacramentale, prediliga altri argomenti, per cui spetti talvolta ai canonisti, specialmente nel commentare questo canone, una sorta di supplenza, nel cercare di illustrare i problemi pratici legati al bene del rapporto dovuto tra penitenza ed Eucaristia. Pur trattandosi di un obbligo morale e non giuridico (perché non correlativo ad un diritto altrui, né perciò giudicabile o sanzionabile dall'esterno, a differenza delle ipotesi previste dal can. 915: scomunica o interdetto irrogato o dichiarato, e perseveranza ostinata in peccato grave manifesto), si è voluto mantenere questa norma nel Codice,<sup>3</sup> il quale peraltro enuncia altri doveri non giuridici, a cominciare da quello di tendere verso la santità (cfr. can. 210). Tra l'altro, ciò serve ad evitare il pericolo di riduzionismo delle esigenze morali del fedele nella Chiesa al solo ambito dei suoi doveri giuridici, ossia di giustizia intraecclesiale.

Apparentemente il canone 916 non fa altro che raggruppare in una sola disposizione i due canoni che si trovavano separati nel Codice del 1917, nel quale vi era un canone per il sacerdote celebrante (can. 807)<sup>4</sup> ed un altro per il fedele che voleva ricevere la sacra comunione (can. 856).<sup>5</sup> È vero che nella nuova codificazione sono state introdotte alcune novità testuali che vedremo più avanti, ma esse comunque non mutano la sostanza del precetto, avente come fonte fondamentale il Concilio di Trento.<sup>6</sup> Tuttavia, ritengo che il mutato contesto storico tra il 1917 e il 1983, soprattutto ciò che è avvenuto in seguito al Concilio Vaticano II, ci serva per approfondire il fondamento di questa norma, e susciti anche nuovi problemi nella sua applicazione, per cui non basti rimandare semplicemente all'esposizione dei manuali tradizionali di teologia morale, senza uno sforzo di rinnovamento entro la continuità.<sup>7</sup> La mia esposizione si articolerà pertanto in due parti: la prima sul fondamento del precetto, riprendendo nel contesto attuale la classica questione

<sup>2</sup> Basti ricordare il ben noto *Tractatus canonico-moralis de Sacramentis* di F. M. CAPPELLO, S. I., 6ª ed., Romae, Marietti, Taurini, 1953.

<sup>3</sup> Superando qualche perplessità, il *Coetus de sacramentis* ha preso esplicitamente nel 1978 la decisione di conservare questo canone nel nuovo Codice (cfr. «Communicationes», 13, 1981, p. 413).

<sup>4</sup> «Sacerdos sibi conscius peccati mortalis, quantumvis se contritum existimet, sine praemissa sacramentali confessione Missam celebrare ne audeat; quod si, deficiente copia confessarii et urgente necessitate, elicit tamen perfectae contritionis actu, celebraverit, quamprimum confiteatur».

<sup>5</sup> «Nemo quem conscientia peccati mortalis gravat, quantumcumque etiam se contritum existimet, sine praemissa sacramentali confessione ad sacram communionem accedat; quod si urgeat necessitas ac copia confessarii illi desit, actus perfectae contritionis prius eliciat».

<sup>6</sup> Cfr. sessione XIII, 11 ottobre 1551, *Decretum de ss. Eucharistia*, cap. 7 e can. 11, in *Denzinger-Hünemann* (d'ora in poi: DH), 1646-1647 e 1661.

<sup>7</sup> Cfr. BENEDETTO XVI, *Discorso alla Curia Romana*, 22 dicembre 2005.

circa la sua origine divina oppure ecclesiastica, poiché sono convinto che un'adeguata prassi pastorale dipenda molto dalla soluzione di tale questione; e la seconda, intimamente dipendente dalla prima, sull'interpretazione del precetto nelle circostanze attuali, soprattutto in tema di determinazione di quella «ragione grave» che, unita alle altre condizioni previste, autorizza a celebrare o ricevere l'Eucaristia senza la previa confessione sacramentale.

## 2. IL FONDAMENTO DI QUESTO PRECETTO

«Io, infatti, ho ricevuto dal Signore quello che a mia volta vi ho trasmesso: il Signore Gesù, nella notte in cui veniva tradito, prese del pane e, dopo aver reso grazie, lo spezzò e disse: "Questo è il mio corpo, che è per voi; fate questo in memoria di me". Allo stesso modo, dopo aver cenato, prese anche il calice, dicendo: "Questo calice è la nuova alleanza nel mio sangue; fate questo, ogni volta che ne bevete, in memoria di me". Ogni volta infatti che mangiate di questo pane e bevete di questo calice, voi annunziate la morte del Signore finché egli venga. Perciò chiunque in modo indegno mangia il pane o beve il calice del Signore, sarà reo del corpo e del sangue del Signore. Ciascuno, pertanto, esamini se stesso e poi mangi di questo pane e beva di questo calice; perché chi mangia e beve senza riconoscere il corpo del Signore, mangia e beve la propria condanna» (1 Cor 11, 23-29).

A queste tanto note quanto forti parole ispirate di San Paolo si richiama il Concilio Tridentino, spiegando poi che «la consuetudine della Chiesa dichiara che quell'esame è necessario perché nessuno, consapevole di essere in peccato mortale, per quanto possa ritenersi contrito, si accosti alla santa Eucaristia senza aver premesso la confessione sacramentale. Il santo Sinodo stabilisce che questa norma deve essere sempre osservata da tutti i cristiani, anche dai sacerdoti obbligati alla celebrazione in ragione del loro ufficio, a meno che non manchino di un confessore. Se poi, per necessità, il sacerdote celebrasse senza essersi prima confessato, si confessi al più presto». <sup>8</sup> Nel canone rispettivo si legge: «Se qualcuno dirà che la fede sola è preparazione sufficiente per ricevere il sacramento della santissima Eucaristia, sia anatema. E perché un così grande sacramento non sia ricevuto indegnamente e, quindi, per la morte e la condanna, lo stesso Sinodo stabilisce e dichiara che quelli che sanno di essere in peccato mortale, per quanto si credano contriti, devono accostarsi prima al sacramento della penitenza, se vi è un confessore». <sup>9</sup>

Una classica questione disputata attorno a questi testi, e che ovviamente teneva pure conto dei testimoni della Tradizione della Chiesa circa la re-

<sup>8</sup> Cfr. *ibidem*, cap. 7, in DH, 1647.

<sup>9</sup> Cfr. *ibidem*, can. 11, in DH, 1661.

lazione di questo passo paolino con la penitenza<sup>10</sup> e delle argomentazioni dei teologi, concerneva l'indole divina oppure meramente ecclesiastica del dovere di premettere la confessione sacramentale.<sup>11</sup> Non c'era ovviamente alcun dubbio sulla necessità, sempre e comunque, della contrizione perfetta dei peccati mortali – che include il proposito di confessarsi in seguito – prima di celebrare o di ricevere l'Eucaristia, ma si discuteva se quella «consuetudine della Chiesa», che Trento aveva voluto riproporre, secondo cui di regola occorre premettere la confessione, fosse di diritto divino o di diritto puramente ecclesiastico,<sup>12</sup> vale a dire se essa fosse fondata sulla stessa istituzione divina dei sacramenti da parte di Cristo, oppure si trattasse solo di un precetto introdotto dalla Chiesa per meglio garantire la degna celebrazione e comunione eucaristica. Il Concilio aveva evitato di pronunciarsi in modo definitivo sulla questione, la quale di fatto era rimasta aperta alla libera discussione degli autori. Dal punto di vista morale si era soliti assegnare scarsa importanza a tale controversia, perché i teologi moralisti, quasi all'unanimità, malgrado le loro discrepanze sul fondamento di questa legge, coincidevano nell'affermare che essa comportasse comunque un obbligo moralmente grave.<sup>13</sup> Come vedremo poi, le deroghe previste al dovere di confessarsi prima, essendo sufficiente l'atto di contrizione perfetta con il proposito di confessarsi dopo, venivano concepite come davvero eccezionali.

Questa situazione pacifica mutò radicalmente dopo l'ultimo Concilio ecumenico, e non per effetto di qualche testo conciliare, ma semplicemente come parte di quello spirito critico globale, e di quell'ansia di cambiamenti, che non risparmiò nessun aspetto della dottrina e della disciplina della Chiesa. Nel caso in esame, il terreno era già preparato dai dubbi sul fondamento stesso del precetto, ma si è andato molto oltre, con varie opinioni e proposte tendenti ad eliminare la necessità del ricorso al sacramento della penitenza come via per ottenere la remissione dei peccati mortali, propugnando spesso la tesi secondo cui lo stesso sacramento dell'Eucaristia co-

<sup>10</sup> Circa questi testimoni, cfr. A. MIRALLES, *Base dogmática del precepto de la confesión previa a la comunión*, in *Reconciliación y Penitencia*, v Simposio Internacional de Teología de la Universidad de Navarra, Pamplona, EUNSA, 1983, pp. 833-853.

<sup>11</sup> Per una presentazione della controversia, secondo la sua impostazione in vigore fino al Vaticano II, ma cercando di venir incontro alle questioni pratiche sorte dopo, cfr. M. ZALBA, S. I., *La obligación de confesar los pecados mortales antes de recibir la Eucaristía, ¿urge por derecho sólo eclesíastico o también divino?*, «Theologica», 17 (1982), pp. 53-82.

<sup>12</sup> Queste espressioni – *ius divinum*, *ius ecclesiasticum* – erano molto comuni in questo contesto. In esse la parola *ius* significa *lex*, potendo quindi essere riferita all'aspetto morale del precetto, senza connotare una sua giuridicità in senso proprio.

<sup>13</sup> Cfr. il breve *status quaestionis* offerto da D. PRÜMMER, O.P., *Manuale Theologiae Moralis secundum principia S. Thomae Aquinatis*, 15<sup>a</sup> ed. recognita a P. J. Overbeck, O.P., Romae - Barcinone - Friburgi Brisg., Herder, 1961, t. III, n. 192.

stituirebbe la via ordinaria per la riconciliazione del fedele con Dio e con la Chiesa. Tutto ciò non solo fu oggetto di dibattito teologico, con varie argomentazioni che poggiavano sul potere riconciliativo dell'Eucaristia e sull'interpretazione dei riti penitenziali contenuti in alcune antiche liturgie eucaristiche d'Oriente (in particolare quelle della tradizione siro-antiochena),<sup>14</sup> ma soprattutto si cristalizzò in una prassi assai generalizzata, e purtroppo non ancora superata in diverse aree del mondo, in conformità alla quale la realizzazione di una più diffusa partecipazione dei fedeli alla comunione in ogni Messa, passa attraverso un massivo abbandono di fatto della confessione sacramentale.

Gli interventi magisteriali e disciplinari della Chiesa hanno ribadito spesso in questi anni la vigenza della norma di confessarsi prima di ricevere o celebrare l'Eucaristia in caso di peccato grave.<sup>15</sup> A uno sguardo superficiale potrebbe apparire questa reiterazione come priva di interesse dottrinale. Invece, sono convinto che in questa riproposizione si contenga un vero approfondimento. In tale senso ritengo particolarmente illuminanti alcuni insegnamenti di Giovanni Paolo II.

Anzitutto, è assai significativo che il tema appaia già nell'enciclica programmatica del suo pontificato, la *Redemptor hominis*,<sup>16</sup> in cui il Papa scriveva: «Tutti nella Chiesa, ma soprattutto i Vescovi e i Sacerdoti, debbono vigilare perché questo Sacramento di amore [l'Eucaristia] sia al centro della vita del Popolo di Dio, perché, attraverso tutte le manifestazioni del culto dovuto, si faccia in modo da rendere a Cristo "amore per amore", perché Egli diventi veramente "vita delle nostre anime" (cf. Gv 6, 52-58, 14, 6; Gal 2, 2). Né, d'altra parte, potremo mai dimenticare le seguenti parole di San Paolo: "Ciascuno, pertanto, esamini se stesso, e poi mangi di questo pane e beva di questo calice" (1Cor 11, 28). Questo invito dell'Apostolo indica, almeno indirettamente, lo stretto legame fra l'Eucaristia e la Penitenza. Difatti, se la prima parola dell'insegnamento di Cristo, la prima frase del Vangelo Buona Novella, era "Convertitevi e credete al Vangelo" (metanoèite) (Mc 1, 15), il Sacramento della Passione, della Croce e Risurrezione sembra rafforzare e consolidare in modo del tutto speciale questo invito nelle nostre

<sup>14</sup> Su questo dibattito, cfr. A. GARCÍA IBÁÑEZ, *L'Eucaristia, dono e mistero. Trattato storico-dogmatico sul mistero eucaristico*, Roma, Edizioni Università della Santa Croce, 2006, pp. 636-639.

<sup>15</sup> Oltre ai due Codici canonici, già citati, e ad altri interventi di Giovanni Paolo II che commenteremo nel testo, sono specialmente da segnalare: S. CONGREGAZIONE DEI RITI, istr. *Eucharisticum Mysterium*, 25 maggio 1967, n. 35, in *Enchiridion Vaticanum* (d'ora in avanti: EV), 2/1335; GIOVANNI PAOLO II, esort. apost. *Reconciliatio et paenitentia*, 2 dicembre 1984, n. 27, in EV, 9/1164; CONGREGAZIONE PER IL CULTO DIVINO E LA DISCIPLINA DEI SACRAMENTI, istr. *Redemptionis sacramentum*, 25 maggio 2004, nn. 81-84, «AAS», 96 (2004), pp. 574-575.

<sup>16</sup> 4 marzo 1979, n. 20, in EV, 6/1254.

anime. L'Eucaristia e la Penitenza diventano così, in un certo senso, una dimensione duplice e, insieme, intimamente connessa dell'autentica vita secondo lo spirito del Vangelo, vita veramente cristiana. Cristo, che invita al banchetto eucaristico, è sempre lo stesso Cristo che esorta alla penitenza, che ripete il "Convertitevi" (*ibidem*). Senza questo costante e sempre rinnovato sforzo per la conversione, la partecipazione all'Eucaristia sarebbe priva della sua piena efficacia redentrice, verrebbe meno o, comunque, sarebbe in essa indebolita quella particolare disponibilità di rendere a Dio il sacrificio spirituale (1Pt 2,5), in cui si esprime in modo essenziale e universale la nostra partecipazione al sacerdozio di Cristo».

Queste riflessioni muovono da un rinnovato *realismo della fede*, molto lontano da un approccio meramente testuale-positivistico alla questione. *Il legame tra Eucaristia e penitenza viene nitidamente presentato come verità del rapporto tra questi due sacramenti*, ossia in termini intrinseci,<sup>17</sup> non quale connessione di mera convenienza, stabilita da un atto della volontà e della potestà che presupporrebbe due realtà sacramentali istituite in maniera separata, ed unite non di per sé bensì sul solo piano normativo del precetto, per quanto divino quest'ultimo potesse essere. La verità essenziale sui sacramenti riguarda poi una realtà viva, la Chiesa di Cristo sorretta e guidata dallo Spirito Santo, in modo che è del tutto fuorviante considerare tale verità quale mera manifestazione del pensiero o delle pratiche empiriche dei singoli o delle comunità lungo la storia. Si può dunque applicare al nostro tema l'ottica realistica con cui il Concilio Vaticano II descrive la sacra Tradizione: «Ciò che fu trasmesso dagli Apostoli, poi, comprende tutto quanto contribuisce alla condotta santa e all'incremento della fede del Popolo di Dio. Così la Chiesa, nella sua dottrina, nella sua vita e nel suo culto, perpetua e trasmette a tutte le generazioni tutto ciò che essa è, tutto ciò che essa crede».<sup>18</sup>

Di conseguenza, è *l'essere dello «stretto legame fra l'Eucaristia e la Penitenza»*, secondo la citata espressione di Giovanni Paolo II, *a fondare il dover essere dell'agire del cristiano in quest'ambito*, la sua intrinseca normatività, conosciuta dalla fede e sostenuta dal magistero vivo della Chiesa. In questo modo si supera ogni specie di positivismo legalistico, ivi compreso non solo quello applicato ai testi disciplinari e magisteriali, ma anche quello riguardante i testi della Scrittura e della Tradizione. La prospettiva del realismo della fede, inseparabile da quella del realismo della ragione capace di accedere all'essere, muta radicalmente il modo di concepire tutte le dimensioni norma-

<sup>17</sup> La recente esort. ap. postsinodale *Sacramentum caritatis* di Benedetto XVI, 22 febbraio 2007, n. 20, parla di "nesso intrinseco" tra Eucaristia e sacramento della riconciliazione.

<sup>18</sup> Cost. dogm. *Dei verbum*, n. 8b. In quest'ottica si pone A. Miralles, il quale sostiene che si tratta di una tradizione dogmatica contenuta nel deposito della predicazione apostolica (cfr. o.c., p. 836).

tive – liturgica, pastorale, morale, giuridica – dell'economia sacramentale, poiché le fonda unitariamente sulla realtà dei massimi beni visibili della comunione, i sacramenti della salvezza. Nel nostro caso poi è direttamente in gioco il nucleo stesso della vita della Chiesa e di ogni fedele su questa terra: il santissimo sacramento dell'Eucaristia.<sup>19</sup>

Giovanni Paolo II, nel suo magistero di supremo ed universale Pastore, espose con particolare insistenza, chiarezza e profondità le conseguenze normative della connessione tra Eucaristia e Penitenza. Rimane specialmente netta quella sua affermazione, risalente al 1981, cioè agli inizi del pontificato, e contenuta in un discorso rivolto proprio alla Penitenzieria Apostolica, in cui disse: «vige e vigerà sempre nella Chiesa la norma con cui il Concilio di Trento ha concretizzato la severa ammonizione dell'apostolo Paolo affermando che, al fine di una degna ricezione dell'Eucaristia, “si deve premettere la confessione dei peccati, quando uno è conscio di peccato mortale”». <sup>20</sup> Verso la fine del suo ministero petrino, nell'enciclica *Ecclesia de Eucharistia* del 2003, egli, oltre a ricordare il Catechismo della Chiesa Cattolica<sup>21</sup> e a citare testualmente le appena citate parole del discorso del 1981, ci lasciò una sorta di sintesi, in cui appare molto chiaramente l'inseparabilità tra gli aspetti dottrinali e quelli disciplinari: «L'Eucaristia e la Penitenza sono due sacramenti strettamente legati. Se l'Eucaristia rende presente il Sacrificio redentore della Croce perpetuandolo sacramentalmente, ciò significa che da essa deriva un'esigenza continua di conversione, di risposta personale all'esortazione che san Paolo rivolgeva ai cristiani di Corinto: “Vi supplichiamo in nome di Cristo: lasciatevi riconciliare con Dio” (2 Cor 5, 20). Se poi il cristiano ha sulla coscienza il peso di un peccato grave, allora l'itinerario di penitenza attraver-

<sup>19</sup> Nella stessa prospettiva del realismo della fede e della ragione si collocano queste parole di Benedetto XVI circa un altro precetto riguardante la partecipazione all'Eucaristia: «Abbiamo bisogno di questo Pane per affrontare le fatiche e le stanchezze del viaggio. La Domenica, Giorno del Signore, è l'occasione propizia per attingere forza da Lui, che è il Signore della vita. Il precetto festivo non è quindi un dovere imposto dall'esterno, un peso sulle nostre spalle. Al contrario, partecipare alla Celebrazione domenicale, cibarsi del Pane eucaristico e sperimentare la comunione dei fratelli e delle sorelle in Cristo è un bisogno per il cristiano, è una gioia, così il cristiano può trovare l'energia necessaria per il cammino che dobbiamo percorrere ogni settimana. Un cammino, peraltro, non arbitrario: la strada che Dio ci indica nella sua Parola va nella direzione iscritta nell'essenza stessa dell'uomo. La Parola di Dio e la ragione vanno insieme. Seguire la Parola di Dio, andare con Cristo significa per l'uomo realizzare se stesso; smarrirla equivale a smarrire se stesso» (*Omelia nella Messa conclusiva del Congresso Eucaristico Italiano*, Bari, 29 maggio 2005).

<sup>20</sup> Discorso ai membri della Sacra Penitenzieria Apostolica e ai Penitenzieri delle Basiliche Patriarcali di Roma, 30 gennaio 1981, «AAS», 73 (1981), p. 203.

<sup>21</sup> «Chi è consapevole di aver commesso un peccato grave, deve ricevere il Sacramento della Riconciliazione prima di accedere alla Comunione» (n. 1385). La frase è stata inserita senza modifiche nel *Compendio*, n. 291.

so il sacramento della Riconciliazione diventa via obbligata per accedere alla piena partecipazione al Sacrificio eucaristico». <sup>22</sup>

Su questi testi vorrei ora sottolineare solo due punti. Il primo concerne l'uso ripetuto dell'avverbio "sempre", il quale si giustifica unicamente se si tratta di una legge divina. Bisogna riconoscere che ciò non è stato oggetto di un pronunciamento solenne del magistero supremo né ci sembra si possa ravvisare in questo caso un'espressione del magistero ordinario ed universale d'indole definitiva e pertanto infallibile. Tuttavia, occorre ammettere che ormai l'ordinario magistero supremo pontificio ha esposto con singolare chiarezza e insistenza le basi dottrinali che permettono di sostenere con sempre più certezza la tesi della natura divina della norma, a prescindere poi dal mancato uso di espressioni tradizionali come "legge divina" o "diritto divino", e in tal modo consentono di spiegare molto meglio il carattere pacifico con cui il magistero ordinario ed universale espone l'esistenza di quest'obbligo, senza legarlo ad una positiva decisione storica della Chiesa, e la diffusa consapevolezza, almeno implicita, dell'irreformabilità di questo precetto. <sup>23</sup>

In secondo luogo, conviene osservare il fatto che le formulazioni riportate non rendono esplicite le eccezioni al precetto, previste dalla tradizione e recepite dal Concilio Tridentino e dai documenti posteriori. Ovviamente, ciò non vuol dire che intendano abolirle, ma a parte altre considerazioni d'indole pastorale che esporrò nella seconda parte del mio intervento, penso che queste formulazioni senza eccezioni si mettano su un piano più essenziale, contribuendo a mostrare che l'intrinseco nesso tra penitenza ed Eucaristia rimane sempre intatto, poiché, come insegnò Trento: «La contrizione talvolta può essere resa perfetta dalla carità, e riconciliare così l'uomo con Dio, prima ancora che riceva attualmente questo sacramento; tuttavia questa riconciliazione non è da attribuirsi a una contrizione priva del proposito (*votum*), incluso in essa, di ricevere il sacramento». <sup>24</sup> Per inciso, si rende così anche patente che dalle eccezioni, poste sul piano della cronologica realizzazione possibile delle parti del sacramento della penitenza, non si può de-

<sup>22</sup> Enc. *Ecclesia de Eucharistia*, 17 aprile 2003, nn. 36-37, «AAS», 95 (2003), pp. 457-458. La citazione letterale è all'inizio del n. 37, p. 458.

<sup>23</sup> Mi pare significativo il fatto che nel citato Discorso alla Penitenziaria (cfr. nt. 17), il Papa abbia usato la frase «vige e vigerà sempre» non solo per la norma che stiamo commentando, ma anche per quella sulla necessità della confessione integra dei peccati mortali, che il Concilio di Trento qualifica espressamente come di diritto divino (cfr. sessione XIV, 25 novembre 1551, *Doctrina de sacramento paenitentiae*, cap. 5, e *Canones de sacramento paenitentiae*, can. 7, in DH, 1679-1683, e 1707).

<sup>24</sup> *Ibidem*, *Doctrina de sacramento paenitentiae*, cap. 4, in DH, 1677. Per un interessante approfondimento teologico di quest'aspetto, cfr. A. GARCÍA IBÁÑEZ, *Contrizione, confessione e comunione*, in *Rivista del Clero Italiano*, 64 (1983), pp. 668-681, specialmente pp. 671-678.

durre nessuna ragione in favore dell'indole ecclesiastica del precetto.<sup>25</sup> Nello stesso tempo, l'ordine propriamente temporale tra i due sacramenti in caso di peccato grave, ossia l'indole *previa* della confessione, non è una mera opzione disponibile per la Chiesa o per i fedeli, ma un'esigenza intrinsecamente derivante dal rapporto tra i due sacramenti, di cui si può prescindere solo in casi oggettivamente e proporzionalmente giustificati, purché rimangano sempre in salvo i riflessi pratici (contrizione perfetta che include il proposito di confessarsi quanto prima) dell'ordine ontologico tra i due sacramenti.

Prima di concludere questa prima parte, cercherò di indicare alcuni aspetti della rilevanza pastorale dell'impostazione del problema fondata sulla verità del rapporto tra questi due sacramenti.

Di fronte all'ignoranza di questo precetto, o alla sua deliberata inosservanza, diventa sempre più inadeguato reagire unicamente con la schietta affermazione della sua gravità morale. Occorre mostrare che tale gravità poggia su un suo fondamento reale, di bene soprannaturale per il fedele e per la Chiesa. In questo modo *il precetto deve apparire sempre più comprensibile, e perciò anche più amabile*. Ciò varrebbe anche qualora si trattasse di una legge meramente ecclesiastica – ipotesi che oggi mi pare assai improbabile –, poiché le leggi emanate dall'autorità gerarchica della Chiesa, nell'esercizio della sacra potestà ricevuta da Cristo e sempre allo scopo di promuovere il bene della Chiesa e la salvezza degli stessi fedeli, comportano un dovere di obbedienza la cui forza vincolante per la coscienza rimanda in definitiva allo stesso Cristo. E tale forza vincolante delle leggi ecclesiastiche è da connettere con il loro fondamento reale nelle leggi divine, poiché sono in gioco gli stessi beni salvifici la cui promozione e tutela ha sempre delle dimensioni permanenti d'indole sostanziale ed altre dimensioni contingenti ed accidentali, anch'esse necessarie per lo svolgimento storico della missione della Chiesa.

Ma il valore salvifico di una determinata norma risulta ancor più evidente se la Chiesa in realtà non fa altro che dichiarare – ovviamente sempre con delle formulazioni storiche, ma che esprimono un qualcosa di permanente ed essenziale, cioè di legge o diritto divino – le esigenze pratiche immediatamente derivanti dall'essere dei rapporti reali iscritti nell'economia sacramentale. E, come abbiamo visto, il magistero pontificio recente accoglie con grande chiarezza ed insistenza questa seconda via per spiegare il fondamento del precetto.

A mio parere, questa via, basata sul realismo della fede, risulta assai importante per saper presentare questo precetto in maniera sempre positiva ed

<sup>25</sup> Tale deduzione viene di rado esplicitata (ad. es. l'esplicita L. CHIAPPETTA, *Il Manuale del parroco. Commento giuridico-pastorale*, Roma, Ed. Dehoniane, 1997, n. 1055, p. 461), ma mi pare che sia spesso operante nell'impostazione di questa materia.

attraente. Nel suo primo Messaggio alla Penitenziaria Apostolica, Benedetto XVI segue indubbiamente quest'orientamento: «L'amore di Dio diventa qui tenerezza inaudita che si china sul peccatore per rialzarlo alla dignità perduta ed invitarlo di nuovo, riconciliato, al banchetto d'amore dell'Eucaristia, dove può tornare a cibarsi del Corpo e del Sangue di Cristo. Davanti al mistero di un amore così grande che perdona e salva senza limiti, s'impone l'esigenza di un'adeguata reciprocità in chi s'accosta a Dio per essere perdonato e santificato». <sup>26</sup>

Vi sono diversi ambiti in cui l'esistenza e la portata del dovere di confessarsi prima di ricevere la Comunione va ricordato ai fedeli: la catechesi, la predicazione, l'opportuna avvertenza in altri momenti della celebrazione liturgica quando concorrono delle circostanze che possano indurre alla sua inosservanza generalizzata, <sup>27</sup> ecc. Anche durante il dialogo tra il penitente ed il confessore, quest'argomento può e all'occorrenza deve essere trattato quale aspetto di quella prudente ma incisiva catechesi personale che trova nella confessione una sede privilegiata. In definitiva, si tratta di *aiutare il fedele a scoprire sempre più il bene e la bellezza dell'economia sacramentale*, a percepire con la gioia della fede la necessità del perdono sacramentale nonché il suo nesso intrinseco con la santissima Eucaristia.

### 3. L'INTERPRETAZIONE DELLA FORMULAZIONE DEL PRECETTO NEL CANONE 916

In questa seconda parte del mio intervento, tornerò sul testo del canone 916 del Codice vigente, per analizzarne l'adeguata interpretazione. Mi concentrerò sui due requisiti previsti per poter celebrare o comunicarsi senza premettere la confessione: «vi sia una ragione grave (*adsit gravis ratio*) e manchi l'opportunità di confessarsi (*deficiat opportunitas confitendi*)».

<sup>26</sup> 23 marzo 2006.

<sup>27</sup> Benedetto XVI, nella sua esort. ap. postsinodale *Sacramentum caritatis*, si è soffermato specialmente su questo punto: «A questo proposito, vorrei richiamare l'attenzione ad un problema pastorale in cui frequentemente accade di imbattersi nel nostro tempo. Mi riferisco al fatto che in alcune circostanze, come ad esempio nelle sante Messe celebrate in occasione di matrimoni, funerali o eventi analoghi, sono presenti alla celebrazione, oltre ai fedeli praticanti, anche altri che magari da anni non si accostano all'altare, o forse si trovano in una situazione di vita che non permette l'accesso ai Sacramenti. Altre volte capita che siano presenti persone di altre confessioni cristiane o addirittura di altre religioni. Circostanze simili si verificano anche in chiese che sono meta di visitatori, soprattutto nelle grandi città d'arte. Si comprende la necessità che si trovino allora modi brevi ed incisivi per richiamare tutti al senso della comunione sacramentale e alle condizioni per la sua ricezione. Laddove vi siano situazioni in cui non sia possibile garantire la doverosa chiarezza sul significato dell'Eucaristia, si deve valutare l'opportunità di sostituire la Celebrazione eucaristica con una celebrazione della Parola di Dio (in nota cita la *Propositio* 35 del Sinodo)» (n. 50b).

Premetto che, alla luce di quanto esposto circa il fondamento del precetto, la comprensione del senso e della portata di questi casi deve prendere le mosse dall'intrinseca inseparabilità tra il sacramento della penitenza e quello dell'Eucaristia. Occorre ribadire che questi casi non costituiscono delle vere eccezioni rispetto a tale inseparabilità, bensì delle ipotesi in cui, non essendo possibile confessare prima i peccati mortali, si può accedere all'Eucaristia sulla base della sola contrizione perfetta con il proposito di confessarsi quanto prima. È vero che il nesso tra i due sacramenti non viene in tal caso visibilmente attualizzato, perché vi è solo il primo atto del penitente che non si manifesta ancora nell'ambito della celebrazione della penitenza; eppure è quel medesimo nesso, già realmente operante nell'ambito degli effetti invisibili del perdono e della grazia, ciò che fonda l'esigenza successiva visibile di confessarsi e ricevere l'assoluzione.

La formulazione dell'«eccezione» nel Codice del 1983 è stata leggermente modificata rispetto al Codice del 1917. In effetti, adesso si parla di «grave ragione» e di mancanza di «opportunità di confessarsi», anziché di «urgente necessità (*urgens necessitas*)» e di «disponibilità di confessore (*copia confessorii*)». <sup>28</sup>

Secondo alcuni autori il primo di questi cambiamenti avrebbe mitigato la disciplina precedente concernente la Comunione eucaristica dei fedeli senza previa confessione. <sup>29</sup> Infatti, le possibili «gravi ragioni» andrebbero oltre i casi tradizionalmente previsti: pericolo di morte, rischio prossimo di profanazione delle specie eucaristiche, pericolo di scandalo o di diffamazione se non ci si comunica in una data occasione. <sup>30</sup> L'allargamento dei casi possibili si fonderebbe specialmente sulla prassi attuale della Comunione frequente e delle esortazioni a partecipare alla Messa comunicandosi. <sup>31</sup> La determinazione di questi nuovi casi rimane però piuttosto fluida ed incerta. Come possibili gravi cause vengono menzionate ad es. «il sentirsi seriamente in imbarazzo se la comunione non viene presa» <sup>32</sup> oppure «il pericolo di essere

<sup>28</sup> Cfr. CIC 1917, cann. 807 e 856.

<sup>29</sup> Già durante la preparazione del CIC 1983 si avvertì la questione. Dinanzi ad alcune proposte tendenti a mantenere la formulazione del CIC 1917 per timore che quella nuova potesse dar luogo ad interpretazioni lassiste, la Commissione affermò l'equivalenza tra entrambe le formulazioni, e reputò eccessivo quel timore (cfr. *Relatio* allo *Schema* del 1980, in *Communicationes*, 15, 1983, p. 194).

<sup>30</sup> Cfr. ad es. le esposizioni di F. M. CAPPELLO, o.c., n. 441; e D. PRÜMMER, o.c., 193 b).

<sup>31</sup> Cfr. G. TREVISAN, *sub can. 916*, in *Codice di Diritto Canonico Commentato*, a cura della Redazione di «Quaderni di diritto ecclesiale», Milano, Ancora, 2001, il quale segue l'esposizione di J. Manzanares, in J. MANZANARES, A. MOSTAZA, J. L. SANTOS, *Nuevo Derecho Parroquial*, Madrid, BAC, 1988, p. 205.

<sup>32</sup> «Serious embarrassment if communion is not taken»: J. M. HUELS, *sub can. 916*, in *New Commentary on the Code of Canon Law*, commissioned by the Canon Law Society of Ameri-

sospettato dagli altri di essere colpevole di un peccato grave» o «la sofferenza o difficoltà causata dalla privazione della celebrazione della Messa o della ricezione della Comunione». <sup>33</sup> Il giro soggettivistico di quest'ermeneutica del canone risulta evidente. In questo modo si arriva ad un pressoché totale svuotamento pratico del precetto: infatti, nei confronti di ogni fedele che partecipa alla Messa in cui praticamente tutti si accostano sempre alla Comunione si può facilmente ipotizzare un imbarazzo per il fatto di non comunicarsi, e tale imbarazzo è ovviamente da collegare soprattutto al sospetto degli altri fedeli circa il peccato grave come ostacolo più comune alla Comunione.

Altri autori invece sostengono che la dottrina tradizionale continua ad essere in vigore, <sup>34</sup> essendoci stato un cambio redazionale sostanzialmente irrilevante, poiché la grave ragione si darebbe unicamente se c'è necessità urgente. <sup>35</sup> Invece, circa i casi in cui i sacerdoti possono celebrare sembra pacifica l'interpretazione secondo cui la grave ragione equivale all'urgente necessità, ed è in funzione del bene pastorale di una comunità di fedeli che altrimenti rimarrebbe senza la Santa Messa. <sup>36</sup>

Circa l'altra condizione, è fuori discussione che la nuova espressione – «opportunità di confessarsi» – non comporti nessuna modifica del senso. Essa può soltanto contribuire a rendere più chiara nelle traduzioni la dottrina tradizionale secondo cui l'assenza di un confessore disponibile non si riferi-

ca, J. P. Beal, J. A. Coriden, T. J. Green (edd.), New York, N.Y / Mahwah, N. J, Paulist Press., 2000.

<sup>33</sup> «Danger that others suspect the individual to be guilty of grave sin», «hardship or difficulty incurred by the deprivation of celebrating Mass or receiving Communion»: W. H. WOESTMAN, o.m.i., *Sacraments. Initiation, Penance, Anointing of the Sick. Commentary on Canons 840-1007*, 3ª ed., Ottawa, Faculty of Canon Law – Saint Paul University, 2004, p. 144.

<sup>34</sup> Ciò è implicito ad es. nel commento di E. TEJERO, *sub. can. 916*, in *Codice di Diritto Canonico*, ed. italiana a cura di J. I. Arrieta, Roma, Coletti a San Pietro, 2004, il quale solo cita come esempi il pericolo di morte o di scandalo.

<sup>35</sup> Cfr. l'estratto della tesi dottorale diretta da E. Tejero e discussa nel 1993: M. CARDONA SORIANO, *La necesidad de confesar los pecados graves antes de comulgar*, in Facultad de Derecho Canónico - Universidad de Navarra, Cuadernos Doctorales, 12, Pamplona, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Navarra, 1994, pp. 171-231, in particolare la conclusione 14, p. 224.

<sup>36</sup> Già nel can. 807 del CIC 1917, che prevedeva qualsiasi urgente necessità, era chiaro che non si trattava solo dei casi in cui il sacerdote avesse l'obbligo di celebrare in virtù di un ufficio canonico (parroco, cappellano, ecc.), accogliendo dunque un'interpretazione larga della formula tridentina, in cui si parlava dei sacerdoti «quibus ex officio incubuerit celebrare» (cfr. sessione XIII, 11 ottobre 1551, *Decretum de ss. Eucharistia*, cap. 7, in DH, 1647). È vero che tra i moralisti tradizionali vi era poi diversità di vedute circa la casistica sulla necessità di celebrare per una determinata comunità in certe circostanze, ma la diversità di pareri veniva in pratica assai ridimensionata dalla comune considerazione del pericolo di scandalo per i fedeli o di diffamazione per il sacerdote: cfr. F. M. CAPPELLO, o.c., n. 691, 2 d); e D. PRÜMMER, o.c., n. 193 b).

sce soltanto alle ipotesi in cui egli non è fisicamente raggiungibile in tempi ragionevolmente compatibili con l'urgenza di comunicarsi, o non ha facoltà di confessare o è incapace d'intendere la lingua del penitente, ma comprende anche quei casi in cui vi sia impossibilità morale,<sup>37</sup> come può avvenire ad es. quando da una determinata confessione potrebbero seguirsi danni gravi per gli interessati<sup>38</sup> o per terzi.<sup>39</sup> Benché sia riscontrabile talvolta la stessa tendenza ad intendere questa condizione secondo l'anzidetta comprensione soggettivistica,<sup>40</sup> in ogni caso la rilevanza pratica di questa questione è ben più limitata rispetto a quella sulla grave ragione, in quanto presuppone l'esistenza della grave ragione, già di per sé eccezionale.

Riguardo alle due condizioni, e più in generale all'intero testo del canone, ritengo che, trattandosi di un precetto non posto ma soltanto dichiarato dalla Chiesa, le modifiche nella sua formulazione sono da intendersi come sforzi per esprimerlo meglio. L'autorità gerarchica, compresa quella suprema,

<sup>37</sup> Circa i casi di impossibilità morale, talvolta chiamati anche di "grave incomodo", ma in un senso dell'incomodo che vorrebbe sempre porsi su un piano oggettivo, cfr. F. M. CAPPELLO, *o.c.*, n. 440; e D. PRÜMMER, *o.c.*, n. 193 a). Ad alcuni, come lo stesso Cappello ed altri autori da lui citati, sembrava molto probabile che una vergogna straordinaria e veramente invincibile, come quella di una sorella che si dovesse confessare con un fratello, o di un padre con suo figlio, rientrasse tra i casi in cui il confessore poteva reputarsi moralmente inesistente. Coinciderei con questo giudizio pratico, ma non con il suo fondamento, che collocherei piuttosto nell'ambito dei problemi oggettivi inerenti ai rapporti preesistenti tra penitente e confessore (cfr. *infra*, nt. 36). Altrimenti vi è il rischio di imboccare una strada soggettivistica, come quella che alcuni autori seguono nell'intendere la gravità della ragione di cui all'attuale can. 916.

<sup>38</sup> Ciò può verificarsi ad es. quando esista una peculiare relazione previa (di famiglia, di subordinazione, ecc.) tra il penitente e il confessore, la quale, fermo restando il gravissimo obbligo del sigillo sacramentale, renda comunque sconsigliabile la manifestazione di un determinato peccato grave davanti a quel confessore con cui si è in relazione (e davanti al quale non sarebbe normalmente possibile mantenere l'anonimato), poiché tale confessione potrebbe influenzare negativamente, sia pure in modo inconscio, il modo di vivere la relazione preesistente.

<sup>39</sup> Rientra in quest'ultima fattispecie il caso dell'impossibilità di confessare un peccato senza che vi sia grave pericolo di far conoscere al confessore il nome del complice, purché sia ragionevolmente prevedibile che da tale rivelazione potrebbero derivare danni gravi per il complice, dovuti a un atteggiamento negativo, anche inconsapevole, del confessore nei suoi confronti (e ciò senza ipotizzare nessuna violazione del sigillo sacramentale). Questa ipotesi si può verificare unicamente in situazioni assai eccezionali, ad es. quando esiste una peculiare relazione (di famiglia, di lavoro, ecc.) tra il complice e il confessore. Di conseguenza, non può estendersi alla rivelazione necessaria del complice che avviene nella confessione di quei peccati che implicano di per sé un rapporto con una determinata persona (ad es. tra fidanzati o tra coniugi, quando il confessore conosce personalmente il penitente), e dalla cui conoscenza da parte del confessore non può prevedersi nessun danno grave per il complice.

<sup>40</sup> Ad es. J. M. HUELS usa lo stesso termine «embarrassment» (imbarazzo, da intendersi come stato d'animo) per descrivere il caso in cui mancherebbe l'opportunità di confessarsi perché è solo disponibile un confessore personalmente conosciuto dal penitente e a cui quest'ultimo non potrebbe ricorrere senza provare imbarazzo (cfr. *loc. cit.*).

non è abilitata invece a mutare in nessun modo questo precetto nella sua sostanza permanente. Certamente tale sostanza si presenta volta per volta sotto la veste di formulazioni storiche, ma queste formulazioni non vertono su aspetti contingenti, d'indole meramente disciplinare, ma dichiarano una disciplina che è inseparabile dalla dottrina della fede.

Questo è il motivo di fondo per cui mi pare che, nell'ambito di questa legge, sia indubbia l'equivalenza della "grave ragione" e dell'"urgente necessità". La giustificazione di queste ipotesi non dipende da una decisione del legislatore, per quanto ragionevole essa possa essere, bensì dal verificarsi di situazioni in cui è di per sé legittimo anticipare la celebrazione o la Comunione rispetto al momento della celebrazione del sacramento della penitenza.

Ma quando si rende legittima tale anticipazione? La casistica tradizionale ha certo una sua utilità nei giudizi morali, perché è una sorta di condensato di saggezza che viene tramandato per illuminare il proprio giudizio prudenziale. In questo senso, senza voler erigere tale casistica a regola assoluta – come se si potesse fare a meno del giudizio prudenziale, e dimenticando inoltre che all'interno della stessa casistica esistevano situazioni in cui non vi era unanimità tra i *probati auctores* – essa offre un valido punto di partenza, in quanto riflette una lunga esperienza pastorale. Nello stesso tempo, conviene sempre interrogarsi sul perché delle soluzioni adottate, sia per poter applicarle meglio in pratica, sia per considerare le eventuali ripercussioni dei cambiamenti delle circostanze storiche.

La casistica ricevuta insegna anzitutto qualcosa di molto istruttivo per la pratica: vi è una chiara differenza tra la frequenza con cui possono verificarsi le gravi ragioni che rendono lecita la Comunione senza confessione per qualsiasi fedele, e la frequenza, assai più consistente, delle gravi ragioni per la celebrazione eucaristica da parte del sacerdote. Questa differenza deriva dal fatto che la celebrazione è ministero esercitato per gli altri, ed è proprio il bene pastorale degli altri ciò che più abitualmente si configura come urgente necessità. Non è casuale il fatto che l'unico esempio esplicitamente contemplato dal Concilio di Trento fosse proprio quello del sacerdote che deve celebrare.<sup>41</sup>

Abbiamo così trovato un bene oggettivo, quello dell'esercizio del ministero sacerdotale nel Sacrificio eucaristico, quale vera causa urgente che giustifica il lasciare per dopo la dovuta riconciliazione sacramentale. Anche nelle altre ipotesi previste negli elenchi tradizionali, e al di là delle differenze minori che si riscontrano tra i vari autori, si nota invariabilmente l'esistenza di un bene di grande valore che è in gioco. Tale bene può essere la salvezza eterna del fedele che si comunica (in pericolo di morte), la somma riverenza

<sup>41</sup> Cfr. sessione XIII, 11 ottobre 1551, *Decretum de ss. Eucharistia*, cap. 7, in DH, 1647.

dovuta al Santissimo Sacramento (nel pericolo di profanazione delle specie sacramentali), qualche altro bene dovuto secondo giustizia alla persona (come la buona fama, quando vi è il rischio di diffamazione), oppure il bene della salvezza degli altri (messo a repentaglio da possibili scandali, nel senso proprio e tradizionale di comportamenti che oggettivamente danno cattivo esempio).

Solo l'esistenza di beni di questa entità, tutti in fin dei conti legati al bene soprannaturale della salvezza propria o altrui oppure al bene comune della Chiesa,<sup>42</sup> e messi in grave pericolo dall'omissione della celebrazione o della Comunione, può giustificare il posticipare la confessione che, nel contempo, risulta fisicamente o moralmente impossibile.

D'altra parte, è doveroso chiedersi se l'attuale diffondersi della Comunione più frequente, con la tendenza a comunicarsi ogniqualvolta si partecipa alla celebrazione eucaristica, possa o meno considerarsi un motivo per ampliare la casistica tradizionale. Sembrerebbe in effetti che, una volta introdotta tale prassi in una determinata comunità, il fedele che abitualmente la segue troverebbe serie difficoltà per non comunicarsi qualora avesse coscienza di un peccato grave, venendosi a configurare una situazione simile a quelle, tradizionalmente previste, di pericolo di diffamazione o di scandalo.

Prima però di accettare quest'impostazione occorre domandarsi se sia legittima la prassi descritta. Proprio alla luce del precetto che stiamo trattando risulta chiaro che non lo è. Tale prassi presuppone di fatto l'oblio o una grave trascuratezza sia da parte dei fedeli che da parte dei Pastori circa lo stesso sacramento della penitenza, e può comportare anche l'idea secondo cui i peccati gravi sarebbero qualcosa di molto eccezionale nella vita della maggioranza dei fedeli. Ma in realtà non è cambiata la fragilità della nostra condizione umana, e nemmeno si può ipotizzare su questa terra una Chiesa composta unicamente da coloro che non commettono peccati mortali. D'altra parte, occorre ribadire che la Comunione non è necessaria in ogni Messa,<sup>43</sup> e che oltre all'aver commesso peccato grave ci possono essere al-

<sup>42</sup> Anche il bene della buona fama, di per sé naturale, è da vedere qui nel suo inserimento nella Chiesa, all'interno della quale ha un'importanza straordinaria per lo svolgimento della missione del fedele e della Chiesa in quanto istituzione.

<sup>43</sup> Benedetto XVI, nell'esort. ap. postsinodale *Sacramentum caritatis*, cit., afferma in proposito: «Senza dubbio, la piena partecipazione all'Eucaristia si ha quando ci si accosta anche personalmente all'altare per ricevere la Comunione. Tuttavia, si deve fare attenzione a che questa giusta affermazione non introduca un certo automatismo tra i fedeli, quasi che per il solo fatto di trovarsi in chiesa durante la liturgia si abbia il diritto o forse anche il dovere di accostarsi alla Mensa eucaristica. Anche quando non è possibile accostarsi alla comunione sacramentale, la partecipazione alla santa Messa rimane necessaria, valida, significativa e fruttuosa» (n. 55b).

tri motivi per non comunicarsi.<sup>44</sup> Di conseguenza, per configurare un vero pericolo di diffamazione o di scandalo ci devono essere circostanze davvero eccezionali.<sup>45</sup>

Se si cerca di legittimare, o non si combatte seriamente, una prassi secondo cui la Comunione senza confessione previa dei peccati gravi sarebbe la regola comune, senza gravi ragioni proporzionate, si compie una grave ingiustizia nei confronti dei fedeli coinvolti, sia come singoli che come comunità. Infatti, oltre ai danni più gravi inerenti alla privazione dal sacramento della penitenza e dalla preparazione necessaria per ricevere l'Eucaristia, viene a mancare di fatto la dovuta libertà di ogni fedele per decidere personalmente se accostarsi o meno alla sacra Comunione,<sup>46</sup> dal momento che ogni sua omissione induce a pensare che sia accaduto qualcosa di molto eccezionale (anche perché si perde o si confonde la stessa nozione di peccato grave). Si configura in questo modo una doppia ingiustizia: quella di indurre a comunicarsi senza la necessaria preparazione sacramentale, e quella di alimentare giudizi o sospetti temerari.

La saggezza pastorale della Chiesa si esprime invece nella semplice formulazione del *Catechismo della Chiesa Cattolica* (n. 1385) e del suo *Compendio*: «Chi è consapevole di aver commesso un peccato grave, deve ricevere il Sacramento della Riconciliazione prima di accedere alla Comunione» (n. 291). Questa presentazione del precetto, senza l'esplicita previsione delle varie modalità per il suo adempimento nel tempo, oltre ad enunciare in modo netto e chiaro l'intrinseca inseparabilità tra questi due sacramenti, evita ogni ermeneutica fuorviante, che pretenda di trasformare in modalità ordinaria

<sup>44</sup> Tali motivi possono essere svariati: mancanza del dovuto digiuno eucaristico, l'essersi già comunicato in un'altra Messa non volendo liberamente fare uso della facoltà di comunicarsi nella seconda Messa a cui si partecipa, il trovarsi in una situazione soggettiva (ad es. di dubbio più o meno fondato su un peccato grave) in cui il fedele non si ritiene adeguatamente disposto e preferisce confessarsi prima anche laddove non avrebbe l'obbligo stretto di farlo, ecc.

<sup>45</sup> Gli autori mettevano l'esempio di chi sta già nella fila per comunicarsi e proprio in quel momento si ricorda di aver commesso un peccato mortale, non potendosi ritirare senza pericolo per la sua buona fama. Non escluderei altre situazioni, come quella in cui l'omissione della Comunione da parte di chi è conosciuto come un fervente cattolico potesse risultare gravemente strana, ed ingenerare di fatto gravi sospetti, in alcune celebrazioni specialmente significative (come matrimoni, funerali, prime Comunioni, di altri fedeli con cui si ha un legame molto stretto). Certamente il fedele è tenuto ad adoperarsi seriamente per la confessione previa, ma in alcuni casi ciò può risultare effettivamente impossibile, specialmente laddove i confessori siano difficilmente reperibili. In ogni caso, deve mantenersi l'indole davvero eccezionale di questi casi, legati al rischio in cui versa un bene soprannaturale oggettivo di grande valore.

<sup>46</sup> Questa libertà deve essere sempre rispettata anche esternamente da tutti coloro che prendono parte alla celebrazione liturgica, evitando ad es. un ordine prestabilito nella distribuzione della Comunione che possa costringere qualche fedele a comunicarsi senza piena libertà.

ciò che è e deve rimanere del tutto eccezionale. Nella pratica pastorale ordinaria, anche nell'ambito del ministero della penitenza, occorre porsi in sintonia con il magistero della Chiesa in questa materia, evitando di strumentalizzare una rigorosa casistica eccezionale per fini del tutto incompatibili con la dottrina e la disciplina certa della Chiesa. Ciò non toglie che all'occorrenza si cerchi di illuminare la coscienza dei fedeli rispetto al vero senso e portata di tali eccezioni. Ma in ogni caso si dovrà porre l'accento sulla sussistente necessità di confessarsi quanto prima.<sup>47</sup> In questo modo si potrà cogliere l'intima unità dell'intera formulazione del can. 916, quale dichiarazione del legame intrinseco tra i sacramenti della penitenza e dell'Eucaristia.

<sup>47</sup> L'attuale can. 916 applica il «quanto prima (*quam primum*)» a tutti i fedeli, e non solo ai sacerdoti celebranti, come invece era previsto nel combinato disposto dei can. 807 e 856 del CIC 1917. A mio parere, ciò conferma che tale premura nell'accedere alla riconciliazione sacramentale non sia da ritenersi un obbligo aggiuntivo meramente ecclesiastico, posto come si pensava normalmente prima per garantire il non ripetersi di situazioni analoghe nel ministero, ma costituisce un'intrinseca esigenza derivante dall'essere di questi sacramenti. Perciò, mi pare che non abbia troppo senso il tentativo di quantificare tale termine (secondo l'opinione tradizionale prevalente, ci si doveva confessare entro tre giorni); è meglio lasciarlo indeterminato, insistendo sul fatto che esiste il grave dovere di confessarsi non appena sia ragionevolmente possibile, senza rimandi ingiustificati ma anche senza preoccupazioni scrupolose.

JOAQUÍN LLOBELL  
IL DIRITTO E IL DOVERE  
AL PROCESSO GIUDIZIALE NELLA CHIESA  
NOTE SUL MAGISTERO DI BENEDETTO XVI  
CIRCA LA NECESSITÀ DI «AGIRE SECONDO RAGIONE»  
NELLA RIFLESSIONE ECCLESIALE

1. Nuove considerazioni assiologiche sul diritto e sul dovere al processo giudiziale ispirate dal magistero di Benedetto XVI circa la necessità di «agire secondo ragione» nell'attività ecclesiale. 2. L'ecclesialità del processo giudiziale secondo l'impostazione della legge come «ordinatio rationis» e il positivo influsso dell'illuminismo giusnaturalista per il "ricupero" in ambito canonico di qualche elemento essenziale del diritto al giusto processo. 3. L'equilibrio fra la tutela dei diritti della comunità e del singolo: il diritto-dovere dei sacri pastori al giusto processo. 4. Conclusione.

1. NUOVE CONSIDERAZIONI ASSIOLOGICHE SUL DIRITTO E SUL DOVERE  
AL PROCESSO GIUDIZIALE ISPIRATE DAL MAGISTERO DI BENEDETTO XVI  
CIRCA LA NECESSITÀ DI «AGIRE SECONDO RAGIONE»  
NELL'ATTIVITÀ ECCLESIALE

**I**N occasione del cambiamento della casa editrice di «Ius Ecclesiae» e della pubblicazione del primo fascicolo di questa seconda "serie" della *Rivista*, tenendo conto del fatto che la redazione del *Periodico* è formata dal corpo docente della Facoltà di Diritto Canonico della Pontificia Università della Santa Croce, mi è parso utile, come modo di evidenziare alcuni degli aspetti centrali del mio pensiero e della mia ricerca, tornare a riflettere sull'essenzialità della tutela giudiziale dei diritti affinché l'ordinamento canonico sia giusto e, di conseguenza, utile servitore della missione redentrice della Chiesa. Infatti, i suoi elementi soprannaturali – l'oggetto della fede, i mezzi istituiti da Cristo per raggiungere la salvezza eterna e gli altri beni oggetto della Rivelazione – formano un'unità inscindibile dagli elementi umani naturali (e sono da questi, in qualche modo, "dipendenti" per volontà divina), analogamente all'unione nella persona del Verbo della natura divina e umana di Cristo, secondo la nota proposizione della cost. dogm. *Lumen Gentium*, sulla quale vale la pena meditare frequentemente perché costitui-

sce uno dei fondamenti della ecclesialità dell'ordinamento canonico:<sup>1</sup> «La società costituita di organi gerarchici e il corpo mistico di Cristo, l'assemblea visibile e la comunità spirituale, la Chiesa della terra e la Chiesa ormai in possesso dei beni celesti, non si devono considerare come due realtà, ma formano una sola complessa realtà risultante di un elemento umano e di un elemento divino. Per una non debole analogia, quindi, è paragonata al mistero del Verbo incarnato. Infatti, come la natura [umana] assunta è a servizio del Verbo divino come vivo organo di salvezza, a lui indissolubilmente unito, in modo non dissimile l'organismo sociale della Chiesa è a servizio dello Spirito di Cristo che lo vivifica, per la crescita del corpo (cfr. Ef 4, 16)» (LG 8a).

Questa meditazione diventa particolarmente necessaria per gli studiosi delle materie più "tecniche", specie se confrontabili, con non deboli convergenze, con gli ordinamenti statuali, come accade nel caso del diritto processuale, giacché tali analogie facilmente potrebbero essere considerate come un'indebita "imitazione" da parte dell'ordinamento canonico, a scapito della natura propria della Chiesa. Per questi motivi (e altri), in molteplici occasioni ho cercato di dimostrare che la potestà giudiziaria di cui godono i sacri pastori (cfr. LG 27) proviene dal diritto divino, naturale e positivo e, quindi, non può non avere natura pastorale, perché è un elemento essenziale della potestà di governo di ogni società.<sup>2</sup> Tale travaglio, a cui si aggiunge questa indagine, potrebbe essere ben sintetizzato con le parole di S. Paolo «ciascuno cerchi di approfondire le sue convinzioni personali» (Rm 14, 5), o con quelle altre di S. Pietro: «pronti sempre a rispondere a chiunque vi domandi ragione della speranza che è in voi (...) con dolcezza e rispetto» (1 Pt 3, 15). In questo convincimento un ruolo importante lo ha avuto il prof. Carmelo de Diego-Lora, mio maestro nel processo canonico. Egli rese più motivata la mia persuasione sull'ecclesialità del sistema giudiziario di tutela dei diritti, anche perché la carità presuppone un rispetto accurato della giustizia.<sup>3</sup> De Diego-Lora sostiene con molteplici argomenti – nelle sue lezioni e nei suoi numerosi e ben motivati scritti<sup>4</sup> – che ogni bene ecclesiale deve essere pro-

<sup>1</sup> Cfr. PAOLO VI, *Discorso alla Pontificia Commissione per la revisione del Codice di Diritto Canonico*, 20 novembre 1965, «AAS», 57 (1965), pp. 985-989; *Principium I. De indole iuridica Codicis*, in SINODO DEI VESCOVI 1967, *Principia quae Codicis Iuris Canonici recognitionem dirigant*, 7 ottobre 1967, «Communicationes», 1 (1969), pp. 78-79.

<sup>2</sup> Cfr., il nostro *Il diritto al processo giudiziario contenzioso amministrativo*, in E. BAURA e J. CANOSA (a cura di), *La giustizia nell'attività amministrativa della Chiesa: il contenzioso amministrativo*, Milano 2006, pp. 211-273 e gli altri studi ivi citati a nota 1.

<sup>3</sup> Come ha ricordato Benedetto XVI nella lett. enc. «*Deus caritas est*» sull'amore cristiano, 25 dicembre 2005, nn. 26-29.

<sup>4</sup> Cfr. i quattro volumi di studi (C. DE DIEGO-LORA, *Estudios de derecho procesal canónico*, voll. 1 e 2, Pamplona, 1973; voll. 3 e 4, Pamplona, 1990), i numerosi commenti "brevi" e "lun-

tetto dal diritto di rivolgersi per la sua tutela a un giudice indipendente. Ne deriva l'importanza dell'*universalità* della tutela giudiziale nella Chiesa, cioè di ogni tipo di diritto: di natura "penale", "contenzioso amministrativa" e "contenziosa *simpliciter*" (termine, quest'ultimo, in cui è inclusa la molteplicità dei rapporti giuridici che non possono essere qualificabili come penali o amministrativi). Detta "universalità" è stata raggiunta in seguito al recupero del processo contenzioso amministrativo da parte del n. 106 della cost. ap. *Regimini Ecclesiae Universae*, nel 1967, come conseguenza della riflessione del Vaticano II sul concetto di uguaglianza fra tutti i fedeli e sulla diaconia della potestà ecclesiale. Tale "completezza" è sostenuta dal brocardo codificato secondo cui «*quodlibet ius actione munitur*» (CIC 1917, can. 1667;<sup>5</sup> CIC 1983, can. 1491) ed è puntualmente recepita dal primo canone del *liber de processibus*, quantunque i cann. 1400 e 1491 contengano sottili precisazioni (analoghe a quelle del can. 221) "affievolenti" dell'interezza del sistema ecclesiale di tutela giudiziale dei diritti.

Alla percezione dell'importanza della necessità di disporre dei mezzi adeguati per garantire la tutela della giustizia nella Chiesa è servito molto, tanto a de Diego-Lora come a me, l'insegnamento ricevuto da San Josemaría Escrivá, il quale, da una parte, aveva uno straordinario amore per la giustizia nonché un'ottima formazione giuridica,<sup>6</sup> e, dall'altra, dovette soffrire non

ghi" al Codice (INSTITUTO MARTÍN DE AZPILCUETA (a cura di), *Código de Derecho Canónico*, edición anotada, ed. 4, Pamplona, 1987; A. MARZOA, J. MIRAS, R. RODRÍGUEZ-OCAÑA (a cura di), *Comentario exegético al Código de Derecho Canónico*, Pamplona, 1996, vol. 4), i volumi *Poder jurisdiccional y función de justicia en la Iglesia*, Pamplona, 1976 e *Lecciones de derecho procesal canónico. Parte general*, Pamplona, 2003 (assieme a R. RODRÍGUEZ-OCAÑA), e un lunghissimo ecc.

<sup>5</sup> Il principio è riscontrabile sin dai due primi voti sul libro «*de processibus*» del CIC 1917: cfr. R. P. I. NOVAL O.P. P. Consultor, *Votum, Codex Iuris Canonici, Liber quintus. De iudiciis. Pars I. De iudiciis in genere. Tit. ,* Romae, Typis Vaticanis, 1907, can. 138, in J. LLOBELL, E. DE LEÓN, J. NAVARRETE, *Il libro «de processibus» nella codificazione del 1917. Studi e documenti*, vol. 1, *Cenni storici sulla codificazione. «De iudiciis in genere», il processo contenzioso ordinario e sommario, il processo di nullità del matrimonio*, Milano, 1999, p. 403; P. S. MANY, C. S. Sulpitii, Consultor, *Votum, Liber Quintus, De iudiciis, Pars Prima, De iudiciis in genere, Titulus I-V*, Romae, Typis Vaticanis, 1907, can. 40, in *ibidem*, p. 419.

<sup>6</sup> Cfr. J. BALLESTEROS, *Vida ordinaria, moral y derecho en Josemaría Escrivá*, «Persona y Derecho», 46 (2002), pp. 19-32; J. CANOSA, *I mezzi soprannaturali nella funzione amministrativa di governo secondo l'insegnamento del beato Josemaría Escrivá*, in A. MALO (a cura di), *Figli di Dio nella Chiesa. Riflessioni sul messaggio di San Josemaría Escrivá. La dignità della persona umana*, vol. 3, Roma, 2003, pp. 251-263; E. CAPARROS, *Servir l'Église: idéal du bienheureux Escrivá*, in F. DE ANDRÉS (a cura di), *Figli di Dio nella Chiesa. Riflessioni sul messaggio di San Josemaría Escrivá. Aspetti culturali ed ecclesiastici*, vol. 5/2, Roma, 2004, pp. 93-125; J.-L. CHABOT, *Liberté et politique dans les écrits du Bienheureux Josemaría Escrivá*, in *La dignità della persona umana*, cit., pp. 143-167; A. DE FUENMAYOR, *La «prudencia iuris» de mons. Josemaría Escrivá de Balaguer en su tarea fundacional*, «Ius Canonicum», 32 (1992),

poco (con grande serenità e senso soprannaturale) per le ingiustizie subite e per essergli stato negato il diritto di difesa in ambito ecclesiale in qualche significativa occasione.<sup>7</sup>

Questo approfondimento riguarda, quindi, la «convinzione personale» (cfr. *Rm* 14, 5) che non può esserci una società giusta in cui non sia operante la potestà giudiziaria, con i suoi elementi essenziali. Per continuare con la citata analogia cristologica di LG, la negazione (teorica o pratica) della potestà giudiziaria sarebbe equiparabile, ad es., al rifiuto della volontà umana di Cristo, affermazione tipica dell'eresia monotelista. L'affermazione dogmatica dell'integra sussistenza nella Persona di Cristo degli elementi costitutivi della natura umana (quali l'intelletto e la volontà "umani", diversi da quelli "divini" nell'unica Persona del Verbo incarnato)<sup>8</sup> implica il rispetto degli elementi essenziali (sanciti dal diritto naturale) della potestà di governo. In estrema sintesi gli elementi essenziali della potestà giudiziaria potrebbero essere ridotti a due: a) l'indipendenza o la terzietà del giudice riguardo all'oggetto da decidere e b) l'uguaglianza delle parti riguardo al loro diritto di difesa. Tali elementi sono richiesti dal diritto naturale («*lex sit iuris divini*

p. 23-37; IDEM, *Recuerdos personales a propósito de la "intención especial" del Fundador del Opus Dei*, in *Aspetti culturali ed ecclesiastici*, cit., pp. 191-206; J. FERRER ORTIZ, *Aportaciones jurídicas en el pensamiento de Josemaría Escrivá de Balaguer*, «*Fidelium iura*», 12 (2002), pp. 33-59; IDEM, *Un artículo de Josemaría Escrivá: «La forma del matrimonio en la actual legislación española»* (1927), «*Ius Canonicum*», 42 (2002), pp. 533-568; V. GÓMEZ-IGLESIAS C., *Josemaría Escrivá de Balaguer y la búsqueda de una configuración jurídica adecuada para el Opus Dei*, in *Aspetti culturali ed ecclesiastici*, cit., pp. 37-62; G. LO CASTRO, *J. Escrivá e il diritto nella Chiesa*, «*Ius Ecclesiae*», 14 (2002), pp. 3-19; IDEM, *Josemaría Escrivá, i laici e il diritto nella Chiesa*, in *La dignità della persona umana*, cit., pp. 183-197; M. A. ORTIZ, *La primera publicación de Josemaría Escrivá: un estudio jurídico sobre el matrimonio*, in *Aspetti culturali ed ecclesiastici*, cit., pp. 63-91; B. RAMÍREZ, *El contenido de los derechos humanos y su carácter universal*, in *La dignità della persona umana*, cit., pp. 199-209; M. RHONHEIMER, *Il rapporto tra verità e politica nella società cristiana. Riflessioni storico-teologiche per la valutazione dell'amore della libertà nella predicazione di Josemaría Escrivá*, in *Aspetti culturali ed ecclesiastici*, cit., pp. 153-178.

<sup>7</sup> Sulle sofferenze di San Josemaría dovute ad interventi gravemente ingiusti di alcune autorità ecclesiastiche che pretendevano di adottare dei provvedimenti nei confronti dell'ordinamento giuridico dell'Opus Dei senza ascoltare lui che era stato lo strumento di Dio per fondarlo, cfr. A. VÁZQUEZ DE PRADA, *Il fondatore dell'Opus Dei. Vita di San Josemaría Escrivá*, vol. 3 (1946-1975), ed. Leonardo International, 2004, pp. 528-534. In queste pagine è documentata la creazione di una commissione pontificia "giudicante" non imparziale che, inoltre, pretendeva di decidere senza concedere il pur minimo diritto di difesa a San Josemaría e all'Opus Dei. Perciò il Fondatore, con mitezza e fermezza, ritenne opportuno interporre ricorso al Santo Padre e ricusare tre dei cinque membri di detta commissione.

<sup>8</sup> Cfr. CONCILIO DI CALCEDONIA, *Definitio fidei*, a. 451, in ISTITUTO PER LE SCIENZE RELIGIOSE (a cura di), *Conciliorum Oecumenicorum Decreta*, ed. bilingue, Bologna, 1991, p. 86; Concilio di Costantinopoli III, a. 681, cit. dal *Catechismo della Chiesa Cattolica*, n. 475.

*sive positivi sive naturalis*»: CIC 1917, can. 6, 6°)<sup>9</sup> o, per adoperare (con adattamenti) una espressione usata dalla *Nota explicativa praevia* di LG (riferita ad altri elementi essenziali tipici della giuridicità ecclesiale), sono voluti “*ex natura rei*” quae “*in vita*” *Ecclesiae secundum adiuncta temporum applicata sunt, priusquam “in iure” velut codificata fuerint* (cfr. n. 2). Infatti, il “diritto al giusto processo” è ulteriormente sintetizzato nel “diritto di difesa”, che è considerato di diritto divino naturale e positivo sia dall’Antico che dal Nuovo Testamento. Volendo segnalare qualche brano significativo, possiamo ricordare la storia di Susanna (cfr. *Dan* 13) o alcuni passi riguardanti i processi di Gesù Cristo da parte delle autorità religiose e di quella romana: «Disse allora Nicodèmo ...: “La nostra Legge giudica forse un uomo prima di averlo ascoltato e di sapere ciò che fa?”» (*Gv* 7, 50-51); «una delle guardie presenti diede uno schiaffo a Gesù, dicendo: “Così rispondi al sommo sacerdote?”. Gli rispose Gesù: “Se ho parlato male, dimostrami dov’è il male; ma se ho parlato bene, perché mi percuoti?”» (*Gv* 18, 22-23); «con oppressione e ingiusta sentenza fu tolto di mezzo» (*Is* 53, 8; cfr. *At* 8, 32-33). Infine, il rapporto del diritto al giusto processo con il diritto divino naturale e positivo riceve autorevole conferma dall’ampio spazio che Tommaso d’Aquino dedica all’argomento.<sup>10</sup>

Il discorso sull’ecclesialità e sulla pastoralità del processo canonico e degli elementi essenziali – richiesti dalla “natura delle cose” ossia dal diritto naturale – di ogni processo giusto (per cui è comprensibile l’esistenza di un non trascurabile “comune denominatore” fra il processo della Chiesa e quello degli Stati) ha ricevuto un importante impulso dal magistero di Benedetto XVI, fino al punto di suggerire l’opportunità di allargare l’abituale espressione di “diritto al processo” a quella di “*dovere del processo giudiziale*”, obbligo che riguarda, in particolare, i sacri pastori, i quali sono anche titolari dello speculare diritto. Infatti, muovendo dalla natura pubblicistica del processo canonico, che nella maggioranza dei casi ha una natura prevalentemente “dichiarativa” della verità, il Santo Padre ha dedicato la sua prima allocuzione alla Rota (2006)<sup>11</sup> a mostrare la pastoralità del processo giudiziale, pre-

<sup>9</sup> «*Iuri divino sive naturali sive positivo nulla consuetudo potest aliquatenus derogare; sed neque iuri ecclesiastico praeiudicium affert*» (CIC 1917, can. 27 § 1). «*Ecclesia (...) est necessario visibilis atque adeo legibus regatur oportet. Haec divina voluntas nullo modo officit iuri naturali (...); quin immo ea cum hoc iure optime congruit. (...) ius canonicum, quod e iure divino naturali, et Sacra Scriptura, Traditione, Decretalibus, aliisque fontibus hauritur, progressionem quadam est explicatum*» (PAOLO VI, *Discorso alla Pontificia Commissione per la revisione del Codice di Diritto Canonico*, 20 novembre 1965, cit.). Il CIC 1983 non si riferisce al diritto naturale nella descrizione generale del sistema delle fonti, citandolo soltanto nella trattazione di concrete fattispecie: la prescrizione (cfr. can. 199, 1°), il matrimonio (cfr. cann. 1055 § 1, 1163 § 2), la proprietà (cfr. can. 1259).

<sup>10</sup> Cfr., in particolare, *Summa theologiae*, 2-2, qq. 57-60.

<sup>11</sup> Cfr. BENEDETTO XVI, *Discorso alla Rota Romana*, 28 gennaio 2006, «AAS», 98 (2006), pp. 135-138.

cisamente perché esso è il miglior modo di garantire l'accertamento della verità oggettiva, evitando decisioni mosse da quella pseudomisericordia che Giovanni Paolo II aveva voluto stigmatizzare in diverse occasioni.<sup>12</sup>

D'altra parte, vi sono stati frequenti impegnativi e significativi richiami del Santo Padre al carattere ragionevole della fede cristiana e allo sforzo – in buona misura compiuto dal Concilio Vaticano II e dal magistero postconciliare – per incorporare alla dottrina e alla prassi ecclesiali quelle istanze dell'«illuminismo giusnaturalista» collegabili, appunto, con la presa di coscienza di diverse esigenze sociali promananti dal diritto naturale e dalla “*recta ratio*”. Lo stesso Benedetto XVI ha applicato detto ragionamento al processo canonico nel Discorso del 2006 alla Rota: «Di fondamentale importanza, anche in questa materia, è il rapporto tra ragione e fede. Se il processo risponde alla retta ragione, non può meravigliare il fatto che la Chiesa abbia adottato l'istituto processuale per risolvere questioni intraecclesiali d'indole giuridica». <sup>13</sup> Tali altri richiami, benché siano molto noti, meritano di essere considerati dall'angolatura di questa analisi, impegno forse non ancora compiuto e al quale, in questa sede, posso soltanto accennare.

L'utilità della riflessione assiologica sull'ecclesialità del processo canonico emerge con nuova luce nell'esaminare qualche avvenimento importante di “cronaca” ecclesiastica. È ovvio che la complessità delle vicende e la parzialità dei dati disponibili consentono soltanto la loro evocazione ai fini per cui vi si può accennare.

I cann. 1740-1747, riguardanti la rimozione non penale dei parroci, contengono evidenti elementi di giusta e armonica tutela del bene sia dei fedeli e della Chiesa, sia del parroco rimosso. Infatti, il sistema tenta la protezione tanto dei fedeli nei confronti di una negativa attività pastorale (di cui il parroco può non essere né consapevole né responsabile) quanto dei legittimi diritti del pastore che, tuttavia, non possono non essere subordinati al bene comune. Perciò la legge concede al vescovo diocesano ampia discrezionalità nel valutare l'efficacia pastorale dell'attività del parroco, al quale, nel contempo, è riconosciuto il diritto di difesa dinanzi all'eventuale arbitraria decisione dell'autorità. Analogamente, nei confronti dei vescovi diocesani, il Santo Padre ha ampi poteri discrezionali, limitati soltanto dal diritto divino (cfr. can. 331), quantunque il codice, oltre alla rimozione penale (cfr. can. 1405 § 1, 3°), preveda esplicitamente soltanto l'accettazione della rinuncia (cfr. can. 401 §§ 1 e 2).

Nel “caso Wielgus” il sofferto provvedimento del Papa, oltre ad essere

<sup>12</sup> Cfr., per tutti, GIOVANNI PAOLO II, *Discorso alla Rota Romana*, 18 gennaio 1990, *passim*, «AAS», 82 (1990), pp. 872-877.

<sup>13</sup> BENEDETTO XVI, *Discorso alla Rota Romana*, 28 gennaio 2006, cit., p. 136.

insindacabile (cfr. can. 333 § 3), è profondamente ragionevole.<sup>14</sup> Ciò detto e presupposto, dalle diverse dichiarazioni ufficiali del Cardinale Segretario di Stato, del Direttore della Sala Stampa della Santa Sede e dei Vescovi della Polonia emerge un loro notevole disagio dinanzi ai noti avvenimenti. Tutti questi interventi affermano, al di là delle responsabilità di Mons. Wielgus e in piena adesione alla decisione del Papa, una forte insofferenza per un provvedimento necessariamente preso senza aver potuto valutare le prove, senza il rispetto del *favor rei*, senza la certezza morale sul contenuto degli eventuali errori e della colpevolezza dell'interessato, ecc. (cfr. cann. 18, 19, 1313, 1321 §§ 1 e 2, 1598, 1608, 1620, 7°, 1725, ecc.), a dimostrazione che il diritto dei fedeli al giusto processo coinvolge il diritto naturale e la "*recta ratio*". Nella loro lettera collettiva, i Vescovi polacchi, dopo aver ringraziato il Santo Padre per la sua prudente decisione, manifestano il loro rammarico proprio perché – malgrado la "confessione" delle proprie colpe da parte di Mons. Wielgus – non è stata possibile l'osservanza del diritto di difesa.<sup>15</sup>

L'efficacia pastorale di tale diritto-dovere al giusto processo emerge dalla prassi canonica in casi talvolta molto complessi in cui è necessario tutelare il bene dei fedeli nei confronti della condotta deviata di qualche vescovo.<sup>16</sup> Infatti, adoperare i mezzi che garantiscono che il provvedimento dell'autorità rifletta la verità e, quindi, sia giusto, ha un'importante valenza pedagogica, tanto nelle cause di nullità del matrimonio – per sottolineare la loro natura dichiarativa e, di conseguenza, tutelare l'indissolubilità del matrimonio nel rispetto della verità – quanto nelle cause penali, in un contesto in cui i mezzi di comunicazione sociale possono causare veri "linciaggi" senza il pur minimo rispetto nei confronti della verità e della dignità della persona umana, provocando reazioni fondate sulle emozioni anziché sulla ragione e la legge giusta.

<sup>14</sup> Cfr. BENEDETTO XVI, *Lettera a monsignor Stanislaw Wielgus*, 12 febbraio 2007, «Zenit.org», 21 febbraio 2007.

<sup>15</sup> «(...) affermiamo con dolore che la mancata presa in considerazione delle norme universalmente accettate di presunta incolpevolezza [*rectius* innocenza] ha creato intorno all'accusato Arcivescovo un'atmosfera di pressione che non lo ha aiutato a presentare all'opinione pubblica l'adeguata difesa, alla quale aveva diritto. (...) Solo un'analisi accurata e critica di tutte le fonti accessibili ci permetterà di avvicinarci alla verità. Letti unilateralmente, i documenti preparati da funzionari dell'apparato di repressione dello stato comunista ostili alla Chiesa, possono seriamente recar danno alle persone, distruggere legami di fiducia sociale e di conseguenza trasformarsi in vittoria del sistema inumano nel quale abbiamo dovuto vivere, dopo la sua sepoltura. (...) Chiediamo ai governanti e ai parlamentari di assicurare una utilizzazione dei materiali trovati negli archivi provenienti dai tempi della PRL (Repubblica Popolare Polacca), in modo da non ledere i diritti della persona umana, da non degradare la dignità dell'uomo e in modo da rendere possibile la verifica di tali materiali da parte di un tribunale indipendente. (...) Preghiamo tutti di desistere dal dare giudizi superficiali e affrettati, (...) tenendo sempre presente la dignità della persona umana, il suo diritto alla difesa, anche dopo la morte» (*Lettera dei Vescovi polacchi a tutti i fedeli della Chiesa in Polonia*, 12 gennaio 2007, nn. 1, 2, 5, in *Zenit.org*, 15 gennaio 2007).

2. L' ECCLESIALITÀ DEL PROCESSO GIUDIZIALE  
SECONDO L'IMPOSTAZIONE DELLA LEGGE COME «ORDINATIO RATIONIS»  
E IL POSITIVO INFLUSSO DELL'ILLUMINISMO GIUSNATURALISTA  
PER IL "RICUPERO" IN AMBITO CANONICO DI QUALCHE  
ELEMENTO ESSENZIALE DEL DIRITTO AL GIUSTO PROCESSO

Nell'introduzione di queste riflessioni (vi ritornerò in conclusione) ho indicato come Benedetto XVI, nel suo primo Discorso alla Rota, si sia posto il problema del fondamento metafisico del processo canonico nell'analizzare la sua ecclesialità: «di fondamentale importanza, anche in questa materia, è il rapporto tra ragione e fede. Se il processo risponde alla retta ragione, non può meravigliare il fatto che la Chiesa abbia adottato l'istituto processuale per risolvere questioni intraecclesiali d'indole giuridica». <sup>17</sup> Il Pontefice aggiungeva: «Conviene tener presente, inoltre, che il diritto canonico ha contribuito in maniera assai rilevante, all'epoca del diritto classico medioevale, a perfezionare la configurazione dello stesso istituto processuale». <sup>18</sup> Infatti, tutti gli studiosi della storia del processo statale occidentale riconoscono pacificamente il trascendentale influsso esercitato dal processo canonico medioevale <sup>19</sup> nel manifestare che gli elementi essenziali del diritto al

<sup>16</sup> Per un recente esempio di adempimento della dovuta procedura, cfr. CONGREGACIÓN PARA LOS OBISPOS, *Nota y decreto de suspensión «a divinis» de Monseñor Fernando Lugo Méndez, S.V.D., obispo emérito de San Pedro, después de que se presentara como candidato a la Presidencia de la República de Paraguay*, 4 y 20 de enero de 2007, in *Zenit.org*, 1° febbraio 2007. Il provvedimento adopera la espressione di «riduzione allo stato laicale», tipica della legislazione preconciliare (cfr. CIC 1917, cann. 123, 211-214, 669 § 2, 2305 § 1), in cui vi era un'impostazione forse poco confacente con l'uguaglianza fra tutti i fedeli e con la dignità ecclesiale dei laici, ferma restando la essenziale natura gerarchica della Chiesa. La terminologia vigente è quell'altra di «dimissione dallo stato clericale» (cfr. CIC 1983, cann. 290, 2°, 1317, 1336 § 1, 5°, 1350 § 1, 1425 § 1, 2°, a), ecc.). Per altre gravi fattispecie delittuose, in particolare da parte di chierici, *vide infra* nota 51.

<sup>17</sup> BENEDETTO XVI, *Discorso alla Rota Romana*, 28 gennaio 2006, cit., p. 136.

<sup>18</sup> *Ibidem*.

<sup>19</sup> Cfr., ad es. e per tutti, J. A. BRUNDAGE, *Medieval canon law*, London - New York, 1995, pp. 120-153; P. CALAMANDREI, *La teoria dell'«error in iudicando» nel diritto italiano intermedio*, in *Studi sul processo civile*, vol. 1, Padova, 1930, pp. 53-166, ristampa in *Opere giuridiche*, (a cura di M. Capelletti), vol. 8, Napoli, 1978, pp. 147-299; F. CALASSO, *Il diritto canonico e la storia*, in *Annali di storia del diritto*, 1 (1957), pp. 459-465; J. M. KELLY, *Storia del pensiero giuridico occidentale*, Bologna, 1996; K. PENNINGTON, *«Innocente fino a prova contraria»: le origini di una massima giuridica*, in D. CITO (a cura di), *Processo penale e tutela dei diritti nell'ordinamento canonico*, Milano, 2005, pp. 33-61 (traduzione inglese in P. M. DUGAN (a cura di), *«The Penal Process and the Protection of Rights in Canon Law»*, *Proceedings of a conference held at the Pontifical University of the Holy Cross, Rome, March 25-26, 2004*, Montréal - Chicago, 2005, pp. 45-66); A. PÉREZ MARTÍN, *El derecho procesal del «ius commune» en España*, Murcia, 1999; P. PRODI, *Una storia della giustizia: dal pluralismo dei fori al moderno dualismo tra coscienza e diritto*, Bologna, 2000; M. VALLERANI, *La giustizia pubblica medievale*, Bologna, 2005.

giusto processo rientrano nel diritto naturale, secondo la nota definizione ulpiana accolta dal Decreto di Graziano attraverso le *Etimologie* di S. Isidoro di Siviglia (ca. 560-636): «*ius naturale est commune omnium nationum, eo quod ubique instinctu naturae, non constitutione aliqua habetur*» (D. 1, c. 7).<sup>20</sup> Ne deriva l'applicabilità – ovviamente non “meccanicista” – al processo canonico dei tanti richiami di Benedetto XVI riguardanti la necessità assiologica dei fondamenti metafisici della fede e degli altri elementi costitutivi della Chiesa (ivi compresa la sua dimensione giuridica). Poiché tale approccio al processo non è evidente né usuale, ne consegue l'utilità della rilettura di alcuni dei detti brani del Pontefice da questa specifica prospettiva ermeneutica.

Nell'ormai celeberrimo discorso all'Aula Magna dell'Università di Ratisbona, il Santo Padre si è posto la fondamentale domanda epistemologica: «La convinzione che agire contro la ragione sia in contraddizione con la natura di Dio, è soltanto un pensiero greco o vale sempre e per se stessa?». <sup>21</sup> Benedetto XVI risponde con l'autorevole invocazione di «uno specifico importante passo della storia della Rivelazione, nel quale si è realizzato (...) l'incontro tra fede e ragione, tra autentico illuminismo e religione»: la traduzione greca dell'Antico Testamento – la “Settanta” –, realizzata in Alessandria da ca. l'a. 280 a.C. all'a. 100 d.C. Questo incontro fra la ragione naturale (rappresentata dalla filosofia greca e dal diritto romano, nell'analisi di Papa Ratzinger)<sup>22</sup> e la rivelazione veterotestamentaria incide sull'«intima natura della fede cristiana», proclamata dal “Logos” incarnato, la quale richiede di affermare che «non agire “con il logos” è contrario alla natura di Dio». <sup>23</sup>

Sempre a Ratisbona, il Santo Padre, dopo essersi riferito a S. Agostino e a S. Tommaso d'Aquino come a due dei principali esponenti di questa classica impostazione “intellettualista” – caratterizzata dal “realismo metafisico” –, ha segnalato il diffondersi nel pensiero cristiano di quel volontarismo (essenzialmente soggettivista) da cui scaturiranno «delle posizioni che (...) potrebbero portare fino all'immagine di un Dio-Arbitrio, che non è legato neanche alla verità e al bene». <sup>24</sup> Il Card. Ruini ha compiuto un'acuta disamina di questo ambito dell'insegnamento del Papa. Il Vicario della diocesi di Roma, dopo aver ricordato che il rapporto tra la Rivelazione e la razionalità è stato «uno dei motivi fondamentali della forza di penetrazione del cristianesimo

<sup>20</sup> Cfr. Dig. 1.1.1.3 e 4; ISIDORUS HISPALENSIS, *Etymologiae sive Origines*, lib. 5.4, in <http://www.thelatinlibrary.com/isidore.html>.

<sup>21</sup> BENEDETTO XVI, *Fede, ragione e università. Ricordi e riflessioni (discorso all'incontro con i rappresentanti della scienza)*, Aula Magna dell'Università di Regensburg, 12 settembre 2006, in [www.vatican.va](http://www.vatican.va).

<sup>22</sup> «Questo incontro, al quale si aggiunge successivamente ancora il patrimonio di Roma, ha creato l'Europa e rimane il fondamento di ciò che, con ragione, si può chiamare Europa» (*ibidem*).

<sup>23</sup> *Ibidem*.

<sup>24</sup> *Ibidem*.

nel mondo ellenistico-romano», sempre alla stregua delle osservazioni di Benedetto XVI, riconosceva che, «nonostante la ricerca di razionalità e di libertà sia sempre stata presente nel cristianesimo, la voce della ragione era stata troppo addomesticata. È stato ed è merito dell'illuminismo aver riproposto, spesso in polemica con la Chiesa, questi valori originari del cristianesimo e aver ridato alla ragione e alla libertà la loro propria voce. Il significato storico del Concilio Vaticano II sta nell'aver nuovamente evidenziato, specialmente nella "Costituzione sulla Chiesa nel mondo contemporaneo" e nella "Dichiarazione sulla libertà religiosa", questa profonda corrispondenza tra cristianesimo e illuminismo, puntando ad una vera conciliazione tra Chiesa e modernità, che è il grande patrimonio da tutelare da entrambe le parti». <sup>25</sup>

Affermare la «profonda corrispondenza tra cristianesimo e illuminismo» e sottolineare che merito del secondo sia stato «aver riproposto, spesso in polemica con la Chiesa, questi valori originari del cristianesimo e aver ridato alla ragione e alla libertà la loro propria voce» è una proposizione coraggiosa – *in primis* del Papa – poiché difficilmente potrebbe essere applicata a numerose tesi illuministe (il Santo Padre ne accenna spesso: *vide infra*). Invece, sicuramente vi è detta "corrispondenza" nella riproposizione illuminista di diversi aspetti del diritto naturale, ritrovabili nelle fonti della rivelazione cristiana (Scrittura e Tradizione), e poi perdute come conseguenza di quel volontarismo in cui cadde un importante settore teologico e filosofico cristiano che, secondo il Card. Ruini, avrebbe mortificato ingiustamente le esigenze della ragione, la quale «era stata troppo addomesticata», in favore di un certo assolutismo. Infatti è pacificamente accettato che tutte le "dittature" presuppongono la mortificazione della ragione, e quindi della libertà, come indicò Pio XII – con significativi richiami al diritto al giusto processo – nel celebre *Radiomessaggio nella vigilia del Natale 1942 a tutti i popoli del mondo* in circostanze storiche particolarmente gravi. <sup>26</sup>

<sup>25</sup> C. RUINI, *L'Occidente? Ha bisogno della verità. Al cuore dell'insegnamento di Benedetto XVI. Proporre la verità salvifica di Gesù Cristo alla ragione del nostro tempo*, discorso al clero di Roma nella Pontificia Università Lateranense, 14 dicembre 2006, §§ 2 e 3, «Avvenire», 15 dicembre 2006.

<sup>26</sup> «Dall'ordinamento giuridico voluto da Dio promana l'inalienabile diritto dell'uomo alla sicurezza giuridica, e con ciò stesso ad una sfera concreta di diritto, protetta contro ogni arbitrario attacco. Il rapporto dell'uomo verso l'uomo, dell'individuo verso la società, verso l'autorità, verso i doveri civili, il rapporto della società e dell'autorità verso i singoli debbono essere posti sopra un chiaro fondamento giuridico e tutelati, al bisogno, dall'autorità giudiziaria. Ciò suppone: a) un tribunale e un giudice, che prendano le direttive da un diritto chiaramente formulato e circoscritto; b) chiare norme giuridiche, che non possano essere stravolte (...) con mere ragioni di utilità; c) riconoscimento del principio che anche lo Stato e i funzionari e le organizzazioni da esso dipendenti sono obbligati alla riparazione e al ritiro di misure lesive della libertà, della proprietà (...)» (PIO XII, *Radiomessaggio «Con sempre nuova freschezza» nella vigilia del Natale a tutti i popoli del mondo*, 24 dicembre 1942, «AAS», 35 (1943), pp. 21-22).

Una tale frattura fra alcune esigenze del diritto naturale presenti nelle fonti cristiane e la loro frustrazione da parte di alcuni assolutismi ispirati alle devianze volontaristiche del pensiero cristiano post-rinascimentale è largamente riscontrabile nell'ambito del sistema giuridico della tutela dei diritti. Per dimostrarlo basta accennare a due esempi, anche se l'elenco potrebbe facilmente allungarsi. Uno è di natura generica mentre l'altro è molto concreto, quantunque entrambi abbiano valenza assiologica, sia per affermare la necessità di adeguare il processo canonico alle esigenze della retta ragione e al diritto naturale, sia per accertare come tale adeguamento fosse presente nelle fonti cristiane e nelle riflessioni della canonistica classica, e come invece detta consapevolezza si sia perduta, in qualche modo, per "colpa" del volontarismo filosofico-teologico, sia, infine, per ammettere che l'ordinamento canonico è debitore dell'aiuto della riflessione giusnaturalista dell'illuminismo nel ricupero di alcune delle esigenze essenziali, prima smarrite, del diritto al giusto processo.

L'esempio generico riguarda lo stesso concetto di "diritto al diritto di difesa". In numerosi studi abbiamo considerato che questo diritto, pur appartenente al diritto divino naturale, è affermato dal diritto divino positivo, nell'Antico e nel Nuovo Testamento, e "ratificato" dalla patristica. Che ciò fosse sostanzialmente presente nella riflessione canonica classica – per quella filosofico-teologica è luminoso il citato insegnamento di Tommaso d'Aquino<sup>27</sup> – lo dimostra la nota espressione del più importante processualista fra i decretalisti, Guglielmo Durante (ca. 1230-1296): «*Abbas non privabit eum [l'accusato] defensione, quae (...) etiam diabolo, si in iudicio adesset, non negaretur*». <sup>28</sup> La diffusione sociale, nel successivo sec. XIV, dell'idea che il diritto di difesa, nella Chiesa, corrispondesse a tutti, anche al diavolo, per diritto divino naturale e positivo, è accertata da una "rivelazione" del Signore a S. Brigida (ca. 1303-1373): «Io sono così giusto che nemmeno al diavolo voglio far torto». <sup>29</sup> Comunque, questo diritto al giusto processo subì un importante affievolimento su diversi sistemi giuridici europei di stampo assolutista. In tale mortificazione della retta ragione qualche influsso è attribuibile alle impostazioni filosofico-teologiche volontaristiche. Lo dimostra il fatto che finissero nell'*Index librorum prohibitorum* alcuni dei principali autori illuministi che scrissero sulla necessità d'introdurre il diritto al giusto processo da parte dei nuovi ordinamenti liberali. Fra questi possiamo ricordare gli italiani Cesare Beccaria (*Dei delitti e delle pene*, 1766), Gaetano Filangieri (*La scienza*

<sup>27</sup> Vide supra nota 10.

<sup>28</sup> GUILIELMUS DURANTIS, «*Speculum iudiciale*». *Illustratum et repurgatum a Giovanni Andrea et Baldo degli Ubaldi*, 2 vol., Basileae, 1574 - Aalen, 1975: lib. III, particula I, rub. *de inquisitione*, § 5 *Ultimo nota*, n. 6, vol. 2, p. 42.

<sup>29</sup> Citata da G. JOERGENSEN, *Santa Brigida di Svezia*, Brescia, 1991, p. 89.

della legislazione, 1784) e Mario Pagano (*Considerazioni sul processo criminale*, Napoli, 1787).<sup>30</sup>

L'esempio concreto di affievolimento del diritto al giusto processo riguarda un istituto processuale essenzialmente collegato con la *rationabilitas, ex natura rei*, dell'esercizio della potestà giudiziaria: la motivazione della sentenza («Gli rispose Gesù: "Se ho parlato male, dimostrami dov'è il male; ma se ho parlato bene, perché mi percuoti?"»: Gv 18, 22-23). È complesso definire la natura amministrativa o giudiziaria delle decisioni papali dei ricorsi, presenti nelle fonti canoniche, considerata l'unitarietà della potestà del Pontefice quando la esercita personalmente.<sup>31</sup> Comunque, molte "decretali" pontificie erano decisioni di controversie la cui natura può essere definita serenamente come giudiziale. Che detti provvedimenti fossero motivati è dimostrato, senza dover esaminare i relativi testi, dal fatto che i medesimi hanno potuto avere valore normativo – come "precedenti" giurisprudenziali ancor prima che come "leggi" accolte dalle compilazioni promulgate da Gregorio IX, Bonifacio VIII, ecc. – appunto in quanto "motivati" *in facto et in iure*. Tuttavia, con un'interpretazione problematica di due decretali di Innocenzo III e di Innocenzo IV,<sup>32</sup> l'Ostiense segnalava come norma generale canonica che la motivazione non era necessaria *ad validitatem* tranne in alcune fattispecie (invero molto ampie): «*Iudex (...) potest causam exprimere si vult, sed non cogitur, quia et si non exprimat nihilominus tenet sententia*». Anzi, tenendo conto della possibilità di motivare male la decisione e delle conseguenze che tale errore potrebbe avere per l'efficacia della sentenza, l'Ostiense dava al giudice un consiglio non rispettoso della *recta ratio* e di natura fortemente volontaristica: quello di omettere la motivazione. A tale scopo Enrico de Susa utilizzò un'espressione colorita che, senza particolare analisi

<sup>30</sup> L'*Index*, sin dalla sua costituzione nel 1559, fu successivamente aggiornato (l'ultima volta nel 1948) e fu abolito nel 1966 (cfr. CONGREGAZIONE PER LA DOTTRINA DELLA FEDE, *Notificazione riguardante l'abolizione dell'Indice dei libri proibiti*, 14 giugno 1966, «AAS», 58 (1966), p. 445). Per l'edizione del 1948, dalla quale prendiamo i nomi dei giuristi illuministi citati, cfr. *Index librorum prohibitorum (1948)*, in <http://www.cvm.qc.ca/gconti/905/BABEL/Index%20Librorum%20Prohibitorum-1948.htm>.

<sup>31</sup> Diversa è la situazione per gli organi vicari del Pontefice, quantunque superare la commistione fra potestà giudiziaria e amministrativa da parte dei dicasteri della Curia Romana fosse una delle finalità primordiali della riforma della Curia Romana operata da San Pio X e sia stata nuovamente auspicata dai Principi per la riforma del CIC approvati dal Sinodo del 1967: «*potestatis ecclesiasticae clare distinguantur diversae functiones, videlicet legislativa, administrativa et iudicialis, atque apte definiatur a quibusdam organis singulae functiones exerceantur*» (*Principium VII. De ordinanda procedura ad tuenda iura subiectiva*, in *Principia*, 7 ottobre 1967, cit., p. 83).

<sup>32</sup> Cfr. x 2.27.16, *Sicut nobis*, Innocenzo III; vi° 5.11.1, *Quum medicinalis*, Innocenzo IV: Concilio I di Lione, costituzione I, 19, in ISTITUTO PER LE SCIENZE RELIGIOSE (a cura di), *Conciliorum Oecumenicorum Decreta*, ed. bilingue, Bologna, 1991, p. 291.

critica, è diventata tipizzante (in modo erroneo a mio parere) dell'atteggiamento dell'ordinamento canonico classico in materia: «*immo et fatuum est exprimere [rationes sententiae] atque periculosum, quia de facili mala posset exprimi, et bona subterfieri, et sic non valerent sententia*». <sup>33</sup> In questo modo, i canonisti offrono una comoda giustificazione alla dottrina civile per indicare la provenienza della normativa contraria alla motivazione della sentenza da parte delle legislazioni statuali assolutiste, normativa che sarebbe stata riformata, appunto, per merito delle idee illuministiche. <sup>34</sup> Questa opinione influì sulla dottrina canonica più autorevole (fra tutti Wernz, Lega e Roberti), la quale, nel commentare l'introduzione dell'obbligo formale della motivazione da parte della normativa canonica alla fine del sec. XIX e, in particolare da parte del CIC 1917 (cfr. cann. 1873 § 1, 3°, 1874 § 4, 1894, 2°), indicò, quantunque in modo velato, l'origine illuministica di detto obbligo: «*hodie hoc observatur apud quaecumque tribunalia [civilia] bene ordinata. Etiam in foro canonico haec admodum laudabilis praxis magis in dies inolescit*». <sup>35</sup>

Questi due esempi di natura processuale, assieme ad altri di diversa valenza, possono spiegare l'opportunità del richiamo di Benedetto XVI al Vaticano II come tappa significativa della reincorporazione all'ordinamento canonico di alcune esigenze del diritto naturale che erano state percepite e riproposte dall'illuminismo. Infatti, già da Cardinale il Papa aveva sottolineato che, anche in ambito ecclesiale, la riflessione sulla “*res iusta*” deve essere fondata sulla “*recta ratio*” piuttosto che su impostazioni di taglio prevalentemente soprannaturale come, invece, proponeva Eugenio Corecco, <sup>36</sup>

<sup>33</sup> HENRICUS DE SEGUSIO, CARDINALIS HOSTIENSIS, *In secundum decretalium librum commentaria*, Venetiis, 1581, «*De sententia et re iudicata*», cap. 16, p. 162 vo. Cfr. la nostra *Historia de la motivación de la sentencia canónica*, Zaragoza, 1985, *passim*, riassunta su questo punto in *La genesi della sentenza canonica*, in P.A. BONNET, C. GULLO (a cura di), *Il processo matrimoniale canonico*, ed. 2, Città del Vaticano, 1994, pp. 722-726.

<sup>34</sup> Cfr. T. SAUVEL, *Histoire du jugement motivé*, «*Revue de Droit Public*», 71 (1955), pp. 6-53, in speciale pp. 16-22; M. TARUFFO, *L'obbligo di motivazione della sentenza civile tra diritto comune e illuminismo*, «*Rivista di Diritto Processuale*», 29 (1974), pp. 265-295; IDEM, *La motivazione della sentenza civile*, Padova, 1975, pp. 319-324.

<sup>35</sup> M. LEGA, *Compendium praelectionum de iudiciis ecclesiasticis*, Romae, 1906, n. 473, p. 245. Cfr. F. X. WERNZ, *Ius Decretalium*, vol. 5/1, *De iudiciis in genere et de iudiciis contentiosis*, Prati, 1914, n. 361, pp. 297-298, note 52 e 53, e n. 669, pp. 508-509; F. ROBERTI, *De processibus*, vol. 2, Romae, 1926, n. 456, p. 185, nota 1. Più esplicitamente, nonché più recentemente, cfr. A. JULLIEN, *Juges et avocats des tribunaux de l'Église*, Rome, 1970, p. 493; PH. GODDING, *Jurisprudence et motivation des sentences, du moyen âge à la fin du 18<sup>e</sup> siècle*, in CH. PERELMAN, P. FORIERS (a cura di), *La motivation des décisions de justice*, Bruxelles, 1978, pp. 37-67; R. NAVARRO VALLS, *Los fundamentos de la sentencia canónica*, «*Ius Canonicum*», 15/30 (1975), pp. 327-328.

<sup>36</sup> Cfr. E. CORECCO, *La sentenza nell'ordinamento canonico*, in *La sentenza in Europa. Metodo, tecnica e stile*, Padova, 1988, pp. 269-270; IDEM, «*Ordinatio rationis*» o «*ordinatio fidei*»? *Appunti sulla definizione della legge canonica*, «*Communio*», 36 (1977), pp. 48-69, e in E. CORECCO, «*Ius*

per evitare quelle «spinte distruttive del diritto, che hanno avuto origine da interpretazioni unilaterali della sua fede [della Chiesa]»: <sup>37</sup> «L'elaborazione e la strutturazione del diritto non è immediatamente un problema teologico, ma un problema della “*recta ratio*”... Questa retta ragione deve cercare di discernere, al di là delle opinioni e delle correnti di pensiero, ciò che è giusto, il diritto in se stesso, ciò che è conforme all'esigenza interna dell'essere umano di tutti i luoghi e che lo distingue da ciò che è distruttivo dell'uomo. Compito della Chiesa e della fede è contribuire alla sanità della “*ratio*”». <sup>38</sup>

Comunque, assieme a questo onesto riconoscimento del benefico influsso dell'illuminismo, il Santo Padre indica che fra i principali autori illuministi ve ne sono non pochi caratterizzati da un forte agnosticismo e relativismo. Perciò, ad es., diceva al suo rientro del viaggio pastorale ed ecumenico in Turchia: <sup>39</sup> «il mondo musulmano si trova oggi con grande urgenza davanti a un compito molto simile a quello che ai cristiani fu imposto a partire dai tempi dell'illuminismo e che il Concilio Vaticano II, come frutto di una lunga ricerca faticosa, ha portato a soluzioni concrete per la Chiesa cattolica. (...) Da una parte, ci si deve contrapporre a una dittatura della ragione positivista che esclude Dio dalla vita della comunità e dagli ordinamenti pubblici, privando così l'uomo di suoi specifici criteri di misura. D'altra parte, è necessario accogliere le vere conquiste dell'illuminismo, i diritti dell'uomo e specialmente la libertà della fede e del suo esercizio, riconoscendo in essi elementi essenziali anche per l'autenticità della religione». <sup>40</sup>

Inoltre, la comprensione delle anzidette riflessioni di Benedetto XVI sarebbe molto parziale e distorta qualora rimanesse chiusa in un'impostazione “orizzontale” delle conseguenze di un approccio gnoseologico rispettoso della “*recta ratio*” e del diritto naturale. Infatti, la ragione è un dono divino che ha come fine ultimo quello di conoscere Dio e la sua legge redentrice, il cui adempimento (con il necessario e immancabile aiuto divino) “apre” l'uomo all'accettazione del dono soprannaturale della fede, secondo il noto brano della lettera di S. Paolo ai Romani (1, 17-2, 16). Il Papa se ne occupò per

*et communio*». *Scritti di diritto canonico*, a cura di G. Borgonovo e A. Cattaneo, Lugano, 1997, vol. 1, pp. 135-156.

<sup>37</sup> J. RATZINGER, *Discorso in occasione del conferimento della laurea “honoris causa” della Facoltà di giurisprudenza della Libera Università Maria Ss.ma Assunta*, Roma, 10 novembre 1999, in <http://www.ratzinger.it/conferenze.htm>. <sup>38</sup> *Ibidem*.

<sup>39</sup> Dal 28 novembre al 1° dicembre 2006. Sul nostro argomento offrono utili cenni i discorsi del Papa agli incontri con il Presidente per gli Affari Religiosi di Turchia e con il Corpo Diplomatico nella Nunziatura Apostolica, entrambi ad Ankara, 28 novembre 2006, in [www.vatican.va](http://www.vatican.va).

<sup>40</sup> BENEDETTO XVI, *Discorso alla Curia Romana in occasione della presentazione degli auguri natalizi*, 22 dicembre 2006, in [www.vatican.va](http://www.vatican.va).

esteso a Ratisbona e vi è tornato in altre occasioni, fra cui, precisamente, in un congresso sul diritto naturale: «C'è un ... pericolo ... inquietante: il metodo che ci permette di conoscere sempre più a fondo le strutture razionali della materia ci rende sempre meno capaci di vedere la fonte di questa razionalità, la Ragione creatrice. La capacità di vedere le leggi dell'essere materiale ci rende incapaci di vedere il messaggio etico contenuto nell'essere, messaggio chiamato dalla tradizione *lex naturalis*, legge morale naturale». <sup>41</sup>

Nel contempo, Benedetto XVI continua a fondare sul diritto naturale di origine metafisica le esigenze universali di giustizia, da cui emergono limiti invalicabili al legislatore umano, giacché impediscono, anche presso l'ordinamento ecclesiale, ogni volontarismo positivista in contraddizione con dette esigenze. Infatti, dal diritto naturale scaturisce «l'esigenza di *giustizia* che si manifesta nel dare *unicuique suum* ... Si esprimono, in questi valori, norme inderogabili e cogenti che non dipendono dalla volontà del legislatore e neppure dal consenso che gli Stati possono ad esse prestare. Sono infatti norme che precedono qualsiasi legge umana: come tali, non ammettono interventi in deroga da parte di nessuno ... In questa situazione [di diffuso positivismo giuridico] è opportuno ricordare che ogni ordinamento giuridico, a livello sia interno che internazionale, trae ultimamente la sua legittimità dal radicamento nella legge naturale, nel messaggio etico iscritto nello stesso essere umano. La legge naturale è, in definitiva, il solo valido baluardo contro l'arbitrio del potere o gli inganni della manipolazione ideologica». <sup>42</sup>

È da questa impostazione ermeneutica che chi scrive ha insistito sull'eccezionalità del processo. Al riguardo, è interessante richiamare Romano Guardini, sia per il suo approccio teologico alla considerazione del diritto al giusto processo canonico, sia perché non è abituale fra i processualisti prendere in considerazione questo autore, ben conosciuto da Benedetto XVI. Guardini è stato uno dei più importanti studiosi preconciliari dei fondamenti filosofici della religione cattolica (non è facile definire Guardini: teologo, filosofo, pensatore..., ma, sicuramente, non fu un manzoniano "azzecagarbugli"). <sup>43</sup>

<sup>41</sup> BENEDETTO XVI, *Discorso ai partecipanti al Congresso Internazionale sul diritto naturale promosso dalla Pontificia Università Lateranense*, 12 febbraio 2007, in [www.vatican.va](http://www.vatican.va).

<sup>42</sup> *Ibidem*. Nello stesso senso, cfr. BENEDETTO XVI, *Discorso ai membri della Commissione Teologica Internazionale*, 1° dicembre 2005; IDEM, *Discorso al Corpo Diplomatico accreditato presso la Santa Sede*, 9 gennaio 2006; IDEM, *Messaggio per la giornata mondiale della pace*, 1° gennaio 2007, «*La persona umana, cuore della pace*», 8 dicembre 2006; IDEM, *Discorso al 56° Convegno Nazionale dell'Unione Giuristi Cattolici Italiani sul tema: «La laicità e le laicità»*, 9 dicembre 2006; IDEM, *Discorso alla Curia Romana in occasione della presentazione degli auguri natalizi*, 22 dicembre 2006; IDEM, *Discorso al Corpo Diplomatico accreditato presso la Santa Sede*, 8 gennaio 2007.

<sup>43</sup> Guardini nacque a Verona (1885) e morì a Monaco di Baviera (1968), dove era stato professore di «*Religionsphilosophie und katolische Weltanschauung*» (1948-1962), dopo aver ricoperto la stessa cattedra a Berlino (1923-1945) e Tubinga (1945-1948).

Egli si ricollega al ragionamento dei Padri e di Tommaso d'Aquino come da noi accolto.<sup>44</sup> Infatti, il professore di Monaco di Baviera, nelle sue "Riflessioni sulla persona e sulla vita di Gesù Cristo" (pubblicate nel 1937), propone la distinzione fra foro interno e esterno per riuscire ad armonizzare l'apparente "fariseismo" ("dire e non fare") di Gesù e di Paolo, poiché entrambi contestarono le ingiustizie personalmente subite anche se, a prima vista, avevano predicato la rinuncia alla tutela dei diritti: «Gesù ha detto che, percossi, si deve porgere l'altra guancia (Mt 5, 39) – quando però il servo davanti al gran consiglio lo colpì, lui stesso non agì in questo modo, ma si difese: "Se ho parlato male, dimostrami questo male; se invece ho parlato bene, perché mi percuoti?" (Gv 18, 23). Dunque egli stesso si appellò all'ordinamento del processo».<sup>45</sup>

Un altro motivo (apparentemente contrastante con la tesi dell'influsso dell'illuminismo sull'ordinamento canonico) per sostenere l'ecclesialità del diritto-dovere al giusto processo, proviene dai frequenti richiami del magistero pontificio agli Stati e agli Organismi Internazionali affinché sia rispettato il diritto naturale, al quale appartiene il diritto di difesa (dei singoli e della comunità) nei suoi elementi essenziali. Questi appelli sono giustificati, perché il diritto naturale ha un'origine divina di cui la Chiesa è custode, senza che sia possibile ritenere che tale insegnamento costituisca un'ingerenza nell'autonomia del temporale: la questione è molto attuale.<sup>46</sup> Ma, allora, è evidente che tale insegnamento pontificio obbliga *in primis* la stessa Chiesa, poiché il diritto naturale fa parte delle fonti del diritto canonico, senza bisogno di una legge umana che le dia valore.<sup>47</sup> Perciò, Giovanni Paolo II,

<sup>44</sup> Cfr. *Pubblico e privato: elementi di comunione nel processo canonico*, in *La giustizia nella Chiesa: fondamento divino e cultura processualistica moderna*, Città del Vaticano, 1997, pp. 47-84, in particolare il § 4; *La tutela giudiziale dei diritti nella Chiesa. Il processo può essere cristiano?*, in J. J. CONN e L. SABBARESE (a cura di), «*Iustitia in caritate*». *Miscellanea di studi in onore di Velasio De Paolis*, Città del Vaticano, 2005, pp. 507-522.

<sup>45</sup> R. GUARDINI, *Il Signore. Riflessioni sulla persona e sulla vita di Gesù Cristo*, traduzione di G. Colombi, Brescia-Milano, 2005, p. 130. Per quanto riguarda S. Paolo, ad esempio: «Il sommo sacerdote Anania ordinò ai suoi assistenti di percuoterlo sulla bocca. Paolo allora gli disse: "Dio percuoterà te, muro imbiancato! Tu siedì a giudicarmi secondo la legge e contro la legge comandi di percuotermi?"» (At 23, 2-3); cfr. 1 Cor 6, 1-7.

<sup>46</sup> «Questi principi non sono verità di fede anche se ricevono ulteriore luce e conferma dalla fede. Essi sono iscritti nella natura umana stessa e quindi sono comuni a tutta l'umanità. L'azione della Chiesa nel promuoverli non ha dunque carattere confessionale, ma è rivolta a tutte le persone, prescindendo dalla loro affiliazione religiosa. Al contrario, tale azione è tanto più necessaria quanto più questi principi vengono negati o mal compresi perché ciò costituisce un'offesa contro la verità della persona umana, una ferita grave inflitta alla giustizia stessa» (BENEDETTO XVI, *Discorso ai partecipanti al convegno promosso dal Partito Popolare Europeo*, 30 marzo 2006). Cfr. IDEM, es. ap. postsinodale «*Sacramentum caritatis*» sull'Eucaristia fonte e culmine della vita e della missione della Chiesa, 22 febbraio 2007, n. 83.

<sup>47</sup> *Vide supra* nota 9.

nel suo primo Discorso alla Rota Romana, nel 1979, affermò, ricollegandosi all'insegnamento di Paolo VI: «il compito della Chiesa, e il merito storico di essa, di proclamare e difendere in ogni luogo e in ogni tempo i diritti fondamentali dell'uomo (...) la obbliga ad essere davanti al mondo "*speculum iustitiae*". La Chiesa ha al riguardo una propria e specifica responsabilità. Questa opzione fondamentale, che rappresenta una presa di coscienza da parte di tutto il "Popolo di Dio", non cessa di interpellare e stimolare tutti gli uomini della Chiesa – ed in particolare coloro che, come voi, hanno un compito speciale al riguardo – ad "amare la giustizia e il diritto"». <sup>48</sup>

### 3. L'EQUILIBRIO FRA LA TUTELA DEI DIRITTI DELLA COMUNITÀ E DEL SINGOLO: IL DIRITTO-DOVERE DEI SACRI PASTORI AL GIUSTO PROCESSO

Nella Chiesa, per disposizione divina i vescovi diocesani godono della potestà giudiziaria: sono i giudici "naturali" delle loro *portiones populi Dei* e, nel caso del Romano Pontefice, dell'intero popolo di Dio. Essi sono i «moderatori» dei tribunali e possono sempre esercitare personalmente la potestà giudiziaria. Ne scaturisce l'obbligo di vigilanza nei confronti dell'attività dei loro tribunali: «i Vescovi sono i giudici per diritto divino delle loro comunità. È in loro nome che i tribunali amministrano la giustizia. Essi sono pertanto chiamati ad impegnarsi in prima persona per *curare l'idoneità dei membri dei tribunali*, diocesani o interdiocesani, di cui essi sono i Moderatori, e per accertare *la conformità delle sentenze con la retta dottrina*. I sacri Pastori non possono pensare che l'operato dei loro tribunali sia una questione meramente "tecnica" della quale possono disinteressarsi, affidandola interamente ai loro giudici vicari (cfr. CIC, cann. 391, 1419, 1423 § 1)». <sup>49</sup>

Questa responsabilità del vescovo diocesano nei confronti dell'attività del suo tribunale implica un vero "dovere" del pastore nei confronti del retto svolgimento del "giusto processo". Esiste il pericolo che le esigenze essenziali del processo (che sono complesse e richiedono tempo e travaglio) possano essere considerate semplici disposti positivi del legislatore umano,

<sup>48</sup> GIOVANNI PAOLO II, *Discorso alla Rota Romana*, 17 febbraio 1979, n. 1, «AAS», 71 (1979), pp. 422-427. Il testo fu riproposto dallo stesso Giovanni Paolo II dieci anni dopo (cfr. *Discorso alla Rota Romana*, 26 gennaio 1989, n. 10, «AAS», 81 (1989), pp. 922-927). «La presenza della Santa Sede presso gli Organismi Internazionali Intergovernativi rappresenta un contributo fondamentale al rispetto dei diritti umani» (BENEDETTO XVI, *Discorso ai Rappresentanti della Santa Sede presso le Organizzazioni Internazionali*, 18 marzo 2006, in [www.vatican.va](http://www.vatican.va)).

<sup>49</sup> GIOVANNI PAOLO II, *Discorso alla Rota Romana*, 29 gennaio 2005, n. 4, «AAS», 97 (2005), pp. 164-166. Nello stesso senso, cfr. PONTIFICIO CONSIGLIO PER I TESTI LEGISLATIVI, istr. «*Dignitas connubii*», da osservarsi nei Tribunali diocesani e interdiocesani nella trattazione delle cause di nullità del matrimonio, 25 gennaio 2005, *prooemium* (penultimo §), artt. 33, 38 § 3, 308.

senza che ne sia colto il collegamento con il diritto naturale, e quindi trascurando il loro necessario rispetto e giungendo a ritenere che l'inderogabilità di detti elementi da parte dei sacri pastori sia manifestazione di positivismo giuridico. Infatti, se escludiamo le cause di nullità del matrimonio – le quali, considerata la loro natura meramente dichiarativa, non esigono una vera “controversia” fra due parti opposte<sup>50</sup> –, la quasi totalità dell'attività procedimentale ecclesiastica con un qualche aspetto di “contraddittorietà” riguarda casi di fedeli con particolari impegni ecclesiali (chierici, membri di istituti di vita consacrata, insegnanti, ecc.), la cui condotta ingiusta richiede, agli occhi della legittima autorità, l'adozione di qualche provvedimento disciplinare per tentare di rimediare ai problemi che il comportamento di dette persone pone al bene della propria diocesi, istituto, ecc. Detti fedeli “problematici” appaiono spesso come quelli che, oltre ai disagi arrecati alla loro comunità di appartenenza (disagi che hanno motivato l'iniziativa dell'autorità), cagionano un'ulteriore noia, quella del loro opporsi al provvedimento preso nei loro confronti, fino ad arrivare al competente dicastero della Curia Romana e, in seguito, al processo contenzioso amministrativo presso la Segnatura Apostolica, inasprendo la situazione e provocando spese e ulteriori conflitti. È, quindi, comprensibile che le garanzie giuridiche poste a protezione degli accusati possano apparire come un ostacolo alla pace sociale e un pesante impegno per le rispettive autorità, già sovraccariche di lavoro pastorale.

In occasione dei gravi problemi suscitati da penosi delitti commessi da alcuni sacerdoti ed altre persone con mansioni ufficialmente ecclesiali, e delle norme promulgate al riguardo (universali e particolari), molto si è riflettuto sulla necessità di trovare il giusto equilibrio fra la tutela dei diritti del singolo e quelli della comunità da parte dei sacri pastori, cioè sul diritto-dovere al giusto processo.<sup>51</sup> Un discorso analogo serve per i docenti di scienze sacre e per i politici che si servono della loro condizione di “cattolici” per ottenere consensi, quando il loro insegnamento o la loro azione politica siano

<sup>50</sup> L'istr. *Dignitas connubii* ha evitato l'utilizzo di espressioni “litigiose”. Ad es., il CIC tratta «*de libello litis introductorio*», «*de litis contestatione*», ecc. La DC, invece, adopera «*de libello causae introductorio*», «*de formula dubii*», ecc., pur rispettando «la dialettica processuale», in cui ha un ruolo molto importante il difensore del vincolo (cfr. DC, in particolare, art. 56; BENEDETTO XVI, *Discorso alla Rota Romana*, 28 gennaio 2006, cit., p. 137).

<sup>51</sup> Cfr. GIOVANNI PAOLO II, m.p. «*Sacramentorum sanctitatis tutela*» quo Normae de gravioribus delictis Congregationi pro Doctrina Fidei reservatis promulgantur, 30 aprile 2001, «AAS», 93 (2001), pp. 737-739; IDEM, «*Normae substantiales et processuales*» promulgate col m.p. «*Sacramentorum sanctitatis tutela*» (30 aprile 2001) e successive modifiche (7 novembre 2002 - 14 febbraio 2003), «*Ius Ecclesiae*», 16 (2004), pp. 313-321; D. CITO (a cura di), *Processo penale e tutela dei diritti*, cit.; V. GÓMEZ-IGLESIAS, *Acerca de la autoridad como servicio en la Iglesia*, 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. 193-217.

in evidente contrasto con la dottrina autorevolmente proposta dai legittimi pastori.<sup>52</sup>

Quindi, il saldo impianto concettuale del diritto al giusto processo – di natura teologica, filosofica e giuridica – che abbiamo considerato, talvolta rischia di essere vanificato dall'accennato pragmatico ragionamento secondo cui il rispetto del diritto di difesa è più utile a coloro ai quali vengono attribuiti atti gravemente lesivi del bene comune e della *salus animarum*, che non ai sacri pastori nel loro esercizio della potestà teso ad «ottenere sufficientemente la riparazione dello scandalo, il ristabilimento della giustizia [e] l'emendamento del reo» (can. 1341). Ne scaturisce l'opportunità di enunciare qualche proposizione, altrettanto pratica, che possa servire di replica e renda operative le conseguenze processuali fondate sulle riflessioni assiologiche di Benedetto XVI.

1) Alcuni sacri pastori non sono esenti da responsabilità riguardo alle gravi situazioni alle quali si deve porre rimedio nel rispetto della procedura prevista. Tale responsabilità è dovuta, almeno, ad un doppio motivo. In primo luogo perché hanno conferito l'ordinazione sacerdotale o affidato mansioni pastorali a persone non idonee, pur essendo consapevoli di detta inidoneità o per non averla riconosciuta come tale.<sup>53</sup> In secondo luogo, perché in seguito alla conoscenza dei fatti oggettivamente perniciosi, detti sacri pastori non hanno adottato le dovute misure cautelari e disciplinari. Quindi, non è giusto tentare di porre rimedio a questa negligenza e passività con una successiva ingiustizia di segno opposto: una sorta di aspra e frettolosa reazione (la cosiddetta "tolleranza zero" a scapito delle esigenze del diritto al giusto processo) che, talvolta, porta ad identificare, almeno di fatto, l'atto di accusa (in realtà, di mera denuncia, considerato che l'unico titolare dell'azione penale è l'ordinario del luogo e, a nome suo, il promotore di giustizia: cfr. cann. 1717-1721) con la condanna. Tale ingiusta impostazione vuole essere giustificata con il pretesto dell'anzidetta inefficacia delle procedure previste dalla legge (amministrative e giudiziarie) per riparare lo scandalo e l'ingiustizia.<sup>54</sup> Comunque l'etica (naturale e cristiana) respinge il principio secondo cui "il fine giustifica i mezzi (illegittimi)".

<sup>52</sup> Cfr. CONGREGAZIONE PER LA DOTTRINA DELLA FEDE, *Agendi ratio in doctrinarum examine* (Regolamento per l'esame delle dottrine), 29 giugno 1997, «AAS», 89 (1997), pp. 830-835.

<sup>53</sup> Cfr. BENEDETTO XVI, es. ap. postsinodale «*Sacramentum Caritatis*», cit., n. 25; CONGREGAZIONE PER IL CULTO DIVINO E LA DISCIPLINA DEI SACRAMENTI, *Lettera del Cardinale Prefetto*, 16 maggio 2002, «Notitiae», novembre-dicembre 2002, p. 586; CONGREGAZIONE PER L'EDUCAZIONE CATTOLICA, *Istruzione circa i criteri di discernimento vocazionale riguardo alle persone con tendenze omosessuali in vista della loro ammissione al seminario e agli ordini sacri*, 4 novembre 2005, «AAS», 97 (2005), pp. 1007-1013.

<sup>54</sup> Cfr. K. BOCCAFOLO, *Le norme penali degli USA e la loro applicazione*, in D. CITO (a cura di), *Processo penale e tutela dei diritti*, cit., pp. 303-326.

2) La non rara persuasione che siano richieste delle enormi difficoltà per avviare la procedura atta a proteggere efficacemente il bene della Chiesa e dei fedeli proviene primariamente dall'«orrore per ciò che non si conosce» e dalla titubanza nel rivolgersi alle persone competenti. Talvolta, pur dopo la consultazione con un esperto, non si sono voluti mettere in pratica i consigli ricevuti, i quali erano, e sono, perfettamente attuabili, certamente con una dose non indifferente di fatica da parte dei pastori e dei loro giudici. Infatti, vi è una sorprendente insofferenza nei confronti della necessità di un'impegnativa preparazione tecnico-giuridica, contrastante con la serena accettazione, ad esempio, del bisogno di un serio sforzo per imparare una lingua, o dell'aiuto della perizia tecnica dei medici, degli architetti, ecc.

3) Le difficoltà inerenti all'amministrazione della giustizia risalgono agli inizi delle comunità socialmente organizzate. Infatti, già Ietro, suocero di Mosè, si era posto il problema e aveva offerto a suo genero una prudente soluzione all'inizio della storia del Popolo ebreo (cfr. *Esodo* 18, 13-26). La Chiesa si trova nel suo ventunesimo secolo di vita, e quindi, alla stregua del diritto veterotestamentario e di quello romano, si è posta il problema e ha trovato adeguate soluzioni per giungere ad un'equilibrata tutela dei diritti della comunità e del singolo da parte dei sacri pastori, pur con la consapevolezza che la perfetta giustizia non si realizzerà se non alla fine dei tempi.

4) La condanna di un innocente, o il tollerare il danno del popolo di Dio perché non viene attuato il diritto-dovere al giusto processo, è una gravissima ingiustizia: quella dei pastori che agiscono da mercenari (cfr. *Gv* 10, 1-29).

#### 4. CONCLUSIONE

Il miglior modo di concludere queste riflessioni è riproporre ad attenta meditazione alcune parole di Benedetto XVI nel suo citato *Discorso alla Rota Romana* del 28 gennaio 2006 (pp. 136-138), in cui si evince come l'influsso dell'illuminismo giusnaturalista abbia comportato per l'ordinamento canonico soltanto un ritorno alle proprie classiche convinzioni sull'ecclesialità del diritto al giusto processo:

«Il processo canonico (...) costituisce essenzialmente uno strumento per accertare la verità ... Il suo scopo costitutivo non è quindi di complicare inutilmente la vita ai fedeli né tanto meno di esacerbarne la litigiosità, ma solo di rendere un servizio alla verità. L'istituto del processo in generale (...) non è di per sé un mezzo per soddisfare un interesse qualsiasi, bensì uno strumento qualificato per ottemperare al dovere di giustizia di dare a ciascuno il suo. Il processo, proprio nella sua struttura essenziale, è istituto di giustizia e di pace. In effetti, lo scopo del processo è la dichiarazione della verità da parte di un terzo imparziale, dopo che è stata offerta alle parti pari opportunità di addurre argomentazioni e prove entro un adeguato spazio di discussione (...).

«Di fondamentale importanza, anche in questa materia, è il rapporto tra ragione e fede. Se il processo risponde alla retta ragione, non può meravigliare il fatto che la Chiesa abbia adottato l'istituto processuale per risolvere questioni intraecclesiali d'indole giuridica. Si è andata consolidando così una tradizione ormai plurisecolare, che si conserva fino ai giorni nostri nei tribunali ecclesiastici di tutto il mondo. Conviene tener presente, inoltre, che il diritto canonico ha contribuito in maniera assai rilevante, all'epoca del diritto classico medioevale, a perfezionare la configurazione dello stesso istituto processuale. (...) Il ricorso alla via processuale, nel cercare di determinare ciò che è giusto, non solo non mira ad acuire i conflitti, ma a renderli più umani, trovando soluzioni oggettivamente adeguate alle esigenze della giustizia (...).

«Nessun processo è a rigore *contro* l'altra parte, come se si trattasse di infliggerle un danno ingiusto. L'obiettivo non è di togliere un bene a nessuno, bensì di stabilire e tutelare l'appartenenza dei beni alle persone e alle istituzioni (...).

«[L]a dialettica processuale [è] volta ad accertare la verità (...). Il criterio della ricerca della verità, come ci guida a comprendere la dialettica del processo, (...) può servirci per cogliere (...) il suo valore pastorale, che non può essere separato dall'amore alla verità. Può avvenire infatti che la carità pastorale sia a volte contaminata da atteggiamenti compiacenti verso le persone. Questi atteggiamenti possono sembrare pastorali, ma in realtà non rispondono al bene delle persone e della stessa comunità ecclesiale; evitando il confronto con la verità che salva, essi possono addirittura risultare controproducenti rispetto all'incontro salvifico di ognuno con Cristo».

JESÚS MIÑAMBRES

## LA NOZIONE DI “BENE ECCLESIASTICO” NELLA PRIMA CODIFICAZIONE CANONICA

Premessa. 1. La redazione della formula legale del 1917. 2. La definizione dei “beni ecclesiastici” nelle codificazioni private. 3. La definizione dei “beni ecclesiastici” nei manuali. a. Autori che non definiscono i beni ecclesiastici. b. Autori che propongono nuove definizioni. Considerazione conclusiva.

### PREMESSA

LA nozione tecnica di «bene ecclesiastico»,<sup>1</sup> definita dal legislatore nei Codici di diritto canonico che si sono succeduti durante il ventesimo secolo, pone problemi ermeneutici ogni volta che ci si confronta con realtà ecclesiali di diverso tipo (da alcuni enti di struttura gerarchica a molte espressioni dell'autonomia dei fedeli sia in campo associativo che in quello delle fondazioni), che sembrano in qualche modo rifiutarsi di entrare nel concetto legale, soprattutto per quanto comporta la sottomissione ad un regime di controllo da parte dell'autorità che appare a volte inadeguato alle finalità che si cercano. Emblematico di queste difficoltà, e molto vicino nel tempo alla promulgazione del primo Codice di diritto canonico, è il caso risolto con la decisione *Corrientensis* della S.C. del Concilio, nel 1921,<sup>2</sup> riguardante i beni delle Conferenze di S. Vincenzo de' Paoli, le quali non godevano di personalità giuridica e, pertanto, non avevano beni ecclesiastici in senso proprio. Emblematico, e ovviamente non unico. Basti pensare alle difficoltà trovate da alcune entità di lunga tradizione, come le confraternite, o a quelle incontrate da nuovi fenomeni ecclesiali, come alcuni movimenti, ecc.

La constatazione di questi problemi ci induce ad intraprendere un lavoro di chiarificazione delle origini del concetto stesso di «bene ecclesiastico» nel senso tecnico legale appena accennato. A questo scopo va studiato il processo di redazione del testo legale del 1917. Infatti, il *Codex iuris canonici* del 1917 è stato il primo documento legale della Chiesa universale che ha offerto una

<sup>1</sup> In questo senso conclude l'interessante lavoro monografico del PERLASCA, *Il concetto di bene ecclesiastico*, Roma 1997, p. 374: «La qualifica “ecclesiastico” riferita ad un bene, pertanto, è tecnica, e da assumersi in senso stretto: indica l'appartenenza di un determinato bene ad una persona giuridica pubblica».

<sup>2</sup> Cfr. «AAS», 13 (1921) pp. 135-144.

descrizione-definizione dei beni ecclesiastici, in questi termini: «Can. 1497. – § 1. Bona temporalia, sive corporalia, tum immobilia tum mobilia, sive incorporalia, quae vel ad Ecclesiam universam et ad Apostolicam Sedem vel ad aliam in Ecclesia personam moralem pertineant, sunt bona ecclesiastica». Descrizione che poggia esclusivamente sull'individuazione del soggetto di dominio; «le finalità, cui il bene doveva soddisfare, non concorrevano ad integrare il concetto di "bene ecclesiastico"». <sup>3</sup>

La necessità della ricerca sulla redazione di questo testo viene confermata dalla codificazione del 1983, che ha accolto praticamente la stessa descrizione con l'aggiunta della novità della distinzione fra persone giuridiche (prima "moralì") pubbliche e private e la precisazione del regime legale applicabile ai beni descritti per differenziarli da quello applicabile alle persone giuridiche private: «Can. 1257 § 1. Bona temporalia omnia quae ad Ecclesiam universam, Apostolicam Sedem aliasve in Ecclesia personas iuridicas publicas pertinent, sunt bona ecclesiastica et reguntur canonibus qui sequuntur, nec non propriis statutis». <sup>4</sup>

Anche le indicazioni tratte dalle pubblicazioni "ufficiali" delle fonti dei canoni finiscono per esigere la ricerca sulla redazione del Codice del 1917, giacché non apportano dati significativi sull'inclusione della definizione nei corpi legali. Il Codice del 1983 richiama semplicemente il can. 1497 del Codice precedente. <sup>5</sup> Le *fontes* del Codice del 1917 riportano due documenti: una decretale di Pasquale II (1099-1118) preoccupato per l'usurpazione delle oblazioni dei fedeli; <sup>6</sup> e una istruzione della Sacra Congregazione *De propaganda fide*, inviata al prefetto apostolico della Norvegia nel 1881, contenente alcune indicazioni sul modo di gestire le elemosine raccolte per le missioni. <sup>7</sup> Ma la

<sup>3</sup> Cfr. A. PERLASCA, *Il concetto...*, cit., p. 367.

<sup>4</sup> Molto simile è la descrizione offerta dal can. 1009 § 2 del *Codex canonum Ecclesiarum orientalium*: «Bona temporalia omnia, quae ad personas iuridicas pertinent, sunt bona ecclesiastica». Logicamente non fa riferimento alle persone pubbliche perché, com'è noto, il CCEO non ha accolto la distinzione fra persone giuridiche pubbliche e private.

<sup>5</sup> Cfr. PONTIFICIA COMMISSIO CODICI IURIS CANONICE AUTHENTICE INTERPRETANDO, *Codex Iuris Canonici fontium annotatione et indice analytico-alphabetico auctus*, Città del Vaticano, 1989, sub can. 1257.

<sup>6</sup> X, 5, 40, 13: «Quidquid fidelis offert ecclesiae, oblationis nomine continetur, et a saecularibus possidere non debet. *Paschalis II. Canonici sancti Martini*. Causa Carpensis plebis (*Et infra*:) Ceterum primitiae, decimae et oblationes in solis ecclesiarum bonis praecipue numerantur. Oblationes vero dicimus, quaecunque de propriis et licitis rebus ecclesiae a fidelibus offeruntur. Quicumque igitur eas per *manum vel* potestatem saecularem obtinet, procul dubium contra Deum et *contra* sanctorum Patrum nititur sanctiones; quin immo et qui accipit, et qui tradit, raptor et sacrilegus iudicatur» (in AE. FRIEDBERG, *Corpus iuris canonici*, Graz 1959, vol. II, col. 915).

<sup>7</sup> SACRA CONGREGATIO DE PROPAGANDA FIDE, *Instructio (ad Praef. Ap. Norvegiae), 27 maii 1881*: «I beni che si acquistano con l'elemosine raccolte per le missioni sono veri beni ecclesia-

risposta alla domanda che ci poniamo, cioè dove si possa rinvenire l'origine della definizione legale dei beni ecclesiastici, rimane introvabile in questi documenti. Da qui la necessità di approfondire la redazione stessa del canone e l'ambiente “culturale” in cui essa ebbe luogo.

Il fatto che la definizione dei beni ecclesiastici sia contestuale alla codificazione conferma, già in partenza, il carattere strumentale della definizione stessa. Il concetto di bene ecclesiastico precedente la codificazione era flessibile, comprendente realtà diverse secondo la necessità, e comune, come la responsabilità di un buon padre di famiglia e tanti altri. All'interno del corpo legale codificato diventa invece un termine dai contorni precisi, predeterminati, non interpretabili, che aiuta alla coerenza del sistema e alla sicurezza dei predicati giuridici, ma perde duttilità. Come si è arrivati a una tale formula legale? E quali erano gli intenti del legislatore nell'apprarla?

### 1. LA REDAZIONE DELLA FORMULA LEGALE DEL 1917

Il processo di codificazione delle leggi della Chiesa agli inizi del xx secolo, è stato ormai oggetto di abbondanti studi.<sup>8</sup> I lavori riguardanti la parte del Codice *De bonis temporalibus* iniziano con tre *vota* del 1907, uno di Ferreres<sup>9</sup> e due, più brevi, di Lampert<sup>10</sup> e di Burrotti.<sup>11</sup> Le riunioni della *consulta* incaricata di questa parte cominciano domenica 3 novembre 1907. I lavori seguono

stici, ancorchè non vengano riconosciuti come tali dalla legge civile; quindi 1. Un missionario non può di sua privata autorità acquistarli in nome proprio per poterne poi liberamente disporre, ma solo potrà farlo quando ne sia debitamente autorizzato e con le necessarie cautele. 2. Né può, neanche in vantaggio della Missione, alienare o ipotecare senza una precedente autorizzazione i beni che avesse in tal modo acquistati. 3. Il Prefetto Apostolico può esigere dai missionari che facciano riconoscere legalmente simili acquisti, quando lo creda espediente, dove la Missione cattolica è considerata come corpo civile avente diritto di possedere; o almeno che tali acquisti si facciano in nome di più comproprietari fiduciari, per non esporre a facili perdite i beni acquistati per la Missione» (in P. GASPARRI, I. SERÉDI, *Codicis iuris canonici fontes*, Typis Polyglottis Vaticanis 1935, VII, p. 471, n. 4895).

<sup>8</sup> Particolarmente riusciti e completi, a nostro avviso, lo studio introduttivo e la breve bibliografia sulla storia della prima codificazione offerti da J. LLOBELL, E. DE LEÓN, J. NAVARRETE, *Il Libro “De processibus” nella codificazione de 1917. Studi e documenti*, vol. I, Milano 1999.

<sup>9</sup> IOANNES B. FERRERES, S. I., *Votum. Codex iuris canonici. Liber tertius De rebus. Pars De bonis temporalibus. Tit. xxxvi-xxxviii*, Romae, Typis Vaticanis 1907, in ARCHIVIO SEGRETO VATICANO, *Commissione (Pontificia) per la codificazione del Diritto Canonico* (d'ora in poi *FondoCIC*), scatola 42 e 59.

<sup>10</sup> UDALRICI LAMPERT, *Votum. Codex iuris canonici. Liber tertius De rebus. Pars De bonis temporalibus. Tit. xxxvi-xxxviii*, Romae, Typis Vaticanis 1907, in *FondoCIC*, scatola 42 e 59.

<sup>11</sup> DOMINICI BURROTTI, *Votum. Codex iuris canonici. Liber tertius De rebus. Pars De bonis temporalibus. Tit. xxxvi-xxxviii*, Romae, Typis Vaticanis 1907, in *FondoCIC*, scatola 42.

principalmente il *votum* di Ferreres integrato con quello di Lampert. Il *votum* di Burrotti non è mai adoperato nelle discussioni.<sup>12</sup>

Il *votum* di Ferreres iniziava con una definizione dei beni temporali della Chiesa, intesi come quelle cose valutabili economicamente che sono nel dominio della Chiesa e che servono al culto divino, all'esercizio della religione o al sostentamento dei ministri.<sup>13</sup> Più avanti precisava che i beni sono ecclesiastici non soltanto se appartengono alla Chiesa universale o particolare, ma anche quando ineriscono a degli istituti eretti dall'autorità ecclesiastica per le opere di religione o di carità, come le congregazioni diocesiane di voti semplici, le confraternite ecclesiastiche, il seminario o un ospedale ecclesiastico. Non sono ecclesiastici invece i beni appartenenti alle pie fondazioni o agli istituti laicali, vale a dire, agli istituti eretti senza un decreto formale dell'autorità della Chiesa.<sup>14</sup> E per chiarire situazioni complesse proponeva un canone innovativo dell'ordinamento<sup>15</sup> che attribuiva il dominio dei beni a chi potesse addurre titoli di possesso, tranne il caso dei Francescani e dei Cappuccini, i cui beni sono di proprietà della Sede Apostolica.<sup>16</sup> Tuttavia, anche i beni degli ospedali e degli altri istituti e fondazioni ecclesiastiche sono nel dominio vero e proprio della Chiesa, e quindi sono sotto il regime previsto per l'acquisto, l'amministrazione e l'alienazione dei beni ecclesiastici.<sup>17</sup>

<sup>12</sup> Le sue proposte ci sembrano molto simili a quelle di Ferreres. Per completezza dell'esposizione aggiungiamo qui la sua definizione di beni ecclesiastici: « Can. 1. Bona temporalia mobilia et immobilia, horum bonorum loco fructus civiles, redditus, emolumenta, obventiones, rationes, actiones, quae in ecclesiae patrimonio computantur, ecclesiastica dicuntur » (D. BURROTTI, *Votum*, cit., p. 3). Purtroppo non è chiaro cosa sia il "patrimonio della Chiesa". Per i beni delle fondazioni, Burrotti propone: « Can. 2. Foundationes piae ex privata fidelium voluntate fundatae, absque ecclesiasticae auctoritatis interventu, Episcoporum iurisdictioni minime subiacent. At ubi fundatores diem clauserint extremum, possunt Episcopi etiam a laicis, quibus administratio iuxta tabulas concredita est, exigere ut bona secundum eorum intentionem rite applicentur » (D. BURROTTI, *Votum*, cit., p. 8).

<sup>13</sup> « Can. 1. Bona Ecclesiae temporalia res illae pretio aestimabiles sunt, quae in dominio Ecclesiae existunt quaeque ad divini cultus, vel religionis exercitium, vel ad Ecclesiae ministros sustentandos inserviunt » (I. B. FERRERES, *Votum*, cit., p. 13).

<sup>14</sup> « Can. 7. Haec omnia bona intelliguntur esse ecclesiastica non modo si pertineant ad Ecclesiam universalem aut particularem, sed etiam ad quemlibet institutum auctoritate ecclesiastica erectum pro operibus religionis aut charitatis, v.gr. ad congregationes dioecesianas votorum simplicium, ad confraternitates ecclesiasticas, seminarium, hospitale ecclesiasticum; non autem ea quae ad pias foundationes seu instituta pia laicalia i.e. erecta, sine formali decreto auctoritatis ecclesiae spectant » (I. B. FERRERES, *Votum*, cit., p. 15-16).

<sup>15</sup> L'autore avverte all'inizio del *votum* che ogni volta che proporrà una norma innovativa dell'ordinamento aggiungerà una croce (+) accanto al numero del canone, come fa in questo caso.

<sup>16</sup> « Can. 15+. Dominium bonorum ad eam pertinet ecclesiam sive particularem sive universalem, aut institutum, cui tituli possessionis addicti sunt; at dominium bonorum communium in ordinibus PP. Franciscalium ac Capuccinorum erit penes Sedem Apostolicam » (I. B. FERRERES, *Votum*, cit., p. 18).

<sup>17</sup> « Can. 90. Bona hospitalium aliorumque institutorum ac fundationum ecclesiasticarum

Il *votum* di Lampert partiva anche da una descrizione del “patrimonio temporale ecclesiastico”, puntando più direttamente sul criterio della titolarità e senza riferimento alle finalità. Il patrimonio ecclesiastico comprenderebbe tutti i beni corporali e i diritti economicamente valutabili che appartengono per diritto di proprietà alla Chiesa universale o ai suoi istituti particolari o alle corporazioni inserite nell’organismo della Chiesa dall’autorità ecclesiastica.<sup>18</sup>

Già da questi *vota* iniziali si vede la tendenza a determinare l’ecclesiasticità dei beni sulla base della titolarità del diritto di proprietà o dominio. I verbali delle sedute della *consulta* del mese di novembre non riportano discussioni particolarmente rilevanti sulle proposte dei *vota*. Come abbiamo già detto, in generale, la discussione poggia sul *votum* di Ferreres.<sup>19</sup> Forse l’unico particolare rilevante nelle prime discussioni, per quanto riguarda l’argomento del nostro studio, è la proposta di usare l’espressione “*personae morales*” anziché corporazioni, fatta e accettata nella seduta del 3 novembre.<sup>20</sup>

Fra le carte conservate nell’Archivio Segreto Vaticano compaiono due *schemi* a stampa che dovrebbero appartenere a questa fase dei lavori: dicembre 1907. Come si sa, era frequente che i canoni approvati dalla *consulta* fossero poi stampati per l’uso nelle sedute successive. È abbastanza probabile che i documenti qui riferiti siano il risultato (parziale) di questo modo di procedere. Il primo *schema* contiene 33 canoni senza divisione in capitoli. Il secondo, probabilmente posteriore, ha 57 canoni ed è già diviso in tre capitoli.<sup>21</sup> Entrambi riportano come terzo canone una definizione dei beni ecclesiastici considerati come i beni temporali che appartengono alla Chiesa universale o a qualche persona morale *in Ecclesia*.<sup>22</sup> Definizione legale (*dicuntur*) che non pregiudica ulteriori discussioni dottrinali, ma sembra piuttosto indirizzata a fare chiarezza all’interno del corpo normativo.

sunt vere et proprie in dominio Ecclesiae, adeoque legibus statutis pro acquisitione, administratione et alienatione bonorum ecclesiasticorum omnino subiiciuntur » (I. B. FERRERES, *Votum*, cit., p. 47).

<sup>18</sup> «Can. 1. Patrimonium temporale ecclesiasticum comprehendit omnia bona corporalia (mobilia sive immobilia) iuraque oeconomice aestimabilia (usum, usumfructum, ius decimandi, servitutes, census annuos, actiones, nomina debitorum etc.), quae iure proprietatis pertinent sive ad Ecclesiam universalem sive ad eiusdem particularia instituta vel corpora auctoritate ecclesiastica organismo Ecclesiae inserta » (U. LAMPERT, *Votum*, cit., p. 3).

<sup>19</sup> Il verbale del giorno 3 riporta una proposta di Bucceroni di cominciare « col diritto appartenente alla Chiesa », riprendendo il can. 2 del *votum* di Lampert, anziché con la definizione dei beni ecclesiastici (cfr. Verbale della consulta del 3 novembre 1907, in *FondoCIC*, scatola 59).

<sup>20</sup> Cfr. Verbale della consulta del 3 novembre 1907, in *FondoCIC*, scatola 59.

<sup>21</sup> Cfr. *Schemi* non datati, in *FondoCIC*, scatola 59.

<sup>22</sup> «Can. 3. Bona temporalia quae pertinent vel ad Ecclesiam universalem vel ad aliquam personam moralem in Ecclesia, dicuntur *bona ecclesiastica*» (*Schema*, senza data, in *FondoCIC*, scatola 59).

I verbali delle sedute della *consulta* del mese di dicembre non aggiungono altri particolari alla discussione sulla nozione dei beni ecclesiastici, tranne la richiesta « che si faccia prima menzione dei beni sacri ». <sup>23</sup>

Un altro *schema* di 83 canoni dovrebbe costituire la *redazione definitiva* dei canoni di questa parte nella prima fase dei lavori. Anche se non è datato, la copia conservata nell'archivio riporta, scritta a mano sulla prima pagina, la seguente indicazione: « Animadversiones mittantur non ultra diem 20<sup>am</sup> aprilis ». Sarebbe ragionevole che, se l'ultimo verbale è del 29 dicembre 1907, l'indicazione manoscritta si riferisca all'aprile del 1908, rivolta probabilmente ai membri della commissione dei cardinali che doveva rivedere tutto il lavoro fatto nelle *consulte*. Inoltre, alcuni canoni portano note in calce che precisano indicazioni particolari di alcune persone, il che sembra confermare che si tratti di un documento non destinato al lavoro del gruppo che lo ha prodotto, ma rivolto ad altre persone. Quindi, lo schema dovrebbe essere del dicembre del 1907 o del gennaio del 1908.

Dopo qualche altro ritocco di poco conto, il canone promulgato raccoglie quasi alla lettera la proposta di questo schema della consulta; con una certa maggiore imperatività, per quanto dice che i beni ecclesiastici *sunt* quello che stabilisce il legislatore, e non solo *dicuntur*, com'era nello schema; e con l'inclusione nel testo della norma della divisione dei beni in corporali, mobili e immobili, e incorporali, e la menzione esplicita della Sede Apostolica insieme alla Chiesa universale e prima delle altre persone morali.

La redazione dei canoni del Codice del 1917 chiarisce, quindi, poche cose per quanto riguarda il perché della scelta di apportare una definizione legale dei beni ecclesiastici, ma conferma la novità che essa suppone nella legislazione della Chiesa. Lo studio della redazione del testo legale aiuta anche a percepire che la nozione stessa non era molto precisa nelle menti dei giuristi (dei canonisti). Forse è questo il motivo che giustifica la scelta di definirla nella legge. Non si dimentichi che lo strumento codiciale si inserisce in un'atmosfera di ricerca della sicurezza legale, di una "architettura" normativa che si regga da sé. Occorre adesso contrastare la definizione codiciale con le dottrine degli autori che in quei primi anni del novecento contribuivano con i loro scritti al progredire della scienza canonica.

## 2. LA DEFINIZIONE DEI "BENI ECCLESIASTICI" NELLE CODIFICAZIONI PRIVATE

Lo studio delle diverse posizioni dottrinali può prendere le mosse dall'esame delle proposte di quegli autori convinti della convenienza della codificazione a tal punto da fornire loro stessi dei codici "privati" del diritto della Chiesa.

<sup>23</sup> Verbale della consulta del 22 dicembre 1907, in *FondoCIC*, scatola 59.

In queste opere, però, nessuno aveva avanzato una definizione dei beni ecclesiastici. Tuttavia sembra utile dare uno sguardo al modo in cui trattano *de rebus*, soprattutto *de rebus temporalibus*, per meglio avvicinarci al concetto di beni ecclesiastici che verrà poi definito dal legislatore.<sup>24</sup>

Il primo tentativo pubblicato di codificazione “privata” del diritto canonico è quello compiuto da De Luise (1873).<sup>25</sup> Anche se uno dei primi diritti della Chiesa che codifica, nel I Libro (*De jure publico ecclesiastico*), al I Titolo (*De juribus praecipuis Ecclesiae Naturalibus*), è quello di avere e possedere,<sup>26</sup> non descrive mai i beni ecclesiastici, nemmeno quando tratta *De bonis Ecclesiae servandis*, nel I Titolo del Libro VI.

L’opera più completa fra le proposte pubblicate di redazione di un codice del diritto della Chiesa, quella del Pillet (1890), non offre altro che indicazioni sulla proprietà e sulle alienazioni dei *bona Ecclesiae*, senza preoccuparsi minimamente di descriverli; sembrerebbe rifarsi ad un termine talmente comune da non aver bisogno di definizione. Così, negli “articoli” preliminari del *Tractatus secundus. De rebus* non menziona nemmeno i beni ecclesiastici, ma si limita a offrire una classificazione delle *res* e a stabilire che *res temporales sunt bona temporalia et praesertim beneficia*.<sup>27</sup> Poi, nel *Liber quartus. De rebus temporalibus* di questo stesso *Tractatus*, fornirà delle norme sulla proprietà di tali beni.<sup>28</sup> Sembra desumersi implicitamente che, per Pillet, i beni eccle-

<sup>24</sup> Come si sa, non tutti i tentativi di codificazioni “private” sono stati completati in tutte le parti previste. Per la trattazione dei beni ecclesiastici, ad es., non aggiungono nulla quelli di Colomiatti e Russo. Cfr. E. COLOMIATTI, *Codex iuris pontificii seu canonici*, Taurini 1888-1906. Lo studio di quest’opera risulta abbastanza complicato dal fatto che non ha un sommario e, quindi, non vi è un riferimento a titoli o capitoli o qualunque altra divisione che possa facilitarne la consultazione. Vi è soltanto un indice delle materie che però non serve ad analizzare la struttura dell’opera. Ad ogni modo, malgrado il titolo, il libro di Colomiatti, pubblicato in nove volumi, somiglia più ad una raccolta di prassi curiale che ad un codice legale, nel senso che il termine veniva acquistando dal secolo precedente. Vedi anche F. RUSSO, *Juris canonici privati codex vigens, sive Legum ecclesiasticarum omnium novissima collectio*, Panormi 1904. Il primo volume dell’opera venne pubblicato a Palermo nel 1904, quando ormai stavano avviandosi i lavori per la codificazione in Vaticano. Il programma complessivo prevedeva una *Sectio De bonis Ecclesiae materialibus*, ma dopo la pubblicazione della *I Sectio* il progetto fu abbandonato, e quindi non ci è dato sapere che idea aveva il Russo sui beni ecclesiastici.

<sup>25</sup> G. DE LUISE, *Codex canonum Ecclesiae qui ex antiquo jure adhuc usque vigent et ex Concilii Tridentini decretis pro cleri atque populi christiani reformatione editis diligenter deprompti atque ex summorum pontificum nuperque Pii IX tam per se quam in sacro Concilio Vaticano constitutionibus scripti traduntur, praemisso brevi tractatu de Ecclesiae natura eiusque regimine ac ferendi leges potestate, concinnatus a Gaspere De Luise ...*, Neapoli 1873.

<sup>26</sup> «7. Ecclesia habet nativum ac legitimum ius acquirendi, ac possidendi» (*ibidem*, p. 2)

<sup>27</sup> A. PILLET, *Jus canonicum generale distributum in articulos*, Paris 1890, p. 182, art. 860.

<sup>28</sup> Di particolare interesse, a nostro avviso, in quanto riflette convincimenti radicati fra i fedeli, è l’articolo 1562, nel quale si fa una specie di carrellata attorno alle diverse opinioni

siaistici siano quelli destinati alle finalità della Chiesa e sottoposti alla potestà del Romano Pontefice.

Il *Codex* di Pezzani,<sup>29</sup> oltre al testo dei canoni proposti, aggiunge lunghe note di commento. La terza parte dell'opera, pubblicata nel 1902, affronta il trattato *De Rebus*. Il can. 664 distingue i beni della Chiesa in spirituali e annessi agli spirituali.<sup>30</sup> Il can. 666 spiega che i beni temporali annessi a quelli spirituali sono quelli che servono al culto o all'esercizio della religione oppure al sostentamento dei ministri.<sup>31</sup> In nota a questi canoni, il Pezzani spiega che i beni meramente temporali, invece, appartengono al diritto proprio della società civile.<sup>32</sup> Purtroppo, l'autore non arrivò a completare la sua opera: l'ultimo titolo pubblicato è quello che riguarda l'amministrazione delle cose spirituali, che doveva essere seguito, secondo i piani originali, da un altro titolo sull'amministrazione delle cose temporali. Tuttavia, la visione del Pezzani rimane molto legata alle finalità dei beni, per cui non sembra forzato concludere che intendesse per beni ecclesiastici quelli che qualifica come temporali *spiritualibus adnexa*. Di fatti, i beni non collegati ad una finalità "spirituale" rimangono di esclusiva competenza del diritto civile. Il richiamo fatto dall'autore ai canoni fondamentali (concretamente al can. 12), come lui stesso afferma nella nota, potrebbe supportare questa ipotesi. Detto can. 12, inserito fra quelli che descrivono la costituzione della Chiesa, stabilisce l'autonomia delle cose temporali, sempre in considerazione delle finalità di tali beni e della società stessa: nelle cose temporali, nei confronti del fine temporale, la società civile non è subordinata alla Chiesa, ma totalmente indipendente.<sup>33</sup>

sulla proprietà dei beni della Chiesa, per poi concludere nell'articolo successivo con una difesa dell'autorità pontificia su di essi: «1562 — Juxta quosdam auctores, Deus ipse est verus proprietarius bonorum ecclesiasticorum. Haec est opinio communior, licet alii dicant proprietarium esse Papam, vel Ecclesiam universalem, vel singulam societatem religiosam particularem. 1563 – Quidquid sit hac in re vera doctrina, certum est Papam disponere posse de bonis ecclesiasticis omnibus, sive tanquam illorum proprietarius sive tanquam administrator supremus» (A. PILLET, *Jus canonicum generale...*, cit., p. 325).

<sup>29</sup> E. M. PEZZANI, *Codex Sanctae Catholicae Romanae Ecclesiae*, Romae-Mediolani 1893-1902.

<sup>30</sup> «Can. 664. Ecclesiae bona alia sunt spiritualis, alia temporalia spiritualibus adnexa.» (*ibidem*, Pars III, vol. I, p. 17).

<sup>31</sup> «Can. 666. Temporalia bona spiritualibus adnexa, sunt bona temporalia quae ad divini cultus, vel religionis exercitium, vel ad Ecclesiae ministros alendos inserviunt» (*ibidem*, p. 18).

<sup>32</sup> «Res mere temporales ad societatem civilem jure proprio pertinent, ut ex canonibus fundamentalibus satis demonstratum (can. 12)» (*ibidem*).

<sup>33</sup> «Can. 12. Quamvis civilis catholicorum societas ad consequendum proprium suum finem, qui est temporale subditorum bonum, in iis, quae ad religionem et conscientiam non pertinent, dici possit ac debeat ab Ecclesia independens (...). Nella nota a questo canone, il Pezzani precisa: «societas catholicorum in rebus temporalibus, respectu finis temporalis, non est Ecclesiae subordinata sed plane independens» (*ibidem*, Pars I, p. 33-34).

Un altro autore che fornisce una compilazione del diritto della Chiesa in un'opera strutturata in numeri che potrebbero assomigliare agli articoli o canoni di un Codice è Deshayes (1902).<sup>34</sup> In realtà, il libro sarebbe da includere piuttosto in una specie a sé, mista di elementi delle “codificazioni private” e di altri più propri delle tradizionali “istituzioni” destinate all'insegnamento. Di fatti l'organizzazione stessa dell'opera sembra più adatta alla formazione e alla discussione degli argomenti che non alle ingiunzioni legali.<sup>35</sup> Comunque sia, per quanto riguarda l'argomento oggetto d'indagine in queste pagine, il Deshayes riporta le opinioni sui titolari della proprietà ecclesiastica,<sup>36</sup> senza offrire una vera definizione dei beni ecclesiastici. Tuttavia è interessante notare come la sua idea dei beni ecclesiastici si identifichi esplicitamente con quella delle cose sacre,<sup>37</sup> soprattutto per garantire la loro indipendenza da ingerenze da parte delle autorità civili (la cosiddetta immunità).<sup>38</sup> Idea quest'ultima che torna anche quando si tratta di ricordare il diritto della Chiesa di acquistare beni,<sup>39</sup> e di stabilire che esso si estende anche alle “associazioni inferiori costituite secondo il diritto ecclesiastico”.<sup>40</sup>

Come si è già visto nel processo di redazione dei canoni del Codice del 1917 è stata anche avanzata la proposta di menzionare le cose sacre nel canone che definiva i beni ecclesiastici, prima e non dopo la definizione degli stessi.<sup>41</sup> E, anche se la proposta non è stata accolta, come si sa lo stesso cano-

<sup>34</sup> F. DESHAYES, *Memento juris ecclesiastici publici et privati. Ad usum seminariorum et cleri*, Paris 1902.

<sup>35</sup> Deshayes divide la sua opera in due grandi parti destinate al diritto pubblico e al diritto privato; il diritto pubblico contiene due Libri, uno sul pubblico interno e l'altro sul pubblico esterno; il diritto privato, a sua volta, è diviso in tre Libri: *De personis*, *De rebus* e *De judiciis* (cfr. lo *Schema totius operis* a p. 4).

<sup>36</sup> « 163. Diversa ratione bona ecclesiastica sunt Dei, S. Pontificis, ecclesiarum et pauperum; suprema tamen de iis legislatio ad S. Sedem pertinet » (F. DESHAYES, *Memento juris ecclesiastici...*, cit., p. 42).

<sup>37</sup> « 164. Bona ecclesiastica sunt, jure divino, res sacrae, atque idcirco inviolabiles et a civilibus oneribus immunes » (F. DESHAYES, *Memento juris ecclesiastici...*, cit., p. 42).

<sup>38</sup> « 277. Immunitas est jus quo ecclesiae et alia loca sacra, necnon personae ecclesiasticae et res earum, liberae et immunes sunt a muneribus et oneribus civilibus, atque ab actibus eorum sanctitati et reverentiae repugnantibus. Stricte distinguitur a privilegio, quod est gratuita derogatio facta juri communi, favore particularis personae vel collegii, per benevolam superioris auctoritatem. — Triplex species immunitatis: personalis, localis et realis »; « 280. Realis immunitas consistit in exemptione bonorum Ecclesiae a publicis vectigalibus » (F. DESHAYES, *Memento juris ecclesiastici...*, cit., p. 78-79).

<sup>39</sup> « 156. Ecclesia plenum jus habet, et quidem divinum, ad temporalia bona sive immobilia, sive mobilia, *possidenda*, novaque *adquirenda*, independenter prorsus ab auctoritatis civilis licentia » (F. DESHAYES, *Memento juris ecclesiastici...*, cit., p. 40-41).

<sup>40</sup> « 157. Eadem valet doctrina de inferioribus ad associationibus ecclesiastico jure constitutis, quibus tenetur Status sic dictam “personalitatem civilem” agnoscere » (F. DESHAYES, *Memento juris ecclesiastici...*, cit., p. 41).

<sup>41</sup> Cfr. Verbale della consulta del 22 dicembre 1907, in *Fondo CIC*, scatola 59.

ne che definiva i beni ecclesiastici offriva anche nel secondo paragrafo una descrizione delle cose sacre e di quelle preziose (cfr. can. 1497 § 2 CIC'17). Di fatti, la descrizione stessa di queste ultime è cambiata dopo quella che abbiamo denominato "redazione definitiva", che includeva le *res sacra, pretiosa e magni valoris* nel novero dei beni ecclesiastici. Infatti, dopo la definizione di quelli che «dicuntur *bona ecclesiastica*» nel primo paragrafo del can. 3 di quello Schema, il secondo paragrafo iniziava: «Inter haec appellantur *sacra...*»,<sup>42</sup> ricomprendendo così le categorie dei beni sacri, preziosi e di grande valore all'interno di quella dei beni ecclesiastici. Il canone promulgato nel 1917, invece, non fa il collegamento fra le cose sacre e i beni ecclesiastici,<sup>43</sup> e la dottrina non ha mai pensato che tutte le cose sacre siano tecnicamente ecclesiastiche. Si è soliti fare l'esempio del calice benedetto appartenente ad un sacerdote per dimostrare come tale bene *sacro* non possa essere *ecclesiastico* per essere nella titolarità di una persona fisica e non di una persona giuridica canonica pubblica.

Interessa ora sottolineare le "imprecisioni" tecniche dottrinali, riflettutesi anche nel processo di redazione dei canoni del Codice. Quello che dopo la codificazione potrebbe essere descritto come mancanza di precisione giuridica era, pochi anni prima, discutibile, sottoposto ad opinioni diverse.

Le "codificazioni private" sembrano confermare la mancanza, all'epoca, di una percezione della necessità di una definizione legale troppo tecnica, formale e rigida dei beni ecclesiastici. Ma anche la tendenza insita nello strumento codificato ad una coerenza sistematica che talvolta può imporsi alla stessa percezione della sua vera necessità o meno nella realtà giuridica dell'ordinamento che si dà il codice. Infatti, dalle stesse proposte di codificazione privata si potrebbe desumere che la nozione dei beni ecclesiastici fosse pacificamente posseduta dai canonisti, che poggiasse sui criteri delle finalità alle quali i beni dovevano essere destinati e del riferimento alla potestà del Romano Pontefice, e che la loro preoccupazione fosse piuttosto quella di proteggere questi beni da tentativi di appropriazione da parte di soggetti estranei alla Chiesa.

### 3. LA DEFINIZIONE DEI "BENI ECCLESIASTICI" NEI MANUALI

Contemporaneamente ai tentativi, più o meno riusciti e completi, di codificazione, la dottrina produceva anche delle opere più tradizionali, come quelle destinate all'insegnamento, sia sul modello dei commenti alle decre-

<sup>42</sup> Cfr. *Schema* senza data, in *FondoCIC*, scatola 59.

<sup>43</sup> «Dicuntur *sacra*, quae consecratione vel benedictione ad divinum cultum destinata sunt; *pretiosa*, quibus notabilis valor sit, artis vel historiae vel materiae causa» (can. 1497 § 2 CIC'17).

tali, sia ispirandosi più direttamente alle *Institutiones* del Lancelotti (che a sua volta aveva preso da Giustiniano nel *Corpus Iuris civilis*). Vi erano poi anche altre opere di carattere monografico su singoli argomenti e contributi più specifici in riviste scientifiche, che non prenderemo in considerazione qui.

Si constata anche in questi lavori che molti degli autori non si sono preoccupati di offrire una definizione vera e propria dei beni ecclesiastici. Altri, per la verità pochi,<sup>44</sup> hanno semplicemente ribadito la dottrina tradizionale del commento al *De peculio clericorum*<sup>45</sup> delle decretali, che denominava beni ecclesiastici quei frutti e quelle rendite dei benefici che avanzavano dopo che il beneficiario si era procurato il suo congruo sostentamento e aveva fatto le spese necessarie per il culto e il mantenimento dei beni beneficiari. Infine, vi sono stati anche degli autori che hanno fornito nuove definizioni o descrizioni dei beni ecclesiastici, o dei beni temporali della Chiesa che, come vedremo, in quel momento storico non erano sinonimi.

#### a. Autori che non definiscono i beni ecclesiastici

Come accadeva con le proposte di codici, la manualistica della seconda metà del XIX secolo si preoccupò poco di definire i beni ecclesiastici. La maggior parte degli autori si accontentava di vaghi riferimenti alla nozione “comune” senza pretendere di precisarla. Molti dei manuali fanno riferimento al concetto di “cosa”, e quindi di “cose temporali”, al momento di dividere l’opera in “persone”, “cose” e “giudizi”, ma non offrono una definizione tecnica dei beni ecclesiastici. Vediamone alcuni esempi.

George Phillips<sup>46</sup> distingue le cose spirituali da quelle temporali sulla base della loro destinazione, in modo tale da considerare “spirituali” tutte le cose destinate alla salvezza delle anime e “temporali” tutte quelle che cercano la pace e l’ordine della società secolare.<sup>47</sup> Attribuisce poi il dominio di tutti i

<sup>44</sup> Cfr., ad es., F. GÓMEZ SALAZAR, *Instituciones de derecho canónico*, León 1891, p. 123: «Se entiende por bienes eclesiásticos, las cosas que pertenecen á los clérigos ó á las mismas iglesias» (tomo III, p. 123); R. O’CALLAGHAN, *Derecho canónico según el orden de las Decretales de Gregorio IX*, Tortosa 1899, tomo II, p. 171.

<sup>45</sup> Cfr. x, 3, 25.

<sup>46</sup> G. PHILLIPS, *Du droit ecclésiastique dans ses principes généraux*, Paris 1850.

<sup>47</sup> «Il faut donc nécessairement chercher ailleurs la borne délimitative qui sépare le domaine spirituel du domaine temporel; cette borne, c’est la destination des choses: ainsi appartient à l’ordre spirituel toute chose qui a un but exclusivement spirituel, en ce sens qu’elle a pour fin le salut des âmes, encore qu’elle soit matérielle par sa nature; tandis qu’il faut désigner comme temporelles celles qui ont pour fin immédiate un objet temporel, et sont destinées à maintenir l’ordre et la paix dans la société séculière, bien que, par leur nature, elles ne soient point matérielles. Par conséquent, le but en vue duquel les choses sont instituées étant la base unique de leur classification dans l’ordre spirituel ou temporel, il ne nous reste plus, pour établir la distinction dont il s’agit, qu’à tracer la ligne qui sépare la fin del l’Église de celle de l’État» (*ibidem*, tomo II, p. 397).

beni a Dio,<sup>48</sup> in modo particolare di quelli ecclesiastici, attraverso Cristo e il suo corpo mistico, la Chiesa.<sup>49</sup> Purtroppo però non aggiunge una descrizione giuridica di questi ultimi beni; il suo scopo è piuttosto quello di difendere la Chiesa da coloro che a vario titolo volevano incamerare i suoi beni,<sup>50</sup> e a tal fine si rende particolarmente utile l'attribuzione del dominio a Dio, perché chi prende le cose della Chiesa offende direttamente Dio.

Simon Aichner, vescovo di Bressanone dal 1884 al 1904, aveva pubblicato il suo *Compendium*, per la prima volta nel 1862.<sup>51</sup> Affronta lo studio dei beni ecclesiastici in modo simile a tutti gli altri autori del periodo: non offre una definizione dei beni ecclesiastici, si ferma a discutere le dottrine sul soggetto titolare del dominio di tali beni<sup>52</sup> e, infine, dimostra lungo tutta la trattazione la preoccupazione per affermare l'indipendenza dalle autorità civili. La risposta alla domanda sulla titolarità della proprietà dei beni temporali della Chiesa si articola attorno alla distinzione tra un soggetto immediato del dominio, che sarebbe ogni singolo istituto particolare, e un soggetto mediato dello stesso che sarebbe la Chiesa "generale" che possiede i beni tramite quell'istituto.<sup>53</sup>

Guglielmo Sebastianelli, che fu consultore per la codificazione del diritto della Chiesa, soprattutto in materia *de rebus*, nelle sue *Praelectiones juris canonici. De rebus*, pubblicate dalla Tipografia Vaticana nel 1897 non soltanto non offre una definizione delle cose temporali della Chiesa, ma nemmeno prende posizione nel dibattito dottrinale sulla titolarità su di esse.<sup>54</sup>

Gli esempi potrebbero moltiplicarsi.<sup>55</sup> Ma comune a tutti questi autori è

<sup>48</sup> «L'homme n'est pas que l'administrateur des biens temporels; Dieu seul a sur eux un véritable *jus dominii*» (*ibidem*, p. 437).

<sup>49</sup> «En principe, à Dieu seul appartient la propriété de toutes les choses créées, et dans le cas actuel, le propriétaire, c'est le propre fils de Dieu, c'est Jésus-Christ. Ainsi Dieu, Jésus-Christ, et conséquemment par lui son corps mystique, l'Église, est le véritable propriétaire des biens ecclésiastiques; les corporations et les individus qui partagent ces biens ne doivent être considérés que comme de simples administrateurs» (*ibid.*, p. 442).

<sup>50</sup> Preoccupazione condivisa da non pochi autori dell'epoca e particolarmente palese nelle istituzioni di diritto pubblico, come, ad es., F. CAVAGNIS, *Institutiones iuris publici ecclesiastici quas in scholis Pontificii Seminarii Romani tradidit*, Desclée, Romae [dopo 1895].

<sup>51</sup> S. AICHNER, *Compendium Juris Ecclesiastici ad usum cleri, ac praesertim per Imperium Austriacum in cura animarum laborantis*; noi adopereremo l' *editio octava novis curis recognita et emendata*, Brixinae 1895. <sup>52</sup> Cfr. S. AICHNER, *Compendium Juris Ecclesiastici*, cit., p. 791.

<sup>53</sup> «Subjectum immediatum et proximum proprietatis (sc. intuitu bonorum ecclesiasticorum) est institutum locale, subjectum vero remotum et mediatum est ecclesia generalis, quae mediante isto instituto ea bona possidet» (*ibidem*, p. 794).

<sup>54</sup> «Solum quaestio est inter Doctores, quisnam rerum ecclesiasticarum temporalium dominium habeat. (...) Nos aliis has quaestiones decidendas relinquimus, cum nostram provinciam praetergrediantur» (G. SEBASTIANELLI, *Praelectiones juris canonici. De rebus*, Romae 1897, p. 345).

<sup>55</sup> In ambito spagnolo, cfr., ad es., con varie sfumature, P. B. GOLMAYO, *Institutiones del derecho canónico*, Madrid 1885 (6. ed.), in particolare tomo II, § 1, p. 6; § 118, p. 112; §

il fatto che, benché trattino sui beni temporali della Chiesa e facciano riferimento al loro regime giuridico, non ritengono di dover elaborare una nozione generale che li descriva. E ciò a conferma, secondo noi, della percezione della futilità della definizione: nella generalità dei casi, tutti sapevano quali erano ed erano in grado di individuarli.

b. *Autori che propongono nuove definizioni*

Molti autori della seconda metà del XIX secolo ritengono comunque di dover offrire una definizione dei beni ecclesiastici, o dei beni temporali della Chiesa. Come si è visto, già fra quelli che non li definiscono è dato trovare delle descrizioni più o meno definitorie del concetto, come d'altronde risulta logico in testi destinati all'insegnamento. Tali definizioni prendono tonalità diverse attorno a due poli fissi: la destinazione dei beni (il criterio che potremmo denominare teleologico) e la titolarità delle posizioni giuridiche su di essi (il criterio soggettivo). Alcune poggiano quasi esclusivamente su uno dei poli, altre tendono semplicemente verso l'uno o l'altro. Stupisce che questa diversità di sfumature alla fine descriva inconfondibilmente le stesse entità reali bene identificabili.

Tra coloro che offrono quelle che potremmo denominare *definizioni “teleologiche”* sono da annoverare due autori di lingua francese, il professore Gignac dell'Università Laval di Québec (Canada)<sup>56</sup> e il belga Brabandere.<sup>57</sup> Definiscono le cose ecclesiastiche temporali senza alcun riferimento ai sog-

147, p. 136; M. AGUILAR, *Institutiones juris canonici*, Typis Josephi Sáenz, Sancti Dominici Calceatensis 1904, p. 385; J. JUSEU Y CASTANERA, *Institutiones de derecho canónico general y particular de España*, Valencia 1878, tomo II, p. 233-234; J. P. MORALES Y ALONSO, *Tratado de derecho eclesiástico general y particular de España*, Sevilla 1881-1889; J. P. MORALES Y ALONSO, *Institutiones de derecho canónico*, Madrid 1903 (2. ed.); e anche J. AGUIRRE, *Curso de disciplina eclesiástica general y particular de España*, Librería de Sánchez, Madrid 1857, tomo III, p. 335, autore che si pone in tutt'altro settore di pensiero, in quanto nega il carattere originario del diritto della Chiesa ai beni che sarebbe soltanto una concessione da parte degli Stati. Per la dottrina italiana, cfr. F. DE ANGELIS, *Praelectiones juris canonici ad methodum decretalium Gregorii IX exactae*, Romae Parisiis 1877-1891, tomus II, pars I, p. 269-272; F. SANTI, *Praelectiones juris canonici quas juxta ordinem Decretalium Gregorii IX tradebat in scholis Pont. seminarii Romani*, Ratisbonae [etc.] 1903, Liber III (1905), p. 153; C. LOMBARDI, *Iuris canonici privati institutiones quas in scholis Pontificii seminarii Romani tradidit*, Romae 1899, vol. II, p. 417; S. M. VECCHIOTTI, *Institutiones canonicae ad usum seminariorum accommodatae*, Augustae Taurinorum [1875?], vol. II, p. 81. Anche nella dottrina francese, le stesse posizioni di Lombardi sono difese dal Bargilliat (cfr. M. BARGILLIAT, *Praelectiones juris canonici*, Paris 1915, tomus II, p. 337).

<sup>56</sup> J. N. GIGNAC, *Compendium juris canonici ad usum cleri canadensis, De rebus, judiciis et poenis*, Quebeci 1903.

<sup>57</sup> P. DE BRABANDERE, *Juris canonici et juris canonico-civilis compendium praelectionibus accommodatum quas in Seminario Brug. habuit*, Brugis 1903.

getti titolari, come quelle che riguardano il sostento corporale dei ministri della Chiesa e dei poveri, oppure servono al culto divino o all'educazione cristiana. Il Brabandere poi distingue una finalità indiretta (il culto di Dio e la santificazione delle anime) da un'altra diretta.<sup>58</sup>

Sull'altro polo poggia invece la definizione di Benedetto Ojetti, che ebbe diversi interventi nel processo di redazione dei canoni del Codice del 1917. L'autore aveva pubblicato una specie di dizionario di diritto canonico<sup>59</sup> che alla voce *bona ecclesiastica* definiva i beni ecclesiastici come quelli che appartengono al patrimonio di qualche chiesa, monastero o luogo pio eretto dall'autorità ecclesiastica.<sup>60</sup> Aggiungeva anche un riferimento all'istruzione della Sacra Congregazione *de Propaganda Fide* del 27 maggio 1881, che poi comparirà fra le fonti del can. 1497 del Codice del 1917, e che considera beni ecclesiastici anche le elemosine raccolte per le missioni.<sup>61</sup>

Tutti gli altri autori del periodo in studio che definiscono i beni temporali della Chiesa menzionano entrambi gli elementi: le finalità e la titolarità. Tuttavia, alcuni tendono a sottolineare di più l'elemento teleologico. Così, ad esempio, il De Camillis scrive esplicitamente che l'unica differenza fra i beni temporali della Chiesa e gli altri beni è la loro destinazione;<sup>62</sup> tuttavia, l'elemento che fa che un bene sia destinato a finalità ecclesiastiche è il suo dominio da parte della Chiesa.<sup>63</sup> Quindi criterio teleologico e criterio sog-

<sup>58</sup> «Temporales res illae sunt, quae non nisi indirecte ad cultum Dei et animarum sanctificationem referuntur, sed pro fine directo et immediato habent aliquid temporale; quaeque corporis causa maximi sunt institutae, et ideo ad tempus et solam vitam praesentem corporis prosunt, uti sunt facultates illae, fundi ac redditus, quibus aluntur clerici et pauperes, et providetur universis cultus necessitatibus, ut primitiae, decimae, oblationes, bona fabricae» (*ibidem*, tomus II, p. 1).

<sup>59</sup> B. OJETTI, *Synopsis rerum moralium et iuris pontifici alphabetico ordine digesta et novissimus SS.RR. Congregationum decretis aucta in subsidium praesertim sacerdotum*, Prati 1904 (ed. 2. emendata et aucta).

<sup>60</sup> «*Bona ecclesiastica* ea sunt quae in patrimonio sunt alicuius Ecclesiae vel Monasterii vel Loci pii, auctoritate ecclesiastica erecti» (*ibidem*, vol. I, p. 174).

<sup>61</sup> «Eleemosynae quoque, quae pro Missionibus colliguntur, vere sunt bona ecclesiastica. S.C.P.F. 27 maii 1881» (*ibidem*, pp. 174-175).

<sup>62</sup> G. M. DE CAMILLIS, *Institutiones juris canonici quas in scholis Pont. sem. Rom. et Coll. Urbani tradidit*, Parisiis 1889, tomus II, p. 343: «Res Ecclesiae temporales non habent naturam quamdam sibi propriam et singularem qua intrinsece differant a caeteris mundi rebus quae a Deo naturae auctore pro temporali hominum utilitate creatae sunt. Tota differentia quae a caeteris mundi rebus discernuntur, est extrinseca et apprehenditur ex destinatione, quatenus dum caeterae saecularibus usibus sunt addictae, hae ecclesiasticis usibus destinantur».

<sup>63</sup> «Bona Ecclesiae temporalia non habent aliquid in natura sua ut a caeteris temporalibus bonis distinguantur; at tota differentia qua a caeteris rebus differunt, quae sunt in dominio saeculari, se tenet ab extrinseco, videlicet consistit in destinatione. Jamvero sicuti hanc destinationem acquirunt cum transeunt in Ecclesiae dominium, ita acquisitam amittunt, siquidem extra Ecclesiae dominium constituentur» (*ibidem*, p. 356).

gettivo si richiedono a vicenda, ma sembra determinante la destinazione dei beni. Simile appare la posizione del Nasoni, che denomina beni ecclesiastici le cose ecclesiastiche annesse *consequenter* a quelle spirituali, e sembra identificarli con le cose sacre.<sup>64</sup> Ed è interessante notare qui ancora una volta il riferimento alle cose sacre accanto alla descrizione dei beni ecclesiastici, per i motivi già accennati.

A questo gruppo di autori che sottolineano il criterio teleologico, anche se prendono pure in considerazione quello soggettivo, sarebbe da aggiungere il Friedberg, che nel 1879 aveva pubblicato il suo famoso trattato, poi tradotto e annotato in italiano dal Ruffini.<sup>65</sup> L'autore adopera il termine "beni ecclesiastici" in due sensi: 1. «Tutte le cose serventi agli scopi ecclesiastici vengono comprese sotto la designazione di *res ecclesiasticae*, la quale è peraltro priva di un significato specifico così quanto al dir. canonico, come quanto all'evangelico ed al civile»; 2. una sottoclasse delle cose appena citate, oltre alle *res sacrae*, è composta dalle «*res ecclesiasticae* in stretto senso, cioè cose non consacrate né benedette, che si trovano in proprietà della chiesa».<sup>66</sup> Salvo il fatto che per lui la "chiesa" non può essere la Chiesa universale perché «per quanto non si possa negare, che non sia punto assurdo di fronte al diritto civile il designare la chiesa in genere come una persona giuridica, e quindi come soggetto capace di diritti patrimoniali, ciò però è contraddetto dal diritto positivo. Poiché giammai uno stato qualunque ha conceduta la personalità giuridica alla chiesa, e se pure tale personalità venne dal diritto civile consuetudinario riconosciuta ai singoli istituti eccles. come conseguenza della qualità di corporazione che ha la chiesa cattolica, tuttavia siffatto privilegio non può intendersi concesso alla chiesa universale. Non resta quindi nei paesi, ove il diritto civile non ha emanato nessuna norma speciale quanto al soggetto della proprietà ecclesiastica, se non designare come tale ogni singolo istituto».<sup>67</sup> Da ciò sembra dedursi che i beni ecclesiastici in senso stretto sono per Friedberg quelli cui è riconosciuta la proprietà ai singoli istituti ecclesiastici da parte dell'autorità civile. Le cose sacre che come si annotava costituirebbero una specie del genere *beni ecclesiastici*, non

<sup>64</sup> «Nominem rerum ecclesiasticorum *consequenter* adnexarum spiritualibus, seu etiam *bonorum ecclesiasticorum* aut *sacri vel ecclesiastici patrimonii* veniunt illa omnia objecta materialia, sive res sive loca, seu etiam jura quaecumque temporalia in res et loca, quorum valor et utilitas est aestimabilis pretio et quae, cum speciali modo non sint applicata in cultum divinum, inserviunt conservationi ac tutelae vitae exterioris ecclesiasticae. Eae sacrae sunt tum ratione finis, ex quo dicuntur connecti rebus spiritualibus, tum ratione subjecti domini, cui inhaerent, scilicet Ecclesiae» (A. NASONI, *Juris canonici compendium biennali scholae accommodatum*, Mediolani 1903, p. 391).

<sup>65</sup> E. FRIEDBERG, *Trattato del diritto ecclesiastico cattolico ed evangelico*, Torino 1893.

<sup>66</sup> *Ibidem*, p. 744. Aggiunge l'autore: «A queste appartengono pure le *res religiosae*, quelle cioè che fanno parte del patrim. delle pie fondazioni».

<sup>67</sup> *Ibidem*, p. 740.

rientrebbero, invece, in questo concetto *stretto*, giacché «deve negarsi, che qui il concetto della sacertà possa avere ancora una qualunque altra efficacia, se non in quanto il dedicare una cosa ad uno scopo pubblico, data la posizione pubblica che le chiese hanno, serve a renderla anch'essa pubblica»,<sup>68</sup> e quindi degna della protezione legale conferita a questo tipo di cose. Anche se da posizioni dottrinali (di dottrina generale del Diritto) discutibili, l'autore distingue bene, a nostro avviso, le cose sacre che sono nel dominio degli istituti ecclesiastici da quelle di proprietà di privati,<sup>69</sup> e nella sua definizione dei beni ecclesiastici è attento alla loro destinazione senza tralasciare la loro appartenenza ad un istituto ecclesiastico, come facevano anche De Camillis e Nasoni. Si scorge in tutt'e tre, come dicevamo, un'accentuazione del ruolo dei fini nella descrizione dei beni ecclesiastici che è meno evidente in altri autori del periodo.

Vi sono infine autori che, nelle loro definizioni dei beni ecclesiastici privilegiano la titolarità sulla finalità, anche se ad entrambe attribuiscono un ruolo. Fra questi potrebbe essere annoverato il manuale forse più famoso dell'epoca, lo *Ius decretalium*<sup>70</sup> di Wernz, che apre il capitolo dedicato ai beni ecclesiastici con questa «Definitio. Bona ecclesiastica in genere intelliguntur omnes res temporales sive corporales sive incorporales, quae in dominio Ecclesiae existunt et ad fines et usus ipsius proprios legitima auctoritate destinatae sunt».<sup>71</sup> Riguardo alla questione della titolarità della proprietà dei beni che *in dominio Ecclesiae existunt*, partendo dalla classica distinzione fra soggetti diversi del dominio: il *subiectum inhaesionis* e il *subiectum utilitatis*,<sup>72</sup> evita di confondere la destinazione dei beni con la loro titolarità e afferma la *inhaesio* alla Chiesa stessa e non a singoli individui.<sup>73</sup> Nega però la possibilità di ritenere la Chiesa universale unico soggetto di dominio di tutti i beni ecclesiastici.<sup>74</sup> Per il Wernz, i titolari dei beni ecclesiastici sono coloro che possono mostrare i pertinenti titoli di possesso: la Sede Apostolica per i beni "comuni" di tutta la Chiesa universale, nonché per quelli privativi della Sede stessa; gli istituti o i corpi ecclesiastici "particolari" per i beni loro ascritti; e

<sup>68</sup> *Ibidem*, p. 748.

<sup>69</sup> Cfr. *ibidem*, pp. 746-748.

<sup>70</sup> F. X. WERNZ, *Ius decretalium*, Tomus III, Romae 1901.

<sup>71</sup> *Ibidem*, p. 154, § 134. La stessa definizione sarà ripresa alcuni anni dopo da L. RIVET, *Iuris ecclesiastici privati supplementa. Ad usum privatum auditorium Universitatis Gregoriana*, Romae 1911, p. 37.

<sup>72</sup> «Quodsi de subiecto domini bonorum ecclesiasticorum quaeritur, inquisitio fit de subiecto inhaesionis iuris domini, non de subiecto utilitatis, in cuius favorem forte illa bona ecclesiastica sunt destinata» (F. X. WERNZ, *Ius decretalium*, Tomus III, cit., p. 164, § 137).

<sup>73</sup> «Cum inde a primis saeculis nemo dubitarit, quin bona ecclesiastica in dominio Ecclesiae sint constituta, non est facta anxia inquisitio de subiecto domini bonorum ecclesiasticorum, quae ad ius corporis christianorum i. e. ecclesiarum, non hominum singulorum pertinebant» (*ibidem*, p. 164, § 138).

<sup>74</sup> Cfr. *ibidem*, p. 168.

infine tutti questi beni sono sottomessi alla giurisdizione del Romano Pontefice.<sup>75</sup> Conclude quindi che non esiste un unico soggetto di dominio di tutti i beni ecclesiastici, ma che il diritto di proprietà su di essi riflette la mirabile unità e diversità della Chiesa.<sup>76</sup> Infine, Wernz apporta un chiarimento che poi passerà nella norma codiciale, come abbiamo già notato, e cioè la distinzione fra i beni ecclesiastici e le cose sacre, che possono essere anche di proprietà di privati e in tal caso non sarebbero ecclesiastiche.<sup>77</sup>

La dottrina del Wernz, però, anche se molto chiarificatrice e schematica, non è esente da contraddizioni, o meglio, da elementi di flessibilità concettuale. A volte l'autore sembra pensare al patrimonio della Chiesa come un'unità sotto un unico padrone. Quando, ad esempio, spiega gli effetti dell'acquisto dei beni, ritiene che essi derivino dal fatto che sono acquisiti da una "societas perfecta", termine che fa riferimento alla Chiesa in generale e non ai singoli istituti che, da quanto abbiamo visto, sarebbero i veri detentori del dominio.<sup>78</sup> In questo esempio, l'apparente incongruenza si spiega facilmente se si pensa alla dicotomia che si era prodotta di recente (durante il XIX secolo) fra ordine canonico interno e legislazione statale. Nell'attribuire il dominio ai singoli "istituti", il Wernz pensa all'organizzazione canonica; nel descrivere gli effetti giuridici dell'acquisto dei beni, fa riferimento soprattutto alla loro difesa da interventi esterni.

Le proposte del Wernz risultano particolarmente interessanti, non soltanto per la chiarezza espositiva e la fine interpretazione delle diverse tendenze

<sup>75</sup> Cfr. *ibidem*, pp. 168-171.

<sup>76</sup> «Ergo etiam unicum subiectum iuris dominii omnium bonorum ecclesiasticorum non existit. Denique in hisce rebus temporalibus certe ille modus explicandi est praeferendus, qui in se est magis naturalis, unitati miraeque varietati Ecclesiae conformior, analogiis ex ipso foro civili petitis commendatur» (*ibidem*, p. 170). Per garantire comunque l'unità patrimoniale della Chiesa, l'autore affronta il problema posto dal fatto che il patrimonio di una persona giuridica estinta possa essere devoluto alla Chiesa in mancanza di altro successore. Risolve la difficoltà riaffermando la giurisdizione dell'autorità su tutti gli istituti e l'uso di questa potestà mediante un atto esterno all'istituto stesso per il quale si assegnano beni dell'istituto ad un altro ente ecclesiastico; l'autorità non agisce come proprietaria, ma come autorità appunto esterna, e il destinatario dei beni non lo è per titolo di proprietà precedente ma per assegnazione da parte dell'autorità. «Bona enim ecclesiastica, quorum subiectum dominii est destructum v.g. monasterium exemptum legitime suppressum, *devolvuntur* ad Ecclesiam v.g. ad Sedem Apostolicam vel ex iuris dispositione vel Superiorum ecclesiasticorum ordinatione ad alium subiectum ecclesiasticum, v.g. ex compluribus decisionibus s.c.c. bona temporalia *sodalitii dissoluti devolvebantur* ad ecclesiam parochialem, in qua erectum fuerat; at ecclesiae parochiales *dominium* in bona temporalia *sodalitium ibidem erectarum non solent habere*» (*ibidem*, pp. 170-171).

<sup>77</sup> Cfr. *ibidem* p. 171, § 140.

<sup>78</sup> «Acquisitio enim bonorum temporalium per Ecclesiam est translatio iuris proprietatis in religiosam *societatem perfectam* ideoque producit effectus iuridicos, qui in ordinariis translationibus dominii inter homines *privatos* locum non habent» (*ibidem*, p. 173, § 143).

dottrinali, ma soprattutto perché anticipa i tempi, offrendo un'accurata definizione dei beni ecclesiastici, che rimarrà valida anche dopo la promulgazione del Codice. Abbiamo anche notato la "flessibilità" con la quale lo stesso autore adopera la sua definizione per mostrare quella che è stata la sua comprensione del diritto canonico, e quella che, a nostro avviso è l'unica via ermeneutica giusta anche oggi, vale a dire, quell'interpretazione giuridica che riesce ad affrontare i problemi che sorgono nella realtà senza, da una parte, rinunciare al lavoro di concettualizzazione canonica, imprescindibile per il progresso scientifico; ma senza assolutizzare le definizioni in modo tale da escludere le realtà che in esse non rientrano dalla giusta loro considerazione e protezione.

Nella stessa linea del Wernz, per quanto riguarda la definizione dei beni ecclesiastici, muove il *Compendium* dello Smith,<sup>79</sup> che alla domanda: «Quid sint bona ecclesiastica temporalia?», risponde richiamando le finalità e la "consistenza" (*res corporales et jura incorporalia*) delle cose che appartengono alla Chiesa (*ad ipsam pertinentia*).<sup>80</sup> Il dominio (*ownership*) dei beni ecclesiastici, poi, appartiene alla Chiesa,<sup>81</sup> e più concretamente ai diversi istituti, chiese, ecc.<sup>82</sup> Possono essere ricondotti a questo gruppo di definizioni dei beni ecclesiastici anche i manuali di area francese, precedenti nel tempo e meno precisi nei contenuti, di Craisson<sup>83</sup> – che definisce le cose *temporali* in riferimento sia alla loro titolarità da parte della Chiesa sia alle loro finalità,<sup>84</sup> ma che sembra confondere i beni *ecclesiastici* con le cose sacre<sup>85</sup> – e di Icard,<sup>86</sup> praticamente identici non soltanto nelle loro concettualizzazioni, ma anche nelle loro spiegazioni.

<sup>79</sup> S. B. SMITH, *Compendium juris canonici ad usum cleri et seminariorum hujus regionis accommodatum*, Neo-Eboraci 1890 (pubblicato anche in inglese: *Elements of Ecclesiastical Law*, 3 vols., New York 1893).

<sup>80</sup> «887. *Quaer.* Quid sint bona ecclesiastica temporalia? *Resp.* 1° Res temporales seu bona temporalia sunt res corporales et jura incorporalia, ad ipsam pertinentia, quibus cultui divino, clericorum educationi et sustentationi, necnon pauperum sublevamini providetur» (S. B. SMITH, *Compendium juris canonici*, cit., p. 291).

<sup>81</sup> «Dominium (*the ownership*) bonorum ecclesiasticorum esse penes Ecclesiam, non vero penes saecularem potestatem, nullus vere Catholicus dubitare potest» (*ibidem*, p. 292).

<sup>82</sup> «892. *Tertia* denique sententia docet dominium, de quo agitur esse penes singulas ecclesias, communitates et instituta, quibus sunt data vel tradita. Haec sententia, quam Schmalzgrueber vocat communem canonistarum probatur tum ex jure positivo, tum ex sensu fidelium et ipsarum ecclesiarum» (*ibidem*, p. 293).

<sup>83</sup> J.-É.-X. CRAISSON, *Manuale totius juris canonici*, Pictavii 1877.

<sup>84</sup> «Res temporales Ecclesiae sunt res corporales et jura incorporalia ad ipsam pertinentia, quibus providetur cultui divino, clericorum educationi et sustentationi, pauperum sublevamini, et aliis bonis ac piis operibus» (*ibidem*, tomus II, p. 651).

<sup>85</sup> «Nomine *rerum ecclesiasticarum* seu *sacrarum*, hic intelliguntur quaecumque res, praeter personas et judicia, quae ad ordinem seu finem supernaturalem spectant» (*ibidem*, p. 624).

<sup>86</sup> H.-J. ICARD, *Praelectiones juris canonici habitae in Seminarii Sancti Sulpitii*, Parisiis, Lugduni 1867, tomus II, pp. 328 e 452.

## CONSIDERAZIONE CONCLUSIVA

Lo studio degli autori immediatamente precedenti la codificazione del diritto della Chiesa mostra che l'espressione *bene ecclesiastico* era abitualmente adoperata in senso non tecnico e significava “bene della Chiesa”, senza altre precisazioni. La discussione dottrinale verteva piuttosto sul soggetto di dominio di tali beni, senza mettere in dubbio né la loro ecclesiasticità, né la potestà dell'autorità su di essi.

Vi era ancora il riferimento al diritto delle Decretali, che ponevano il problema della distinzione fra i beni ecclesiastici in senso proprio e i beni dei chierici che li amministravano. L'unico intento di questa precisazione era quello di assicurare la consistenza dei beni del beneficio, della chiesa o dell'istituto nei confronti di quelli dei chierici, e di valutare la liceità o la validità delle disposizioni *inter vivos* e *mortis causa* che i chierici potessero compiere su questi beni.

Un elemento di novità, che non tutti gli autori affrontano, veniva dato dalle impostazioni positivistiche e assolutistiche del Diritto e dello Stato, particolarmente sentite e condivise nel mondo giuridico dell'epoca. Ma questo elemento non determinava la necessità di una definizione legale del concetto stesso dei beni ecclesiastici nel diritto della Chiesa, che nessun autore auspicava.

Soltanto il progetto codificatore porta alcuni autori a pensare di definire i beni ecclesiastici. Effettivamente, si comprende che volendo dare un regime giuridico uniforme ad una categoria di beni, il primo passo sia la delimitazione e definizione della categoria stessa. E in questa prospettiva, il legislatore del 1917 ritiene di dover elaborare un concetto legale di bene ecclesiastico.

La prima conseguenza di questa individuazione della nuova categoria è che, da allora, l'espressione “bene ecclesiastico” acquista in diritto canonico un significato esclusivamente tecnico, secondo la descrizione del can. 1497. E ciò comporta la scelta di adoperare come discriminante il criterio della titolarità dei beni: saranno ecclesiastici tutti quelli appartenenti alla Chiesa stessa, alla Sede Apostolica o ad altre persone morali; gli altri beni non sono ecclesiastici. Certamente, la considerazione delle finalità non è assente nel Codice, già fin dal primo canone della Parte *De bonis Ecclesiae temporalibus*, che afferma il diritto della Chiesa all'acquisto, amministrazione, ecc. di beni temporali *ad fines sibi proprios prosequendos* (can. 1495 § 1 CIC'17); ma per la definizione dei beni ecclesiastici, il legislatore adopera soltanto il criterio della titolarità. Il Codice del 1917 risolve anche la questione del dominio di questi beni, nel senso maggioritariamente espresso dalla dottrina, attribuendolo cioè alla persona morale che li acquista (cfr. can. 1499 § 2).

I precedenti dottrinali più vicini alla scelta del legislatore sono da individuarsi nelle dottrine dei professori dell'Università Gregoriana: Ojetti, che come abbiamo visto è l'unico che fornisce una definizione dei beni ecclesiastici che prende in considerazione esclusivamente il titolare dei beni stessi, senza menzionare le finalità cui sono destinati; e, in qualche modo, Wernz, che anche se adopera entrambi i criteri – quello del titolare del dominio insieme a quello della destinazione dei beni –, sembra voler chiarire la nozione di beni ecclesiastici sulla base principale del soggetto che detiene il dominio su di essi. Il fatto che la prima edizione dello *Ius decretalium* del Wernz (1889) sia di dieci anni precedente la prima della *Synopsis* di Ojetti (1899), ci induce a dedurre che sia stato il Wernz l'ispiratore della definizione dei beni ecclesiastici che trionferà nella codificazione. E il fatto che Ferreres, autore del voto più usato nella redazione del canone, sia anche lui gesuita, potrebbe confermare la nostra ipotesi.

Le conclusioni dello studio qui presentato rimangono parziali in due sensi. In primo luogo, perché non vi è una spiegazione esplicita e soddisfacente del motivo che indusse il legislatore a stilare la nozione legale dei beni ecclesiastici. Il secondo senso della parzialità riguarda la limitatezza del periodo temporale preso in considerazione per l'esame delle posizioni dottrinali. Ma, nella sua parzialità, lo studio svolto conferma, da una parte, l'imprevedibilità della soluzione legale e, dall'altra, la sua relatività ad un'utilità pratica di completezza codiciale e di coerenza normativa con altre scelte tecniche – come l'uso della categoria delle persone morali –, che non pregiudica interpretazioni aperte ad una comprensione più ampia della nozione e ad una conseguente diversità di regimi giuridici applicabili.

In fatti, una delle conseguenze della tecnica codificatrice è la fissazione di categorie (nel nostro caso, la categoria dei beni ecclesiastici) utili nel testo legale per l'uniformazione della disciplina e per la facilitazione della comprensione delle stesse norme raccolte nel Codice. Ma l'utilità delle definizioni tecniche legali comporta sovente la rigidità eccessiva dei concetti stessi, una volta racchiusi nel sistema "Codice".

In questa prospettiva, non sarebbe impensabile l'accettazione di tentativi ermeneutici aperti a soluzioni nuove sul concetto di bene ecclesiastico. Davanti alla domanda, più volte insinuata in diversi ambienti, sulla possibilità che gli enti ecclesiastici adoperino beni non ecclesiastici per il raggiungimento delle finalità istituzionali della Chiesa, in una prospettiva attenta alla "realtà" ecclesiale, che valuti anche i precedenti storici, sarebbe possibile discostarsi dalla lettera del Codice in questa concreta fattispecie. Cioè, non appare contraria al diritto canonico, ma soltanto alla legge universale vigente, la possibilità che le persone giuridiche pubbliche possano essere titolari di beni non ecclesiastici.

# GIURISPRUDENZA

TRIBUNALE DELLA ROTA ROMANA - *Spiren* - Nullità del matrimonio - Dolo - Sentenza definitiva - 31 gennaio 2002 - Erlebach, *Ponente*\*.

**Matrimonio - Consenso - Errore doloso - Caratteristiche della fattispecie legale.**

**Matrimonio - Consenso - Errore doloso - Dolo come causa indiretta della nullità del matrimonio.**

**Matrimonio - Consenso - Errore doloso - Carattere naturale o positivo della norma - Ragioni del canone.**

**Matrimonio - Consenso - Errore doloso - Carattere irretroattivo della norma.**

**Matrimonio - Consenso - Errore doloso - Prova del dolo.**

**L**E condizioni di ordine sostantivo alla luce delle quali si può dichiarare la nullità del matrimonio a norma del can. 1098 sono le seguenti: a) l'«*actio dolosa*», o macchinazione, che può essere positiva o negativa, operata dal contraente o da una terza persona. Tale macchinazione deve riguardare la persona dell'altro contraente (se il suo autore è uno dei contraenti) o la persona di uno dei contraenti (se l'autore è una terza persona); b) l'«*error*» nel nubente, che è vittima dell'azione dolosa. È necessario che ci sia una relazione di causalità tra la macchinazione dolosa e l'errore o che almeno esista un nesso tra l'errore (spontaneo) e il dolo negativo: stando alla mente del can. 1098, non ha nessun effetto l'azione dolosa che non produce l'errore nel contraente, o l'errore che ha avuto la sua origine indipendentemente dal dolo ordito. L'errore, per essere rilevante, deve essere un errore «*causam dans*», essendo irrilevante l'errore concomitante e, a più ragione, la semplice ignoranza; c) la «*qualitas*» che è stata oggetto della macchinazione e dell'errore deve essere una qualità che «*suapte natura consortium vitae coniugalis graviter perturbare potest*». Non ha nessuna rilevanza se questa qualità viene intesa come difetto di qualche bene necessario o come esistenza di qualche qualità che si intende come negativa. Quello che è determinante è che si tratti di una qualità necessaria (se è positiva) o che va evitata (se è negativa) sempre riguardo alla sua importanza per la vita matrimoniale. In questo senso, la valutazione della gravità della qualità va fatta secondo un criterio oggettivo, essendoci due requisiti: che l'effetto dipenda sostanzialmente da una determinata quali-

\* Vedi, alla fine della sentenza, nota di H. FRANCESCHI F., *Il fondamento giuridico del dolo come causa di nullità del matrimonio e la questione della retroattività o meno del canone 1098.*

tà e che tale effetto sia possibile, vale a dire, non si richiede che di fatto si dia; d) la «finalità» dell'azione dolosa, indicata dal legislatore con le parole «ad obtinendum consensum». Questo ultimo requisito è la «crux interpretum», principalmente nell'ambito giudiziale della prova, ma anche nell'ordine sostantivo. Uno degli aspetti più complicati della prova è quello dell'intenzionalità dell'azione dolosa, che non viene determinata semplicemente dalla qualità oggetto del dolo, né la sua qualificazione si desume dalla stessa macchinazione, ma appartiene all'ambito dell'intenzionalità dell'agente, cioè, dell'autore della macchinazione dolosa. Nel valutare l'intenzionalità dell'agente, potrà essere molto utile al giudice analizzare fino a che punto nel caso concreto esisteva un obbligo morale di rivelare l'esistenza di una qualità che per sua natura poteva perturbare gravemente il consorzio di vita coniugale (cfr. n. 4).

Nei casi di errore nella persona causato dal dolo, la nullità deriva direttamente dall'errore sostanziale, e soltanto indirettamente dal dolo. Evidentemente, se si tratta di un errore soggettivo sostanziale circa una qualità dell'altro contraente (cfr. can. 1097, § 2) causato dal dolo, anche in questo caso il matrimonio sarebbe nullo, ma direttamente per l'errore e solo indirettamente per il dolo. Quindi per quanto attiene all'importanza del dolo nella formazione del consenso della persona ingannata, non c'è dubbio che il dolo può esercitare un forte influsso nel processo psicologico di maturazione della decisione di contrarre il matrimonio, ma si deve negare che la nullità del consenso per diritto naturale e per natura delle cose provenga direttamente dal dolo (cfr. n. 6).

Non si vede come il dolo possa causare direttamente la nullità del matrimonio in ragione della modificazione sostanziale del consenso, facendo dal dolo la causa diretta o autonoma della nullità. Ciononostante, indubbiamente si può sostenere che, sia il possibile influsso del dolo nella formazione del consenso, sia l'incongruenza del dolo con le esigenze del consenso, si possono ammettere come ottime ragioni per aver stabilito una norma come quella del canone 1098. Va quindi tenuto conto che la sanzione di nullità di detto canone è opera della legge umana, non trattandosi – se non sotto qualche aspetto – della codificazione di un principio che per diritto naturale rende nullo il consenso (cfr. n. 6). La sanzione di nullità di cui al can. 1098 non riguarda direttamente la macchinazione dolosa nel consenso matrimoniale, ma soltanto uno dei possibili effetti del dolo, cioè, l'errore in una qualità, la quale deve avere le caratteristiche dallo stesso canone stabilite. In questo modo il Legislatore ha stabilito una protezione giuridica della persona che per l'inganno doloso circa una qualità che per sua stessa natura può perturbare gravemente il consorzio coniugale contrae matrimonio, vale a dire, in un caso nel quale altrimenti la nullità non si sarebbe data, ma nel quale allo stesso tempo si tratta di una situazione nella quale il contraente, ingannato con una particolare malizia, merita tale protezione (cfr. n. 7).

In questo ambito, per le ragioni brevemente esposte, distinguendo tra la causa diretta e la causa indiretta della nullità, propriamente parlando non si può ammettere l'applicazione retroattiva del can. 1098 ai matrimoni canonici celebrati prima del 27 novembre 1983. Questo vale anche per il matrimonio degli acattolici. Il can. 1098 è

*quindi una norma di diritto positivo, «per cui la fattispecie dolosa, prevista dal can. 1098, può rendere nullo il matrimonio soltanto in virtù della volontà del Legislatore, qualora concorrano insieme tutti gli elementi stabiliti dal can. 1098» (cfr. n. 8).*

*Nelle cause in cui si chiede la nullità del matrimonio per il can. 1098, l'oggetto della prova sono evidentemente tutti e ognuno degli elementi costitutivi della norma irritante stabiliti nello stesso canone. La prova viene conseguita mediante i mezzi di prova (come le dichiarazioni delle parti e dei testi o le perizie) e gli opportuni processi logici nei quali, secondo il caso, si applicano anche i principi di ordine psicologico (come, per esempio, il «criterium reactionis» nella prova dell'inganno), si stabiliscono delle «praesumptiones hominis», e via dicendo (...). In alcuni casi si deve tener conto della loro specificità, particolarmente del modo in cui è stata realizzata la presunta azione dolosa, o la natura della qualità oggetto del dolo, tenuto conto che le cosiddette qualità «moralì» ordinariamente si provano mediante le dichiarazioni e le testimonianze, mentre le qualità di ordine fisico alle volte esigono la prova peritale (cfr. n. 9).*

(Omissis). FACTI ADUMBRATIO. 1. D.na Christina S., nata die 9 iunii 1952 in civitate Gorzów Wlkp. in Polonia, vidua, versus finem anni 1981 in Germaniam una cum sua filia venit, ubi ad tramitem avunculi obviam habuit d.num Ioannem K., ortum die 14 iulii 1945 in oppido Steglin in Polonia, catholicum, qui tamen interea coram publico ministro die 29 aprilis 1974 declaravit suum egressum ex Ecclesia Catholica.

Decursu temporis relatio inter partes evolvit ita ut mense martio 1985 sponsalia sunt celebrata et dein, cum mulier pensionem viduitatis amittere nollet, iidem matrimonium solummodo canonicum celebraverunt die 9 maii 1985 in ecclesia S. Nicolao dicata in civitate «Esbjerg» in Danimarca.

Vita communis, nulla prole recreata, infelix evasit sed de causa naufragii partes dissentiunt. Mulier contendit se tantummodo annum post nuptias notitiam habuisse de defectione viri ab Ecclesia catholica et de duobus filiis viri conventi ex relatione amatoria antenuptiali natis. Iuxta virum matrimonium naufragium passum est ob uxoris adulterinam consuetudinem cum quodam viro italico cui accedit etiam accusatio mulieris ratione alicuius obligationis pecuniariae sine consensu eiusdem viri assumptae. Quidquid est, anno 1990 coniuges sese definitive separaverunt.

2. Ad plenam sui status libertatem recuperandam, vel solummodo ad suum statum coram Ecclesia acclarandum, mulier nullitatis accusavit, ope libelli diei 7 iulii 1995, suum matrimonium apud Tribunal ecclesiasticum Spiren., competens eodem tempore ad normam can. 1673, n. 2, quin autem mulier indicaret caput nullitatis. Sollicitata ergo ab adito Tribunale, novum exhibuit libellum diei 12 iulii 1996 quem adhuc die 3 maii 1997 supplemento complevit. Ita die 20 iunii 1997 statutum est dubium de nullitate matrimonii in casu, «weil die Frau

arglistig getäuscht war über eine Eigenschaft des Mannes (can. 1098 CIC)».<sup>1</sup> Statim Actrix necnon quattuor testes auditi sunt. Die 17 novembris 1997 post tertiam citationem vir conventus absens in iudicio declaratus est, sed tamen annum postea iudicialiter deposuit. Peractis peragendis aditum Tribunal die 22 martii 1999 sententiam votis actricis favorabilem edidit.

Tribunal autem Appellationis loci seu Bambergense ratam haud habuit sententiam primi gradus. Causa admissa ad examen ordinarium, dubioque concordato, Iudices secundi gradus super iisdem actis causae die 26 iunii 2000 negative statuerunt de invocata matrimonii nullitate.

Adversus hanc sententiam Actrix appellationem interposuit die 7 augusti 2000 atque petivit prorogationem competentiae pro aliquo tribunali in tertia instantia in Germania sito. Dein tamen mentem mutavit et die 21 augusti 2000 appellationem ad Rotam Romanam direxit, quam et coram H.A.T. prosecuta est.

Turno rotali rite constituto, pars actrix Patronum fiducia sibi fine finaliter constituit, quo instante dubium hoc in tertio iudicii gradu solvendum statutum est de matrimonii nullitate, in casu, ob dolum ex parte viri conventi patratum. Cui dubio, nulla instructione suppletiva peracta, exhibitis tandem scripturis defensionalibus sive pro Actrice sive pro vinculo, Nobis est hodie respondendum.

IN IURE. 3. Foederi matrimoniali quam maxime et diversas ob rationes obstat dolum, patratum sive ab altero contrahente, sive a qualibet tertia persona, ex gr. a parentibus unius ex contrahentium. Qua re, etsi in traditione canonica nullum ordinarie admittebatur momentum (ital. «rilevanza») autonomum invalidans doli relate ad consensum matrimonialem (cf. A. Stankiewicz, *La fattispecie di errore doloso prevista dal can. 1098*, in *Il diritto matrimoniale canonico*, Studi giuridici 61, cura P. A. Bonnet et C. Gullo, vol. II, Città del Vaticano, LEV 2003, pp. 177-181; G. Montini, *La rilevanza del dolo nel matrimonio nella sua evoluzione storica*, in *Errore e dolo nel consenso matrimoniale canonico*, Studi giuridici 39, Città del Vaticano, LEV, 1995, pp. 99-122), tandem pluribus hoc postulantibus (inter quos eminent meritum Doctoris H. Flatten, qui inter alia scripsit: *Irrtum und Täuschung bei der Eheschliessung nach kanonischem Recht*, Paderborn 1957; *Quomodo matrimonium contrahentes iure canonico contra dolum tutandi sint*, Coloniae 1961), occasione nacta revisionis Codicis Piani-Benedictini introductus est in hodierno Codice Iuris Canonici can. 1098, qui aliter ac norma generalis can. 125, § 2, statuit matrimonii nullitatem si quis

<sup>1</sup> «Perché la donna è stata indotta dolosamente in errore circa una qualità dell'uomo» (tenuto conto che nelle affermazioni delle parti ci sono delle sfumature importanti per capire il ragionamento dei giudici, includiamo in calce la traduzione di alcune affermazioni che nella sentenza sono in tedesco, per rendere più agile la lettura della causa).

praestat consensum «deceptus dolo, ad obtinendum consensum patrato, circa aliquam alterius partis qualitatem, quae suapte natura consortium vitae coniugalis graviter perturbare potest».

4. Quod attinet nunc ad figuram nullitatis, de qua in can. 1098, diversimode individuuntur eius elementa constitutiva. Sunt qui agnoscunt tria solummodo elementa (errorem dolo causatum, finalitatem: ad obtinendum consensum, qualitatem: quae suapte natura consortium vitae coniugalis graviter perturbare potest), alii enumerant quattuor (distinguendo scilicet inter machinationem ex parte deceptoris et errorem ex parte decepti, manente eadem individuatione finalitatis et qualitatis), alii – ob peculiare rationes, potissime ordinis probativi – de aliis adhuc loquuntur elementis (cf. P. Bianchi, *L'interpretazione del can. 1098 da parte della giurisprudenza della Rota Romana*, in *Errore e dolo nella giurisprudenza della Rota Romana*, Studi giuridici 55, Città del Vaticano, LEV, 2001, p. 110).

In ordine substantivo, ad bene intellegendam normam in can. 1098 statutam, solummodo primae duae viae sequendae videntur, sed prima earum, quae ad modum unius comprehendit sive actionem dolosam sive eius effectum sub forma erroris ex parte dolum patientis, forsitan minus est apta ad colligendam structuram istius figurae nullitatis, etsi termini ita definiti possunt ut non admittatur dolus stricto sensu si non obtineat effectum sub forma erroris in «victima» doli. Hanc ob rationem claritatis causa oportet ut quattuor agnoscantur elementa constitutiva seu essentialia praefatae normae, id est conditiones ordinis substantivi sub quibus declarari potest nullitas matrimonii ex can. 1098:

a) *actio dolosa*, seu machinatio, quae potest esse positiva (aliquid faciendo) vel negativa (aliquid voluntarie omittendo), peracta sive a contrahente sive a quadam tertia persona. Talis machinatio dolosa dirigi debet in personam alterius contrahentis (si eius auctor est unus ex contrahentibus) vel in personam unius ex contrahentium (si talis machinatio perficitur a persona tertia);

b) *error in nupturiente* qui est «victima» actionis dolosae. Omnino necessarium est ut adsit relatio causalitatis inter machinationem dolosam et errorem vel saltem ut adsit nexus erroris (spontanei) cum dolo negativo: nihil ergo efficit ad mentem can. 1098 quaedam actio dolosa si nullum sortiatur effectum sub forma erroris in contrahente, vel si error locum habeat omnino independentem a dolo patrato. Cum variae dantur categoriae erroris (error substantialis, causam dans, concomitans, etc.), heic interest ut detur error causam dans; non irritat consensum error concomitans, multo minus simplex ignorantia;

c) *qualitas* utpote obiectum machinationis et erroris, generice descripta in

can. 1098 uti qualitas quae «suate natura consortium vitae coniugalis graviter perturbare potest».

Nihil interest si haec qualitas intellegatur uti defectus alicuius boni necessarii, ex. gr. gravis defectus salutis, vel uti existentia alicuius qualitatis uti dicitur «negativae», cum agatur v. gr. de quodam gravi morbo, praesertim si periculoso pro coniuge uti s.d. AIDS. Agere videtur de qualitate necessaria (si positiva) vel vitanda (si negativa), semper relate ad eius momentum pro vita matrimoniali.

Aliquando sermo instituitur de gravitate talis qualitatis, sed proprie loquendo can. 1098 statuit potius criterium nefasti effectus determinatae qualitatis, in aequilibrio ponendo duo requisita: (a) ut effectus pendeat substantialiter a determinata qualitate («suate natura»), necnon ut (b) talis effectus sit possibilis: non requiritur ergo ut de facto habeat locum. Hoc ultimum nullum requirit commentarium. Adnotatio tamen sub (a) facta («suate natura») inducit necessitatem aestimationis obiectivae determinatae qualitatis, quidquid est de possibilitate vel minus adhibendi in subordine etiam criterium aestimationis subiectivae. Sub linea principii nihil efficit dolus patratu circa qualitatem quae suapte natura graviter perturbare nequit consortium vitae coniugalis, etsi de facto oriri possent graves difficultates ob particularem decepti personalitatem vel praetermissionem ordinariorum mediorum in ordine humano et gratiae (cf. W. Góralski, *Przedmiot podstępnego wprowadzenia w błąd* (can. 1098), in *Ius Matrimoniale* 6 [2001], p. 93).

Notetur adhuc quod sanctio nullitatis in can. 1098 statuta scatet solummodo si quaedam qualitas est obiectum machinationis et una simul obiectum erroris. Non scatet ergo hac ex causa matrimonii nullitas in casu in quo contrahens pluribus orbatus est qualitatibus quae suapte natura vitam matrimonialem graviter perturbare possunt, sed actio dolosa vertit solummodo circa unam qualitatem, cum de aliis auctor doli non sit conscius quod attinet ad eorum momentum pro vita matrimoniali vel erronee persuasus sit de scientia alterius contrahentis circa has qualitates, dum alia pars revera non cadet in errorem circa qualitatem – obiectum doli, sed amore capta eligit matrimonium et dein detegit existentiam aliarum qualitatum et forsitan graves oriuntur de facto difficultates.

Non est ut heic de aliis loquamur, uti ex. gr. de quaestione utrum agi debeat de qualitate contrahentis vel minus;

d) *finalitas* actionis dolosae, indicata a Legislatore per verba «ad obtinendum consensum». Hoc ultimum requisitum est crux interpretum, praesertim in foro iudiciali seu campo probativo, sed etiam in ordine substantiali quaedam sunt dicenda.

Aliquando sustinetur quod finalitates alienae a perductione ad matrimo-

nii celebrationem, uti ex. gr. protectio honoris proprii vel familiae originis, non sortiuntur effectum invalidantem ad normam can. 1098 (cf. coram Bruno, sent. diei 19 novembris 1993, RRDec., vol. LXXXV, pp. 674s, n. 4a; coram López-Illana, sent. diei 14 aprilis 1999, Scepusien., A. 42/99, n. 18). Ita saltem videtur ex lectura textus canonis de quo. Sed res ulteriorem exigit considerationem.

Finalitas actionis dolosae non est determinata a qualitate, obiecto doli, neque qualificationem sumit ex ipsa machinatione, sed pertinet evidenter ad ambitum intentionalitatis agentis, scilicet auctoris machinationis dolosae. Intentiones tamen in uno et eodem actu omnino variae esse possunt, aliis verbis una sola actio institui potest ad plures persequendas finalitates, quae diversimode componi possunt, ex. gr. ratione subordinationis (una finalitas potest esse primaria, dum alia secundaria, etc.). Aliquando dari potest casus legitimae necessitatis, ex. gr. ratione secreti officii servandi, quod tamen imponit grave onus aestimandi an tali in casu conditiones adsint praeviae (in primis ordinis moralis) ad electionem status vitae matrimonialis vel matrimonii cum hac determinata persona.

Attento insuper momento ordinis moralis pro ordine iuridico canonico et gravi momento matrimonii, faciliter dari potest casus in quo detur obligatio moralis edocendi contrahentem (ex. gr. ab eius genitoribus), vel alterum optatum contrahentem, de quadam qualitate magni momenti negativi pro futura vita coniugali. Tali in casu nasceretur etiam respectiva obligatio iuridica. Forsan hanc ob rem animadvertebatur: «Cum enim agatur [...] de qualitate essentiali pro instaurando consortio matrimoniali, qui caret illa qualitate non potest tacere simpliciter, quia hoc silentium esset dolosum» (*Communicationes* 9 [1977], p. 372).

Res tamen caute hac in provincia sunt perpendendae. Maiori cum cautela dicendum est quod istius modi obligatio moralis et iuridica non qualificant adhuc per se silentium de nefasta qualitate uti «dolosum», id est cum effectu irritante ad mentem can. 1098, utpote ad obtinendum consensum directo, sed in casu concreto faciliter scateri posset intentionalitas, plerumque non declarata, ad matrimonium perducendi si adsit timor contrarii effectus in casu revelationis existentiae alicuius qualitatis «negativae» hucusque celatae, etsi alia et quidem vera detur motivatio declarata. Agitur ergo potissime de quaestione facti, interpretanda tamen sub luce possibilis obligationis moralis revelationis qualitatis negativae pro vita coniugali, qua re in casu saltem silentii de tali qualitate, in quibusdam circumstantiis constitui posset a iudice praesumptio hominis de existentia subordinatae saltem intentionalitatis ad mentem can. 1098.

5. In doctrina et in iurisprudencia variae indicantur posibles rationes legis

codificatae in can. 1098, uti: limitatio libertatis in persona decepta, rationes aequitatis, sanctio punitiva (cf. M. T. Romano, *La rilevanza invalidante del dolo sul consenso matrimoniale (can. 1098 C.I.C.): dottrina e giurisprudenza*, Tesi Gregoriana - Serie Diritto Canonico - 44, Ed. PUG, Roma 2000, pp. 95-145, 159-167). Sed uti recte adnotabatur (*ibid.*, passim), hae singulae rationes sunt quodammodo partiales seu non exhaustivae. Ita limitatio libertatis in eligenda persona contrahentis vel et ipsius matrimonii est solummodo indirecta et per se non ingreditur structuram iuridicam essentialem consensus matrimonialis. Sanctio punitiva maius habet pondus in casu doli ab altero contrahente perpetrati, sed est omnino dubii valoris in casu doli perpetrati a tertia persona. Pressius adhuc: haec duo uti et rationes aequitatis, in seipso perspectae, non sunt rationes nullitatis, scilicet ob haec motiva non scaturit ipsa nullitas consensus dolo obtento, sed sunt optimaer rationes can. 1098, id est rationes interventus Legislatoris pro protegenda praesertim libertate contrahentium et dignitate matrimonii contra deceptionem dolosam, quare et lex irritans in citato canone statuta.

6. Peculiarem attentionem meretur conamen individuationis rationis invalidantis doli in substantiali immutatione vel perturbatione consensus. Ita ex. gr. in decreto conf. coram Serrano Ruiz diei 2 iunii 1989: «Merito ratio potior et etiam potissima, in ordine ontologico, psychologico et logico, scilicet sub omnibus respectibus sub quibus ius seu lex naturalis considerari potest, in eo ponitur quod dolus – et etiam error – perturbet substantiam ipsissimam consensus, illum exuens non modo de vera utriusque coniugis ad invicem traditione et acceptatione per adaequatam alterutriusque imaginem intentionalem, sed etiam de veritate quae ipsimet consensui competit ut talis sit idque magis in re sacra» (*Monitor Ecclesiasticus* 115 [1990], p. 237, n. 8). Cf. coram eodem Ponente: decr. conf. diei 28 maii 1982 (RRDec., vol. LXXIV, p. 315, n. 13) et sent. diei 25 octobris 1996 (*ibidem*, vol. LXXXVIII, p. 651, n. 4); coram Faltin, sent. diei 27 iunii 1991, Olomucen., A. 73/91, n. 20.

Similiter etiam in una coram Burke diei 25 octobris 1990: «Ratio nullitatis [...] collocari potest in violatione illius stricti iuris [...] ut alter coniugalem donationem in veritate ac in facto faciat. Si canon sic legitur [...] violatio huius iuris secum fert ut consensus nupturientis dirigatur in obiectum prorsus dissimile ab eo quod eligere censeat» (RRDec., vol. LXXXII, pp. 723s, n. 5). Ex contextu praecitati textus (*ibidem*, p. 724, n. 6, initio) videtur quod iuxta praefatam sententiam ageretur tali in casu de defectu consensus.

Attamen, cum non agatur heic de requisitis optatae vel idealis matrimonii celebrationis, sed praecise de nullitate matrimonii celebrati a persona dolo decepta, quaedam ulterius distinguenda videntur. Remittendo ad alios, qui

fusius de re scripserunt (cf. M. T. Romano, *La rilevanza invalidante del dolo*, cit., pp. 150-159; G. Leszczyński, *Podstępne wprowadzenie w błąd: norma z prawa naturalnego czy z prawa pozytywnego?*, in *Ius Matrimoniale* 8 [2003], pp. 66-69), liceat heic pauca solummodo animadvertere, directe ad rem ingrediendo.

Thesis de substantiali immutatione (ital. «alterazione») consensus dolo obtento comprehendere videtur duo elementa: (a) momentum doli in processu psychologico maturationis decisionis de matrimonio cum determinata persona contrahendo et (b) ipsum consensum in quo illa traditio et acceptatio, de qua in can. 1057, § 2, quodammodo fieret falsa vel non sincera. Nunc ad singula:

a) quod attinet ad primum, hodie, aliter ac in doctrina traditionali, revera maius momentum est tribuendum facultati cognoscitivae in efformatione voluntatis, ergo et possibilis influxus doli in decisione capienda. Sed oblivioni tradi non potest quod ad validitatem consensus sufficit ut adsint elementa essentialia a iure naturae vel ex natura rei requisita, nisi alia sint a lege humana legitime adposita. Ita illa quae acta iuridica in genere respiciunt (can. 124) applicantur in specie matrimonio utpote actui iuridico («Matrimonium facit partium consensus inter personas iure habiles legitime manifestatus»: can. 1057, § 1). Ergo anomaliae in efformatione voluntatis consensualis ordinarie non tangunt validitatem consensus (cf. primam partem can. 1097, § 2), nisi agatur de aliquo defectu omnino essentiali, uti ex. gr. in casu erroris in persona. Aliis verbis, hac in re sufficit ex iure naturae ut contrahens, etsi deceptus, eligat matrimonium contrahendum sine errore substantiali, quod error datur in primis in casu erroris in persona. Obiectum materiale essentialis consensus est enim persona contrahentis in sua individualitate cognita (cf. can. 1057 et, e converso, can. 1097, § 1). At in casu erroris in persona dolo causato, nullitas scaturit directe ex errore substantiali, solummodo indirecte ex dolo. Evidenter, si agatur de errore subjective substantiali circa aliquam alterius partis qualitatem (cf. potissime can. 1097, § 2, alteram partem) dolo causato, etiam tali in casu matrimonium esset nullum, sed directe ob errorem et solummodo indirecte ob dolum. Ergo quod attinet ad momentum doli in efformatione consensus in persona decepta, nullum adest dubium quod dolus potest exercere effectum ratione processus psychologici maturationis decisionis de matrimonio contrahendo, sed negari debet nullitas consensus ex lege naturali vel ex natura rei, proveniens directe ex causa doli, uti et ordinarie censebatur in doctrina traditionali;

b) quod attinet ad alterum, scilicet ad ipsam prolationem consensus, aequivocum est omnino evidens. Sine dubio exigentiae dignitatis personae et omnia quae ordinarie in visione personalistica matrimonii in lucem ponuntur, requirunt altum gradum sinceritatis reciprocae in contrahentibus, sed

haec omnia aequivocari non debent cum ipso consensu necque cum requisitis minimis pro validitate consensus. Sufficit ex rei natura ut hoc sub respectu partes conveniant in obiecto formali consensus, id est in matrimonio contrahendo (cf. classicum «duorum in idem placitum»).

Peculiari modo distinguere oportet dimensionem anthropologicam illius actus specifici a dimensione iuridica, cum legatur textus can. 1057, § 2. Dimensio iuridica eiusdem textus recoli possit in verbis «consensus matrimonialis est actus voluntatis quo vir et mulier (foedere irrevocabili) constituunt matrimonium», dum dimensio potius anthropologica, quae exprimit etiam significationem profundam istius actus et cohaeret cum vocatione supernaturali matrimonii, resumitur potest in verbis: «(foedus matrimoniale) quo vir et mulier sese mutuo tradunt et accipiunt». Praesertim cum hac ultima dimensione dolus, specie si ab altero contrahente patratum, difficillime componitur, sed heic sumus potius in campo ordinis anthropologici vel etiam psychologici, quocum ordo iuridicus connectitur sed non omnes irregularitates vel vitia in illo campo habita directe suum effectum etiam in campo iuridico exercent, praesertim sub forma nullitatis actus iuridici. In campo iuridico nullitas actus scaturit solummodo si, praemissis praesuppositis, desint elementa essentialia actus vel nullitas statuta sit ope legis humanae (cf. can. 124, § 1), etsi hoc secumferat aliquando tensionem inter diversa principia. Exempli gratia, in can. 219 affirmatur ius fundamentale christifidelium «ut a quacumque coactione sint immunes in statu vitae eligendo», dum in casu coactionis (excluso scilicet casu vis physicae in quo nullum datur revera actum iuridicum) agnoscitur nullitas consensus matrimonialis solummodo intra restrictos limites can. 1103.

Aliter est in casu influxus indirecti doli, etiam quod attinet ad contrahentem exercentem actionem dolosam. Ita si quidam nupturiens ratione machinationis dolosae, a seipso patratae, voluntatem non dirigit ad efformandum verum matrimonium, excludendo v. gr. bonum coniugum, matrimonium est ipso iure, vel ex ipsa eius natura, nullum, sed etiam heic directe ob inconsistentiam vel vitium consensus (potissime sub forma alicuius formae simulationis) et solummodo indirecte ob dolum.

Non videtur, ergo, ut dolus directe efficere possit nullitatem consensus ratione substantialis immutationis consensus et ita fieri causa directa vel autonoma nullitatis. Sed etiam heic sine dubio sustineri potest quod sive possibilis influxus doli in efformatione consensus sive incongruentia doli cum exigentis consensus admitti possunt uti optimae rationes ad statuendam normam de qua in can. 1098. Qua re tenendum est quod in dicto canone sanctio nullitatis statuta est ope legis humanae, non agitur autem ibi – saltem tali sub respectu – de quadam codificatione principii ex iure naturae consensum invalidantis.

7. Occasione nacti istius brevis disceptationis de ratione nullitatis in can. 1098 statutae liceat Nobis animadvertere insuper de quodam principio hermeneutico in lectura can. 1098.

Saepe saepius auctores et iudices loquuntur de praecitato canone uti lege qua sancitur matrimonii nullitas *ob dolum*, utpote quasi codificatione effectus invalidantis doli. Aliis verbis, frequenter attentio vertit in dolum et dein ad eius effectum irritantem. Talis «lectura» textus codicialis patitur tamen saltem aliquam simplificationem et in aliquibus casibus ducere potest ad haud admissibiles conclusiones.

Notetur quod can. 1098 effectum irritantem tribuit revera celebrationi matrimonii a persona dolo decepta («can. 1098 agit tantum de errore doloso, id est, de errore qui inductus est dolo»: U. Navarrete, *Canon 1098 de errore doloso estne iuris naturalis an iuris positivi Ecclesiae?*, in *Periodica de re morali canonica liturgica* 76 [1987], p. 162), dummodo verificentur aliae conditiones in eodem canone statutae. Ideo sanctio nullitatis connectitur directe cum errore causato ope doli, non cum ipso dolo. Hanc ob rationem canon cohaerenter non distinguit inter modos quibus exercita est actio dolosa (dolus positivus vel negativus), neque a quo (ab altero contrahente vel a persona tertia), quia ratio princeps can. 1098 vertit circa protectionem personae deceptae.

Can. 1098 non est quoddam responsum legislativum de effectu iuridico doli in re matrimoniali. Notetur quod non admissio effectus invalidantis doli per viam directam ex iure naturali vel natura rei, dolus nihilominus potest esse causa indirecta nullitatis consensus et quidem diversis modis. Ita ex. gr. haberi potest error in persona dolo causatus (can. 1097, § 1), error circa qualitatem directe et principaliter intentam dolo causatus (can. 1097, § 2), error circa ipsam substantiam actus iuridici quando quis, dolo deceptus, erronee putat quod agitur de celebratione sponsalium dum revera fit celebratio matrimonii; magis ardue dari possunt exempla simulatae vel condicionatae celebrationis matrimonii ratione doli, sed etiam hoc a priori excludi non potest. Praetermittimus alios ambitus influxus indirecti doli uti in celebratione matrimonii per procuratorem vel quoad formam canonicam. Quod Nobis interest, est distinctio inter influxum directum et indirectum doli. Codex enim in capite «De consensu matrimoniali» (cann. 1095-1107) contemplatur causas directas nullitatis. Talis modus procedendi ex parte Legislatoris est omnino logicus et quam maxime opportunus sub aspectu oeconomiae legislativae. Quaestio fit enim solummodo de causa directa nullitatis, non autem de causa vel causis indirectis nullitatis, quae etiam plures esse possunt in singulis figuris nullitatis.

Qua re, sanctio nullitatis in can. 1098 statutae non respicit directe machinationem dolosam in re consensus matrimonialis, sed solummodo unum

ex possibilibus effectibus doli, nempe errorem qualitatis et quidem talem, quae pollet notis in eodem canone statutis. Hoc modo Legislator constituit protectionem iuridicam personae quae ob deceptionem dolosam circa qualitatem quae suapte natura graviter perturbare possit consortium coniugale matrimonium contrahit, id est in casu in quo diversimode nullitas non daretur, sed eodem tempore agitur de situatione in qua contrahens, peculiari malitia deceptus, meret talem protectionem.

Quod attinet ad systema nullitatum in re matrimoniali, nullum est dubium quod can. 1098 non sancit nullitatem in facti specie in qua datur error substantialis, vel forsitan alia verificatur figura nullitatis ex ipso iure naturali. Si daretur, ex. gr., in aliquo casu error substantialis dolo causatus, non esset recurrendum ad can. 1098 – singula requisita ibi statuta essent omnino praeter rem – sed directe applicanda esset specifica figura erroris substantialis (uti error in persona vel error circa qualitatem directe et principaliter intentam).

8. Sub luce postremae animadversionis facilius etiam solvi potest annosa quaestio de effectu retroactivo vel minus can. 1098: utrum idem canon applicari possit etiam matrimoniis celebratis ante diem 27 novembris 1983 et matrimoniis acatholicorum (seu matrimoniis non canonicis) independentem a die celebrationis, an non.

Ex superius dictis de ratione can. 1098 patet admittendum esse solummodo quod quaedam ratio vel rationes istius canonis habent radices in iure naturali vel in ipsa natura consensus matrimonialis, sed admitti nequit ut nullitas matrimonii personae dolo deceptae tribui possit directe dolo. Si datur talis nullitas ex iure naturali vel ex natura rei, agitur semper de influxu indirecto doli, dum causa directa nullitatis est potissime error contrahentis - victimae doli. Distinctio ergo inter causam directam et indirectam nullitatis ducit ad conclusionem, quod in omnibus casibus in quibus dolus fit indirecte causa nullitatis consensus, mentem vertere debemus ad causam directam nullitatis, quia solummodo ista determinat recte figuram nullitatis sub aspectu causalitatis.

Quando agitur ergo de quibusdam casibus propugnatae nullitatis matrimoniorum catholicorum ante diem 27 novembris 1983 celebratis, in quibus dolus esset causa indirecta nullitatis, ex. gr. in casu erroris in persona, ergo sub aspectu iudiciali causa introduci deberet ex capite erroris in persona, non autem ex hodierno can. 1098. Si hoc ultimum fieret, omnino inepte invoceretur applicabilitas retroactiva can. 1098 ratione erroris substantialis operantis ex iure naturali.

Salva ergo reverentia erga notum responsum Praesidentis Pont. Commissionis Codici Iuris Canonici authentice interpretando diei 12 decembris 1986

(*Archiv für Katholisches Kirchenrecht* 155 [1986], p. 482) qui confirmabat praecedens responsum diei 8 februarii 1986 Archiepiscopo Friburgensi datum, in quo ultimo dictum est inter alia: «La Consulta è incline a ritenere il disposto del can. 1098 di diritto meramente positivo, e pertanto *non retroattivo*. Data comunque la grande varietà di casi che potrebbero cadere sotto la fattispecie ivi descritta, non si può escludere *a priori* che alcuni di essi possano configurare nullità derivanti dal diritto naturale, nel cui caso sarebbe legittima una sentenza affermativa. Corrisponde ai giudici, in possesso di tutti i possibili elementi, valutare se nel caso concreto ci si trovi dinanzi ad un tipo di *errore invalidante* il consenso non per la disposizione positiva del can. 1098 ma per forza del diritto naturale, come si è verificato in alcune sentenze anteriori alla promulgazione del Codice» (heic sequitur textus cit. in sent. coram Stankiewicz diei 27 ianuarii 1994, RRDec., vol. LXXXVI, pp. 65s, n. 19; amplius, etiam de contextu quaestionis, cf. C. G. Fürst, *La natura del dolo nel diritto matrimoniale canonico e il problema della retroattività del can. 1098*, in *Il diritto matrimoniale canonico*, Studi giuridici 61, cura P. A. Bonnet et C. Gullo, vol. II, Città del Vaticano, LEV, 2003, pp. 204-207), cum propugnatur nullitas ex iure naturae, quaestio est semper facienda de causa directa nullitatis, ponenda in respectiva figura nullitatis, non de causa indirecta (seu dolo). Mentio de quibusdam decisionibus iudicialibus ante promulgationem novi Codicis respicit probabiliter sententias emissas ad instar sententiae coram Canals diei 21 aprilis 1970 (RRDec., vol. LXII, pp. 370-375) ex capite erroris, cum agebatur de errore dolo causato (cf. U. Navarrete, *Canon 1098 de errore doloso*, cit., p. 163). Quidquid est de legitimitate talium decisionum, hodie – ampla iam disceptatione in doctrina et in iurisprudencia facta – postulanda est omnino claritas hac in re, ante omnia in ordine substantiali seu conceptuali.

Qua re ob rationes breviter ostensas, distinguendo praesertim inter causam directam et indirectam nullitatis, proprie loquendo admitti non potest applicatio retroactiva can. 1098 ad matrimonia canonica celebrata ante diem 27 novembris 1983. Idem valet etiam ad matrimonia acatholicorum. In can. 1098 agitur enim de norma iuris positivi, «per cui la fattispecie dolosa, prevista dal can. 1098, può rendere nullo il matrimonio soltanto in virtù della volontà del Legislatore, qualora concorrano insieme tutti elementi stabiliti dal can. 1098» (A. Stankiewicz, *La fattispecie di errore doloso*, cit., p. 190).

9. In causis in quibus nullitas matrimonii impugnatur ex can. 1098, obiectum probationis sunt evidenter omnia et singula elementa constitutiva normae irritantis in eodem canone statutae. Probatio fit per media probationis (uti declarationes partium et testium vel peritiae) et opportuna procedimenta logica in quibus, iuxta casum, applicantur etiam principia ordinis psychologici (uti ex. gr. criterium reactionis in probatione deceptionis), statuuntur

praesumptiones hominis et ita porro (cf. P. Bianchi, *L'interpretazione del can. 1098*, cit., pp. 119s). In singulis casibus prae oculis tenenda est specificitas casus, praesertim modus quo exercita est praesumpta actio dolosa, vel natura qualitatis - obiecti doli, cum qualitates s.d. «morales» ordinariae probantur ope testimoniorum et testium, dum qualitates ordinis physici aliquando exigunt probationem peritaleam.

IN FACTO. 10. Ex simplici seu acritica lectura tabularum processualium magni momenti videtur esse thesis actricis de dolo in eam patrato ex parte viri conventi ad obtinendum consensum. Ageretur enim de deceptione dolosa circa duas Conventi qualitates, nempe: a) paternitatem duorum filiorum, scilicet Jolae et «Waldemar», quos ex alia muliere nomine Ruth F. ante nuptias procreavit; b) egressum ex Ecclesia Catholica die 29 aprilis 1974 peractum.

Quoad paternitatem duorum filiorum ex parte viri Actrix adducit non solum suam declarationem iudicalem, sed etiam statim initio processus exhibuit Tribunali declarationem diei 25 aprilis 1997, a Convento subscriptam, in qua legitur i.a.: «Ich K. Jan im Zeitpunkt der Eheschli[e]s[s]ung tatsächlich Vater zweier Kinder war [...] Vor der Eheschli[e]s[s]ung habe ich das verheimlich[t], weil ich überzeugt war, daß bei di[e]ser Mitteilung, würde Krystyna S. mich nich[t] heiraten».<sup>2</sup>

Si tamen omnia acta perpendantur, res non ita clare patent.

11. In primis Conventus strenue sese opponit et negat facta maioris momenti.

Ita in phasi initiali causae Conventus suam scriptam declarationem Tribunali misit in qua ante omnia sustinuit: «Ich erkläre daß meine Ehefrau Krystyna [...] S., über alle Informationen die meine Person betreffen informiert war»<sup>3</sup> (sic!). In ipsa declaratione duo indicantur dies eius confectionis, nempe 3 iunii 1997 et 3 iulii 1997, sed attento die eius admissionis a Tribunali primi gradus et contextu decretorum in causa emissorum, sine dubio agitur de declaratione facta die 3 iulii 1997, in responsione scilicet ad decreta constitutionis Tribunalis (diei 2 iunii 1997) et concordationis dubii (20 iunii 1997).

Pressius tamen vir conventus suam pandit mentem in depositione diei 26 ianuarii 1998 cum purgavit absentiam a iudicio interea legitime declaratam.

Iudici ergo sciscitanti circa declarationem diei 25 aprilis 1997 Conventus

<sup>2</sup> «Io Jan K. ero effettivamente padre di due figli al tempo della celebrazione del matrimonio [...] L'ho occultato prima della celebrazione del matrimonio perché ero convinto che, qualora l'avessi detto, Krystyna S. non mi avrebbe sposato».

<sup>3</sup> «Dichiaro che mia moglie Krystyna [...] S. era informata circa tutte le informazioni che riguardano la mia persona».

non denegavit eamdem a seipso subscriptam esse, sed sustinuit quod Actrix hanc scripturam paravit et ei ad subscribendum dedit quia «sie möchte sich scheiden lassen»,<sup>4</sup> quod ille et fecit sine adpositione maioris attentionis quid contineatur («Ich unterschrieb das Schreiben ohne genauer zu lesen, was in dem Schreiben stand»)<sup>5</sup> Et revera, comparando hanc declarationem, totam manu scriptam, cum aliis scriptis mulieris actricis hac in causa collectis, nulum adest dubium quod ipse textus declarationis confectus est ab Actrice.

Et prosequitur Conventus: «Nachdem ich die Post vom Officialat Speyer bekommen und gemerkt habe, was [Actrix] will, habe ich mir überlegt, es stimmt nicht, was ich damals unterschrieben habe, ich möchte zur Wahrheit stehen. Darauf bin ich zu einem Dolmetscher gegangen, weil ich selber nicht deutsch schreiben kann. Dieser [...] schrieb die Erklärung, die am 03.06.1997 (sic!) abgefaßt worden ist. Er schrieb das auf, was ich ihm auf polnisch sagte».<sup>6</sup>

Dein in eadem declaratione iudiciali Conventus firmiter sustinuit Actricem iam ante nuptias ab eo edoctam esse eum patrem (duorum) filiorum esse, aliqua etiam particularia adducendo circa contextum talis revelationis Actrici factae.

Cui ergo credendum est?

## 12. Quaestio credibilitatis partium non est facilis solutionis.

In actis desunt testimonia credibilitatis. Notulae a Iudice instructore factae, peractis interrogatoriis partium, prosunt credibilitati utriusque partis. Utraque est etiam constans in propriis declarationibus excepta declaratione scripta Conventi diei 25 aprilis 1997, quae tamen declaratio una ex parte saltem quamdam levitatem viri ostendit, dum altera ex parte talis modus obtinendi declarationem viri neque favet credibilitati partis actricis, etsi «nec eiusmodi agendi modus de se absolute reprobandus est, speciatim cum praevideatur partem conventam non facile adduci posse ad deponendum», uti censet R.P. vinculi Tutor in Animadversionibus apud H.A.T. confectis.

Maioris adhuc momenti sunt ergo probationes ab utraque parte adductae.

## 13. Heic tamen nova datur difficultas. Vir conventus enim substantialiter nullam offert probationem pro sua thesi: elenchum plurium testium Tribunali

<sup>4</sup> «Lei voleva divorziare».

<sup>5</sup> «Ho firmato lo scritto senza leggere esattamente il testo».

<sup>6</sup> «Dopo aver ricevuto la posta dal tribunale ecclesiastico di Speyer e dopo aver capito che cosa voleva [l'attrice], ho fatto la considerazione che non era corretto ciò che avevo sottoscritto quella volta, quindi volevo stare alla verità. Successivamente sono andato da un traduttore, dato che io stesso non sono in grado di scrivere in tedesco. Il traduttore [...] ha scritto la dichiarazione, redatta il 03.06.1997 (sic!). Lui ha scritto in tedesco ciò che io gli avevo detto in polacco».

revera misit, sed dein renuntiavit testibus audiendis et primus eorum, seu d.na Ingridis S., renuit apud Tribunal ecclesiasticum suam depositionem reddere, at in colloquio telephonico cum Tribunali primi gradus emersit quod illa numquam audivisse Conventum prolem ante matrimonium, de quo supra, habuisse, qua re Iudex primi gradus, omnibus perpensis, censuit omnino inutile esse sistere in colligendis depositionibus testium ex parte viri Conventi.

Probatio autem testificalis ex parte Actricis est sat exigua quia si praetermittantur depositiones eius matris, quae potissime in Polonia vivit, et d.ni Sigismundi L., qui similiter fere nihil ex scientia propria deponere valuit, manet solummodo declaratio iudicialis filiae Actricis, nempe d.nae Silviae S. Haec ultima testis, utique, rotundo ore deposuit in favorem thesiae suae matris sed effugi non potest, quod illa etsi viginta gereret annos tempore suae depositionis iudicialis, tamen tempore celebrationis matrimonii habuit solummodo octo annos, dum Actrix detexit forsitan primo semestre a. 1988 Conventum patrem esse duorum filiorum.

14. Sed etiam in hypothesi doli revera a Convento patrati circa suam paternitatem antenuptialem duorum filiorum cum alia muliere, alia et quidem gravis scattet difficultas, nempe quaestio utrum revera agatur de qualitate agnoscenda ad normam can. 1098, annon. Agitur enim de duobus filiis maioris substantialiter aetatis tempore nuptiarum partium in causa, cum Jola nata est a. 1965 et Waldemar a. 1967, et erga quos Conventus nulla tenebatur iuridica obligatione, specie sub forma alimentorum. Immo, uti Conventus Iudici explanavit, mater illorum filiorum cum alio viro matrimonium contraxit, qua re idem Conventus de se ipso dicit: «Ich bin ab und zu zu den Kindern hingefahren und habe sie besucht, aber ich wollte mich in die Beziehung zwischen der Frau Ruth F. und ihrem Mann nicht einmischen».<sup>7</sup>

Actrix sua ex parte non lamentatur circa obligationes materiales seu pecuniarias ex hoc facto forsitan ortas, quibus Conventus teneretur, sed potius denuntiat magis amplam et minus definitam responsabilitatem viri erga suos filios: «Er hätte nach meiner Auffassung, so lange die Kinder lebten, für die Kinder sorgen müssen».<sup>8</sup>

Quidquid tamen est de obligationibus ordinis moralis vel et spiritualis erga proprios filios, agitur de situatione in qua mater illorum filiorum sibi efformavit propriam familiam et filii ex Convento nati in hac nova vivunt familia

<sup>7</sup> «Ogni tanto andavo a trovare i figli, ma non volevo inmisciarmi nella relazione fra la sig.ra Ruth F. e suo marito».

<sup>8</sup> «Secondo il mio modo di vedere, finché i figli vivessero, lui avrebbe dovuto aver cura di loro».

sine consecrariis ordinis materialis pro Convento. Cum insuper hi filii iam maiorem obtinuerunt aetatem tempore celebrationis matrimonii, de quo heic agitur, difficillime talis paternitas admitti possit uti qualitas apta, suapte natura, ad consortium vitae coniugalis graviter perturbandum. His verbis minime iustificatur possibile silentium Conventi hac in re, si revera locum habuisset et hac ex causa Actrix decepta fuisset, sed Infrascripti solummodo affirmant talem qualitatem valde dubii esse in casu valoris ad mentem can. 1098. Qua re in dubio standum est pro valore actus.

Nava Actricis Patrona conata est sustinere quod haec paternitas «obiective gravissima est, quia ex natura rei consortium vitae coniugalis eo modo perturbat quod maritus cum duabus mulieribus familiariter tractare debet et lege naturali obligatus est filios illegitimos sustinere atque educare». Argumentatio fit tamen extra modum, quia – uti iam supra diximus et cui nemo in causa contradicit – istiusmodi obligationes resumptae sunt in nova familia matris filiorum naturalium Conventi. Cum realitate matrimonii Conventi cum d.na S. pugnat non tam momentum obiectivum superius dictae paternitatis, quam potius ipse defectus informationis circa talem statum, si revera agebatur de omissione ex parte viri. Hoc tamen pertinet ad integritatem consensus, non ad eius validitatem sub aspectu can. 1098.

Si ita res se habeant, omnino inutile est inquirere de aliis elementis constitutivis figurae doli relate ad hanc qualitatem.

15. Quod attinet ad alteram qualitatem, seu factum egressus viri ex Ecclesia Catholica, formaliter die 29 aprilis 1974 perfecti, maior patet adhuc difficultas ut hoc in casu agi posset de qualitate ad normam can. 1098 admittenda.

Factum formalis egressus viri ex Ecclesia Catholica constat ex attestazione Parochi et pacifice est admissum ab ipso Convento. Attenta tamen eius explanatione rationis talis gressus agi videtur de casu ficti seu simulati recessus ex Ecclesia ita ut declinetur obligatio solvendi s.d. «Kirchensteuer», statutum in Germania. Quidquid ergo est de reprobando tali actu, sine dubio nullimode agitur, saltem hoc in casu, de qualitate quae suapte natura graviter perturbare valeret consortium vitae coniugalis. Ipsa Actrix enim locuta est de cura viri circa matrimonium canonicum celebrandum et dein: «Wir waren beide zusammen zur Kommunion gegangen. Ich war davon überzeugt, daß er seinen kath. Glauben lebt»,<sup>9</sup> quod evidenter aliquod fundamentum habere debuit in habitudine viri, praesertim si Conventus «fuhr mit mir – dicit Actrix – in die Kirche, wohin ich wollte». <sup>10</sup> Si ergo ipsa Actrix fundatam convictionem habuit virum in fide vivere, omnino cadit potior difficultas ab Actrice

<sup>9</sup> «Ambedue abbiamo ricevuto la comunione. Ero convinta del fatto che lui vivesse la sua fede cattolica».

<sup>10</sup> «Andava con me, dice l'Attrice, in chiesa, dove volevo».

mota circa momentum egressus viri ex Ecclesia Catholica: «Eine christlich gelebte Ehe wäre für mich nicht möglich gewesen, wenn ich gewußt hätte, daß sich mein Partner von der Kirche bewußt abgesagt hätte».<sup>11</sup>

Ideo omnino inutile est videre etiam hoc in casu de aliis elementis figurae deceptionis dolosae.

16. Non est ut inquiramus singillatim de causis rupturae matrimonii, diversimode a partibus indicatis, quibus accedit etiam partialiter diversa opinio filiae Actricis, sed hoc in contextu – ad melius casum comprehendendum – opportunum est forsitan animadvertere de quadam peculiaritate interpretationis doli ex parte Actricis.

Illa indicat, utique, obiectum deceptionis dolosae, uti iam supra ostendimus, sed videtur quod pro ea multo magis quam obiectum deceptionis, seu invitae qualitates viri, valet ipsa deceptio et quidem in contextu propriae experientiae vitae, quod attinet ad filios, vel uti vulnus in fiducia erga maritum: «Ich habe ihm ein Stück weit vertraut, weil ich wußte, daß er katholisch war und ich dachte, er hätte die gleiche Haltung wie ich. Hätte ich gewußt, daß er nicht mehr katholisch ist, dann wäre ich viel mehr vorsichtiger gewesen, ihm mein Vertrauen zu schenken».<sup>12</sup> Paucis verbis, si stemus declarationi Actricis, eius offensio animi vel, magis generice, eius reactio subiectiva negativa fuit maximum problema, hoc in casu non solum, qua re – refert Actrix – «dann konnte ich [Conventum] nicht mehr akzeptieren».<sup>13</sup>

Quis dici posset, et quidem recte, hoc esse signum verae deceptionis dolosae (criterium reactionis). Attamen etiam intense percepta deceptio, cum aliquando nefasto fine convictus iugalis, non exhaustit omnia elementa necessaria ut scateret sanctio nullitatis in can. 1098 statuta. Peculiari modo, si admitteretur etiam applicabilitas aestimationis subiectivae qualitatis – obiecti doli et erroris, ageretur semper de aestimatione cuiusdam qualitatis alterius contrahentis (id est realitatis obiectivae), quae aestimatio aequivocari non potest cum subiectivo effectu detectae deceptionis, si rationes talis reactionis pendent potius a realitate personali subiecti quam a qualitate obiectiva alterius.

Praetermittimus alia, non omnino necessaria ut heic proposito dubio respondi possit, ample etiam in sententia Tribunalis secundi gradus pertractata.

<sup>11</sup> «Un matrimonio cristianamente vissuto non sarebbe stato per me possibile, se avessi saputo che il mio partner era uscito consapevolmente dalla Chiesa».

<sup>12</sup> «Ho avuto in lui molta fiducia perché sapevo che lui era cattolico e perché ritenevo che lui aveva la mia stessa posizione. Se l'avessi saputo che lui non era cattolico, allora sarei stata molto più attenta a dargli fiducia».

<sup>13</sup> «A quel punto non lo [il Convenuto] potevo più accettare».

17. 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: *N*, seu non constare de matrimonii nullitate, in casu, ob dolum ex parte viri conventi patratum.

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 muliere actrice.

Romae, in sede Romanae Rotae Tribunalis, die 31 ianuarii 2002.

ANTONIUS STANKIEWICZ  
KENNETH E. BOCCAFOLO  
GREGORIUS ERLEBACH, *Ponens*

---

IL FONDAMENTO GIURIDICO DEL DOLO COME CAUSA DI NULLITÀ  
DEL MATRIMONIO E LA QUESTIONE DELLA RETROATTIVITÀ O MENO  
DEL CANONE 1098

1. *Premessa*

Prima di presentare la sentenza oggetto di questo commento, vorremmo fare un chiarimento. Nell'iniziare a studiare l'impostazione della sentenza, avevamo una idea che ci sembrava piuttosto chiara, che è quella della retroattività del dolo fondata sul diritto naturale. Ciononostante, dalla lettura della sentenza e dalla rivisitazione di diversi autori che parlano del dolo, ci sono sorte alcune perplessità, consapevoli del fatto che per capire in tutta la sua portata la fattispecie del dolo non è sufficiente soffermarsi – cosa che è anche vera per qualsiasi altra norma che regoli la realtà matrimoniale – sul dettato della legge positiva.

Molto si è scritto sul dolo come capo di nullità del matrimonio e da diverse prospettive: diritto positivo, storia, antropologia del matrimonio, teoria generale del diritto, ecc.<sup>1</sup> Una questione che, però, non è stata quasi affron-

<sup>1</sup> Per uno studio approfondito del fondamento del dolo, anche dal punto di vista storico, cfr. T. J. ZÁRRAGA COLMENARES, *El dolo en el derecho matrimonial canónico y su fundamentación jurídica*, Pamplona 1999.

tata sia dalla dottrina sia dalla giurisprudenza è quella della relazione oggettiva tra azione dolosa, conseguenze del dolo e natura del matrimonio. Ed è proprio qui che è sorta la nostra perplessità, perché ci siamo resi conto che la comprensione stessa della nozione e del fondamento del dolo che rende nullo il matrimonio dipende in gran misura dalla stessa nozione del matrimonio che è alla base della comprensione dei canoni che determinano e dichiarano i vizi e i difetti che rendono nullo il consenso matrimoniale. Questo fatto, poi, si rende più evidente analizzando il canone 1098, nel quale si fa un riferimento esplicito al “*consortium vitae coniugalis*”, senza che ci sia nella dottrina e nella giurisprudenza un’intesa sul significato del termine *consortium* utilizzato in questo canone, tanto che il termine viene tradotto in modo diverso nelle lingue moderne: consorzio, comunità, vita coniugale.

Per questo motivo, riteniamo che una risposta definitiva alla questione del fondamento del dolo che rende nullo il matrimonio – e alla questione della sua retroattività o meno – si potrà trovare solo attraverso lo studio approfondito e accurato del significato del matrimonio stesso inteso come vincolo coniugale e del consenso che è la sua causa efficiente. Siamo consapevoli dell’impossibilità di fare questo in un commento di giurisprudenza, per cui in questa occasione ci limiteremo a presentare la sentenza nei suoi elementi più interessanti, facendo un cenno allo *status quaestionis*, per poi ipotizzare alcune linee di chiarimento che successivamente dovranno essere approfondite.

## 2. La fattispecie

La sentenza che commentiamo riguarda una causa di nullità del matrimonio per l’errore doloso causato dal convenuto. Si tratta di un matrimonio solo canonico, celebrato nel 1985 in Danimarca, da due polacchi che abitavano in Germania, nel quale non è stato chiesto il riconoscimento civile per non perdere la pensione di vedovanza della donna.

Quando si sposarono la donna aveva una figlia di otto anni, e l’uomo, che era vissuto in precedenza con un’altra donna, aveva due figli ormai maggiorenti, che si erano integrati nel matrimonio che la prima donna successivamente aveva celebrato. Un altro elemento che valuta la sentenza è che l’uomo, nell’anno 1974, aveva dichiarato davanti ad un funzionario pubblico in Germania la sua uscita dalla Chiesa Cattolica, ma al solo scopo di non dover pagare la cosiddetta «tassa ecclesiastica».

La vita coniugale non fu felice e le parti si sono separate nel 1990. Sulla causa del fallimento le parti danno spiegazioni contrastanti. La donna dice che soltanto un anno dopo la celebrazione del matrimonio ebbe notizia del fatto che il marito aveva abbandonato la Chiesa nel 1974 e che successiva-

mente aveva saputo che egli aveva avuto due figli da una precedente unione di fatto e che questo causò la crisi dell'unione. Il marito, invece, afferma che la causa del fallimento fu principalmente una relazione adulterina avuta dalla moglie e alcuni problemi economici, e che sua moglie sapeva già prima di questi due figli.

La causa è molto interessante sia dal punto di vista *in iure* che *in facto*, perché il turno non si limita a verificare se ci sia stato o meno il dolo ma, a nostro avviso, tenta di spiegare il fondamento stesso della fattispecie legale del dolo e fa una chiara valutazione delle circostanze del caso che riteniamo molto utile per capire quali siano i requisiti del dolo di cui al canone 1098 e il perché di questi requisiti.

Per questi motivi, in questo commento presenteremo in primo luogo le considerazioni che fanno i giudici nell'*in iure*, e in seguito faremo l'analisi della parte *in facto* della sentenza. Riguardo alla parte *in iure*, ci soffermeremo in modo particolare sul fondamento giuridico del dolo e sulla discussione riguardante la retroattività o meno di questa norma, nonché sugli elementi della fattispecie legale.

### 3. Il fondamento giuridico del dolo e la retroattività o meno della norma

Una delle questioni più discusse dalla dottrina e dalla giurisprudenza riguardanti il dolo è quella del fondamento giuridico della norma, problema al quale è intimamente collegata la domanda sul carattere divino-naturale o positivo della norma, domanda dalla cui risposta dipenderà la vigenza temporale del canone, vale a dire la sua retroattività o irretroattività riguardo ai matrimoni soggetti alla disciplina del CIC 1983.

Dallo studio della dottrina canonica sul dolo, si scorgono delle posizioni contrapposte. Per una parte della dottrina e per la giurisprudenza rotale maggioritaria, il canone è di diritto positivo, per cui il Legislatore avrebbe dato *ex novo* una norma su una disciplina che prima non era presente e che, per tanto, sarebbe di origine umana e non potrebbe avere effetto retroattivo. Per altri autori, il canone sul dolo sarebbe una norma di diritto divino-naturale, per cui il Legislatore avrebbe interpretato e dichiarato una esigenza intrinseca del consenso matrimoniale virtualmente presente benché non fosse stata esplicitata nella legislazione precedente, per cui lo si potrebbe applicare anche al matrimonio dei non cattolici e ai matrimoni celebrati prima dell'entrata in vigore del Codice. E la diversità di pareri non si ferma qui, perché ci sono autori che affermano che benché il canone sia di diritto positivo, ci sarebbero dei casi in cui lo si potrebbe applicare retroattivamente, soprattutto se si considera che nel caso specifico la nullità per dolo avrebbe la sua ragione nello stesso diritto naturale.

Prima di entrare nell'analisi dei ragionamenti fatti dai giudici nella sentenza oggetto del nostro commento, faremo un breve riferimento ai diversi interventi in materia i quali, come ben sostengono i giudici, non hanno risolto il problema e tanto meno hanno dato una risposta definitiva.

Sul tema del dolo matrimoniale vi è un'affermazione di Giovanni Paolo II nel suo discorso alla Rota Romana del 1984, a due mesi dalla promulgazione del Codice. Affermava il Pontefice: «Nel nuovo Codice, specialmente in materia di consenso matrimoniale, sono state codificate non poche esplicitazioni del diritto naturale, apportate dalla giurisprudenza rotale. Ma rimangono ancora canoni, di rilevante importanza nel diritto matrimoniale, che sono stati necessariamente formulati in modo generico e che attendono una ulteriore determinazione, alla quale potrebbe validamente contribuire innanzitutto la qualificata giurisprudenza rotale. Penso, ad esempio, alla determinazione del *'defectus gravis discretionis iudicii'*, agli *'officia matrimonialia essentialia'*, alle *'obligationes matrimonii essentialia'*, di cui al can. 1095, come pure alla ulteriore precisazione del can. 1098 sull'errore doloso (...)».<sup>2</sup>

Certamente, ci si potrebbe chiedere se il Pontefice, quando faceva riferimento a quelle «non poche esplicitazioni del diritto naturale», pensava anche al dolo al quale fa in seguito riferimento. Ma non si può concludere che in queste parole del Papa ci sia un argomento a favore del carattere di diritto naturale, come ben sostiene Aznar-Gil, il quale dice che affermare questo sarebbe andare oltre le parole del discorso.<sup>3</sup> Comunque, si può dire che il discorso lascia aperto il cammino alla discussione in ambito dottrinale e alle precisazioni da parte della giurisprudenza, soprattutto per il riferimento esplicito al dolo subito dopo aver parlato di quelle «esplicitazioni del diritto naturale».

Più esplicite, benché non risolvano la questione, sono due risposte private del Presidente dell'allora *Pontificia Commissione per l'interpretazione autentica del Codice di Diritto Canonico* che, bisogna tener conto, non sono risposte autentiche e ufficiali. In queste due risposte, citate anche dalla sentenza che commentiamo, si lascia alla discussione dottrinale e alla giurisprudenza la determinazione del carattere positivo o naturale del canone 1098. L'8 febbraio 1986, il Presidente della Commissione rispose all'Arcivescovo di Friburgo, il quale aveva chiesto alla Segnatura Apostolica sulla retroattività o meno del can. 1098. Ecco il nocciolo della risposta: «La Consulta è incline a ritenere il disposto del can. 1098 di diritto meramente positivo, e pertanto

<sup>2</sup> GIOVANNI PAOLO II, *Allocutio ad Romanae Rotae Praelatos Auditores*, 26 gennaio 1984, «AAS» 76/II (1984), n. 7, p. 648.

<sup>3</sup> Cfr. F. AZNAR-GIL, *La retroactividad o irretroactividad del dolo (can. 1098)*, in *Curso de derecho matrimonial y procesal canónico para profesionales del foro*, t. 10, Salamanca 1992, p. 415-416.

*non retroattivo*. Data comunque la grande varietà di casi che potrebbero cadere sotto la fattispecie ivi descritta, non si può escludere *a priori* che alcuni di essi possano configurare nullità derivanti dal diritto naturale, nel cui caso sarebbe legittima una sentenza affermativa. Corrisponde ai giudici, in possesso di tutti i possibili elementi, valutare se nel caso concreto ci si trovi dinanzi ad un tipo di *errore invalidante* il consenso non per la disposizione positiva del can. 1098 ma per forza del diritto naturale, come si è verificato in alcune sentenze anteriori alla promulgazione del Codice». <sup>4</sup>

L'altra risposta, del 12 dicembre 1986, comunicava che la Plenaria di Cardinali della Pontificia Commissione tenutasi il 25 novembre 1986, dopo alcuni studi previi realizzati dalla Consulta, «ha giudicato che la questione non è sufficientemente matura dal punto di vista dottrinale per dare un'interpretazione autentica. Per cui si è stabilito di comunicare a Vostra Eccellenza tale decisione, riconfermando quanto precedentemente detto nella lettera N. 843/86 di questa Pontificia Commissione». <sup>5</sup>

Come si vede dall'analisi di queste dichiarazioni, la Pontificia Commissione sembrava ipotizzare la possibilità che ci siano dei casi di dolo che rispondano al diritto naturale, casi in cui si potrebbe applicare retroattivamente la norma. A questa ipotesi, la sentenza che commentiamo afferma che «la questione deve riguardare sempre la causa diretta della nullità, posta nella rispettiva fattispecie di nullità, non invece la causa indiretta (cioè il dolo). La menzione di alcune decisioni giudiziali prima della promulgazione del Codice riguarda probabilmente alcune sentenze emesse nella linea della sentenza *coram Canals* del 21 aprile 1970 (...) per il capo di errore, nella quale si trattava di un errore causato dolosamente (...). Qualunque sia la legittimità di queste decisioni, oggi – la dottrina e la giurisprudenza ne hanno trattato ampiamente – si deve fare chiarezza in questa materia, soprattutto nell'ordine sostanziale o concettuale». <sup>6</sup> E in seguito si afferma che non si deve confondere la causa indiretta della nullità, che può essere il dolo, con la nullità stessa. In questo senso – si sostiene nella sentenza – il fatto che un'azione dolosa abbia prodotto un errore nella persona o un errore circa una qualità direttamente e principalmente intesa, non significa che ci troviamo dinanzi ad un caso nel quale il dolo ha reso nullo un matrimonio per diritto naturale, e quindi che il canone si potrebbe applicare retroattivamente, ma vuol dire che siamo dinanzi ad una fattispecie diversa dal dolo, per cui non la si deve trattare sotto il capo di cui al can. 1098.

Siamo d'accordo con quanto, in questo senso, sostiene con molto rigore tecnico la sentenza riguardo alla necessità di qualificare con precisione le

<sup>4</sup> Cfr. *ibidem*, p. 453.

<sup>5</sup> *Kirchliche Erlasse und Entscheidungen*, «Archiv für Katholisches Kirchenrecht» 155 (1986), n. 2, p. 482.

<sup>6</sup> Cfr. sentenza, n. 8 (la traduzione è nostra).

single fattispecie, non utilizzando in modo errato alcuni casi che realmente non sarebbero di nullità per dolo come causa diretta della nullità per affermare la retroattività del can. 1098 in alcuni casi.

Ciononostante, riteniamo che questo ragionamento fatto dalla sentenza non risolva definitivamente la questione. È vero che non si può affermare la retroattività del can. 1098 fondando la spiegazione in quei casi in cui, come ricorda la stessa sentenza, il dolo è stato solo la causa indiretta della nullità per un errore sostanziale ma, a nostro avviso, resta ancora in piedi la domanda: ci potrebbero essere dei casi di dolo di cui al can. 1098 che rispondano a delle esigenze di diritto naturale? Viladrich ritiene che, se si dessero tutte le circostanze stabilite dal can. 1098, non ci troveremmo dinanzi a una nullità stabilita dal Legislatore per diritto positivo, ma piuttosto con un matrimonio nullo perché è mancato qualcosa che risponde alla natura stessa del consenso matrimoniale: «Riteniamo che il can. 1098 sia applicabile ai matrimoni contratti prima dell'entrata in vigore del nuovo Codice il 27 novembre del 1983, perché la norma in esso contenuta è di diritto naturale, sebbene sia stata determinata nelle sue linee concrete dal legislatore positivo, come accade necessariamente con tutte le norme di diritto naturale, incluso lo stesso *ius conubii*. Questa retroattività non significherebbe in alcun modo ritenere nulli i matrimoni del passato contratti con queste caratteristiche, per l'applicazione del principio "leges respiciunt futura, non praeterita" (cfr. can. 9). Bisogna capire, invece, per rispondere più realmente a quanto accaduto al lavoro di riforma legislativa, che il can. 1098, come il can. 1095 (l'impossibilità di assumere per causa psichica gli obblighi essenziali), il can. 1097, § 2 (l'errore sulla qualità diretta e principale), il can. 1099 (l'errore determinante sulla dignità sacramentale), il can. 1101, § 2 (l'esclusione del bene dei coniugi) o il can. 1103 (il timore indiretto) contengono un migliore riordinamento, mediante la loro espressione nella norma legislativa, di *precedenti e perfino consolidate decisioni giurisprudenziali* in cui questi casi erano considerati come cause di nullità attraverso mezzi meno adeguati e, per questo, più rigidi e forzati rispetto a quelli previsti nell'attuale disciplina». <sup>7</sup> Più avanti faremo qualche commento al riguardo.

Tentando di approfondire quanto dice la sentenza sulla relazione tra il dolo e l'errore, la quale molte volte può portare a confondere le fattispecie e a non distinguere sufficientemente tra i casi di dolo invalidante e quelli di errore di persona o errore sulle qualità causate dal dolo, va detto che il dolo che rende nullo il consenso matrimoniale è una fattispecie che specifica una situazione nell'ambito del più ampio concetto dell'errore in qualità. Ma ciò non significa necessariamente che sia una semplice determinazione di drit-

<sup>7</sup> P. J. VILADRICH, *Il consenso matrimoniale*, Milano 2001, pp. 225-226.

to positivo fatta dal Legislatore ecclesiastico, il quale avrebbe considerato conveniente dar rilevanza ad un errore che, per diritto naturale, non renderebbe nullo il consenso matrimoniale.

Per cogliere il perché di questa affermazione è necessario soffermarsi su un altro aspetto del dolo, cioè, sull'itinerario dell'errore doloso, il quale è radicalmente diverso da quello dell'errore comune. Proprio per questa diversità il Legislatore ha dichiarato la rilevanza del dolo come elemento che potrebbe rendere nullo il consenso matrimoniale. Ci troviamo allora di fronte ad autori che ribadiscono la fattispecie del dolo come figura autonoma.<sup>8</sup> Bernárdez Cantón, ad esempio, fa un paragone tra i requisiti della fattispecie del dolo e quelli del timore grave, e determina come elementi del dolo invalidante che esso deve essere *causam dans*, grave, estrinseco, ingiusto e diretto, cioè provocato allo scopo di ottenere il consenso matrimoniale.<sup>9</sup> Siamo d'accordo con queste affermazioni dell'autore, ma ciò non significa che non dobbiamo ammettere che le conseguenze finali dell'azione dolosa – che ha le caratteristiche indicate dall'autore – siano diverse da quelle che causano il timore grave. Più che una perdita della libertà di decisione nel soggetto – come avviene nel timore – vi troviamo una manipolazione ingiusta del processo conoscitivo del contraente che comporta un grave attentato contro la libertà di scelta. Nel caso del dolo, la manipolazione opera tramite l'intelletto, nel quale si produce un errore, e non direttamente sulla volontà.

La norma sul dolo protegge, principalmente, il processo di formazione interna del consenso davanti alle macchinazioni fatte da altre persone che potrebbero limitare e persino annullare l'autentica libertà della persona nella scelta del proprio stato.<sup>10</sup> Non è altro che un riflesso di quel diritto fondamentale dichiarato dal canone 219: «Tutti i fedeli hanno il diritto di essere immuni da qualsiasi costrizione nella scelta dello stato di vita». Il pericolo sarebbe quello di ammettere che ogni qual volta ci sia un po' di dolo allora si potrebbe dichiarare la nullità del matrimonio. Riteniamo che, per ovviare a questo pericolo, dobbiamo verificare che ci siano tutti gli ele-

<sup>8</sup> Cfr. J. I. BAÑARES, *En torno al tratamiento del "error qualitatis" en el Código actual*, «Ius Canonicum» 28 (1988), pp. 647-662; A. BERNÁRDEZ CANTÓN, *Compendio de derecho matrimonial canónico*, Madrid 1986, pp. 150-153; J. CARRERAS, *Il dolo diretto ad ottenere il consenso (pro manuscripto)*, Roma 1997; J. FORNÉS, *Derecho matrimonial canónico*, Pamplona 1992, pp. 135-138.

<sup>9</sup> Cfr. A. BERNÁRDEZ CANTÓN, *Compendio de Derecho Matrimonial...*, cit., pp. 152-153.

<sup>10</sup> Cfr. J. I. BAÑARES, *En torno al tratamiento del "error qualitatis"...*, cit., p. 661: «...cuando tal error ha provenido de una manipulación externa pretendida para ello, y de por sí está ordenado a provocar graves disturbios en el matrimonio, el legislador – para proteger la libertad de la parte inocente, disuadir a los culpables, y defender la misma grandeza y santidad del estado matrimonial – estima oportuno declararlo irritante».

menti contenuti nella norma: soltanto nei casi in cui il raggirato causato con dolo – per ottenere il consenso – sia stato la causa del matrimonio e questo errore ricada su una qualità rilevante, il matrimonio potrà venir dichiarato nullo.

D'altra parte, nell'analizzare le cause riguardanti l'errore in qualità *directe et principaliter intenta*, possiamo osservare che nei casi in cui la qualità intesa era una qualità avente per sua natura una grande importanza per il buon esito della vita coniugale, e qualora esista un errore su codesta qualità, è probabile che ci sia un'azione dolosa da parte del raggirante, almeno per l'omissione o l'occultamento, di una realtà alla cui conoscenza l'altro aveva diritto. Ecco perché non è infrequente che si presentino cause nelle quali si chiede la nullità sia per errore in qualità direttamente e principalmente intesa sia per dolo. In questi casi, i giudici dovranno stare attenti a non confondere le fattispecie e non affermare erroneamente, come ricorda la sentenza commentata, la retroattività del canone fondandola sul fatto che il dolo è stato causa dell'errore in qualità, perché in quei casi la nullità del matrimonio sarebbe causata direttamente dall'errore e non dal dolo.

Alcune delle tesi a favore dell'origine del canone nel diritto naturale, senza fare quella confusione con altre fattispecie e limitandosi al dolo, sottolineano l'incompatibilità tra il dolo e il consorzio di vita matrimoniale<sup>11</sup> e la sua incidenza sul processo intellettuale-volitivo del *deceptus*, incidenza che intaccherebbe sostanzialmente la volontarietà del consenso, benché in modo indiretto tramite una manipolazione ingiusta del processo di formazione del contenuto intellettuale del consenso matrimoniale. Resta però ancora irrisolto il nodo della questione: questa incompatibilità tra il dolo e il consorzio, rende nullo per diritto naturale il matrimonio? Come tenteremo di spiegare in seguito, la risposta passa necessariamente per il chiarimento del senso del termine *consortium* in questo canone. A questo punto dedicheremo un'aproposita epigrafe.

La sentenza, comunque, sostiene che il dolo non renderebbe nullo il matrimonio per diritto naturale, benché l'ingiustizia del dolo sia stata un'ottima ragione per legiferare come si è fatto: «Non si vede, per tanto, che il dolo possa causare direttamente la nullità del matrimonio in ragione della modificazione sostanziale del consenso, facendo del dolo la causa diretta o autonoma della nullità. Ciononostante, indubbiamente si può sostenere che sia il possibile influsso del dolo nella formazione del consenso, sia l'incongruenza del dolo con le esigenze del consenso, si possono ammettere come ottime ragioni per aver stabilito una norma come quella del canone 1098. Va quindi tenuto conto che la sanzione di nullità di detto canone è opera della legge

<sup>11</sup> Cfr. F. AZNAR-GIL, *La retroactividad...*, cit., p. 446.

umana, non trattandosi – se non sotto qualche aspetto – della codificazione di un principio che per diritto naturale rende nullo il consenso». <sup>12</sup>

Insomma, la domanda sull'origine di questo canone nel diritto naturale o in quello positivo, e la questione sulla retroattività o meno del canone, restano una questione aperta, senza che ci sia una posizione ufficiale e vincolante della Chiesa, benché la giurisprudenza maggioritaria della Rota Romana affermi l'origine della norma nel diritto positivo.

#### 4. *Gli elementi della fattispecie legale secondo la sentenza*

Nell'inizio della parte *in iure*, la sentenza indica con molta chiarezza quali sono gli elementi del dolo invalidante il consenso matrimoniale: a) l'*actio dolosa*; b) l'*error* nel nubente; c) la *gravitas* della qualità; d) la finalità dell'azione dolosa.

«a) L'*actio dolosa*, o macchinazione, che può essere positiva o negativa, operata dal contraente o da una terza persona. Tale macchinazione deve riguardare la persona dell'altro contraente (se il suo autore è uno dei contraenti) o la persona di uno dei contraenti (se l'autore è una terza persona)». <sup>13</sup> È chiaro che il dolo deve vertere su una qualità dell'altro contraente. Come vedremo più avanti, la ragione del dolo non è tanto quella di punire qualcuno per l'inganno perpetrato, ma proteggere il processo di formazione della volontà matrimoniale, tenendo conto dell'importanza che possono avere determinate qualità nel processo della scelta coniugale, il quale, per la sua stessa natura, si rivolge a una persona determinata ed è un processo nel quale vengono coinvolte le facoltà intellettive e volitive.

«b) L'*error* nel nubente, che è vittima dell'azione dolosa. È necessario che ci sia una relazione di causalità tra la macchinazione dolosa e l'errore o che almeno esista un nesso tra l'errore (spontaneo) e il dolo negativo: stando alla mente del can. 1098, non ha nessun effetto l'azione dolosa che non produca l'errore nel contraente, o l'errore che ha avuto la sua origine indipendentemente dal dolo ordito. L'errore, per essere rilevante, deve essere un errore "causam dans", essendo irrilevante l'errore concomitante e, a più ragione, la semplice ignoranza». <sup>14</sup> È quindi necessario che il nubente sia stato raggirato, cioè, che le macchinazioni e l'inganno causato da queste siano la causa o con-causa per cui si sia celebrato il matrimonio. L'errore che porta la persona a contrarre invalidamente il matrimonio deve essere quello che la dottrina e la giurisprudenza definiscono un errore *causam dans*. Infatti, quando si verifica l'ipotesi dell'intento doloso e tuttavia la persona non cade in errore o, esistendo l'errore, questo non è stato uno dei motivi che hanno portato

<sup>12</sup> Cfr. sentenza, n. 6.

<sup>13</sup> Cfr. *ibidem*, n. 4.

<sup>14</sup> Cfr. *ibidem*.

alla sua decisione di celebrare il matrimonio, non esistono gli estremi del dolo invalidante. Come ribadisce Bernárdez Cantón, il dolo «debe ser *causam dans*, o antecedente, por cuanto la persona es impelida a contraer debido al engaño que padece acerca de una cualidad, que de ser conocida le hubiera apartado del propósito matrimonial». <sup>15</sup> Al riguardo, conviene chiarire che talvolta nella giurisprudenza si utilizza il termine *error determinans* come sinonimo di *error causam dans*. <sup>16</sup> Ma purtroppo molti intendono l'espressione "determinans" nel senso che il falso giudizio proveniente da un tale errore debba costituire il motivo principale ovvero determinante delle nozze, senza il quale non si arriverebbe al matrimonio. Questo ci sembra esagerato, anche perché alla decisione possono contribuire tanti motivi, di segno pure opposto. Inoltre la decisione finale di dare il consenso matrimoniale non è una semplice somma aritmetica dei motivi.

«c) la *qualitas* che è stata oggetto della macchinazione e dell'errore deve essere una qualità che "suapte natura consortium vitae conjugalis graviter perturbare potest". Non ha nessuna rilevanza se questa qualità viene intesa come difetto di qualche bene necessario o come esistenza di qualche qualità che si intende come negativa. Quello che è determinante è che si tratti di una qualità necessaria (se è positiva) o che va completamente evitata (se è negativa) sempre riguardo alla sua importanza per la vita matrimoniale. In questo senso, la valutazione della gravità della qualità va fatta secondo un criterio oggettivo, essendoci due requisiti: che l'effetto dipenda sostanzialmente da una determinata qualità e che tale effetto sia possibile, vale a dire, non si richiede che di fatto si dia». <sup>17</sup> A nostro avviso, quando i giudici mettono in relazione la qualità con la vita matrimoniale, in qualche modo ammettono che il termine *consortium* utilizzato dal Legislatore non va interpretato come vincolo matrimoniale o essenza del matrimonio ma come vita matrimoniale, ma su questo punto torneremo nella seguente epigrafe. La perturbazione del consorzio coniugale – dice la norma – deve essere grave. Questa gravità non si deve confondere con le comuni, e talvolta gravi, difficoltà che non hanno la loro origine nel dolo, bensì in determinate circostanze di tipo sociale, culturale, economico, ecc. La gravità della qualità, a nostro avviso, non è un criterio *aprioristico* che serve allo scopo di escludere casi di dolo per considerare che oggettivamente la qualità su cui ricade l'errore non sia importante, tenendo conto degli elementi essenziali del patto coniugale. Devono considerarsi le circostanze del caso concreto, il che non vuole dire cadere nel mero soggettivismo, ma piuttosto prudenza del diritto.

<sup>15</sup> A. BERNÁRDEZ CANTÓN, *Compendio de Derecho Matrimonial...*, cit., p. 152.

<sup>16</sup> Va detto comunque che molti giudici riservano invece l'espressione "error determinans" a quanto previsto dal can. 1099.

<sup>17</sup> Cfr. sentenza, n. 4.

to, virtù fondamentale del giusto giudice, il quale non può non tener conto della realtà e delle circostanze del caso concreto.

Perciò, nel valutare se l'inganno verte su una qualità grave si considera di grande importanza la reazione del coniuge ingannato nel momento in cui scopre le macchinazioni di cui sia stato vittima. Va comunque ricordato che uno degli elementi che più discussioni hanno creato nella dottrina è proprio questo della determinazione della gravità della qualità oggetto del dolo e il suo riferimento al *consortium*, perché dal significato che si dia al termine dipenderà la comprensione stessa delle ragioni per cui il dolo può rendere nullo il matrimonio.

«d) la *finalità* dell'azione dolosa, indicata dal Legislatore con le parole "ad obtinendum consensum". Questo ultimo requisito è la "crux interpretum", principalmente nell'ambito giudiziale della prova, ma anche nell'ordine sostantivo. Uno degli aspetti più complicati della prova è quello dell'intenzionalità dell'azione dolosa, che non viene determinata semplicemente dalla qualità oggetto del dolo, né la sua qualificazione si desume dalla stessa macchinazione, ma appartiene all'ambito dell'intenzionalità dell'agente, cioè, dell'autore della macchinazione dolosa. Nel valutare l'intenzionalità dell'agente, potrà essere molto utile al giudice analizzare fino a che punto nel caso concreto esisteva un obbligo morale di rivelare l'esistenza di una qualità che per la sua natura poteva perturbare gravemente il consorzio di vita coniugale». <sup>18</sup> In altre parole, il Legislatore esige che il dolo sia *diretto*. Questo elemento fa riferimento al *motivo* dell'azione dolosa, che deve mirare ad ottenere il consenso dell'altro.

##### 5. La gravità della qualità e la sua relazione con il "*consortium vitae coniugalis*"

Benché in un primo approccio alla lettera del canone possa sembrare chiara la individuazione della fattispecie del dolo per quanto riguarda la gravità della qualità, la determinazione di essa da parte del giudice nel caso concreto diventa un compito assai difficile. Il canone stabilisce «circa aliquam alterius partis qualitatem, quae suapte natura consortium vitae coniugalis graviter perturbare potest». È molto importante stabilire correttamente il senso dei termini utilizzati dal Legislatore.

Le difficoltà per determinare il contenuto più profondo dell'espressione utilizzata dal legislatore si palesano nell'evoluzione del pensiero di Viladrich riguardo a questo punto. In un suo commento al can. 1098, subito dopo la promulgazione del Codice, diceva: «con questa formula il Legislatore lascia intendere che la qualità deve essere *oggettivamente grave*, e guarda al *consortium vitae coniugalis* come all'oggettivo punto di riferimento della gravità del-

<sup>18</sup> Cfr. *ibidem*.

la qualità, trattandosi di qualità che sono connesse con l'essenza, le proprietà ed i fini del matrimonio, essendo invece irrilevanti quelle qualità soggettive, non riconducibili in modo oggettivo al consorzio coniugale e, in tal senso, meramente arbitrarie o grossolane». <sup>19</sup> In un suo commento più recente, invece, allarga il concetto di gravità, quando distingue tra le qualità che riguardano il consorzio inteso come essenza del matrimonio e quelle che riguardano il concreto progetto coniugale dei contraenti: «Quando la qualità errata, per dolo, riguarda direttamente le esigenze dell'essenza, delle proprietà o dei fini istituzionali del matrimonio, la qualità ha *ipso iure* connessione con la grave perturbazione del consorzio di vita coniugale e l'inganno sulla stessa (ad esempio, il dolo positivo o negativo su una condotta abitualmente licenziosa in tema di fedeltà) contiene la presunzione violenta della intenzionalità del dolo ad ottenere il consenso. Diversamente, quando si tratta di errore doloso su qualità in relazione al progetto soggettivo di vita matrimoniale, allora detta qualità deve avere natura di causa motiva della scelta dell'altra persona come coniuge, oltre a perturbare gravemente la convivenza coniugale. Infatti, l'errore, benché sia indotto dolosamente (dolo incidentale), circa una qualità dell'altro contraente che non ha avuto la minima influenza nella sua scelta come coniuge, perché è una qualità non valutata, e nemmeno considerata nel detto processo di scelta, non può per questo intaccare l'oggetto del consenso, visto che il contraente lo avrebbe prestato ugualmente anche sapendo che era falso. Per questa ragione si deve applicare a questo tipo di qualità motiva la tecnica dell'errore *causam dans* nella sua accezione negativa, ossia, quella supposta qualità che, se conosciuta in tempo la verità, avrebbe fatto in modo che il contraente non desiderasse sposarsi. La prova del carattere motivante e influente della qualità dovrà essere dimostrata mettendo in rilievo la sua presenza ed influenza nel processo biografico di scelta del coniuge». <sup>20</sup>

Indubbiamente, vi è in questo secondo commento uno spostamento nella comprensione del significato del termine *consortium* dall'essenza del matrimonio al *consortium* inteso non come definizione del matrimonio *in facto esse*, cioè il vincolo con i suoi elementi e proprietà essenziali, ma come descrizione del concreto progetto di vita coniugale. E questo spostamento, a nostro avviso, ha delle conseguenze anche sulla comprensione delle ragioni per le quali il dolo renderebbe nullo il consenso matrimoniale.

Questo è, a nostro parere, un punto cruciale, assai complesso, perché anzitutto conviene domandarsi che cosa sia il “*consortium vitae coniugalis*”.

<sup>19</sup> P. J. VILADRICH, *Commento al canone 1098 del CIC*, in *Codice di Diritto Canonico*, Edizione commentata a carico dell'Istituto Martín de Azpilcueta, Pamplona 1984. Citato dall'edizione italiana a cura di J. I. ARRIETA, Roma 2004, p. 731.

<sup>20</sup> P. J. VILADRICH, *Il consenso matrimoniale*, cit., pp. 224-225.

Hervada, in un suo commento al canone 1055 § 1, dice che questa espressione «descrive la società coniugale che nasce dal patto»,<sup>21</sup> mettendola in relazione con *Gaudium et spes*, n. 48, cioè, con la “*communitas vitae et amoris*” trattandosi dunque non di una definizione essenziale ma di una descrizione della sua realizzazione vitale. Questo modo di spiegare il termine *consortium* rispecchia il pensiero esposto da Hervada in diverse occasioni.<sup>22</sup> Invece, Viladrich – almeno nel primo commento che abbiamo citato – considerava che il *consortium* allude all’essenza e alle proprietà e fini essenziali. Ciononostante, nel suo successivo e più sviluppato commento, ribadendo in un primo momento questa nozione di *consortium* collegata all’essenza, allarga la nozione di gravità della qualità ammettendo anche quelle qualità che, malgrado non siano direttamente collegate all’essenza del matrimonio, riguarderebbero «il progetto soggettivo di vita matrimoniale». Senza dirlo, a nostro avviso, cambia il suo concetto di *consortium*, avvicinandosi alla nozione di Hervada che abbiamo poc’anzi citato, vale a dire, *consortium* inteso non come essenza del matrimonio ma come descrizione della comunità di vita e di amore che sorge dal vincolo fondato mediante il consenso.

L’espressione “*consortium vitae coniugalis*” del canone 1098, a nostro parere, riguarda chiaramente le qualità che possono perturbare gravemente il *consortium*, ma inteso nel senso indicato da Hervada e da Viladrich nel suo secondo commento, e la gravità concerne direttamente le perturbazioni potenziali di questo *consortium*.

Coerentemente con questa interpretazione, il “*suapte natura*” lo vediamo in relazione a tale perturbazione della vita coniugale, ma la perturbazione potenziale deve essere oggettivamente valutata in funzione delle caratteristiche concrete di quei coniugi e della loro storia matrimoniale, il che è necessariamente opera della *prudencia iuris*. Va quindi chiarito che il dolo riguarda qualità concernenti la vita coniugale concreta, e che la determinazione di queste qualità esige una vera determinazione giurisprudenziale alla luce della norma emanata dal Legislatore.

È comunque chiaro che non si può fare un elenco chiuso delle qualità sulle quali l’errore causato dall’azione dolosa renderebbe nullo il matrimonio. Vi è almeno un caso evidente perché stabilito dallo stesso Legislatore, che è il dolo sulla sterilità di uno dei contraenti, ipotesi prevista dal canone 1084 §3 riguardante l’impotenza.<sup>23</sup>

Tenuto conto del significato del termine *consortium* del canone 1098, riteniamo che, comunque sia vero che il dolo deve essere grave e deve far riferimento a una qualità grave, non possiamo dire che soltanto il dolo su *de-*

<sup>21</sup> J. HERVADA, *Commento al canone 1055 del CIC*, «Codice di Diritto Canonico», cit., p. 695.

<sup>22</sup> Cfr., ad esempio, J. HERVADA, *Studi sull’essenza del matrimonio*, Milano 2000, pp. 260-264.

<sup>23</sup> Cfr. J. FORNÉS, *Derecho Matrimonial...*, cit., pp. 136-137.

*terminate* qualità già stabilite renderebbe nullo il consenso matrimoniale. Vi sono delle qualità che, benché in sé stesse e considerate in astratto potrebbero non perturbare gravemente qualsiasi comunità di vita coniugale, nel caso concreto, come abbiamo già detto, per la gravità dell'inganno e delle macchinazioni, per il loro contrasto con il concreto progetto matrimoniale, feriscono così gravemente il processo di formazione della volontà di donarsi coniugalmente a una determinata persona, che giustificano pienamente la determinazione di una sanzione di nullità come quella del canone 1098.

E questo ci porta ad alcune considerazioni finali sulla natura della norma sul dolo molto legate alla nozione di *consortium*. Sono soltanto alcune linee interpretative della fattispecie del dolo – che potremmo qualificare come ipotesi di lavoro – che sono comparse dopo la lettura della sentenza in oggetto e, in buona parte, grazie a un proficuo interscambio di idee con diversi colleghi di lavoro.

In primo luogo, fra le due tesi – se il dolo sia una norma di diritto naturale o di diritto positivo – finalmente propendiamo per la seconda. Dopo aver intravisto il problema del significato dell'espressione *consortium* utilizzata nel canone 1098, ci pare che affermare *tout court* che il dolo rende nullo il matrimonio per diritto naturale comporterebbe il rischio di richiedere nell'essenza del patto coniugale una sincerità che è certamente ideale ma che spesso non si verifica per i limiti della condizione umana. A questo si potrebbe obiettare che, se nel caso specifico, il dolo ha riguardato non il concreto progetto di vita matrimoniale – il *consortium* così come inteso dalla norma – ma una qualità direttamente riguardante l'essenza o le proprietà essenziali del matrimonio, si potrebbe ipotizzare una nullità del matrimonio fondata nel diritto naturale. Comunque sia, come abbiamo più volte detto lungo questo commento, riteniamo che il tema sia ancora da approfondire. Senz'altro in questa ipotesi non entrerebbero quei casi nei quali il dolo è stato solo la causa indiretta della nullità, come ben ricorda la sentenza, e di fatto in molti casi in cui vi è stato un inganno che riguarda qualcosa dell'essenza del matrimonio, la causa potrebbe avere come motivo diretto della nullità non il dolo, ma un'altra fattispecie, come, ad esempio, la simulazione, o una condizione contro la sostanza del matrimonio che inoltre è stata nascosta dolosamente.

Seguendo questa via interpretativa, secondo la quale in linea di principio il dolo è una figura di diritto positivo, si capisce che esso possa e debba essere determinato dal Legislatore e successivamente dalla giurisprudenza, cercando di far servire la norma ai fini che le sono propri, vale a dire, evitare matrimoni in cui, nonostante ci sia un consenso che poteva essere naturalmente valido, esso rimanga patologicamente formato con una tale gravità da compromettere la minima reciproca fiducia, una volta scoperto

l'inganno, potendo in questo modo intaccare gravemente il consorzio di vita coniugale.

Inoltre, ci sembra che nelle cause sul dolo il richiamo al caso concreto sia decisivo. Ma, come ben avverte la sentenza, senza cadere nei pericoli del soggettivismo, che ci porterebbe al rischio di ammettere come casi di dolo situazioni molto comuni nelle quali le persone quasi sempre considerano *a posteriori* che sono state ingannate. In questo senso, riteniamo che i criteri elaborati da Viladrich nel suo commento più recente<sup>24</sup> siano molto utili come guida per determinare la gravità della qualità. È per questo che consideriamo che i giudici dovranno valutare la relazione tra la qualità sulla quale si è subito l'inganno e le esigenze essenziali del matrimonio, nonché quelle qualità che riguardano il "progetto soggettivo" che è stato "causa motiva" del matrimonio, e questo non è soggettivismo.

In fin dei conti, a nostro avviso, il giudice deve far riferimento alla specifica e determinata comunità di vita coniugale, cioè, all'importanza che la qualità oggetto del dolo ebbe nell'origine e sviluppo della volontà matrimoniale del caso concreto. Ne deriva l'importanza dell'analisi della reazione del coniuge aggirato al momento di venire a conoscenza delle macchinazioni di cui fu destinatario, allo scopo di stabilire la rilevanza o meno del dolo: il classico *criterium reactionis* applicato dalla giurisprudenza nella prova della condizione. Ciò non significa che l'esistenza di problemi nella vita matrimoniale sia determinante per la rilevanza del dolo – il che significherebbe una possibile rottura del principio dell'indissolubilità del matrimonio –, benché l'esistenza di questi problemi possa avere un importante valore di prova sulla gravità della qualità nel caso concreto, soprattutto se si dimostra che questi problemi hanno la loro origine nel dolo subito. Proprio perciò, il Legislatore precisò con tanta cura i termini della norma, affermando che la qualità *può perturbare* e non che di fatto perturbi, il che significherebbe dedurre la rilevanza del dolo dalla successiva vita matrimoniale, con la conseguente confusione della classica distinzione tra il consenso matrimoniale (*matrimonium in fieri*), il vincolo coniugale (*matrimonium in facto esse*), e la vita matrimoniale come realtà vissuta.<sup>25</sup>

<sup>24</sup> Cfr. P. J. VILADRICH, *Il consenso matrimoniale*, cit., pp. 224-225.

<sup>25</sup> È un pericolo che vide con chiarezza FORNÉS, il quale ribadisce: «Establecer el nexo de causalidad entre la cualidad y tales perturbaciones se hace, en la práctica, muy difícil. Con lo cual puede existir el peligro de otorgar relevancia a cualquier cualidad, si el matrimonio – o mejor, la vida matrimonial – se desarrolla con dificultades. Los cónyuges, en efecto, podrían tender inconscientemente – e incluso de buena fe – a atribuir la causa de las calamidades a un dolo inicial y no a las posteriores deficiencias personales en el modo de comportarse entre sí. En estas condiciones, es claro que "la causa de nulidad" podría convertirse, sutilmente, en causa de "divorcio pleno", con la consiguiente lesión del principio de indisolubilidad». (J. FORNÉS, *Derecho Matrimonial...*, cit., p. 138).

Finalmente, riteniamo talmente fondamentale il cosiddetto *criterium reactionis* che, in mancanza di esso al momento di scoprire l'inganno, soprattutto nel caso di qualità che non riguardano l'essenza del matrimonio, ma potrebbero riguardare il concreto progetto di vita coniugale, sarebbe un'esigenza di giustizia naturale affermare la validità del matrimonio se vi fosse stata una conoscenza "pacifica" della qualità – o della mancanza di essa – da parte del *deceptus*, la quale dimostrerebbe come nel singolo caso la qualità oggetto del dolo non era una qualità che potesse perturbare quel concreto consorzio di vita coniugale. Anzi, riteniamo che riguardo ai matrimoni nulli per dolo, sia o meno la qualità oggetto dell'inganno rapportabile ad aspetti essenziali del matrimonio, sarebbe bene, come proposta *de iure condendo*, che la legge prevedesse, in mancanza del *criterium reactionis* una volta conosciuto l'inganno, la convalidazione automatica del matrimonio.

#### 6. La soluzione del caso

Il caso arrivò al Tribunale della Rota Romana dopo una prima sentenza affermativa e una seconda negativa. Tra le difficoltà di questa causa, i giudici indicano le forti contraddizioni tra le dichiarazioni delle parti e la non facile determinazione della credibilità di esse.

Dato che il matrimonio fu celebrato dopo l'entrata in vigore del Codice del 1983, non si è posto il problema dell'irretroattività della norma.

Tenendo conto degli elementi della fattispecie del dolo precedentemente citati, presenteremo in che modo i giudici abbiano analizzato con molta precisione se *in casu* vi erano tutti i requisiti del dolo invalidante il consenso matrimoniale, soffermandoci soprattutto sulla prova dell'azione dolosa e sulla natura delle qualità oggetto del dolo, come fa la sentenza.

##### a) La prova dell'*actio dolosa*

L'*actio dolosa*, sostengono i giudici, non è stata dimostrata. La parte attrice afferma che il marito aveva nascosto il fatto che c'erano due figli da una precedente unione e al riguardo vi è un'apparente confessione scritta dal marito, ma nell'istruttoria viene fuori che benché esista questa dichiarazione da lui sottoscritta, egli – polacco che non capiva bene il tedesco – firmò quel documento in tedesco senza prestare attenzione al contenuto, perché la moglie voleva divorziare. Successivamente, nell'apprendere quanto si diceva, fece correggere questa sua dichiarazione, sostenendo che sua moglie conosceva il fatto dei due figli nati in precedenza. Lei invece, nega, ed è molto difficile capire chi dice la verità. L'unico testimone diretto degli eventi che afferma chiaramente che la madre non sapeva di questi due figli, è la figlia di lei, ma va tenuto conto che al momento del matrimonio aveva solo 8

anni. Lo stesso si potrebbe dire sull'altra presunta qualità oggetto del dolo: la dichiarazione formale di aver abbandonato la Chiesa che l'attore realizzò nel 1974 e della quale la donna non ebbe notizia se non dopo il matrimonio. Sostengono i giudici che neanche le testimonianze fanno molta luce su chi dice la verità.

#### b) La gravità delle qualità

Lasciando quindi in sospeso questo punto, i giudici entrano in un altro elemento della fattispecie del dolo invalidante: si poteva affermare che le qualità sulle quali presuntamente la donna era stata ingannata per ottenere il suo consenso potevano «suapte natura» perturbare gravemente il consorzio di vita coniugale?

Sulla prima qualità, vale a dire, il fatto che il marito avesse due figli da una precedente unione, a nostro avviso, i giudici fanno un'analisi molto realistica e conforme alla verità dei fatti. Non c'è dubbio che nascondere il fatto di essere padre di due figli potrebbe essere una qualità che può perturbare gravemente il consorzio coniugale, ma riteniamo che nel caso concreto non sia così: al momento del matrimonio quei due figli erano maggiorenni e si erano pienamente inseriti nella famiglia che successivamente aveva creato la loro madre. Non vi erano degli obblighi economici nei loro confronti e persino il convenuto afferma che benché ogni tanto li vedesse, intendeva di non interferire nella vita dei figli e della coppia che faceva loro pienamente da genitori. L'attrice, da parte sua, sostiene che essendo lui il padre avrebbe avuto sempre degli obblighi morali nei loro confronti, ma questa è più una sua considerazione soggettiva che una manifestazione della realtà delle cose. Si può capire che in lei ci fosse dispiacere se ciò fosse stato nascosto (cosa che non è dimostrata con certezza), ma dall'analisi dei fatti concreti i giudici sono arrivati alla conclusione che questa qualità non è una qualità che per sua natura può perturbare gravemente il consorzio coniugale.<sup>26</sup>

Riguardo alla seconda qualità, cioè che l'uomo avesse abbandonato la Chiesa mediante atto formale il 29 aprile 1974, sostengono i giudici che ci sono delle difficoltà per ammettere che questa sia una qualità che possa rientrare nella fattispecie del can 1098.

Affermano i giudici che «il fatto formale dell'uscita dalla Chiesa cattolica consta dall'attestato del parroco ed è pacificamente ammesso dal convenuto. Ma analizzando attentamente le ragioni di questa uscita dalla Chiesa, ci si rende conto che si tratta di una finzione o di una simulata uscita dalla Chiesa allo scopo di non dover pagare la cosiddetta "Kirchensteuer", stabilita in Germania. Comunque sia da censurare questo atto, senza dubbio non si tratta,

<sup>26</sup> Cfr. sentenza, n. 14.

in questo caso, di una qualità che per sua natura può perturbare gravemente il consorzio di vita coniugale». <sup>27</sup>

Continuano i giudici: «La stessa attrice parla della cura posta dal marito per la celebrazione del matrimonio canonico e dichiara: “Ambedue abbiamo ricevuto la comunione. Ero convinta del fatto che lui vivesse la sua fede cattolica” il che evidentemente doveva avere il suo fondamento nei comportamenti dell’uomo, specialmente se il convenuto, come dice l’attrice, “Andava con me in chiesa, dove volevo”. Se pertanto l’attrice ebbe la fondata convinzione che il marito viveva nella fede, allora cade la difficoltà indicata dall’attrice circa l’importanza dell’uscita del marito dalla Chiesa cattolica: “Un matrimonio cristianamente vissuto non sarebbe stato per me possibile, se avessi saputo che il mio partner era uscito consapevolmente dalla Chiesa”». <sup>28</sup>

Alla luce di quanto abbiamo evidenziato, i giudici hanno ritenuto che non era necessario entrare nell’analisi degli altri elementi della fattispecie del dolo.

In seguito, fanno una considerazione molto interessante che, in qualche modo, rispecchia la comprensione della fattispecie del dolo invalidante che i giudici hanno presentato nella parte *in iure*.

Oltre al problema della determinazione della vera causa del fallimento di questo matrimonio, dato che ci sono delle versioni contrastanti tra le parti, i giudici hanno considerato opportuno richiamare l’attenzione su alcune peculiarità riguardanti l’interpretazione del dolo da parte dell’attrice le quali, a nostro avviso, hanno molto a che vedere con l’oggettività o soggettività della gravità del dolo.

Dice la sentenza: «Lei indica, è vero, l’oggetto dell’inganno doloso, come già abbiamo detto sopra, ma sembra che per lei molto di più che l’oggetto dell’inganno, o le qualità dell’uomo, più peso ha lo stesso inganno e questo nel contesto della propria esperienza di vita, per quello che riguarda i figli, o in quanto ferita alla fiducia verso il marito: “Ho avuto in lui molta fiducia perché sapevo che lui era cattolico e perché ritenevo che lui aveva la stessa mia posizione. Se l’avessi saputo che lui non era cattolico, allora sarei stata molto più attenta a dargli fiducia”. In poche parole, se stiamo alle dichiarazioni dell’attrice, l’offesa al suo animo, veramente generica, la sua reazione negativa soggettiva fu il problema maggiore, in questo caso non risolto perché, afferma l’attrice: “A quel punto non lo [il Convenuto] potevo più accettare”». <sup>29</sup>

A questi fatti, i giudici affermano che non vi sono dubbi che una tale reazione della donna è segno di un inganno doloso (*criterium reactionis*). Ma sostengono che bisogna tener conto che la forte percezione di essere stata

<sup>27</sup> Cfr. *ibidem*, n. 15.

<sup>28</sup> Cfr. *ibidem*.

<sup>29</sup> Cfr. *ibidem*, n. 16.

ingannata, la quale porta persino al fallimento dell'unione matrimoniale, non è sufficiente di per sé per affermare che ci sono tutti gli elementi necessari perché si possa affermare che il matrimonio era nullo a causa del dolo. In particolare, ritengono che se si ammettesse anche l'applicabilità della valutazione soggettiva della qualità oggetto del dolo e dell'errore da esso causato, si tratterebbe sempre della considerazione di una qualità dell'altro contraente (cioè di una realtà oggettiva), la cui valutazione non si può confondere con l'effetto soggettivo della scoperta dell'inganno, se la ragione di tale reazione dipende piuttosto dalla realtà personale soggettiva che dalla qualità oggettiva dell'altro.<sup>30</sup> In questo senso, la sentenza mette dei limiti all'interpretazione soggettiva della qualità, evitando un allargamento tale di essa che alla fine l'elemento determinante non sarebbe la qualità in sé stessa considerata, e neanche la considerazione della gravità della qualità nel concreto progetto matrimoniale, ma semplicemente il modo in cui il contraente ha reagito per il solo fatto di sentirsi ingannato. Se la ragione per cui il dolo rende nullo il consenso matrimoniale fosse il venir meno della fiducia posta nell'altro contraente, come sarebbe possibile stabilire qual è la fiducia necessaria perché si possa parlare di vero consenso matrimoniale? Come si potrebbe distinguere tra gli inganni non gravi – tanto frequenti nel processo di formazione della volontà matrimoniale – e il dolo che rende nullo il consenso?

Come si può vedere, uno degli elementi principali per determinare le qualità che per loro natura possono perturbare gravemente il consorzio di vita coniugale è proprio quello della nozione di *consortium* a cui facevamo riferimento in precedenza. Per questo motivo, come abbiamo già detto, riteniamo che una risposta definitiva al perché dell'effetto invalidante del dolo e alla portata della norma – che non ci azzardiamo a dare in questa sede, benché qualche ipotesi presenteremo nel concludere questo commento – sarà possibile soltanto tramite l'approfondimento della nozione di *consortium* nonché la comprensione della relazione tra l'azione dolosa e la costituzione di questo consorzio coniugale mediante il consenso matrimoniale.

Comunque sia, i giudici, tenendo conto di quanto abbiamo evidenziato sui dubbi riguardo all'effettiva azione dolosa da parte del convenuto, ma considerando anche la natura delle qualità alle quali si fa riferimento nella causa, decisero che non constava la nullità del matrimonio in questo caso.

Alla luce di quanto abbiamo detto analizzando la sentenza c. Erlebach, dinanzi a una delle questioni più controverse riguardanti il canone sul dolo, che è la determinazione del fondamento di questa norma, cioè, se essa sia una dichiarazione del diritto naturale o una determinazione di diritto

<sup>30</sup> Cfr. *ibidem*.

positivo fatta dal Legislatore, tenuto conto delle esigenze del processo di formazione del consenso matrimoniale, consideriamo che la tesi del diritto naturale può essere rischiosa proprio perché può portare a confondere l'essenza del matrimonio con la vita matrimoniale; invece, l'affermazione che il canone 1098 è una determinazione di diritto positivo, la quale esige anche delle vere determinazioni e specificazioni frutto del lavoro di *prudentia iuris* proprio della giurisprudenza, particolarmente di quella rotale, potrà aiutare a costruire una *determinazione prudenziale* delle caratteristiche della qualità che per sua natura può perturbare gravemente, nel caso concreto, il consorzio di vita coniugale.

HÉCTOR FRANCESCHI F.

TRIBUNALE DELLA ROTA ROMANA - Reg. *Insubris seu Mediolanen* - Nullità del matrimonio - Simulazione parziale - Esclusione del *bonum fidei* - Sentenza definitiva - 22 giugno 2006 - Caberletti, Ponente\*

**Matrimonio - Consenso – Simulazione – Esclusione del *bonum fidei*. La proprietà essenziale dell'unità. Unità ed *esclusività*. Inseparabilità tra unità e fedeltà coniugale. Valenza giuridica della fedeltà coniugale.**

**Matrimonio - Consenso – Simulazione parziale. Atto positivo di volontà. Irrilevanza delle previsioni, convinzioni e predisposizioni all'infedeltà se non si concretizzano in un atto positivo della volontà, in modo esplicito o implicito. Ridimensionamento della distinzione tra esclusione del diritto ed esclusione dell'esercizio del diritto.**

**Matrimonio - Prova dell'esclusione. Forza probatoria delle dichiarazioni delle parti. Veridicità e credibilità delle parti. Ricorso ai testi di credibilità.**

**L**A più recente giurisprudenza include tra il contenuto del *bonum fidei* – come uno degli “*matrimonii essenziale aliquod elementum, vel essentialem aliquam proprietatem*” di cui al can. 1101 § 2 – il dovere di custodire la reciproca fedeltà coniugale. Una sempre più approfondita comprensione della natura della donazione coniugale ha portato a sottolineare l'unicità ed esclusività della donazione della persona, la cui mascolinità e femminilità non ammette una condivisione con persone diverse dell'altro coniuge. Di conseguenza, la fedeltà coniugale ha una precisa valenza giuridica, poiché tra gli sposi “*foedus matrimoniale servandum est*”: tutti gli impegni del patto coniugale s'instaurano a titolo di diritto-dovere e, in quanto tali, contengono un'esigenza radicale di natura giuridica: quella di dover essere adempiuti esclusivamente fra i coniugi, in modo leale e fedele.

Il canone 1101 esige che l'esclusione ha forza invalidante solo se avviene con un atto positivo di volontà, rivolto al proprio matrimonio che si sta per celebrare, non essendo sufficienti né la volontà abituale né quella interpretativa né la “*forma mentis*” che non incide positivamente sulla volontà: “*ad exclusionem perficiendam non sufficere voluntatis inertiam aut velleitates atque simplices praevisiones ac dubia, quae solummodo in intellectu manent et firmitate omnino carent (...); positivitas ideoque potius*

\* Vedi, alla fine della sentenza, nota di M. Á. ORTIZ, *La valutazione delle dichiarazioni delle parti e della loro credibilità*.

*ad voluntatem ostendendam pertinere videtur, ita ut actus voluntatis inaequivocalis pateat, quia nubens quid cathogorice vult*" (n. 3).

Tale atto positivo di volontà può essere formulato in modo esplicito o implicito, il che avviene quando l'oggetto del consenso ha un contenuto in cui viene escluso positivamente il matrimonio o una proprietà o elemento essenziale di esso: "a nupturiente qui intendit uti obiectum suis ipsius voluntatis consuetudinem prorsus liberam quoad futuras intimitates cum aliis intexendas" (n. 4).

La distinzione tra *ius ed exercitium iuris*, spesso invocata nei casi di esclusione del *bonum fidei* e del *bonum prolis*, andrebbe ridimensionata poiché non è facile capire in che modo si possa affermare che viene assunto il dovere della fedeltà se con lo stesso atto di volontà si esclude l'adempimento dell'obbligo che sarebbe stato assunto: chi non intende adempiere già nel momento di costituire il vincolo, in realtà neanche intende assumere le esigenze intrinseche del matrimonio.

La distinzione accennata tra *ius ed exercitium iuris* è senz'altro utile nel campo della prova, poiché difficilmente può ritenere di aver escluso un bene chi di fatto ha adempiuto pacificamente i doveri che da tale bene ne scaturiscono. Allo stesso tempo, non ogni inadempienza dell'obbligo implica la necessaria esclusione iniziale, poiché l'atto positivo di volontà simulatoria non si presume. Né un generico proposito di adulterare "si casus ferat" né la previsione di future infedeltà né il solo fatto che ci siano state di fatto delle infedeltà, pur essendo degli argomenti che potrebbero essere invocati a sostegno dell'avvenuta esclusione, sono sufficienti. La sola prova delle inadempienze non basta a ritenere nullo il matrimonio: "Ad probandam exclusionem boni fidei non sufficit elenchum praebere infidelitatum, quae ante et post matrimonium consummatae sunt, sed probetur oportet contrahentem sibi ius adulterandi reservavisse neque comparti tradidisse ius d fidem" (n. 6).

Per quanto riguarda la prova, l'esistenza dell'atto positivo di esclusione deve essere dichiarata dal presunto simulante, sia in giudizio sia fuori dal giudizio, "tempore non suspecto", e riportata in giudizio da testimoni degni di fede. Inoltre, l'affermata esclusione dev'essere spiegabile dalla presenza di una causa simulandi grave (le dissolute abitudini, una mentalità edonista, una mancanza di maturità affettiva...) che riesca a superare la pur presente causa nubendi; le circostanze infine – e concretamente la prova di una prassi adulterina sia prima che dopo il matrimonio – devono corroborare l'affermazione del presunto simulante.

Quanto affermato dalle parti dev'essere vagliato dal giudice insieme al resto degli elementi di prova presenti nell'istruttoria. Ma le dichiarazioni delle parti "vis plinae probationis ipsis tribui nequit, nisi alia accedant elementa quae eas omnino corroborent" (can. 1536 § 2). Se il tribunale non riesce a raggiungere la necessaria certezza, e in modo particolare se – com'è il caso della presente sentenza – le dichiarazioni delle parti sono contrastanti tra di esse o con l'insieme della prova, il giudice si servirà, si fieri potest, di testi sulla credibilità delle parti stesse, oltre ad altri indizi ed amminicoli.

(*Omissis*). SPECIES FACTI. 1. Caius, die 15 februarii 1942 in oppido nuncupato “(omissis)” natus, et Gaia, die 5 aprilis 1944 Mediolani orta, post brevem consuetudinem sponsaliciam, tantum per sex menses ductam, die 9 septembris 1968 in ecclesia NN. sacra, intra fines municipii v. d. “(omissis)” nuptias canonicas celebraverunt.

Eorum unio die 15 februarii 1970 ab ortu filiolarum, cuius nomen est N., laetata est.

Ruina matrimonii a viri fidei iugalis crebris proditiionibus suscitata est.

Die 15 iunii 1976 separationem mutuo consensu partes sanxerunt (cf. Summ. 8), quae die iulii 1976 a iudice Civitatis rata habita est (cf. Summ. 9), et tandem die 15 iulii 1982 sententia divortii lata est (cf. Summ. 12).

Pluribus anni a separatione elapsis, die 17 octobris 1998, consilio a quodam iudice Tribunalis Ecclesiastici Insubris recepto, dominus Caius supplicem libellum porrexit, quo declarationem nullitatis sui matrimonii expostulabat “per esclusione del bene della fedeltà da parte dell’uomo” (Summ. 2).

Die 26 ianuarii 1999 dubium hac sub forma concordatum est, muliere conventa sese opponente: “se consti la nullità del presente matrimonio celebrato dalle parti il 9.9.1968... per esclusione della fedeltà da parte dell’uomo, ai sensi del can. 1101, § 2 CIC” (Summ. 14).

Actor bis a Tribunali auditus est; conventa suum vadimonium reddidit, ac quattuor testes excussi sunt, sese renuente uno teste ad comparandum in iudicio (cf. Summ. 27/18); die 30 martii 2000 sententia negativa in primo iudicii gradu lata est.

Vir appellavit et die 7 martii 2001 per suum Cl.mum Patronum appellationem prosecutus est.

Die 16 iunii 2001, muliere conventa adhuc contra causam pugnante, dubium hac sub formula statutum est: “Se la sentenza negativa di primo grado, emessa dal Tribunale Ecclesiastico Regionale Lombardo il 30.3.2000 sia da confermarsi o da riformarsi” (Summ. 48).

Actor rursus auditus est; novus testis excussus est et mulier cum qua vir consuetudinem more uxorio instauravit, suum vadimonium iterum praebuit.

Die 31 ianuarii 2003 prodiit sententia affirmativa, in secundo gradu lata.

Causa ad normam can. 1682, § 1 ad N. A. T. transmissa est et die 19 aprilis 2005 dubium hac sub forma statutum est: “An constet de matrimonii nullitate, in casu, ob exclusum bonum fidei a viro actore” (Summ. 78).

Quarta vice actor auditus est et etiam unus ex testibus, qui excussus erat iam in prima instantia, suam depositionem in nostro iudicii gradu attulit.

IN IURE. 2. Deus, matrimonii Conditor, a principio voluit coniugii unitatem, poligamiam prorsus excludens: “relinquet homo patrem suum et matrem,

et adhaerebit uxori suae, et erunt duo in carne una” (*Gn 2, 23*); una caro quidem etiam significat fidelitatem, ac proinde iam in Vetere Lege adulterium interdiciebatur: “Non moechaberis” (*Ex 20, 14*; cf. etiam *Lv 20, 10*; *Dt. 22, 22*); Christus Dominus apertius docuit: “Audistis quia dictum est antiquis: *Non moechaberis*. Ego autem dico vobis, quia omnis qui viderit mulierem ad concupiscendum eam, iam moechatus est eam in corde suo” (*Mt 5, 27-29*).

Unitas et fidelitas indivisibiles patent, quia vinculum iugale dicitur tantum si unus cum una exstat, et exclusivum proinde esse debet: “L’adulterio, al quale si riferisce direttamente il citato comandamento, significa l’infrazione dell’unità, mediante la quale l’uomo e la donna, soltanto come coniugi, possono unirsi così strettamente da essere «una sola carne» (*Gen 2, 24*) (Ioannes Paulus II, *Uomo e donna lo creò. Catechesi sull’amore umano*, 3 ed., Roma 1992, p. 118). Et Divus Paulus fundamentum anthropologicum et unitatis et fidelitatis in mutua potestate ostendit: «Mulier sui corporis potestatem non habet, sed vir. Similiter autem et vir sui corporis potestatem non habet, sed mulier. Nolite fraudare invicem» (*1 Cor. 7, 4*), et quidem haec doctrina hodie sub ratione recti personalismi a Magisterio Ecclesiae plane intellegitur: «Haec dilectio proprio matrimonii opere singulariter exprimitur et perficitur. Actus proinde, quibus coniuges intime et caste inter se uniuntur, honesti ac digni sunt et, modo vere humano exerciti, donationem mutuam significant et fovent, qua sese invicem laeto gratoque animo locupletant. Amor ille mutua fide ratur, et potissimum sacramento Christi sancitus, inter prospera et adversa corpore ac mente indissolubiliter fidelis est, et proinde ab omni adulterio et divortio alienus remanet. Aequali etiam dignitate personali cum mulieris tum viri agnoscenda in mutua atque plena dilectione, unitas matrimonii a Domino confirmata luculenter apparet» (*Gudium et spes*, 49).

Naturae dignitatis humanae et viri et mulieris tum poligamia tum adulterium repugnat, quia suipsius totalis traditio solummodo uni alterius sexus fieri potest ob ipsam naturam amoris coniugalis: “El vínculo conyugal es *único y exclusivo*: une a un solo varón con una sola mujer... Este vínculo es además *total*... Esta unidad y esta totalidad específicas del vínculo son fuente de la exclusividad y de la fidelidad entre los esposos... Habiendo una única persona en cada cuerpo modalizado masculina y femeninamente, la plenitud de la complementariedad sexual es exclusiva sólo entre dos personas, una masculina y otra femenina. De lo contrario, la persona masculina, que recibiría el don entero de la feminidad de varias personas femeninas, no podría darse *per entero* a ninguna de ellas, *ya que, en cuanto única persona de su masculinidad, ésta no es partible sin despersonalizar la masculinidad*. Así mismo, la persona femenina, que recibiría el don entero de la masculinidad de varias personas masculinas, *no podría donarse per entero y al mismo tiempo a ninguna de ellas porque, en cuanto feminidad personal, ésta no es partible ni repartible sim*

*despersonalizarse...* Es necesario advertir, para no emprobecer el ámbito real de la unidad conyugal, que la exclusión de la misma abarca también no sólo la exclusividad del vínculo (las modalidades de la voluntad poligámica y concubinataria), sino también la *exclusividad de los derechos y deberes esenciales del matrimonio*, cuyos contenidos son debidos también en forma exclusiva sólo entre los esposos. Éste es el sentido más profundo de la llamada *fidelidad conyugal*, que significa que, entre los esposos, *foedus matrimoniale servandum est*: todos los compromisos del pacto conyugal se instauran a título de derecho-deber y, como tales, contienen la exigencia (*ius radicale*) de naturaleza jurídica de ser leal y fielmente cumplidos en exclusiva entre lo consortes” (P.-J. Viladrich, *El consentimiento matrimonial*, Pamplona 1998, pp. 246-247, 249; tr. it. Milano 2001, pp. 388-390, 393).

Persona individua est (“naturae rationalis individua substantia”, Boethius, *De persona et duabus naturis Christi*, c. 3, P. L., t. 64, col. 1343 D), et proinde indivisibilis; et cum sessualitas humana prorsus personalis sit, ipsa expostulat unitatem necnon exclusivitatem in compage virilitatis aut foeminilitatis tradenda sub specie coniugalitatis: “visio personalistica matrimonii christiani urgebat ad superandum, in verbis quoque, reductivam conceptionem et periculum materialismi seu biologismi... Nova Codicis formulatio, iuxta quam coniuges mutuo consensu tradunt et accipiunt ius non tantum in partem suipsius (*corpus*) sed in totum quod constituit personam propriam (*sese*), certo certius visionem personalisticam confirmat” (G. Versaldi, *Via et ratio introducendi integram notionem christianam sexualitatis humanae in categorias canonicas*, in *Periodica*, 1986, vol. LXXV, p. 410)

Exclusivitas mutue servanda inter coniuges, unitate vinculi quidem expostulata, a divo Augustino bonum fidei vocatur: “In fide attenditur ne praeter vinculum coniugale cum altero vel altera concumbatur” (*De Gen. ad Litt.*, l. 9, c. 7, n. 12, P. L., t. 34, col. 39); “Ad fidem autem castitatis illud pertinet: uxor non habet potestatem corporis sui, sed vir; similiter et vir non habet potestatem corporis sui, sed mulier” (*De bono coniugali*, c. 24, P. L., t. 40, col. 394); “fidem quia nullum adulterium” (*De nuptiis et concupiscentia*, l. 1, c. 11, n. 13, P. L., t. 44, col. 421).

Et Pius XI, f.m, sub bono fidei sive unitatem coniugii sive fidelitatem coniugalem explicite circumscribit: “Alterum matrimonii bonum, quod diximus ab Augustino commemoratum, est bonum FIDEI, quae est mutua coniugum in contractu coniugali implenda fidelitas, ut quod ex hoc contractu divina lege sancito alteri coniugi unice debetur, id neque ei denegetur neque cuivis permittatur; neque ipsi coniugi concedatur quod, utpote divinis iuribus ac legibus contrarium et a fide coniugali maxime alienum, concedi numquam potest. Quapropter haec fides in primis postulat absolutam coniugii unitatem, quam in protoparentum matrimonio Creator praestituit,

cum illud noluerit esse nisi inter unum virum et mulierem unam” (Litterae encyclicae diei 31 decembris 1930 *Casti connubii*, «A.A.S.», vol. xxii, p. 546).

Fidelitas iugalis praeprimis ad iustitiam pertinet: “*fides*, per quam homo ad suam accedit et non ad aliam... «fides» non accipitur hic prout est virtus theologica, sed prout est pars iustitiae: secundum quod dicitur ex hoc quod «fiunt dicta» [Tullius, 4 *De Rep.* c. 7] in conservatione promissorum. Quia in matrimonio, cum sit quidam contractus, est quaedam promissio per quam talis vir tali mulieri determinatur” (S. Thomas, *Suppl.*, q. 49, a. 2 in corp. et ad 2), et Ecclesiae lex fidem iugalem in ordine iustitiae composuit: “Consensus matrimonialis est actus voluntatis quo utraque pars tradit et acceptat ius in corpus... exclusivum, in ordine ad actus per se aptos ad proles generationem” (can. 1081, § 2 Codicis pini-benedictini), “Ex valido matrimonio enascitur inter coniuges vinculum natura sua... exclusivum” (can. 1134 Codicis vigentis”.

Attamen progrediens Ecclesiae Summum Magisterium etiam ad ordinem amoris, quippe qui iustitiam condit ac roborat, mutuam coniugum fidelitatem retulit: “Haec autem, quae a Sancto Augustino aptissime appellatur *castitatis fides*, et faciliior et multo etiam iucundior ac nobilior efflorescet ex altero capite praestantissimo: ex coniugali scilicet amore... Firmata denique huius caritatis vinculo domestica societate, floreat in ea necesse est ille, qui ab Augustino vocatur *ordo amoris*” (Pius XI, Litt. Enc. *Casti connubii*, cit. pp. 547 et 549); «coniugalis amor et *fidelis* et *exclusorius* est, usque ad vitae extremum» (Paulus VI, Litterae encyclicae diei 25 iulii 1968 *Humanae vitae*, n. 9, «A.A.S.», vol. Lx, p. 486); “Amor ille mutua fide ratus, et potissimum sacramento Christi sancitus, inter prospera et adversa corpore ac mente indissolubiliter fidelis est, et proinde ab omni adulterio... alienus remanet” (*Gaudium et spes*, n. 49); “in matrimonio alter alteri se dant amore integro ideoque ex se unico et exclusorio” (Ioannes Paulus II, Adhortatio Apostolica diei 22 novembris 1981 *Familiaris consortio*, n. 19, «A.A.S.», vol. Lxxiv, p. 102).

Fidelitas iugalis igitur prout elementum essenziale connubii haberi debet, cum rectius unitas definiatur una ex duabus matrimonii proprietatibus essentialibus (cf. can. 1056; U. Navarrete, *I beni del matrimonio: elementi e proprietà essenziali*, in *Studi Giuridici x. La nuova legislazione matrimoniale canonica*, Città del Vaticano 1986, p. 94; R. Funghini, *L'esclusione del bonum fidei*, in *Studi Giuridici Lxi. Diritto matrimoniale canonico, vol. II. Il consenso*, Città del Vaticano 2003, pp. 279-285).

3. Nupturientium consensus est matrimonii causa efficiens (cf. can. 1057, § 1), et eius externa manifestatio cum voluntate interna subiecti agentis plane concors ex iure censetur: «Internus animi consensus praesumitur conformis verbis vel signis in celebrando matrimonio adhibitis” (can. 1101, §1); attamen

huiusmodi praesumptio veritati cedere debet, quia consensus, in casu eius defectus aut vitii, “nulla humana potestate suppleri valet” (can. 1057, § 1).

Exclusio cuiusdam elementi matrimonii essentialis, etiam simulatio partialis vocata, definitur uti dissensio vel difformitas inter veram nubentis intentionem, in animi arcano ortam atque reconditam, eiusque externam declarationem, et fit solummodo si voluntas personae agere intendit: “si alterutra vel utraque pars positivo voluntatis actu excludat... matrimonii essenziale aliquod elementum... invalide contrahit” (can. 1101, § 2), et ratio necessitatis voluntarii ex natura suipsius consensus patet: “Consensus etenim externe manifestatur per actum positivum voluntatis, qui eliditur tantummodo per contrarium actum positivum” (coram Pompedda, decisio diei 9 maii 1970, n. 2, *R.R.Dec.*, vol. LXII, p. 476).

Fons proximus exclusionis, consensum iugalem corrumpens ac vitians, est voluntas, actualis, sed etiam virtualis, quae scilicet suam virtutem in actum consensus adhuc exercere valet, si olim praestita contra elementum essenziale connubii, nondum revocata est. Exclusio proinde minime tantum ex actu intellectus oriri potest, quamvis nihil volitum habetur quin praecognitum, quia “Intellectus humani proprium obiectum est quidditas sive natura in materia corporali existens” (S. Thomas, *S. Theol.*, I, q. 84, a. 7), et proinde “in praesenti statu est ratio quaedam abstracta universalis” (S. Reinstadler, *Elementa Philosophiae Scholasticae*, vol. II, ed. XII, Friburgi Brisg. 1923 p. 87); ideoque actus intellectus, inter quos error habetur, non sufficiunt ad deformandum actum iuridicum (et foedus iugale quidem est actus iuridicus), nisi agatur de ignorantia vel de errore substantiali (cf. can. 126), quia actus iuridicus est “*actus humanus (voluntatis humanae libere operantis) licitus legitime manifestatus seu declaratus, quo agens directe intendit producere effectum iuridicum determinatum, ipsi, praecise quia et quatenus intenditur, a lege agnitus*” (G. Michiels, *Principia generalia de personis in Ecclesia*, Lublin-Brasschaat 1932, p. 468). Actus intellectus igitur in abstracto manent, quin ad praxim transeant.

Quod ad consensum iugalem pertinet, nisi agatur de ignorantia quoad substantiam matrimonii (cf. can. 1096) vel de errore voluntatem determinante (cf. can. 1099), actus intellectus obiectum consensus minime vitiare valent: “aliud est positive excludere e consensu matrimoniali praedicta bona, aliud vero erronea mente circa essentiam matrimonii ad connubium accedere” (coram Bonet, decisio diei 28 februarii 1955, n. 2, *R. R. Dec.*, vol. XLVII, p. 183); “Qui ergo matrimonium iniit quod putat dissolubile, vel etiam *quia* id putat dissolubile, valide contrahit. Si autem matrimonium contrahit qua dissolubile, seu sic, et non aliter, matrimonium acceptat, invalide contrahit, quia sic restrictio consensum ingreditur, sive fit per conditionem expressam (can. 1092) sive per actum internum voluntatis” (coram Heard, decisio diei 27 martii 1956, n. 2, *ib.*, vol. XLVIII, p. 301).

Necesse est ut exclusio sit actus, seu determinatio voluntatis atque eius applicatio requiritur ad negotium peragendum; sic dicta voluntas habitualis, seu forma mentis, ad actum voluntatis eliciendum nondum pervenit. Nequaquam consensum vitare valet voluntas interpretativa, quae momento in quo consensus elicitus erat, minime operabatur, sed tantum, matrimonio iam inito, suscepta est.

Uti tertium elementum voluntarii quo exclusio cuiusdam elementi matrimonii essentialis fit, habetur positivitas. Huiusmodi peculiaritas a nonnullis quasi tautologia censetur, quia iam agere est idem ac ponere, sed tautologia pertinet ad definitionem alicuius rei, cum Legislator potius descriptionem exclusionis matrimonium invalidum perficientis statueret, et quidem praesumendum est legem nihil inutile vel supervacaneum afferre.

In nota positivitatis firmitas postulari videtur: "actum vero revera positum requiri, quae *positivitas*, nostra in materia... aliquam quoque firmitatem positionis actus in se continet" (Z. Grochowski, *De exclusione indissolubilitatis ex consensu matrimoniali eiusque probatione*, Neapoli 1973, p. 56); attamen si actus a voluntate reapse ponitur, ipse in ordine essendi iam exstat, quin plus minusve firmus sit oporteat. Actus positivus reapse differt a negativo, scilicet a non existente, et proinde Iurisprudentia N. O. iterum contendit ad exclusionem perficiendam non sufficere voluntatis inertiam aut velleitates atque simplices praevisiones ac dubia, quae sollumodo in intellectu manent et firmitate omnino carent (cf.: Parisensis, coram Canals, decisio diei 25 ianuarii 1961; Calaritana, coram Fiore, decisio diei 18 octobris 1966, n. 3); positivitas ideoque potius ad voluntatem ostendendam pertinere videtur, ita ut actus voluntatis inaequivocabilis pateat, quia nubens quid cathgorice vult (cf. A. Stankiewicz, *Concretizzazione del fatto simulatorio nel «positivus voluntatis actus»*, in *Errore e simulazione nel matrimonio canonico*, a cura di U. Navarrete, Roma 1998, p. 103; etiam in *Periodica* 1998, vol. LXXXVII, p. 285).

4. Actus voluntatis, quo nubens aliquod elementum essenziale excludit, ab eodem poni potest explicite aut implicite.

Obiectum actus impliciti est quid «volitum in alio», et cum «volito in se» inseparabiliter iunctum (cf. F. Hürth, *Defectus consensus in matrimonii acatholicorum*, «Periodica», 1948, vol., p. 212).

Iurisprudentia N. O., respuens quidem alias opiniones (cf. F. G. De las Heras, *El concepto canónico de simulación*, in *Simulación matrimonial en el Derecho Canónico*, ed. dir. por J. I. Bañares, Pamplona 1994, pp. 108-109), actum implicitum, qui vero essentialiter ab actu praesumpto differt, uti actum positivum voluntatis agnoscit: "Actus positivus potest esse sive explicitus sive implicitus: est explicitus si tamquam obiectum directum et immediatum intendit exclusionem essentiae vel proprietatis essentialis matrimonii; est implicitus

si tamquam obiectum directum et immediatum aliquid habet, in quo exclusio matrimonii vel eius proprietatis essentialis continetur (cfr. *Instructio S. Officii* diei 22 iulii 1840: *Fontes C.I.C.*, tom IV, n. 883) (coram Staffa, decisio diei 21 maii 1948, n. 2, *R.R. Dec.*, vol XL, dec. xxx, p. 186); «Omnes sciunt dari quoque actum positivum implicitum. Sed erronee quis putaret actum *implicitum* significare actum *praesumptum*. Sane actus praesumptus est actus cuius per se ignoratur existentia, cuius tamen existentia respondet coniecturae plus minusve probabili. Exinde patet in actu praesumpto nihil haberi positivae rationis. E contra, actus implicitus remanet in ordine positivo, quia, quamvis, eius substantia non appareat directe et immediate in manifestatione agentis, tamen ibidem identidem continetur, realiter et non praesumptive, positive et non interpretative, quamvis veluti in plicis, seu in sinu eiusdem manifestationis” (coram Sabattani, decisio die 29 octobris 1963, n. 3, *ib.*, p. 706).

Bonum fidei ideoque excluditur non solummodo ab eo qui explicite vult officium fidelitatis iugalis non assumere, sed etiam a nupturiente qui intendit uti obiectum suipsius voluntatis consuetudinem prorsus liberam quoad futuras intimitates cum aliis intexendas. Non est qui non videat quod in huiusmodi casu nubens minime vult essentiam matrimonii, quippe quod est “totius vitae consortium” (can. 1055, § 1).

Et etiam pro excluso bono fidei memoretur oportet haec perclara explanatio actus impliciti indissolubilitatem excludentis: “Si enim contrahens percipiens stabilitatem matrimonii elaborat sibi propriam doctrinam in qua abest notio huius stabilitatis ac tantum ita et non aliter coniugium celebrare vult, intendit pseudo-matrimonium non tantum in suis notis positivis a se determinatis, sed etiam quatenus aliquod elementum perceptum ex eo exclusum manet. Ideo de exclusione positiva, etsi implicita, in casu dici potest” (Z. Grocholewski, *o. c.*, pp. 109-10).

Actus voluntatis implicitus potest esse sive actualis sive virtualis: “clare patet pariter implicitam haberi posse voluntatem tum actualem tum virtualem. Sive quis enim in matrimonii celebratione eliciat intentionem contrahendi iuxta sua principia (in quibus desit notio indissolubilitatis), sive tunc perseveret talis intentio diu antea elicitata, nullius est momenti relate ad validitatem vinculi coniugalis. In utroque casu sit vitiatus, nec matrimonium producat; in utroque quoque casu causa nullitatis sit intentio implicita” (Z. Grocholewski, *o. c.*, p. 111).

5. Etiam pro bono fidei distinctio fieri solet inter ius et exercitium iuris; et ad rem doctrina divi Thomae affertur: “«fides» et «proles» possunt dupliciter considerari. Uno modo, in seipsis. Et sic pertinent ad usum matrimonii, per quem et proles producitur, et pactio coniugalis servatur... Et inde est quod matrimonium nunquam invenitur sine inseparabilitate: invenitur autem si-

ne fide et prole, quia esse rei non dependet ab usu suo... Alio modo possunt considerari fides et proles secundum quod sunt in suis principiis: ut pro «prole» accipiatur intentio prolis, et pro «fide» debitum servandi fidem» (*Suppl.*, q. 49, a. 3, in corp.).

Doctrina et Iurisprudencia proinde censent solummodo exclusionem iuris matrimonium irritum facere, cum vero intentio non implendi officia iugalia matrimonium invalidum haud reddat, quia adimpletio ad exercitium iuris pertinet: «sicut enim consensus plenus est intentio contrahendi et sese obligandi et tandem implendi, ita contrahens simulate, dum contrahit, vel non habet intentionem contrahendi; vel habet intentionem contrahendi, sed non sese obligandi; vel tandem habet intentionem contrahendi et sese obligandi, sed non implendi ... prima simulatio certe contractum in genere irritat, tertia certe non irritat ... nimirum si contrahens habet intentionem contrahendi et sese obligandi, sed non implendi, seu iura matrimonialia servandi, intendens, e. g. abusum matrimonii, adulteria ... ipse quidem graviter peccat, sed matrimonium valet. Nam intentio contrahendi et sese obligandi stare utique potest cum firmo proposito obligationem violandi; illa autem intentio constituit consensum et satis est pro validitate contractus. Propter favorem iuris, quo matrimonium gaudet, in dubio praesumitur contrahentem habuisse intentionem peccandi, salvo iure matrimoniali» (P. Gasparri, *Tractatus canonicus de Matrimonio*, ed. nova ad mentem Codicis J. C., vol II, Città del Vaticano 1932, n. 814, p. 36; n.828, p. 46); “vitiatur consensus si contrahens externe tantum illum profert, intentionemque non habet aut contrahendi, aut se obligandi. In primo etenim et in altero casu matrimonium nullitate laborat, vel quia ipsamet deficit contractus substantia, vel quia contractus concipi nequit absque suis adnexis obligationibus. In casu e contra quo intentio fovetur contrahendi et sese obligandi, sed non adimplendi obligationes exinde manantes, matrimonium vere consistit” (coram Quattrocchio, decisio diei 29 octobris 1941, n. 3, *R.R. Dec.*, vol. xxxiii, dec. lxxii, pp. 791-792); “Cavendum tamen est ne cum excluso debito fidei confundatur voluntas, quantumvis explicita, non implendi obligationes: id etenim non essentiam attingit, sed usum. Quare non sufficit invocare commercium antenuptiale amatorium cum alia persona, post nuptias servatum vel resumptum, immo ipsum propositum non valedicendi amasio vel amasiis. Id abusum constituit, nec praesumitur ipsum ius respicere, nisi evidenter probetur simulantem ius exclusivum tradere non voluisse. Cum generali namque intentione contrahendi verum matrimonium componi potest intentio illud foedandi, seu laedendi fidelitatem coniugalem” (coram Pinna, decisio diei 29 octobris 1960, n. 4, *ib.*, vol. lII, p. 458).

Distinctio inter ius et exercitium iuris quidem significat ontologicè matrimonium in fieri aliud esse ac matrimonium in facto esse. Si vero inspiciatur

intentio agentis in momento in quo consensum ipse elicit, quid mirum et psychologicè et iuridice pateferi videtur, accipiendo sententiam iuxta quam intentio non adimplendi essentialia officia connubii nullatenus matrimonium irritum facit. Quaeritur enim quomodo nubens possit obligationes assumere et eodem tempore easdem numquam adimplere intendat; et argumenta pro solutione huiusmodi quaestionis summo cum acumine afferuntur, ne confusio fiat inter matrimonium in fieri et matrimonium facto esse, recognita vero eorum distinctione: “La distinción entre el derecho y su uso sólo se puede aplicar al examinar los hechos de la vida matrimonial o *in facto esse*, porque un matrimonio válido puede, en el orden de su desenvolvimiento vital, malvivirse y defraudarse. Pero la distinción es implanteable en *in fieri* o acto de contraer, porque es insuperablemente contradictorio obligarse a la fidelidad y, en la misma unidad de acto, reservarse un derecho a incumplirla... Si la posibilidad de abuso del derecho se estimase compatible en el momento de constituirlo con la válida existencia del propio derecho, entonces se habría convertido tal abuso en una realidad *de iure* del propio consentimiento, pues sólo en el *in fieri* se constituyen los derechos entre los cónyuges. Tamaña «compatibilidad» conllevaría suponer que existe, en el mismo objeto del consentimiento, junto a la instauración del *ius ad fidem matrimoniale*, la válida posibilidad de reservarse un *ius ad non servandum fidei coniugale* de índole legítima... la intención positiva, dentro del mismo acto de contraer matrimonio, de incumplir «sólo el uso» es una pretensión «de iure» incompatible e inconciliable con la instauración del derecho-deber a la fidelidad y, por tanto, *invalida el matrimonio*. Si, *en acto mismo de contraer*, aceptamos existencias independizables para el derecho y para su ejercicio, quizás estamos suponiendo una desintegrabilidad de la estructura interna de los derechos y deberes conyugales que... resulta profundamente contradictoria con la antropología canónica de fondo, es decir, con la naturaleza *interpersonal* de los contenidos de los derechos-deberes esenciales del matrimonio... aceptar en el mismo *in fieri* una contraposición «válida» de la voluntad del contrayente sobre el derecho y sobre el uso, considerando que la *intención* en el *in fieri* de incumplir el deber de la fidelidad durante el *in facto esse* no afecta a la existencia del propio deber, sino «sólo» a su uso, que puede ser «válidamente» querido por el contrayente en forma abusiva en el mismo momento y con el mismo acto de contraer, constituye una perversión sustancial del sentido del *in fieri* en relación al *in facto esse*” (P.-J. Viladrich, *o. c.*, pp. 254-255; tr. it., *cit.*, pp. 401-404).

Reapse, quasi voces extra chorum, in N. O. perpaucae sententiae decernunt usum excludere vel intentionem obligationes non implendi esse idem ac ius recusare (cf.: coram De Jorio, decisio diei 18 decembris 1963, n. 3, *R.R. Dec.*, vol. LV, p. 911; coram Civili, decisio diei 20 novembris 1996, nn. 8-16, *ib.*, vol. LXXXVIII, pp. 727-730).

Fides in suis principiis, iuxta Doctoris Angelici perspicuam locutionem, requirit voluntatem sese obligandi, ideoque intentionem sese tradendi ad consortium totius vitae instituendum, quippe quod ad matrimonium in facto remittit, scilicet ad obligationes implendas: “Bonum fidei non excludit merum adulterandi propositum, si casus ferat, sed firma ac determinata detrectatio integram sui donationem faciendi seu reservatio positivo voluntatis actu facta cum aliis quoque rem habendi iuxta placita vel obnixum propositum in nubendo copiam sui corporis faciendi amasio vel amasiae quacum ante nuptias contrahens nexuerat relationem. Eo vel minus simplex praevio adulterii, data propria mulierositate vel inclinatione in alterum sexum, exclusionem boni fidei inducit. Uti argumentum princeps exclusi boni fidei plerumque adducitur iteratum adulterium ante et post nuptias asserti simulantis. Constanter autem iurisprudentia Nostri Fori affirmavit simplex adulterii factum exclusi boni fidei probationem non constituere” (coram Funghini, decisio diei 24 maii 1995, n. 6, *ib.*, vol. LXXXVII, p. 315). Praxis adulterina ante nuptias acta quidem “argumentum sat aequivocum ad arguendam praecedentem exclusionem fidelitatis” (coram Sabattanti, decisio 13 novembris 1959, n. 4, *ib.*, vol. LI, p. 503) habetur, quia nubens suos pravos mores mutare intendere potest momento in quo ipse suum consensum elicit, ast “cavendum est ne eiusmodi vehemens indicium levi ratione pratermittatur, cum saepe saepius signum certum esse possit non assumptae obligationis fidelitatis” (coram Pompedda, decisio diei 16 februarii 1972, n. 2, *ib.*, vol. LXIV, p. 101).

Fides iugalis implicite excluditur, si nubens, cuius “placita erronea efforment iudicium practico-practicum” (coram Stankiewicz, decisio diei 29 ianuarii 1981, n. 10, *ib.*, vol. LXXIII, p. 50), quidem intendit “aliquid aliud a matrimonio prorsus alienum” (*ib.*, n. 13, p. 51); nam obiectum explicitum consensus est pseudo-matrimonium, in quo reapse continetur exclusio cuiusdam elementi vel proprietatis essentialis matrimonii, quamvis implicite volita.

6. Ad probandam exclusionem boni fidei non sufficit elenchum praebere infidelitatum, quae ante et post matrimonium consummatae sunt, sed probeatur oportet contrahentem sibi ius adulterandi reservavisse neque comparti tradidisse ius d fidem.

Probatio exclusi boni prolis initium capit a confessione iudiciali praesumpti simulantis, quae vero confirmetur oportet a testibus fide dignis, qui scilicet illam receperant ante nuptias vel in tempore non suspecto, seu quum causa nullitatis nondum introducta erat. Novus canon 1679 maiorem vim probationis partium declarationibus agnoscit: “Nisi probationes aliunde plenae habeantur, iudex, ad partium depositiones ad normam can. 1536 aestimandas, testes de ipsarum partium credibilitate, si fieri potest, adhibeat,

praeter alia indicia et adminicula”; et ratio normae sapienter explanatur: “in mancanza di altre prove e quindi in via sussidiaria... il valore e l’utilità di questo *argomento morale* poggiano sul fatto che esso risulta da pochissimi elementi oggettivi, fra loro tuttavia così strettamente connessi da produrre nell’animo del giudice la necessaria certezza morale ... Indubbiamente il giudice deve valutare liberamente le prove – *acta et probata* –, che costituiscono la struttura della certezza morale. Questa certezza ha un contenuto che oltrepassa la pura soggettività del giudice: possiede una *oggettività* ... tale oggettività non sta in ciascuno di questi mezzi, ma piuttosto nella *capacità oggettiva* che tutti gli indizi e le prove *congiuntamente* sono suscettibili di produrre” (M. F. Pompèda, *Studi di Diritto Processuale Canonico*, Milano 1995, p. 214).

Actus voluntatis positivus, per quem fidelitas iugalis exclusa est, etiam per viam indirectam probatur, praesertim suscipitur ex causa simulandi, quae causam recte nubendi praecellit vel vincit; nubens enim exclusive se tradere non intendit vel ob non aptam institutionem receptam, vel ob pravos ac radicatos mores impensos, vel ob defectum maturitatis affectivae, qui eundem mutabilem in relationibus instaurandis cum altero sexu reddit, vel ob mentem materialismo atque edonismo imbutam.

Inter circumstantias, magni facienda est praxis adulterina iam ante nuptias inita ac perdurante consuetudine matrimoniali servata.

IN FACTO. 7. Vir actor in unoquoque vadimonio reddito summam cohaerentiam ostendit, fatens se bonum fidei in matrimonio ineundo exclusivisse. Ideoque confessio iudicialis claris verbis ac rationibus valde definitis plane fulcitur, uti iam iudices secundi gradus eam aestimaverunt: “Il Caio fornisce una chiara e precisa *confessio simulantis* sia nelle sue dichiarazioni a N... sia in quelle rilasciate nel procedimento si appello” (Summ. 68/10).

In prima instantia enim dominus Caius summam recoluit se exclusionem fidelitatis patravisse: “Sposandomi non intendevo rimanere fedele a Gaia... Siccome i miei amici sposati andavano a ragazze, non vedevo perché, sposandomi anch’io, dovessi precludermi questa possibilità” (P. A., Summ. 18/11); suam pravam intentionem in secundo iudicii gradu fusius dominus Caius patefecit: “Sapevo che... c’è anche l’obbligo della fedeltà, ma io fino ad allora avevo vissuto in maniera molto libera senza farmi problemi di frequentare donne per incontri sessuali senza impegno e non pensavo certo che avrei smesso questo stile di vita... mi sposavo per essere più libero, intendendo sfruttare questa libertà come avevo fatto già prima e se fosse capitata l’occasione per incontrare altre donne non mi sarei tirato indietro” (P. A., Summ. 52/6); et in depositione coram Rota ab actore reddita, intentio servandi absolutam libertatem erga officium fidelitatis liquet: “Io conoscevo

certamente il dovere della fedeltà coniugale ma per me il matrimonio era la possibilità di avere uno spazio maggiore per la mia libertà di avviare sempre conoscenze nuove con ragazze... Quando io mi sposai non intendevo assolutamente cambiare il mio stile di vita avventuroso e libero.. Quando mi sposai in chiesa non presi seriamente il sacramento e gli obblighi che ne derivano... Io volevo, anche sposandomi in chiesa, restare libero... io intendevo essere libero e accettare ogni occasione per intraprendere relazioni con donne; volevo mantenermi il diritto di fare quello che volevo... per me non esisteva la parola matrimonio; c'era soltanto la mia volontà di restare libero... Io non mi sentivo obbligato nei confronti di Gaia; non sentivo alcun rimorso nei suoi confronti, sposandola già con l'intenzione di non esserle fedele" (P. A., Summ. 84/4 et 6; 85/7).

*Ex viri elatis quidem voluntas implicita excludendi boni fidei eminent, quia dominus Caius retinuit suum specimen vel erroneum exemplar connubii, in quo aderat ius prosequendi in commercio sexuali cum quavis muliere etiam in decursu matrimonii.*

8. *Ex actis quidem confessio extraiudicialis nullatenus eruit; et actor veri similem explanationem affert, asseverando se suam pravam intentionem necnon libidinosas consuetudines accurate occultavisse, uti evenire solet in similibus adiunctis: "Non ho confidato a nessuno che, sposandomi, non intendevo rimanere fedele a Gaia" (P. A., Summ. 18); denuo auditus, in prima insantia actor de sua arte abdendi sponsae suas illicitas relationes locutus est: "Di donne ne ho avute diverse prima del matrimonio, se poi a Gaia ho parlato solo di due, questo non lo ricordo. Per coltivare le mie avventure bigiavo persino il lavoro, per cui è impossibile secondo quanto asserisce Gaia che lei potesse sapere quanto facevo io... all'epoca del fidanzamento ho avuto parecchie avventure che lei non ha mai scoperto" (P. A., Summ. 30/4).*

9. *Conventa attamen optimas notitias quoad tempus sponsalium affert, re-colens alias ac illas quas actor in sua confessione iudiciali patefecerat: "il nostro è stato un amore un po' platonico... [actor] Non era capace di nascondere la verità... per il fatto di essere accanto a me, diceva di avere il mondo nelle mani... aveva paura di sfiorarmi perché sporcava la mia purezza... Caio era per me un libro aperto... entrambi abbiamo messo mano ai preparativi delle nozze; Caio era più entusiasta di me... era più attivo di me... Non ricordo di avere parlato con Caio esplicitamente del tema della indissolubilità e della fedeltà prima delle nozze. Io pensavo che queste due cose fossero scontate nel matrimonio" (P. C., Summ. 21-23/2-4 et 7-8).*

*Testes ab actore adducti, tantum pluribus annis a matrimonii celebratione*

transactis dominum Caii noverunt (cf. Rev. Sempronio, Summ. 25/1; sororem NN., Summ. 28/1; YY., Summ. 29/1; ZZ., Summ. 32/1).

10. Quapropter summae gravitatis patet viri actoris credibilitas vel eiusdem falsimonia.

Iudices primi gradus suspicionem erga actorem moverunt, quamvis minime ipsum mendacem habuerant, quippe qui suam historiam coniugalem fortasse apta cum seiunctione, et proinde quodammodo non obiective, non vidisset: “non si mette in dubbio la buona fede dell’attore, ma è difficile credere che egli rimanga completamente «neutro» nel riferire fatti così lontani, quando alla sua compagna attuale una nullità di matrimonio appare così desiderabile” (Summ. 36/4); attamen huiusmodi interpretatio pro confessione iudiciali a quolibet actore, qui sit praesumptus simulans, haberi potest, ideoque solummodo facta actoris theseos probare valent.

Actor vero, perlecta sententia primi gradus ac remota qualibet acerbitate, suam amaritudinem pandit, quia iudices primae curae ipsum haud veridicum aestimaverant: “Il fatto che sia stata messa in dubbio la mia sincerità mi ha molto ferito... Sono stato amareggiato quando ho letto la Sentenza di 1° grado che apertamente negava la mia sincerità” (P. A., Summ. 50/2, 83/2).

Quoad actoris credibilitatem Rev. dus Sempronius plenam fidem iterum declarat: “Fin dall’inizio ho avuto l’impressione che egli fosse molto sincero e senza difficoltà mi narrasse la sua storia... L’antifona che ha ripetuto e continua a ripetere a me è questa: «Io desidero che sulla vicenda matrimoniale possa risultare la verità, senza forzature»” (Summ. 25/1, 88/5). Rev. dus testis munus iudicis in Tribunale Insubri explet, et ab actore, qui ex consilio sororis Tizianae ad eum convenerat, rogatus est solummodo ad pacem animi assequendam, quin vir processum matrimonialem inchoandum cogitaret: “Con padre Sempronio io mi sono aperto interamente; gli ho narrato tutta la mia vita. Io mi sono confidato con lui come sacerdote, pur sapendo che era un Giudice del Tribunale, ma cercavo solo un aiuto spirituale ed ignoravo del tutto che nella mia vicenda ci potessero essere degli elementi tali da poter avviare una causa di nullità... Ritengo di non aver interpretato i fatti, ma di averli semplicemente narrati a padre Sempronio” (P. A., Summ. 83/3).

Huiusmodi novissima verba concordiam servare haud videntur cum elatis ab actore in primo vadimonio, ex quibus pateret ipsum ad Rev. mum Sempronii pervenisset pro solvendo suo statu irregolari: “Gaia seppe della possibilità di introdurre questa causa da una suora, Suor Tiziana, che la indirizzò al padre Sempronio” (P. A., Summ. 19/15), et Rev. dus Sempronii istam religiosam prudentia ac sapientia ornatam aestimat: “suor Tiziana non è una persona facilona, né superficiale, né credulona; suor Tiziana è stimata nella sua congregazione, si è occupata della storia della sua congregazione” (Rev.

us Sempronius, Summ. 88/2); ideoque Rev. us Sempronii sane uti in iure canonico peritus quaesitus erat, quin vero actor intentione dolosa motus esset.

11. Relata igitur a Rev. do Sempronio formam confessionis extraiudicialis attingunt, quia in tempore non suspecto illi viro religioso dominus Caius suum animum aperuerat.

Rev. us Sempronius in utroque suo vadimonio retulit secreta ab actore recepta, quae detegunt eiusdem praxim libidinosam sive ante sive post celebrationem nuptiarum necnon aperiunt viri intentionem minime assumendi fidem iugalem: “Mi ha confidato che egli viveva senza alcuna preoccupazione di ordine religioso o morale inseguendo avventure e soddisfazioni di tipo sessuale... mi ha detto che anche durante il fidanzamento con la convenuta ha continuato nello stile di vita appena raccontato. Circa la decisione nuziale mi ha confidato di esservi giunto perché i suoi amici cominciavano a sistemarsi: ma né lui né loro, sposandosi, intendevano assumersene le responsabilità e segnatamente in ordine alla fedeltà... Più volte nelle confidenze fattemi, il Caio mi ha detto che sposandosi non aveva proprio inteso far suo questo impegno... Si è sposato, mi ha detto, intendendo continuare esattamente la vita di prima, senza mutarla... egli, pur prendendo la decisione di sposarsi, non intendeva impegnarsi in ordine alla fedeltà ma continuare la sua vita di relazioni con altre donne” (Summ. 25-26/2-3, 88/6).

Et Rev. us Sempronius, postquam vir patefecerat suum animum, vidit fumum boni iuris pro causa nullitatis matrimonii introducenda ob caput exclusi boni fidei: “incontrandomi con lui, venni a conoscenza di tutta la sua vicenda... Mi parve di intravedere possibilità di introdurre la causa come «esclusione della fedeltà»... Certamente lui non sapeva della rilevanza giuridica di quanto lui mi diceva” (Summ. 25/1, 88/3). Quapropter ob sapientem animi intuitum Rev. us Sempronius statim casum domini Caii sub capite exclusionis boni fidei intellexerat.

Rev. us Sempronius addit notitias magni ponderis quoad actoris rectam conscientiam in veritate inquirenda: “essendosi avvicinato alla Fede, ha riletto la sua vicenda matrimoniale rendendosi conto che il suo matrimonio è stato completamente vuoto, a motivo della mancata assunzione di ogni impegno. Spesso mi ha detto che egli non pretende una dichiarazione di nullità... Sostanzialmente è un problema di coscienza” (Summ. 26/4).

Domini Caii credibilitas in iudicio ostenta spondetur etiam ab eius probitate vitae in praesentiarum: “da circa 15 anni io e la mia convivente viviamo come fratello e sorella per poter ricevere l’Eucaristia” (P. A., Summ. 83/1), et eiusmodi secretum plane a Rev. do Sempronio firmatur: “Di questo suo comportamento con l’attuale convivente quale fratello e sorella, io ne sono

a conoscenza perché più volte è capitato che loro ne abbiano parlato con me con semplicità nei nostri dialoghi. Posso dire che per loro non è facile conservare questo tipo di rapporto, per poter esser degni di ricevere la comunione” (Summ. 89/8).

12. Causa simulandi in praxi libidinosa, iam exeunte adulescentia ab actore inita posteaque servata, sistit: “Intorno ai 19/20 anni ho cominciato ad avere relazioni con donne. Si trattava di avventure con donne sposate... Da quando ho cominciato a incontrarmi con donne a quando mi sono sposato ho avuto molteplici avventure (nel numero di venti o trenta)... solitamente a motivo della mia timidezza non ero io a scegliere le donne, ma erano queste a scegliere me... Durante il fidanzamento con Gaia avevo anche altre ragazze: con qualcuna di queste ho avuto anche rapporti sessuali... Di donne ne ho avute diverse prima del matrimonio... all’epoca del fidanzamento ho avuto parecchie avventure che lei [mulier conventa] non ha mai scoperto... Anche nel corso del fidanzamento con Gaia io ho continuato a frequentare altre donne anche sessualmente... Io non rifiutavo le occasioni; già prima del matrimonio potevo avere più di una relazione contemporaneamente; dalle donne sposate ero conquistato, con quelle più giovani cercavo io di essere il conquistatore. Quando io mi sposai non intendevo assolutamente cambiare il mio stile di vita avventuroso e libero... Quando finivo una relazione io non andavo in crisi, cercavo altre donne” (P. A., Summ. 16/4-5, 17/9, 30/4, 84/4).

Et conventa quidem certior facta erat de relationibus a viro intextis cum mulieribus quae in matrimonio iam iunctae erant: “Sono sicura che Caio non ha avuto vere relazioni affettive prima di me. So però che aveva tresche con donne sposate” (P. C., Summ. 22); ipsa attamen addit: “da quanto mi risulta le donne sono state due e non moltissime come dice lui... Era Caio che raccontava di queste due donne” (ib.).

Ipsa vero pro certo habet actorem nondum suas illicitas relationes coluisse perdurante consuetudine sponsalicia: “Escludo assolutamente che Caio abbia potuto continuare queste tresche durante il fidanzamento con me perché ci vedevamo tutti i giorni e abitavamo di fronte” (ib.). Revera quilibet sponsus, proditor fidei promissae, suum luxuriosum modum sese gerendi accurate abdere conatur, et actor enim agnoscit: “è impossibile secondo quanto asserisce Gaia che lei potesse sapere quanto facevo io... all’epoca del fidanzamento ho avuto parecchie avventure che lei non ha mai scoperto... fatti, vissuti nel modo più segreto possibile, perché si trattava di infedeltà e libertinaggio” (P. A., Summ. 30/4, 83/3).

In suo primo vadimonio dominus Caius quid asserit ex quo constare videtur conversio morum: “A cavallo del matrimonio non ricordo se avevo in corso una relazione con qualcuna, però non mi pare... Durante la conviven-

za matrimoniale non ho coltivato relazioni iniziate prima del matrimonio. Ne ho iniziate delle nuove” (P. A., Summ. 18/10 et 13); in secunda instantia autem, quasi in contradictionem incidens, ipse refert se non intermisisset consuetudinem illicitam cum quadam muliere, NN. vocata, quae prope viri domum commorabatur: “era... l'estate del '68, sono cominciate così delle frequentazioni sessuali che sono proseguite anche dopo le nozze. Abbiamo smesso di vederci quando lei ha cominciato a frequentare un'altra persona qualche mese dopo il matrimonio” (P. A., Summ. 53/8); in nostro iudicii gradu actor, nomen foeminae omittens, circumstantiam firmat: “A cavallo del matrimonio ci fu sicuramente la relazione con una ragazza libera ma più anziana di me, che abitava al di là della mia strada” (P. A., Summ. 84/4).

Attamen, etiam si tempore proximo nuptiarum celebrationi dominus Caius cum nulla alia muliere, sponsa excepta, vinculum servavisset, iam a primo vadimonio ipse contendit se numquam destitisse a sua intentione novas cum foeminis relationes intexendi, quamvis ad matrimonium accederet: “Sposandomi non intendevo rimanere fedele a Gaia ... io fino ad allora avevo vissuto in maniera molto libera senza farmi problemi di frequentare donne... questo era il nostro stile di vita. Non ho detto nulla perché intendevo continuare come avevo sempre fatto... Quando io mi sposai non intendevo assolutamente cambiare il mio stile di vita avventuroso e libero” (P. A., Summ. 18/11, 52/7, 84/4).

Vir, coram iudice secundae curae deponens, firmitatem exclusionis propriam imminuere videtur: “non pensavo certo che avrei smesso questo stile di vita” (P. A., Summ. 52/7), sed locutionis incertitudo vel ambiguitas plane vincitur ab iterata declaratione voluntatis fidem non servandi ac plena libertate semper utendi.

Obiectum igitur consensus actoris nullatenus iugale fuit, cum domini Caii voluntas vertebat ad pseudo-matrimonium, in quo summa libertas intexendi intimitates sexuales quavis cum muliere prorsus servanda erat.

Sedula Vinculi Tutrix in exitu animadversionum contendit. “actus positivus voluntatis vim induit conditionis; etenim nupturiens in casu contractum ipsum reiceret, si eum inire debeat cum fide” (Animadversiones, 18/28); ast Iurisprudencia N. O. censet ad actum voluntatis positivum probandum minime speciem conditionis postulari, sed satis est voluntas excludendi elementum essenziale connubii, vel, uti in casu, intentio ineundi contractum cuius obiectum est omnino alienum a vero matrimonio.

13. Prorsus debilis aestimanda est causa nubendi; vir enim matrimonium quaesivit solummodo ad libertatem a parentibus assequendam, et immo connubium putabat uti instrumentum ad suos dissolutos mores facilius tuendos: “Io vedevo il matrimonio come la possibilità concreta di uscire dal-

la mia famiglia e diventare il padrone completo della mia vita... ho visto il matrimonio come la possibilità di liberarmi dalla mia famiglia che cercava di restringere la mia libertà... Figlio unico... vivevo in una gabbia dorata. Era tutto molto bello, ma pur sempre una gabbia... non vedevo l'ora di ottenere una piena libertà... cominciai a pensare che avremmo potuto anche sposarci: avrei fatto come gli altri e avrei raggiunto quella libertà che tanto desideravo... il motivo vero per cui mi sposavo era quello di avere l'indipendenza dai miei genitori" (P. A., Summ. 17/8, 18/10, 52/7, 84/4).

*Viri amoralitas vel potius immoralitas concors esse nequibat cum connubii officii:* "quando mi sposai non avevo alcun ideale di famiglia, né un sistema di valori... per me non esisteva la parola matrimonio; c'era soltanto la mia volontà di restare libero... Io non mi sentivo obbligato nei confronti di Gaia; non sentivo alcun rimorso nei suoi confronti" (P. A., Summ. 84/4, 85/7).

*Domini Caii relatio sponsalicia cum domina Gaia quasi ex discessu amicorum,* qui fere omnes interea ad matrimonium pervenerant, causam susceperat, ideoque levitate imbuta erat: "Io ho conosciuto Gaia perché sorella di un ragazzo della compagnia che frequentavo. Meno di un anno prima delle nozze, abbiamo cominciato a frequentarci... Certamente avevo interesse nei suoi confronti, provavo attrazione fisica, ma oggi posso dire tranquillamente non ne ero innamorato... non ci frequentavamo in modo particolarmente assiduo... Chi ci ha fatto avvicinare molto è stata la madre di Gaia che spingeva la figlia verso di me... in quel periodo si sono sposati quasi tutti i membri della compagnia che frequentavo... io mi sentivo che ero rimasto da solo... I miei amici xx, yy., zz., fratello di mia moglie, e un altro zz... erano già fidanzati; io fui pertanto psicologicamente condizionato a non essere diverso da loro e integrarmi nella loro stessa situazione... e non avere la fidanzata non mi avrebbe permesso di stare con loro. La persona che conoscevo di più era Gaia, che fu convinta da sua madre a legarsi a me. Io provavo più attrattiva per le altre ragazze che per Gaia e già nel viaggio di nozze io mi ero stancato di lei" (P. A., Summ. 51-52/6, 52/7, 85/6).

*Voluntas ad unionem ineundam prorsus a vero coniugio alienam, orbatam officio fidelitatis, quidem praevalens fuit super intentionem tradendi alteri coniugi ius exclusivum in corpus.*

14. *Tam radicans stylus vitae lascivae solummodo breve intervallum obtinuit laboris causa, in quo viri cupiditas foeminas conquirendi quasi extincta videbatur:* "Per i primi mesi... sono rimasto tranquillo e non ho avuto relazioni con altre donne. Mi pare di poter dire che il motivo per cui ero tranquillo veniva dall'interesse che il nuovo lavoro suscitava in me" (P. A., Summ. 13).

*Sed statim actor suam immoderatam luxuriam resumpsit:* "Dopo questi mesi di tranquillità, ho cominciato ad uscire con qualche ragazza che lavora-

va con me, e ho assunto di nuovo lo stile di vita che avevo prima del matrimonio” (P. A., Summ. 19/13).

*Iteratae fuerunt fidei iugalis prodiones* (cf. P. A., Summ. 18/13, 19/13-14, 31/8, 53/9, 85/8), et immo ad obtinendam maiorem libertatem pro adulterinis relationibus colendis, et ut istae sub secreto servarentur, dominus Lionellus conduxit parvum habitaculum: “L’appartamento in viale zz. l’ho preso in affitto tra il 1972 e il 1973 proprio per agevolare i miei incontri e lo frequentavo anche con NN.” (P. A., Summ. 53/9; cf. etiam P. A., Summ. 19/14).

YY., actoris amicus, necnon ZZ., quae ab anno 1972 actorem cognoscit (cf. P. A., Summ. 32/1; testis enim asseverat se cum domino Caio obviam factam fuisse viginti septem annis ante suum vadimonium coram iudice Tribunalis Insubris die 14 iulii 1999 redditum), quia ostiaria erat aedis in qua vir suos clandestinos occursus cum foeminis colere solebat, de domini Caii crebris fidei iugalis prodionibus notitias valde circumscriptas afferunt: “Caio aveva in fitto un locale nello stabile dove io alloggiavo e lì riceveva qualche donna, rivelandosi infedele all’impegno del matrimonio... si usciva tutti insieme per qualche locale anche fuori Milano e ci si accompagnava a qualche donna” (YY., Summ. 61/10); “Veniva lì perché portava le ragazze. L’ho visto per un po’ di tempo con ragazze differenti, dopo, per due o tre anni, l’ho visto venire sempre con una donna, con la quale sta adesso” (ZZ., Summ. 32-33/1).

Dominus Caius igitur nullatenus officium fidei erga uxorem adimplevit, sed fidem servavit suae voluntati plena libertate semper utendi, prout in consensu eliciendo firmiter statuerat.

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

AFFIRMATIVE, seu constare de matrimonii nullitate, in casu, ob exclusum bonum fidei a viro actore, vetito eidem transitu ad canonicas nuptias inconsulto ordinario loci.

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

Romae, in sede Romanae Rotae Tribunalis, die 22 iunii 2006.

IORDANUS CABERLETTI, *Ponens*  
ANGELUS BRUNO BOTTONE  
GREGORIUS ERLEBACH

---

LA VALUTAZIONE DELLE DICHIARAZIONI DELLE PARTI  
E DELLA LORO CREDIBILITÀ

La presente decisione risolve affermativamente una causa di esclusione del *bonum fidei* nella quale, di fronte a una radicale difformità delle versioni delle due parti sia riguardo all'eventuale atto positivo di esclusione sia riguardo le circostanze che avrebbero dato ragione di tale atto, ha ritenuto provata l'esclusione sulla base della versione dell'attore la cui attendibilità è stata confortata dalla deposizione di un autorevole teste di credibilità e da altri elementi corroborativi.

In questo nostro commento soffermeremo la nostra attenzione non tanto sulla trattazione dell'esclusione della fedeltà quanto sul modo come il Turno ha raggiunto la certezza morale sulla base della dichiarazione di una delle parti.

1. *Le specificazioni dell'istruzione "Dignitas connubii" riguardo la normativa contenuta nei cann. 1536 § 2 e 1679*

È diventato quasi un luogo comune affermare che questi due canoni costituiscono una delle maggiori novità del Codice promulgato nel 1983, e allo stesso tempo affermare che le potenzialità innovative di detti canoni sono ancora da esplorare.<sup>1</sup> Bisogna ammettere che la novità introdotta dal Legislatore nel 1983 ancora esita ad essere pacificamente accolta, sia da parte della dottrina che della giurisprudenza. Possono trovarsi delle riflessioni che vanno da un sospetto ancorato ad un pregiudizio di diffidenza proprio della legislazione precedente,<sup>2</sup> ad un'ammissione acritica che vorrebbe piegare

<sup>1</sup> Rimandiamo a quanto abbiamo esposto in *Le dichiarazioni delle parti e la certezza morale*, «Ius Ecclesiae» 18 (2006) 387-416. In quelle pagine segnalavamo anche i richiami venuti fuori lungo il Sinodo sull'Eucaristia del 2005, in cui vennero additati questi canoni come un mezzo per la cura pastorale dei divorziati risposati, con un rinvio alla Lettera della Congregazione per la Dottrina della Fede del 14 settembre 1994. In questa Lettera, la Congregazione segnalava le nuove vie per dimostrare la nullità della precedente unione, allo scopo di escludere per quanto possibile ogni divario tra la verità verificabile nel processo e la verità oggettiva conosciuta dalla retta coscienza". In calce si richiamavano i cann. 1536 § 2 e 1679 CIC e 1217 § 2 e 1365 CCEO "circa la forza probante delle dichiarazioni delle parti in tali processi" (CONGREGAZIONE PER LA DOTTRINA DELLA FEDE, *Lettera ai Vescovi della Chiesa Cattolica circa la recezione della comunione eucaristica da parte dei fedeli divorziati risposati*, 14 settembre 1994, n. 9, «AAS» 86 (1994) 974-979).

<sup>2</sup> Art. 117 dell'istruzione *Provida Mater*: "Depositio indicialis coniugum non est apta ad probationem contra valorem matrimonii construendam" (S. CONGREGATIO SACRAMENTORUM, *Instructio servanda a tribunalibus dioecesis in pertractandis causis de nullitate matrimoniorum "Provida Mater Ecclesiae"*, «AAS» 28 (1936) 337).

la coscienza del giudice di fronte alle affermazioni dei coniugi.<sup>3</sup> Riteniamo che è bene individuare i due estremi, che in fondo sono – tutti e due – delle manifestazioni di formalismo, sia quello che sospetta ostinatamente della sincerità delle parti, sia quello (che potremmo denominare *ingenuo*), secondo il quale si dovrebbe attribuire automaticamente valore di prova piena alle dichiarazioni delle parti fatte «*pro nullitate vinculi*» rinunciando a vagliarle seriamente con altre prove – anche cercate d'ufficio dal giudice (cfr. can. 1452) – perché, secondo questa visione *ingenua*, chi si rivolge al tribunale ecclesiastico, avendo a disposizione il divorzio civile per “risolvere” la propria situazione, lo farebbe sempre con retta coscienza e secondo verità.<sup>4</sup>

Non c'è spazio in questa *nota* per fare un'analisi dettagliata dei due canoni invocati né delle diverse fasi dei lavori di redazione dei canoni. Volendo riassumere le linee guida dei lavori di riforma, possiamo farlo in torno a tre punti: a) da una parte, la volontà di superare la diffidenza contenuta nella legislazione precedente riguardo le affermazioni delle parti; b) in secondo luogo, il proposito di distinguere tra la forza probatoria nelle cause in cui è in gioco un bene privato da quelle che riguardano il bene pubblico, come sono le cause di nullità del matrimonio; c) infine, e come *leit motiv* di tutto il processo, la volontà di evitare ogni sorta di formalismo: a tale fine si sottolinea più volte la grande libertà di cui gode il giudice nel valutare le dichiarazioni delle parti nell'insieme dei mezzi e gli elementi di prova presenti nella causa. Potremmo aggiungere ancora un quarto punto, questo negativo, ed è la confusione esistente tra dichiarazione e confessione: l'aver conservato il concetto di “confessione” nel canone sul processo ordinario, ha avuto come

<sup>3</sup> Sulle difficoltà di applicazione di detti canoni, cfr. J. LLOBELL, *La genesi dei disposti normativi sul valore probatorio delle dichiarazioni delle parti: il raggiungimento del principio della libera valutazione delle prove*, in S. GHERRO (a cura di), *Confessione e dichiarazione delle parti nelle cause canoniche di nullità matrimoniale*, Padova, 2003, 99-145; M. F. POMPEDDA, *Il valore probativo delle dichiarazioni delle parti nella nuova giurisprudenza della Rota Romana*, «*Ius Ecclesiae*», 5 (1993) 437-468 (anche in *Studi di diritto processuale canonico*, Milano, 1995, 195-240); M. J. ARROBA, *Il valore di prova delle dichiarazioni giudiziali delle parti nelle cause di nullità matrimoniale*, in *Rivista diocesana torinese* 77 (2000) 175-199 (ripreso sostanzialmente come *Le dichiarazioni delle parti nelle cause di nullità matrimoniale*, in *Matrimonium et Ius. Studi in onore del Prof. Avv. Sebastiano Villeggiante*, Città del Vaticano 2006, 219-255); P. BIANCHI, *È più facile, col nuovo Codice di diritto canonico, dimostrare la nullità di un matrimonio? I canoni 1536, § 2 e 1679*, «*Quaderni di diritto ecclesiale*», 3 (1990) 394-410; IDEM, *Nullità di matrimonio non dimostrabili. Equivoco o problema pastorale*, «*Quaderni di diritto ecclesiale*», 6 (1993) 280-297.

<sup>4</sup> Cfr. M. CALVO TOJO, *Reforma del proceso matrimonial anunciada por el Papa*, Salamanca, 1999, 313-314. Un'impostazione estrema (e non tanto “ingenua”) si trova nei lavori di uno dei consultori del *coetus* di revisione del Codice, S. J. Kelleher: “each person would decide in his own conscience whether or not he is free before God from one marriage and free to enter another” (S. J. KELLEHER, *The Problem of the Intolerable Marriage*, in *America*, 14 settembre 1968, 181). Per una critica contemporanea ai lavori di Kelleher, cfr. I. GORDON, *De nimia processuum matrimonialium duratione: factum, causae, remedia*, in *Periodica* 58 (1969) 645-646.

risultato una certa confusione interpretativa, in quanto inconsciamente la forza probatoria delle “confessioni” nelle cause pubbliche facilmente si è assimilata alla forza delle confessioni nelle cause private, dove l’affermazione “contro se peracta” libera l’altra parte dalla prova e nella pratica costituisce la prova piena.

Tale proposito si evince dai diversi interventi espressi nel *coetus* di revisione del Codice e, in modo particolare, nelle risposte date dai membri della commissione codificatrice ad alcuni suggerimenti non accolti dal *coetus* di revisione.<sup>5</sup> Qui vorremmo segnalarne soltanto una, che ci sembra particolarmente significativa.

Dopo l’invio dello *schema* 1976, in cui veniva sancita la decisione di estendere a tutte le cause di nullità matrimoniale la soluzione prospettata a proposito dell’argomento morale previsto nel vecchio can. 1975 per le cause di inconsumazione o impotenza, pervenne un’osservazione inviata da una Conferenza Episcopale centroeuropea che proponeva una nuova redazione per il futuro can. 1679: «§ 1. *Nisi probationes aliunde plenae habeantur, inter elementa, de quibus in can. 178 § 2, testes de partium credibilitate adhiberi possunt. § 2. Iudex serio aestimet, num ex toto actorum complexu moralis certitudo de nullitate matrimonii oriatur*». La motivazione data per il cambiamento è la seguente: «*Ad § 1: per esprimere chiaramente che i testi di credibilità delle parti sono da considerarsi tra gli elementi di cui al citato can. 178 § 2. Ad § 2: per evitare che si possa pensare che basta la asserzione delle parti, appoggiata dai testi di credibilità, per concludere la nullità del matrimonio*».

La motivazione del rifiuto di tale proposta è anch’essa significativa. I consultori considerarono ovvie le due segnalazioni della conferenza episcopale: i testi di credibilità sono da considerarsi tra gli *elementa* che *omnino corroborant* le dichiarazioni delle parti, e le dichiarazioni delle parti dovevano essere valutate nell’insieme probatorio, come una prova in più e senza che il giudice possa ritenere di poter raggiungere la certezza sufficiente con le sole dichiarazioni sostenute dai testi di credibilità delle parti, lasciando da parte o trascurando tutto il complesso degli atti.<sup>6</sup>

<sup>5</sup> Certamente, le affermazioni riscontrate nei lavori di codificazione vanno prese con cautela, senza scambiarle *tout court* con la *mens legislatoris*; ma è anche vero che lo studio di detti lavori può fare luce sulla retta interpretazione del dettato legislativo. Cfr. J. OTADUY, commento al can. 17 in (a cura di A. Marzoa, J. Miras e R. Rodríguez-Ocaña), *Comentario exegético al Código de Derecho Canónico*, vol. I, Pamplona, 1996. Per un’esposizione della genesi dei canoni 1536 e 1679 e dei precedenti nel codice pianobenedettino e nella legislazione intercodificiale, cfr. J. LLOBELL, *La genesi dei disposti normativi sul valore probatorio delle dichiarazioni delle parti* cit., al quale rimandiamo; cfr. anche il nostro *Le dichiarazioni delle parti e la certezza morale* cit., 389-404. Parte della documentazione presentata da Llobell, all’epoca inedita, è stata pubblicata (quella relativa ai lavori delle adunanze del 13 al 17 febbraio 1968) posteriormente su *Communicationes* 38 (2006) 234-271.

<sup>6</sup> «*Consultoribus haec formula non placet, quia explicatio quam praebet § 1 videtur obvia, et quia*

### 1. 1. Il concetto di “confessione”

Venendo alle specificazioni apportate da “*Dignitas connubii*” ai nostri canoni, bisogna dire che non sono molte. Sostanzialmente, sono due, di cui una è una specificazione della natura degli elementi corroborativi delle affermazioni rese in giudizio dalle parti, e l’altra vorrebbe costituire un chiarimento terminologico.

Cominciando da quest’ultima: l’art. 179 § 1 riporta la definizione di confessione giudiziale contenuta del can. 1535: “L’asserzione di un fatto circa la materia stessa del giudizio resa per iscritto od oralmente da una parte contro di sé avanti al giudice competente, sia spontaneamente sia a domanda del giudice, è una confessione giudiziale”. Il can. 1536 attribuisce diversa forza probatoria alle confessioni, a seconda del bene che è in gioco. Quando è in gioco un bene privato “e non è in causa il bene pubblico” può fare prova piena in quanto “libera le altre parti dall’onere della prova” (can. 1536 § 1).

Questo § 1 del can. 1536 non si trova in nessun articolo di *Dignitas connubii*, proprio perché il matrimonio riguarda il bene pubblico, per cui non gli è d’applicazione detto paragrafo sulla forza probatoria delle confessioni nelle cause private. Il § 2 del canone, invece, si ritrova nell’art. 180 § 1, dove si segnala qual’è la forza probante delle “confessioni e le altre dichiarazioni rese in giudizio dalle parti”.

Parte della dottrina<sup>7</sup> adopera una distinzione tra confessione e dichiarazione, a seconda del rapporto con la propria posizione processuale. Le “confessioni” – giudiziali o extragiudiziali – avrebbero la nota della autoavversità rispetto alla propria posizione processuale (di attore o convenuto), indipendentemente della relazione con la validità del matrimonio, mentre le dichiarazioni – anche qui giudiziali o extragiudiziali – sarebbero a sostegno della propria posizione processuale.

Ora, se l’elemento che contraddistingue la confessione è il fatto di essere «*contra se peracta*» (can. 1535), quando una parte afferma di aver simulato o viziato il consenso matrimoniale, o di essere stata soggetta ad un impedimento dirimente non dispensato, riesce difficile vedere come tale affermazione possa essere considerata “confessione”. A ben guardare non può parlarsi di autoavversità quando lo scopo del processo di nullità del matrimonio non è far passare una propria posizione ma coadiuvare ad accertare la verità del proprio stato: non dichiara contro sé chi aiuta a stabilire la verità del suo

*cautela in § 2 expressa videtur superflua, cum nemo tenere possit sola “testimonia credibilitatis” sufficere ad certitudinem moralem toto actorum complexu praetermisso vel neglecto»* («Communicatio», 11 (1979) 263). Cfr. in questo senso anche P. BIANCHI, *È più facile...* cit., 400.

<sup>7</sup> Cfr. M. J. ARROBA, *Il valore di prova delle dichiarazioni giudiziali delle parti* cit., 179.

matrimonio. Sembra ambiguo ammettere che sia una vera “confessione” l’affermazione del convenuto di aver simulato: è vero che sarebbe un’ammissione contro la posizione processuale, ma, indipendentemente dall’eventuale interesse del convenuto ad ottenere la nullità – spesso solo formalmente opposto all’attore –, l’autoaversità sarebbe molto *sui generis* in quanto l’accertamento della verità è da considerarsi *pro se*. Non si vede come una “confessione di verità”, nelle nostre cause, possa recare danno. Per questo motivo, gran parte della dottrina ha ritenuto inaccettabile l’uso del termine confessione nei processi di nullità matrimoniale, dove tutti i protagonisti del processo sono coinvolti nella ricerca della verità.<sup>8</sup>

L’uso del termine “confessione” applicato alle cause matrimoniali, oltre ad essere concettualmente inadeguato, può provocare l’equivoco di attribuire alla dichiarazione della parte la stessa forza probatoria che ha la confessione nelle cause private, nelle quali produce prova piena, mentre in quelle pubbliche la dichiarazione della parte mai può avere automaticamente tale forza, poiché il giudice deve valutarla liberamente insieme agli altri elementi probatori.

È a tutti noto però che la giurisprudenza continua a denominare “confessione” la dichiarazione della parte, soprattutto per costruire l’impalcatura della prova della simulazione. Ci si poteva aspettare dunque dall’istruzione *Dignitas connubii* un chiarimento in proposito; e riteniamo che, in un certo senso – sebbene una prima lettura suggerisca il contrario –, un qualche chiarimento c’è stato.

In questo senso, va notato che l’art. 179, dopo aver definito nel § 1 la confessione giudiziale – richiamandosi al can. 1535 – nei termini testé segnalati, e proprio perché tale qualifica non è applicabile nelle cause matrimoniali, nel § 2 – per salvare la prassi rotale – aggiunge che “Tuttavia nelle cause di nullità di matrimonio si intende per confessione giudiziale la dichiarazione con cui una parte, oralmente o per iscritto, afferma davanti al giudice competente, sia di sua spontanea volontà che a domanda del giudice, un fatto suo proprio contrario alla validità del matrimonio”.

Diversamente dunque da quanto prevedono il can. 1535 e il § 1 di questo art. 179 in cui si segnala come elemento caratteristico della confessione che sia fatta contro di sé, il § 2 segnala che, nelle cause matrimoniali, la contrarietà non si riferisce al fatto che l’asserzione contraddica la posizione processuale di chi depone ma più semplicemente al fatto che sia contraria alla validità del matrimonio.

L’uso del termine “confessione” per riferirsi a queste asserzioni contro

<sup>8</sup> Cfr. P. A. BONNET, *Il giudice ecclesiale e la valutazione delle prove*, in *Giudizio ecclesiale e pluralismo dell’uomo*, Torino 1998, 262; J. LLOBELL, *La certezza morale nel processo canonico*, in *Il Diritto Ecclesiastico* 109/1 (1998), 786; P. BIANCHI, cit., 396-397.

la validità del matrimonio ha lo scopo, a quanto pare, di “legittimare” una prassi giurisprudenziale, ma minimamente pretende modificare la soluzione codiciale sulla forza probante delle affermazioni delle parti. A prima vista, la specificazione del § 2 dell’istruzione può sembrare confusa perché sembra voler cambiare il presupposto della confessione. Ma, a ben guardare, proprio perché si adoperava un concetto di confessione apertamente “sui generis”, la soluzione seguita dall’istruzione potrebbe servire a semplificare la questione: tutte le dichiarazioni delle parti sono appunto dichiarazioni, non confessioni se non nel senso improprio dell’art. 179 § 2, confessioni queste alle quali non si può dare una forza diversa del resto delle dichiarazioni.

La dizione di DC allora potrebbe servire a superare i formalismi ai quali accennavamo precedentemente. L’istruzione sembra voler dire che in ambito matrimoniale il termine “confessione giudiziale” si adoperava solo impropriamente e non avrebbe senso parlare di due tipi di confessione, una contro la validità del matrimonio e una contro la propria posizione processuale.

Di conseguenza, l’interpretazione dell’art. 179, a nostro avviso non può essere altra che ritenere tutte le dichiarazioni delle parti sullo stesso piano: che siano favorevoli o contrarie alla nullità, tutte vanno interpretate liberamente dal giudice coerentemente con le altre prove prodotte, e con la capacità di produrre la certezza morale ai sensi dei cann. 1536 § 2 e 1679.

### 1. 2. Gli “elementa” corroborativi delle dichiarazioni delle parti devono essere “probatoria”

L’altra novità contenuta nell’art. 180 § 1 DC riguarda la natura degli elementi corroborativi che, secondo il can. 1536 § 2, possono attribuire forza di prova piena alle “confessioni” delle parti nelle cause pubbliche: “at vis plenae probationis ipsis tribui nequit, nisi alia accedant elementa quae eas omnino corroborent”. (“Prova piena”, com’è noto, è un concetto equiparabile a quello di prova sufficiente per raggiungere la certezza morale).<sup>9</sup> Ebbene, il § 1 dell’art. 180 segnala che questi elementi che possono dare forza di prova piena alle dichiarazioni delle parti debbono essere elementi *probatori*: “nisi alia accedant elementa probatoria...”.

Per la verità, gran parte dei commentatori al Codice avevano interpretato pacificamente il tenore del can. 1536 come riferito agli elementi *di prova*.<sup>10</sup> Per

<sup>9</sup> Cfr. J. LLOBELL, *La certezza morale...* cit., passim. La prova piena riguarda la prova sufficiente a provocare la certezza nel giudice sul fatto giuridico (il fatto da provare che risulta giuridicamente rilevante) e non sui singoli fatti storici che lo supportano (cfr. M. J. ARROBA, *Il valore di prova...* 191).

<sup>10</sup> Cfr. J. L. ACEBAL LUJÁN, commento al can. 1536 in FACULTAD DE DERECHO CANÓNICO DE LA UNIVERSIDAD PONTIFICIA DE SALAMANCA, *Código de Derecho Canónico. Edición bilingüe comentada*, Madrid, 1985, 756; S. PANIZO ORALLO, *Temas procesales y nulidad matrimonial*,

alcuni autori invece la specificazione di tali elementi come “probatori” può essere fonte di confusione: “non sarà d’aiuto l’aver specificato ora [nell’istruzione *Dignitas connubii*] che gli elementi atti a corroborare la dichiarazione della parte, per la prova piena, debbono essere «elementa probatoria»”. Il motivo del disappunto è la possibilità di fraintendimenti: “si può prevedere che non mancherà chi (contro la sana ermeneutica) confonderà gli elementi con le «prove», cioè con ratifiche dirette, anziché intenderli (come l’evoluzione normativa impone) come indizi, ammenicoli o circostanze di fatti e di persone, desunti certamente dalle prove, ma con un rapporto solo indiretto con il fatto dichiarato dalla parte”.<sup>11</sup>

L’art. 180 DC sottolinea comunque che gli elementi grazie ai quali le affermazioni delle parti possono costituire “plena probatio” – similmente a quanto prevedono il can. 1572, 4 e l’art. 201, 5 DC sugli elementi che, oltre ai *contestes*, supportano le affermazioni dei testi –, sono componenti dei mezzi di prova, e non di elementi di altra natura.<sup>12</sup>

Vale a dire: il giudice cerca di raggiungere la certezza necessaria valutando le dichiarazioni giudiziali delle parti insieme ad altre prove ed elementi probatori. Qualora non trovasse prove ed elementi convergenti, e quindi non si raggiunga la prova piena, il giudice, in tal caso, per valutare le asserzioni delle parti, farà ricorso a dei testimoni circa la loro credibilità, oltre (*praeter*) ad altri indizi e ammenicoli (art. 180 § 2, can. 1679).

La retta applicazione dell’art. 180 DC richiede di distinguere la valutazione dell’attendibilità dell’elemento di prova da una parte (se il giudice può dar credito a quanto afferma la parte) e l’utilità di tale elemento in ordine al *factum probandum*: “il giudice, dopo aver valutato l’attendibilità dell’elemento di prova, deve ancora stabilire se questi, oltre ad essere attendibile, sia anche utile, se cioè fornisce argomenti in ordine all’esistenza del fatto da provare. In altre parole, se conferma o meno l’ipotesi sul *factum probandum* (giudizio di conferma dell’ipotesi fattuale)”.<sup>13</sup>

Allora il giudice, se non riesce ad avere la certezza da una valutazione

Madrid, 1999, 482; P.V. PINTO, *I processi nel codice di diritto canonico. Commento sistematico al Lib. VII*, Città del Vaticano, 1993, 292-293; TH. DORAN, commento al can. 1536, in *Comentario exegetico... cit.*, IV/2, 1299; L. DEL AMO, commento al can. 1536 in *Codice di Diritto Canonico* (ed. a cura di J. I. Arrieta), Roma 2004, 1026.

<sup>11</sup> M. J. ARROBA, *Diritto processuale canonico*, Roma 2006, 442.

<sup>12</sup> Cfr. A. STANKIEWICZ, *Valutazione delle prove secondo l’istruzione*, in (a cura di J.I. Arrieta), *L’Istruzione “Dignitas Connubii” nella dinamica delle cause matrimoniali*, Venezia 2006, 80, con una critica rivolta all’opinione opposta di K. LÜDICKE, *Der kirchliche Ehenichtigkeitsprozess nach dem Codex Iuris Canonici von 1983. normen und Kommentar*, Essen 1996, 160: “Elementa sind nicht probationes”.

<sup>13</sup> A. STANKIEWICZ, *Valutazione delle prove secondo l’istruzione cit.*, 80, con riferimento a L. LOMBARDO, *La prova giudiziale*, Milano 1999, 428.

complessiva dei mezzi di prova (comprese le dichiarazioni delle parti), è tenuto a fare ricorso agli indizi e amminicoli e, se possibile, ai testi di credibilità. Certamente il ricorso ai testi (“testes de ipsarum partium credibilitate, si fieri potest, adhibeat”) non è imposto da una clausola irritante, e l’aggiunta *si fieri potest* in fondo sottolinea la ininfluenza della mancanza di tale ricorso agli effetti della validità della sentenza, ma è anche vero che il Legislatore ha voluto escludere la “opzionalità” del ricorso ai testi; non è che il giudice cerca il teste se lo ritiene opportuno: deve farlo, se possibile, appunto.<sup>14</sup>

Si potrebbe invece prescindere dal ricorso ai testi se la dichiarazione della parte o delle parti avesse acquisito la forza probatoria piena “altrimenti”, valutata cioè nell’insieme dell’apparato probatorio, come sta a indicare l’esordio del can. 1679 e dell’art. 180 § 2: “Nisi probationes aliunde plenae habeantur...”.

I testi di credibilità sono quelli che, pur non essendo a conoscenza diretta del fatto controverso – e in mancanza di una prova piena su di esso – vengono chiamati affinché forniscano notizie sulla probità e veridicità dei coniugi.<sup>15</sup> Tali testi debbono essere persone davvero autorevoli e terzi rispetto alla persona e alla controversia in gioco.<sup>16</sup> Si tratta di persone che, per la loro figura morale o anche per la funzione che esercitano nella vita ecclesiale (sacerdoti, religiosi...), risultano in se stessi attendibili e capaci di esprimersi sull’attendibilità delle parti di loro conoscenza.<sup>17</sup> In ogni caso, questi testi fondano il proprio giudizio di credibilità sulla conoscenza diretta della parte e non su una generica fiducia, la quale svuoterebbe di senso l’istituto dei testi di credibilità.

Comunque, oltre al ricorso a questi testi esplicitamente adoperati per discernere la credibilità della parte, il giudice deve tener conto dell’insieme delle altre testimonianze espresse nella causa sull’oggetto della controversia, cercando di evitare però ciò che è stato chiamato *l’aritmetica della credibilità*, laddove si tiene conto soltanto del numero di testi a favore di ogni posizione

<sup>14</sup> Diversamente per Kelleher: “Witnesses as to the credibility of the principals or the other witnesses shall not be heard unless, in the judgement of the judge, there is serious reason to question their credibility” (S. J. KELLEHER, *A suggested method of procedure in the Recognition of the Fourth Book of the Code*, in *The Jurist* 29 (1969) 80).

<sup>15</sup> Cfr. L. DEL AMO, commento al can. 1679, in *Codice di Diritto Canonico* cit., 1113; M. GUIDA, *Il teste di credibilità* cit.; J. CARRERAS, commento al can. 1679, in (a cura di A. Marzoa, J. Miras e R. Rodríguez-Ocaña), *Comentario exegetico al Código de Derecho Canónico*, IV / 2, Pamplona, 1996, 1894-1896. Sui precedenti della figura nei *testes septimae manus*, cfr. T. J. McNICHOLAS, *The Septimae Manus Witness*, Washington 1949.

<sup>16</sup> Cfr. S. Th. II-II, q. 70, a. 2 ad 2.

<sup>17</sup> Serrano sottolinea che questi testi “possono coinvolgere lodevolmente la pastorale nel lavoro giudiziale” (J. M. SERRANO, *Appunti e spunti a proposito dell’istruzione “Dignitas connubii”*, in AA.VV. *Matrimonium et Ius*, cit., 81).

processuale, indipendentemente della *qualità* dei contributi dei testi. Così succede se si fa il computo numerico dei pareri favorevoli a pro della parte attrice (rilasciati da parenti e amici dei quali magari non si possiede nessuna referenza e che alle volte non fanno che ripetere gli stessi concetti, perfino con le stesse parole) e a sfavore della parte convenuta (rilasciati dai medesimi testi e senza che ad essi venga domandato sulla base di quali fatti specifici le neghino attendibilità); mentre spesso non è chiaro se la parte convenuta sia stata informata dalla possibilità di addurre delle prove a suo favore o sia stata invitata a fornire referenze sulla sua credibilità.<sup>18</sup>

Ma oltre ai testi di credibilità – da adoperare *si fieri potest* –, il giudice deve tener conto degli altri indizi e amminicoli.<sup>19</sup> L'*indicium* (“notizia, indicazione, rivelazione”) è un elemento di prova mediata e indiretta: un fatto certo (un atteggiamento, un comportamento accertato, le convinzioni, le parole pronunciate o il silenzio mantenuto, ecc.), da cui il giudice può argomentare l'esistenza o meno di un fatto rilevante, peraltro non altrimenti provato. L'indizio è elemento di prova fondamentale della prova presuntiva, nella quale il giudice, applicando le regole del sillogismo, riscontra una congruenza tale tra il fatto certo e quello controverso (e incerto) che gli porta alla certezza morale su di esso: dati gli *indicia*, non vi è possibilità (per l'interprete, nel caso concreto) di fare una congettura diversa.<sup>20</sup>

Gli *adminicula* (“che sostiene, che aiuta”) invece, sono quegli elementi di aiuto o sostegno alla prova. L'amminicolo può essere preso in considerazione sia come prova imperfetta che come valore imperfetto della prova (che, appunto può avere forza concludente o amminicolare). Hanno valore di *adminicula* sia gli stessi testimoni sulla credibilità, lettere testimoniali, attestati di religiosità, probità e credibilità di cui al can. 1572, ecc., così come anche le circostanze. Le circostanze consistono in ciò che caratterizza i fatti senza costituirne la sostanza. Sia le circostanze personali (la religiosità, la cultura,

<sup>18</sup> Cfr. P. BIANCHI, *Le prove: a) dichiarazione delle parti; b) presunzioni; c) perizie*, in *I giudizi nella Chiesa. Il processo contenzioso e il processo matrimoniale*, «Quaderni della Mendola» vi, Milano 1998, cit., 88-89.

<sup>19</sup> Su questi elementi, cfr. L. DEL AMO, *La clave probatoria en los procesos matrimoniales (Indicios y circunstancias)*, Pamplona 1978; IDEM, commento al can. 1679 cit.; A. STANKIEWICZ, *Valutazione delle prove secondo l'istruzione* cit., 80; P. BIANCHI, *Le prove...* 88; S. PANIZO ORALLO, *Temas procesales y nulidad matrimonial* cit., 463-465.

<sup>20</sup> Un altro conto è, com'è evidente, la possibilità di errore da parte del giudice. Nel rapporto tra l'indizio ed il fatto presunto ci sono dunque un elemento soggettivo – la certezza raggiunta dal giudice – ed uno oggettivo – la connessione diretta tra i fatti – che hanno un valore diverso dal punto di vista dell'impugnazione della decisione: non si può discutere circa la certezza ottenuta dal giudice, ma si può contestare la assenza (o la debolezza) della relazione tra i fatti. Cfr. M. A. ORTIZ, *Circa l'uso delle presunzioni nelle cause di nullità del matrimonio*, «Ius Ecclesiae» 8 (1996) 821-850.

il *modus vivendi*, e anche il modo di comportarsi in giudizio) che quelle oggettive (in modo particolare, le situazioni causate dal comportamento di una persona) servono a corroborare in via logica la solidità di una prova, senza essere prova in se stesse, del fatto che concorrono a dimostrare.

Sia i testi di credibilità che gli “*indicia et adminicula*” sono elementi probatori: sono, nei processi matrimoniali, gli “*alia elementa*” che il can. 1536 § 2 segnala come sufficienti ad avvalorare la prova se non è stata raggiunta la certezza morale “altrimenti”.

Come abbiamo accennato precedentemente, una questione non del tutto pacifica tra gli autori è se gli “*indicia et adminicula*” debbono essere riferiti alla credibilità della parte o all’oggetto di prova principale. A nostro avviso, il problema è spesso una questione di parole. Come ricorderemo fra poco, la credibilità della parte non riguarda esclusivamente la sua probità di vita ma principalmente l’attendibilità di quanto affermato, che il giudice ritiene coerente, sia intrinsecamente sia nell’insieme degli elementi di prova e, concretamente, di quegli elementi che indicano come vere le affermazioni della parte e allo stesso tempo sostengono la tesi di fondo.

Nel caso risolto dalla presente decisione, le affermazioni dell’attore, oltre ad essere credibili perché un autorevole teste avvalora la rettitudine e la probità del soggetto, sono credibili soprattutto perché concorrono diversi indici e amminicoli. Concretamente, i fatti e le circostanze che indicano e sostengono sia la stessa credibilità della parte (i motivi di coscienza che spingono l’attore, la conversione di vita operata, l’atteggiamento dimostrato durante la causa, ecc.), sia soprattutto l’esistenza dell’atto positivo di esclusione: l’esistenza di un appartamento nel quale l’attore intratteneva frequentemente rapporti extraconiugali: “Caio aveva in fitto un locale nello stabile dove io alloggiavo e lì riceveva qualche donna, (...) si usciva tutti insieme per qualche locale anche fuori Milano e ci si accompagnava a qualche donna” (YY., Summ. 61/10); “Veniva lì perché portava le ragazze. L’ho visto per un po’ di tempo con ragazze differenti, dopo, per due o tre anni, l’ho visto venire sempre con una donna, con la quale sta adesso” (ZZ., Summ. 32-33/1).<sup>21</sup>

Allora si potrebbe concludere che gli *indicia et adminicula* riguardano la credibilità sia perché la stessa deposizione del teste di credibilità apporta indici e circostanze (appunto la religiosità, onestà, ecc. in seguito ad una conversione di vita operata nell’attore del caso presente) che avvalorano le affermazioni della parte, sia perché i fatti e le circostanze presenti nella causa (alcune apportate dalla stessa parte, altre dai diversi testi) rendono coerente e credibile l’affermazione della parte.<sup>22</sup> Il giudice in tal caso non ha prodot-

<sup>21</sup> Sent. c. Caberletti, *Reg. Insubris seu Mediolanen.* 22 giugno 2006, n. 14.

<sup>22</sup> In questo senso anche M. J. ARROBA, *Diritto processuale canonico* cit., 441; IDEM, *Il valore di prova delle dichiarazioni giudiziali delle parti* cit., 197 e 199.

to necessariamente nuove prove oltre quelle già presenti (anche se avrebbe sempre potuto farlo), ma ha ritenuto sufficientemente provato quanto afferma la parte perché sostenuto dagli “elementa probatoria” menzionati.

Di conseguenza, l’affermazione “nell’individuare tali elementi [gli “alia elementa” del can. 1536 § 2] non si deve necessariamente far riferimento ad altre prove”<sup>23</sup> è giusta se si presuppone che le altre prove esistono, solo che sono state insufficienti a fornire la certezza morale. Non avendo la prova piena altrimenti (“nisi probationes aliunde plenae habeantur”), il giudice centerà l’attenzione sulle dichiarazioni delle parti avvalorate dalla testimonianza qualificata del teste di credibilità e dall’insieme di elementi probatori presenti nella causa, senza escludere che il giudice possa cercare altre prove *ex officio*.

Riteniamo invece fuorviante sia un’interpretazione che si accontentasse della dichiarazione della parte – magari “di proba condotta” – ma le cui affermazioni sono in forte contrasto con gli elementi probatori presenti, sia anche l’atteggiamento del giudice che rinuncia a produrre altre prove perché la parte è ritenuta soggettivamente credibile in quanto è in buona fede e con retta intenzione.

Fuori del caso di impossibilità di adire l’altro coniuge e i testi (per esempio, perché l’attore si è trasferito e “sradicato” senza nessuno che possa riferire delle sue circostanze), necessariamente vengono fuori elementi, che sono probatori, che riguardano non soltanto la “probità” della parte ma l’oggetto principale della prova. Perfino nel caso estremo in cui uno dei coniugi riferisce di un fatto mai rivelato e del quale nessun altro può riferire (per esempio, una violenza subita nell’infanzia che ha lasciato forti segni nella sua personalità), forse non si può contare su testi che riferiscano del fatto storico della violenza avvenuta, ma sì degli effetti psicologici nella personalità e delle manifestazioni (comportamenti, circostanze: *indizi et adminicula*) che rendono spiegabile l’affermazione della parte: certi atteggiamenti, risposte, chiusure, che possono essere indizi non tanto della credibilità quanto della prova del fatto giuridico dell’eventuale incapacità o esclusione.

<sup>23</sup> M. GUIDA, *Il teste di credibilità*, «Apollinaris», 76 (2003) 498; l’autore elenca alcuni *indicia et adminicula*, praticamente soltanto quelli riferiti alla credibilità soggettiva: gli antecedenti familiari e sociali, la religiosità, le motivazioni che spingono ad inoltrare la causa e lo scopo che ne persegue; la reazione della parte di fronte alle verità avverse; l’esperienza del giudice nel giudicare casi analoghi... Cfr. *ibid.*, 499, con riferimento a O. GIACCHI, *La certezza morale nella pronuncia del giudice ecclesiastico*, «Ius Populi Dei», *Miscellanea in honorem Raymundi Bidagor*, II, Roma 1972, 619-620. Dello stesso avviso sembra G. P. WEISHAUP, *De necessitate credibilitatis partium intrinsecae ad certitudinem moralem in causis matrimonialibus adipiscendam*, «Periodica», 95 (2006) 654-655.

### 1. 3. Allora, come interpretare i cann. 1536 § 2 e 1679?

Cercando di fare una lettura del combinato disposto dei due canoni relativi alla forza probatoria delle dichiarazioni delle parti nei processi di nullità matrimoniale – 1536 § 2 e 1679 – possiamo dire che:

a) il giudice è tenuto a ricavare ogni mezzo di prova che possa essere d'aiuto per il raggiungimento della certezza morale sulla validità o meno del matrimonio in questione, e deve valutare in coscienza (“*ex sua conscientia*”: can. 1608 § 3) le prove presentate dalle parti – o richieste da lui stesso *ex officio* – che sostengono i motivi contrastanti;

b) ordinariamente, il giudice riceve e valuta le dichiarazioni delle parti nell'insieme delle prove: tali dichiarazioni “*vim probandi habere possunt, a iudice aestimandam una cum ceteris causae adiunctis*” (can. 1536 § 2). La prova piena – la certezza morale sufficiente – sarà costituita dall'insieme dei mezzi di prova, comprese le dichiarazioni delle parti. Vale a dire, il giudice è sempre tenuto a ricevere *criticamente* le dichiarazioni delle parti: cercando cioè di vagliare le loro affermazioni proprio perché tenuto a cercare di scoprire la verità;

c) se l'istruttoria è scarsa – per impossibilità di espletare altre prove – o discordante, eccezionalmente il giudice può ritenere sufficiente per fornirgli la certezza morale le dichiarazioni delle parti, o di una sola di esse, solo se sono presenti “*alia elementa probatoria*” che le corroborino completamente (“*omnino*”);

d) nelle cause di nullità matrimoniale, tali elementi corroborativi consistono innanzitutto in indizi e amminicoli che sostengono (anche qui “*omnino*”) le affermazioni delle parti e, se possibile, in testi sulla loro credibilità.

e) nel caso assai singolare in cui non si riesca assolutamente ad avere indizi e amminicoli corroborativi (e, ovviamente, non essendoci degli elementi accertati in forte contrasto con la tesi della parte) né testi che diano fede sulla credibilità della parte, le dichiarazioni delle parti, o di una di esse, potrebbe produrre da sola la certezza morale nel giudice ma non allo stesso modo che producono prova piena le confessioni in cause private (automaticamente) perché, nelle cause matrimoniali, il giudice, di fronte alla sola dichiarazione delle parti, non è tenuto ad assecondarla necessariamente, se non la trova coerente e non riesce a essere moralmente certo di quanto affermato dalle parti.

f) e infine, se malgrado tutto – se malgrado una parte o ambedue sono ferme e concordi nelle loro affermazioni e malgrado consti la buona fede delle parti – al giudice rimane «qualche fondato o ragionevole dubbio» sulla nullità invocata, deve dare una decisione negativa. Ciò accadrà se riscontra dei motivi che un sano, serio e competente giudizio dichiara come almeno

degni di attenzione, e che di conseguenza fanno sì che la validità del vincolo appaia non soltanto come possibile assolutamente – il che accade sempre – ma altresì come in qualche maniera probabile.<sup>24</sup>

Di conseguenza, se il giudice si accontenta dalle sole dichiarazioni, potendo ricavare altre prove, ricadrebbe in un formalismo contrario al principio della libera (non arbitraria né superficiale) valutazione delle prove che è alla base della certezza morale, raggiunta *ex actis et probatis*.

## 2. L'attendibilità e credibilità delle dichiarazioni

Nel ricevere le dichiarazioni delle parti, il can. 1534 indica che si devono osservare – *cum proportione* – “le regole stabilite per i testimoni nei cann. 1548 § 2, 1; 1552 e 1558-1565”. L’ammonimento di seguire quelle regole “*cum proportione*” ha una ragion d’essere evidente: non è esattamente uguale ricevere il parere di un teste ordinariamente estraneo all’oggetto del litigio che riceverlo della parte, che è necessariamente parziale (appunto di parte).<sup>25</sup>

Anche se il can. 1534 non rinvia espressamente al can. 1572, sembra evidente che i criteri lì contenuti sulla valutazione delle testimonianze vanno applicati – *cum proportione* – alle dichiarazioni delle parti, specie se discordanti, come accade nel caso presente.<sup>26</sup> Di conseguenza, nella valutazione, il giudice non tralascierà la prudenza contenuta nei principi di “psicologia giudiziale” implicitamente accennati nel can. 1572.<sup>27</sup>

Tali criteri di valutazione insegnano che la testimonianza (in un senso che comprende anche le dichiarazioni delle parti) non si limita ad esporre dei ricordi “ma è il risultato dell’elaborazione di una rappresentazione avuta in passato”.<sup>28</sup> La memoria – che non è sempre affidabile: spesso è fallibi-

<sup>24</sup> Cfr. J. LLOBELL, *La genesi dei disposti normativi sul valore probatorio delle dichiarazioni delle parti* cit., 141.

<sup>25</sup> Cfr. J. M. SERRANO, *Appunti e spunti a proposito dell’istruzione “Dignitas connubii”* cit., 80.

<sup>26</sup> Cfr. M. J. ARROBA, *Il valore...* 199; *Le dichiarazioni...* 255.

<sup>27</sup> Nei lavori di redazione del canone si faceva riferimento a tali principi di psicologia giudiziale (cfr. «Communicationes», 38 (2006) 271). Posteriormente, il riferimento alle conoscenze di psicologia fu soppresso perché si ritenne che tali conoscenze dovrebbero essere sempre presenti nella valutazione del giudice: cfr. *Communicationes* 11 (1979) 120; F. GIL DE LAS HERAS, commento al can. 1573, in *Comentario exegetico* cit.

<sup>28</sup> Rimandiamo a G. ZUANAZZI, *Psicologia e psichiatria nelle cause matrimoniali canoniche*, Città del Vaticano 2006, 285-293. Cfr. anche G. MAZZONI, *Si può credere ad un testimone? La testimonianza e le trappole della memoria*, Bologna 2003. Zuanazzi sottolinea il carattere dialogico del modo come vengono rielaborati i ricordi dei fatti passati, da cui l’importanza di come viene suscitato il ricordo e come viene interpretato dal giudice: “la testimonianza inoltre non può essere studiata unicamente dal lato di colui che la presta, bensì anche dal lato di colui che la riceve, sia per le influenze che il particolare rapporto interpersonale e il modo di porre le domande esercitano sul test, sia perché il giudice deve saper leggere le risposte con senso critico e obiettività” (G. ZUANAZZI, *Psicologia e psichiatria*, 285). Si veda P. BIANCHI,

le – <sup>29</sup> conserva i successi e li rievoca, rendendoli attuali in un modo che conserva una certa relazione con le esperienze originali ma si differenziano da esse grazie a un processo in cui si fondano (senza mescolarsi) elementi recettivi, simbolici e affettivi. Se mai due persone vedono esattamente sotto lo stesso punto di vista lo stesso fatto, ancor meno lo ricorderanno allo stesso modo. Oltre al diverso modo di fissare i ricordi nella memoria, c'è il fenomeno dell'oblio, nel quale può incidere una rimozione dei ricordi in modo inconsapevole. Se questo fenomeno è presente in qualsiasi processo di evocazione di ricordi come accade nelle testimonianze,<sup>30</sup> è ancora più incisivo quando si tratta di riferire dei ricordi in cui l'implicazione emotiva personale è più forte, come nelle dichiarazioni delle parti.<sup>31</sup>

Non si tratta di assumere un atteggiamento diffidente nei confronti delle parti, ma realistico. Una ragionevole presunzione in favore della veridicità delle dichiarazioni delle parti – “*nemo malus (mendax) nisi probetur*” – <sup>32</sup> deve essere armonizzata con la presunzione di validità del matrimonio e con il dovere di fornire elementi di prova sufficienti a distruggere tale presunzione. La sola affermazione della parte va perciò valutata dal giudice sia nella coerenza interna di quanto affermato sia nell'insieme delle prove che lo stesso giudice è tenuto a cercare.<sup>33</sup>

*Alcune annotazioni circa l'interrogatorio di parti e testi nelle cause di nullità di matrimonio*, «Quaderni di diritto ecclesiale», 17 (2004) 210-223.

<sup>29</sup> Per un'analisi dell'incidenza dei fattori soggettivi sulla conoscenza, cfr. J. J. SANGUINETI, *El conocimiento humano*, Madrid 2006, 130-134, 284-296, 320-327.

<sup>30</sup> Una persona, anche quando intende dire la verità e non è affetta da disturbi psichici, ha sempre a che fare con la fisiologia della memoria, le proprie caratteristiche personali, le sollecitazioni emotive, cosicché nella testimonianza intervengono alterazioni che impediscono l'esatta e integrale operazione del ricordare e del riferire secondo le esigenze della giustizia” (G. ZUANAZZI, *Psicologia e psichiatria*, 285-286).

<sup>31</sup> Per forza di cose ciascuno dei contraenti, indipendentemente dall'essere attore convenuto, tende a salvaguardare la propria immagine mediante meccanismi di difesa (inconsapevoli) o misure di sicurezza (coscienti). (G. ZUANAZZI, *Psicologia e psichiatria* cit., 292-293, con riferimento anche a J.J. GARCÍA FAÍLDE, *Criterios psicológicos para la valoración judicial de las declaraciones de los contendientes y de los testigos*, in F. R. AZNAR GIL (a cura di), *Curso de derecho matrimonial y procesal canónico para profesionales del foro*, IX, Salamanca 1990, 389 s.).

<sup>32</sup> Cfr. J. M. SERRANO, *Confessione e dichiarazione delle parti nella giurisprudenza della Rota*, in S. GHERRO (a cura di), *Confessione e dichiarazione delle parti*, 169. Tale presunzione di veridicità avrebbe ancora un maggiore senso se si tratta di una causa la cui sentenza avrà soltanto effetti canonici e non civili, poiché in tal caso l'eventuale bugia sulla quale si basa la certezza del giudice non permetterebbe di raggiungere gli effetti nel foro della coscienza. Inoltre, la credibilità del dichiarante si rafforzerebbe se, potendo “risolvere” il suo caso sciogliendo il matrimonio con il divorzio civile, la parte preferisce adire il tribunale ecclesiastico: cfr. J. M. SERRANO *op. cit.*, 170; S. GHERRO, *La «caritas» come criterio interpretativo del can. 1536*, in S. GHERRO (a cura di), *Confessione e dichiarazione delle parti nelle cause canoniche di nullità matrimoniale*, Padova, 2003, 7-31.

<sup>33</sup> Dicevamo precedentemente che il giudice non può adoperare un atteggiamento in-

Bisogna riconoscere certamente l'alto valore di quanto dichiara la parte – a maggior motivo se mossa da motivi di coscienza – su fatti che la vedono protagonista e sui quali essa ha una conoscenza del tutto particolare. Ma bisogna anche ammettere che la forte convinzione su un fatto o su determinata interpretazione di fatti accaduti è compatibile con la reale possibilità di dichiarare erroneamente su fatti propri anche in buona fede. È evidente l'influsso dell'interesse soggettivo sulla difformità operata, a volte in modo inconsapevole ma altre volte consapevolmente, pur non sempre con proposito mendace, della verità oggettiva: per mancanza di sincerità o d'attenzione, o per la naturale passione o le prevenzioni che inducono in errore, o a causa della volontà di giustificare un comportamento, oppure semplicemente perché il soggetto ha la "sua verità" e la espone così come la vede, anche non sempre è così com'è.<sup>34</sup> Il diritto ha superato la diffidenza implicita nell'istruzione *Provida Mater*, e addirittura presume la buona fede in coloro che richiedono la nullità, ma non identifica buona fede (né la certezza soggettiva delle parti) con la verità oggettiva.<sup>35</sup>

La credibilità della parte, agli effetti della valutazione del giudice, consiste nell'attendibilità, che si evince dalla coerenza interna da quanto dichiarato

genuo nel accogliere le dichiarazioni delle parti. Non di rado le parole delle parti vengono contraddette dai fatti, come chi per esempio dice di aver deciso di sposarsi solo dopo saputo della gravidanza della fidanzata e poi si prova che i preparativi erano avviati formalmente tempo addietro, o chi afferma di aver subito pressioni per sposarsi in seguito ad una gravidanza ma poi si viene a sapere che la parte aveva cercato la gravidanza proprio per "conquistare" la controparte. Cfr. in questo senso J. M. SERRANO RUIZ, *Confessione e dichiarazione delle parti nella giurisprudenza della Rota* cit. con diversi riferimenti giurisprudenziali, tra cui una causa c. Caberletti del 27 aprile 2001 nella quale l'attore affermava aver ritardato la celebrazione del matrimonio in attesa della promulgazione della legge del divorzio, ma in realtà il rinvio delle nozze ubbidiva a ben altre cause, tra cui l'attesa di ottenere un posto di ruolo nella professione. Cfr. anche la sent. c. Stankiewicz 23 maggio 2000 e il commento M. A. ORTIZ, *Il timore che invalida il matrimonio e la sua prova*, «Ius Ecclesiae», 15 (2003) 102-127.

<sup>34</sup> Cfr. S. PANIZO ORALLO, *Temas procesales y nulidad matrimonial* cit., 480; P. BIANCHI, *Le prove...* 86-87; L. DEL AMO, commento al can. 1534 in *CIC Pamplona* (ripreso in questo punto da M. GUIDA, *Il teste di credibilità* cit., 496).

<sup>35</sup> Cfr. J. LLOBELL, *Oggettività e soggettività nella valutazione giudiziaria delle prove*, «Quaderni di diritto ecclesiale», 14 (2001) 397; L. SCAVO LOMBARDO, *La buona fede nel diritto canonico*, Bologna 1995; L. DEL AMO, *La clave probatoria en los procesos matrimoniales*, cit., 209 s. D'altra parte, se è evidente che la parte può sbagliarsi nell'evocare fatti passati condizionati da una forte carica emotiva e da una esperienza fallimentare, è anche evidente che la parte può non già mentire apertamente e consapevolmente, ma semplicemente presentare un'esposizione dei fatti camuffata e mirata ad ottenere una dichiarazione di nullità forzando l'interpretazione dei fatti, proprio perché, come ebbe a segnalare con grande realismo Pio XII: «Chi non sa poi che i cuori umani sono, in non rari casi, pur troppo proclivi (...) a studiare di liberarsi dal vincolo coniugale già contratto?». (PIO XII, *Discorso alla Rota Romana*, 3 ottobre 1941, n. 2, «AAS», 33 (1941) 421-426. Cfr. IDEM, *Discorso alla Rota Romana*, 2 ottobre 1944 cit.; IDEM, *Discorso alla Rota Romana*, 28 ottobre 1947, «AAS», 39 (1947) 493-498).

dalla parte, dalla concordanza con quanto risulta provato con altri mezzi, e – *si fieri potest* – con i testi di credibilità.

Alcuni indizi e amminicoli serviranno ad attestare questa credibilità, così come le circostanze soggettive che possono aiutare il giudice a discernere l'aderenza alla verità o meno del dichiarante: la religiosità e il *modus vivendi*, la buona fede e l'intenzione con la quale la parte sostiene o respinge la pretesa; la collaborazione o l'ostruzionismo nella ricerca della verità. Poi, la credibilità si deve desumere pure dalla coerenza di quanto dichiara, anche riguardo ad altri fatti provati, lo sforzo fatto per chiarificare quanto di emotivo, parziale e deformato ci fosse nelle proprie affermazioni, la tenacia delle parti nelle loro affermazioni, anche dopo diverse decisioni contrarie alla propria tesi, ecc.

Ma alla fine la credibilità maggiore proviene dall'analisi interna delle affermazioni in relazione con i fatti comprovati: le parole delle parti diventano fatti in sé stessi irrefutabili, ai quali si può applicare la massima "*facta enim aliquando potiora sunt verbis, dummodo tamen adducta facta sint plura, univoca et certa*".<sup>36</sup> Infatti, il giudice deve integrare quanto affermato dalle parti con le altre prove fornite, proprio perché tenuto a cercare di scoprire la verità. Anzi, se venisse a scoprire la falsità di qualche prova fornita dalle parti, ciò non potrebbe non intaccare la credibilità di esse.

In questo modo, gli indizi e gli amminicoli, e le circostanze conosciute attraverso altri mezzi di prova come quella testimoniale, in fondo servono a rendere la parte credibile e attendibile: a rendere coerente quanto afferma con fatti e circostanze accertate con altri mezzi.

### 3. *La soluzione del caso*

Ed è proprio questa credibilità che, nel caso presente, il turno ha ritenuto sufficiente per fornirgli la prova piena: una dichiarazione che, anche se contrastante con quella dell'altra parte, è ritenuta credibile con una credibilità sia intrinseca che estrinseca. La dichiarazione dell'attore è stata corroborata da diversi indizi e amminicoli, nonché dalla testimonianza di un autorevole teste di credibilità.

Il ponente fa propria l'interpretazione di Pompedda, nello spiegare che la prova dell'esclusione «*initium capit a confessione iudiciali praesumpti simulantis, quae vero confirmetur oportet a testibus fide dignis, qui scilicet illam receperant ante nuptias vel in tempore non suspecto, seu quum causa nullitatis nondum introducta erat. Novus canon 1679 maiorem vim probationis partium declarationibus agnoscit (...); et ratio normae sapienter explanatur: "in mancanza di altre prove e quindi in via sussidiaria... il valore e l'utilità*

<sup>36</sup> Cfr. c. Bejan del 19 gennaio 1966, in *SRRDec* 58 (1966) 15.

di questo *argomento morale* poggiano sul fatto che esso risulta da pochissimi elementi oggettivi, fra loro tuttavia così strettamente connessi da produrre nell'animo del giudice la necessaria certezza morale ... Indubbiamente il giudice deve valutare liberamente le prove – *acta et probata* –, che costituiscono la struttura della certezza morale. Questa certezza ha un contenuto che oltrepassa la pura soggettività del giudice: possiede una *oggettività* ... tale oggettività non sta in ciascuno di questi mezzi, ma piuttosto nella *capacità oggettiva* che tutti gli indizi e le prove *congiuntamente* sono suscettibili di produrre”». <sup>37</sup>

In primo luogo, un teste autorevole (un sacerdote, giudice dello stesso tribunale anche se non facente parte del collegio giudicante) ha corroborato la credibilità della parte. A detta del turno giudicante, la testimonianza del sacerdote costituisce in parte l'argomento morale sulla credibilità della parte, e in parte contiene una “confessione extragiudiziale” realizzata *tempore non suspecto* (n. 11).

Tale “confessione extragiudiziale” non è altro che la confidenza dell'attore che si rivolge al sacerdote, del quale conosce la sua condizione di giudice: “Con padre Sempronio io mi sono aperto interamente; gli ho narrato tutta la mia vita. Io mi sono confidato con lui come sacerdote, pur sapendo che era un Giudice del Tribunale, ma cercavo solo un aiuto spirituale ed ignoravo del tutto che nella mia vicenda ci potessero essere degli elementi tali da poter avviare una causa di nullità.” (n. 10).

Il turno rotale ha ritenuto esclusa la possibilità di frode nell'iniziativa dell'attore che “apre il cuore” al sacerdote-giudice, <sup>38</sup> del quale si dice che è esperto in diritto canonico e, si presume, sufficientemente critico e non credulone. Sicuramente la confidenza tra l'attore e il sacerdote avvenne fuori dall'amministrazione del sacramento della penitenza; altrimenti il sacerdote mai avrebbe potuto testimoniare, a norma del can. 1550 § 2, 2° e l'art. 196 § 2, 2° DC. Essendo stata una confidenza extrasacramentale, a norma del can. 1548 § 2, 1° e l'art. 194 § 2, 1° DC, il sacerdote può essere chiamato a testimoniare anche

<sup>37</sup> Sent. c. Caberletti, *Reg. Insubris seu Mediolanen.* 22 giugno 2006, n. 6, con citazione di M. F. POMPEDDA, *Studi di Diritto Processuale Canonico*, Milano 1995, 214. Cfr. anche P. A. BONNET, *Il giudice ecclesiale e la valutazione delle prove* cit., 266 con riferimento a I. GORDON, *Novus processus nullitatis matrimonii. Iter cum adnotationibus*, Romae 1983.

<sup>38</sup> Cfr. L. BAROLO, *Il ministro ordinato quale teste nelle cause di nullità matrimoniale*, «Quaderni di diritto ecclesiale», 14 (2001) 172, dove fa un esempio che può spingere a relativizzare la “confessione” extragiudiziale: il soggetto che sa di avere poche prove per dimostrare la nullità del proprio matrimonio, si rivolge in confessione a un sacerdote al quale racconta la sua vicenda matrimoniale con toni che inducano il confessore a concludere sull'invalidità del matrimonio. Il confessore consiglia il penitente di rivolgersi al tribunale; il penitente ringrazia e prima di allontanarsi dice al confessore che lo scioglie dal segreto per quanto gli ha riferito circa il matrimonio, il che non è possibile a norma del can. 1550 § 2, 2.

se può esimersi dal deporre e, comunque, se accede a deporre deve essere sollevato dal segreto – professionale e non sacramentale – dal soggetto. Facilmente si può ritenere implicita la volontà di sollevare dal segreto nel fatto di includere il nome del sacerdote dall’elenco dei testimoni.

Rimane comunque leggermente confuso il ruolo che il turno giudicante attribuisce al sacerdote-giudice prima consulente e poi teste. È chiaro che il solo fatto di essere giudice non lo rende incapace a testimoniare (non essendo intervenuto formalmente nello svolgimento della causa: cfr. can. 1550 § 2, 1°). Ma riesce difficile combaciare l’affermazione che la parte cercava soltanto “un aiuto spirituale” (n. 10) e che “lui non sapeva della rilevanza giuridica di quanto lui mi diceva” (n. 11) con un’altra affermazione resa davanti al tribunale di primo grado (che diede sentenza negativa): “Gaia seppe della possibilità di introdurre questa causa da una suora, Suor Tiziana, che la indirizzò al padre Sempronio”.

Se così fosse, verrebbe a mettersi in discussione il tempo *non suspecto* della “confessione” extragiudiziale. Il turno rotale però, pur riconoscendo la difficoltà, ritiene sufficiente che il sacerdote abbia considerato l’attore in buona fede: “ideoque Rev.dus Sempronii sane uti in iure canonico peritus quaesitus erat, quin vero actor intentione dolosa motus esset”. Nulla si dice se la parte sia stata interpellata in proposito per risolvere la contraddizione.

Il tribunale ha ritenuto anche elementi corroborativi gli atteggiamenti dell’attore avuti lungo l’iter processuale e la probità di vita e sincera conversione alla fede, tra cui la reazione pacata e con un punto di amarezza nel considerare che il tribunale di primo grado aveva messo in dubbio la sua sincerità; l’affermazione che cerca soltanto di fare venire a galla la verità, senza forzature e che cerca soltanto la pace dell’anima (n. 10); il fatto che da quindici anni vive con la sua convivente “come fratello e sorella per poter ricevere l’Eucaristia” (n. 11).

Oltre tutti questi elementi probatori (indizi e amminicoli) che attestano, a giudizio del turno, la credibilità soggettiva della parte, ci sono altri elementi che, a nostro avviso, sono più determinanti per il raggiungimento della pienezza della prova e la correlativa certezza morale circa l’esclusione del *bonum fidei*. Si tratta di quelle circostanze (testé accennate), accertate da diversi testimoni, dei frequenti incontri extraconiugali avvenuti, anche se la circostanza manca di qualche precisione temporale riguardo il tempo delle nozze: “Caio aveva in fitto un locale nello stabile dove io alloggiavo e lì riceveva qualche donna, rivelandosi infedele all’impegno del matrimonio” (...); “Veniva lì perché portava le ragazze. L’ho visto per un po’ di tempo con ragazze differenti, dopo, per due o tre anni, l’ho visto venire sempre con una donna” (n. 14).

Il resto della prova della simulazione viene costruito sulla base della dichiarazione della parte ritenuta credibile: la *causa simulandi* e il rapporto con

la *causa contrahendi* e, in definitiva, l'esistenza di un atto positivo di volontà escludente la fedeltà.

Il turno non ha ritenuto necessario verificare la credibilità dell'altra parte. Sarebbe anche stato utile, viste le profonde discrepanze verificate tra le versioni dei due coniugi, procedere a un confronto tra di loro. L'art. 165 DC ha esteso anche alle parti la previsione del can. 1560. Infatti mentre il can. 1560 § 2 prevede soltanto un confronto tra i testi, l'art. 163 DC ammette implicitamente che tale confronto possa essere fatto sia con i testi che con le parti e i periti: il can. 1560 § 1 segnala che "Testes seorsim singuli examinandi sunt", mentre l'art. 165 prende in considerazione l'esame di "Partes, testes, et periti". Di conseguenza, l'immutato tenore del § 2 ("Si autem iidem in re gravi dissentiant, iudex discrepantes inter se conferre seu comparare potest, remotis, quantum fieri poterit, dissidiis et scandalo") va riferito non solo ai testi ma a tutti i protagonisti dell'istruttoria.<sup>39</sup>

Riteniamo che in casi come il presente, in cui c'è un radicale contrasto tra le versioni delle parti, sarebbe bene procedere al confronto delle versioni opposte, il che non potrebbe non giovare a verificare la credibilità delle parti e ad offrire un utile elemento probatorio in ordine al raggiungimento della necessaria certezza morale.

MIGUEL A. ORTIZ

<sup>39</sup> Anzi, per Serrano sarebbe stato augurabile che tale confronto fosse stato stabilito addirittura come norma: cfr. J. M. SERRANO, *Appunti e spunti a proposito dell'istruzione "Dignitas connubii"* cit., 82-83.

## NOTE E COMMENTI

## ALLE RADICI SPIRITUALI DEL «MUNUS» DEL GIUDICE VATICANO\*

1. **A**LL'INIZIO dell'anno giudiziario del Tribunale dello Stato della Città del Vaticano avete voluto raccogliervi intorno all'altare del Signore, illustri Presidenti, Magistrati e Collaboratori degli Organi Giudiziari Vaticani, invitando ad unirsi a voi alte Personalità della Magistratura italiana, per attingere da Dio luce per la vostra attività e per ricondurre e quasi unire alla sua la vostra "potestas iudicandi".

Dio è infatti l'ultimo criterio di ogni giudizio giusto ed equo. "Regula, quam iudex, non tantum ecclesiasticus, sed quivis alius sequi in iudicando debet, – scriveva un noto canonista – maxime quadruplex est". E le enunciava, ponendo al quarto posto la "consuetudo", al terzo il "rescriptum principis", al secondo la "lex". "Prima autem – scriveva – Deus est: hunc enim in iudicando, ne alienis avertatur affectibus prae oculis habere maxime iudicans debet: et hinc dum sententiam pronuntiant iudices, plerumque in clausula eidem addunt solum Deum prae oculis et animo habentes" (Franciscus Schmalzgrueber SJ, *Ius Ecclesiasticum universonum* I, 1, Romae 1843, 167).

2. Dio non è solo la "regula prima", egli è anche l'originaria fonte di ogni legittima "potestas iudicandi". Gesù stesso di fronte a Pilato, che lo giudicava, gli disse: "Non haberes potestatem adversus me ullam nisi tibi data esset desuper", dove questo indefinito "desuper" comprendeva, ben più in alto dell'istanza dell'imperatore romano, la "potestas" data da Dio.

E Dio è anche – ed è ciò che più conta – il primo e l'ultimo giudice. Il potere di giudicare è infatti proprio di Dio. Nel libro del Deuteronomio, nell'istituire i giudici del popolo, Mosè dice: "Nec accipietis cuiusquam personam ... quia Dei iudicium est" (*Deut* 1, 17). Prerogativa divina, quella di giudicare, perché può incidere profondamente sul destino della persona umana, avviandola, se pur non volontariamente, verso la rovina, o aprendola alla libertà verso approdi di più alta autorealizzazione.

3. Nell'applicare tale sommo principio – cioè il principio della "potestas iudicandi" come propria di Dio – alla articolazione del dogma trinitario, San Tommaso nella *Somma Teologica*, dopo aver detto che "iudicandi potestas est

\* Omelia del Presidente della Pontificia Commissione per lo Stato della Città del Vaticano e del Governatorato dello scv per la Santa Messa per il 78° anno giudiziario dei Tribunali scv, 13 gennaio 2007, Cappella di Santa Marta al Governatorato in Vaticano.

*communis toti Trinitati*”, precisa: “*Auctoritas iudicandi attribuitur Patri in quantum est principium Filii*”; ma aggiunge: “*Ipsa ratio iudicii attribuitur Filio, qui est ars et sapientia Patris*”; e spiega: “*scilicet, sicut Pater fecit omnia per Filium suum in quantum est ars eius, ita etiam iudicat omnia per Filium suum in quantum est sapientia et veritas eius*” (*Summa theologiae*, III, q. 59, art. 1, ad 1 e ad 2).

Gesù stesso nel Vangelo ha detto che il Padre gli ha dato “*omne iudicium*”: “*iudicium omne dedit Filio ... et potestatem dedit ei iudicium facere, quia Filius hominis est*” (Gv 5, 22.27). E con questo riferimento al Figlio dell’Uomo – che evoca la ben nota visione escatologica di Daniele (7, 13 ss) – sono “*ex ipsa re*” collegate le parole del Signore sull’ultimo ed universale giudizio: “*Cum venerit Filius hominis in gloria sua ... et sedebit*” (“*sedebit*” è un termine squisitamente giudiziario) *super tronum gloriae suae ... statuet oves quidem a dextris suis et haedos a sinistris*”. È quanto la Chiesa credente solennemente professa: “*Credo venturum Dominum iudicare vivos et mortuos*”. Dio, nella persona del Figlio dell’uomo, è l’ultima istanza. È dunque giusto che a lui si faccia riferimento per attingere da lui l’ultimo criterio di giudizio, a convalida di ogni nostro giudizio umano.

4. Ma come giungere ad un adeguamento del nostro giudizio a quello divino? Lo si raggiunge, anzitutto, certo, con la conoscenza del diritto, della giurisprudenza e della dottrina, cioè con la scienza giuridica, ed essa non è di per sé un sapere freddo, come se fosse un semplice sillogizzare, analogo ad un calcolo matematico; essa implica la conoscenza dell’uomo; il vero giurista è sempre un “umanista”, ed il “*summum ius*” non può mai essere “*summa iniuria*”, perché sarebbe come affermare che al “*summum ius*” può mancare qualcosa di umano.

La scienza da sola, però, non basta. Nel cammino sovente difficoltoso, aspro e tortuoso, nonostante la ritmata regolarità dell’iter processuale, verso la meta dove raggiungere la visione del giusto e poter esprimere un giudizio “che sta”, il giudice ha bisogno di essere guidato e sorretto da quello stesso spirito che il profeta Isaia preannunciava come effuso sul germoglio del tronco di Iesse, cioè di colui che è il Servo di Yaweh, il Messia, il Figlio dell’uomo, cioè su colui che, come abbiamo ascoltato sempre dal Profeta, “giudicherà con giustizia i poveri”.

– È lo Spirito di *Sapienza*, la quale è sempre attenta al fine; ed il fine è certo parte dominante nella “*ratio legis*”, che permette di comprenderne il vero spirito.

– È lo Spirito di *Prudenza*, e questa è attenta ai mezzi per raggiungere il fine, ed ai modi con cui essa li realizza, ed alle circostanze che collocano il giudizio nella concretezza irripetibile della causa che deve essere giudicata.

– È lo Spirito di *Consiglio*, che ha l’umiltà di non presumere della propria luce ed è aperto al contributo di altri operatori della giustizia.

– È lo Spirito di *Fortezza*, perché la forza del diritto prevalga sul diritto della forza, ed il giudice sia, come Dio, alieno da qualsiasi “*acceptio personarum*”.

– È lo Spirito di *Scienza*, che porta un’attenzione insonne per ricavare ogni chiarimento che possa pervenire dalla dottrina della propria come di altre discipline.

– È lo Spirito di *Pietà*, di quella “*pietas*”, che comprende il giusto rapporto di onore, di compassione, e di compartecipazione, così essenziale alla “*humanitas*”.

– Ed infine è lo spirito del *Timore di Dio*: e qui torniamo alla fonte, perché il timore di Dio – come dichiara il Siracide – è l’inizio, la pienezza e la corona della sapienza (*Sir* 1, 16.20.22). Per il giudice è timore nel senso della massima attenzione a che il suo giudizio non si discosti dalla santità e giustizia della volontà di Dio, è l’impegno massimo affinché il suo giudizio possa “stare” e reggere di fronte al giudizio di Dio.

5. E dove mai il cauto ed insieme deciso cammino del giudice potrà pervenire ad un giudizio che sia frutto ed espressione di un tale spirito? Prima che nella sede del tribunale o nella camera di consiglio, esso è raggiunto nella sede della coscienza moralmente certa del giudice: esaminata la questione “*in facto et in iure*”, egli deve essere consapevole di poter rispondere non solo all’istanza superiore, se c’è, non solo alla critica della scienza giuridica, non solo al giudizio della storia, ma a Dio. È un momento sacro, che ha luogo nel tribunale più grande e solenne, che è tribunale e tempio al contempo, anche se è nascosto e semplice: è il “*cubiculum*” della coscienza (cf. *Mt* 6, 6), dove il giudice può invocare e ricevere luce dall’alto, così da attendere con serenità il giudizio, che Dio stesso darà su di lui.

6. Oggi vogliamo supplicare lo Spirito Santo perché i suoi doni vi siano copiosamente largiti. Allo Spirito Santo, dice sempre Tommaso: “...*attribuitur iudicium, non quantum ad rationem iudicii, sed quantum ad affectum iudicandi quem homines habent*” (*Summa theologiae*, III, q. 59, art. 1, ad 3); ed il Signore ha assicurato che lo Spirito Santo, che egli invia e che il Padre dona in abbondanza a chi lo chiede (cf. *Lc* 11, 13), “guiderà alla verità tutta intera”. La verità qui intesa, noi lo sappiamo, non è quella delle scienze fisiche e naturali – anche se, secondo la nostra fede, ogni verità fa capo a Dio e ne è espressione e svelamento, anche se parziale e frammentaria, – la verità qui intesa è ben di più: è la stessa verità di Dio, e la verità dell’uomo, le cui luci e le cui ombre proprio la verità di Dio manifesta, e che Cristo è venuto a rivelare; è, ultimamente, la verità di Colui che è *la Verità*, e proprio per questo è fonte e norma di ogni giudizio giusto.

Per il giudice vaticano, l’essere vitalmente inserito in questa Verità conferisce all’esercizio del suo “*munus iudicandi*” ed al suo giudizio uno spessore morale ed uno splendore spirituale di cui egli deve essere profondamente

consapevole e che non possono passare inosservati. “*Sic luceat lux vestra*” (Mt 5, 16).

Di tutti questi doni propri del Cristo, il giusto Giudice preannunciato dai profeti, atteso dalla storia, ed operante in ogni giusto giudizio, lo Spirito Santo vi renda partecipi.

GIOVANNI LAJOLO

## CONSIDERAZIONI “NON DIPLOMATICHE” SUI RAPPRESENTANTI PONTIFICI\*

1.

**H**o accettato volentieri di partecipare a questo incontro e di condividere con voi alcune considerazioni sul tema de “Le Rappresentanze della Santa Sede: storia, ricerche ed attualità”, in occasione della presentazione della ristampa anastatica dell’opera di Mons. Giuseppe De Marchi *Le Nunziature Apostoliche dal 1800 al 1956*, e del nuovo volume *Rappresentanze e Rappresentanti Pontifici dalla seconda metà del secolo XX*, curato da Mons. Antonio Filipazzi.

Nel far ciò ritengo di essere in una posizione particolare rispetto agli altri relatori, che prendono parte alla presentazione di questi due libri, pubblicati in un unico cofanetto dalla Libreria Editrice Vaticana. Occorre infatti notare che entrambi gli autori non sono storici di professione, ma diplomatici della Santa Sede: il primo lavorò a lungo presso l’archivio di quella che allora si chiamava la Sacra Congregazione per gli Affari Ecclesiastici Straordinari, e il secondo presta la sua opera presso la Sezione per i Rapporti con gli Stati della Segreteria di Stato, che si può considerare l’ “erede” degli “Affari Straordinari”. Ecco perché, quale Segretario per i Rapporti con gli Stati, ritengo di poter dire di queste due pubblicazioni: *res nostra agitur!* Pur non trattandosi di atti ufficiali della Santa Sede, questi due libri sono nati nell’ambiente della Segreteria di Stato, riguardano da vicino l’attività della diplomazia pontificia e profitano certamente di una conoscenza “dall’interno” della materia che trattano.

Mi sembra questo un elemento che merita una parola di apprezzamento. Come potete ben immaginare, l’attività nella Segreteria di Stato, così come quella delle Rappresentanze Pontificie, è incalzata quotidianamente da documenti da studiare, da problemi da esaminare, da testi da preparare, da persone da incontrare... Non è perciò facile trovare il tempo per approfondi-

\* Testo dell’intervento in occasione della presentazione dei volumi di GIUSEPPE DE MARCHI, *Le Nunziature Apostoliche dal 1800 al 1956*, Libreria Editrice Vaticana, 1957 (ristampa anastatica 2006) pp. xviii + 281, e di ANTONIO G. FILIPAZZI, *Rappresentanze e Rappresentanti Pontifici dalla seconda metà del s. XX*, Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano, 2006, pp. xxiii + 353, svoltasi il 22 febbraio 2007 presso l’Istituto Luigi Sturzo (Roma). Per ulteriore notizie su questi volumi si rinvia alla recensione di A. Perlasca, in questa «Rivista», 18 (2006), pp. 796-798.

re le vicende passate, l'evoluzione delle differenti istituzioni o le personalità che hanno servito nella diplomazia della Santa Sede. Talvolta però avviene e costituisce un contributo che arricchisce la ricerca condotta dagli storici di professione e che, alla fine, risulta utile anche per il nostro quotidiano lavoro in Segreteria di Stato o nelle Rappresentanze Pontificie.

Premetto subito che il "taglio" delle mie riflessioni intende essere non tanto politico-diplomatico, ma collocarsi più sul versante teologico, spirituale e umano.

## 2.

Oggi il calendario liturgico ci fa celebrare la festa della Cattedra di S. Pietro. Credo che la ricorrenza liturgica, che ci invita a guardare a colui che, secondo l'espressione di S. Ignazio di Antiochia, "presiede nella carità" (*Ep. ad Rom.*), offra un primo, forse il più rilevante, elemento per le nostre riflessioni.

Trattando della diplomazia pontificia, delle sue istituzioni e dei suoi attori, si rischia talvolta di fare un discorso un po' riduttivo, che considera questa diplomazia semplicemente una diplomazia fra le altre, nazionali o sovranazionali che siano, pur riconoscendone alcune peculiarità. Certo l'attività e le istituzioni diplomatiche della Santa Sede rientrano a pieno titolo nella storia della diplomazia, anzi ne costituiscono un capitolo assai rilevante. Anche oggi la diplomazia della Santa Sede segue le norme comuni che attualmente regolano i rapporti fra i soggetti della comunità internazionale. Ma tutto ciò non deve far dimenticare che la diplomazia pontificia serve e quindi trova la sua ragione ultima nel mistero e nella vita della Chiesa stessa.

È il ministero petrino, compito singolare affidato a Pietro e ai suoi successori nella Chiesa, ad illuminare i compiti e le finalità proprie della diplomazia della Sede Apostolica e a giustificarne l'esistenza. Per tale ragione, riordinando l'ufficio dei Rappresentanti del Romano Pontefice dopo il Concilio Vaticano II, Paolo VI ricordava anzitutto questa verità della fede cattolica: *"Il Vescovo di Roma... in virtù del suo ufficio, ha su tutta la Chiesa una potestà piena, suprema e universale, che può sempre esercitare liberamente,<sup>1</sup> essendo essa ordinaria e immediata;<sup>2</sup> egli inoltre, come successore di Pietro è il perpetuo e visibile principio e fondamento dell'unità sia dei Vescovi, sia della moltitudine dei fedeli;<sup>3</sup> e pertanto ha come funzione precipua nella Chiesa il tenere unito e indiviso il Collegio episcopale.<sup>4</sup> Con l'affidare al suo Vicario la potestà delle chiavi e con il costituirlo*

<sup>1</sup> Cfr. CONCILIO VATICANO II, *Lumen Gentium*, n. 22.

<sup>2</sup> Cfr. CONCILIO VATICANO I, *Pastor aeternus*, cap. III.

<sup>3</sup> Cfr. CONCILIO VATICANO II, *Lumen Gentium*, n. 23.

<sup>4</sup> Cfr. CONCILIO VATICANO II, *Lumen Gentium*, n. 18.

pietra e fondamento della sua Chiesa (Cfr Mt 16, 18), il Pastore eterno gli attribuisce pure il mandato di confermare i propri fratelli (Cfr Lc 22, 32): ciò si avvera non solo col guidarli e tenerli uniti nel suo nome, ma anche col sostenerli e confortarli, certamente con la sua parola, ma in qualche modo anche con la sua presenza”.<sup>5</sup> Va anzi ricordato che il vincolo fra il Romano Pontefice e le Chiese particolari è così profondo che “dobbiamo vedere il ministero del Successore di Pietro, non solo come un servizio “globale” che raggiunge ogni Chiesa particolare dall’ “esterno”, ma come già appartenente all’essenza di ogni Chiesa particolare dal “di dentro”... L’essere il ministero del Successore di Pietro interiore ad ogni Chiesa particolare è espressione necessaria di quella fondamentale mutua interiorità tra Chiesa universale e Chiesa particolare”.<sup>6</sup>

È il servizio a questo ufficio petrino la prima e fondamentale motivazione dell’invio dei Rappresentanti Pontifici, come ricordava lo stesso Paolo VI: “L’esercizio di questa nostra multiforme missione impone un intenso scambio di relazioni tra Noi e i Nostri Fratelli nell’Episcopato e le Chiese locali loro affidate: relazioni che non si possono intrattenere soltanto per mezzo della corrispondenza epistolare, ma che si esplicano mediante la visita dei Vescovi alla Sede Apostolica e mediante l’invio da parte Nostra di quegli ecclesiastici che ci rappresentano per l’adempimento di uno speciale incarico o per una stabile permanenza presso i Vescovi delle varie Nazioni”.<sup>7</sup> Ed è per questo che il vigente Codice di Diritto Canonico afferma chiaramente che “il compito principale del Legato pontificio è quello di rendere sempre più saldi ed efficaci i vincoli di unità che intercorrono tra la Sede Apostolica e le Chiese particolari” (can. 364).

In questo senso la posizione del Nunzio non potrà mai essere completamente assimilata a quella degli altri Ambasciatori: egli non è un “estraneo” per le Chiese particolari del Paese a cui è stato inviato; con la sua presenza ed azione contribuisce al loro dinamismo dentro la grande comunione universale della Chiesa cattolica. Sarebbe pertanto riduttivo considerare la diplomazia pontificia solo come un modello, fra i molti possibili, di diplomazia. Anzi, finché non si percepisce che essa è anzitutto l’espressione della “sollicitudo omnium Ecclesiarum” del Pastore supremo della Chiesa universale, si corre il rischio di formarsene un’immagine riduttiva o falsata e di leggere in maniera non adeguata l’attività che essa svolge.

<sup>5</sup> PAOLO VI, *Motu proprio Sollicitudo omnium Ecclesiarum*, introduzione.

<sup>6</sup> CONGREGAZIONE PER LA DOTTRINA DELLA FEDE, Lettera ai vescovi della Chiesa cattolica su alcuni aspetti della Chiesa intesa come comunione, n. 13.

<sup>7</sup> PAOLO VI, *Motu proprio Sollicitudo omnium Ecclesiarum*, introduzione.

## 3.

A questa prima peculiarità se ne aggiunge un'altra, che è più facilmente percepibile: la Santa Sede si serve per la sua attività diplomatica principalmente di ecclesiastici, conferendo in genere – e questo non da oggi – il sacramento dell'Ordine nel grado dell'Episcopato ai Nunzi, ai Delegati Apostolici ed anche ad alcuni Osservatori Permanenti.

Certo, la plurisecolare storia della rappresentanza pontificia non manca di casi di diplomatici pontifici che non erano *“in sacris”*. Oggi poi vi sono vari religiosi, religiose e in particolare laici che prestano una competente e preziosa collaborazione all'azione diplomatica della Santa Sede, soprattutto nell'ambito della diplomazia multilaterale. Del resto il già citato Motu Proprio di Paolo VI afferma che *“rappresentano la Santa Sede anche quegli ecclesiastici e laici che, come capi o membri, fanno parte di una Missione Pontificia presso Organizzazioni Internazionali, o intervengono a Conferenze e Congressi”* (n. II, 1).

Resta comunque largamente prevalente nel servizio diplomatico della Santa Sede la presenza di Vescovi e sacerdoti, dato però non sempre pacificamente accettato. Non è raro incontrare persone che guardano con scetticismo, se non con diffidenza, al fatto che degli ecclesiastici si dedichino a questa attività, quasi si tratti di un *“tradimento”* del ministero pastorale, al quale abilita il sacramento dell'Ordine. Vi è forse anche chi considera il diplomatico pontificio un *“prete che fa politica”*, in contrasto, quindi, con la sua missione spirituale ed aperta a tutti gli uomini.

Di fronte a quest'ultima obiezione, vorrei citare la risposta data da Don Giuseppe De Luca, il noto sacerdote romano, amico degli studi e delle lettere. Nella biografia di un illustre diplomatico della Santa Sede, il Card. Bonaventura Cerretti, Segretario della Sacra Congregazione per gli Affari Ecclesiastici Straordinari dal 1917 al 1921 e poi primo Nunzio a Parigi dopo la ripresa delle relazioni diplomatiche, Don De Luca non manca di fare interessanti riflessioni sulla natura della diplomazia pontificia. Egli scrive: *“La condizione di sacerdote nella politica non ha nulla a che fare con la condizione di un sacerdote nella diplomazia pontificia. Molti pensano che sia né più né meno la stessa cosa, e invece è tutt'un'altra cosa. Per quanto un sacerdote in politica non dimentichi mai l'ultimo fine o, almeno, mai non dovrebbe dimenticarlo, resta sempre vero che il lavoro di politico direttamente mira ai fini terrestri, immediatamente si propone un benessere o un successo qui sulla terra e nel tempo. Al contrario la diplomazia pontificia non mira ad altro né altro si propone, che il regno dei cieli e il governo della Chiesa, e questo direttamente e immediatamente. Lo scopo, oggi almeno, non è di tutelare interessi mondani d'uno stato mondano, ma l'esercizio del ministero apostolico e la pratica della vita cristiana, presso i governi di ogni parte del mondo.*

*Allorché, dunque, si mette in un fascio la politica di questo o quel prete, che insieme è un uomo politico, e la diplomazia vaticana, si confondono due ordini di fatti e di considerazioni*".<sup>8</sup>

Più in generale, il magistero recente dei Romani Pontefici non ha mai minimamente mostrato di condividere i dubbi di coloro che vedono un'incompatibilità fra ministero sacerdotale ed attività diplomatica. Al contrario, ad esempio nelle parole rivolte agli alunni della Pontificia Accademia Ecclesiastica, i Pontefici hanno sempre sottolineato quanta importanza abbia l'autentico spirito sacerdotale per il retto svolgimento della missione diplomatica degli inviati del Papa, considerata come autentica missione sacerdotale. Già nel suo "Giornale dell'Anima" l'allora Card. Angelo Giuseppe Roncalli, riandando al suo servizio di Delegato e Nunzio Apostolico, annotava in proposito: *"In verità ho sempre ritenuto che per un ecclesiastico la diplomazia così detta deve essere permeata di spirito pastorale, diversamente non conta nulla e volge al ridicolo una missione santa"* (§ 854).

Il diplomatico pontificio non è, dunque, un sacerdote o un vescovo che mette come tra parentesi il suo sacerdozio, e che verrebbe considerato tanto più capace come diplomatico quanto più si "mondanizza", assumendo cioè dei criteri meramente umani. Egli deve certo acquisire le conoscenze e competenze necessarie al suo ufficio, ma non deve soprattutto dimenticare che gli stessi *"responsabili della società e i diplomatici cercano nel Nunzio e nei suoi Collaboratori, prima di tutto, il sacerdozio... Nulla sarebbe più controproducente per un rappresentante della Santa Sede che, con il passare degli anni, diventasse il clone di un diplomatico, perdendo la sua identità sacerdotale"*.<sup>9</sup>

#### 4.

Mons. Antonio Samoré, a quell'epoca Segretario della Sacra Congregazione per gli Affari Ecclesiastici Straordinari, presentando l'opera di Mons. Giuseppe De Marchi, scriveva dei Rappresentanti del Papa, che *"alcuni si sono logorata e accorciata l'esistenza per improba mole di lavoro, per le pene dell'animo, per insalubrità di climi e per fatiche e strapazzi. Non mancano quelli morti sul campo del lavoro e di alcuni di essi è ancor viva in quelle nazioni la memoria per la santità della vita, la carità e la bontà dell'animo"*. Queste parole mettono in luce un altro aspetto della diplomazia, al quale, mi sembra, si presta poca attenzione. Infatti, *"se si tolgono le apparenze esteriori, la diplomazia pontificia costituisce per i suoi membri 'una severa disciplina ecclesiastica, una oblazione di carità, una testimonianza vissuta e sofferta a Cristo' (Paolo VI). Confrontando la loro vita con*

<sup>8</sup> G. DE LUCA, *Il Cardinale Bonaventura Cerretti*, Roma 1971<sup>2</sup>, pp. 350-351.

<sup>9</sup> J. L. TAURAN, Omelia alla Pontificia Accademia Ecclesiastica, 15 ottobre 2002, in PONTIFICIA ACCADEMIA ECCLESIASTICA, *Terzo Centenario (1701-2001)*, Roma 2003, p. 103.

quella degli altri membri del clero e con quella che conducono gli stessi diplomatici civili, si possono osservare i sacrifici non lievi richiesti ai Rappresentanti del Papa e ai loro più stretti collaboratori: la privazione del ministero pastorale ordinario, la lontananza abituale dalla patria e dalla famiglia, l'assenza di una casa che possano dire propria".<sup>10</sup> Di recente abbiamo potuto constatare come il servizio di Rappresentante Pontificio possa perfino richiedere il sacrificio della vita: ne abbiamo avuto la tragica e luminosa conferma nella morte del Nunzio in Burundi, il compianto Mons. Michael Aidan Courtney, assassinato nel dicembre 2003 nel compimento della sua missione di pace e riconciliazione in nome del Papa.

A tutto questo si aggiungono poi i pericoli spirituali che la cosiddetta carriera diplomatica comporta, e contro i quali il diplomatico pontificio, a differenza di tanti suoi confratelli nel ministero pastorale meno esposti a tali rischi, deve lottare: *"La vita cristiana – scrive ancora Don Giuseppe De Luca – impone ed esige un impegno laborioso e duro, particolarmente allorché si vive, non tra il sicuro limite di occupazioni umili e nascoste (sebbene anche qui!...), ma nel bel mezzo del mondo, e del più insidioso mondo qual'è quello della diplomazia. Né si deve credere che la diplomazia pontificia, per la santità del fine e il carattere sacerdotale dei soggetti, non possa divenire pericolosa a chi non abbia un cuore cristiano o sacerdotale provatissimo. Si possono, purtroppo, trattare le cose di Dio, con l'anima lontana da Dio. Lo slittamento dalla mortificazione cristiana alla dissipazione mondana è tanto più facile, quanto più il mondo in cui si lavora può solleticare e sollecitare le più tristi e maggiori passioni. Più difficile è rimanere con Dio e soltanto con Dio, quando la ricchezza è così vicina e pronta, che basta stendere una mano per averla, senza che neppure l'altra mano se ne avveda; quando il successo gronda gloria e potenza, o l'insuccesso esacerba ire e rancori; quando le azioni che si compiono alimentano quella superbia, che vive anche di meno e di finzioni"*.<sup>11</sup>

Non sarebbe difficile continuare in questa elencazione, ma non vorrei cadere in una forma di autocommiserazione che porta all'autocelebrazione: la Croce accompagna e rende autentica la vita di ogni cristiano, di ogni sacerdote e quindi anche del diplomatico della Santa Sede. Ho voluto ricordare questo aspetto per sottolineare come i due volumi, oggi presentati, costituiscono in fondo anche un doveroso ricordo e un atto di riconoscenza verso tanti fedeli servitori della Chiesa e del Papa. Come notava in un recente articolo il prof. Vian, dietro i loro nomi vi *"sono le storie di uomini che spesso hanno speso e spendono le loro vite – al di là di inevitabili limiti e senza retorica – in un servizio alla Chiesa e all'umanità tanto discreto quanto importante"*.

<sup>10</sup> G. MUCCI, Il terzo centenario della Pontificia Accademia Ecclesiastica, in PONTIFICIA ACCADEMIA ECCLESIASTICA, *Terzo Centenario (1701-2001)*, Roma 2003, p. 210.

<sup>11</sup> G. DE LUCA, *Il Cardinale Bonaventura Cerretti*, Roma, Edizioni di Storia e Letteratura, 1971<sup>2</sup>, p. 349.

Personalmente posso dire che le pagine di questi due opere non solo mi hanno fatto ripercorrere due secoli di storia della diplomazia pontificia, ma hanno riportato alla mia mente la memoria di Superiori con i quali ho collaborato ed ora sono già defunti o hanno cessato da questo servizio. Sono state altresì l'occasione per pensare a tanti Confratelli, che a Roma o nelle diverse parti del mondo condividono il comune servizio alla Chiesa e al Papa.

5.

Forse vi sareste attesi dal Segretario per i Rapporti con gli Stati delle considerazioni di altro genere, magari più di carattere politico o istituzionale o con più diretta connessione ai temi e ai problemi attuali che la Santa Sede sta affrontando. Ho voluto, invece, cogliere quest'occasione per invitare a soffermarsi sulle radici profonde, sullo spirito autentico e sulle persone, alle quali si dovrebbe pensare quando si tratta della diplomazia della Santa Sede. Grazie!

DOMINIQUE MAMBERTI

ALCUNE NOTE SU:  
CUMULO DI CAPI DI DOMANDA,  
“ASSORBIMENTO” DI UN CAPO  
IN UN ALTRO E CONCORDANZA  
DEL DUBBIO NEL SECONDO GRADO  
DI GIUDIZIO DELLE CAUSE DI NULLITÀ  
DEL MATRIMONIO

1.

**I**L modo in cui deve essere concordato il dubbio davanti al giudice del secondo grado di giudizio nelle cause di nullità del matrimonio non sembra poter dare adito a incertezze a fronte del chiaro disposto del can. 1639 del vigente codice di diritto canonico: “*Salvo praescripto can. 1683, in gradu appellationis non potest admitti nova petendi causa, ne per modum quidem utilis cumulationis; ideoque litis contestatio in eo tantum versari potest, ut prior sententia vel confirmetur vel reformetur sive ex toto sive ex parte*”.

La corretta applicazione di questa norma conduce a far sì che in secondo grado la formula del dubbio non possa essere redatta, quanto al merito della causa, se non in questi termini: “Se la sentenza emessa nel primo grado di giudizio sia da confermare o da riformare”. Potrà aggiungersi, ma si tratterà di una precisazione evidentemente pleonastica: “...ossia, se consti la nullità del matrimonio per il motivo (o per i motivi)...”, facendo seguire a ciò l’esatta indicazione del capo o dei capi di domanda relativamente al quale o ai quali il tribunale competente si è pronunciato nella sentenza di primo grado.

Al riguardo, non è inutile ricordare la disposizione che l’art. 135 § 3 dell’Istr. Dignitas Connubii (DC) detta, facendo eco al can. 1677 § 3: “*Formula dubii determinare debet quo capite vel quibus capitibus nuptiarum validitas impugnetur*”. Il riferimento deve obbligatoriamente avere come proprio termine uno o più fra i capi di nullità tipizzati dal codice, e null’altro che questo.<sup>1</sup>

L’eccezione contemplata dal can. 1639 con il richiamo del can. 1683, ripresa anche dall’art. 268 della DC, riguarda com’è noto il caso in cui la validità del

<sup>1</sup> Su questo particolare aspetto della problematica che ci accingiamo a trattare, cf. P. MONETA, *La determinazione della formula del dubbio e la conformità della sentenza nell’Istr. «Dignitas Connubii»*, «Ius Ecclesiae», vol. XVIII, 2006, pp. 417-438, spec. a pp. 418-420.

matrimonio venga contestata in grado d'appello, per la prima volta, anche per un capo di nullità diverso da quello o da quelli trattati e decisi in primo grado. Il legislatore, al termine un laborioso iter normativo,<sup>2</sup> si è indotto ad accordare questa facoltà alle parti che vi abbiano interesse, per ragioni di economia di giudizio che qui non occorre approfondire. Va solo sottolineato che una parte soccombente in primo grado non potrebbe rivolgersi al giudice di seconda istanza unicamente per chiedere che la validità del suo matrimonio sia giudicata su un capo di nullità diverso da quello sul quale si è verificata la sua soccombenza, senza cioè interporre, nel contempo, appello relativamente a quest'ultimo capo.

## 2.

Tutto ciò premesso, occorre prestare particolare attenzione al caso in cui la validità del matrimonio sia stata contestata e quindi giudicata per più capi diversi già nel primo grado di giudizio: e ciò, vuoi sul piano oggettivo (se la domanda aveva ad oggetto due o più motivi di nullità: come ad esempio l'esclusione dell'indissolubilità del vincolo e quella della prole), vuoi su quello soggettivo (se la domanda aveva ad oggetto lo stesso motivo di nullità, ma riferito non a uno solo dei coniugi bensì ad ambedue: come ad esempio l'esclusione dell'indissolubilità del vincolo da parte di uno qualsiasi di loro oppure di entrambi).

Il can. 1639, come si è visto, avverte che ciò di cui il giudice di secondo grado deve occuparsi è, appunto, se la sentenza di primo grado debba essere confermata oppure riformata *sive ex toto sive ex parte*.

In concreto (limitando il discorso, per semplicità, al caso nel quale la validità del matrimonio sia stata contestata per due capi soltanto) le ipotesi che possono verificarsi sono le seguenti.

Una prima ipotesi ha luogo quando il tribunale di primo grado accoglie entrambe le domande, e quindi dichiara la nullità del matrimonio per entrambi i capi concordati. In questo caso, la rimessione della causa all'ordinario esame del secondo grado suppone che il giudice superiore, in sede di esame previo della causa stessa (can. 1682 § 2 e art. 265 § 1 della DC), non si sia convinto della fondatezza della decisione affermativa né per l'uno né per

<sup>2</sup> Esso infatti trova la sua origine nell'art. 219 § 2 dell'Istr. *Provida Mater Ecclesia* del 15 agosto 1936, Acta Apostolicae Sedis vol. xxviii, 1936, pp. 313 e segg., dopo la quale, tuttavia, si discusse a lungo se l'introduzione di questa regola, non prevista dal codice pio-benedettino, non eccedesse i limiti entro i quali poteva operare una normativa, come quella contenuta in una Istruzione, non provvista di forza di legge. La sua codificazione ha avuto luogo nel can. 1683 del codice vigente; si noti peraltro che nel 1936 l'introduzione del nuovo capo di domanda in grado d'appello era subordinata alla clausola *nemine contradicente*, che nel codice attualmente in vigore non è stata riprodotta.

l'altro capo. Se, infatti, egli condivide la prima sentenza, benché per uno solo dei capi di domanda decisi affermativamente, deve confermare tale sentenza per decreto, pur dando atto nel decreto del proprio dissenso relativamente alla parte da lui appunto non condivisa. Ciò è reso chiaro dall'art. 265 § 6 della DC: "*Si sententia in primo iudicii gradu lata matrimonium ob plura capita nullum declaraverit, eadem ob plura vel ob unum tantum caput potest continenter confirmari*". Quindi, se la causa sarà rimessa all'esame ordinario, il dubbio dovrà inevitabilmente essere esteso a entrambi i capi sui quali la decisione di primo grado è stata resa.

Una seconda ipotesi ha luogo nel caso reciproco, in cui il tribunale di primo grado respinge entrambe le domande e quindi dichiara "*non constare*" della nullità del matrimonio per nessuno dei capi adottati. In questo caso spetterà alla parte soccombente invocare il ministero del giudice di secondo grado, interponendo appello; e l'appello potrà avere ad oggetto la pronuncia negativa resa su entrambi i capi, ma potrà anche essere limitato alla pronuncia riguardante uno solo di essi, se così preferirà la parte interessata. In quest'ultima eventualità, il dubbio, nel secondo grado di giudizio, dovrà essere concordato solo sul capo fatto oggetto dell'appello. Il giudice del secondo grado, infatti, non ha il potere di recuperare *ex officio* alla causa un capo di nullità relativamente al quale il soccombente, avendo ottenuto in primo grado una sentenza avversa alla sua domanda, abbia deciso di fare acquiescenza.<sup>3</sup>

Una terza ipotesi riguarda il caso in cui il tribunale di primo grado abbia accolto una delle due domande e invece respinto l'altra. Le soluzioni da adottare in tale evenienza sono già implicite in ciò che si è detto sin qui.

Ed infatti. Se il giudice di secondo grado condividerà la decisione del primo giudice, affermativa della nullità del matrimonio, dovrà confermare subito con decreto tale decisione affermativa, trascurando il capo di sentenza risolto negativamente. Ciò – è bene sottolinearlo – anche nel caso in cui, sul capo deciso in senso negativo, la parte soccombente abbia interposto appello. Questo appello rimarrà senza effetto, perché, essendo stata dichiarata la

<sup>3</sup> Il principio in forza del quale i capi della sentenza devoluti alla cognizione del giudice di secondo grado sono soltanto quelli fatti oggetto dell'appello (un principio che, peraltro, nel processo matrimoniale vale solo con riferimento alle sentenze di rigetto della domanda, stante la rivedibilità *ex officio* della sentenza affermativa della nullità del matrimonio a seguito del rinvio della causa all'esame ordinario del secondo grado di giudizio) è pacificamente accolto anche nel diritto canonico, come si desume dal disposto del can. 1637 § 3, oggi ribadito nell'art. 288 § 2 della DC, fermo restando che "*Nisi aliud constet, appellatio praesumitur facta contra omnia sententiae capita*" (can. 1637 § 4 e art. 288 § 3 della DC). Non era così nel diritto comune, quando la proposizione dell'appello comportava che la causa fosse sempre soggetta a *novum examen* ad opera del giudice di grado superiore in ogni sua parte: cfr. E. T. LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile*, vol. II, Milano 1984, p. 299.

nullità del matrimonio con una duplice statuizione conforme su un capo diverso da quello appellato, al riesame in sede di appello del capo risolto negativamente non potrà più farsi luogo per difetto di interesse della parte impugnante.

Se invece il giudice di secondo grado non condividerà la decisione del primo giudice, rimetterà la causa all'esame ordinario. In questo caso il dubbio dovrà essere concordato solo sul punto se la decisione affermativa sia da confermare o no, a meno che, sul capo risolto negativamente, la parte soccombente non decida di interporre appello (ancorché tardivamente, ossia senza il rispetto dei termini stabiliti da can. 1630 § 1 e dall'art. 281 § 1 della DC, giacché l'interesse all'appello sorge solo per effetto del decreto di rimessione).<sup>4</sup> Si ricade qui nel discorso precedentemente proposto sulla mancanza, nel giudice del secondo grado di giudizio, del potere di recuperare *ex officio* alla causa un capo di domanda risolto negativamente in prime cure.

### 3.

Ora bisogna passare a prendere in esame un'ipotesi ancora diversa da quelle esaminate sin qui, al verificarsi della quale il discorso diviene più complesso.

Si tratta dell'ipotesi, piuttosto comune nella pratica, in cui, impugnata la validità del matrimonio per più capi, il tribunale di primo grado non si pronuncia su ciascuno, bensì soltanto su alcuni di essi, dichiarando gli altri "assorbiti", o comunque usando formule equivalenti, come quella tradizionale *iam provisum in primo* o quella consistente nel dire che gli altri capi "cadono".

Va avvertito per prima cosa che tale mancata pronuncia, allorché il matrimonio sia stato comunque dichiarato nullo sotto uno o più profili, deve essere ritenuta perfettamente legittima, ancorché all'apparenza si ponga in contrasto col precetto del can. 1611 n. 1, a mente del quale la sentenza deve "*definire controversiam coram tribunalibus agitata, data singulis dubiis congrua responsione*". Una sentenza sarebbe affetta dal vizio di omessa pronuncia (parziale), solo se tralasciasse di adottare un provvedimento logicamente coerente con l'esigenza che al dubbio o ai dubbi concordati sia data la *congrua responsio* di cui parla la norma. Ma tale omissione, come subito si dirà, non ricorre nel caso di una pronuncia che dichiari – con qualsiasi formula – che

<sup>4</sup> Il caso non è espressamente contemplato né dal codice né dalla DC, che tuttavia, rispettivamente nel can. 1637 § 4 e nell'art. 288 § 3 già citati nella nota precedente, ammettono, in caso di appello, la riapertura dei termini a favore della parte appellata affinché essa possa a propria volta interporre appello incidentale, se di suo interesse. Va comunque considerato che, malgrado il tenore letterale della norma, il mancato passaggio in giudicato della sentenza negativa di primo grado resa nel processo matrimoniale svuota pressoché di ogni contenuto pratico, nel nostro campo, il principio della perentorietà dei termini per appellare. Cf. M. ARROBA CONDE, *Diritto processuale canonico*, IV ed., Roma 2001, pp. 528-529.

uno o più capi non vengono decisi perché restano assorbiti in quelli decisi in senso affermativo: a patto, beninteso, che alla figura dell'“assorbimento” non si faccia ricorso a sproposito. A dire il vero sembra che un determinato capo di domanda potrebbe, talvolta, ritenersi assorbito anche in un altro capo deciso negativamente. Tuttavia la pratica non conosce se non casi nei quali sul capo “assorbente” sia stata data risposta affermativa, ed è quindi soltanto di questa ipotesi, o meglio di questo insieme di ipotesi, che conviene parlare.

In sostanza, riassumendo, ciò che occorre chiedersi è come debba essere concordato il dubbio nel secondo grado di giudizio, allorquando la prima sentenza abbia dichiarato che un capo di domanda, su cui il dubbio era stato concordato sempre nel primo grado di giudizio, è rimasto “assorbito” in un altro deciso affermativamente. Ciò, beninteso, sempre nell'ipotesi in cui il giudice del secondo grado, all'esito dell'esame previo da lui compiuto, abbia deciso di rimettere la causa all'esame ordinario, non condividendo la pronuncia affermativa resa dal primo giudice sul capo “assorbente”.<sup>5</sup>

#### 4.

Per rispondere a questa domanda bisogna prima di tutto precisare accuratamente la nozione di “assorbimento”.

Tale nozione pare che possa essere definita in questi termini: un capo di domanda deve ritenersi “assorbito” in un altro, allorquando la risposta affermativa data dalla sentenza su quest'ultimo capo (il capo, come si torna a dire, “assorbente”) ne rende improponibile l'esame per difetto degli indispensabili presupposti logici. Il concetto può essere chiarito con alcuni esempi. Il caso forse più frequente di assorbimento accade quando i capi di nullità concordati sono la simulazione totale e, in via subordinata, la simulazione parziale del consenso, più spesso sotto il profilo dell'esclusione della indissolubilità del vincolo. In tale sorta di fattispecie l'accoglimento della domanda che ha ad oggetto la simulazione totale determina l'improponibilità logica del capo attinente alla simulazione parziale. Infatti la simulazione parziale del consenso suppone necessariamente che la parte simulante abbia voluto il matrimonio, benché in una sua dimensione “atipica”,<sup>6</sup> ossia priva di qual-

<sup>5</sup> Non sarebbe infatti possibile – come meglio preciseremo nella successiva nota 10 – confermare con decreto la sentenza di primo grado, dichiarando nullo il matrimonio, invece che per il capo “assorbente”, per il capo dichiarato “assorbito” in tale sentenza.

<sup>6</sup> Così la sentenza rotale 29 gennaio 1981 c. Stankiewicz (ARRT Dec. vol. LXXIII, pp. 44 e seg., spec. pp. 46-47) in cui si legge: “*in simulatione totali contrahens consulto ac sciens coniugii simulacrum perficere intendit, cum reapse ipsum matrimonium excludat, dum in partiali simulatione exoptat aliquam coniugii speciem (pseudomrimonium) suis placitis accommodatam...habetur voluntas matrimonialis atypica... (quae) validum vinculum coniugale producere non valet*”.

cuno dei suoi elementi costitutivi oppure di qualcuna delle sue proprietà essenziali. Al contrario, la simulazione totale del consenso ha luogo quando la parte simulante non vuole legarsi al matrimonio con l'altro contraente in alcun modo o forma. Un altro caso, di comprensione forse ancor più facile, è quello nel quale la validità del matrimonio viene simultaneamente contestata sotto il profilo dell'incapacità psichica di uno dei contraenti e sotto quello della simulazione del consenso da parte sua, ad esempio per esclusione del *bonum prolis*. Questi due capi di nullità (almeno quando si parla di incapacità psichica per difetto dell'uso di ragione, cioè per il motivo di cui al can. 1095 n. 1: controversa è invece l'applicabilità degli stessi concetti al motivo di cui al n. 2 e soprattutto a quello di cui al n. 3 dello stesso canone,<sup>7</sup> ma di tale controversia non occorre ovviamente occuparsi in questa sede) possono essere proposti solo in via tra loro alternativa, giacché chi è psichicamente incapace non gode, per definizione, delle facoltà intellettive o volitive necessarie per consentire, e quindi neppure per decidere liberamente di *non* consentire al matrimonio. Pertanto, nel caso in cui sia accertata l'incapacità del nubente, ciò preclude necessariamente la proponibilità logica del quesito avente ad oggetto la simulazione del consenso, ancorché magari costui si sia sposato dichiarando apertamente di non voler avere figli.<sup>8</sup>

I casi sin qui esemplificati, e gli altri che possono ipotizzarsi, vanno tenuti attentamente distinti da quelli nei quali, invece, la risposta affermativa data a uno dei capi di domanda concordati implica di necessità che si debba rispondere affermativamente anche a un altro o ad altri capi, ai quali pure è stato esteso il dubbio di causa. Ciò è quanto tipicamente avviene quando la validità del matrimonio è contestata per il motivo di cui al n. 1 e, in subordine, per quello di cui al n. 2 e/o al n. 3 del can. 1095, e il dubbio concernente il can. 1095 n. 1 riceve risposta affermativa. In tale ipotesi, e probabilmente in poche altre (si pensi alla nullità del matrimonio per *impotentia coeundi* dovuta a cause di ordine psichico, in rapporto alla incapacità a consentire *ex* can. 1095 n. 3), ma soltanto in queste – benché a volte si faccia anche, non del tutto a proposito, un uso più ampio del termine<sup>9</sup> – si può parlare di *continenza* di un

<sup>7</sup> Su questo tema si veda in particolare la sentenza rotale 24 luglio 1997 c. Stankiewicz (ARRT Dec. vol. LXXXIX, pp. 636 e seg.), in cui si legge a p. 643: "*Sustineri potest non omnem speciem incapacitatis eliciendi consensum matrimoniale secumferre incapacitatem simulandi, nisi agatur de incapacitate ex defectu sufficientis usus rationis proveniente*".

<sup>8</sup> Questi concetti sono omogenei all'insegnamento espresso nel decreto rotale 22 marzo 1994 c. Stankiewicz («Ius Ecclesiae» vol. VII, 1995, p. 645), in cui, richiamando una precedente sentenza 24 marzo 1961 c. Sabbatani (ARRT Dec. vol. LII, pp. 155 e seg.), si afferma con tutta chiarezza che "*declaratio absorptionis eiusdem capituli in capite praecedenti non potest aequiparari negativae sententiae circa illud, eoque minus sententiae affirmativae, sed merae abstinentiae a iudicio ferendo, a logica necessitate inductae*".

<sup>9</sup> Cf. J. LLOBELL, *Il concetto di conformitas sententiarum nell'Istruzione Dignitas Connubii*, in

capo di domanda in un altro: la risposta affermativa sul capo “contenente” comporta per necessità logica la risposta affermativa anche sul capo “contenuto”. Nell’ipotesi di assorbimento di un capo in un altro, invece, le cose non stanno così. Il capo assorbito, come si è detto, non è né potrebbe essere deciso affermativamente, neppure per implicito. È tuttavia altrettanto vero che esso non è né potrebbe nemmeno essere fatto oggetto di una decisione negativa, esplicita o implicita che sia. Riprendiamo in esame il caso del rapporto tra la simulazione totale e la simulazione parziale del consenso per esclusione dell’indissolubilità del vincolo. Come sarebbe possibile ritenere rigettata la domanda avente ad oggetto la simulazione parziale, nel caso di accoglimento di quella vertente sulla simulazione totale? Ciò significherebbe ammettere l’assurda ipotesi che un uomo possa decidere di legarsi indissolubilmente a una donna (o viceversa), senza tuttavia volerla sposare. La verità, quindi, è quella precedentemente esposta: qualora, in una sentenza, uno dei capi di domanda su cui è stato concordato il dubbio venga dichiarato assorbito in un altro, ciò significa che su quel capo il tribunale non si è pronunciato, o più esattamente che ha dichiarato di non potersi pronunciare a cagione della improponibilità logica del capo stesso.<sup>10</sup>

## 5.

Si può ora tornare al quesito dal quale le considerazioni svolte nel precedente paragrafo hanno preso le mosse. Ci si chiede come debba essere concordato il dubbio nel secondo grado di giudizio, quando – essendo stata rimessa

H. FRANCESCHI, J. LLOBELL, M. A. ORTIZ, *La nullità del matrimonio, temi processuali e sostantivi in occasione della «Dignitas Connubii»*, Roma 2005, p. 193-230, spec. a pp. 201-202; anche P. MONETA, *La determinazione della formula del dubbio*, cit., pp. 422-423.

<sup>10</sup> Da quanto detto sin qui si deduce che merita di essere approvato il decreto della Rota romana 23 aprile 1993 c. Bruno, citato in G. P. MONTINI, *Alcune questioni processuali intorno alla decretazione di conformità equivalente*, Periodica vol. XCV, 2006, p. 520, nota 57, con cui fu rigettata la querela di nullità insanabile avverso un precedente decreto rotale, confermativo in secondo grado della nullità del matrimonio *ex can.* 1095 nn. 2 e 3, a fronte di una sentenza di primo grado che aveva pronunciato la nullità *ex can.* 1095 n. 1, dichiarando, quanto ai capi *ex can.* 1095 nn. 2 e 3 (sui quali pure era stato concordato il dubbio): «*Provisum in primo*». Per ragioni speculari non si può invece consentire con il decreto 15 marzo 1999 della Segnatura Apostolica, citato dallo stesso Autore nella precedente nota 56, che prese la stessa decisione in un caso in cui il decreto di conferma era stato emesso giudicandosi nullo il matrimonio per esclusione del *bonum fidei* da parte dell’attore, a fronte di una sentenza di primo grado che aveva dichiarato nullo il matrimonio per simulazione totale, sempre da parte dell’attore, dichiarando «*iam provisum*» quanto ai capi di simulazione parziale pure concordati. In quest’ultimo caso, infatti, il capo di nullità relativo all’esclusione del *bonum fidei* fu giudicato per la prima volta a mezzo del decreto di conferma, e ciò a nostro avviso non è ammissibile. La causa avrebbe dovuto essere rimessa all’esame ordinario e si sarebbe dovuto procedere come passeremo subito ad illustrare nei paragrafi 5 e 6 del testo.

la causa all'esame ordinario – occorre procedere al riesame di un capo di domanda risolto affermativamente in primo grado, rispetto al quale, sempre in primo grado, un altro capo di domanda è stato dichiarato "assorbito". Ci si chiede cioè in che modo, e soprattutto per iniziativa di chi, il capo assorbito vada richiamato nella formula della concordanza del dubbio. In termini più specifici la domanda è se occorra una formale ed esplicita richiesta della parte interessata affinché il capo di domanda assorbito sia fatto oggetto del dubbio da concordarsi.

Chi scrive è nettamente dell'avviso che a questo interrogativo si debba rispondere negativamente.

È certo, infatti, che una ipotetica richiesta di questo genere non dovrebbe essere rivestita della forma dell'impugnazione della prima sentenza. Ed invero, ciò che si è detto sin qui dimostra che la parte per iniziativa della quale, nel primo grado di giudizio, il dubbio di causa era stato concordato anche sul capo poi dichiarato assorbito, non può né deve essere considerata soccombente, quanto a tale capo, per effetto della dichiarazione di assorbimento. La soccombenza, infatti, implica per sua stessa natura la reiezione della domanda, il che nel nostro caso non è avvenuto. Non essendovi dunque soccombenza, neppure può essere imposto alla parte l'onere di interporre appello (condizionato, ovviamente, alla riforma della prima sentenza sul capo assorbente). A riprova di ciò, si consideri che la parte che, *in thesi*, dovrebbe appellare, è quella stessa che ha visto accolta la domanda avente ad oggetto il capo di nullità assorbente, e che pertanto, quando chiedeva che fosse accertata la nullità del suo matrimonio, già partiva dal presupposto che l'accoglimento del primo capo di domanda avrebbe comportato la mancata presa in considerazione del secondo. Tanto che, di regola, e con piena ragione, come già sopra si è accennato, la domanda avente ad oggetto il capo di nullità suscettibile di essere assorbito in un altro viene formulata solo in via subordinata rispetto alla domanda che verte sul capo potenzialmente assorbente (e anche a tale gradazione di interessi prospettata dall'attore, lo diciamo qui per inciso, il giudice è da ritenersi vincolato).

Scartata, quindi, l'ipotesi che la richiesta debba essere rivestita della forma propria dell'appello, si potrebbe forse pensare che la parte abbia comunque l'onere di formularla in un altro modo davanti al giudice di secondo grado, ad esempio con una semplice dichiarazione di intenti? La risposta, anche qui, è negativa. È chiaro che nulla impedisce alla parte che vi ha interesse di comportarsi in questo modo; ma un siffatto comportamento non può essere concepito in termini di obbligatorietà. Nel diritto processuale canonico non esiste una norma parallela a quella dell'art. 346 del codice di procedura civile italiano, dove è disposto che "Le domande e le eccezioni non accolte nella sentenza di primo grado, che non sono espressamente riproposte in

appello, si intendono rinunciate”. La dottrina e la giurisprudenza italiane sono concordi nel ritenere che questa norma, limitatrice dell’effetto devolutivo dell’appello, introdotta *ex novo* nel codice del 1940, si applichi, tra l’altro, proprio al caso dell’assorbimento di una pronuncia in un’altra, nella ribadita assenza dell’onere della parte vittoriosa in primo grado sul capo assorbente di proporre appello incidentale relativamente alla mancata pronuncia sul capo assorbito.<sup>11</sup> Poiché dunque nel nostro diritto questa norma non esiste, non si può certo pensare di poterla creare in via interpretativa, specie se si tiene presente che, a norma del can. 18, “*Leges quae... liberum iurium exercitium coarctant... strictae subsunt interpretationi*”.

In realtà non vi è alcuna ragione che impedisca di ritenere che il capo di domanda dichiarato assorbito in primo grado possa essere richiamato nella formula del dubbio ad opera del giudice di secondo grado, anche in mancanza di una iniziativa *ad hoc* della parte, così che tale formula sia stabilita nei seguenti termini: “Se la sentenza emessa nel primo grado di giudizio sia da confermare, e in caso negativo se consti la nullità del matrimonio per il motivo...”, con successiva indicazione del capo relativamente al quale si è verificato l’assorbimento. Anzi, vi è di più: a ben considerare le cose, non si tratta propriamente di un *potere*, ma di un vero e proprio *dovere* dell’organo giudicante, giacché i poteri del giudice, lungi dal consistere in mere facoltà di cui egli sia autorizzato a fare uso a proprio arbitrio, si convertono appunto, incessantemente e inevitabilmente, in altrettanti doveri che gli incombono, così che egli abbia a svolgere rettamente la funzione di amministrare la giustizia del caso concreto.

La possibile obiezione che questo modo di procedere confliggerebbe con il divieto, imposto al giudice dal can. 1514 e dall’art. 136 della DC, di intervenire *ex officio* nella determinazione della formula del dubbio, sarebbe fallace. Occorre infatti rendersi conto che, nello stabilire il dubbio nel modo che si è appena detto, il giudice riproduce pur sempre i termini nei quali lo stesso dubbio era stato concordato in prima istanza, senza nulla innovare; mentre, d’altronde, il caso di cui ora ci si sta occupando è del tutto diverso da quello nel quale a uno dei capi di domanda divenuti oggetto del dubbio di causa la sentenza di primo grado abbia dato risposta negativa. In questa ipotesi, come si è avuto modo di avvertire in precedenza, una volta pervenuta la causa al giudice di secondo grado, e rimessa da parte di quest’ultimo la causa all’esame ordinario, il capo di domanda risolto negativamente non può essere ridiscusso, e quindi richiamato nella formula del dubbio, senza che la parte interessata abbia proposto appello contro la decisione negativa. Al contrario, nel nostro caso, in primo grado il capo di domanda di cui si sta discutendo

<sup>11</sup> Cfr. A. TEDOLDI, *L’onere di appello incidentale nel processo civile*, «Giurisprudenza Italiana», vol. CLIII, 2001, pp. 1301-1316.

non è stato deciso, perché dichiarato assorbito. E quindi, nell'ipotesi in cui la sentenza affermativa, resa appunto in quella sede sul capo assorbente, non venga confermata, il giudizio deve riespandersi per necessità logica al capo rispetto al quale l'assorbimento è venuto meno. Solo nel caso, peraltro per evidenti ragioni assai improbabile, in cui la parte interessata rivolga al giudice di secondo grado la richiesta esplicita di *non* estendere il giudizio al capo non più assorbito, e quindi rinunci alla domanda (subordinata) formulata in questo senso in prime cure, tale capo dovrebbe essere espunto dalla formula del dubbio, e il giudice non se ne dovrebbe più occupare.

## 6.

Per concludere le riflessioni su questo tema, sono ancora utili due importanti avvertenze.

La prima è che l'esame, nel secondo grado di giudizio, del capo rimasto assorbito in prime cure, dovrà necessariamente avvenire *tamquam in prima instantia*, analogamente a quanto previsto nel caso, disciplinato dal can. 1683 e dall'art. 268 della DC, cui già sopra si è avuto modo di riferirsi. Ciò discende pianamente da tutto ciò che si è detto fino a questo punto, e in particolare dalla indefettibile premessa, ancora una volta da sottolineare, che quel capo di domanda nella prima sentenza non è stato giudicato, né per accoglierlo, né per respingerlo.

La seconda avvertenza è che, qualora la sentenza emessa in secondo grado riformi la prima, giudicando negativamente il capo assorbente, e invece accolga la domanda relativamente al capo assorbito, si aprirà l'adito all'esame dell'ulteriore quesito, se la seconda sentenza possa essere dichiarata *aequivalenter conformis* alla prima.<sup>12</sup>

La nozione di conformità equivalente, soprattutto dopo la promulgazione della DC, che per la prima volta, com'è noto, se ne è occupata a livello normativo dopo un lungo travaglio giurisprudenziale e dottrinale,<sup>13</sup> rappresenta un argomento assai dibattuto. Per quanto interessa il nostro specifico tema, ciò che si deve avvertire è che dalla semplice constatazione che tra il capo di

<sup>12</sup> Ciò, evidentemente, suppone che possa darsi la dichiarazione di conformità equivalente tra una sentenza di primo grado e una di secondo che si sia pronunciata per la prima volta su un capo deciso *tamquam in prima instantia*. Su ciò non tutti concordano. Ma in senso affermativo appaiono persuasivi gli argomenti addotti da J. LLOBELL, *Il concetto di conformitas sententiarum...*, cit., pp. 208-210. Altro problema è se occorra inserire nella formula del dubbio, all'atto del rinvio della causa all'ordinario esame del secondo grado di giudizio, il quesito circa la possibile conformità equivalente della (emananda) sentenza di secondo grado rispetto a quella di primo grado. G. P. MONTINI, *Alcune questioni processuali...*, cit., p. 513, suggerisce di farlo, almeno a livello di opportunità.

<sup>13</sup> Valgano i richiami che si leggono in J. LLOBELL, *Il concetto di conformitas sententiarum...*, cit., p. 198, nota 5.

domanda giudicato affermativamente in primo grado (e negativamente nel secondo), e quello giudicato affermativamente in secondo grado, esista un rapporto tale da aver giustificato la pronuncia di assorbimento da parte del primo giudice, non può affatto trarsi in modo automatico la conseguenza che le due pronuncie siano da considerare conformi per equivalenza.

Infatti, secondo l'art. 291 della DC, tale specie di conformità presuppone che le due decisioni, "*licet caput nullitatis diverso nomine significant et determinant tamen super iisdem factis matrimonium irritantibus et probationibus nitantur*". In dottrina è stato chiarito che l'identità di queste *eadem probationes* (o, in altri termini, l'identità dei fatti secondari, di quelli cioè che servono a provare i fatti principali sui quali appunto la pronuncia di nullità del matrimonio si fonda) deve essere intesa in senso piuttosto ampio: ciò che conta, si è scritto, è che i due impianti probatori siano stati condivisi da entrambe le sentenze nella loro sostanza.<sup>14</sup> Tuttavia, quando si realizza il fenomeno dell'assorbimento di un capo in un altro, non è detto che ciò accada. Può darsi invece che gli elementi di prova che hanno giustificato, ad esempio, per il primo giudice, la dichiarazione di nullità del matrimonio per il motivo della simulazione totale, non siano i medesimi che giustificano, per il secondo giudice, la pronuncia di nullità per il motivo della simulazione parziale, e non siano neppure sostanzialmente riconducibili ad essi.

Se così staranno le cose, le due sentenze non potranno considerarsi conformi per equivalenza, e spetterà allora al giudice di terzo grado emettere la statuizione finale sul caso.

GIOVANNI MARAGNOLI

<sup>14</sup> Si tratta del condivisibilissimo discorso svolto da J. LLOBELL, *Il concetto di conformitas sententiarum...*, cit., in particolare alle pp. 217-220.

## RECENSIONI

PIERO ANTONIO BONNET, *Annotazioni su la consuetudine canonica*, «Collana di studi di diritto canonico ed ecclesiastico», diretta da Rinaldo Bertolino, Sezione canonistica, n. 33, Torino, G. Giappichelli Editore, 2003, pp. 109.

PIERO ANTONIO BONNET, autore ben conosciuto nell'ambito canonistico come studioso attento alla letteratura teologica recente e come conoscitore delle questioni dibattute del diritto della Chiesa, affronta in questo saggio, con l'elegante stile letterario che gli è caratteristico, un tema classico e basilare del diritto ecclesiale, quale è, appunto, la consuetudine.

L'opera è divisa in due capitoli. Nel primo, significativamente intitolato "Una premessa necessaria: lo scenario pluralistico del Popolo di Dio", l'a. propone alcune riflessioni circa una questione a lui cara e su cui si è già occupato in altri suoi studi, e cioè il fenomeno della pluralità culturale e come esso si realizzi nella Chiesa dando luogo, per dirla con una sua espressione, alla "diversità dell'unità", sia sincronica che diacronica. Il secondo capitolo inizia con lo studio di due tematiche che stanno alla base della questione relativa al fondamento della norma consuetudinaria nella Chiesa: il rapporto tra diritto divino e diritto umano e tra *sensus fidelium* e consuetudine. Una volta fissati i presupposti teologici su cui poggia l'intera riflessione, il libro prosegue con l'analisi dei punti problematici della norma canonica consuetudinaria: continuità e discontinuità tra il codice pio-benedettino ed il codice at-

tuale, l'*intentio iuris inducendi*, la comunità capace di introdurre la consuetudine, la funzione dell'autorità gerarchica (il *legislator*, secondo il Codice vigente, o il *superior* come si esprimeva, secondo l'a. con migliore dizione, il Codice anteriore), la *rationabilitas*, le modalità di intervento dell'autorità gerarchica – *reprobatio* e *approbatio* –, le diverse tipologie della consuetudine e in particolare la consuetudine *secundum legem* (che per Bonnet è vera norma creativa), e alcune questioni relazionate con la condotta consuetudinaria (la sua durata, la prova e la revoca). Infine, il saggio si conclude con alcune riflessioni sull'autore della consuetudine, per ribadire, a modo di conclusione, come sia la stessa comunità ad introdurre la norma consuetudinaria.

La prospettiva predominante del lavoro è quella della ricerca del fondamento teologico della norma consuetudinaria canonica. Collegato con la visione delle dimensioni dell'universalità e della particolarità presenti nel mistero della Chiesa (tema sul quale l'a. segue da vicino la teologia di von Balthasar), e determinante della concezione che sulla consuetudine canonica propone il Bonnet, è la percezione – ispirata nell'ermeneutica di Gadamer – del diritto umano come interpretazione del diritto divino, che si esprime attraverso una diversità di categorie culturali originante un pluralismo (nella comunicazione piuttosto che nella dottrina) all'interno del Popolo di Dio, secondo le spiegazioni che su questo punto offre la teoria sul metodo teologico di Lonergan. Le suggerenti riflessioni sulla variabilità sincronica e diacronica dell'interpretazione o della determina-

zione del diritto divino devono, a mio modo di vedere, essere recepite alla luce del concetto metafisico di natura, dove risiede il diritto divino naturale, e dell'immutabilità del *depositum fidei*, onde evitare equivoci che portassero a una sorta di relativismo ecclesiologico.

Caposaldo della concezione che Bonnet offre sulla consuetudine canonica è l'inquadramento di essa all'interno del *sensus fidelium*: «In realtà – si legge a p. 42 del libro recensito – a noi sembra che la consuetudine non sia che l'appropriazione, o, in altri casi la deduzione o la determinazione, nei “diuturni mores Populi Dei” del diritto divino vivo nel “sensus fidelium”. La consuetudine, pur formalmente distinta dalla fede, non è materialmente che la fede stessa, nel senso più totale del termine, nella sua *dimensione pratica*». L'analisi condotta dall'a. sui punti concreti della consuetudine canonica prende le mosse da questa convinzione. Per esempio, coerentemente con questa tesi, l'a. concepisce l'*animus iuris inducendi* come l'agire scientemente da cristiani da parte dei membri della comunità, e, nel trattare della *rationalitas*, sposa la concezione della legge canonica come *ordinatio fidei*.

L'a. è ben conscio dei rilievi critici mossi da alcuni autori alla tesi che tende a collegare in modo così stretto la consuetudine canonica con il *sensus fidelium*, arrivando ad una quasi identificazione. Da parte mia, continuo a pensare al riguardo quanto ho già avuto occasione di pubblicare, e cioè, in stringata sintesi, che occorra partire dal dato ecclesiologico offerto dal n. 8 della *Lumen gentium*, secondo cui la Chiesa è una sola realtà complessa risultante da un elemento umano e da un elemento divino, che per una «non debole analogia» è paragonata

al mistero del Verbo incarnato, e, come in Cristo non esiste confusione di nature ma rimane la dualità nell'unità della Persona, così anche nella Chiesa l'elemento umano non è annientato da quello divino. Questa dottrina fondamentale, che, a mio avviso, getta luce non solo al tema ora direttamente esaminato ma anche al diritto della Chiesa nel suo insieme e, quindi, al suo statuto epistemologico, porta a considerare che il valore giuridico naturale che la consuetudine ha nella società umana vige anche nella Chiesa. La considerazione della dimensione naturale della consuetudine va naturalmente integrata con la dottrina della partecipazione di tutti i *christifideles* all'edificazione della Chiesa, la quale si realizza sotto l'ispirazione dello Spirito Santo che guida il camminare del Popolo di Dio mediante la sua assistenza al magistero dei Pastori e al *sensus fidelium*.

Ritengo anche che l'operazione di ordinare appartenga alla ragione piuttosto che alla fede, per quanto l'ordine da istaurare riguardi aspetti ecclesiastici, fermo restando che, in tal caso si rende del tutto necessario che la ragione venga illuminata dalla fede. E come la legge ecclesiastica è un ordine della ragione guidata dalla fede, così anche la consuetudine è un ordine, una norma, che per essere tale deve essere ragionevole, tenendo conto che non può essere ragionevole un ordine ecclesiale che pretendesse di contraddire la fede, sicché la condotta consuetudinaria potrà e dovrà essere illuminata dal *sensus fidelium*, senza però confondersi con esso. Del resto, una quasi identificazione della consuetudine con il *sensus fidelium* contrasterebbe con l'esperienza giuridica in cui si osserva una grande varietà di condotte consuetudinarie relative a materie del tutto

contingenti e quindi cambianti, spesso di carattere organizzativo, non attinenti direttamente al *depositum fidei*.

Molti sono gli spunti di riflessione suggeriti dal Bonnet in questo saggio, presentati peraltro in dialogo con le attuali correnti di pensiero teologico, che non possono essere affrontati nel ridotto spazio di una breve recensione. Basti, quindi, salutare con soddisfazione questo nuovo stimolo a porsi i problemi di fondazione e di teoria generale del diritto della Chiesa, proveniente da un autore nel pieno della sua maturità scientifica.

EDUARDO BAURA

GIUSEPPE CASINI, *La translatio imperii. Landolfo Colonna e Marsilio da Padova*, prefazione di Piero Bellini, «col. Scienze giuridiche», Roma, Aracne Editrice, vol. 72, 2005, pp. 110.

L'OPERA che si presenta è preceduta dalla prefazione di Piero Bellini (pp. 11-13) e da una nota d'Alessandro d'Avack (pp. 15-18). Nella sua introduzione l'Autore (pp. 19-21) spiega come l'obiettivo della pubblicazione sia quello di analizzare il *Tractatus de translatione imperii*, scritto nel 1313 da Marsilio da Padova, e l'opera omonima di Landolfo Colonna, risalente all'anno 1260. Egli si propone di dimostrare le maggiori posizioni contrastanti riguardo al tema della traslazione. Quest'analisi viene affiancata allo studio del pensiero di Mattia Flaccio Illirico e Roberto Bellarmino.

Il 1° capitolo è dedicato alla *translatio imperii* nel sistema canonistico medievale (pp. 23-85). Per rendere possibile «una migliore comprensione dei meccanismi

politici, giuridici e sociali» (p. 23) della cristianità, viene presentato per sommi capi il sistema canonistico dell'epoca. Secondo il pensiero dell'Autore, il tema della *translatio imperii* si inserisce in un tempo nel quale si va dalla *potestas indirecta ecclesiae in temporalibus* almeno al tentativo di realizzarne la *potestas directa*. All'inizio dell'epoca medievale il papato supplisce alle mancanze di poteri *ratione peccati* o *ratione scandali*, dando il potere anche ad altri; in seguito il papato stesso si renderà garante dell'unità nel mondo cristiano, nell'esercizio della *plenitudo potestatis*.

Questa presunzione di un potere anche temporale fu fatta risalire al IV secolo, con il *Constitutum Constantini*; non senza problemi, in quanto l'esercizio del potere temporale nell'occidente dell'impero era stato concesso alla Chiesa dall'autorità imperiale: problema risolto da Innocenzo III con il concetto del *regale sacerdotium*. Inoltre nel *Constitutum* il donatore è l'imperatore, mentre in epoca posteriore il Pontefice diventa donatore e operatore della traslazione stessa.

«La Chiesa può comunque disporre dell'impero perché il potere imperiale è stato trasferito dai Greci ai Franchi attraverso la mediazione papale e l'imperatore ha l'ufficio di difenderlo» (p. 34). Questo stato di cose viene sottolineato dalla donazione da parte di Pipino, e maggiormente con l'incoronazione di Carlo Magno nell'800. Alcuni storici vedono in questo passo del Pontefice solamente ragioni pratiche, altri invece sottolineano il disinteresse dell'imperatore d'oriente per la parte occidentale dell'impero e per la Chiesa. Il ruolo del papato è quello di giudice supremo, che approva un'elezione avvenuta già in ambito laico, e con ciò rimette la traslazio-

ne dell'impero a chi ne sia degno. Perciò anche la donazione di Costantino viene interpretata in un primo momento come «fondamento del primato spirituale e del regale sacerdozio della sede di Roma» (p. 50). Esiste un legame tra donazione e traslazione, ma il fondamento di quest'ultima sta piuttosto nella *potestas ligandi et solvendi*, propria del Pontefice.

Dopo la Dieta di Besançon e l'opposizione di Federico Barbarossa, bisognava cercare una nuova motivazione per «la derivazione dell'autorità imperiale da quella della Chiesa» (p. 57). Questa fu trovata dallo stesso Innocenzo III, e la lotta per la successione di Enrico VI ne dava la possibilità, perché le parti avocarono l'arbitrio della Sede Romana. Innocenzo nella sua *deliberatio* sottolinea il fatto che spetta al Pontefice decidere chi sia degno della corona imperiale esaminando le qualità del candidato. Perciò l'impero non è trasmissibile in forma ereditaria. Una delle condizioni poste dal Pontefice è inoltre la libertà dell'Italia. In seguito, con la decretale *Venerabilem*, il Papa riassume il suo pensiero sul rapporto tra Chiesa e Stato: «È prerogativa dei principi elettori eleggere il futuro imperatore, fermo restando il diritto del Papa di esaminare e approvare il candidato prima di ungerlo ed incoronarlo». Comunque il diritto di elezione spetta ai principi a causa della *translatio imperii a Grecis in Francos*; però lo stesso fatto è anche il motivo per cui l'ultima decisione resta al Pontefice.

In seguito, Innocenzo III giunge all'affermazione dell'assoluta supremazia del Papato. Per motivare la supremazia del potere ecclesiastico su quello laico si rifà a diversi passi della Bibbia, non ultimo a quello del re e sacerdote Melchisedech.

Il 2° capitolo (pp. 87-100) presenta gli scritti di Landolfo Colonna (pp. 87-90) e di Marsilio da Padova (pp. 90-100) sulla questione. Landolfo cerca a sua volta di inquadrare la traslazione dell'impero dai greci ai franchi e dai franchi ai tedeschi nelle vicende storiche dell'epoca. Perciò i Papi hanno il diritto d'intervenire se cause interne od esterne spingono in questa direzione. Il trattato di Marsilio, al quale l'Autore dedica anche alcuni cenni biografici (p. 90-96), è posteriore alla sua opera *Defensor Pacis*. Egli riferisce gli stessi fatti descritti anche da Landolfo, ma li interpreta diversamente, a sfavore del Pontefice, il quale ha solo il ruolo di mandatario del popolo Romano.

L'opera viene completata con una breve conclusione (pp. 101-105) e la bibliografia (pp. 107-110).

La maggior parte del libro è dedicata alla questione della *translatio imperii* in generale, e in modo particolare al pensiero d'Innocenzo III. Lo studio sui trattati di Marsilio da Padova e Landolfo Colonna, annunciato nel titolo, occupa uno spazio relativamente ridotto della pubblicazione (13 pagine), la quasi metà dei quali è dedicata alla biografia dei protagonisti. L'autore malgrado abbia dato un'introduzione interessante al tema della *translatio*, non riesce a mantenere tutte le aspettative poste in essere con il titolo che ha conferito al suo libro.

MARKUS GRAULICH, S.D.B.

MARÍA DEL CARMEN GARCIMARTÍN MONTERO, *El sistema matrimonial de Estados Unidos*, Thomson-Aranzadi, 2006, pp. 242.

**D**ESCRIVERE il sistema matrimoniale degli Stati Uniti non è una impresa

semplice, tanto meno se i lettori cui uno si rivolge sono europei, magari senza dimestichezza con le coordinate di quell'ordinamento. L'A. si è applicata a questa fatica interessata dal dibattito in atto lì sull'argomento, che sicuramente porterà riflessi su quello vivacemente presente anche dalle nostre parti. Già nella prefazione, il prof. Robert. A. Destro sottolinea la rilevanza della posta in gioco, accennando anche ad un paragone fra divisione di poteri nel federalismo americano e spartizione di competenze nell'Unione Europea.

Due sono gli argomenti cardine dello studio: la competenza sul matrimonio e tutto ciò che richiede la sua celebrazione. Entrambe le tematiche vengono affrontate con particolare attenzione alla evoluzione storica, nonché alle tendenze sociali odierne che hanno acceso il sunnominato dibattito.

Un ordinamento composto di ordinamenti come quello americano implica una grande complessità, specie riguardo a un diritto così personale come quello di famiglia. In principio, sulla base del x emendamento, la regolamentazione del matrimonio è di competenza statale, incluse le regole di diritto interstatale così importanti in una società caratterizzata dalla mobilità. Senza mettere in discussione il principio statale si assiste però ad una crescente federalizzazione della materia per via dell'affermazione del diritto al matrimonio come un diritto fondamentale. La Corte Suprema lo ha sostenuto, con base nel xiv emendamento, nei casi ad essa arrivati contro restrizioni vigenti nelle legislazioni statali. Decisiva sul punto la sentenza sul caso *Loving* (1967) che dichiarò incostituzionale una legge della Virginia che proibiva il matrimonio fra persone di razze diverse. Vi

sono stati altri interventi della Corte in materia con base nel diritto all'intimità personale, coniugale, familiare.

Dal livello giudiziario si è trasceso poi a quello legislativo fino alla proposta di un emendamento alla Costituzione federale. La questione è divenuta particolarmente calda attorno al *same-sex marriage*. Nel 1990 tre coppie di omosessuali chiesero di sposarsi ad Hawai, ma si videro negare la licenza poiché le leggi dello stato permettono il matrimonio soltanto fra persone di sesso opposto. La vicenda giudiziaria finì con la approvazione referendaria di una modifica alla costituzione statale in senso eterosessuale. Ma, conclude l'A., si capì che la via della riforma costituzionale era la unica per evitare il matrimonio omosessuale, al tempo che si lasciava al popolo l'ultima parola in merito (p. 76). Alaska e Vermont furono i seguenti stati ad arginare per via legislativa la pretesa che si era posta dinanzi ai tribunali. Seguirono altri. La reazione a catena fece sì che a livello federale le due Camere adottassero la controversa *Defense of Marriage Act* (DOMA) per proteggere il matrimonio eterosessuale, tra l'altro riservando a questo il concetto stesso di matrimonio, e di sposi a coloro che lo contraggono. Agli stati viene comunque rispettata l'autonomia per legiferare sulla materia in qualsiasi senso, ma anche quella di non dover riconoscere eventuali matrimoni omosessuali contratti in altri stati o territori.

Logicamente la questione rimane aperta, anche perché la legittimità del DOMA è stata messa in discussione da alcune sentenze. Per questo è sorta l'iniziativa accennata di arrivare fino ad un emendamento della Costituzione federale (il *Federal Marriage Amendment*) al

fine di definire il matrimonio, a questo livello, come unione di un uomo e una donna e vietare che altre unioni ne possano essere equiparate. Garcimartín si sofferma sui pro e i contro della proposta: attorno alla questione di fondo si aggirano argomenti riguardanti piuttosto la competenza (statale o federale) sulla materia. Paradossalmente, mentre nel rifiuto della iniziativa ha molto influito la paura di una virata verso la federalizzazione, tutti sono poi convinti che il nodo sarà risolto a livello nazionale.

Lo studio dell'istituto matrimoniale parte dalla complessità di legislazioni alla ricerca delle note caratteristiche comuni o più diffuse: unione di un uomo e una donna su base consensuale-contrattuale, regolamentato nella sua celebrazione, effetti e dissoluzione dalla legge civile e non dalle parti, allo stesso tempo esso stabilisce rapporti familiari protetti da ingerenze inessenziali dell'autorità.

Gli impedimenti e requisiti sono quelli minimi essenziali: età, parentela nei gradi prossimi, capacità mentale. Il consenso deve essere libero, volontario, cosciente. Si è soliti distinguere fra nullità radicale e annullabilità, ma non si è sviluppata una grande dottrina a riguardo, nemmeno sul consenso e l'incapacità. I problemi si affrontano piuttosto dal lato pratico. Poiché esiste l'annullabilità in molti casi, esiste anche la convalida per ratifica (pure protraendo la coabitazione) dopo scoperto il vizio o passata l'inabilità.

La forma del matrimonio è oggetto di uno studio particolarmente accurato e approfondito; prima con degli essenziali ma interessantissimi appunti storici sull'importanza della forma, ma anche del matrimonio informale, di origine canonica pre-tridentina (*sponsalia*

*per verba de praesenti*), ricevuto nelle colonie tramite il *common law*, largamente diffuso sulle ali del contrattualismo liberale e ammesso ancora oggi in vari stati. Ciò, insieme al criterio della minore ingerenza pubblica nei diritti soggettivi, ha portato anche qui a ridurre all'essenziale i requisiti di forma, che spesso peraltro non condizionano la validità del matrimonio, come neppure la licenza che si deve ottenere prima della celebrazione.

Eppure è la licenza il momento più importante nella formalizzazione del matrimonio, un controllo preventivo che nacque molto presto in America in sostituzione delle pubblicazioni religiose vigenti allora in Inghilterra, ma che non corrisponde precisamente alle pratiche usuali negli ordinamenti continentali, dato che sono gli stessi nubenti a fornire i dati necessari per l'ottenimento senza che vi sia, da parte del pubblico ufficiale competente al rilascio, una verifica di essi o un confronto con i dati di un peraltro inesistente registro che possa far emergere eventuali impedimenti. Requisito frequente per la licenza è il compimento di certe indagini mediche: qui si gioca sull'equilibrio fra libertà, intimità personale e salute pubblica; oggi la tendenza è verso la diminuzione di questo tipo di esigenze legali e senz'altro verso la limitazione, fino alla abolizione, della loro efficacia proibente il matrimonio: ove sussistono, esse hanno un valore soprattutto informativo e di prevenzione di richiami per frode anche meramente formale (ad es. in Washington D.C. le parti dichiarano che se alcuna di loro soffre di una malattia di trasmissione sessuale, esse sono al corrente).

Contrarre senza licenza non comporta per sé la nullità del matrimonio: le

sanzioni posso essere altre, ma nella logica del sistema americano, caratterizzata dall'informalità e la libertà, si ritiene che lo scopo della licenza non si ottiene dichiarando nulla *tout-court* l'unione celebrata senza di essa; in caso poi di falsità dei dati forniti la mera annullabilità è una soluzione più adeguata.

Anche la celebrazione delle nozze è minimamente regolamentata, dato che la richiesta della licenza esprime già un consenso matrimoniale: essa deve avvenire dinnanzi ad un funzionario o un ministro religioso autorizzato dalla legge a celebrare il matrimonio, ma essenziale è solo il consenso delle parti manifestato in forma che si possa attestare. In alcune parti si richiede tuttavia che le parti dichiarino espressamente di prendersi reciprocamente come marito e moglie. La celebrazione per procuratore pone alcune questioni più complicate ma è poco usata.

Comunque la celebrazione in forma religiosa ha seguito vie differenti nella storia delle colonie; Garcimartín le studia in maniera accurata, distinta a seconda che si tratti della celebrazione fatta da un ministro oppure di osservare la forma di celebrare il matrimonio propria di una confessione. Ne vengono fuori interessanti spunti di riflessione, ad esempio il modo di trattare l'errore sulla condizione di ministro del celebrante e della sua capacità, sempre sulla scia di relativizzare qualsiasi requisito al di fuori del consenso delle parti; o il gioco delle regole confessionali nella determinazione di chi deve essere considerato ministro autorizzato secondo le leggi civili; o ancora il limite all'informalità sollevato dai ministri 'ordinati' per posta.

Comunque qualsiasi paragone ai nostri sistemi matrimoniali è inadatto: il

ministro religioso negli Stati Uniti agisce – agli effetti civili – in quanto persona autorizzata a ricevere il consenso delle parti, non è nemmeno tenuto a celebrare secondo le norme o il rito della sua confessione; questa c'entra soltanto nell'attestare che si tratta di un suo ministro. Lo Stato più che la forma religiosa riconosce il matrimonio fatto davanti al ministro di una confessione. Osservare la forma confessionale è una questione privata a cui la legge non può attribuire carattere obbligatorio; può tuttavia riconoscerla come una forma in più di sposarsi: ciò avviene specialmente con le confessioni che hanno sì un rito matrimoniale ma non ministri che lo presiedano (Quaccheri).

In fine la registrazione dopo le nozze. L'atto di matrimonio viene redatto dal funzionario o ministro di culto celebrante che lo invia all'ufficio competente per la registrazione. Nel caso il matrimonio avvenga senza la loro presenza, una delle parti redige l'atto e lo invia a registrazione. Anche qui il termine registrazione potrebbe suscitare equivoci. Non è un registro dello stato civile simile ai nostri né quindi una prova pubblica incontrovertibile, comunque privilegiata dello stesso: piuttosto la registrazione ingenera una presunzione dell'avvenuta celebrazione, ma potrebbe mancare oppure venire rovesciata da prove contrarie: la validità (e tantomeno l'esistenza) del matrimonio non dipende dalla registrazione.

Esiste ancora, come detto, il *common law marriage*, o matrimonio informale, basato sul consenso (*per verba de praesenti*) insieme alla convivenza notoria che genera la *communis opinio* sul matrimonio delle parti. La accettazione di questo tipo di matrimonio è comunque in calo

poiché il carattere privato del consenso rende difficile la sua prova, soprattutto se postuma ai fini successori. Per l'insicurezza cui da spazio viene guardato con sospetto, data la facilità attuale per celebrare nozze formali. Comunque i requisiti per contrarlo e gli effetti sono gli stessi del matrimonio formale: pertanto non è una via per aggirare gli ostacoli legali né l'equiparazione al matrimonio della convivenza di fatto e ancor meno di una relazione segreta; è piuttosto il riconoscimento del matrimonio di fatto: una coppia che si ritiene sposata, vuole essere sposata e come tale convive.

Il libro finisce con l'indice delle sentenze citate e della bibliografia.

Siamo davanti a un lavoro di ricerca meritevole e degno di raccomandazione. All'interesse dell'argomento l'A. aggiunge la profondità e la chiarezza della esposizione, che rende scorrevole e gradita la lettura senza inutili lungaggini.

JOSÉ T. MARTÍN DE AGAR

ALEJANDRO GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, *Confessioni religiose, diritto e scuola pubblica in Italia. Insegnamento, culto e simbologia religiosa nelle scuole pubbliche*, Bologna, CLUEB, 2005, p. 294.

**R**ISULTATO di un soggiorno di ricerca nella Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Bologna, il presente studio del Prof. González-Varas fa fronte alla complessa questione dell'insegnamento della religione nelle scuole pubbliche in Italia da una prospettiva multiculturale, considerando questa una caratteristica ormai acquisita delle società moderne e della Italia in particolare. Ma, come sottolinea Gaetano Lo Castro nella presen-

tazione del volume, il metodo della sua indagine è strettamente giuridico, non politologico o sociologico. Infatti l'A. raduna e sintetizza nel suo lavoro numerosi materiali legislativi, giurisprudenziali e dottrinali tentando di presentare il quadro delle domande presenti nella società attuale, e quali sono le risposte del legislatore in materia.

I primi cinque capitoli del libro sono rivolti a presentare questo quadro. Fermo il principio che la scuola ha un alto valore integrativo, nel capitolo primo l'A. pone il problema della risposta che lo Stato deve dare alle pretese dei nuovi gruppi religiosi riguardo all'insegnamento (non solo della religione bensì anche della propria cultura e lingua), e quanto siano conformi queste pretese alle norme e principi dell'ordinamento giuridico italiano. I problemi sono vari e la risposta non riguarda soltanto la questione dell'insegnamento della religione (che viene studiato poi in modo approfondito), visto che la diversità di provenienza può portare a respingere valori culturali e formativi presenti nelle scuole pubbliche tali come le lezioni di musica, ballo, educazione fisica, etc., per non parlare delle problematiche connesse alle regole sugli alimenti o la comunicazione fra *staff* scolastico e genitori immigrati (*vid.* pp. 43-45).

La problematica sulla regolazione delle modalità d'insegnamento della religione sono studiate nei capitoli II-V. Come si sa, l'aspetto più controverso in questo ambito è la compatibilità dell'insegnamento confessionale (in particolare quello cattolico) in un contesto educativo che prevede per legge la neutralità delle scuole pubbliche. L'A. parte dal principio che per un completo sviluppo e formazione degli alunni è necessario

che questi imparino diversi elementi di cultura religiosa. Da questa prospettiva non ci sarebbe nessun problema in un insegnamento aconfessionale di religione (come spiegazione di un complesso di dati o fatti). Il problema si presenta invece quando la religione va spiegata in conformità con una concreta dottrina religiosa, proponendo un invito alla riflessione, da una persona che offre all'autorità religiosa la sufficiente garanzia di fedeltà. Nel capitolo II si illustra la regolazione italiana sull'insegnamento confessionale della religione cattolica, come sistema paradigmatico di intesa pattizia Stato-Chiesa, percorrendo tutte le questioni che si sollevano in tale rapporto: elaborazione del programma della materia ed approvazione dei libri di testo, orario di svolgimento delle lezioni, la facoltatività e valutazione dell'insegnamento; e riguardo agli insegnanti, il loro regime giuridico, e la loro scelta e posizione accademica.

Il terzo capitolo prova la compatibilità dell'insegnamento confessionale nelle scuole pubbliche con il principio di laicità dello Stato, poggiando sulla giurisprudenza della Corte costituzionale italiana, nonché d'altre corti europee (Spagna, Germania, Corte Europea di Diritti dell'Uomo), che si muovono nella direzione che favorisce un atteggiamento positivo e di promozione da parte dello Stato nei confronti della religione, anziché d'indifferenza, visto che da una parte la scuola pubblica non può rifiutare quella realtà sociale che deve rispecchiare (e c'è infatti nella società e nella cultura occidentale una forte presenza del fattore religioso), e d'altronde l'istruzione ha come scopo la complessiva formazione della personalità e dunque non può fare a meno della for-

mazione religiosa. Tuttavia, l'A. difende che la neutralità è "la posizione ideale" della scuola pubblica e che si deve evitare ad oltranza il così detto "insegnamento diffuso" (pp. 114-118) precludendo l'insegnamento religioso che si insinua in altri insegnamenti.

Dichiarata questa compatibilità con i principi costituzionali, si esaminano nel capitolo IV le richieste dell'insegnamento religioso nelle scuole pubbliche da parte di altre confessioni religiose diverse della cattolica, premesso che ogni confessione ha il diritto di richiedere all'amministrazione scolastica un simile insegnamento e che questo non si può ritenere un diritto riservato alla confessione avente un'intesa con lo Stato protetta dal testo costituzionale. L'A. espone la posizione presa in Italia dalle diverse confessioni, specie da quella ebraica e quella islamica, e finisce evidenziando che essendo necessaria un'intesa tra la confessione e lo Stato (per definire quali siano i programmi d'insegnamento, le modalità di organizzazione, ecc.), non è necessario che questo accordo sia approvato attraverso una legge parlamentare bensì tramite una norma di rango inferiore che sancisca l'intesa fra il Ministero dell'Istruzione e la rappresentanza della concreta confessione.

Un'altra questione attinente alla regolazione dell'insegnamento religioso riguarda il problema dei limiti di contenuto delle lezioni di religione. Nel capitolo V, l'A. ritiene che la risposta al rischio di un insegnamento che orienta gli alunni verso comportamenti illegali deva cercarsi nel rapporto fra la libertà di espressione, la libertà d'insegnamento (che l'A. intende come libertà del docente - *Vid.* pp. 168-170 -) e la libertà religiosa. Vale a dire, sebbene lo Stato

non può stabilire cosa si debba insegnare nell'ora di religione, se l'insegnante agisce nelle sue lezioni in un modo contrario all'ordinamento giuridico dovrà risponderne del fatto senza che la libertà religiosa sia di pretesto. Dunque, la libertà religiosa nell'insegnamento trova nell'ordinamento giuridico italiano i limiti del buon costume, dell'ordine pubblico e del rispetto alla personalità dell'alunno.

Così ci introduciamo in un'altra parte del volume che presentiamo. Il capitolo vi presenta a mio avviso il vero nocciolo o proposta dell'A. E cioè la autonomia della scuola pubblica come soluzione adatta ai problemi rilevati dell'insegnamento della religione nelle scuole pubbliche. Questa è l'idea portante del libro, e lo si vede dai primi capitoli quando trattava dell'elaborazione dei programmi diversi davanti alla multiculturalità presente nella società odierna (p. es. p. 49), o riguardo al tema dell'ora di religione (p. 74); e lo si vedrà ancora nel capitolo che segue sul tema dei simboli religiosi (p. 228) e più avanti nella comparazione con gli altri ordinamenti europei.

Infatti il capitolo vii pone il quesito relativo a se è possibile svolgere atti di culto ed apporre o indossare simboli religiosi nella scuola pubblica senza intaccare la laicità del centro scolastico. Il tema è di palese attualità e l'A. passa in rassegna le vicende più note dei paesi europei notando che la presenza di questi simboli nelle scuole pubbliche non viene considerata contraria al principio di laicità, al massimo riguarda l'uguaglianza fra le confessioni e cioè sarebbe contrario anche al principio di laicità l'apposizione di simboli di una sola delle confessioni, senza permettere

l'accesso dei simboli delle altre. Il ragionamento che finora è riuscito a vincere l'ostilità verso il crocifisso nelle scuole pubbliche è stato quello di affermare la sua valenza culturale anziché religiosa (come sintesi della cultura e dei valori della società italiana, p. es.), ma viene anche ribadito il diritto dei genitori a chiedere la loro rimozione quantunque la presenza del simbolo religioso di un'altra confessione in uno spazio pubblico di frequenza obbligatoria offenda la loro sensibilità religiosa. Comunque l'A. predilige la soluzione bavara c.d. "metodo della conciliazione" basato sulla scelta della continuità delle tradizioni e della cultura sempre maggioritaria, ma prevedendo che se l'affissione del crocifisso viene contestata da chi ha diritto all'istruzione per seri e comprensibili motivi religiosi o ideologici, il direttore didattico cercherà un accordo amichevole (cfr. pp. 226-229). In altre parole, anziché optare per l'elaborazione di una legislazione generale, si cerca di offrire risposte ai conflitti caso per caso, dando spazio all'esercizio della prudenza giuridica.

Dalla speciale panoramica che fa dell'A. un esperto conoscitore degli ordinamenti giuridici italiano e spagnolo, l'ultimo capitolo mette a confronto i diversi regimi europei sull'insegnamento della religione (divisi in gruppi a seconda il suo regime sia di insegnamento curricolare obbligatorio, di opzionalità obbligatoria, di facoltatività o di assenza di previsione). Ciò nonostante il caso spagnolo ottiene una speciale attenzione, col riferimento alla regolazione nell'ordinamento spagnolo dell'insegnamento religioso confessionale e le questioni controverse riguardo alle materie alternative e al suo contenuto, con un inte-

ressante raffronto finale fra il sistema italiano e quello spagnolo.

Nella nostra valutazione di sintesi di quest'opera del Prof. González-Varas dobbiamo fare a meno della fondamentazione e della concettualizzazione dei diritti e libertà che stanno alla base di tutta la sua argomentazione. Infatti, se ci muoviamo nella sfera dei fondamenti, non ci sembra del tutto condivisibile la differenziazione fra istruzione ed educazione per sostenere l'esistenza dell'educazione religiosa nella scuola pubblica – pp. 61-65 –; neanche la demonizzazione del c.d. insegnamento “diffuso” – pp. 114 e 262 – essenziale piuttosto in una proposta educativa che desideri raggiungere una formazione integrale della persona; così come non possiamo aderire al concetto di libertà d'insegnamento – p. 168 – impostato dalla prospettiva del professore anziché da quella dei genitori. Invece, come sopra accennato, in un panorama in cui lo Stato ha un ruolo tutt'altro che sussidiario, ci sembra di speciale interesse l'indicazione dell'autonomia della scuola come strada maestra per la soluzione dei conflitti scolastici che l'A. passa in rassegna in questo volume così equilibrato ed utile a suggerire soluzioni, anche politiche, che assicurino la composizione di interessi che parrebbero contrapposti ed inconciliabili.

JOSÉ ANTONIO ARAÑA

JOHN M. HUELS, *Liturgy and Law. Liturgical Law in the System of Roman Catholic Canon Law*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2006, pp. 250.

L'ELEGANTE volume recensito rappresenta un significativo e apprezzabile tentativo di presentazione degli

aspetti giuridici della liturgia della Chiesa alla luce della vigente normativa canonica. L'iniziativa editoriale si inserisce non a caso nel catalogo della giovane ma molto attiva e intraprendente collezione della *Gratianus Series* che negli ultimi anni tanto sta contribuendo a diffondere la cultura canonistica nei paesi anglosassoni e ad apportare preziosi contributi e stimoli al dibattito contemporaneo. In questa linea l'opera del prof. Huels costituisce sicuramente un interessante apporto ad un tema cui finora è stata dedicata dalla dottrina poca se non scarsissima attenzione. Con indubbia esperienza didattica, competenza tecnica e capacità di sintesi il professore di Ottawa in un paio di centinaia di pagine riesce infatti a fornire un approccio elementare ma ben documentato allo studio del diritto liturgico, settore nevralgico della missione della Chiesa. Come spiega acutamente Seasoltz, o.s.B., nella presentazione: «*A book on liturgy and canon law is much needed at this time in the history of the Church... In these rather untidy times in the life of the Church, both liturgy and law must promote fullness of life in preparation for the day that we all await when the Lord will come again to make all things new*» (pp. 14-15). Liturgia e diritto in pratica dovrebbero procedere assieme per garantire una crescita sana e armonica del popolo di Dio. All'incremento della vita e della formazione liturgica delle ultime decadi invece non è corrisposta, soprattutto da parte dei canonisti, la giusta sensibilità e preoccupazione per la materia. Se «la liturgia è il culmine e la fonte della vita della Chiesa» (*Sacrosanctum Concilium*, 10), collocare il diritto nel cuore del *Mysterium Ecclesiae* significa

cogliere innanzitutto la dimensione giuridica dei beni salvifici. La letteratura canonistica purtroppo finora non pare aver recepito in profondità l'indicazione conciliare (*Optatam totius*, 16) e la *leiturgia* (a parte la focalizzazione sulla "patologia matrimoniale") si segnala paradossalmente come il settore forse più penalizzato. In questo campo di ricerca c'è probabilmente molto terreno da dissodare per dare maggior rilievo alla parola, ai sacramenti e specificamente alle azioni sacre in generale; oltretutto i pochissimi testi dedicati alla liturgia si limitano in genere agli aspetti normativi dei libri liturgici o alla mera disciplina sacramentaria codiciale, senza considerare in maniera più ampia gli aspetti del culto cristiano "dovuto" o i profili giuridici delle realtà sacre (l'*ipsa res iusta* "sacra" tommasiana). In tale contesto il merito maggiore del libro del prof. Huels è quello di poter indurre una riflessione o di aprire un confronto con i lettori.

La struttura del testo è semplice e lineare: alla presentazione dell'editore e alla prefazione ed introduzione dell'autore, segue il corpo della trattazione composto di sei capitoli. Il primo capitolo sviluppa storicamente la disciplina (i passaggi sono necessariamente molto sommersi e solo abbozzati: la Chiesa antica, dal medioevo a Trento, da Trento al Vaticano II) e affronta la regolazione della liturgia, esaminando le autorità competenti (Sede Apostolica, Vescovo diocesano, Conferenza episcopale) con i relativi organismi. Il capitolo successivo è dedicato ai concetti fondamentali (*Basic concepts*): a parte la definizione del rapporto tra diritto e liturgia, sul quale torneremo tra poco, esamina altre nozioni basilari: i *christifideles*, i *tria*

*munera*, la soggettività giuridica, le principali classificazioni relative all'ordinario, al ministro, alla potestà e alla giurisdizione. Il terzo e quarto capitolo sono riservati alle fonti: le leggi e le norme amministrative generali, da un canto, gli adattamenti liturgici nella legislazione universale e particolare e la consuetudine, dall'altro. Il penultimo capitolo affronta gli atti amministrativi singolari con una particolare attenzione per i rescritti. Il sesto capitolo, compiuto un inquadramento generale degli elementi di validità (intenzione, capacità, materia e forma), esamina brevemente ciascuno dei sacramenti, la loro nullità ed eventuale ripetizione, i sacramentali e le facoltà dei ministri. Alcune tavole e schemi riassuntivi facilitano l'apprensione e la memorizzazione dei concetti essenziali. L'apparato di note, evidentemente contenuto, vista la destinazione didattica dell'opera, consente un minimo di approfondimento e di riscontro critico. Il manuale risulta quindi abbastanza completo e ponderato nel suo insieme. Anche il fine pedagogico appare discretamente ben conseguito attraverso una presentazione precisa e puntuale degli istituti; uno sviluppo organico e consequenziale della trattazione e, infine, secondo la miglior tradizione nordamericana, uno stile ed una sintassi semplici e diretti.

Il volume è completato da una sezione di appendici, comprendente: un elenco dei principali libri liturgici, una lista dei documenti della Santa Sede concernenti la liturgia, una tavola di corrispondenze tra la *Institutio generalis Missalis romani* del 1975 e del 2002, un'illustrazione delle *Literary forms* canoniche, cui si aggiungono gli indici dei canoni e dei soggetti. Le *appendices* quindi

apportano dati utili ed indicano materiali di riferimento.

Il limite dell'opera, se così si può dire, è congenito nel genere e nella portata del lavoro: inserito nella *section handbooks* della collezione canonica curata dalla casa editrice, non ha la pretesa di un'originale penetrazione giuridica del fenomeno liturgico, né di un'impostazione innovativa del tema affrontato, ma piuttosto di un "prontuario d'uso o di studio" riepilogativo e riassuntivo, destinato presumibilmente proprio a non canonisti. L'autore, manifestando sufficiente dominio "tecnico" delle norme e padronanza delle fonti, ha proceduto ad una spiegazione e illustrazione canonistica degli aspetti liturgici o ad una lettura degli istituti giuridici in chiave liturgica, ma non pare abbia colto la dimensione giuridica intrinseca alla realtà culturale della Chiesa. Huels in pratica pare semplicemente adeguare e applicare le nozioni del patrimonio concettuale tipico del giurista all'ambito culturale, senza invece cercare di reimpostare l'argomento secondo le peculiarità e le specificità dell'oggetto (l'ufficio sacerdotale cristiano, logicamente secondo i caratteri dell'esteriorità, alterità e doverosità che connota la giuridicità), come richiederebbe un approccio realista. Il rischio insito in tale impostazione è quello di ricondurre il fenomeno giuridico liturgico alla mera socialità infraecclesiale senza cogliere la componente giuridica presente nell'economia salvifica stessa. Non è casuale che, pur con qualche sfumatura, l'autore non vada al di là della considerazione del *canon law* (*ius canonicum*) come *ecclesiastical legislation* e del *liturgical law* (*ius liturgicum*) come «*body of canon law regulating the liturgy*» (p. 64). Il pedissequo attaccamento al dato nor-

mativo (esemplare è la stessa «*Juridic Notion of Liturgy*» desunta dal can. 834 adottata [pp. 64-67]) vanifica l'apprezzabile intento di dare un impianto sistematico al tema, come sottolinea anche il titolo. Si nota peraltro un certo sbilanciamento nella trattazione dei profili organizzatori e disciplinari a scapito dei sacramenti e dei sacramentali (cui viene dedicato un solo capitolo). Il taglio della recensione sconsiglia di soffermarsi su piccole imperfezioni ed inesattezze a proposito della parte sui sacramenti (intenzionalità, penitenza, matrimonio).

In definitiva, visto l'attuale stato della canonistica, pretendere troppo da una semplice opera divulgativa, sarebbe ingeneroso e fuori luogo, resta sicuramente il coraggio dell'iniziativa, l'abbondanza di informazioni e la qualità dell'esposizione. Si può parlare di un buon primo passo per l'iniziazione allo studio, cui auspichiamo ne seguano molti altri, anche di carattere più originale e formativo. A nostro giudizio, l'operazione culturale ancora da compiere consisterebbe nello sviluppo della teoria fondamentale del diritto della liturgia della Chiesa. Raccontando ai giovani romani la storia della sua vocazione il Papa confidava: «già da ragazzo, aiutato dai miei genitori e dal parroco, ho scoperto la bellezza della Liturgia e l'ho sempre più amata, perché sentivo che in essa ci appare la bellezza divina e ci si apre dinanzi il cielo» (6.IV.2006). Auguriamoci che questo ardente amore di Benedetto XVI possa finalmente condurre a valorizzare quella profonda compenetrazione tra credo, culto ed *ethos* delineata nella sua prima enciclica.

MASSIMO DEL POZZO

PONTIFICIO CONSIGLIO DELLA PASTORALE PER I MIGRANTI E GLI ITINERANTI (ed.), *La sollecitudine della Chiesa verso i migranti. Commenti all'Istruzione Erga migrantes caritas Christi* (I parte), Collana «Quaderni Universitari», Città del Vaticano, Libreria Editrice Vaticana, 2005, pp. 126.

QUESTO primo volume, di due, dedicati al commento dell'Istruzione *Erga migrantes caritas Christi* (EMCC), pubblicata a cura del Pontificio Consiglio della Pastorale per i Migranti e gli Itineranti [A.A.S. XCVI (2004)], reca una serie di commenti riguardanti vari aspetti di tale Istruzione, principalmente di ordine giuridico, senza trascurare alcuni aspetti storici e teologici di essa (lasciando invece ad un secondo volume gli aspetti più propriamente pastorali).

Un *excursus* di tipo teologico è l'intervento di S. E. Mons. L. Pacomio, il quale ripercorre brevemente il tema delle migrazioni, così come affrontato dalle sacre Scritture, mettendo bene in luce come, questo fondamentale aspetto della vita dell'uomo («è di tutte le persone umane vivere l'itineranza nella loro storia»), sia ampiamente trattato e sviluppato nei Testi sacri; tale condizione di apparente disagio personale, deve essere invece vissuta come un dono di Dio, perchè aiuta ciascuno, sia l'itinerante sia colui che è chiamato all'accoglienza, a riscoprire quell'itinerario terreno, che è pellegrinaggio verso la vita futura; centro di tale scambio fra migrante e ospite deve essere senza dubbio la comune preghiera, vero momento di incontro fra migrante ed ospite.

Due begli interventi del Segretario del Pontificio Consiglio della Pastorale

per i Migranti e gli Itineranti, Mons. A. Marchetto, portano la nostra attenzione sulla storia e l'evoluzione che il fenomeno delle migrazioni ha avuto all'interno della Chiesa e segnatamente nel magistero di Giovanni Paolo II il quale, cogliendo il senso profondo di tali fenomeni, li ha messi in relazione anche con il più vasto processo di globalizzazione, che sempre più caratterizza questi nostri tempi. Ampio spazio è dedicato a ripercorrere i documenti conciliari nei quali fu affrontato il tema delle migrazioni e le risposte che il Concilio Vaticano II ha dato a tali fenomeni.

Ai documenti pontifici riguardanti la pastorale per i migranti è dedicato il commento di G. G. Tassello, il quale ripercorre più di un secolo di storia della Chiesa, mettendo in luce alcuni aspetti presenti nei documenti dedicati a tale fenomeno: dalle prime discussioni della Chiesa americana sull'assistenza da prestare agli immigrati europei, alla più recente Costituzione apostolica *Exsul familia* di Pio XII al *Motu proprio Pastoralis migratorum cura* di Paolo VI. L'analisi dell'evoluzione del pensiero della Chiesa segue l'espansione, verificatasi nel corso di quest'arco temporale, del fenomeno migratorio e via via perfeziona la sua visione, per passare da un iniziale tentativo di assimilazione del migrante nella chiesa locale, fino ad arrivare ad una accoglienza che sia rispettosa delle particolarità proprie dei migranti. Dalla panoramica sui principali testi riguardanti i migranti emerge con chiarezza come: "Il rispetto profondo per il singolo cattolico (la centralità della persona e non delle strutture nella Chiesa) significa che il migrante deve poter esprimere la sua fede in Cristo e la sua adesione alla Chiesa in modo originale".

Gli aspetti più propriamente giuridici dell'*EMCC* sono affrontati nel commento di S. E. Mons. V. De Paolis, il quale, in una breve premessa, rileva alcune problematiche sollevate dalla nuova Istruzione, in particolare riguardo alla sua valenza rispetto alla successione dei precedenti documenti pontifici sull'argomento, per arrivare alla conclusione che la presente Istruzione non ha abrogato la normativa della precedente *De Pastoralis Migratorum Cura* (del 22.VIII.1969) cui anzi si può e si deve sempre ritornare per vedere ciò che la Chiesa ha elaborato nel corso della sua storia in merito a tali aspetti. Si analizza quindi il progressivo evolversi delle codificazioni canoniche in rapporto alle tematiche legate alle migrazioni, un dato assai rilevante riguarda l'ampliamento che progressivamente si è andato affermando del concetto di parrocchia personale, e l'applicabilità di tale istituto a coloro che si trovano nella situazione di migranti.

La novità della *EMCC*, consiste nel nuovo quadro in cui tale Istruzione si trova ad operare, che è costituito: «dai fenomeni nuovi delle stesse migrazioni, dalla globalizzazione e dalla secolarizzazione della società moderna», senza dimenticare la molteplicità dei soggetti coinvolti dal fenomeno migratorio nel momento presente.

Di particolare interesse l'intervento del prof. C. Vasil', sui rapporti fra la Istruzione *EMCC* ed il codice canonico delle Chiese orientali. Ogniqualvolta ci si trova a parlare di migranti, non si possono tralasciare gli aspetti riguardanti la codificazione orientale, dal momento che spesso, proprio gli appartenenti a tali comunità, sono coinvolti in importanti fenomeni migratori, che li portano ad un allontanamento dai territori

d'origine. In questo commento viene una volta di più evidenziato come spesso, invece, si tende a dimenticarsi delle Chiese orientali, per riferirsi piuttosto solamente al *CIC*; il pregio di questa Istruzione, è sicuramente una maggiore attenzione dedicata alle Chiese orientali ed ai loro fedeli, anche se non mancano incongruenze e punti che abbisognano di una maggiore chiarezza, dal momento che si dovrebbe evitare la presenza, in un documento come è l'Istruzione *EMCC*, di formulazioni ed interpretazioni che si pongano in contraddizione con altre norme in vigore e con lo spirito della legislazione canonica, dal momento che «la normativa canonica... si rivela uno strumento al servizio della Chiesa per guidare l'intero Popolo di Dio sulla retta strada del Vangelo- tale è il suo scopo principale e il motivo della sua esistenza». L'intervento di Vasil' mette poi a fuoco alcuni specifici punti dell'Istruzione che fanno riferimento al diritto canonico delle Chiese orientali, per darne una spiegazione più articolata di quanto la semplice lettura possa offrire.

Nell'ultimo contributo, di S. E. Mons. B. Bertagna, si sottolinea il ruolo che svolgono i vari organismi della Curia romana relativamente alle questioni riguardanti i migranti. Dopo una breve panoramica storica che ripercorre le tappe che hanno portato la Chiesa alla approvazione della Istruzione *EMCC*, con particolare attenzione ai vari documenti sia pontifici che del Pontificio Consiglio competente relativi ai fenomeni migratori. Di particolare interesse è l'analisi svolta sulle competenze dei vari organismi della Curia romana in relazione ai migranti; si parte dal ruolo della Segreteria di Stato, nelle due sezioni delle

quali si compone, per passare al ruolo delle Congregazioni ed arrivare infine ai Pontifici Consigli. Tale sintesi è particolarmente interessante sia perché mette in luce le molteplici realtà della Curia investite dalla problematica dei migranti, sia perché fa capire quanta attenzione la Chiesa tutta riserva a tale questione caratterizzante i tempi in cui viviamo ed alla quale la Chiesa riserva ampio spazio.

Nel complesso gli interventi inseriti in questo primo volume dedicato agli aspetti fondamentali della nuova *Istruzione*, danno un quadro d'insieme delle principali questioni giuridiche affrontate dal documento, in modo coinciso ma chiaro, fornendo interessanti spunti sia per la lettura del documento, sia per la sua applicazione pratica.

COSTANTINO M. FABRIS

PONTIFICIO CONSIGLIO DELLA PASTORALE PER I MIGRANTI E GLI ITINERANTI (ed), *Migranti e pastorale d'accoglienza. Commenti all'Istruzione Erga migrantes caritas Christi* (II parte), Collana «Quaderni Universitari», Città del Vaticano, Libreria Editrice Vaticana, 2006, p. 126.

«ERO forestiero e mi avete ospitato» (Mt 25,35): le parole del Vangelo, sebbene ci indichino la strada da seguire, nel compiere la fondamentale opera di misericordia dell'accoglienza, tuttavia non ci indicano le modalità con cui compiere tale opera; nel presente volume della Editrice Vaticana che segue il precedente (*La sollecitudine della Chiesa verso i migranti*, pubblicato nel 2005) a commento della Istruzione *Erga migrantes caritas Christi* (d'ora innanzi *EMCC*), si

tenta, senza la pretesa di offrire certezze o soluzioni semplicistiche, di offrire dei contributi utili a sviscerare gli svariati aspetti delle migrazioni umane, e le necessità che queste sollecitano dal punto di vista della pastorale dell'accoglienza. Questo secondo volume riporta infatti una miscellanea di interventi riguardanti gli aspetti pastorali (il primo volume si soffermava invece sugli aspetti più propriamente giuridici) conseguenti dalla Istruzione *EMCC*.

In un mondo in cui le barriere geografiche risultano essere sempre meno insuperabili e la mobilità umana sempre maggiore e diffusa, è necessario dare una risposta adeguata soprattutto sul piano pastorale, dal momento che sovente è proprio questo l'aspetto che vede le comunità cattoliche maggiormente coinvolte ad ogni livello.

Ad inizio volume l'intervento di S. E. Mons. Marchetto, ci ricorda le basi ecclesiologicalhe date dal Concilio Vaticano II alla pastorale di accoglienza, particolarmente presenti nella Costituzione *Lumen gentium*, ma sparse anche in una molteplicità di altri documenti conciliari che la *EMCC* sintetizza ed applica al tempo stesso. Due richiami appaiono particolarmente suggestivi: da un lato l'allargamento della missione della Chiesa verso i migranti che, stanti gli attuali movimenti migratori, non si limita più ai tradizionali territori di missione, ma si allarga anche ai luoghi verso i quali si dirigono i principali flussi migratori; il secondo riguarda il ruolo dei membri del Popolo di Dio, nella pastorale di accoglienza, ruolo che deve essere attivo per tutti, laici e religiosi.

I primi tre interventi presentano gli aspetti più propriamente teologico-spirituali connessi alla pastorale per i mi-

granti. Nell'intervento di Mons. J.-L. Brunin viene ricordato il ruolo della Chiesa nei confronti di coloro che vivono la prova della migrazione: la Chiesa non interferisce con gli aspetti giuridici attraverso i quali i singoli stati operano nei confronti dei flussi migratori, la Chiesa si occupa di accogliere queste persone, per realizzare il disegno divino della chiamata universale dei fedeli, disegno che, nella parrocchia, deve realizzarsi in modo quanto più possibile perfetto, e fra le altre cose attraverso l'integrazione del migrante e la formazione dei fedeli che vivono a contatto con essi. L'intervento del prof. Bolis ricorda l'esperienza Biblica della migrazione e soprattutto quelle dell'accoglienza, accoglienza che può sintetizzarsi in alcuni aspetti fondamentali: il superamento della paura per il diverso, l'ascolto delle esperienze dell'altro e la fratellanza nell'accoglienza.

Di particolare interesse l'intervento di S. E. Card. F. Arinze, che affronta i temi della liturgia e della pietà popolare, così come si sviluppano nelle comunità che accolgono i migranti. Le migrazioni sollevano una pluralità di problematiche, legate alla liturgia, che rischia, in presenza di forti componenti migratorie nelle comunità di accoglienza, di creare confusioni fra i fedeli i quali possono trovare reciproche incomprensioni; in tal senso la pietà popolare (che non è da confondersi con la liturgia) può servire da elemento di integrazione fra le diverse componenti ecclesiali; spetta comunque al Vescovo la competenza su eventuali possibili controversie in ambito liturgico. Altro importante aspetto delle migrazioni, evidenziato in tale intervento è la solidarietà fra realtà ecclesiali: fra chiese di origine e chiese ospitanti, soli-

darietà che deve manifestare la universalità della Chiesa.

L'intervento del prof. Cesareo sposta l'attenzione sugli aspetti terminologici riguardanti le migrazioni, aspetti non secondari, dal momento che l'utilizzo di una terminologia imprecisa rischia di creare confusioni e incomprensioni maggiori di quelle già esistenti. Lasciamo al lettore l'approfondimento delle distinzioni fra integrazione, multiculturalismo, intercultura, multietnicità, soltanto segnalando la problematicità che l'attuale situazione delle migrazioni sta creando ad alcuni concetti un tempo definibili con maggior chiarezza e che oggi abbisognano di definizioni meno categoriche.

S. E. il Card. W. Kasper, si sofferma sugli aspetti ecumenici imposti alla Chiesa dalle migrazioni, sottolineando l'importanza di una maggiore sollecitudine nei confronti dei migranti cristiani, i quali devono trovare una fraterna accoglienza all'interno delle comunità cattoliche, particolarmente in occasione di determinati momenti liturgici.

L'esposizione del prof. Borrmans affronta un tema di particolare attualità: i rapporti tra cristiani e musulmani, nell'ambito dei fenomeni migratori. Viene sottolineato, soprattutto, lo sviluppo, avvenuto negli ultimi decenni, dei rapporti fra cristiani e musulmani, con l'aumento della presenza di migranti islamici nei paesi tradizionalmente cristiani e la contemporanea diminuzione numerica delle comunità cristiane nei paesi a maggioranza islamica. Purtroppo non si è ancora arrivati ad una perfetta reciprocità di trattamenti, stante la scarsa considerazione di determinati diritti umani in diversi dei paesi a maggioranza musulmana.

Il contributo del prof. Lanza riprende il precedente del prof. Cesareo, soffermandosi sugli aspetti pastorali che il cristiano è chiamato ad attuare in una società sempre più varia sotto il profilo culturale; la sfida non è priva di insidie, e tuttavia, il fatto che il cristianesimo non sia mai stato una religione con forte caratterizzazione etnico-culturale le dà tutti gli strumenti per essere preparata a tali sfide.

Il successivo intervento del canonico de Hemptinne riguarda una particolare e nuova categoria di migranti: gli studenti. Il progressivo avvicinamento fra mondi e culture non ha escluso il mondo universitario, sia studentesco che docente, dando vita ad un vero e proprio flusso migratorio fra università di diversi paesi. Pur nelle condizioni relativamente agiate, specie se si rapportano a quelle di altre categorie di migranti, tuttavia anche gli studenti internazionali richiedono particolari attenzioni pastorali: la lontananza dal proprio paese e dalla propria comunità ecclesiale, favoriscono un senso di smarrimento, che può influire negativamente sullo spirito di questi soggetti. La Chiesa non può restare indifferente e deve sviluppare tutte quelle forme, a partire dall'istituzione di appositi cappellani destinati all'ambiente universitario, per favorire una adeguata assistenza spirituale e pastorale a questa particolare categoria di migranti. Spesso la giovane età degli studenti, ed il particolare impegno culturale, richiedono ovviamente specifiche qualità da parte di coloro che devono relazionarsi con essi. L'importanza di questi migranti è sottolineata anche dalla diretta competenza del Vescovo diocesano in merito ad ogni questione riguardante la pastorale universitaria.

Particolarmente toccante l'intervento-testimonianza di P. Magriñá, gesuita, sulle condizioni dei rifugiati, sicuramente i migranti che sopportano le condizioni di vita più dure. Le numerose testimonianze dirette, inserite in questo contributo, sono il modo migliore per mettere in evidenza le difficoltà che quotidianamente incontrano i rifugiati; colpirà il modo positivo, che comunque traspare da tali testimonianze, di vedere il futuro, la fiducia, che molte di queste persone ripongono nel domani, specialmente il desiderio di poter ritornare al proprio paese d'origine ci dovrebbero far riflettere sulla attenzione che merita chi si trova in un tale precarietà. Giustamente si sottolinea l'importanza di un trattamento dignitoso da riservare ai rifugiati: le condizioni di estrema miseria materiale, non corrispondono infatti, come spesso erroneamente si crede, ad una mancanza di dignità interiore.

L'ultimo contributo del presente volume, del prof. Zamagni, analizza alcune dinamiche dei flussi migratori relativamente agli aspetti economici da questi derivanti. Si propongono innanzitutto alcuni dati relativi alle percentuali di migranti verso i principali paesi recettori. Si affrontano poi gli aspetti economici legati alle migrazioni, con particolare riferimento alle conseguenze sui sistemi di *welfare* degli stati che vivono i grandi fenomeni migratori; da un lato si evidenzia la inefficienza delle misure adottate da molti stati in tale settore, dall'altro si sottolinea pure la insufficienza di considerare solamente gli aspetti economici delle migrazioni, essendo indispensabile l'analisi degli aspetti socio-culturali connessi ad esse. L'auspicio dell'A. è che si attuino, quanto prima, politiche dei flussi condivise a livello sopranazio-

nale, per risolvere in modo organico i tanti problemi, economici, sociali, culturali e legali che le attuali migrazioni comportano per gli stati ospitanti.

Al termine della lettura del presente volume, si potrà forse dare una "risposta" pratica alle parole con cui abbiamo iniziato: le odierne migrazioni umane sollevano una molteplicità di questioni fino ad oggi trascurate, se non addirittura sconosciute, anche in ambito pastorale. Sicuramente la risposta a tali problematiche non è unica né semplice, è perciò richiesto uno sforzo di comprensione dei fenomeni, che a volte si può anche scontrare con il comune sentire e che tuttavia è necessario affinché tutti, migranti e comunità di accoglienza, possano vivere in modo sereno e nel più autentico spirito evangelico situazioni umanamente assai difficili.

COSTANTINO M. FABRIS

REGINALDO PIZZORNI, *Diritto, Etica e Religione. Il fondamento metafisico del diritto secondo Tommaso D'Aquino*, Bologna, Edizione Studio Domenicano, 4<sup>a</sup> edizione, 2006, pp. 630.

SIAMO lieti di presentare questa quarta edizione (la prima è del 1968) del caro confratello il P. Reginaldo Pizzorni, o.p., professore Emerito di Filosofia del Diritto presso la Pontificia Università Lateranense, dove è stato per ben due volte Decano della Facoltà di Diritto Canonico e Preside dell'Istituto "Utriusque Iuris". Questa nuova edizione ripropone riveduti ed ampliati tutti i capitoli che componevano l'edizione precedente con l'aggiunta di un nuovo capitolo, il capitolo 4, su "Le Dichiarazioni dei diritti dell'uomo", ed una ag-

giunta al capitolo 6, su "La liceità della resistenza alla legge ingiusta". Ambedue sono collocate nella seconda parte del testo.

Il problema del "fondamento", oggi purtroppo così spesso trascurato, travaglia ogni coscienza ed ogni scienza, poiché si è dimenticato che "giustificazione" e "fondamento" possono essere dati solo da una sana metafisica. Questa, infatti, è il presupposto della Filosofia del Diritto e dell'Etica razionale, ma allo stesso tempo ne è il fondamento. Proprio questo è il tema affrontato dal P. Pizzorni in questo libro, studio svolto con rigore analitico soprattutto alla luce del pensiero di san Tommaso, messo però a confronto con molti autori dell'epoca moderna e contemporanea, come anche a fatti e problematiche proprie dei nostri giorni, cosa che rende la sua indagine scientifica di grande attualità. Nell'introduzione egli appunto afferma che lo scopo del suo lavoro "... è di dare una risposta a questo ateismo contemporaneo, che sotto la forma del positivismo giuridico-morale ha portato alla irragionevolezza legalizzata, in cui nacque prima la sfiducia nelle forze della ragione, poi l'anarchia del pensiero che preparò la dittatura del volontarismo, delle passioni, e la verità fu misconosciuta, la giustizia divenne oscillante e arbitraria, ed il disordine prese aspetto costituzionale. In questo ambiente non c'è dunque che un rimedio: il ritorno alla ragionevolezza, che significa ritorno a quella filosofia dell'essere e dell'oggettività delle cose, che san Tommaso ha personificato in se stesso, e che dal Duecento ad oggi ha mostrato una vitalità, una modernità incomparabili anche se taluno potrà credere che questa dottrina sia ormai ampiamente superata da tali

e tanti progressi delle moderne scienze, come pure dal fiorire di così numerose e variate filosofie e teologie che si dicono 'nuove'. [...] se san Tommaso fu moderno al tempo suo, è moderno anche oggi col suo realismo perenne e trasparente, in forza della sua profondità e della sua genialità anche nella dottrina del diritto naturale che ha un carattere spiccatamente sociale ed anche, almeno fondamentalmente, storico-esistenziale, e lo riduce a certi principi fondanti e direttori, a certe norme-pilota o schemi dinamici, che non saranno mai in grado di sostituirsi alla complessa trama di un ordinamento giuridico-positivo" (pp. 8-9). L' A. è convinto, e lo prova citando alcuni giuristi come von Jhering e Duguit, che una maggiore conoscenza del pensiero dell'Aquinate avrebbe evitato tante deviazioni nel campo del diritto. San Tommaso, infatti, pur non essendo un giurista, si occupò da filosofo e da teologo del diritto, con il solo intento "... di salvare il carattere morale del diritto e dell'ordine giuridico, problema questo tra i più importanti della filosofia del diritto, e fine al quale dovrebbero tendere tutti i nostri sforzi per la salvezza dell'individuo e della società. [...] Così diritto naturale, legge naturale e verità sono una identica cosa; e senza verità anche il diritto diventa privo di giustizia e di moralità; anche la verità è infatti legge di giustizia. [...] È quindi impossibile dare una risposta soddisfacente al problema della fondazione dei valori giuridici se non si fondano sui valori morali e se entrambi i valori giuridici ed i valori morali, non hanno il loro fondamento ultimo in Dio, la cui Legge divina (*la legge eterna*) che emana dalla sua sapienza e dal suo amore, non si presenta come una costruzione esterna e dispotica, distrug-

gitrice della nostra libertà, ma come '*naturalis conceptio*' e '*naturalis inclinatio*' (*legge o diritto naturale*) verso il bene che ci è conveniente" (pp. 12-13).

Dato il carattere manualistico del testo, l'introduzione si conclude con una opportuna nota esplicativa riguardo il significato proprio di legge e diritto naturale. "... la *lex naturalis* è l'espressione dell'ordine essenziale delle cose, dell'ordine di giustizia secondo il quale ogni essere ha le sue esigenze naturali, i suoi diritti di natura. Inversamente, le esigenze fondamentali della natura umana si esprimono davanti alla ragione naturale sotto forma di giudizi primitivi, che sono la legge di natura. Sappiamo, tuttavia, che in senso stretto il diritto è limitato agli esseri ragionevoli e liberi, nei loro mutui rapporti dovuti e imposti dal vivere sociale. Propriamente parlando tra legge naturale e diritto naturale c'è una differenza come dal genere alla specie. La legge naturale studia e comprende tutto l'agire umano, mentre il diritto naturale, nel senso primo e proprio della parola, non riguarda che le questioni che trattano le relazioni fra gli uomini e concernenti, per conseguenza, la giustizia, i valori sociali. Non si devono confondere da un lato il regno delle supreme istanze morali, dei valori, e dall'altro il regno della libertà umana e delle storiche determinazioni. Non tutto ciò che è secondo la legge morale naturale può divenire giuridico" (p. 15).

Quanto promesso, e schematicamente accennato nell'introduzione, è quindi puntualmente svolto nelle due Parti che compongono il volume. Nella prima, in 195 pagine, dal titolo *Diritto e Morale*, composta di cinque capitoli, viene prima di tutto ripercorsa la storia delle relazioni tra queste due scienze, facen-

do soprattutto riferimento al pensiero di autori, solo per citare i più noti, quali Platone, Aristotele, Ulpiano, Thomasio, Kant, Fichte, Hegel, Kelsen, continuamente confrontati con il pensiero del *Doctor communis*. Arrivando alla fine ad affermare che: "... se il diritto (*ipsa res iusta*), che impone il bene da farsi e da rispettarsi negli altri, è qualcosa a cui è unito un dovere, ed il dovere ha sempre un'impronta morale, emerge sempre dalla moralità. La giuridicità porta racchiusa in sé, quasi proprio atto di nascita, l'esigenza morale; implica sempre, per sua natura, razionalità e moralità o eticità, in quanto il *giusto*, che è l'oggetto del diritto è una parte del *bonum*, oggetto della morale. Questo nesso originario fra morale e diritto non permetterà mai scissioni oggettive fra l'una e l'altro. La linfa della moralità, assorbita dalle radici stesse dell'organismo giuridico, si diffonderà per legge interna in tutti gli ulteriori naturali sviluppi e nei tecnici rivestimenti della cosa giusta. La morale sarà il cibo di cui si nutre e l'atmosfera in cui respira il diritto, il quale o sarà morale, o non sarà affatto diritto. Tra diritto e morale vi è dunque una necessaria coerenza ed anche una integrazione reciproca, poiché né l'una né l'altra forma sono sufficienti per reggere compiutamente l'umano operare; vi è, cioè, *distinzione, ma non separazione né tanto meno contrasto*" (p. 47). Cosa che non può essere altrimenti, se prendiamo atto che nell'unità della persona si compongono varie attività autonome (morale, giuridica, politica, economica, religiosa, ecc.), che perseguono oggetti e valori propri che non possono opporsi tra loro, ma anzi hanno il fine proprio di essere uno il completamento dell'altro e tutti della persona.

Andando avanti, nel terzo capitolo, vengono quindi studiati i caratteri differenziali del diritto dalla morale, quali: l'alterità, l'esteriorità, la coattività, evidenziando come la presenza dei primi due è sempre richiesta. Infatti, ciò che è importante nell'agire giuridico è il modo con il quale l'azione dell'agente si accorda con l'altro e non con se stesso. Il diritto vuole "salvare" l'uomo che vive in società, cioè, in altri termini, che sua materia prossima e propria è l'*azione umana sociale*, per cui l'azione giuridica deve essere manifesta, palese, conoscibile. Allo stesso tempo, viene giustamente notato, sarebbe falso affermare che l'intenzione non ha rilevanza giuridica, cosa del resto pacificamente acquisita da tutti gli ordinamenti giuridici: dal diritto civile (come la buona fede nel contratto), al diritto penale (si vedano i previsti gradi d'intenzionalità in caso di omicidio). Interessanti, e forse degne di essere ampliate, alcune considerazioni a riguardo dell'intenzione, come ad esempio il chiarimento sulle sue cause storiche. "Forse non è errato ritenere che la distinzione tra 'moralità interna' e 'legalità esterna' si spieghi con l'influenza del suo ambiente politico. La limitazione della legge all'esterno derivò dalla necessità di porre un limite all'assolutismo e di assicurare una sfera di libertà alla vita individuale. [...] Lo Stato doveva poter esigere sicurezza, ordine esteriore, ma niente di più; nessuna funzione di ordine morale doveva essergli attribuita..." (pp. 88-89). Altro tema importante affrontato nel capitolo, che merita di essere almeno segnalato, riguarda "la possibile *prestazione amorale* del diritto". Questa non va confusa con "l'amoralità del diritto", che intende questo come mera tecnica, propugnato dalla scuola

kantiana, ma rientra nei rapporti tra diritto e morale. “In altre parole, poco importa al diritto che noi adempiamo un obbligo per carità, per spirito di giustizia o per timore del castigo: il diritto non è la morale; si preoccupa soprattutto dell’ordine pubblico che vuole attuato ad ogni costo, e per questo ricorre anche alla forza, alla coazione quando il cittadino non sente il dovere di adempiere un obbligo. Così il diritto, che è legato alla moralità da un inscindibile nesso oggettivo, può avere, nel momento dell’esecuzione, da parte del soggetto, una possibile scissione dalla fonte dell’atto morale, che è l’animo dell’agente. Si può avere quindi una *possibile prestazione amorale del diritto*” (pp. 110).

La prima Parte è conclusa da due capitoli su “I limiti del diritto positivo” (capitolo 4), dove si ricorda che la legge umana deve essere sempre onesta, giusta, possibile, anche se può arrivare, per evitare mali peggiori, a permettere i cosiddetti “mali minori”, *non perché li approvi*, ma semplicemente *perché è incapace a regolarli*; e sul “Il diritto come parte della morale” (capitolo 5), che amplia aspetti già precedentemente visti.

La seconda Parte tratta della “*Lex aeterna* quale fondamento ultimo del diritto e della morale”. In sei capitoli omogenei, da p. 199 a p. 590, il nostro A. svolge quello che costituisce lo scopo principale del suo studio: provare la ragionevolezza, anzi, più propriamente, la necessità, di ammettere l’esistenza di un Dio creatore a giustificazione ed a fondamento dell’agire morale e giuridico dell’uomo, introducendo così ad una riflessione teologica. Certo, nell’attuale clima culturale, impregnato di pragmatismo, scientismo e positivismo giuridico, il solo ipotizzare la possibilità

di un Essere trascendente responsabile ultimo, e di conseguenza l’unico che ci può illuminare sulle domande di senso che toccano l’essere e l’agire dell’uomo, appare fuori da ogni umana logica, è considerato *non politically correct*, se non da qualcuno quasi una “bestemmia” o pura follia. Ma cosa è più folle? In proposito ci ritorna in mente l’episodio, narrato da C.S. Lewis, del credente e dell’ateo che discutono se l’esistenza del mondo postuli l’esistenza di un Dio creatore. Alla fine il credente portò l’ateo in una stanza dove si trovava una bellissima macchina, oggi, adattando il racconto, per esempio una fiammante, sofisticatissima rossa Ferrari. Impressionato dall’alta tecnologia della macchina, l’ateo domandò chi fosse il progettatore di un tale gioiello, al che il credente rispose: “nessuno!”. All’ilarità reazione dell’ateo il credente affermò: “Tu ridi al fatto che ti ho detto che nessuno ha costruito questa macchina, e pensi che sono uno sciocco o un pazzo, ed io che dovrei pensare ascoltando le tue affermazioni che il mondo non è stato fatto da nessuno?”.

Con il suddetto proposito, anche questa seconda Parte inizia con un capitolo di natura storica che aiuta, prima di tutto, a non confondere il giusnaturalismo teistico da quello ateo. Per quest’ultimo, infatti, il fondamento ultimo del diritto naturale è da individuarsi esclusivamente in una retta ragione che prescinde da Dio. Viene quindi esaminato il pensiero soprattutto di Grozio, con le motivazioni politico-religiose che l’hanno originato, al quale è attribuito il “merito” di aver liberato il diritto dalla teologia e da Dio, con la sua affermazione che “il diritto naturale esisterebbe anche se si ammettesse che Dio non esiste” (*etiamsi*

*daremus [...], non esse Deum aut non curari ab eo negotia humana*). Al riguardo bisogna notare che Grozio aggiunge subito che ammettere ciò sarebbe “un’empietà gravissima” (*quod sine summo scelere dari nequit*). Non si tratta, quindi, di un concezione laica del diritto naturale. Grozio non fa altro che riportare quello che era detto l’argomento per assurdo (*argumentum per absurdum*) dei teologi medievali. Il secondo capitolo esamina il concetto di legge eterna nella storia, la sua esistenza e la sua natura, il suo rapporto con la legge naturale e la legge positiva. La legge eterna non è altro che la somma ragione in Dio di tutte le cose, fondamento del bene e del male, e che la legge eterna è partecipata alla creatura ragionevole attraverso la legge naturale. Anche se quest’ultima necessita oggettivamente l’uomo, ne rimane sempre libera per questi l’attuazione (cf pp. 221-251). Vista l’ambiguità, nel contesto, del termine “natura-naturale” l’A. si preoccupa di chiarirne il suo vero significato. Naturale deve essere inteso in senso etico, e non fisico, finalistico, e non causale, di legittimità, e non come pura spontaneità sociale (cf pp. 284-296). Ricordando anche, allo stesso tempo, il legame che deve esserci tra ragione, verità ed essere. “Di qui l’importanza della questione del fondamento, specialmente per la filosofia etico-giuridica, in quanto deve essere assicurata l’assolutezza delle categorie assiologiche o normative. Perché un atto sia morale occorre che sia conforme ad un principio razionale oggettivo. La ragione non è norma di moralità se non riconosce che al di sopra di essa vi è la verità, cioè qualcosa che la renda vera, ossia tale da trascendere verso l’essere inteso in tutta la sua ampiezza oggettiva, in modo che ciò

che è vero in se stesso sia tale anche nell’apprezzamento pratico della coscienza. Ma la verità proviene dall’essere, e l’essere è “ciò che è”. Quindi i termini che qui usiamo, “intrinseco”, “morale”, “giuridico”, “oggettivo”, “norma” e “assoluto” sono tutti in strettissima dipendenza dall’essere. Di conseguenza, tolto il magistero supremo della verità, che si identifica con l’essere, la norma si relativizza, l’unità si dissolve, l’agire si scatena e diviene fare, la volontà si imbarbarisce e tende al male, la libertà scade nella licenza, la coscienza nasconde l’essere, la persona si riduce a mero individuo, la legge si fa arbitro del più forte, il bene viene asservito all’utile. [Lo stesso]... fondamento dei diritti ha a che fare con l’oggettività della verità e della giustizia, come sostiene il giusnaturalismo classico-cristiano-tomista, che considera i diritti come valori morali la cui cogenza prescinde dal loro incorporamento in un ordinamento di norme positive. Solo così si avrà una completa concezione dei diritti umani che li colga come *validi*, perché emersi nella storia e istituzionalizzati in ordinamenti pubblici e positivi; *giusti*, perché espressioni di verità etiche e ontologiche; *efficaci*, perché muniti di carica di emancipazione sociale e politica” (pp. 310-312). In altre parole, l’ordine morale-giuridico si realizza proprio grazie al rapporto interno e dinamico tra la verità sul bene della ragione (*naturalis conceptio*), che si attua nella coscienza, e la tendenza al bene della volontà (*naturalis inclinatio*), realizzato nell’atto concreto della persona umana. Quindi, le inclinazioni naturali, costitutive della nostra natura razionale, formano la legge naturale, che sarà di base ai diritti dell’uomo radicandoli nella sua natura personale, diritti che saranno perciò sempre

universali ed inalienabili. Con la natura umana, esiste un ordine che la ragione umana può scoprire, e secondo la quale la volontà umana deve agire per essere in concordanza con i fini essenziali e necessari dell'essere umano. Perciò "... questa legge naturale che nasce con noi, che è come una parte della natura, ha per autore l'autore stesso della natura: Dio. Di conseguenza ubbidire ad essa è ad un tempo ubbidire a Dio e ubbidire a noi stessi, in quanto è realizzare la nostra verace natura di esseri intelligenti e liberi, cioè di persone umane. La legge eterna partecipata come legge morale naturale, non soltanto rispetta ma costituisce l'autonomia dell'uomo, nel senso che la legge che la sua ragione gli detta è la stessa che gli detta, e non potrebbe non dettargli, Dio, perché 'medesima è la razionalità per la quale il vizio e il peccato sono contro l'ordine della ragione umana, e sono contro la legge eterna' [Summa Theol., I-II, q. 71, a. 2, ad 4]" (p. 350), per cui possiamo anche affermare che, in un certo senso, *ogni uomo è legge a se stesso* (cf pp. 337-357).

Il terzo capitolo si conclude con le risposte alle classiche obiezioni riguardo la conoscenza della legge-diritto naturale e alla loro pretesa di universalità ed immutabilità; si tratta così della *storicità e gradualità della conoscenza della legge o diritto naturale* (cf pp. 357-402). Possiamo quindi affermare che la legge naturale comporta necessariamente uno sviluppo dinamico e che la coscienza morale e la conoscenza della legge o diritto naturale sono progredite e continueranno a progredire fintanto che durerà la storia umana. Che poi nella determinazione di questa legge sia possibile ogni sorta di errori e di aberrazioni prova soltanto che la nostra visuale è scarsa, che la

nostra natura è ancora rozza e che innumerevoli "accidenti" possono falsare il nostro giudizio.

Abbiamo poi il nuovo capitolo, il quarto, che è dedicato alle "Dichiarazioni dei diritti dell'uomo" (pp. 413-446). Vengono qui esaminate le varie Dichiarazioni proclamate lungo il corso della storia, con particolare riferimento a quella americana del 1776, a quella francese del 1789, a quella delle Nazioni Unite del 1948 ed infine alle dichiarazioni sui diritti dell'uomo contenute nel Trattato che stabilisce una Costituzione Europea del 2004. A questo riguardo va notato che mentre nella Dichiarazione americana i diritti dell'uomo erano fondati su un *Dio creatore e provvidente*, la Dichiarazione francese riconosceva questi diritti in presenza e sotto gli auspici dell'*Essere Supremo* anche se era il Dio senza volto e inaccessibile nel cielo, del deismo illuminista. Nella Dichiarazione dell'ONU non si fa nessuno accenno a Dio e nel Trattato per la Costituzione Europea non si sono volute riconoscere le radici cristiane dell'antico continente, nonostante i continui interventi in tal senso dell'indimenticabile Giovanni Paolo II. Così queste Dichiarazioni traducono con grande evidenza altrettanti passaggi della cultura moderna e contemporanea": dal teismo (1776), al deismo (1780) fino ad arrivare al secolarismo (1948; 2004). Questo ci spiega come da parte della Chiesa ci siano state riserve circa tali Dichiarazioni in quanto esse non hanno un fondamento oggettivo, perché non si fondano né sulla legge naturale, né sulla natura umana, né su Dio, ma solo sul consenso che si riesce ad ottenere intorno ad esse. Abbiamo così dei diritti "deboli", cioè non assoluti, meri postulati convenzionali e/o uti-

litari, che restano più vuote dichiarazioni di principio che vero diritto, perché gli Stati non vogliono accettare che la loro sovranità possa essere limitata da un diritto naturale e divino, diritto che non è, come dice Kelsen, *un'utile bugia* da far credere al popolo. Perciò i diritti dell'uomo lo Stato non li crea, ma deve riconoscerli e non può non riconoscerli. Segue poi un confronto tra "Diritti naturali e Decalogo" (pp. 441-446), Decalogo che è identico, quanto al contenuto, alla legge naturale, alla quale si aggiunge solo "la Scrittura", rendendola in tal modo anche legge divina positiva. Non c'è quindi da meravigliarsi se lo stesso Mirabeau, nel discorso all'Assemblea Nazionale Francese del 17 agosto 1789, propose di porre il Decalogo affidato da Dio a Mosé quale preambolo della *Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino* (cf p. 444).

Nel quinto capitolo, che nell'economia dell'opera ha un rilievo centrale, l'A. con rigore logico porta a conclusione le tesi esposte in precedenza. Lo fa partendo da una frase tratta da *I fratelli Karamazov* di Dostoevskij: "Se Dio non esistesse, tutto è permesso". Ai tre principi ideologici del laicismo (razionalismo assoluto; radicale immanentismo; libertà assoluta), viene opposta la visione cristiano-tomista: dato che l'uomo non è creatore di se stesso, il diritto naturale ha il suo fondamento prossimo nella natura umana, ed il fondamento ultimo, ontologico, nella mente di Dio. "Perciò questo diritto può essere chiamato *trascendente*, se si guarda la fonte ultima donde deriva; *obiettivo*, se si considera la sorgente prossima, l'ordine creato, la coordinazione e subordinazione degli esseri e dei loro fini; *immanente*, in quanto consta di principi intrinseci alla stes-

sa natura dell'uomo e della vita sociale; *razionale*, perché la facoltà che lo detta e lo promulga è la ragione, o meglio la ragione retta, cioè non oscurata dall'ignoranza né turbata da quegli interessi e passioni che, come ben dice Pascal, sogliono cambiare anche la faccia della giustizia" (p. 449). L'attuale crisi nichilistica, che ha privato di senso l'etica ed il diritto, può essere validamente contrastata ricordando che non basta a spiegare l'imperativo della coscienza il solo riferimento psicologico, ma occorre andare alla metafisica. Solo lì l'uomo troverà il senso del proprio essere ed agire; senza il riferimento a Dio, causa prima e supremo legislatore, non sarà possibile una solida fondazione dell'etica e del diritto. In questa prospettiva si comprende l'instabilità, la comune percezione di insufficienza, delle diverse dichiarazioni dei diritti dell'uomo, ma si potrebbero aggiungere anche delle diverse carte costituzionali nazionali o sovranazionali (v. Costituzione Europea). "Mentre il diritto naturale, sul quale si basano i vari diritti dell'uomo, secondo la dottrina classica, cristiano-tomista, è un concetto oggettivo per cui l'uomo ha diritto di vivere secondo la sua natura, creata da Dio e per Iddio, il concetto moderno dei *diritti dell'uomo* è un concetto soggettivo, fondato sulla nozione kantiana della libertà e dell'autonomia della volontà che è legge a se stessa: l'uomo è naturalmente libero e deve limitarsi soltanto di fronte alla libertà degli altri, garantendo così la massima libertà per tutti. [...] La determinazione dei diritti dell'uomo, per i moderni, è spesso un atto contrattuale che si basa sulla volontà dei contraenti, non c'è richiamo alla natura, al Creatore della natura, al fine spirituale dell'uomo. Gli argomenti che stanno

alla base delle deliberazioni e decisioni sono presi in un senso puramente positivistico: visti i fatti politico-sociali del mondo moderno, la garanzia dei diritti seguenti è necessaria per mantenere la libertà umana. Ogni ispirazione filosofica vi è esclusa, ed in effetti, la determinazione dei diritti umani è oggetto di trattazione e di mercanteggiamenti: ma un semplice trattato non può mai rivendicare per se stesso una validità universale” (p. 483). Ma così facendo si può arrivare al massimo ad un *minimum etico* che sfocia nel diritto delle regole, che si accontenta di un consenso intersoggettivo piuttosto che ricercare il fondamento oggettivo. Dimenticando, però, che solo una concezione teistica permette di comprendere la complessa tematica metafisica, antropologica ed etica che è sottesa alla posizione dei diritti dell’uomo, con la conseguente necessità di operare oggi il passaggio, anche e soprattutto nel campo del diritto, dal *fenomeno* al *fondamento* (cf *Fides et Ratio*, nn. 83; 90).

Il problema dei rapporti tra diritto e potere statale, e più generalmente dei limiti degli ordinamenti giuridici, è trattato a conclusione della seconda Parte: il capitolo 6. L’A. l’affronta affermando e provando, prima di tutto, la centralità della dignità della persona umana, che in quanto tale non può mai essere considerata un mezzo, uno strumento, una “parte”, ma è sempre fine ed un “tutto”. Infatti, la persona non può mai essere considerata parte in relazione al tutto che è la società: la persona è sempre da considerarsi un tutto. Essa è parte dello Stato solo per alcune relazioni a carattere sociale, che interessano la vita comune ed il bene comune della società stessa, ma non così per molte altre che

sono, alla fine, le più distintive dell’essere umano, come per esempio l’amore, l’educazione della prole, la religione, ecc. Questo significa che solo alla luce del principio di finalità scopriremo la natura morale delle azioni umane. Ed è in forza di questa filosofia sociale, che porta il nome di diritto naturale, che è possibile indicare e stabilire i limiti del potere dello Stato. La prima e fondamentale limitazione ai poteri dello Stato e ai poteri del diritto statale è perciò la *dignità della persona*, in quanto l’uomo stesso è fine di tutto ed appartiene a se stesso: *‘est ens sibi’*, è un *‘centro di valori’*, cioè è padrone di se stesso, può provvedere a sé e progettare il proprio destino, per cui possiamo ripetere con Rosmini che la *persona* ha nella sua natura tutti i costitutivi del diritto: essa è dunque *il diritto sussistente*, l’essenza del diritto ed esige riconoscimento. Ogni individuo umano è dunque persona, fin dal concepimento, perché reca in sé l’elemento divino. Di conseguenza la politica, oltre ad essere ‘scientifica’, secondo la tesi propria del marxismo, è soprattutto ‘moralità’, perché lo stesso principio che costituisce la morale virtù, è altresì quello che costituisce in generale la società: il fine ultimo e primario della società civile è l’appagamento morale dell’animo umano (cf pp. 542-545). In questa prospettiva non è possibile accogliere l’idea kelseniana del diritto come mero strumento del potere politico, che ha per *principio* la forza, per *contenuto* gli interessi, le passioni e le ideologie, per *forma* la norma come puro dispositivo della sanzione: il diritto è invece limite all’azione politica. Altrimenti, come ricorda Capograssi, il diritto sembra essere pensato per giustificare quelle tecniche giuridiche usate nel corso dei

secoli per distruggere, mediante sistemi di norme valide, intere generazioni di uomini (cf p. 549). Ridurre il diritto a *forza e forma* rende inesplicabile la vita e lo stesso diritto che è una parte integrante della vita, e non fa del giurista il collaboratore della vita, ma piuttosto il suo carnefice o, peggio il suo becchino. Perciò il P. Pizzorni arriva a concludere che: "È questa *l'attualità del diritto naturale*, inteso però nel senso classico-cristiano-tomista, cioè fondato sulla morale e su Dio, che ci ricorda come e al di là e al di sopra della legge positiva sta la persona umana, e che ad essa la stessa legge deve essere ordinata, e, se necessario, subordinata" (p. 580).

Tutto quanto visto è alla base del pensiero di san Tommaso e da questo bisogna ripartire, secondo l'A., per arrivare ad una morale ed a un diritto *per l'uomo*, insopprimibile esigenza di ogni spirito onesto che desidera conseguire, usando in modo proprio tutte le sue potenzialità ed i mezzi che sono a sua disposizione, la verità.

Al sesto capitolo, nella presente edizione, è stata aggiunta una nota su "La liceità della resistenza alla legge ingiusta" (pp. 583-590), nella quale si afferma la liceità della rivoluzione anche armata, ma come rimedio estremo, come *ultima ratio* (cf p. 588), perché questa si fa in nome del *diritto* contro la *legge*, cioè per correggere la legge degli uomini secondo qualcosa che è al di sopra di essa. In questo modo il diritto naturale è il baluardo contro ogni dittatura e contro le prevaricazioni-corruzioni della stessa democrazia, quando essa si erge a giudice assoluto e sovrano di ciò che è bene o male, giusto o ingiusto, facendo coincidere la volontà della maggioranza con la determinazione e l'essere stesso di ciò

che è bene e giusto. In questi casi non si resiste all'autorità ma alla violenza, non al diritto, ma all'abuso del diritto; non al principe, ma all'ingiusto oppressore di un diritto proprio e all'atto stesso dell'aggressione (cf p. 589).

Infine abbiamo la "Conclusione generale" (pp. 591-625) che questa "naturalità" del diritto naturale non è altro che l'esigenza razionale di "umanità del diritto", nel senso che la *natura* che l'uomo trova come data deve essere da lui sempre più sviluppata, *umanizzata*: è l'umana "sete di giustizia" di cui parla il Vangelo che non può e non vuole identificare il valore della giustizia con il semplice fatto del diritto positivo. Soltanto il ritorno a questa concezione classica-cristiano-tomista del *diritto, fondato, attraverso il diritto naturale, sulla morale e su Dio*, per cui il diritto è diritto perché giusto di per sé (*ius quia iustum*), cioè "oggetto della giustizia" (*obiectum iustitiae*), e non semplice "volontà" (*voluntas*) o arbitrio o imposizione dello Stato, che non avrebbero limiti (*ius quia iussum*). In altre parole dobbiamo difendere "la forza del diritto" e non "il diritto della forza" (cf p. 620).

Come emerge chiaramente dalla presentazione fatta, lo studio del P. Pizzorni va "contro corrente", non si allinea, in campo morale e giuridico, con la cultura dominante, ma allo stesso tempo sfida una certa mentalità relativista che sembra, purtroppo, prendere sempre più piede anche in ambito ecclesiale cattolico, come ha più volte evidenziato Benedetto XVI. Purtroppo oggi, non si è quasi più preoccupati di produrre leggi che rispettano il vero bene delle persone, l'inviolabile loro dignità, o di prendere atto di quelle verità oggettive delle quali la natura umana è portatrice,

ma si è sempre più inclini ad essere più sensibili al consenso della maggioranza, alla sua *forza*, sia di tipo economico che psicologico. Tutto questo sta sempre di più portando a vedere ed a concepire il diritto come lo strumento di chi ha più potere, più forza, facendo dimenticare quella che è invece la sua unica ragione di essere: la realizzazione della giustizia. Dall'esperienza di ciascuno, soprattutto quando non si vede riconosciuto ciò che gli spetta, magistralmente riassunta nella definizione di Ulpiano, sappiamo che agire con giustizia implica il costante *dovere* di dare *sempre* a ciascuno ciò che appartenendogli gli spetta (*constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi*). Ora la prima ed irrinunciabile giustizia è riconoscere ad ogni essere umano la *verità che è*, la sua natura ontologica che è sempre qualcosa di oggettivo, che ha delle caratteristiche che la fanno essere ciò che è, le quali vanno religiosamente accolte come manifestazione della volontà creatrice di Dio, e che non possono mai essere impunemente violate.

Infine ci piace ricordare gli altri volumi del P. Pizzorni che completano questo suo ultimo lavoro, editi sempre dalle Edizioni Studio Domenicano di Bologna: *Giustizia e carità* (1995, terza edizione); *Diritto naturale e diritto positivo in S. Tommaso d'Aquino* (1999, terza edizione); *Il diritto naturale dalle origini a S. Tommaso d'Aquino* (2000, terza edizione); *La filosofia del diritto secondo S. Tommaso d'Aquino* (2003, quarta edizione).

Tutte le tematiche trattate nelle su elencate opere, sono viste alla luce del pensiero del Dottore Comune: è da questo grande santo e studioso che bisogna ripartire, secondo l'A., per arrivare ad una morale ed a un diritto per l'uomo.

Concludendo questa nostra presentazione, possiamo affermare che la strutturazione logica del contenuto, lo stile chiaro e scorrevole, le continue esemplificazioni, i puntuali riferimenti cronologici e bibliografici, gli utili riassunti alla fine dei vari capitoli e delle singole parti, ne fanno un libro di testo ideale per essere adottato a livello universitario. Questa è la nostra esperienza diretta per aver adottato, per almeno quattro anni, l'edizione precedente nella Facoltà di Giurisprudenza della Libera Università Maria Santissima di Roma (LUMSA). Con entusiasmo gli studenti dell'ultimo anno, iscritti al corso di "Teologia: temi specifici", hanno usato detto testo, rimanendo affascinati dal pensiero di san Tommaso sul diritto e la morale così diverso da quello che quotidianamente la cultura dominante cerca loro di inculcare.

BRUNO ESPOSITO, O.P.

PEDRO RIVAS (ed.), *Natura, ius, ratio. Estudios sobre la filosofía jurídica de Javier Hervada*, Lima, Universidad de Piura-Ara editores (Colección jurídica), 2005, pp. 204.

GLI autori del presente volume sono presentati come "discepoli, diretti o *interposita persona*" del Professore dell'Università di Navarra Javier Hervada. Di primo acchito, la varietà delle loro origini e degli impegni accademici che ricoprono sono già significativi dell'influsso di quell'autore e della sua opera: Pedro Serna e Pedro Rivas della "Universidad de Coruña" (Spagna), Jean-Pierre Schoupe e Héctor Franceschi F. della Pontificia Università della Santa Croce (Roma), Cristóbal Orrego Sánchez della

“Universidad de los Andes” (Cile), Raúl Madrid Ramírez della “Pontificia Universidad Católica de Chile”, Ilva Myriam Hoyos Castañeda della “Universidad de La Sabana” (Colombia), Juan Cianciarodo della “Universidad Austral” (Argentina) e Javier Saldaña dello “Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional de México”.

Il titolo e la Presentazione dell’opera (a carico dal Prof. Rivas) stabiliscono i limiti tematici entro i quali si muovono gli articoli che la compongono: la scienza del diritto naturale e la filosofia del diritto nel pensiero di Javier Hervada. Restano a margine altri campi della riflessione giuridica cui si è dedicato il professore di Navarra. I termini che compongono il titolo (*natura, ius e ratio*) corrispondono a tre realtà su cui si riflette lungo tutta l’opera, come assi portanti di una concezione integratrice e profonda della dimensione giuridica della realtà.

Di seguito, prendiamo come traccia della nostra recensione un paragrafo della Presentazione che offre una precisa sintesi dei temi che sono oggetto di studio nel volume. Questo paragrafo inizia così: “In primo luogo, era doveroso mostrare le chiavi biografiche che consentono di capire l’itinerario intellettuale...”. È questo, infatti, l’oggetto del primo scritto, firmato dal Prof. Serna, intitolato “Para una biografía filosófica”. Si percorrono le diverse fasi della vita e dell’opera di Javier Hervada con riferimenti sia alle tappe accademiche che ad alcune opere, prendendo spunto dalle quali, si presentano alcuni punti nodali del suo pensiero sul diritto naturale e sulla filosofia del diritto. In modo particolare si mostrano le principali tesi contenute nelle opere *Introducción crítica*

*al Derecho Natural e Lecciones prope-  
déticas de Filosofía del Derecho*. L’esposizione è densa e sintetica però allo stesso tempo efficace. Risulta particolarmente sottolineata la tesi che esprime l’unità del fenomeno giuridico (che va oltre al fenomeno: è *res e*, di conseguenza, *essere*) che ha guidato e in qualche modo ha unificato la ricerca e le trovate del Professore di Navarra.

Segue la Presentazione: “Era poi chiaro che bisognava meditare sulla sua posizione nel dibattito riguardante il concetto di diritto, e in modo particolare sulla possibilità e il senso del diritto naturale. A questo scopo, sembrava opportuno spiegare l’espressione che lo stesso Hervada adopera per qualificare la propria posizione intellettuale: *realismo giuridico classico*”. In questa ottica si trovano, ognuno con una prospettiva diversa, i lavori dei professori Schouppe, Orrego e Madrid.

Il primo, che s’intitola “El realismo jurídico de Javier Hervada”, si propone di giustificare l’originalità del realismo giuridico di questo autore nei confronti di altri “realismi giuridici”. Con quest’obiettivo si mostrano i punti di convergenza, i contrasti e la novità all’interno della tradizione che sarebbe una caratteristica specifica della proposta di Hervada. Il professor Schouppe, che ha scritto un’importante monografia sull’argomento (*Le réalisme juridique*, Story-Scientia, Bruxelles 1987) riesce a dar senso a un’espressione, quella di “realismo giuridico”, che nel panorama attuale della riflessione giuridica resta alle volte alquanto scialba.

Lo scritto del professor Orrego (“*La Introducción crítica al Derecho Natural y la renovación del iusnaturalismo clásico*”) si sofferma sull’opera forse più no-

ta di Javier Hervada, mettendola sullo sfondo del positivismo giuridico. Rende evidente con questo punto di vista che l'esser "classico" del realismo giuridico di Hervada non ha niente a che fare con i "classicismi", sovente anacronistici già dalla nascita, bensì è una vigorosa proposta per il presente. L'attualità del realismo giuridico, in contrasto con le radici volontaristiche, formalistiche o idealistiche dei diversi positivismi, sta nel rivendicare la realtà naturale del diritto, a partire della quale si restituisce la dimensione critica al mestiere del giurista e si ripristina la legittimazione del diritto positivo.

Nel capitolo "La cuestión de 'la hora presente': Javier Hervada como historiador del derecho natural", il professor Madrid si sofferma sulle opere di contenuto storico del professore di Navarra. In queste opere, nelle quali si rendono evidenti le doti di storico di Javier Hervada, in specie per quello che riguarda gli autori medievali, si svela la ricerca delle radici del realismo giuridico e anche quelle derivazioni che condussero ad indebolirne il benefico influsso culturale.

Continua in questi termini la Presentazione: "Assieme alle questioni generali, si rendeva necessario dedicare uno spazio specifico alla nozione di persona e alla sua dignità, che costituiscono a parere di Hervada il fondamento del diritto". È proprio questo l'oggetto dell'articolo della professoressa Hoyos ("La dignidad humana"), di taglio apertamente metafisico, in cui ci si imbatte con degli aspetti più profondi del pensiero di Hervada. Si offre una lettura di testi nei quali si susseguono trattazioni sull'essere, sul dover-essere, sull'essere "esigente" (espressione questa molto

cara a Hervada), sulla distinzione tra essenza e atto di essere e tra essenza e natura... approdando nella affermazione della dignità della persona (per meglio dire, la persona *a ragione* della sua dignità) come substrato delle *res iustae* che costituiscono il diritto. È questo uno studio difficile quanto lo è il tema di cui si occupa, ma utile per cogliere quanto profondo sia il pensiero di Hervada e invitare alla lettura diretta dei testi di questo autore.

"Mancava soltanto (finisce così il paragrafo che ci serve da traccia) mettere a fuoco le tesi di Hervada sui diritti umani e su altri aspetti particolari del suo pensiero". La questione dei diritti umani occupa il lavoro del professore Cianciardo ("Humana iura. Realidad e implicaciones de los derechos humanos"); gli altri tre studi di cui il volume si compone s'incentrano sul diritto fondamentale di libertà religiosa (Prof. Saldaña), il diritto alla vita (Prof. Rivas) e la dimensione giuridica del matrimonio (Prof. Franceschi).

Per quanto riguarda i diritti umani si sottolinea l'impegno di Hervada per mostrarne la valenza giuridica, di fronte a quelle posizioni, in particolare quella di M. Villey e quella del positivismo giuridico, che muovendo da motivazioni diverse, la negano. Nella trattazione sul diritto di libertà religiosa emergono, da un lato, le ricche conseguenze che derivano da riflettere sulla base del realismo giuridico classico e, dall'altro, le posizioni del professore di Navarra che impongono una delimitazione precisa tra questo diritto fondamentale e quelli che riguardano la libertà di pensiero e la libertà di coscienza. Il diritto alla vita, invece, è studiato prendendo spunto da alcuni testi di Diritto internazionale

nell'interpretazione che ne fece Hervada nel tempo in cui si consacrò a questo ambito della riflessione giuridica. Il lavoro sulla dimensione giuridica naturale del matrimonio è incentrato sulla questione della complementarietà tra mascolinità e femminilità, che è appunto dove si rinviene il fondamento del vincolo matrimoniale. Questa visione, molto approfondita da parte di Javier Hervada, ha ispirato una penetrante e feconda illuminazione dell'essenza del matrimonio e della natura del consenso matrimoniale che aprono prospettive di soluzione per una molteplice varietà di problemi. È anche merito di Hervada far vedere che in molti casi non ha senso qualificarli di "problemi canonici" una volta percepito che sono semplicemente "problemi giuridici".

Ogni studio ha caratteristiche specifiche che riflettono diverse ricezioni dell'opera intellettuale del professore di Navarra. Tutte le trattazioni, pur presentando parecchi testi e idee di Hervada, mostrano la particolare assimilazione che ne hanno fatto gli autori. Il fatto che assieme a una generale sintonia degli autori con Javier Hervada, non manchino alcuni spunti critici non è che, in fin dei conti, un'ulteriore conferma della profondità e dell'apertura dell'opera intellettuale che si passa in rassegna, tanto per quello che riguarda le questioni perenni, quanto per quelle più vincolate alle circostanze storiche.

In conclusione, si può affermare che l'insieme degli articoli offre una panoramica abbastanza completa dell'opera di Javier Hervada quale cultore della scienza del diritto naturale e della filosofia del diritto. Le sue tesi più originali si articolano in modo coerente lungo il volume, perciò, oltre al valore di riconoscimento

da parte di quelli che si sentono in un modo o in un altro debitori di quell'autore, questo libro è un'efficace introduzione alle idee e al profilo di maestro del professore Javier Hervada.

In ogni caso, va detto che non bisogna sottrarsi alla lettura diretta delle opere su cui si riflette in questo volume. Dall'insieme delle trattazioni si desume con chiarezza che, in modo speciale per quanto riguarda la *Introducción crítica al derecho natural*, ci troviamo davanti a un testo che nessun giurista dovrebbe già ignorare. Questa valutazione poggia su fatti eloquenti: le dieci edizioni in lingua spagnola e le traduzioni alla lingua italiana (*Introduzione critica al diritto naturale*, A. Giuffrè, Milano 1990), all'inglese (*Critical introduction to natural law*, Wilson et Lafleur, Montréal 2006), al francese (*Introduction critique au droit naturel*, Éditions Bière, Bordeaux 1991), al portoghese (*Crítica introdutória ao direito natural*, Rés, Porto 1990) e all'ungherese (*Kritikai bevezetés a természetjogba*, Szent István Társulat, Budapest 2004). Crediamo che gli autori del libro recensito sosterrebbero questo invito alla lettura.

FERNANDO PUIG

NORBERT WITSCH, *Synodalität auf Ebene der Diözese. Die Bestimmungen des universalkirchlichen Rechts der Lateinischen Kirche*, Paderborn, Schöningh, 2004, p. 452.

„DIE Rolle des Bischofs und sein Verhalten sind für das Gelingen von Diözesansynoden ganz entscheidend. Als Ortsbischof steht er natürlich dabei in einer strukturellen Zwickmühle: Als Vorsitzender der Diözesansynode muss

er einerseits die Eigenverantwortung der Synode anerkennen und stärken; er kann also nicht von vornherein und permanent den Diskurs bestimmen. Als alleiniger Gesetzgeber kann er andererseits sich aber auch nicht diskret heraushalten und die Synode einfach „aussitzen“, um nachher doch zu tun, was er will, und den Gesprächsprozess zu einer bloßen „Ventilfunktion“ herabmindern.“ (Medard Kehl SJ: Vortrag am 20.06.2006 in Kloster Maria-Stein bei der Konferenz der Seelsorgamtsleiter des deutschsprachigen Raums). Das Spannungsverhältnis, das Medard Kehl im Hinblick auf das Zusammenspiel von bischöflicher Leitungsvollmacht und beratender Teilhabe seitens der Gläubigen innerhalb einer Diözesansynode kurz und prägnant auf den Punkt bringt, gilt zweifellos in ähnlicher Weise für alle synodalen Elemente innerhalb einer Diözese. Die Untersuchung genau dieser „strukturellen Zwickmühle“ ist Thema der von Norbert Witsch 2004 publizierten Habilitationsschrift: „Synodalität auf Ebene der Diözese. Die Bestimmungen des universalkirchlichen Rechts der lateinischen Kirche“

Witsch will in seiner Arbeit nicht einfach zeigen, so Heike Künzel in ihrer Rezension seiner Publikation, „wie ein „neues“ Prinzip, nämlich die Synodalität, in das Kirchenrecht Einzug gehalten hat“ (Heike Künzel in: *Theologische Revue* 4 [2005] 325), sondern vielmehr, wie ein seit den Anfängen der Kirche gültiges, wenn auch im Laufe ihrer Geschichte unterschiedlich wirkmächtiges Prinzip durch die Ekklesiologie des Zweiten Vatikanischen Konzils eine tiefere Begründung und von daher neue Bedeutung erhalten hat. Darüber hinaus macht er gleich zu Beginn seiner

Arbeit deutlich, dass Synodalität nicht gemäss der immer wieder laut werden Forderung nach mehr Demokratie verstanden werden dürfe. Hier bestünde „die Gefahr, dass die im göttlichen Heilswillen begründete Kirche ihrem eigenen Wesen und Ursprung entfremdet wird, sofern man deren Verfassungsstruktur einfachhin gemäss den auf dem Gedanken der Volkssouveränität aufbauenden demokratischen Prinzipien gestaltet“ (18).

In vier Hauptteilen untersucht der Autor das Thema, wobei er zunächst auf die Regelungen des CIC/1917 eingeht, die sehr wohl von beratenden Mitwirkungsmöglichkeiten, wenn auch vornehmlich seitens ausgewählter Priester und nicht Laien, gegenüber dem Bischof sprechen. Allerdings, und das gilt es im Hinblick auf die neue Bedeutung synodaler Elemente nach dem Zweiten Vatikanum zu beachten, waren diese auf „pragmatische Erwägungen zurückzuführen, sie sind jedoch nicht nochmals in tiefer gehenden ekklesiologischen Überlegungen begründet“ (135).

Diese ekklesiologische Begründung der Synodalität findet sich in den Dokumenten des Zweiten Vatikanischen Konzils, wie Witsch im zweiten Hauptteil ausführt. Bereits die Sicht der Kirche als „mystischer Leib“, die das Konzil in der dogmatischen Konstitution „Lumen Gentium“ (Nr. 7) aufgreift, bietet eine wichtige doktrinaire Grundlage zum tieferen Verständnis synodaler Elemente. Das Bild der Kirche als „geheimnisvoller Leib“ wird in der konziliaren Kirchenkonstitution durch die Rede vom „Volk Gottes“ ergänzt, nicht verdrängt. Hierbei kommt zum Ausdruck, „dass die Gläubigen diese verschiedenen Funktionen und Aufgaben – ihr je-

weiliges Apostolat, das gleichsam einen ‚Teilaspekt‘ der einen Heilssendung der Kirche darstellt – nicht einfach isoliert für sich und nebeneinander, sondern vielmehr in gegenseitiger Zuordnung zueinander, d. h. in enger Verbundenheit und Kooperation miteinander, ausüben sollen“ (140).

Es ist erfreulich, dass gerade in diesem Abschnitt der Untersuchung, die ja aufzeigen möchte, wie das Konzil eine neue Begründung und damit eine neue Gewichtung des alten, um nicht zu sagen alt-kirchlichen, Prinzips der Synodalität einleitet, Witsch immer wieder auf die Akten des Konzils verweist und bemüht ist, sich nicht nur auf den promulgierten Text zu konzentrieren. Leider erwähnt er die Spannung zwischen „Christus Dominus“ 28, 1, wo man festhält, dass *nur* Diözesanpriester zum Presbyterium gehören, und „Presbyterorum Ordinis“ 8,1 und „Ad Gentes“ 20, 3, wo es heisst, dass *alle* unter dem Bischof zur Mitarbeit in der Diözese vereinten Priester das Presbyterium bilden, nur beiläufig. Gerade im Hinblick auf den Priesterrat als synodalem Organ der Beratung und Vertretung wäre es interessant, anhand der Konzilsakten der Frage nachzugehen, wie es zu diesem Widerspruch kommen konnte.

Im dritten Teil der Arbeit untersucht der Autor die Entwicklung synodaler Elemente auf Ebene der Diözese in der Zeit nach dem Konzil bis zur Promulgation des Kodex. Witsch stellt ausführlich dar, wie es in dieser Periode zum einen zu einer weiteren rechtlichen Ausgestaltung der vom Zweiten Vatikanum neu geschaffenen Gremien des Priesterrates und des Pastoralrates kommt, zum anderen, wie die bereits im CIC/1917 be-

stehenden Beratungsorgane erneuert werden. Hier ist die Rede vom Kathedralkapitel und den Konsultorenkollegien, die deutlich hinter den Priesterrat zurückgestuft werden, sowie – und in diesem Bereich ist eine „positive Neubewertung“ (224) festzustellen – von der Diözesansynode und dem Vermögensverwaltungsrat.

Witsch stellt schliesslich im vierten Teil die im CIC/1983 genannten Mitwirkungsmöglichkeiten am Hirtendienst des Diözesanbischofs dar. Den Gläubigen und Priestern der dem Bischof anvertrauten „portio gregis“ kommt, zum einen aufgrund ihrer Teilhabe an Taufe und Firmung, zum anderen aufgrund des Weihesakramentes, eine Mitverantwortung am Aufbau des Leibes Christi zu. Von daher begründen sich die im Kodex verankerten Möglichkeiten synodaler Mitarbeit. Damit habe „der CIC/1983 grundsätzlich die durch das Konzil vollzogene Wende von einem vorwiegend pragmatischen hin zu einem ekklesiologisch begründeten Verständnis von Synodalität auf Diözesanebene“ (417) nachvollzogen. Dies bedeute aber nicht die Einführung einer demokratischen Leitungsform, in der, wenn möglich alle, an wichtigen Entscheidungsprozessen beteiligt sind. „Synodalität bezeichnet insofern eine für die Kirche spezifische, wie zugleich auch unaufgebbare Weise, in der Bischof und Gläubige ihre je eigene Sendung der Kirche speziell mit Blick auf die Leitung der Teilkirche gemeinsam, d. h. in Gestalt eines strukturierten Zusammenwirkens, wahrzunehmen haben“ (421).

Gerade diese Wertung des Autors hinterfrag Heike Künzel in ihrer Rezension: „Der Versuch, synodale Elemente

in ein hierarchisches System einzufügen, muss kläglich scheitern, wenn das System hierarchisch strukturiert bleibt. Dafür kann Witsch nichts, das gibt ihm der Gesetzgeber so vor“ (327 a.a.O.). Aufgrund dieser Sicht urteilt Künzel, dass Witsch wohl in aller Breite die Möglichkeiten synodaler Beteiligung und ihre theologische Fundierung aufzeige; „Mit den Grenzen (und auf die kommt es im Konfliktfall an!) beschäftigt er sich in Nebensätzen“ (327 a.a.O.).

Obwohl es zutrifft, dass Witsch in seiner Arbeit zu wenig die, gerade in Deutschland bekannten, Konfliktfälle synodaler Beratung und Mitarbeit behandelt, ist es erfreulich, dass er keine soziologischen Bewertungsmaßstäbe anlegt, sondern theologisch argumentiert. Damit verteidigt er zum einen Grundlage und Orientierung des Kirchenrechts, das immer auf den Glauben, wie er in der kirchlichen Lehre zum Ausdruck kommt, bezogen bleibt, zum anderen macht er deutlich, dass die hierarchische Struktur der Kirche göttlichen Rechts ist und daher dem kirchlichen Gesetzgeber vorgegeben und grundsätzlich unveränderbar bleibt. Zu Recht stellt daher Witsch in seinem Schlusswort fest, dass das Verständnis von Synodalität „eine bestimmte Weise der Wahrnehmung der Leitung der Diözese“ (423) betrifft. Da der kirchliche Gesetzgeber den Diözesanbischof an die beratende Mitwirkung der Gläubigen seiner Diözese bindet, treten zu der grundsätzlich und wesentlich personal verfassten Leitung derselben synodale Elemente im Sinne eines strukturierten Zusammenwirkens. Aufgrund der Ekklesiologie des Zweiten Vatikanischen Konzils, die den sakramentalen Charakter des Bischofsamtes und seine

persönliche Hirtenverantwortung herausstellt, bleiben diese synodalen Organe aber dem Leitungsamt des Bischofs nachgeordnet. Vor diesem Hintergrund „wird ein Gelingen der synodalen Prozesse [...] niemals rechtlich erzwingbar sein, sondern letztlich immer davon abhängen, dass alle an diesen Prozessen Beteiligten sowohl im Bewusstsein ihrer eigenen Verantwortung wie auch in Anerkennung der jeweiligen Verantwortung ihrer Dialogpartner mit Blick auf das Wohl der Diözese zusammenwirken“ (424).

FLORIAN KOLFHAUS

ILARIA ZUANAZZI, *Praesis ut prosis. La funzione amministrativa nella diakonía della Chiesa*, Napoli, Casa Editrice Jovene, 2005, p. 750.

DE *consideratione ad Eugenium papam* è un trattato scritto da San Bernardo in cinque libri, indirizzato al papa Eugenio III, già monaco di Clairvaux, su richiesta dello stesso Pontefice. Il tema sviluppato in esso è la *consideratio* in quanto esercizio intellettuale spirituale diverso dalla *contemplatio*, riconducibile piuttosto ad una forma di riflessione articolata ma sempre esercizio della pietà. Il nucleo dell'opera gira intorno al "tu", che nella fattispecie è Eugenio III: *te, quae sub te, quae circa te, quae supra te sunt*, temi svolti rispettivamente nel II, nel III, nel IV e nel V libro. È all'inizio del libro terzo dove si trova la frase che dà titolo all'opera recensita. San Bernardo, consigliando ad Eugenio III, scrive: "anche tu precedi tutti per provvedere e decidere, per amministrare e servire. Precedi [*praesis*] per essere utile agli altri [*prosis*]" . Tuttavia, il contenuto della proposizione *praesis ut*

*prosis* non è soltanto applicabile al ministero petrino, ma offre una chiave di lettura dell'attività amministrativa generale fondata sulla preminenza del servire: proprio perciò è *funzione* e non mera attività, ed è *amministrativa*, vale a dire, caratteristica di chi sta per mettersi a disposizione, e se riferita alla Chiesa, con l'accento che le è proprio della *diakonia*, come termina per rammentare il titolo secondario del volume presentato.

L'asserto primordiale del servizio, riconducibile alla funzione amministrativa della Chiesa, ben merita di essere adeguatamente approfondito dalla prospettiva giuridica, e così lo dimostra l'ampiezza dell'analisi svolta dall'autrice nell'opera, strutturata secondo un ordine comprendente un'introduzione, otto capitoli, più delle conclusioni generali e un corposo (quarantotto pagine) indice bibliografico; il tutto diviso in due parti, che hanno per titolo rispettivamente, "L'evoluzione del sistema amministrativo nella Chiesa" e "L'amministrazione ecclesiale tra principî ideali e garanzie formali".

Nella prima parte l'a. descrive l'evoluzione del sistema amministrativo ecclesiale che, fra l'altro, ha visto la tensione fra l'incorporazione delle nozioni e degli strumenti dell'esperienza giuridica secolare da una parte e, dall'altra, la necessità di rimanere saldi sulle basi fondazionali, poste dal diritto divino. Dopo l'introduzione, il primo capitolo ("La funzione amministrativa ecclesiale", pp. 3-56) riguarda il presupposto costituzionale sottostante ad una funzione amministrativa che, per mantenersi fedele al piano di salvezza delle anime voluto da Dio deve contribuire veramente al realizzarsi della chiamata universale alla santità e che, proprio per-

ciò, si trova con la ricorrente necessità di convertire in linguaggio giuridico i principi d'origine divina. Appare quindi manifesto come, sin dall'inizio, la dinamicità, la praticità e la pastoralità del diritto della Chiesa richiamino un uso adeguato di taluni strumenti giuridici concepiti nei sistemi civili, allo scopo di poter ordinare in maniera più razionale ed efficiente i diversi campi della realtà ecclesiale, compresa ovviamente la materia amministrativa.

Nei tre capitoli successivi, l'a. percorre le tappe storiche della conformazione progressiva del diritto amministrativo canonico, rivelando una particolare sensibilità per le circostanze che hanno potuto determinare alterazioni del disegno costitutivo e indicando, in quei casi, le correzioni di rotta o i richiami emersi nei successivi momenti storici da istanze diverse per proteggere (o per recuperare) l'identità ecclesiale della funzione amministrativa. Dunque, il capitolo secondo ("Radici storiche del sistema amministrativo", pp. 57-165), inizia descrivendo come, fin dai primi passi della Chiesa, è stato attuato un impiego cosciente delle basi giuridiche vigenti nella cultura d'ogni epoca (terminologia, strutture organizzative, tecniche, categorie concettuali), il cui paradigma principale è stato il diritto romano. L'a. traccia quindi il percorso concreto di simili usi fino al medioevo, con i cambiamenti occorsi durante l'assunzione degli istituti tecnici civili al settore dell'ordinamento canonico che oggi sarebbe la pubblica amministrazione.

Nel terzo capitolo ("La contrapposizione tra *administrare* e *iudicare*", pp. 167-229), l'analisi storica riguarda l'evoluzione della funzione amministrativa della Chiesa operata durante l'epoca moder-

na, fino al CIC del 1917, mutamento che ha avuto come cardine la differenziazione tra *administratio* e *iudicium*. Il quarto capitolo (“Il diritto amministrativo nel dibattito della dottrina canonistica tra i due codici latini”, pp. 231-253), il più lungo dell’opera, mostra come sia stato decisivo l’apporto degli autori del Novecento per la nascita del diritto amministrativo attualmente vigente nella Chiesa. Il quinto capitolo (“Verso una maggiore giustizia nei rapporti amministrativi”, pp. 356-437), ultimo della prima parte, esamina i testi di carattere legislativo immediatamente anteriori al CIC del 1983, riguardanti la funzione amministrativa della Chiesa, i quali hanno recepito le deliberazioni del Concilio Vaticano II e le soluzioni tecniche elaborate dagli autori.

All’inizio della seconda parte, il capitolo sesto (“L’amministrazione nella legislazione giovanneo-paolina”, pp. 441-493), contiene un’esposizione del diritto amministrativo nei codici latino e orientale e la relativa valutazione fatta dall’a. secondo cui, nell’ultima codificazione canonica “non sia stata raggiunta un’elaborazione precisa sulla natura e sulla configurazione specifica della funzione amministrativa” (p. 492).

I capitoli settimo (“Le figure di atti amministrativi”, pp. 495-561) e ottavo (“L’amministrazione subordinata al diritto”, pp. 563-578) sono dedicati a due dei principali strumenti di tecnica giuridica amministrativa, vale a dire, gli atti amministrativi e la sottomissione dell’amministrazione alle esigenze di giustizia, con le articolazioni, carenze e potenzialità che presentano nell’odierno sistema canonico.

Le ultime pagine del volume si rianodano con l’intenzione primaria del

lavoro grazie al titolo delle conclusioni che eloquentemente riproduce la proposizione “*Praesis ut prosis*” (pp. 679-701). Chiude il lavoro la già accennata completa bibliografia (pp. 703-750).

Lo studio di Ilaria Zuanazzi si pone come un’indagine seria e accurata, ben documentata, specialmente per quello che riguarda la legislazione e la dottrina, soprattutto se si tiene conto della complessità e dell’ampiezza degli argomenti affrontati, che coprono l’intero ambito del diritto amministrativo canonico. La trattazione svolta manifesta una robusta base di cognizioni, una notevole destrezza argomentativa e un sicuro rigore metodologico ed è arricchita da apprezzabili percezioni. L’articolazione dell’opera risulta quindi ordinata e coerente, e consente all’a. di pervenire a risultati pregevoli e utili. Infatti, come ogni vero contributo di teoria generale, grazie alla creatività delle ricostruzioni proposte, il volume recensito è in grado di stimolare tante idee e considerazioni intorno alle diverse tematiche trattate.

Molte sono le intuizioni dell’a. che meritano un particolare risalto, ma lo spazio ora a disposizione consente di evidenziarne soltanto alcune.

Innanzitutto, va rilevata l’organicità della tesi centrale relativa all’indole ministeriale dell’attività amministrativa di governo, la quale può avere diverse formulazioni; ad esempio, mentre leggevo il libro, spesso mi veniva in mente una frase – “per servire, servire” – alla quale San Josemaría Escrivá attribuiva un duplice significato: da una parte, per “servire”, nel senso di aiutare, bisogna “servire”, essere preparati, avere le doti, la capacità, l’autorità necessaria (sarebbe il “*praesis ut prosis*”) ma

allo stesso tempo, per “servire”, cioè, per essere idoneo, non basta la competenza, la perizia, è necessaria l’attiva disposizione di aiutare, ci vuole “servire”, prodigarsi. San Josemaría si riferiva al vero servizio come quello in cui si danno simultaneamente entrambe le accezioni.

Nel volume recensito, l’a. richiama la necessità della tutela giuridica di entrambi i modi di intendere il servire. Il diritto amministrativo in generale, ma ancora di più il diritto amministrativo canonico, deve aspirare a garantire non soltanto il “servire” della competenza, della correttezza formale, ma necessariamente deve anche assicurare – è una esigenza giuridica della Chiesa – il “servire” come prodigarsi. Chi ha responsabilità nella funzione amministrativa “deve non solo adempiere fedelmente le incombenze istituzionali del suo mandato similmente all’intendente saggio della parabola evangelica (Lc. 12, 42-46, 1 Cor. 4, 1-2) ma, in quanto partecipe di una missione pastorale più alta, assume anche un impegno personale di cura delle anime, che può richiedere di superare gli stretti doveri positivi per prodigarsi a fare tutto il possibile per il loro bene” (p. 454). L’a. dimostra come tale principio, che risponde al carattere costitutivo della Chiesa ed è stato sempre presente durante la sua storia, ha ricevuto, in quanto alla teorizzazione, un particolare impulso durante il Concilio Vaticano II, con sbocchi nelle fonti canoniche successive. Tuttavia, secondo Ilaria Zuanazzi, l’applicazione della rilevanza giuridica del servizio necessita ancora un’ulteriore attenzione e consapevolezza. Ciò impone al diritto amministrativo canonico, a somiglianza di quanto accade con il diritto amministrativo dei

restanti sistemi giuridici, il dovere di rinnovarsi, di progredire.

Per un simile progresso si dimostra conveniente l’adozione di soluzioni tecniche collaudate nell’ambito secolare, senza che tale assunzione possa avvenire automaticamente, dal momento che bisogna vagliare l’adeguatezza per l’ordinamento ecclesiale di ogni soluzione tecnica che si pretenda incorporare, coscienti che nel passato, lontano e recente, alcune trasposizioni dirette a procurare il servizio-utilità hanno impedito o ostacolato il servizio-carità, o meglio, non hanno reso possibile che l’ambito esterno del servizio-carità divenisse esigibile giuridicamente.

Ed è qui che si rivela particolarmente azzeccata la scelta metodologica di dare ampio spazio alla storia, come sorgente d’insegnamenti valevoli per il presente. L’analisi svolta, basata sulla completezza dell’indagine, porta a scoprire molti campi del diritto amministrativo vigenti nella Chiesa che richiedono un’evoluzione, come accade con la tecnica del principio di legalità, affinché non sia “una massima che suona a vuoto” (p. 591) o, nell’ambito della soggezione dell’amministrazione al diritto, la necessità di “predisporre le strutture idonee per rendere facilmente agibili le procedure di risoluzione delle controversie, pacifiche o in contraddittorio” (p. 676).

La ricerca di questi nuovi strumenti giuridici del diritto amministrativo canonico, che richiede una maggiore cognizione delle proprie virtualità, al tempo che non potrà non tener conto dei recenti interventi magisteriali – ad esempio, l’es. ap. postsinodale di Giovanni Paolo II, *Pastores gregis*, in modo particolare, la parte dedicata all’autorità di servizio pastorale del Vescovo, come

anche l'enciclica di Papa Benedetto XVI, *Deus caritas est* ("L'azione pratica [e la funzione amministrativa lo è] resta insufficiente se in essa non si rende percepibile l'amore per l'uomo, un amore che si nutre dell'incontro con Cristo") –, altri documenti della Chiesa (ad esempio, i principi generali sul governo pastorale del Vescovo formulati nel direttorio per il ministero pastorale dei Vescovi *Apostolorum successores*, del 2004, la futura normativa della Segnatura Apostolica, l'auspicata pubblicazione della giurisprudenza di contenzioso amministrativo della Segnatura Apostolica), dovrà giovare dell'impiego dei sussidi tradizionali della bimillennaria esperienza di governo della Chiesa. Così, tornando ad *De consideratione*, ritengo che non risulta fuori luogo ricordare quel passo del libro primo nel quale S. Bernardo elenca i vantaggi della *consideratio* (probabilmente noi, più che "considerazione" capiamo meglio "orazione mentale" in quanto meditazione, e così mi permetto di tradurre di seguito): "La meditazione purifica la sorgente da cui nasce, cioè l'intelletto. Poi regola gli affetti, indirizza gli atti, corregge i difetti, riforma i costumi, eleva e ordina la vita: in una parola conferisce la scienza delle divine e delle umane cose. La meditazione chiarisce le cose confuse, colma le lacune della mente, rannoda le idee sparse, scruta i segreti, investiga la verità, esamina il verosimile, mette a nudo la finzione e la menzogna. Essa preordina le azioni da compiersi, essa chiama a rendiconto le già compiute affinché nulla resti nella mente di incorretto e di ambiguo. Essa fa presentire nella prosperità la sfortuna, nella sfortuna evita il troppo impressionarsi, e questo è infusione di forza, quello di prudenza".

Tornando al volume recensito, e al rapporto del diritto amministrativo della Chiesa con le soluzioni avanzate dalla teoria generale del diritto amministrativo contemporaneo, non penso che l'enfasi dell'a. nel prevenire di fronte all'assunzione automatica di soluzioni del diritto amministrativo statale comporti una mancanza di fiducia universale nel sistema amministrativo comparato, che proprio nella nostra epoca vede un auge del diritto amministrativo dei servizi sociali, un'evoluzione del servizio pubblico verso il servizio universale, un fiorire delle carte dei servizi, delle conferenze dei servizi, e via dicendo. Magari, la cautela necessaria nell'eventuale trasposizione di soluzioni dovrà essere accompagnata da un impegno efficace per migliorare il diritto amministrativo ecclesiale in ogni fattispecie concreta che sia più risultato della *consideratio*. Tale sembra il modo giusto per "autosuperarsi, per cercare di riflettere sempre più fedelmente gli ideali ispiratori e incarnarli nel cammino dell'uomo verso la salvezza" (p. 23). Viene da dire che, nell'ordinamento amministrativo della Chiesa, gli amministratori hanno diritto a essere governati con giustizia e con carità, il che impegna il governante, fra l'altro, a *considerare* ogni questione davanti a Dio, nella meditazione.

La trattazione di Ilaria Zuanazzi trasmette delle proposte ricostruttive delle cui rilevanti virtualità applicative potrà certamente avvalersi il diritto amministrativo canonico in un futuro che, ci si auspica, non dovrebbe essere assai lontano, e si pone certamente come uno dei più importanti contributi della canonistica attuale in tale linea di rinnovamento.

JAVIER CANOSA

# DOCUMENTI

## ATTI DELLA SANTA SEDE

PONTIFICIO CONSIGLIO PER I TESTI LEGISLATIVI, *Actus formalis defectionis ab ecclesia catholica*, 13 marzo 2006, «Communicationes», 38 (2006) 170-172\*.

Città del Vaticano, 13 marzo 2006

Prot. N. 10279/2006

Eminenza/Eccellenza Reverendissima,

**D**A tempo, non pochi Vescovi, Vicari giudiziali e altri operatori del Diritto Canonico hanno sottoposto a questo Pontificio Consiglio dubbi e richieste di chiarimento a proposito del cosiddetto *actus formalis defectionis ab Ecclesia catholica*, di cui ai canoni 1086, § 1, 1117 e 1124 del Codice di Diritto Canonico. Si tratta, infatti, di un concetto nuovo nella legislazione canonica e diverso dalle altre modalità piuttosto “virtuali” (basate cioè su comportamenti) di abbandono “notorio” o semplicemente “pubblico” della fede (cfr. cann. 171, § 1, 4°; 194, § 1, 2°; 316, § 1; 694, § 1, 1°; 1071, § 1, 4° e § 2), circostanze in cui i battezzati nella Chiesa cattolica o in essa accolti sono tenuti alle leggi meramente ecclesiastiche (cfr. can. 11).

Il problema è stato attentamente esaminato dai competenti Dicasteri della Santa Sede al fine di precisare innanzitutto i contenuti teologico-dottrinali di tale *actus formalis defectionis ab Ecclesia catholica*, e successivamente i requisiti o le formalità giuridiche necessarie perché esso si configuri come un vero “atto formale” di defezione.

Dopo aver avuto, riguardo al primo aspetto, la decisione della Congregazione per la Dottrina della Fede ed aver esaminato in sede di Sessione Plenaria l'intera questione, questo Pontificio Consiglio comunica agli Em.mi ed Ecc.mi Presidenti delle Conferenze Episcopali quanto segue:

1. L'abbandono della Chiesa cattolica perché possa essere validamente configurato come un vero *actus formalis defectionis ab Ecclesia*, anche agli effetti delle eccezioni previste nei predetti canoni, deve concretizzarsi nella:

- a) decisione interna di uscire dalla Chiesa cattolica;
- b) attuazione e manifestazione esterna di questa decisione;
- c) recezione da parte dell'autorità ecclesiastica competente di tale decisione.

\* Vedi *nota* di F. Marti alla fine del documento.

2. Il contenuto dell'atto di volontà deve essere la rottura di quei vincoli di comunione – fede, sacramenti, governo pastorale – che permettono ai fedeli di ricevere la vita di grazia all'interno della Chiesa. Ciò significa che un tale *atto formale* di defezione non ha soltanto un carattere giuridico-amministrativo (l'uscire dalla Chiesa nel senso anagrafico con le rispettive conseguenze civili), ma si configura come una vera separazione dagli elementi costitutivi della vita della Chiesa: suppone quindi **un atto di apostasia, eresia o scisma**.

3. L'atto giuridico-amministrativo dell'abbandono della Chiesa di per sé non può costituire un atto formale di defezione nel senso inteso dal CIC, giacché potrebbe rimanere la volontà di perseverare nella comunione della fede.

D'altra parte l'eresia formale o (ancor meno) materiale, lo scisma e l'apostasia non costituiscono da soli un atto formale di defezione, se non sono concretizzati esternamente e se non sono manifestati nel modo dovuto all'autorità ecclesiastica.

4. Deve trattarsi, pertanto, di un atto giuridico valido posto da persona canonicamente abile e in conformità alla normativa canonica che lo regola (cfr. cann. 124-126). Tale atto dovrà essere emesso in modo personale, cosciente e libero.

5. Si richiede, inoltre, che l'atto venga manifestato dall'interessato in forma scritta, davanti alla competente autorità della Chiesa cattolica: Ordinario o parroco proprio, al quale unicamente compete giudicare l'esistenza o meno nell'atto di volontà del contenuto espresso al n. 2.

Di conseguenza, soltanto la coincidenza dei due elementi – il profilo teologico dell'atto interiore e la sua manifestazione nel modo così definito – costituisce l'*actus formalis defectionis ab Ecclesia catholica*, con le relative sanzioni canoniche (cfr. can. 1364, § 1).

6. In questi casi, la stessa autorità ecclesiastica competente provvederà perché nel libro dei battezzati (cfr. can. 535, § 2) venga fatta l'annotazione con la dicitura esplicita di avvenuta "*defectio ab Ecclesia catholica actu formali*".

7. Rimane, comunque, chiaro che il legame sacramentale di appartenenza al Corpo di Cristo che è la Chiesa, dato dal carattere battesimale, è un legame ontologico permanente e non viene meno a motivo di nessun atto o fatto di defezione.

Nella sicurezza che codesto Episcopato, conscio della dimensione salvifica della comunione ecclesiastica, comprenderà bene le motivazioni pastorali di

queste norme, profitto delle circostanze per confermarmi con sentimenti di fraterno ossequio

dell'Eminenza/Eccellenza Vostra Reverendissima

dev.mo *in Domino*

**Julián Card. Herranz**

*Presidente*

**Bruno Bertagna**

*Segretario*

*La presente comunicazione è stata approvata dal Sommo Pontefice, Benedetto XVI, che ne ha disposto la notifica a tutti i Presidenti delle Conferenze Episcopali.*

---

QUALI NOVITÀ RIGUARDO ALL' ATTO FORMALE DI DEFEZIONE DALLA CHIESA CATTOLICA DI CUI AI CC. 1117, 1086 §1 E 1124? UN COMMENTO ALLA LETTERA CIRCOLARE DEL PCTL DEL 13 MARZO 2006.

### 1. Introduzione

La recente Lettera Circolare del Pontificio Consiglio per i Testi Legislativi (d'ora in poi PCTL) del 13 marzo 2006 ai Presidenti delle Conferenze Episcopali, approdo di un lungo iter di riflessione del Dicastero,<sup>1</sup> è la risposta alle numerose richieste di chiarificazione da più parti sollevate in ordine al significato di "defezione con atto formale dalla Chiesa cattolica" di cui ai cc. 1086 §1, 1117 e 1124,<sup>2</sup> e vuole porsi come definitiva soluzione della questione. Essa

<sup>1</sup> Fin dal 1995 era ufficialmente noto che il Pontificio Consiglio per l'Interpretazione dei Testi Legislativi aveva iniziato ad occuparsi della questione relativa all'interpretazione dell'inciso "actu formali ab Ecclesia Catholica defecerit", cfr. «Communicationes», 27 (1995), p. 31.

<sup>2</sup> A fronte di un riconoscimento unanime della insufficienza del dettato normativo, la dottrina si è divisa tra coloro che pragmaticamente, preso atto delle notevoli difficoltà sottese alla realizzazione della pur giusta idea di garantire lo *ius connubii* di chi abbandona la fede, auspicano la soppressione della clausola di esonero, tra gli altri cfr. S. VILLEGIANTE, *Dispensabilità dalla forma di celebrazione del matrimonio e problematica inerente all'abbandono della fede con atto formale*, in *Diritto Matrimoniale Canonico*, a cura di P. A. Bonnet e C. Gullo, Libreria Editrice Vaticana, 2005, vol. III, p. 221; J. KOWAL, *Comunione ecclesiastica e diritto matrimoniale*, in "Diritto Matrimoniale Canonico", *op. cit.*, vol. III, p. 201; P. LOPEZ GALLO, *Formal Defection from the Catholic Church*, in «Monitor Ecclesiasticus», 123 (1998), p. 643, e coloro che sono dell'avviso che una semplice integrazione sia sufficiente a chiarire la norma rendendola finalmente in grado di perseguire lo scopo per cui è stata pensata, cfr. U. NAVARRETE, *Disparitas Cultus* (1086), in *Diritto Matrimoniale Canonico*, *op. cit.*, vol. I, p. 532; V. DE PAOLIS, *Alcune annotazioni circa la formula «actu formali ab ecclesia catholica deficere»*, «Periodica», 84 (1995), pp.

infatti fornisce agli operatori pratici del diritto – la struttura del documento lascia intendere infatti che sia principalmente rivolto a loro – i criteri e le procedure da seguire in relazione all'applicazione dell'esonero dall'obbligo della forma canonica del matrimonio per coloro che abbiano formalmente defezionato dalla Chiesa cattolica. Se grazie a questo intervento del PCTL a prima vista paiono risolte le principali problematiche in cui da anni si imbattevano le curie diocesane, tuttavia non si può fare a meno di rilevare l'esistenza di alcune perplessità ed interrogativi circa i reali effetti che un tale atto potrà avere sull'ordinamento canonico.

## 2. *La riflessione dottrinale sull'atto formale di defezione dalla Chiesa cattolica*

Diversi Autori hanno cercato di sciogliere i dubbi interpretativi inerenti l'esatto significato da attribuire all'espressione di defezione dalla Chiesa cattolica con atto formale. Ciò nonostante non si è riusciti a giungere ad una soluzione unanimemente condivisa anzi, al contrario, si può dire che ciascun Autore ha fornito una propria ed originale interpretazione, anche se in ogni caso è possibile rinvenire degli elementi comuni che permettono di delineare due opposte tendenze interpretative, una in senso estensivo e l'altra restrittivo. La ragione di una così grande varietà di letture date dalla dottrina va ricercata nella mancanza di punti normativi di riferimento certi, circostanza che di fatto ha lasciato libero ciascun Autore di esprimere nel modo più pieno la propria sensibilità non solo giuridica ma anche ideologico-politica su un aspetto importante della più ampia e controversa questione relativa al rapporto tra cattolici *a fide deficientes* ed ordinamento giuridico della Chiesa.

### 2. 1. Soluzioni interpretative unanimemente condivise dalla dottrina

Ampia e diffusa convergenza si è avuta sin da subito in relazione alla riconducibilità della defezione con atto formale alle classiche ipotesi di apostasia, eresia e scisma,<sup>3</sup> ed alla necessità di porre in particolare rilievo la centralità dell'elemento volitivo interiore del soggetto,<sup>4</sup> poiché è la volontà del sog-

607-608; R. NAVARRO VALLS, *Comentario al c. 1117*, in *Comentario exegético al Código de Derecho Canónico*, a cura di A. Marzoa, J. Miras y R. Rodríguez-Ocaña, Pamplona 1997, seconda edizione, vol. III/2, p. 1468; R. CORONELLI, *Incorporazione alla Chiesa e comunione, Aspetti teologici e canonici dell'appartenenza alla Chiesa*, Roma, 1999, pp. 327-328.

<sup>3</sup> Cfr. R. NAVARRO VALLS, *La forma di celebrazione del matrimonio*, in *Codice di Diritto Canonico, edizione bilingue commentata*, a cura di P. Lombardía e J. I. Arrieta, edizione italiana a cura di Luigi Castiglione, Roma, 1987, vol. II, p. 805.

<sup>4</sup> Un primo accenno alla centralità della dimensione interiore e di fede nell'atto formale di defezione si ha in E. CORECCO, *Dimettersi dalla Chiesa per ragioni fiscali*, «Apollinaris», 55 (1982), p. 470. Lo stesso PCTL tempo addietro ha affermato come "l'atto formale di defezione, nei suoi aspetti formali, deve qualificarsi per alcune caratteristiche essenziali e tra esse

getto ad essere l'*ea quae actum ipsum essentialiter constituunt* di cui parla il c. 124 § 1.<sup>5</sup> Si è così sottolineato come un valido atto formale di defezione dalla Chiesa cattolica, presupponga necessariamente nell'interiore animo del soggetto una volontà vera e positiva di rinnegare la propria appartenenza ad Essa e di rinunciare alla condivisione di quei vincoli di comunione costituiti dalla professione di fede, dai sacramenti e dalla disciplina ecclesiastica.<sup>6</sup> Di conseguenza anche se si dovesse riscontrare un atto avente esteriormente tutte le caratteristiche di atto formale di abbandono dalla Chiesa cattolica, ma ad esso non fosse sottesa in realtà una vera volontà di defezionare dalla Chiesa cattolica quanto piuttosto il raggiungimento di altri scopi, economici, sociali, politici, questo non costituirebbe atto di defezione formale nel senso canonico del termine.<sup>7</sup>

Usuale in dottrina è distinguere due possibili modalità attraverso cui può manifestarsi l'atto di defezione formale, una *esplicita* (o di ufficializzazione vera e propria) ed una *implicita*, a seconda che la volontà positiva di defezione sia contenuta in un atto che direttamente esprima l'intenzione del soggetto, ovvero possa essere ricavata in modo inequivocabile da altri atti o comportamenti dello stesso.<sup>8</sup> La distinzione dell'atto formale di defezione in *esplicito* o in *implicito* si fa così dipendere dal mezzo attraverso cui l'ordinamento viene ad acquisire la conoscenza della volontà di defezionare.

Anche se nel proseguo, salva diversa indicazione, si utilizzerà tale distinzione, va tuttavia osservato che più aderente allo spirito della norma sarebbe l'avvalersi di una distinzione che ponga la propria attenzione sulla volontà

quella di essere un atto strettamente personale e quindi il soggetto che lo pone deve essere naturalmente e giuridicamente abile", *Risposta del PCTL del 21 settembre 1996*, Prot. N. 5284/96, «Archiv Für Katholisches Kirchenrecht», 165 (1996), p. 471.

<sup>5</sup> Cfr. S. VILLEGIANTE, *Dispensabilità dalla forma di celebrazione del matrimonio e problematica inerente all'abbandono della fede con atto formale*, op. cit., vol. III, p. 219; J. KOWAL, *Comunione ecclesiastica e diritto matrimoniale*, op. cit., vol. III, pp. 199-201.

<sup>6</sup> Cfr. c. 205. È della massima importanza distinguere il piano della comunione con la Chiesa fondato appunto sugli elementi indicati nel c. 205, la cui sussistenza è soggetta alla libera determinazione del battezzato e quindi può essere oggetto di defezione, dalla incorporazione a Cristo che scaturisce dal sacramento del battesimo, che per natura propria è assolutamente indefettibile, cfr. M. M. SIKIRIÐ, *La Communio quale fondamento e principio formale del diritto canonico*, Roma, 2001, pp. 168-170.

<sup>7</sup> Cfr. J. KOWAL, *Comunione ecclesiastica e diritto matrimoniale*, op. cit., vol. III, p. 200; S. VILLEGIANTE, *Dispensabilità dalla forma di celebrazione del matrimonio e problematica inerente all'abbandono della fede con atto formale*, op. cit., vol. III, p. 212; V. DE PAOLIS, *Alcune annotazioni circa la formula «actu formali ab ecclesia catholica deficere»*, op. cit., pp. 595-598.

<sup>8</sup> In dottrina è frequente trovare, a volte con qualche diversa sfumatura di significato, l'utilizzo dei termini formale e virtuale, diretto o indiretto. Fra gli altri cfr. V. DE PAOLIS, *Alcune annotazioni circa la formula «actu formali ab ecclesia catholica deficere»*, op. cit., p. 603 e pp. 606-607; A. D'AURIA, *Il Matrimonio nel Diritto della Chiesa*, Roma, 2003, pp. 272-274.

del soggetto, focalizzandosi sul concreto “bene” od “oggetto” a cui tende il suo agire pratico, e che cerchi dunque di essere il più vicino possibile alle categorie elaborate dalla teologia morale, particolarmente a quelle di “oggetto diretto della volontà” e di “oggetto indiretto della volontà”.<sup>9</sup> A partire da tali basi si può allora qualificare come defezione esplicita o formale in senso stretto l’ipotesi in cui l’uscita dalla Chiesa è “oggetto diretto della volontà”, ossia è vista dal soggetto come un bene appetibile in se stesso e voluto o realizzato per se stesso;<sup>10</sup> egli cioè vuole con volontà positiva e diretta troncare i suoi rapporti con la Chiesa, ponendo a tale scopo in maniera pienamente consapevole un atto – qualificabile alla stregua di un vero e proprio “atto di recesso” – ad Essa indirizzato, con il quale in un certo senso “costringere” la Chiesa a prendere atto di questa sua decisione e a rispettarla. All’opposto la qualifica di defezione implicita va riconosciuta a quelle ipotesi in cui l’uscita dalla Chiesa cattolica si pone come “oggetto indiretto della volontà”, ossia come una conseguenza, giudicata trascurabile se non addirittura del tutto irrilevante, di una diversa azione del soggetto, e che dunque “non è in alcun modo voluta né come fine né come mezzo, ma è prevista e permessa in quanto inevitabilmente legata a ciò che si vuole”.<sup>11</sup> Si tratta di tutti quei casi in cui il soggetto realizza una serie di azioni in sé valutabili come oggettivamente incompatibili con l’appartenenza alla Chiesa – ad esempio l’iscrizione ad un’altra confessione religiosa – prescindendo dai loro risvolti ecclesiali, senza cioè che in lui sia riscontrabile una volontà specifica e diretta riguardo alla Chiesa, questo perché di fatto nulla più interessa al soggetto della Chiesa e del suo ordinamento. Mentre nel caso di defezione esplicita la separazione, anche sul piano giuridico, dalla Chiesa cattolica è una conseguenza comunque voluta dal soggetto, nell’ipotesi di defezione implicita la rottura dei rapporti tra il fedele e la Chiesa non è affatto un obiettivo del soggetto. In questo caso infatti il concreto determinarsi sul piano giuridico di una defezione formale è piuttosto la conseguenza di una reazione della Chiesa la quale, di fronte all’oggettività stessa dell’agire di un proprio fedele, non può far altro che riconoscere l’esistenza di una volontà implicita, e dichiarare sulla base di questa la sua volontaria defezione dalla Chiesa cattolica.

<sup>9</sup> “Ex parte intentionis voluntatis, distinguitur: v. *directum* seu in se (illud quod in se ipso intenditur seu quod est obiectum voluntatis immediatum) et *indirectum* (illud quod non intenditur immediate et rationi sui, sed ob inseparabilem coniunctionem cum aliquo alio, quod efficaciter appetitur e. g. proiectio mercium in mare, perdurante naufragio), P. PALAZZINI, voce *Voluntarium*, in *Dictionarium morale et canonicum*, a cura di P. Palazzini, Roma, 1968, vol. IV, p. 722.

<sup>10</sup> Cfr. E. COLOM e A. RODRÍGUEZ LUÑO, *Scelti in Cristo per essere santi. Elementi di Teologia Morale Fondamentale*, Roma, 2002, seconda edizione, pp. 104-105.

<sup>11</sup> E. COLOM e A. RODRÍGUEZ LUÑO, *Scelti in Cristo per essere santi. Elementi di Teologia Morale Fondamentale*, op. cit., p. 105.

## 2. 2. Il senso ed il contenuto del requisito di formalità dell'atto, fulcro del dibattito dottrinale

Il maggior dibattito e diversità di opinioni in dottrina si è avuto sulla corretta interpretazione da dare al requisito della formalità, posto che nella norma si rinviene soltanto un generico riferimento ad un atto formale. In primo luogo a che cosa esso deve intendersi riferito? Le numerose opinioni emerse al riguardo possono essere agevolmente ricondotte a tre diversi filoni, a seconda che l'elemento formale venga inteso nel significato di forma intrinseca, forma estrinseca essenziale, forma estrinseca accidentale.<sup>12</sup>

Un orientamento minoritario propende per una interpretazione debole del requisito di formalità in relazione sia alla sua funzione, che praticamente viene ridotta di fatto al rango di forma estrinseca accidentale, sia all'individuazione concreta delle ipotesi che possono qualificarsi come formali, arrivando in pratica a considerare formale qualsiasi manifestazione esterna da cui si possa dedurre una volontà di defezionare dalla Chiesa cattolica. A sostegno di un'interpretazione tanto estensiva si argomenta che solo in questo modo si è rispettosi dello spirito del legislatore e dello scopo da lui perseguito, cioè quello di favorire il più possibile la validità dei matrimoni.<sup>13</sup> Il requisito di formalità dell'atto viene così posto in secondo piano, legato al più ad esigenze di conoscibilità della volontà di defezionare, non riconoscendosi affatto in esso un elemento che, oltre a garantire senza dubbio esigenze di certezza probatoria, inserisce un *quid pluris* di solennità ed ufficialità all'atto che oltrepassa la semplice esigenza di prova.<sup>14</sup> In particolare si rinviene la

<sup>12</sup> Cfr. G. MICHIELS, *Principia generalia de personis in ecclesia*, Paris – Tornaci – Romae, 1955, Editio altera, pp. 670-672.

<sup>13</sup> Cfr. F. MORLOT, *Abandon de l'église, rejet de la foi et mariage (notes sur les canons 1117 et 1071, §1-4°)*, «Revue de droit canonique», 44 (1994), p. 70.

<sup>14</sup> Questo almeno pare potersi desumere analizzando alcune tra le varie definizioni di atto formale proposte in dottrina che lo individuano come una volontà positiva, diretta a rompere la piena comunione con la Chiesa ed espressa in modo tale da assicurare la certezza e la sicurezza giuridica, cfr. A. BERNÁRDEZ CANTÓN, *Compendio de derecho matrimonial canonico*, Madrid, 1998 nona edizione, p. 82 e p. 212; un comportamento pubblico dal quale ricavare una volontà di defezione, come ad esempio il ricorso alla forma civile del matrimonio, cfr. I. PÉREZ DE HEREDIA, J. VALLE, *Los matrimonios mixto en el nuevo Código*, «Anales Valentinos», 18 (1983), pp. 287-288; una qualsiasi manifestazione esterna di una volontà di defezione purché suscettibile di prova, cfr. A. MOSTAZA, *Anotaciones en torno al significado de las locuciones «abandono notorio de la fe católica» del canon 1.1071,1,4.° y del «abandono 'actu formalis' de la Iglesia católica» de los canones 1086, 1, 1117 y 1124*, in *Dimensiones jurídicas del factor religioso. Escritos en homenaje al Profesor López Alarcón*, Murcia, 1987, p. 379; un qualche atto specifico esterno che manifesti positivamente la volontà di abbandonare la Chiesa cattolica come tale, cfr. A. TANASSINI, *Forma del matrimonio*, in *Matrimonio e disciplina ecclesiastica*, a cura del Gruppo Italiani Docenti di Diritto Canonico, Milano, 1996, p. 135; un'aperta dichiarazione di rinuncia

tendenza a sovrapporre il concetto di *defectio actu formali* alla figura giuridica del delitto di apostasia, eresia o scisma di cui al c. 1364 § 1,<sup>15</sup> ritenendo cioè sufficiente, affinché la volontà del soggetto sia giuridicamente rilevante ai fini dell'esonero, l'integrazione del requisito previsto per tale ipotesi delittuosa ossia, secondo quanto dispone il c. 1330, la sua conoscenza effettiva.

La dottrina in maggioranza è orientata verso un'interpretazione, che rispetto alla precedente, è certamente più rigida in quanto considera il requisito di formalità come una forma estrinseca essenziale. Non è sufficiente dunque che il fedele cattolico non pratichi più la fede, si professi non credente, o si sottragga agli obblighi di soggezione derivanti dalla comunione ecclesiale; è necessario che la manifestazione esterna del suo atto di volontà di abbandonare la Chiesa cattolica si realizzi tramite un vero atto giuridico di carattere pubblico.<sup>16</sup> Diverse sono le argomentazioni addotte da questi Autori a sostegno delle loro posizioni, ma due di queste paiono le più pregnanti: il rischio che un'interpretazione ampia di tale espressione possa essere fonte di gravi incertezze nuocendo alla sicurezza giuridica del sistema matrimoniale canonico;<sup>17</sup> la necessità ed imprescindibilità, desumibile dallo stesso tenore letterale della norma, che la defezione assuma una veste pubblica ed ufficiale, poiché l'esonero dalla forma, dall'impedimento di disparità di culto e di mista religione è concesso dal legislatore non sulla base della volontà del fedele di defezionare dalla Chiesa, ma in forza dell'ufficializzazione di questa volontà innanzi alla Chiesa.<sup>18</sup>

alla propria fede, possibile ad essere provata giuridicamente, cfr. A. M. ABATE, *Il matrimonio nella nuova legislazione canonica*, Roma, 1985, p. 99.

<sup>15</sup> Di sostanziale coincidenza tra l'atto formale di defezione e la figura giuridica del delitto di cui al c. 1364 §1 parla J. F. CASTAÑO, *Il Sacramento del matrimonio*, Roma, 1992, seconda edizione, pp. 285-286 e p. 450.

<sup>16</sup> Cfr. J. PRADER, *Il matrimonio in Oriente e Occidente*, Roma, 1992, p. 219; IDEM, *La legislazione matrimoniale latina e orientale. Problemi interconfessionali e interreligiosi*, Roma, 1993, p. 82.

<sup>17</sup> Cfr. R. NAVARRO VALLS, *La forma di celebrazione del matrimonio*, op. cit., vol. II, p. 805.

<sup>18</sup> Cfr. G. F. AZNAR GIL, *El nuevo derecho matrimonial canónico*, Salamanca, 1985, seconda edizione rivista ed aumentata, p. 237. Osserva ancora lo stesso Autore che "la finalidad de que este abandono o defección se realice mediante un acto formal o solemne es la de trasladar al fuero externo la voluntad interna de la persona por motivos, principal que no exclusivamente, de seguridad y de certeza jurídicas en la configuración del estatuto canónico del fiel, dadas las consecuencias importantes que de aquí se derivan", cfr. F. R. AZNAR GIL, *Derecho matrimonial canónico*, Salamanca, 2001, vol. I, p. 383. Studi sempre più approfonditi hanno ulteriormente rafforzato una interpretazione restrittiva, evidenziando come dall'esame dei lavori preparatori del codice del 1983 non emerge alcun segno indicante la volontà di introdurre una modifica profonda nella disciplina canonica relativa alla forma del matrimonio; che trattandosi di una disposizione costituente una eccezione ad una regola generale l'interpretazione restrittiva è imposta dal c. 18; che lo stesso legislatore, avendo ritenuto di non inserire una disposizione analoga nel Codice per le Chiese Orientali e riaffermando in tal modo l'obbligatorietà della forma per tutti i cattolici, ha mostrato un chiaro atteggiamento

In realtà a ben guardare, specie alla luce dell'interpretazione fornita dal PCTL, si vede come anche questa corrente interpretativa non sia poi tutto sommato così restrittiva. Certamente rispetto all'orientamento c.d. estensivo si differenzia notevolmente, perché attribuisce un ruolo più forte al requisito di formalità previsto nella norma, dovuto alla sua connotazione di forma estrinseca essenziale, che ne fa requisito di validità dell'atto. Di fatto però, anche in questi Autori, quando si passa ad indicare nel concreto quali siano i casi potenzialmente rientranti nella norma, prevale ancora una volta un orientamento estensivo, favorevole al riconoscimento degli atti formali di defezione implicita.<sup>19</sup>

Da ultimo vi sono alcuni Autori che, apparentemente collocabili all'interno della corrente interpretativa che sopra si è qualificata come estensiva

in senso restrittivo, cfr. P. MONETA, *I soggetti tenuti ad osservare la forma canonica: il can. 1117 CIC*, in *La giurisdizione della Chiesa sul matrimonio e sulla famiglia*, a cura di J. Carreras, Milano, 1998, pp. 156-159.

<sup>19</sup> Basti prendere come esempio anche in questo caso alcune delle definizioni proposte che qualificano atto formale di defezione dalla Chiesa cattolica: un consapevole e pubblico distacco dalla Chiesa posto attraverso una pubblica dichiarazione di abbandono della fede o tramite comportamenti che siano ad essa equivalenti come ad esempio l'aperta adesione ad una altra confessione religiosa, cfr. J. J. O'ROURKE, *Thoughts on Marriage*, «*Studia Canonica*», 22 (1988) p. 189; l'adesione concreta a confessioni acattoliche così come qualsiasi dichiarazione pubblica scritta o orale, cfr. R. SEBOTT, C. MARUCCI, *Il nuovo diritto matrimoniale della Chiesa, commento giuridico e teologico ai can. 1055-1165 del nuovo CIC*, Napoli, 1985, p. 109; un atto cosciente, intenzionale, direttamente percepibile ed oggettivamente significante, che esprima inequivocabilmente (anche se implicitamente) l'intenzione di uscire totalmente, e tendenzialmente in modo definitivo, dalla Chiesa, cfr. P. MONETA, *I soggetti tenuti ad osservare la forma canonica: il canone 1117 CIC, op. cit.*, p. 160; qualsiasi atto esterno pubblico posto secondo formalità o solennità riconosciute dall'ordinamento canonico, mediante il quale si possa constatare l'abbandono della Chiesa cattolica, cfr. F. R. AZNAR GIL, *El nuevo derecho matrimonial canónico, op. cit.*, p. 237; J. F. CASTAÑO, *Il Sacramento del matrimonio, op. cit.*, p. 285 (recentemente Aznar Gil ha avanzato una interpretazione ancor più estensiva del concetto di atto formale di defezione, considerando tale anche un abbandono di fatto della fede a cui un successivo provvedimento dell'Autorità ecclesiastica attribuisca valore formale e canonico, cfr. F. R. AZNAR GIL, *Derecho matrimonial canónico, op. cit.*, vol. I, p. 383); l'adesione pubblica, tramite ascrizione, ad una confessione, setta o associazione che per sua natura combatte la Chiesa e la sua dottrina, o una dichiarazione contenuta in un atto pubblico civile comunicato alla Autorità ecclesiastica ovvero resa direttamente innanzi ad essa secondo le forme di cui ai cc. 1538-1543, cfr. J. PRADER, *Il matrimonio in Oriente e Occidente, op. cit.*, p. 219, IDEM, *La legislazione matrimoniale latina e orientale. Problemi interconfessionali e interreligiosi, op. cit.*, p. 82. Alcuni, pur riconoscendo in linea di principio la possibilità di considerare defezione con atto formale anche i casi di defezione implicita, non nascondono tuttavia la propria perplessità verso tale figura in ordine sia all'effettiva esistenza in capo al battezzato di una reale volontà di defezionare dalla Chiesa cattolica, sia alla certezza giuridica dell'abbandono, cfr. M. A. ORTIZ, *La forma, in Diritto Matrimoniale Canonico, op. cit.*, vol. III, pp. 31-35. Altri al contrario escludono la possibilità di considerare i casi di defezione implicita come ipotesi di defezione con atto formale cfr. F. MARTZ, *Le droit de quitter de l'Église*, «*Praxis Juridique et Religion*», 7 (1990), pp. 165-166.

per via della loro propensione ad applicare in modo particolarmente ampio l'esenzione di cui ai cc. 1086 §1, 1117 e 1124, in realtà formano un terzo orientamento, profondamente diverso nei suoi presupposti tanto dalla corrente estensiva quanto da quella restrittiva. A loro modo di vedere infatti, stante l'oggettiva mancanza di qualsiasi indicazione legislativa in ordine ai suoi requisiti formali, l'elemento formale non può essere riferito alla veste giuridica esterna dell'atto di defezione ma va piuttosto ricondotto alla sua forma sostanziale: il requisito della formalità contenuto nella normativa citata va perciò inteso legato alla sostanza materiale dell'atto, al suo substrato costitutivo, cioè alla volontà di abbandonare la Chiesa cattolica.<sup>20</sup>

La veste giuridica esteriore dell'atto di defezione dunque sia per coloro che optano per una interpretazione del requisito di formalità nel senso di forma estrinseca accidentale sia per quelli che lo intendono nel significato di forma intrinseca, tutto sommato risulta di fatto scarsamente rilevante ai fini della disposizione *de qua*, assumendo al massimo una rilevanza meramente probatoria. Una siffatta interpretazione dell'inciso "atto formale di defezione" evidenzia tuttavia notevoli problemi applicativi particolarmente in relazione ad un altro istituto, quello dell'abbandono notorio della fede (c. 1071 §1 n° 4), figura simile alla defezione implicita quanto alle sue modalità esterne di manifestazione ma significativamente diversa per il regime giuridico per essa previsto dal legislatore. Mentre i fautori di un'interpretazione del requisito di formalità in senso restrittivo, ossia come forma estrinseca essenziale, agevolmente ed in maniera convincente possono porre il discrimine tra defezione con atto formale implicito ed abbandono notorio della fede nella presenza di un *minimum* di formalità e di ufficialità, richiedendo che la condotta esteriore del soggetto mostri un qualche elemento che giu-

<sup>20</sup> Cfr. S. VILLEGIANTE, *Dispensabilità dalla forma di celebrazione del matrimonio e problematica inerente all'abbandono della fede con atto formale*, op. cit., vol. III, pp. 218-220; U. NAVARRETE, *Disparitas Cultus (can. 1086)*, op. cit., vol. I, p. 532. Proseguendo su questa linea per cui l'unico elemento giuridicamente rilevante per aversi atto formale di defezione è la volontà vera di defezionare dalla Chiesa purché esternamente manifestata, si è esclusa, da parte di dottrina autorevole, persino la necessità che la defezione si realizzi attraverso un unico atto di volontà pienamente determinato e perfettamente individuabile, bastando che il soggetto progressivamente si allontani con piena consapevolezza dalla Chiesa fino a voler non avere più nulla a che fare con Essa, cfr. U. NAVARRETE, *Disparitas Cultus (can. 1086)*, op. cit., vol. I, pp. 531-532. Riprendendo questo spunto si è proposto di considerare integrato l'atto di defezione formale in presenza di comportamenti come l'assenza di pratica religiosa, il vivere o aver vissuto in un matrimonio soltanto civile, l'esclusione del battesimo ed ogni forma di educazione religiosa della prole, l'avversione al problema religioso, ogni qualvolta questi assumano il segno di una evidente volontà di configurare la propria vita al margine della fede e della vita della Chiesa, cfr. A. D'AURIA, *Gli impedimenti matrimoniali nel Codice di Diritto Canonico della Chiesa Latina*, Roma, 2002, p. 115; IDEM, *Il Matrimonio nel Diritto della Chiesa*, op. cit., p. 127.

ridicamente possa qualificarsi come formale,<sup>21</sup> gli altri non sono in grado di offrire un altrettanto efficace e sicuro criterio.<sup>22</sup> Difatti il fare della volontà interiore del soggetto l'elemento centrale, distintivo, esclusivo e totalizzante dell'atto formale di defezione, e parallelamente l'affermare la sostanziale irrilevanza della modalità attraverso cui viene esteriorizzata, se a livello teorico può risultare più che sufficiente a fondare un buon criterio di distinzione tra defezione con atto formale e abbandono notorio della fede, a livello pratico invece si rivela di difficile applicazione, in quanto richiede la valutazione della sola volontà interiore senza poter attribuire alcuna rilevanza diretta e determinante alla modalità di manifestazione.

### 3. *Natura e contenuti dell'atto formale di defezione dalla Chiesa cattolica alla luce della Circolare del PCTL*

Nella Circolare del 13 marzo 2006 vengono raccolte alcune tra le diverse proposte avanzate dalla dottrina.<sup>23</sup> A fondamento di una corretta applicazione dell'esonero dalla forma canonica di cui ai cc. 1117, 1124, e 1086 § 1, il PCTL pone la necessità di una previa e chiara distinzione tra i due diversi profili che vengono in rilievo in merito all'atto formale di defezione: il piano della dimensione interiore e personale (c.d. piano teologico), e quello amministrativo-giuridico esteriore (cioè del vero e proprio atto formalizzato).<sup>24</sup> Avendo

<sup>21</sup> Cfr. V. DE PAOLIS, *I matrimoni misti*, in *Matrimonio e disciplina ecclesiastica*, op. cit., p. 157; R. CORONELLI, *Incorporazione alla Chiesa e comunione*, *Aspetti teologici e canonici dell'appartenenza alla Chiesa*, op. cit., p. 327; P. MONETA, *I soggetti tenuti ad osservare la forma canonica: il can. 1117 CIC*, op. cit., p. 163. Va inoltre tenuto presente che il fatto di frequentare, anche abitualmente le funzioni liturgiche o altre attività tipiche di una comunità acattolica non può essere di per sé considerato atto formale di defezione della Chiesa cattolica, sia perché ben può darsi che il soggetto ami semplicemente altre espressioni di religiosità senza avere nel suo animo alcuna intenzione di abbandonare la Chiesa Cattolica, sia perché in ogni caso viene a mancare l'elemento, espressamente richiesto dal codice, della formalità, che sarebbe integrato solo in presenza di un qualche atto di ufficializzazione o formalizzazione dell'adesione a tale confessione acattolica; P. LOPEZ GALLO, *Formal Defection from the Catholic Church*, op. cit., p. 629 e p. 631; F. MARTZ, *Le droit de quitter de l'Église*, op. cit., pp. 166-167.

<sup>22</sup> In dottrina si è addirittura sostenuta l'idea di considerare l'abbandono notorio della fede come una particolare forma di defezione con atto formale, cfr. A. MOSTAZA, *Anotaciones en torno al significado de las locuciones «abandono notorio de la fe católica» del canon 1.1071,1,4. ° y del «abandono 'actu formalis' de la Iglesia católica» de los canones 1086, 1, 1117 y 1124*, in *Dimensiones jurídicas del factor religioso. Escritos en homenaje al Profesor López Alarcón*, op. cit., p. 380.

<sup>23</sup> Evidente è l'influenza di contributi quali, tra gli altri, quelli di A. STENSOS, *The concept and Implications of the Formal Act of Defection of Canon 1117*, «*Studia Canonica*», 21 (1987) pp. 175-194 (in particolare si veda la sintesi conclusiva a p. 194); P. ETZI, *Considerazioni sull'«actus formalis defectionis» di cui nei cann. 1086 §1, 1117 e 1124 del C.I.C.*, in *La giurisdizione della Chiesa sul matrimonio e sulla famiglia*, op. cit., pp. 215-250; IDEM, *L'atto giuridico formale: aspetti canonici* (cann. 1086 §1; 1117 e 1124 del CIC), «*Revista Española de Derecho Canónico*», 57 (2000), pp. 691-710.

<sup>24</sup> Correttamente la dottrina ricorda anche l'esistenza di un terzo ed ulteriore piano di rile-

infatti caratteristiche e connotati diversi ciascun ambito deve essere valutato dalla Autorità ecclesiastica secondo i propri criteri epistemologici, in quanto solo così è possibile verificare se effettivamente tra il piano teologico e quello amministrativo-giuridico si dia effettivamente una corrispondenza, condizione questa assolutamente necessaria per poter ritenere integrato un atto formale di defezione dalla Chiesa cattolica.<sup>25</sup> Questo duplice livello di studio è necessario perché, come rilevato già da tempo dalla dottrina e sopra ricordato, se da un lato è certamente la volontà contraria alla fede a costituire la sostanza dell'atto mancando la quale esso non sussiste, dall'altro è altrettanto vero che la veste formale giuridica di manifestazione esteriore è ciò che permette all'ordinamento di riconoscere come effettivamente esistente e di recepire una tale volontà. Ecco dunque che la formalità esteriore a giudizio del PCTL viene ad assumere una rilevanza ed essenzialità pari a quella dell'elemento volitivo. Pertanto non costituisce atto formale di defezione dalla Chiesa cattolica né la sola concreta presenza nell'animo del soggetto di un'effettiva volontà di rottura della comunione, laddove questa non venga esteriorizzata secondo le forme giuridiche previste, né la semplice esistenza di un atto giuridico-amministrativo contenente una volontà di defezione perfettamente formato, in quanto di per sé non è sufficiente ad escludere la presenza di una volontà di perseverare nella comunione della fede.<sup>26</sup>

### 3. 1. I due profili dell'atto di defezione. Il profilo teologico

Per quanto riguarda il piano teologico l'atto di volontà, come fin da principio evidenziato dalla dottrina, deve essere rivolto alla rottura definitiva di qualunque legame tra la Chiesa cattolica e la persona in Essa battezzata o accolta. Dunque la volontà deve essere volta a rinnegare i vincoli di comunione – professione di fede, sacramenti, disciplina, di cui al c. 205 – e presuppone pertanto un atto di apostasia, eresia o scisma.<sup>27</sup> La principale conseguenza che da ciò deriva è la non ammissibilità a livello teologico degli atti di defezione implicita, intesa secondo la peculiare accezione di significato sopra suggerita, poiché in linea di massima in essi non è ravvisabile un positivo atto di volontà del fedele avente ad oggetto direttamente i propri rapporti con la Chiesa. In questi casi infatti vi è unicamente una volontà determinata a raggiungere un bene di per sé oggettivamente incompatibile con l'appar-

vanza dell'istituto della defezione con atto formale ossia quello del diritto interno dello Stato, con la possibilità di aversi un atto formale di uscita dalla Chiesa con effetti esclusivamente civili e non anche ecclesiali, cfr. F. MARTZ, *Le droit de quitter de l'Église*, op. cit., pp. 167-168.

<sup>25</sup> Cfr. PCTL, *Circolare del 13 marzo 2006*, n. 5.

<sup>26</sup> Cfr. PCTL, *Circolare del 13 marzo 2006*, n. 3.

<sup>27</sup> Cfr. PCTL, *Circolare del 13 marzo 2006*, n. 2.

tenenza alla Chiesa, e non anche una volontà avente come proprio espresso oggetto la rottura dei legami di comunione con la Chiesa. Il venir meno del vincolo di comunione si pone infatti come “oggetto indiretto della volontà”, e quindi – come già ricordato – come una conseguenza trascurabile che non è voluta né come fine né come mezzo, ma è semplicemente prevista e permessa in quanto inscindibilmente legata al raggiungimento del bene desiderato.

Ad una diversa conclusione, sempre rimanendo sul piano teologico, si può giungere intendendo il significato di defezione implicita nel senso generalmente proposto dalla dottrina, ossia ricollegandolo al mezzo attraverso cui l'ordinamento viene ad acquisire conoscenza della volontà di defezionare. In questo caso allora di per sé ben sarebbe ammissibile, si ribadisce a livello teologico, l'idea di una defezione implicita, laddove il soggetto ad esempio decidesse di iscriversi ad un'altra confessione non tanto, o soltanto, come fine direttamente voluto, ma piuttosto come mezzo attraverso cui manifestare esteriormente la propria volontà positiva e diretta di rompere i legami con la Chiesa. Il prossimo sviluppo della riflessione dottrinale dirà in che misura gli operatori del diritto saranno disposti ad avvalersi dell'apporto, delle categorie proprie della teologia morale nel dibattito sull'elemento volitivo alla base dell'atto di defezione. Basti qui solo considerare la maggior articolazione che la riflessione canonistica sarà chiamata a dare ad uno dei punti ritenuti fino ad oggi fermi, ossia quello secondo cui una dichiarazione di abbandono della Chiesa fatta per uno scopo diverso, politico, economico, sociale non è idonea a costituire un atto formale di defezione. Molto probabilmente sarà infatti necessario ripensarla alla luce della distinzione tra oggetto diretto ed indiretto della volontà, distinguendo il caso in cui la defezione conseguente ad una tale dichiarazione sia un risultato non voluto ma semplicemente tollerato, da quello in cui la defezione venga invece ricercata e voluta dal fedele in quanto necessaria e strumentale al raggiungimento dello scopo che si è prefissato, ossia venga vista come un bene utile/necessario.

### 3. 2. Segue... il profilo giuridico amministrativo

La dimensione amministrativo-giuridica dell'atto formale assume oggi a seguito della Circolare del PCTL, una rilevanza ben superiore a quanto la dottrina è arrivata a sostenere, non solo rispetto agli Autori che di fatto quasi riducono la formalità ad una mera necessità probatoria, o che addirittura la dissolvono trasponendo il requisito della formalità dal piano formale giuridico a quello sostanziale volitivo, ma anche rispetto a coloro che, pur propendendo per una interpretazione forte del requisito di formalità, sono orientati

ad ammettere senza particolari difficoltà la possibilità di considerare integrato l'atto formale di defezione dalla Chiesa cattolica sulla base di comportamenti concludenti del battezzato. La soluzione interpretativa fatta propria dal PCTL si pone infatti su di una linea nettamente più limitante venendo a richiedere che l'atto formale, oltre ad avere i requisiti comuni di validità previsti dall'ordinamento canonico per tutti gli atti giuridici e cioè che l'atto sia stato posto dal soggetto in modo personale, cosciente e libero,<sup>28</sup> sia *ad validitatem* manifestato in forma scritta davanti alla competente Autorità ecclesiastica.<sup>29</sup> Viene meno così non soltanto la possibilità di configurare l'atto formale di defezione a partire da prese di posizione e da comportamenti concludenti del fedele, ma addirittura si restringe notevolmente la nozione stessa di atto formale in senso proprio, escludendosi l'attribuzione di questa qualifica ad atti che fino ad oggi venivano classificati come tali. Infatti d'ora in avanti non solo una dichiarazione ufficiale scritta resa davanti alla Autorità statale, ovvero una pubblica dichiarazione sui mass media, ma persino una dichiarazione orale solenne resa pubblicamente davanti all'Autorità ecclesiastica non potrà più essere considerata sufficiente ad integrare il requisito di formalità, occorrendo a tal fine congiuntamente la forma scritta e la sua recezione da parte della Autorità ecclesiastica. Addirittura un'interpretazione rigida e strettamente letterale dell'inciso "manifestato in forma scritta e davanti alla Autorità ecclesiastica", legittima a sostenere la necessità della presenza fisica del soggetto dichiarante innanzi ad Essa, escludendo almeno in teoria la possibilità di ricorrere ad una semplice notificazione scritta. In tal modo l'Autorità ecclesiastica verrebbe di molto facilitata nel suo difficile compito di giudicare se la volontà espressa nell'atto scritto ha i contenuti di cui al n. 2 della Circolare, in quanto le si eviterebbe il rischio di ritrovarsi nella situazione di dover compiere una valutazione oggettivamente così difficile sulla base soltanto di una semplice documentazione scritta, nella quale l'indicazione delle ragioni alla base della defezione può essere più o meno esauriente, permettendole invece di istaurare un vero e proprio confronto personale con il fedele intenzionato a defezionare dalla Chiesa cattolica.<sup>30</sup>

<sup>28</sup> Cfr. PCTL, *Circolare del 13 marzo 2006*, n. 4.

<sup>29</sup> Cfr. PCTL, *Circolare del 13 marzo 2006*, n. 5.

<sup>30</sup> Evidenzia la possibile insufficienza della documentazione scritta a fini della valutazione della volontà di defezione J. PASSICOS, *L'acte formel. À propos des demandes de radiation de baptême et de sortie de l'Eglise*, «L'année canonique», 39 (1997), p. 53. Idonea ad integrare il requisito della forma scritta si deve ritenere sufficiente, oltre alla stesura e sottoscrizione di un documento da parte del dichiarante, anche la sottoscrizione di una eventuale verbalizzazione ad opera di terzi delle dichiarazioni orali rese dal soggetto (con una applicazione analogica di quanto previsto dal c. 1503), o al limite la sola verbalizzazione senza la sottoscrizione del dichiarante qualora questi, animato dall'intento di negare qualsiasi dignità alla Chiesa ed al suo ordinamento, rifiuti di apporla (con una applicazione analogica del c. 1473). Più difficile

In merito proprio a quest'ultimo aspetto desta qualche perplessità l'aver attribuito un compito così difficile, quale quello di decidere se ciò che una persona – già giudicata abile ai sensi dei cc. 124-126 – dichiara corrisponde a quello che essa effettivamente vuole, senza aver dato alcuna indicazione circa i mezzi utilizzabili o le procedure da seguire. Tuttavia, per evitare di porre in seria difficoltà l'Autorità ecclesiastica procedente, si deve tendenzialmente ammettere la possibilità di attivare nella fattispecie *de qua* una qualche forma di procedimento istruttorio, nei suoi contenuti adattabile alla diverse circostanze, nel quale ci si possa avvalere dei mezzi di prova previsti in generale dall'ordinamento.<sup>31</sup>

La lettura della Circolare sopra riportata sembra essere la più rispondente allo spirito, alle finalità e, soprattutto, al forte rigore che traspare dai toni della Circolare del 13 marzo 2006. Tuttavia, stando ad alcune recenti indicazioni date dal PCTL in risposta ad alcuni dubbi sollevati dalle Conferenze Episcopali Italiana e Spagnola,<sup>32</sup> il Dicastero sembra oggi propendere per un'applicazione più flessibile della Circolare.

Senza dubbio è importante l'esplicitazione, che si ritrova in tutte e due le note del PCTL, del confronto personale tra l'Autorità Ecclesiastica ed il fedele che intende defezionare dalla Chiesa cattolica, come uno degli elementi centrali nella procedura di accertamento della sussistenza di un valido atto formale di defezione. Questo infatti, da un lato, agevola l'Autorità Ecclesiastica nel prendere una decisione riguardo ad una questione che “non è soltanto giuridica-amministrativa anagrafica, ma una delicata questione teologico-canonica attinente ad elementi costitutivi della vita della Chiesa”,<sup>33</sup> e dall'altro, permette al fedele di prendere piena coscienza della gravità della decisione e delle relative conseguenze canoniche, penali e non, consentendo nel contempo di “procurar con paciente caritad que se convertia y desista de su intención

dire se possa ritenersi altrettanto sufficiente la mera consegna *brevi manu* da parte dell'interessato di un documento previamente redatto; questo può in linea di massima ritenersi ammissibile qualora non venga a pregiudicare la possibilità di un dialogo tra il soggetto dichiarante e l'Autorità ecclesiastica.

<sup>31</sup> L'utilità di una adeguata istruttoria emerge allorquando, ravvisando una discrasia tra la volontà manifestata nell'atto formale esteriore e quella interna, l'Autorità ecclesiastica ritenga non sussistente alcun atto formale di defezione, poiché in questo caso essa dovrebbe in teoria dar ragione, trattandosi di una decisione rispetto ad una richiesta del fedele che ex c. 51 deve essere almeno succintamente motivata, degli elementi che l'hanno indotta a ritenere superabile la presunzione giuridica della conformità tra il voluto ed il dichiarato. Una concreta applicazione di quanto detto potrebbe aversi in tutti quei casi in cui la richiesta del fedele di far registrare la propria defezione fosse fatta meramente per motivi fiscali, senza alcuna reale intenzione di rinnegare la propria fede.

<sup>32</sup> Rispettivamente *Risposta del 24 novembre 2006* e *Risposta del 16 dicembre 2006*, «Communicationes», 38 (2006).

<sup>33</sup> PCTL, *Risposta del 24 novembre 2006*, p. 186.

de abandono”.<sup>34</sup> Tuttavia, se si valutano le concrete indicazioni operative date dal PCTL emerge che la necessità di un confronto personale tra le parti non sia poi di fatto così tanto stringente e fondamentale, ma soltanto un desiderabile auspicio. Attenendosi a quanto scrive il PCTL nelle sue risposte, nel caso in cui il fedele rifiuti un contatto personale con l’Autorità Ecclesiastica, anche una sua mera richiesta di annotare la propria defezione dalla Chiesa cattolica inviata per posta, potrebbe essere di per sé sufficiente ad integrare il requisito previsto dal n. 5 della Circolare. In tali casi si prevede infatti che il confronto tra le parti possa essere efficacemente sostituito, da una lettera di risposta della Autorità Ecclesiastica – possibilmente in forma di raccomandata – nella quale riportare quegli avvertimenti e, soprattutto, quelle esortazioni pastorali a ritornare sui propri passi che questa avrebbe fatto al fedele laddove avesse potuto incontrarlo personalmente. Dopo di che, qualora l’invito a rimeditare la propria decisione non venisse accolto o non pervenisse alcuna lettera di risposta da parte dell’interessato, “sarà evidente per via documentaria la volontà dell’interessato di porsi formalmente in una situazione canonica di rottura della comunione ecclesiale con le relative conseguenze penali, e si potrà procedere alla richiesta annotazione”.<sup>35</sup> Questa soluzione interpretativa tuttavia, oltre ad essere difficilmente armonizzabile con il principio affermato nella Circolare per cui “l’atto giuridico-amministrativo dell’abbandono della Chiesa di per sé non può costituire un atto di defezione nel senso inteso dal CIC, giacché potrebbe rimanere la volontà di perseverare nella comunione della fede”,<sup>36</sup> pone implicitamente una poco convincente presunzione di coincidenza tra il profilo giuridico-amministrativo e quello teologico, che di fatto viene a fondarsi esclusivamente sulla lettera di risposta inviata dalla Autorità Ecclesiastica, o più esattamente sulla conoscenza acquisita dal fedele a seguito di questa che andrebbe ad integrare e rafforzare la volontà del fedele laddove questa fosse carente sul piano teologico. Particolarmente evidente appare allora il rischio che si degeneri in un certo automatismo nel riconoscimento dello status di cattolico che formalmente ha defezionato dalla Chiesa cattolica, particolarmente problematico considerata anche la stretta connessione, come ricordato dalla Circolare al numero 5, tra tale riconoscimento ed il delitto di cui al c. 1364 §1.

Comunque sia triplice appare in conclusione il risultato che il PCTL ha inteso perseguire: garantire l’autenticità della provenienza e l’esatto contenuto della dichiarazione, assicurare una certa solennità esteriore che permetta al battezzato di rendersi pienamente conto della gravità dell’atto che sta ponendo, agevolare l’Autorità ecclesiastica nel suo compito di valutare il reale contenuto della dichiarazione.

<sup>34</sup> PCTL, *Risposta del 16 novembre 2006*, p. 188, n. 1.

<sup>35</sup> PCTL, *Risposta del 24 novembre 2006*, p. 186-187.

<sup>36</sup> PCTL, *Circolare del 13 marzo 2006*, n. 3.

#### 4. Profili critici legati alla natura giuridica della Lettera Circolare

Nel parlare del provvedimento del 13 marzo 2006 si è usata la dizione di “Circolare”, preferendo far riferimento all’aspetto esteriore del documento piuttosto che al suo contenuto, in quanto non c’è un sufficiente numero di elementi che permetta di prendere una posizione netta in merito al suo valore giuridico. Infatti una lettura del provvedimento orientata a qualificarlo alla stregua di una vera e propria interpretazione autentica, mal si concilia con la sua forma esteriore di semplice lettera circolare con la quale si comunicano ai Presidenti delle Conferenze Episcopali alcuni chiarimenti, sotto il profilo sia strettamente giuridico che teologico, relativi al corretto significato da dare all’*actus formalis defectionis ab Ecclesia catholica*. Preferibile sarebbe stato che il PCTL, volendo rendere una interpretazione autentica, avesse continuato ad utilizzare quantomeno il consueto, pur se criticato, modello del rescritto *in re peculiari*, o meglio ancora, come la dottrina auspica da tempo, adottato la forma di una vera e propria legge interpretativa.

I vari chiarimenti in essa contenuti si trovano raggruppati in sette numeri, espressamente qualificati come norme. Tuttavia a tale riguardo, non si può fare a meno di osservare come la formulazione delle disposizioni sia un po’ carente dal punto di vista giuridico formale, risultando appesantita da una serie di precisazioni e di richiami non in linea con le esigenze della tecnica giuridica. Ciò è conseguenza della volontà del PCTL di dare a ciascun numero la duplice e simultanea funzione di norma giuridica in senso proprio e di nota esplicativa delle realtà teologiche e giuridiche, nonché delle esigenze pastorali sottese all’istituto della defezione con atto formale. L’intento del PCTL di emanare dei criteri vincolanti di interpretazione della normativa sulla defezione con atto formale, palesandone allo stesso tempo le ragioni logico-giuridiche nonché teologiche ad essi sottese, e nel contempo di superare la criticata forma del rescritto *in re peculiari* senza però voler giungere ad utilizzare quella della legge interpretativa, sarebbe stato con più efficacia raggiunto se, adottando la tecnica usuale di redazione degli atti normativi, si fosse strutturato il provvedimento in due parti: un preambolo nel quale indicare dettagliatamente e per esteso i presupposti, le motivazioni e le finalità del provvedimento, ed un articolato contenente le disposizioni normative redatto secondo i rigorosi criteri delle esigenze formali giuridiche.

Occorre ora stabilire quale sia il valore giuridico della Circolare del PCTL, sia in relazione alla sua esatta collocazione nel vigente sistema della fonti del diritto matrimoniale canonico, sia in relazione alla sua efficacia temporale, in quanto è indispensabile per risolvere la delicata questione di quei matrimoni che fino ad oggi sono stati dichiarati validi o invalidi sulla base della prassi ed interpretazione dottrinale precedente, oltre che ovviamente

per pronunciarsi in ordine alla validità dei futuri matrimoni di cattolici *a fide deficientes*.

Affrontando la problematica relativa al valore giuridico della Circolare, ci si imbatte inevitabilmente nella spinosa questione sul ruolo e sulla natura della potestà del PCTL in relazione al sistema delle fonti del diritto canonico. Buona parte della dottrina è dell'avviso che la funzione di interpretare autenticamente le leggi *per modum legis* presupponga la titolarità di una certa potestà legislativa, e che di conseguenza le interpretazioni autentiche rese dal PCTL, salvo quelle dichiarative, necessitino dell'approvazione in forma specifica da parte del Romano Pontefice avendo il carattere di nuova legge.<sup>37</sup> Questo perché il PCTL, a cui l'ordinamento canonico espressamente affida in via ordinaria la funzione di interpretare le leggi (artt. 154 e 155 Cost. Ap. *Pastor Bonus*, d'ora in poi PB), è sprovvisto della potestà legislativa, e non può pertanto emanare né leggi né decreti generali se non in casi singoli e con approvazione in forma specifica da parte del Romano Pontefice (art. 18 PB).<sup>38</sup> Tralasciando di approfondire un tema così intricato e specifico, si può tuttavia osservare in primo luogo che la *Pastor Bonus* pone come condizione di validità delle interpretazioni autentiche *per modum legis* rese dal PCTL l'approvazione data volta per volta dal Romano Pontefice. Nonostante il diverso orientamento della dottrina, tale approvazione deve intendersi in forma generica e non già in forma specifica,<sup>39</sup> e questo per evitare di ritrovarsi nell'assurdo di sostenere che il legislatore abbia inteso attribuire in forma ordinaria e vicaria ad un Dicastero una funzione la cui concreta modalità di esercizio è quella prevista per le attribuzioni *ad casum* ed *extra competentiam* di cui all'art. 18 della *Pastor Bonus*. Pare allora lecito sostenere, corroborati anche dall'evidenza del dato testuale, che gli artt. 154 e 155 PB integrino l'ipotesi di cui al c. 16 § 1, ossia l'affidamento della potestà di interpretare le leggi ad un soggetto diverso dal legislatore, e che pertanto l'approvazione in forma generica del Romano Pontefice accompagnata dalla promulgazione munisca le interpretazioni autentiche rese dal competente organo del valore di legge.<sup>40</sup>

<sup>37</sup> Cfr. R. J. CASTILLO LARA, «*De iuris canonici authentica interpretatione in actuositate Pontificae Commissionis adimplenda*», «*Communicationes*», 20 (1988), p. 281; J. HERRANZ, *Il Pontificio Consiglio della Interpretazione dei Testi Legislativi*, in *La Curia Romana nella Cost. Ap. «Pastor Bonus»*, a cura di P. A. Bonnet, C. Gullo, Città del Vaticano, 1990 p. 473.

<sup>38</sup> Va ricordato che prima della promulgazione della *Pastor Bonus* in dottrina si è sostenuto esplicitamente che «la competencia de la comisión [al tempo Pontificia Commissione per l'interpretazione autentica del Codice di Diritto Canonico] participa en buena medida de la potestad legislativa», J. OTADUY, *Naturaleza y función de la comisión pontificia para la interpretación del CIC*, «*Ius Canonicum*», 24 (1984), p. 755.

<sup>39</sup> Cfr. F. J. URRUTIA, *De Pontificio Consilio de Legum Textibus Interpretandis*, «*Periodica*», 78 (1989), p. 509.

<sup>40</sup> Cfr. E. GRAZIANI, voce *Legge (dir. can.)*, in *Enciclopedia del Diritto*, Milano, 1973, vol. XXIII, p. 109.

L'idea di sostenere la necessità del ricorso all'istituto dell'approvazione in forma specifica in luogo di quella semplice a partire dall'assunto che, eccezion fatta per le dichiarative, le interpretazioni *per modum legis* sono atti di natura sostanzialmente legislativa non consentiti a soggetti sprovvisti della titolarità della potestà legislativa, non pare condivisibile. Infatti l'unico modo per conciliare tale opinione con il dettato della *Pastor Bonus*, è quello di adottare un'interpretazione restrittiva della competenza del PCTL di cui all'art. 155 PB limitandola appunto alle interpretazioni soltanto dichiarative, e facendo delle interpretazioni esplicative, estensive e restrittive un caso di attribuzione *ad casum* ed *extra competentia* ai sensi dell'art. 18 PB; tuttavia così facendo ci si pone in evidente disaccordo con il significato usuale che il legislatore dà all'espressione *interpretatio authentica per modum legis* nel quale sono ricomprese in modo assolutamente incontestabile tutte e quattro le forme di interpretazione autentica, come risulta dalla chiara lettera del c. 16 § 2.<sup>41</sup> Tra l'altro sostenere la necessità dell'approvazione in forma specifica implica di fatto negare la possibilità di rendere interpretazioni autentiche da parte di soggetti diversi dal titolare della potestà legislativa, svuotando di significato la norma del c. 16 § 1 che riconosce espressamente al legislatore la possibilità di attribuire a soggetti diversi da sé la potestà di interpretare autenticamente le leggi *per modum legis* in tutte e quattro le modalità oggi configurabili. L'approvazione in forma specifica spoglierebbe inoltre il PCTL della paternità e responsabilità delle interpretazioni date, poiché questa com'è noto opera in maniera tale che l'atto ad essa sottoposto divenga sia formalmente che sostanzialmente un atto proprio del Romano Pontefice.<sup>42</sup> Per tutte queste ragioni si ritiene preferibile, ed indubbiamente più sicuro, attenersi quanto più possibile a quello che appare essere il disposto della legislazione in vigore, ritenendo sufficiente affinché le interpretazioni date *per modum legis* dal PCTL acquisiscano piena efficacia giuridica, l'approvazione in forma generica del Romano Pontefice seguita dalla promulgazione formale dell'atto.

Dal testo della Circolare risulta che il Romano Pontefice ha dato la sua approvazione in forma generica, e dunque il primo requisito di legalità dell'atto è stato rispettato. Non altrettanto può dirsi però del secondo requisito che è quello stabilito dal c. 16 § 2 e cioè la sua promulgazione, che deve avvenire,

<sup>41</sup> Cfr. J. HERRANZ, *Il Pontificio Consiglio della Interpretazione dei Testi Legislativi*, op. cit., p. 473.

<sup>42</sup> Cfr. F. J. URRUTIA, *Approbatio in forma specifica*, «Periodica», 80 (1991), pp. 8-9; IDEM, *De Pontificio Consilio de Legum Textibus Interpretandis*, op. cit., p. 509. In passato tuttavia si è autorevolmente sostenuto che anche l'approvazione in forma semplice fosse in grado di attribuire all'atto così approvato la forza di legge, cfr. M. CONTE A CORONATA, *Institutiones Iuris Canonici ad usum utriusque cleri et scholarum*, Torino, 1950 Editio quarta aucta et emendata, vol. 1, pp. 397-398, n. 335.

difettando una previsione *ad casum* che stabilisca diversamente, secondo le forme ordinarie previste dall'ordinamento al c. 8; perciò la sua divulgazione attraverso «Communicationes», per quanto autorevole sia tale rivista, non può essere ritenuta idonea a costituire una valida promulgazione. Di conseguenza fintanto che la Circolare del PCTL non venga debitamente promulgata essa non ha "altro valore se non quello di una lettura autorizzata della legge che nulla aggiunge alla forza vincolante della disposizione interpretata".<sup>43</sup>

Posto che per le ragioni sopra indicate il provvedimento non pare configurarsi per il momento come giuridicamente vincolante, nondimeno si può cercare di rispondere alla domanda se l'interpretazione fornita dal PCTL, laddove venga formalmente promulgata, sia applicabile retroattivamente oppure no. Secondo il chiaro disposto del c. 16 § 2 la possibilità di una applicazione retroattiva di una interpretazione autentica si dà soltanto nel caso in cui questa abbia una natura dichiarativa, ossia si limiti a dichiarare che il senso proprio della disposizione corrisponde a quello immediatamente ricavabile dal suo tenore letterale, al più escludendo altre possibili interpretazioni; al contrario la retroattività è esclusa nell'ipotesi di interpretazione di legge dubbia (c.d. interpretazione esplicativa), e di interpretazione restrittiva o estensiva.<sup>44</sup>

Guardando al contenuto della Circolare è fondato ritenere che non ci si trovi innanzi ad una interpretazione meramente dichiarativa, e che pertanto sia da escludere la possibilità di una sua applicazione in via retroattiva. Per rendersi conto di questo basti considerare quanto lontana sia l'interpretazione della nozione di defezione con atto formale che la dottrina canonica più diffusa era solita ricavare con approfonditi e argomentati studi dalla lettura della norma, rispetto a quella che dà oggi il PCTL. Tale distanza esclude con tutta evidenza ogni possibilità di ritenere che quanto indicato dal PCTL sia una mera esposizione di un contenuto di per sé già evidente dal testo della norma. Al contrario, a ben guardare, si vede come l'interpretazione del PCTL assume in realtà una natura chiaramente esplicativa, sebbene allo stesso tempo – ed in senso lato – essa sembri anche acquistare una natura restrittiva. Esplicativa la si può considerare nella misura in cui essa viene a chiarire il significato di una disposizione dubbia, ossia nella parte in cui dà un contenuto preciso e concreto alla oscura ed inedita, fino al codice del

<sup>43</sup> P. LOMBARDIA, *Commento al c. 16*, revisionato da J. Otaduy, in *Codice di Diritto Canonico e leggi complementari commentato*, edizione italiana diretta da J. I. Arrieta, Roma, 2004, p. 85.

<sup>44</sup> La ragione dell'irretroattività risiede nel fatto che il provvedimento di interpretazione autentica, che in se stesso dal punto di vista formale non è legge ma di questa ne ha il valore, dal punto di vista sostanziale introduce una nuova legge. Sul punto si veda, tra gli altri, V. DE PAOLIS, *Il libro I del Codice: norme generali*, in *Il diritto nel mistero della Chiesa*, a cura del Gruppo Italiano Docenti di Diritto Canonico, Roma, 1995 terza edizione, vol. 1, pp. 293-296.

1983, categoria codiciale di “atto formale puro”, provvedendo finalmente ad indicare i requisiti di formalità necessari (manifestazione di volontà data per iscritto innanzi al parroco o al proprio ordinario) affinché la defezione possa dirsi avvenuta “con atto formale”.<sup>45</sup> Seppur è evidente che così facendo si è ristretto di fatto l’ambito potenziale di applicazione della norma rispetto a quanto solitamente ritenuto in dottrina e nella prassi, tuttavia non può sotto questo profilo parlarsi propriamente di interpretazione restrittiva, in quanto a stretto rigore non può dirsi che siano stati aggiunti elementi di formalità ulteriori rispetto a quelli che la norma lasciava intendere, e questo semplicemente perché dalla lettura della norma di per sé non era possibile ricavarne con certezza alcuno.

Potrebbe invece qualificarsi come interpretazione restrittiva nella misura in cui la Circolare del PCTL viene ad introdurre, aderendo a quanto sostenuto da tempo in dottrina, l’esplicitazione di un elemento *ad validitatem* ulteriore per l’atto formale che deborda rispetto a quelli che tipicamente possono considerarsi i requisiti relativi alla formalità di un atto giuridico, vale a dire la necessità di una volontà particolarmente qualificata – secondo quanto si è già avuto modo di esporre – alla base dell’atto di defezione, con la conseguente esigenza di una coincidenza tra il piano teologico ed il profilo amministrativo-giuridico. In realtà la scelta così operata dal PCTL più che riguardare il piano strettamente interpretativo della normativa relativa all’atto formale di defezione, viene ad aprire un discorso di teoria generale dell’atto giuridico, ed in particolare sull’intenzione quale suo elemento essenziale e specifico. Con essa infatti il PCTL ha apertamente dichiarato la propria adesione alla c.d. *teoria degli effetti giuridici* detta anche *dell’intenzione giuridica*, secondo la quale per aversi un negozio giuridico valido è necessaria una volontà positiva e diretta verso gli effetti giuridici propri del negozio poiché questi si producono esclusivamente in quanto voluti dal soggetto, ed il loro riconoscimento giuridico da parte della legge si estende sino a dove arriva la positiva determinazione della volontà, mostrando così allo stesso tempo di disattendere la più condivisibile *teoria del fine pratico* o *dell’intenzione empirica*, secondo la quale per la validità di un atto giuridico è sufficiente che la volontà si diriga, con la conoscenza del suo oggetto essenziale e dei

<sup>45</sup> Più corretto è dire che la Circolare, operando finalmente la necessaria integrazione del dettato codiciale, ha fatto venire meno l’anomala figura di “atto formale puro”, nata sulla scia del disposto dei cc. 1086 §1, 1117 e 1124. Si deve inoltre evitare di cadere nella tentazione di ritenere potenzialmente applicabili i requisiti formali introdotti con la Circolare a possibili altri atti formali carenti sotto il profilo della individuazione concreta degli elementi di formalità, in quanto questi sono pensati per far fronte alla particolarissima esigenza di verificare la coincidenza tra il profilo teologico e quello giuridico-amministrativo, che normalmente non si riscontra negli atti giuridici in generale.

suoi effetti, alla realizzazione dell'atto giuridico nella consapevolezza che tali effetti si determineranno *ipso facto* dal momento di detta realizzazione e non dalla intenzione positiva volta a produrli.<sup>46</sup> Sono evidenti le importanti ripercussioni che si potrebbero avere sull'intero sistema canonico se si arrivasse ad una generalizzazione di una interpretazione dell'elemento volontario così improntata.

### 5. Conclusioni

Considerata la natura non giuridicamente vincolante della Circolare, almeno sino alla sua debita promulgazione, rimane difficile in questo momento formulare un giudizio globale su questo recente ed atteso intervento del PCTL, non essendo infatti ancora trascorso un sufficiente periodo di tempo per valutarne l'effettivo impatto sulla prassi seguita dalle Curie diocesane.<sup>47</sup>

Possono nondimeno farsi alcune considerazioni nel merito del provvedimento. La prima, di chiara evidenza, è la restrizione drastica della portata della normativa contenente l'esonero dalla forma canonica che, fatta salva la prassi applicativa precedente stante l'irretroattività della Circolare, lascia fuori un numero considerevole di casi che fino ad oggi in modo praticamente pacifico erano qualificati atti di defezione formale. La seconda, che in parte è legata alla restrizione di cui sopra si è detto, è quella relativa al rischio altamente probabile di uno snaturamento dell'istituto dell'atto formale di defezione dalla Chiesa cattolica rispetto alle finalità che il legislatore con esso aveva inteso perseguire, e di un suo uso strumentale contro la Chiesa. Infatti l'opzione fatta a favore di una via giuridica e formale molto rigida e ristretta per aversi atto formale di defezione dalla Chiesa cattolica rischia di andare in tutt'altra direzione, poiché rende nella maggioranza dei casi inapplicabile, e quindi inutile, la clausola di esonero prevista nei cc. 1086 § 1, 1117 e 1124, considerato che il maggior numero di defezioni riguardano persone che, oltre ad aver perso la fede, manifestano una piena indifferenza nei riguardi della Chiesa e dei loro rapporti con Essa. È di tutta evidenza allora

<sup>46</sup> Sul punto si veda G. MICHIELS, *Principia generalia de personis in ecclesia*, op. cit., pp. 588-589.

<sup>47</sup> L'unico caso di formale defezione di cui si è avuta conoscenza dopo il 13 marzo 2006 è quello risolto dal Vicariato di Roma il 23 giugno dello stesso anno. Avendo riguardo al provvedimento finale adottato, già si evidenziano infatti i primi cedimenti rispetto alla Circolare. L'Autorità nella sua decisione oltre a non fare alcuna menzione della Circolare, se ne discosta sotto due punti importanti: non viene affrontata, almeno in modo esplicito, la fondamentale questione della coincidenza tra il piano teologico e quello giuridico-amministrativo dell'atto di defezione; si dispone che l'annotazione venga effettuata non sul registro dei battesimi, ma sull'atto di cresima, possibilità questa non espressamente prevista, e dubbia circa le potenziali conseguenze giuridiche. Cfr. Vicariato di Roma, Decreto 23 giugno 2006, pubblicato dall'Osservatorio delle Libertà ed Istituzioni Religiose sul sito internet [www.olir.it](http://www.olir.it).

che queste persone, non credendolo ovviamente necessario, non si preoccuperanno minimamente di assicurarsi l'esonero dalla forma canonica attraverso il rispetto delle procedure indicate nella Circolare per poter contrarre un valido matrimonio. I restanti casi di defezione, nei quali effettivamente saranno attivate e rispettate le procedure formali previste dalla Circolare, saranno quelli in cui la perdita della fede non è accompagnata da una indifferenza verso la Chiesa ma al contrario da sentimenti di avversione ad Essa, con un probabile utilizzo strumentale dell'istituto della defezione con atto formale a vantaggio della propaganda di movimenti ateistici o comunque anticattolici.

Riguardo alle indicazioni applicative date dal PCTL nelle sue risposte alle Conferenze Episcopali Spagnola ed Italiana, oltre al già ricordato pericolo di un automatismo nel riconoscimento dell'esistenza di un atto formale di defezione dalla Chiesa cattolica con i connessi profili penalistici, possono farsi due ulteriori considerazioni. L'aver ammesso la possibilità che la defezione possa aversi anche a seguito di semplice richiesta scritta inviata per posta, riconducibile in parte ad un'attenzione del PCTL nei riguardi della legislazione civile in materia di privacy, si concilia a fatica con l'affermazione di principio sulla necessità di un vero accertamento della coincidenza del profilo teologico con quello giuridico-amministrativo nell'atto posto dal fedele su cui l'Autorità ecclesiastica è l'unico soggetto capace di giudicare. Infatti non trascurabile è il rischio di dar vita ad una presunzione giuridica sulla coincidenza di tali piani che renderebbe meramente certificativo e formale il giudizio. Altra considerazione, conseguenza di quanto appena detto, è che in questo modo tutta la questione relativa alla defezione con atto formale rischia di diventare una mera registrazione di dati sensibili o anagrafici, dando tra l'altro l'impressione che il fedele abbia quasi un diritto al riguardo. Pur comprendendosi la necessità di un adeguamento alla legislazione civile in materia di privacy, si deve dire che le recenti indicazioni applicative elaborate dal PCTL lasciano in parte insoddisfatti, poiché paiono sovrapporre la questione dei diritti individuali in materia di trattamento di dati sensibili e la questione dell'appartenenza del fedele alla Chiesa, trattando questa secondo gli strumenti giuridici elaborati per quella, producendo gli inconvenienti appena ricordati. L'introduzione invece di una netta distinzione tra i due ambiti prevedendo una duplice annotazione, la prima relativa alla dichiarazione del fedele di voler abbandonare la Chiesa eventualmente accompagnata dalla richiesta di annotazione, la seconda in ordine al giudizio di coincidenza del profilo teologico con quello giuridico-amministrativo emesso dalla Autorità ecclesiastica, concilierebbe al meglio l'esigenza del rispetto della legislazione civile con la difesa della sfera di competenza propria ed autonomia della Chiesa.

Ciò considerato sembra dunque lecito affermare che la dibattuta questione dell'atto formale di defezione, laddove vengano risolti i problemi relativi al valore giuridico della Circolare attraverso la sua formale promulgazione ai sensi del c. 8, pare ormai avviata in una direzione lontana dagli auspici espressi dalla dottrina. Infatti l'esito verso cui ci si è incamminati, nonostante formalmente ne sia ribadito il permanente vigore, è quello di una abrogazione di fatto della normativa riguardante l'esonero dalla forma canonica per i cattolici *a fide deficientes*, poiché la maggioranza di coloro che abbandoneranno la fede non beneficerà dell'esonero di cui ai cc. 1086§1, 1117 e 1124. Si è così disatteso sia l'auspicio di chi ne chiedeva l'abrogazione espressa, sia di chi nella esplicitazione dei requisiti di formalità vedeva la consacrazione definitiva della bontà e validità di questo istituto. Nell'immediato sembra dunque lecito auspicare, alla luce sia dei limiti che dei rischi che possono sorgere dalla configurazione attuale della normativa, che si addivenga ad una sua abrogazione anche dal punto di vista formale, o al contrario si ponga mano, mantenendosi fedeli alla finalità per cui è stata creata, ad una sua riformulazione che sia in grado di garantire effettivamente lo *ius connubii* di coloro i quali recedono dalla fede cattolica, esigenza che verrebbe pienamente e più facilmente soddisfatta dal richiedere il rispetto della forma canonica soltanto *ad liceitatem*.<sup>48</sup>

FEDERICO MARTI

<sup>48</sup> Una soluzione questa che costantemente si ripropone in dottrina dall'immediato post Concilio, cfr. G. DI MATTIA, *La dottrina sulla forma canonica del matrimonio e la proposta per un suo riesame*, «Apollinaris», 44 (1971), pp. 471-522; IDEM, *Areligiosità dei battezzati e forma canonica del matrimonio*, in «Archivio Giuridico», 183 (1972), pp. 186-187; G. CERETI, *Matrimonio ed indissolubilità: nuove prospettive*, Bologna, 1971, pp. 122-133. Tra coloro che oggi con più forza sostengono questo cfr. M. A. ORTIZ, *La forma canonica quale garanzia della verità del matrimonio*, in *Ammissione alle nozze e prevenzione della nullità del matrimonio*, a cura di M. Á. Ortiz, Milano, 2005, pp. 137-186, specialmente pp. 162-174.

# GIURISPRUDENZA CIVILE

ITALIA. CONSIGLIO DI STATO. Sezione v. Decisione 14 novembre 2006\*.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Quinta Sezione  
ha pronunciato la seguente

DECISIONE

sul ricorso in appello n. 9860/2005, proposto dalla sig.ra AA, rappresentata e difesa dall'avv. XX, procuratore antistatario, con la quale è elettivamente domiciliata in Roma (...).

CONTRO

il sig. BB, costituitosi in giudizio, rappresentato e difeso dagli avv.ti YY ed elettivamente domiciliato in Roma (...),

E NEI CONFRONTI

dell'A.S.L. SALERNO 2, in persona del legale rappresentante p.t., costituitasi in giudizio, rappresentata e difesa dall'avv. ZZ e con lo stesso elettivamente domiciliata in Roma (...)

PER LA RIFORMA

della sentenza del TAR della Campania, Sezione 1<sup>a</sup> di Salerno, 10 novembre 2005, n. 2448;

visto il ricorso in appello con i relativi allegati;

visti gli atti di costituzione in giudizio del sig. BB e dell'ASL SA/2;

viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno della rispettive difese;

visti gli atti di causa;

relatore, alla camera di consiglio del 21 aprile 2006, il Consigliere Paolo BUONVINO;

uditi l'avv. XX per l'appellante, l'avv. WW, per delega dell'avv. ZZ, per l'ASL SA/2 e l'avv. YY per l'appellato.

Ritenuto e considerato, in fatto e in diritto, quanto segue.

\* Vedi alla fine della sentenza, nota di M. DEL POZZO, *Il coordinamento interordinamentale tra giurisdizione civile ed ecclesiastica nell'acquisizione di cartelle cliniche nelle cause di nullità matrimoniale*.

## FATTO E DIRITTO

1) Con la sentenza appellata il TAR ha accolto il ricorso proposto dall'odierno appellato per l'annullamento del silenzio-rigetto formatosi in data 16 giugno 2005 sull'istanza di accesso presentata dal medesimo in data 17 maggio 2005.

L'istanza – volta a prendere visione ed estrarre copia della cartella clinica intestata alla moglie del richiedente, che sarebbe stata da molti anni in cura presso il DSM di Salerno – era stata avanzata al fine di dare avvio e coltivare un'azione giurisdizionale innanzi al tribunale ecclesiastico per conseguire la declaratoria di nullità del matrimonio, viziato dal fatto che i disturbi psichici da cui la predetta sarebbe stata affetta da tempo, sarebbero stati sempre sottaciuti.

Per il TAR il ricorso era fondato in quanto per promuovere validamente l'azione innanzi al competente Tribunale Diocesano sarebbe stata necessaria la perspicua e preliminare enucleazione dei motivi di invalidità nuziale che, a sua volta, richiedeva la piena conoscenza della patologia sofferta dalla controinteressata; sicché, tra i due valori confliggenti del diritto all'ostensione da una parte e alla riservatezza dall'altra, doveva prevalere il primo, giusta anche la più recente disciplina di settore e, in particolare, il disposto di cui all'art. 16, comma 7, della legge n. 15 del 2005.

Nella comparazione degli interessi in gioco prevale, ad avviso del TAR, quello alla difesa del ricorrente, in mancanza lo stesso non avendo modo di esercitare una valida azione innanzi al giudice ecclesiastico; azione che sola gli consentirebbe, in prospettiva, di contrarre un nuovo valido matrimonio sia innanzi alla Chiesa che allo Stato italiano.

Il TAR ha, poi, ordinato l'ostensione di tutta la documentazione oggetto dell'istanza, con esclusione di quello che si riferisce al periodo di cure antecedente al primo gennaio 2003.

2) Impugna la sentenza l'originaria controinteressata che ne deduce l'errore in quanto, anzitutto, il TAR avrebbe operato una sorta di virtualizzazione del processo canonico pervenendo alla conclusione che l'originario ricorrente, per avere *chances* di vittoria innanzi al Tribunale ecclesiastico, non avrebbe potuto fare a meno di acquisire quanto richiesto all'amministrazione sanitaria; senonché, la corretta interpretazione dei Canoni invocati dai primi giudici non porterebbe affatto con certezza alcuna alle conclusioni cui gli stessi sono pervenuti, in quanto sarebbe sufficiente una formulazione per sommi capi del libello introduttivo, potendo, poi, il Tribunale ecclesiastico

operare, in punto di fatto, i dovuti accertamenti istruttori; donde l'evidente errore in cui sarebbe incorso il TAR per avere ritenuto che il rilascio delle copie richieste fosse indispensabile per consentire al ricorrente di attivare l'azione di annullamento del matrimonio.

Deduce, poi, l'appellante l'erroneità della sentenza impugnata anche nella parte in cui ha ritenuto che l'accesso fosse, nella specie, supportato dal disposto di cui all'art. 24 della legge n. 241 del 1990, così come novellato dall'art. 16 della legge n. 15 del 2005 e da quello di cui agli artt. 19, comma 3, e 60 del d.lgs. n. 196 del 2003; la corretta lettura di tali disposizioni non avrebbe potuto indurre il TAR ad accogliere il ricorso ed ordinare l'ostensione di quanto richiesto; ciò in quanto, in presenza di una generica "intenzione" (inconfigurabile quale presupposto tipico per far valere il diritto di accesso) di voler avviare un'azione di annullamento di matrimonio, i primi giudici avrebbero dovuto ritenere insussistente il presupposto, anche astratto e, in ogni caso, prevalente il diritto dell'odierna appellante alla riservatezza; non senza considerare, infine, che il TAR avrebbe completamente omissso di effettuare le dovute verifiche circa l'esistenza di norme di legge o di regolamento atte a consentire all'Ente pubblico di rilasciare le copie richieste.

Resiste all'appello l'originario ricorrente che insiste, nelle proprie difese, per il rigetto dell'appello e la conferma della sentenza appellata.

Si è costituita, *ad adjuvandum*, l'ASL SA 2 insistendo per il rigetto dell'appello e la conferma della sentenza appellata.

3) – L'appello è infondato.

E, invero, a mente dell'art. 60 del d.lgs. n. 196 del 2003, "quando il trattamento concerne dati idonei a rivelare lo stato di salute o la vita sessuale, il trattamento è consentito se la situazione giuridicamente rilevante che si intende tutelare con la richiesta di accesso ai documenti amministrativi è di rango almeno pari ai diritti dell'interessato, ovvero consiste in un diritto della personalità o in un altro diritto o libertà fondamentale e inviolabile".

Ebbene, per ciò che attiene al caso di specie, il fine dello scioglimento del vincolo matrimoniale costituisce certamente una situazione giuridica di rango almeno pari alla tutela del diritto alla riservatezza dei dati sensibili relativi alla salute, in quanto involgente un significativo diritto della personalità.

E l'originario ricorrente ha correttamente mosso la propria azione al fine di fornire al competente Tribunale Diocesano gli elementi probatori ritenuti necessari ai fini di corroborare, fin dall'inizio, una valida azione giudiziaria volta all'annullamento del vincolo matrimoniale.

In una situazione siffatta deve, invero, ritenersi sussistente l'interesse personale che legittima la proposizione della domanda di accesso, senza che sia necessaria alcuna penetrante indagine in merito alla essenzialità o meno della documentazione richiesta, né circa le prospettive di buon esito del rito processuale concordatario; quel che rileva è che, attraverso l'accesso, sia data al richiedente la possibilità di supportare nei termini più concreti la propria instauranda azione giudiziale, senza potersi operare alcun previo giudizio prognostico circa l'esito dell'azione stessa.

Né per avanzare istanza di accesso deve ritenersi necessaria la previa attivazione del giudizio di annullamento, dovendo ritenersi sufficiente a suffragare l'istanza avanzata ai sensi degli articoli 22 e seguenti della legge n. 241 del 1990, anche la semplice, ragionevole intenzione di intentare l'azione giudiziale.

Né in contrario può valere la considerazione del carattere non nazionale e neppure statuale dei Tribunali ecclesiastici.

A norma dell'art. 8, comma 2, della legge 25 marzo 1985, n. 121 (di ratifica ed esecuzione dell'accordo firmato a Roma il 18 febbraio 1984, che apporta modificazioni al Concordato Lateranense), invero, *“le sentenze di nullità di matrimonio pronunciate dai tribunali ecclesiastici, che siano munite del decreto di esecutività del superiore organo ecclesiastico di controllo, sono, su domanda delle parti o di una di esse, dichiarate efficaci nella Repubblica italiana con sentenza della corte d'appello.....”*.

Pertanto, si tratta di decisioni che, in base al solenne riconoscimento normativo ora detto (assunto nel rispetto dei principi enunciati nell'art. 7 della Costituzione), se pure rese da un potere giudiziario non appartenente allo Stato italiano, non di meno sono destinate ad acquisire, nello stesso, piena efficacia e forza cogente, in una situazione di pari dignità giuridica con le sentenze di scioglimento del vincolo matrimoniale civile assunte dagli organi giudiziari nazionali.

Con la conseguenza che l'intento di adire la via giurisdizionale concordataria ai fini della declaratoria di nullità del vincolo coniugale va assimilato, ai fini dell'esercizio del diritto di accesso, all'intento di adire il giudice nazionale per il conseguimento del divorzio.

In definitiva, deve ritenersi che nella specie sussistessero i presupposti per esercitare validamente il diritto di accesso.

4) Per tali motivi l'appello in epigrafe appare infondato e, per l'effetto, deve essere respinto; con il conseguente accoglimento della relativa domanda e

declaratoria dell'obbligo di ostensione documentale in capo all'ASL Salerno 2, nei limiti, peraltro, tracciati dal TAR in sentenza e non contestati dall'originario ricorrente.

Le spese del doppio grado possono essere integralmente compensate tra le parti.

P.Q.M.

il Consiglio di Stato, Sezione quinta, respinge l'appello in epigrafe.

Spese del doppio grado compensate.

Ordina che la presente decisione sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Roma il 21 aprile 2006 dal Collegio costituito dai sigg.ri:

Raffaele Iannotta – Presidente

Raffaele Carboni – Consigliere

Giuseppe Farina – Consigliere

Paolo Buonvino – Consigliere estensore

Marzio Branca – Consigliere

Il Segretario

*Depositata in Segreteria il 14 novembre 2006*

---

IL COORDINAMENTO INTERORDINAMENTALE  
TRA GIURISDIZIONE CIVILE ED ECCLESIASTICA NELL'ACQUISIZIONE  
DI CARTELLE CLINICHE NELLE CAUSE DI NULLITÀ MATRIMONIALE

1. *Premessa e inquadramento*

LA decisione del Consiglio di Stato riportata rappresenta un'importante affermazione del *principio di coordinamento interordinamentale tra giurisdizione civile ed ecclesiastica*. Principio che ci pare si collochi in una sfera distinta e ulteriore rispetto ai semplici valori di collaborazione o di correttezza istituzionale tra ordine secolare e ordine spirituale. Il massimo organo di giustizia amministrativa italiano ha fornito infatti un illuminante criterio di soluzione di un caso di apparente contrasto tra tutela della *privacy* ed esercizio del diritto di difesa, suscettibile di proficue applicazioni e di congrui adattamenti anche a fattispecie analoghe.

Il tema dei rapporti tra legislazione civile italiana e legislazione della Chiesa in ordine al diritto alla riservatezza ed alla tutela dei dati persona-

li negli ultimi anni è stato oggetto in dottrina di *vivo interesse* e di *qualche preoccupazione* sia in generale<sup>1</sup> sia con più specifico riferimento all'ambito processuale.<sup>2</sup> Sta di fatto che, se anche il problema della possibilità dell'acquisizione ed utilizzazione di fonti di prova sottratte al potere dispositivo della potestà ecclesiastica già si poneva, si è verificato un brusco e repentino cambiamento di prospettiva e, soprattutto, di mentalità nell'impostazione della questione con l'entrata in vigore della legge 675/96 e della voraciosa normativa che ne è seguita.<sup>3</sup> La "valanga normativa" unitamente agli interventi del Garante della *privacy* ha ingenerato un autentico clima da "caccia alle streghe" circa le possibili violazioni che ha pesantemente condizionato anche l'atteggiamento delle autorità sanitarie e il modo di procedere degli stessi tribunali ecclesiastici. Tornare ad una situazione di serenità e di normalità di fondo e ad una stima e fiducia reciproche tra le distinte giurisdizioni sembra una premessa necessaria per risolvere ogni possibile contrasto e dissidio. La decisione del Consiglio di Stato contribuisce ad un corretto riassetto dei termini della questione e vale a fugare timori e paure circa un'ingiustificata preclusione istruttoria nelle cause di nullità matrimoniale.

La *dottrina canonistica*, dal canto suo, a fronte della positiva apertura del codice del 1983: «Possono essere adottate prove di qualunque genere, che sembrino utili per esaminare la causa e siano lecite» (can. 1527 § 1), si è interrogata sull'esatto contenuto dei requisiti dell'*utilitas* e della *licitas*, propendendo per una lettura combinata dei due elementi e per un considerazione

<sup>1</sup> Cfr. tra gli altri: V. MARANO, *Diritto alla riservatezza, trattamento dei dati personali e confessioni religiose. Note sull'applicabilità della legge n. 675/1996 alla Chiesa cattolica*, «Quaderni di diritto e politica ecclesiastica», 1998/1, pp. 305-320; R. TERRANOVA, *Buona fama e riservatezza: il trattamento dei dati personali tra diritto canonico e diritto dello Stato*, «Il diritto ecclesiastico», 2001, I, pp. 294-316; A. SCAMBIA, *Diritto alla riservatezza e tutela dei dati personali: problemi di coordinamento tra legislazione civile italiana e legislazione della Chiesa cattolica latina*, (Pontificia Università Antonianum, *thesis ad doctoratum in Iure Canonico*), Roma 2004.

<sup>2</sup> È abbastanza indicativo del rilievo dato alla questione il considerevole numero di tesi discusse negli ultimi anni: A. D'AMICO, *La giurisprudenza amministrativa sulle norme in materia di procedimento amministrativo e diritto d'accesso ai documenti (L. 7 agosto 1990 N. 241)*, (Pontificia Università Lateranense, Istituto «utriusque iuris», *theses ad doctoratum in Iure Canonico*), Roma, 2000; S. SANDRI, *Il diritto alla buona fama*, (Pontificia Università Lateranense, *theses ad doctoratum in Iure Canonico*), Roma 2002 (spec. pp. 56-58); A. FERRATO, *Diritto alla buona fama e all'intimità nel processo canonico*, (Pontificia Università Lateranense, *theses ad doctoratum in Iure Canonico*), Roma, 2003; V. LIPARI, *Il diritto alla privacy come limite nella produzione in giudizio di documenti e perizie*, (Pontificia Università Lateranense, *theses ad doctoratum in Iure Canonico*), Roma, 2003.

<sup>3</sup> Si tratta della Legge della Repubblica italiana n. 675 del 31 dicembre 1996 (Tutela delle persone e di altri soggetti rispetto al trattamento dei dati personali), testo consolidato con il d. lg. 28 dicembre 2001, n. 467. Cfr. i dati del Garante per la protezione dei dati personali in [www.garanteprivacy.it](http://www.garanteprivacy.it).

ampia e sostanziale dell'illiceità.<sup>4</sup> La necessaria connessione di utilità e liceità è stata appunto ricondotta alla logica e alla coerenza del sistema canonico: «per un ordinamento quale quello della Chiesa non possono esistere prove illecite che possano considerarsi utili». <sup>5</sup> Dal momento che la difesa della *propria intimitas* non costituisce un diritto assoluto della persona, come d'altronde sancisce il can. 220 (la norma ne vieta solo la lesione illegittima), la limitazione della protezione della sfera di intimità del soggetto può essere tranquillamente giustificata da un interesse meritevole di tutela prevalente. L'accertamento dell'effettività del proprio stato matrimoniale, in quanto direttamente collegabile alla *salus animarum*, sicuramente prevale, sulla mal supposta "aggressione" della *privacy* del coniuge. Non per questo, d'altronde, nel processo il rispetto dell'intimità perde ogni valenza e pregnanza, la conformità alla dignità personale rappresenta il più diretto riscontro della liceità e, come abbiamo già visto, una barriera insormontabile per l'assunzione di prove illecite. Nei giudizi di nullità matrimoniale dunque la tutela della *privacy* agisce da limite interno alla correttezza procedimentale e mai da ostacolo pregiudiziale, altrimenti nella maggioranza dei casi sarebbe materialmente impossibile raggiungere la "verità del matrimonio" che riguarda proprio quell'«*intima communitas vitae et amoris*» dei coniugi stabilita dal patto nuziale.<sup>6</sup>

Fin qui si registra una sostanziale concordanza di quasi tutti gli autori, il fronte però si spezza nel momento in cui bisogna considerare positivamente il limite alla produzione in giudizio di mezzi probatori o coniugare il potere inquisitorio del giudice canonico con la legislazione civile. Punti di attrito sono stati ad esempio riscontrati a proposito dell'ammissibilità o meno della produzione di documenti riservati (cartelle cliniche o referti sanitari) in possesso di una parte contro la volontà del diretto interessato, fino al limite dell'impugnabilità in sede statutale penale del preteso contenuto diffi-

<sup>4</sup> Cfr. in studi recenti: A. INGOGLIA, *Inammissibilità di prove illecite (art. 157 «Dignitas connubii»)*, in J. E. VILLA, C. GNAZI (a cura di), «*Matrimonium et ius*». Studi in onore del Prof. Avv. Sebastiano Villeggiante, Città del Vaticano, 2006, pp. 394-397; C. GULLO, *Questioni sulla liceità delle prove nelle cause matrimoniali*, in H. ZAPP, A. WEISS, S. KORTA (a cura di), «*Ius Canonicum in Oriente et Occidente*». Festschrift für Carl Gerold Fürst zum 70. Geburtstag, Frankfurt / M., 2003, pp. 869-871. Entrambi gli autori, con diverse accentuazioni, propendono per una considerazione ampia dei motivi di illiceità (*quoad substantiam, quoad modum, quoad finem*), per l'estensione del divieto non solo al giudice ma anche alle parti e per un concetto di liceità diverso e più ampio rispetto a quelli di validità o di mera legittimità.

<sup>5</sup> GULLO, *op. cit.*, p. 865.

<sup>6</sup> Sulla "verità del matrimonio", concetto già tanto caro a Giovanni Paolo II, è imperniato l'ultimo Discorso alla Rota Romana di Benedetto XVI del 27 gennaio 2007 (in [www.vatican.va](http://www.vatican.va)). La nota definizione conciliare del matrimonio della Cost. past. *Gaudium et spes*, n. 48 è stata ripresa in detta occasione dal Papa.

matorio del libello di domanda, delle deposizioni dei testi o dello stessa sentenza dichiarativa di nullità per incapacità.<sup>7</sup> Ancora, sono sorte perplessità sull'eseguibilità delle perizie sugli atti senza l'autorizzazione del periziando contraria alla legislazione o al codice deontologico del rispettivo paese.<sup>8</sup> Il caso comunque forse più frequente e tipico concerne proprio le eventuali restrizioni all'accesso ai documenti della parte o, sotto altro profilo, quello dell'attuabilità dell'ordine di esibizione di materiale medico disposto dal giudice ecclesiastico nei confronti delle autorità sanitarie.<sup>9</sup> Le posizioni della dottrina canonistica in materia di integrazione probatoria delle cause matrimoniali *contra* o piuttosto *praeter legem civilem* sono piuttosto diversificate. Pur riaffermandosi in genere la potenziale pienezza della cognizione dei giudici ecclesiastici si registra un mutevole atteggiamento pratico-effettuale di fronte alle concrete difficoltà: dal senso di impotenza o di amara rassegnazione ad un moderato pessimismo,<sup>10</sup> dal pragmatismo realista<sup>11</sup> ad un atteggiamento più battagliero e combattivo.<sup>12</sup>

## 2. La logica e le argomentazioni dei giudici amministrativi italiani

Benché per motivi di spazio e di praticità sia stata riportata solo la decisione definitiva del Consiglio di Stato, ci sembra un passaggio utile e significativo esaminare anche la sentenza di prima istanza del Tribunale Amministrativo Regionale. Il giudizio estremamente positivo circa il contenuto e l'impostazione delle due sentenze non può sottacere peraltro qualche lieve sfasatura e imperfezione, non solo formale, che però nulla toglie al rigore di fondo delle asserzioni.<sup>13</sup>

<sup>7</sup> Cfr. S. SANDRI, *Il processo matrimoniale canonico e la tutela della buona fama e della «privacy» della persona*, «Quaderni di diritto ecclesiale», 11 (1998), pp. 101 ss.

<sup>8</sup> Cfr. S. PANIZO ORALLO, *El derecho a la intimidad y la investigación psicológica de la personalidad en el proceso de nulidad matrimonial*, «Revista Española de Derecho Canónico», 59 (2002), pp. 114-124; INGOGLIA, *op. cit.*, pp. 398-401.

<sup>9</sup> Con consueto acume e puntualità P. Bianchi propone un elenco di fattispecie complesse: *Il ricorso al giudice civile in ambito giudiziario canonico: prospettiva canonistica*, «Quaderni di diritto ecclesiale», 2003/2, pp. 118-119.

<sup>10</sup> Cfr. FERRATO, *op. cit.*, pp. 27-28; SANDRI, *op e loc. ult. cit.*

<sup>11</sup> Ci pare l'onesta e giudiziosa posizione di Bianchi, *op. cit.*

<sup>12</sup> Cfr. GULLO, *op. cit.* p. 877.

<sup>13</sup> Al di là della comprensibile improprietà nell'individuazione del competente tribunale ecclesiastico (Interdiocesano Salernitano-Lucano e non diocesano), è erroneo ed equivoco parlare di «scioglimento del vincolo matrimoniale», o di «azione di annullamento di matrimonio», ingenerando una confusione col sistema civile divorzistico. L'aspetto sostanziale che può denotare qualche perplessità è la restrizione temporale: «vertendosi su di una possibile incapacità nuziale, occorre restringere l'invocato accesso al periodo temporale coperto dal matrimonio, ivi compreso l'intero anno solare (2003) nel quale è stato contratto» (sent. TAR Campania-Salerno, n. 2448/05), disposizione confermata dal Consiglio di Stato. Benché

Il Tribunale Amministrativo Regionale campano (in seguito riportato come TAR), accertata la propria giurisdizione, dopo aver individuato il motivo della richiesta (intenzione di esercizio dell'azione di nullità del matrimonio innanzi al competente tribunale ecclesiastico), ha risolto «l'inevitabile confronto tra i due valori in casi siffatti tradizionalmente confliggenti»<sup>14</sup> (diritto all'esibizione e diritto alla riservatezza) in base alla valutazione comparativa degli interessi coinvolti. Occorre forse precisare che il rilevato "contrasto" non si presenta insanabile: tra i due diritti (più che valori) può esistere infatti una mutua compenetrazione. L'*actio ad exhibendum* legittimamente esercitata non rappresenta un sacrificio dell'*intimitas* ma un suo limite naturale. I giudici di prima istanza hanno comunque correttamente ritenuto prevalente l'interesse al compiuto accertamento della verità del matrimonio sulla tutela della *privacy*. I *passaggi logici* delineati dalla sentenza sono tre: 1) verifica dell'*effettiva necessità* ai fini della futura azione giudiziaria; 2) *valutazione comparativa concreta* degli interessi in gioco; 3) *determinazione dei limiti* di indispensabilità dell'ostensione dei documenti richiesti. I giudici del TAR hanno pertanto opportunamente voluto circoscrivere il "diritto prevalente" ad alcuni requisiti immanenti alla fattispecie. L'immissione nell'altrui sfera personale anche in dipendenza di una giusta causa (l'instaurazione di un processo) dunque non è assoluta, ma condizionata a precisi elementi giustificativi. Il primo profilo (necessità dell'ostensione) agisce da presupposto dell'azione: se fosse possibile raggiungere altrimenti il pieno risultato dell'accertamento per il principio dell'economia dei mezzi giuridici non si giustificerebbe un intervento tanto "invasivo". Il requisito è soddisfatto dall'esigenza di precisare adeguatamente i motivi di impugnazione del matrimonio nel libello di domanda, considerata la pluralità dei possibili vizi del consenso (cann. 1095-1107). A tale circostanza, i giudici del TAR aggiungono perspicacemente

il limite possa nel caso di specie risultare sufficiente (altrimenti l'originario ricorrente avrebbe probabilmente proposto appello incidentale), la determinazione pare ispirata ad una considerazione limitativa della fattispecie matrimoniale. La nullità canonica è infatti riferibile al momento della celebrazione (*matrimonium in facto esse*) e non alle vicende esistenziali della vita coniugale (*matrimonium in fieri*). In questa linea la risalenza dei disturbi psichici o la manifestazione di fenomeni patologici nel periodo del fidanzamento possono rivelarsi indici molto importanti per le valutazioni del giudice ecclesiastico. La preclusione dell'esame del periodo anteriore, dettata presumibilmente solo da un'imperfetta conoscenza della logica della nullità matrimoniale, non appare quindi del tutto congrua con la natura del processo canonico. La circostanza evidenzia ulteriormente la difficoltà pratica di operare un coordinamento adeguato e coerente tra le legislazioni e la necessità di demandare al giudice ecclesiastico valutazioni che superano la competenza tecnica del giudice civile.

<sup>14</sup> Sent. TAR Campania, Sez. I di Salerno, 10 novembre 2005, n. 2448. La sentenza è integralmente reperibile sul sito ufficiale del Segretariato Generale della Giustizia Amministrativa italiana: [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), a dimostrazione della estrema praticità e trasparenza, ma della minor riservatezza del sistema statale.

la notazione che l'accesso non è surrogabile con l'accertamento peritale eventualmente disposto dal giudice ecclesiastico per la possibilità della parte di sottrarsi al mezzo di prova e per la possibile insufficienza dell'indagine in assenza del materiale clinico.<sup>15</sup> La comparazione degli interessi in gioco non richiede un giudizio astratto ma concreto.<sup>16</sup> Al di là della primaria tutela costituzionale dell'esercizio del diritto di difesa, la sentenza individua come dato risolutorio appunto: «il perspicuo rilievo esistenziale del “bene” cui il ricorrente aspira, consistente nella libertà di contrarre nuovo matrimonio concordatario».<sup>17</sup> Il bene della verità della propria condizione matrimoniale (e beninteso dell'altra parte), più che dell'eventuale stato libero, appare ultrapersonale e assolutamente prioritario rispetto a qualsivoglia altra restrizione. Infine, i giudici, accolto il fondamento dell'istanza, hanno, come anticipato, voluto fissare un limite temporale non del tutto congruo e ragionevole. La statuizione, tradendo probabilmente una scarsa percezione delle modalità dell'accertamento canonico, sembra dettata più dall'intenzione “astrattizzante” di circoscrivere nel rispetto della normativa vigente l'ostensione dei documenti che da una precisa valutazione, con cognizione di causa, delle circostanze del caso di specie, come sarebbe stato auspicabile.

Il ragionamento compiuto dal TAR riflette abbastanza fedelmente l'*evoluzione normativa e provvedimentale* registratasi sul punto, prima pertanto di esaminare gli ulteriori spunti e le precisazioni apportate dal Consiglio di Stato, riteniamo utile compiere un breve *excursus* dei principi affermati dal legislatore e dal Garante per la tutela dei dati personali. Prescindendo dai possibili richiami costituzionali,<sup>18</sup> la c.d. *legge sulla privacy* (L. 31.12.1996, n. 675) oltre ad istituire l'autorità preposta alla protezione dei dati personali (art.

<sup>15</sup> Il confine tra la stretta necessità e la rilevante utilità è evidentemente labile e sfumato. Il mancato accesso alle cartelle cliniche non risulta chiaramente preclusivo del giudizio ma estremamente limitante e comprimente l'effettività del diritto di difesa. Il TAR, dimostrando una certa comprensione delle difficoltà dell'istruttoria della causa, ha quindi correttamente dato un'interpretazione estensiva e largheggiante del presupposto dell'*actio ad exhibendum*.

<sup>16</sup> La primaria tutela costituzionale del diritto di difesa dell'ordinamento italiano, trova diretta conferma nel sistema canonico per il rango materialmente costituzionale dei diritti fondamentali del fedele (cfr. J. HERVADA, *Diritto costituzionale canonico*, Milano 1989, pp. 92 ss.). Occorre rilevare che ovviamente nessun particolare significato può essere attribuito alla precedenza del can. 220 rispetto al can. 221: l'ordine numerico e cronologico non è certo criterio di prevalenza.

<sup>17</sup> Sent. TAR Campania, Sez. I di Salerno, 10 novembre 2005, n. 2448.

<sup>18</sup> V. LIPARI, *op. cit.*, invoca gli artt. 2, 7, 15, 21, 29 della Cost. della Repubblica italiana (p. 142). Occorre precisare tuttavia che, al contrario di quanto avviene nel diritto della Chiesa, l'intimità o la *privacy* non hanno trovato un esplicito riconoscimento costituzionale, a parte la statuizione: «La libertà e la segretezza della corrispondenza e di ogni altra forma di comunicazione sono inviolabili» (art. 15<sup>1</sup>).

30) con i relativi penetranti compiti istituzionali (art. 31), precisate le nozioni non sempre univoche e semplici di *dati personali* (art. 1 lett. c.), di *dati sensibili* (art. 22) e di *dati inerenti alla salute* (art. 23),<sup>19</sup> ne regola appunto il trattamento in maniera molto cautelativa e restrittiva. Benché già prima degli ulteriori chiarimenti fosse stato sottolineata la non soggezione alla disciplina del trattamento (con l'autorizzazione del Garante) della semplice gestione di informazioni effettuate da persone fisiche per fini esclusivamente personali in base al disposto dell'art. 3, la legge consentiva comunque l'uso dei dati «per far valere o difendere in sede giudiziaria un diritto, di rango pari a quello dell'interessato» (art. 22, comma 4, lett. c).<sup>20</sup> L'entrata in vigore della legge, paralizzando l'operato di molti settori economici e amministrativi, determinò un pullulare di interrogazioni e di quesiti circa la retta applicazione delle prescrizioni. I riflessi sulla giustizia motivarono anche le numerose richieste di delucidazioni di avvocati del foro civile ed ecclesiastico. Per riordinare la convulsa situazione esistente, con d. lgs. 30 giugno 2003, n. 196 è stato emanato il codice in materia di protezione dei dati personali.<sup>21</sup> Inoltre, a fronte dei quesiti rivolti il Garante della protezione dei dati personali con parere del 9 luglio 2003 ha fornito lumi circa il diritto di prendere visione ed estrarre copia dei documenti sanitari da parte di persone diverse dal diretto interessato.<sup>22</sup> La pronuncia in oggetto dopo aver rilevato che «le informazioni relative allo stato di salute e alla vita sessuale sono oggetto di una speciale protezione», richiamando la legislazione *medio tempore* intervenuta,<sup>23</sup> ha ri-

<sup>19</sup> Può stabilirsi una sorta di graduazione tra le categorie di “dato personale”, “dato sensibile” e “dato supersensibile”. Cfr. G. SALVUCCI, *Privacy: risvolti sociali e giuridici* (Pontificia Università Lateranense, *excertum thesios ad doctoratum in Iure Civili*), Roma 2002. Sta di fatto che, come acclarato nel caso di specie tanto dai primi come dai secondi giudici, le informazioni mediche pertinenti ai giudizi di nullità matrimoniale riguardano proprio i “dati supersensibili”, circondati perciò da ancor maggior riserbo e cautela.

<sup>20</sup> La posizione è molto chiaramente esplicitata da V. LIPARI, *op. cit.*, pp. 110-118.

<sup>21</sup> Il menzionato d. lgs. n. 196 del 2003 è agevolmente consultabile nella versione vigente a seguito della complessa serie di novelle e integrazioni apportate sul sito ufficiale del Garante (cfr. *supra* nt. 3). Recependo precedenti indicazioni, il c.d. *codice della privacy* ha espressamente precisato all'art. 60: «quando il trattamento concerne dati idonei a rivelare lo stato di salute o la vita sessuale, il trattamento è consentito se la situazione giuridicamente rilevante che si intende tutelare con la richiesta di accesso ai documenti amministrativi è di rango almeno pari ai diritti dell'interessato, ovvero consiste in un diritto della personalità o in un altro diritto o libertà fondamentale e inviolabile».

<sup>22</sup> Occorre sempre precisare che con l'espressione “interessato” ci si riferisce alla persona cui si riferiscono i dati secondo l'originaria nozione contenuta nella L. 675/96, art. 1 lett. f. La categoria risulta un po' ambigua perché a rigore non dovrebbe dubitarsi del concreto interesse di qualunque avente diritto. Il “provvedimento a carattere generale” (secondo la qualificazione adoperata) è contenuto nel Bollettino in rete n. 41 del luglio 2003 dell'Autorità e rinvenibile sul relativo sito.

<sup>23</sup> In particolare l'art. 16 del d. lg. 11 maggio 1999, n. 135, poi sussunto e rielaborato dal co-

badito il principio della vincolatività proprio per tale categoria di dati “super-sensibili” della specifica garanzia della verifica del “pari rango” del diritto da far valere in giudizio (non quindi il diritto di azione e difesa in generale, pur costituzionalmente garantito, ma quello specifico sottostante). La *parità di rango* deriva appunto dall’appartenenza del diritto vantato ai diritti della personalità o ad altri diritti e libertà fondamentali secondo un “elenco aperto” e non predeterminabile e circoscrivibile *a priori*. Il parere del Garante ha poi sancito i principi di necessità (ulteriore verifica del fatto che i dati personali «siano effettivamente “necessari” al fine di far valere o difendere gli equivalenti diritti in sede contenziosa»), di pertinenza e non eccedenza (limitazione delle informazioni fornite a quelle inerenti al procedimento avviato e non estrapolanti dall’ambito del processo) da valutarsi al momento del loro utilizzo, con possibilità di un contraddittorio anticipato con l’interessato.

Le *censure* mosse alla *sentenza del TAR* concernono profili strettamente attinenti alla tutela canonica.<sup>24</sup> È interessante notare anzitutto la posizione processuale assunta dall’amministrazione pubblica, intervenuta *ad adiuvandum* per il rigetto dell’appello e la conferma della sentenza impugnata: l’Azienda Sanitaria Locale non ha insistito nell’opposizione all’esibizione ma ha ritenuto fondate e convincenti le ragioni addotte dai primi giudici. Il *Consiglio di Stato* ha compiuto una traiettoria che si distacca dalla rigida considerazione dalla prospettazione della ricorrente ed ha esaminato più globalmente la causa. Il giudice di appello ha rinvenuto anzitutto la richiesta “parità di rango” della situazione giuridica da tutelare nell’affermazione della natura di «significativo diritto della personalità» dell’accertamento della nullità matrimoniale. La cognizione giudiziaria ecclesiastica non ri-

dice, sottolineante il rilevante interesse pubblico all’utilizzazione dei dati sensibili «necessari per far valere il diritto di difesa in sede amministrativa o giudiziaria, anche da parte di terzo» o in applicazione della disciplina relativa all’accesso ai documenti amministrativi, con una cautela aggiuntiva per i dati riguardanti lo stato di salute o la vita sessuale: l’equiparazione del diritto azionato al diritto alla riservatezza. Per il resto si rinvia sostanzialmente al codice già emanato, ma all’epoca non ancora in vigore.

<sup>24</sup> Soprattutto il primo motivo di appello («sarebbe sufficiente – a dire dell’appellante – una formulazione per sommi capi del libello introduttivo») ha ricevuto un’amplissima trattazione in sede canonica. Non volendo entrare nel merito della questione ci limitiamo a sottolineare il richiamo che la stessa *Dignitas connubii* fa alla precisazione dell’oggetto della domanda: «Il libello con cui viene introdotta la causa deve: (...) 2° delimitare l’oggetto della causa, ossia indicare il matrimonio di cui si tratta, formulare la domanda di dichiarazione della nullità, proporre, anche se non con parole tecnicamente precise, la ragione della domanda cioè il capo o i capi di nullità per cui il matrimonio è impugnato» (art. 116 § 1). Orbene, benché sia sempre possibile una maggior determinazione della *causa petendi* successivamente, è richiesto almeno una sufficiente precisazione dei termini dell’accertamento. Oltretutto, considerata la possibile reiezione in *limine litis* del libello, l’inadeguatezza ed inconferenza della domanda può comportare un rilevante danno per l’istante.

guarda una libertà fondamentale, come potevano aver adombrato i primi giudici, ma un vero e proprio bene della persona. Per quanto concerne la supposta «virtualizzazione del processo canonico» da parte del TAR, la decisione riportata ha escluso la necessità di un «previo giudizio prognostico circa l'esito dell'azione». L'argomento andrebbe forse precisato e chiarito, ma introduce un'interessante puntualizzazione operativa che può aiutare a fugare eccessivi timori e perplessità nei soggetti tenuti all'esibizione dei documenti.<sup>25</sup> In pratica il massimo organo giurisdizionale amministrativo ha realisticamente voluto evitare che la valutazione dei presupposti dell'accesso agli atti si trasformi in un'indebita anticipazione nel merito del giudizio finale (oltretutto a rigore precluso a qualsivoglia autorità statale). Molto opportuna è anche la qualificazione giudiziale dell'intenzionalità ritenuta sufficiente: «ragionevole intenzione di intentare l'azione giudiziale». La *rationalitas* è una categoria ampiamente discrezionale ma affidata ad indici logici oggettivi. Il punto di maggior rilievo dell'intera pronuncia concerne il riconoscimento della perfetta equiparazione giuridica e della piena forza cogente delle sentenze canoniche di nullità di matrimonio deliberate rispetto a quelle statali. Ancorché l'affermazione non sia che una scontata conseguenza del Concordato in vigore tra lo Stato italiano e la Chiesa cattolica, evidenzia positivamente la legittimazione in materia del potere giudiziario ecclesiastico «in situazione di pari dignità giuridica con le sentenze di scioglimento del vincolo matrimoniale civile assunte dagli organi giudiziari nazionali» e la piena compatibilità di un sistema giurisdizionale dualistico. Questo principio, come in seguito meglio preciseremo, ci sembra la chiave di volta per risolvere tutti gli eventuali problemi di coordinamento interordinamentale. Desti qualche riserva invece il regolamento delle spese del giudizio.

### 3. Riflessioni sui rapporti interordinamentali in tema di prove

Le pronunce esaminate e gli altri spunti forniti offrono l'opportunità di tornare sulla questione canonica dell'assunzione dei mezzi di prova. Visto il taglio dell'analisi, senza entrare nello specifico delle questioni tecnico-pragmatiche, ci limitiamo a considerazioni di fondo più ampie e generali. Occorre sottolineare in primo luogo che i profili relativi alla *natura del soggetto o dell'ente* destinatario della richiesta di documentazione sanitaria *privata* (libero

<sup>25</sup> Questa valutazione sfuma i contorni del sopra evidenziato requisito della necessità dell'ostensione. Per evitare apparenti incongruenze (l'accesso ai documenti *ante iudicium* potrebbe risultare più semplice della richiesta in corso di causa soggetta alla verifica e al controllo previo del giudice ecclesiastico) ci pare che il criterio fissato debba essere rapportato almeno a quello del *fumus boni iuris*. La non manifesta infondatezza dell'oggetto dell'istauranda azione può essere sufficiente a legittimare l'assenso alla domanda.

professionista ma anche clinica o casa di cura privata) o *pubblica* (struttura ospedaliera statale) non possono influenzarne l'esito.<sup>26</sup> Non vi è ragione infatti di discriminare l'esercizio del diritto di difesa a motivo delle prescrizioni interne o regolamentari della persona fisica o giuridica coinvolta. La legislazione canonica d'altronde non recepisce una simile distinzione nell'ambito della funzione medica.<sup>27</sup> Ad ogni modo, in presenza delle dovute condizioni e garanzie, sono giuridicamente ingiustificate l'opposizione o il rifiuto del medico, dettate dal semplice timore di contravvenire a mal supposte prescrizioni legali o deontologiche "positive" contrarie. Per quanto concerne l'*aspetto temporale e soggettivo*, l'iniziativa della parte oltre che precedente all'inoltro dell'azione, come avvenuto nella fattispecie considerata dai giudici italiani, può essere chiaramente anche successiva all'instaurazione del giudizio canonico (motivata ad esempio dalla contestazione della parte convenuta).<sup>28</sup> Nel caso in cui la parte procedesse in via autonoma, l'inoltro della questione incidentale interordinamentale (impugnazione del rifiuto dell'amministrazione o del medico detentore della documentazione funzionale all'accertamento canonico) potrebbe comportare la necessità di una indeterminata sospensione del processo canonico, circostanza che evidenzia ancor più l'opportunità di un adeguato coordinamento tra le giurisdizioni e del ricorso alla mediazione giudiziale.<sup>29</sup> L'iniziativa pubblica del giudice d'altronde per l'inesorabile vigenza del principio dispositivo (*nemo iudex sine actore*) evidentemente non può che riguardare un giudizio già iniziato.

Il principale problema teorico circa una retta impostazione dei rapporti interordinamentali in materia di prove riguarda l'*autonomo e indipendente*

<sup>26</sup> Il sopra menzionato provvedimento di carattere generale del Garante del 9 luglio 2003 espressamente lo precisa.

<sup>27</sup> Il can. 1540 del codice e l'art. 184 della *Dignitas connubii* recepiscono invece la distinzione tra documenti pubblici (ecclesiastici e civili) e privati, attribuendo ai primi una particolare efficacia probatoria (salvo prova contraria, fanno fede di ciò che è in essi direttamente e principalmente affermato). Le cartelle cliniche ospedaliere possono comprovare quindi irrefragabilmente i ricoveri e le terapie (il discorso è più articolato e complesso e trascende i limiti di questa nota per le diagnosi). In questa sede comunque stiamo esaminando solo il mezzo e non il contenuto.

<sup>28</sup> La *Dignitas connubii* nell'intento di evitare inutili lungaggini o atteggiamenti dilatori contiene un'indicazione sollecitatoria («Se viene proposta una prova documentale, i documenti, per quanto è possibile, siano allegati al libello; ...» [art. 117]) ma assolutamente non preclusiva (valga per analogia di *ratio* la stessa precedente precisazione: «Non è lecito esigere al momento della presentazione del libello relazioni peritali» [art. 116 § 3]).

<sup>29</sup> Il ricorso amministrativo avverso il diniego dell'accesso ai documenti in corso di causa non appare sicuramente come la via più rapida ed efficace di soluzione della vertenza. Nel caso di specie, ad esempio, dall'originaria richiesta del 17 maggio 2005 sono decorsi ben 18 mesi per l'ottenimento della sentenza definitiva (14 novembre 2006).

*riscontro della liceità probatoria*. A proposito dell'illiceità dei mezzi di prova taluni, partendo dall'assunto che la liceità supera la mera conformità con la legislazione vigente, ma la presuppone, hanno sostenuto la soggezione dei giudizi ecclesiastici anche alla legge civile.<sup>30</sup> Con la conseguenza che se lo strumento fosse precluso nel foro secolare del rispettivo paese non potrebbe essere acquisito neppure nella causa canonica.<sup>31</sup> Ci pare che l'argomento postuli un'indebita canonizzazione implicita della legislazione statutale del tutto irriferribile alla natura del processo canonico. Assumere *tout court* i canoni e i criteri secolari vorrebbe dire abdicare al significato ed alla specificità della funzione giudicante soprattutto per quanto attiene ai rilevanti poteri inquisitori *ex can.* 1452. A prescindere dalle deformazioni positivistiche, spesso riaffioranti anche in ambito ecclesiale, questo atteggiamento comporta tra l'altro una sorta di arrendevolezza e di fatalismo nei confronti della mancata collaborazione istruttoria statutale che rischia di essere pernicioso per l'amministrazione della giustizia ecclesiale. Il rafforzamento formale positivamente operato dalla recente *instructio* matrimoniale della potestà inquisitoria suppletoria del giudice ha voluto sottolineare la precisa incombenza giuridica affidata nell'ordinamento canonico all'organo giudicante nella compiuta ricerca degli elementi della

<sup>30</sup> «Illecito, stando alla lettera, è ciò che è *contra legem*; ma quale legge, quella canonica o anche quella civile? Sembra da preferire la seconda soluzione, considerato che la Chiesa opera nel territorio dello Stato le cui leggi, se non contrarie al diritto divino ed al diritto canonico, il fedele è tenuto ad osservare ed anche considerato lo scandalo che susciterebbe nei fedeli ammettere in foro canonico una prova che nel corrispondente foro statale del luogo non sarebbe stata mai ammessa» (G. MIOLI, *Prove lecite, prove utili e poteri del giudice istruttore alla luce della «Dignitas connubii»*, lo scritto non è ancora stato pubblicato, sarà citato anche di seguito per la sua spiccata rilevanza con il tema trattato *pro manuscripto*, indicandone il paragrafo di riferimento, in questo caso il § 4).

<sup>31</sup> L'argomento non è privo di conseguenze, Gullo (*op. cit.*, pp. 873-877) menziona diverse ipotesi significative al riguardo proprio in ambito medico: l'allegazione di cartelle cliniche da parte del medico curante senza il previo consenso del paziente; la deposizione di un medico circa lo stato mentale di un soggetto non visitato; l'elaborazione di una perizia in assenza del periziando. L'autore cita il caso emblematico della dichiarazione del medico, punito per il fatto dal rispettivo ordine professionale, ritenuta espressamente lecita come mezzo di prova in sede canonica (A.R.R.T. c. Jarawan Beryten Maronitarum 24 luglio 1996). Anche in Italia e in Francia non sono mancati peraltro casi di convocazione a testimoniare in giudizi penali di giudici ecclesiastici per la raccolta di dichiarazioni ritenute diffamatorie nel corso del processo di nullità matrimoniale: cfr. A. LICASTRO, *Ancora in tema di segreto professionale del "giudice" ecclesiastico (osservazioni a Cass. pen., Sez. V, sent. 12 marzo 2004, n. 22827)*, «Quaderni di diritto e politica ecclesiastica», 2004/3, pp. 793-809; ID., *Dichiarazioni ingiuriose rese nel procedimento di nullità matrimoniale e segreto professionale del giudice ecclesiastico*, «Quaderni di diritto e politica ecclesiastica», 1990/1, pp. 554-562.

<sup>32</sup> Mioli (*op. cit.*, § 3) sottolinea in tal senso la rilevanza dell'aggiunta del verbo "deve" alla dizione "può" del can. 1452 nell'art. 71 della *Dignitas*. Cfr. anche GIOVANNI PAOLO II, *Discorso alla Rota Romana*, 29 gennaio 2004, «AAS», 96 (2004), pp. 351-352, n. 6.

decisione.<sup>32</sup> La *licitas canonica* dunque implica solo un giudizio di conformità intrinseca del mezzo probatorio con il *Mysterium Ecclesiae*.<sup>33</sup> Ciò non comporta chiaramente alcuna attenuazione delle esigenze di rigore nella valutazione dello strumento istruttorio o la lesione dei diritti fondamentali della persona, ma semmai un corroboramento derivante da quel senso di più viva umanità e di più alta moralità che dovrebbe ispirare tutta l'azione giudiziale della Chiesa quale autentico *speculum iustitiae*.<sup>34</sup> La liceità della prova canonica può pertanto prescindere dal formalismo e dalla tecnicizzazione legale che spesso anziché favorire intralciano il corso della giustizia e perseguire un'effettiva sostanzializzazione e semplificazione del rapporto processuale che ponga al centro della relazione il bene giuridico dedotto in giudizio.<sup>35</sup> Il possibile divario tra la legislazione della Chiesa e quella civile (meglio sarebbe parlare di imperfezione), benché dovrebbe comunque poter essere colmato in sede applicativa con il ricorso all'equità, può giungere a configurare, come purtroppo ripetutamente accaduto nel corso della storia ed anche recentemente, la supposta responsabilità financo penale degli operatori ecclesiastici.<sup>36</sup> In questo spiacevole caso, fermo restando l'auspicabile soluzione secondo giustizia con l'esercizio di tutte le legittime facoltà difensive (l'eventuale condanna rappresenta sempre una sconfitta del diritto), non resta che accettare la conclusione del dilemma socratico tra l'essere ingiusto ed il subire l'ingiustizia e incarnare lo spirito delle beatitudini (*Mt* 5, 6 e 10). La piena coerenza ordinamentale (che in fondo esprime la conformità con la retta coscienza) non è quindi una soluzione di comodo o la rivendicazione di una situazione di privilegio ma un serio

<sup>33</sup> Bene ha espresso questo concetto Gullo, rapportando all'unico soggetto ecclesiale, l'illuminante endiadi "dottrina e ordinamento" (*op. cit.*, p. 870-871), sottolineando evidentemente come, per l'immediata vigenza del diritto divino naturale e positivo nell'ordinamento canonico, la sua esplicitazione ad opera del magistero costituisca parte integrante del diritto del popolo di Dio. Nello stesso senso cfr. anche INGOLLIA, *op. cit.*, pp. 394 ss. Non sono solo le esplicite prescrizioni normative ad integrare la legalità canonica ma tutto il complesso e il patrimonio degli insegnamenti della Chiesa.

<sup>34</sup> Cfr. GIOVANNI PAOLO II, *Discorso alla Rota Romana*, 17 febbraio 1979, «AAS», 71 (1979), spec. pp. 423 e 426, nn. 1 e 4.

<sup>35</sup> Una riprova delle conseguenze tutt'altro che teoriche delle considerazioni svolte può essere fornita dalla possibile utilizzazione delle registrazioni di conversazioni telefoniche, compiute non all'insaputa del dialogante (altrimenti l'atto sarebbe gravemente illecito), quand'anche le legislazioni civili, ormai estremamente restrittive, lo proibissero.

<sup>36</sup> Cfr. LICASTRO, *opp. cit.* Llobell cita due interessanti provvedimenti di tribunali civili della Repubblica Ceca (Sentenze del Tribunale Urbano di Praga, 2 dicembre 1998 e 23 giugno 1999) che hanno riconosciuto l'autonomia dell'ordinamento canonico nell'adoperare i mezzi atti al raggiungimento dei propri fini ed hanno affermato che la sentenza ecclesiale di nullità del matrimonio per incapacità non può mai ritenersi diffamatoria (J. LLOBELL, *Cenni sul diritto di difesa alla luce dell'istr. «Dignitas connubii»*, in *Il diritto di difesa nel processo matrimoniale canonico*, Città del Vaticano, 2006, pp. 72-73).

dovere morale e giuridico della deontologia forense canonica con tutte le conseguenze che ne derivano.

Il pieno rispetto ordinamentale, che dovrebbe improntare ogni autentica forma di convergenza (non di concorrenza) tra giurisdizioni, ci pare che implichi due acquisizioni fondamentali: l'*accettazione della logica propria dell'altro sistema* ed il *riconoscimento della sua specifica funzionalità operativa*. Sotto il profilo, per così dire, *statico*, emerge con tutta chiarezza che nel diritto della Chiesa le cause matrimoniali hanno una collocazione gerarchica superiore a quella rivestita dalla corrispondente tipologia di cause nel diritto dello Stato. Il sistema processuale ecclesiale circonda di speciali prerogative e attenzioni i suddetti giudizi di nullità per la *ratio sacramenti*. Se la *suprema lex* dell'ordinamento canonico è la *salus animarum* (can. 1752 CIC; art. 308 DC), le questioni di *status* in quanto direttamente e immediatamente connesse col fine ultimo dichiarato hanno il rango di beni d'indole primaria per l'intera collettività. La decisione del Consiglio di Stato ha minimalisticamente riconosciuto la «pari dignità giuridica» della sentenza canonica dichiarativa di nullità con quella civile costitutiva del mal supposto scioglimento del vincolo. A prescindere dal limitativo e penalizzante riconoscimento improntato ad un'ottica di sovraordinazione statalista, l'equiparazione in rango (più che in dignità), correttamente intesa, implica anche l'assunzione delle caratteristiche specifiche del dato straordinariamente recepito. Evitando egualitarismi appiattenti, bisogna quindi esaltare l'*originalità della natura del processo matrimoniale canonico*. Nel settore civile non esistono procedimenti affini né uguali forme di penetrazione nella vita familiare; solo un'impostazione autenticamente rispettosa della circostanza evita incomprensioni e contrasti pretestuosi. È bene quindi aver presente, senza complessi, che *ex natura rei* le cause matrimoniali rappresentano la soglia più avanzata (e giustificata) di immissione nella sfera personale dei coniugi.<sup>37</sup>

Da un *punto di vista dinamico*, l'affermazione di una «piena efficacia e forza cogente» della potestà giudiziaria ecclesiastica in materia matrimoniale, sfornito dei concreti mezzi per farlo valere, risulterebbe effimero e illusorio. Anche in questo caso, la decisione riportata, al di là del lodevole intento e dell'apprezzabile risultato pratico, tradisce una visione sminuente e riduttiva delle peculiarità della giurisdizione ecclesiastica nell'"assimilazione" dell'esercizio del diritto di accesso per l'azione di nullità a quella per il conseguimento del divorzio. Il parametro fissato a rigore sarebbe improprio e insufficiente. Anche il diritto di accesso in quanto stru-

<sup>37</sup> «(...) nulla infatti come le cause matrimoniali, in cui le persone sono costrette a mettersi a nudo fino in fondo, tocca così profondamente l'intimità delle persone. Se il diritto all'intimità fosse un diritto assoluto, le cause matrimoniali non potrebbero neppure esistere» (GULLO, *op. cit.*, p. 868).

mentale alla difesa giudiziaria deve conformarsi all'oggetto della tutela ed alle diverse esigenze richieste in foro canonico rispetto a quello civile. L'acquisizione di fondo dovrebbe essere che il vero "garante" della protezione dei dati personali necessari per far valere il diritto di difesa in sede giudiziaria in corso di causa non può che essere il giudice (ecclesiastico o civile) rispettivamente competente. Nessuno più del giudice investito della controversia conosce i termini della questione ed è in grado di valutare la reale indispensabilità dell'acquisizione probatoria. Appare pertanto immotivato e ingiustificato il contegno di riserva e di sospetto nei confronti delle istanze dell'autorità giudiziaria canonica. Non avrebbe senso, ad esempio, che il giudizio di non eccedenza e di pertinenza fosse riservato ad una valutazione prognostica dell'amministrazione o del professionista destinatario della domanda in presenza di una cognizione giudiziaria in atto. La meta, probabilmente ancora da raggiungere in molti paesi, è la piena equiparazione dell'ordine di esibizione dei tribunali ecclesiastici, almeno per ciò che si riferisce alle cause matrimoniali con rilevanza civile, a quello del giudice nazionale, senza ricorrere all'artificioso e, in parte, anacronistico meccanismo della mediazione giudiziaria statale o addirittura alla via rogatoria diplomatica.<sup>38</sup>

#### 4. *Considerazioni infraordinamentali canoniche a proposito della riservatezza processuale*

Le riflessioni sin qui svolte a proposito dei limiti e delle difficoltà nel "dialogo interordinamentale" a proposito della tutela della *privacy* inducono anche ad un breve esame della *situazione infraordinamentale canonica* relativa all'ambito processuale matrimoniale. Senza pretendere di svolgere una esposizione completa del tema, ci preme sottolineare solo che non bisogna confondere la riservatezza con la poca trasparenza o addirittura con l'occultamento degli elementi della decisione. Occorre pertanto distinguere la vera tutela della riservatezza dalle sue forme equivocate e distorcenti. Poiché al riguardo sorgono non poche ambiguità interpretative e applicative in sede canonica, prima di considerare i dati normativi specificamente attinenti alle fattispecie probatorie in questione conviene brevemente esaminare alcuni punti generali della *disciplina della segretezza*.<sup>39</sup>

<sup>38</sup> In Italia è stato frequentemente invocato il disposto dell'art. 59 del *Regolamento* del 16.8.1909, n. 615 che riguarda il rilascio da parte di amministrazioni e direttori di manicomi del certificato di degenza dei malati tramite il Presidente del Tribunale civile. Il limite spesso riscontrato, oltre alla macchinosità della procedura, è il pedissequo attaccamento al dato letterale della norma legittimante un'esibizione parziale e frammentaria dei dati del tutto insufficiente in sede canonica.

<sup>39</sup> Occorre precisare che la segretezza non persegue di per sé l'intento di proteggere

A proposito della segretezza, quasi nessuna difficoltà pongono le indicazioni deontologiche contenute ad esempio nei cann. 1455, 1457, 1546, 1609, così come è molto rispettosa e garantista la prassi di occultare i nomi delle parti nella pubblicazione delle sentenze ecclesiastiche. È stata sottolineata viceversa la necessità di procedere ad un'interpretazione molto restrittiva e comunque non penalizzante del diritto di difesa della seconda parte del can. 1598 § 1.<sup>40</sup> Un discorso analogo vale per il can. 1559, che ad esempio non dovrebbe mai precludere al difensore del vincolo ed al promotore di giustizia di assistere all'espletamento della prova per la logica della funzione e per l'applicazione del can. 18. In definitiva il ricorso alla "segretazione" degli atti e delle prove o delle forme di assunzione costituisce una *extrema ratio* eccezionalmente giustificata e sapientemente realizzata (senza mai "annullare" il diritto di difesa) che non può trasformarsi in una mera facoltà *ad nutum iudicis* o peggio ancora in un espediente per evitare possibili obiezioni e contestazioni. Anche a fronte di talune disfunzioni o di abusi pratici, che rischiano di offuscare l'immagine della Chiesa come *speculum iustitiae*, interessa ribadire però che il problema resta evidentemente più di formazione degli operatori e di buon costume processuale che di perfettibilità dell'assetto normativo.

Venendo più specificamente all'ambito del processo matrimoniale la *Dignitas connubii* ha cercato di correggere deviazioni e stravolgimenti nell'impiego della segretazione.<sup>41</sup> L'istruzione ha infatti sviluppato in sette articoli (artt. 229-235) la succinta disciplina codiciale, introducendo significative chiarificazioni e precisazioni. Affermando che la facoltà di prendere visione degli atti appartiene «alle parti e ai loro avvocati» (art. 229 § 2), il Pontificio consiglio per i testi legislativi ha inteso autorevolmente sottolineare pregiudizialmente come l'esercizio del diritto di difesa riguarda primariamente i coniugi e strumentalmente i rispettivi patroni in ragione dell'ausilio tecnico che so-

l'intimità della sfera personale, circostanza che in un giudizio non avrebbe particolare ragion d'essere, ma interessi più direttamente connessi con lo scopo ultimo del processo. La riservatezza è quindi normalmente funzionale alla protezione stessa delle persone coinvolte (parti, testi, periti, ecc.) nella ricerca della verità.

<sup>40</sup> Cfr. J. LLOBELL, *L'efficace tutela dei diritti (can. 221): presupposto della giuridicità dell'ordinamento canonico*, «Fidelium iura», 8 (1998), pp. 258-261; ID., *I principi del processo canonico: aporia, mimetismo civilistico o esigenza ecclesiale?*, «Il diritto ecclesiastico», 107/1 (1996), pp. 142-143.

<sup>41</sup> Nella prassi diversi tribunali ecclesiastici ricorrono a questa misura per evitare la condanna da parte dei tribunali civili al risarcimento dei danni recati dalle eventuali affermazioni lesive contenute nella sentenza o negli atti del processo matrimoniale canonico (cfr. LLOBELL, *Cenni sul diritto di difesa*, cit., p. 72). L'autore fa giustamente notare come un motivo "economicistico" non integra certo lo scopo dichiarato dal legislatore: «per evitare pericoli gravissimi» (can. 1598 § 1).

no chiamati a svolgere.<sup>42</sup> L'art. 232 della DC ha poi espressamente rafforzato le garanzie contro l'indebito uso degli elementi processuali, dimostrando come la pienezza del diritto di difesa si possa coniugare con la preclusione extragiudiziale dell'utilizzo dei dati. Più problematico e delicato appare invece il secondo mezzo di cautela previsto: l'ostensione *sub secreto* degli atti ai soli difensori (art. 234). La misura, come dimostrato dalla prassi abbastanza diffusa, si presta però ad abusi perché rischia di "espropriare" i diretti interessati della effettiva gestione dell'azione, demandando alla difesa tecnica ogni incombenza relativa alla causa. Come già evidenziato, la *ratio legis* della prescrizione normativa risiede nell'esigenza di scongiurare danni gravi (fisici o morali) alle persone coinvolte nel processo e di evitare conseguentemente remore all'accertamento della verità e non può certo essere giustificata dal desiderio di un più sollecito, pacifico o bonario svolgimento del giudizio.<sup>43</sup> Il giudice ecclesiastico non può considerare quindi la disposizione un'autorizzazione all'impiego di una sorta di rito "camerale" alternativo a quello pubblico, ma una misura estrema di cautela da impiegare con oculatezza e moderazione e limitatamente agli atti (non ai casi) realmente necessari.<sup>44</sup> L'ordinamento ecclesiale, a parte il generale riserbo che circonda le cause nel foro canonico, dispone quindi di strumenti che assicurano un rispetto proporzionato alla delicatezza delle cause matrimoniali.

Acclarata la maggior pregnanza e incidenza della *privacy* nel contegno processuale canonico, frequentemente si obietta che non sarebbe lecito esigere da altri ciò che l'ordinamento non richiede al suo interno. Ci limitiamo solo a contestare l'asserzione secondo cui l'esibizione di cartelle cliniche o di altro materiale medico sarebbe un atto "cortese e riguardoso" ma non "doveroso" *iure canonico* stesso. È utile pertanto fare il punto su alcuni aspetti della normativa vigente che riguardano limiti o preclusioni all'assunzione delle prove, riferendoci sempre per semplicità alla *Dignitas connubii*. L'art. 157 § 2 («Non si ammettano prove sotto segreto, se non per grave motivo, e assicurando agli avvocati delle parti il diritto di averne comunicazione, salvi gli artt. 230, 234 [cf. can. 1598, § 1]») circoscrive l'*admissio sub secreto* a casi eccezionali (il principio è quello della pubblicità delle prove), da ricondurre

<sup>42</sup> Cfr. LLOBELL, *op. ult. cit.*, p. 73, ove si ribadisce come «non sia possibile utilizzare legittimamente i loro patroni (la cui esistenza ha senso come aiuto delle parti) per affievolire il diritto dei titolari del bene oggetto della decisione (il vincolo matrimoniale)».

<sup>43</sup> Cfr. *ibidem*.

<sup>44</sup> Mioli, pur senza sottolineare il diritto di difesa della parte, insiste sulla rigida alternativa (*tertium non datur*) tra materiale di causa, atti e prove, integralmente pubblicati e materiale parzialmente pubblicato e parzialmente secretato, evitando che altri dati (ad es. le *informatio-nes* di credibilità) possano rimanere inspiegabilmente all'oscuro delle difese; e indica l'opportunità di informare debitamente la parte della secretazione disposta e delle facoltà concesse (*op. cit.* § 5).

nella logica e nell'interpretazione della prescrizione alle osservazioni già formulate circa il can. 1598 § 1.<sup>45</sup> La disposizione comunque riguarda la forma (*quomodo*) e non la legittimità (*an*) dell'acquisizione: garantendo la custodia riservata dei dati personali, è semmai un incentivo e non certo un ostacolo alla produzione in giudizio di documenti e di perizie. L'unico vero limite e costituito dalla intrinseca liceità (conformità alla dignità umana) del mezzo probatorio. Per quanto attiene alle testimonianze, l'art. 194 § 2, 2° esonera i medici e le ostetriche dall'obbligo di rispondere «relativamente alle questioni sottoposte al vincolo di tale segreto [d'ufficio]». Orbene, com'è noto l'esenzione è una fattispecie diversa dall'incapacità (ad es. dei sacerdoti per quanto riferito in confessione), il suddetto personale medico può perciò tranquillamente deporre senza dover essere liberato dal vincolo del segreto professionale ed in ogni caso la facoltà *ad eximendum* è circoscritta alle questioni strettamente attinenti al vincolo. La natura dei beni coinvolti nelle cause matrimoniali difficilmente giustificerebbero un contegno omissivo del medico. Venendo ancor più specificamente ai documenti, prescrive l'art. 192: «§ 1. Nessuno è tenuto a esibire i documenti, anche se comuni, che non possono essere resi noti senza pericolo di danno a norma dell'art. 194, § 2, n. 3, o senza pericolo di violare un segreto (cf. can. 1546, § 1). § 2. Se tuttavia è possibile descrivere almeno una piccola parte del documento e produrla in esemplare senza gli inconvenienti menzionati, il giudice può ordinarne l'esibizione (can. 1546, § 2)». Anche in questo caso un'interpretazione superficiale del dettato normativo rischia di creare ingiustificati dubbi o perplessità. La legge canonica non pone alcun divieto, ma un'esenzione dallo stringente obbligo di ottemperanza all'ordine giudiziale di esibizione del documento. Precisato che nelle cause di nullità matrimoniale non si tratta di infliggere un danno bensì di accertare uno stato che giova a tutti conoscere (ai coniugi e alla comunità) per vivere nella verità, la formazione professionale e deontologica del medico (persona o ente che sia) dovrebbe suggerire la forma più consona e rispettosa per fornire i dati necessari non già per negarli. La possibilità inoltre di esibizione parziale dovrebbe eliminare ogni residua difficoltà. Non pare in definitiva che dal punto di vista canonico esistano remore alla acquisizione dei "dati sensibili", esiste un li-

<sup>45</sup> L'espressione «grave motivo» non pare esattamente rapportabile alla dizione «pericoli gravissimi», ad indicare la possibilità in presenza di giustificati e seri motivi di ammettere prove segrete, che, sempre che non siano segretate, dovranno comunque essere pubblicate (tra le due ipotesi può esserci una certa consequenzialità, ma non un vincolo di necessità). In molti casi la segretezza della prova preserva solo la correttezza dell'espletamento e nessun ostacolo si frappone alla sua successiva esibizione. L'ordinamento comunque intende sempre salvaguardare l'assunzione in contraddittorio delle parti, ed è bene che i giudici si attengano alla prescrizione normativa, senza lassismi o cedimenti.

mite di rispetto naturale (il segreto professionale) affidato alla prudente e sempre circoscritta e limitata valutazione discrezionale del detentore delle informazioni o del documento. Il vero dovere morale e giuridico, nei rari casi di reale e insanabile conflitto, impone però di ponderare adeguatamente i vincoli in concreto coinvolti, senza soluzioni pregiudiziali e astratte, secondo il riferimento sostanzialistico (conformità alla dignità umana) e non formalistico del sistema canonico.

MASSIMO DEL POZZO

Per agevolare il ruolo degli operatori e dare un riscontro pratico alla questione trattata pubblichiamo un *fac-simile* di domanda di documentazione clinica predisposto dal Tribunale Ecclesiastico Regionale Lombardo, cortesemente messo a disposizione dal Presidente.

Tribunale Ecclesiastico Regionale Lombardo

Piazza Fontana 2 – 20122 Milano

02/8556.223 fax 02/8556.414

causa n.m.

Spettabile  
Direzione Sanitaria  
Azienda Ospedaliera di

---

Spettabile Direzione Sanitaria,

nella causa di nullità matrimoniale sopra indicata, è emerso che presso il Vostro Ente dovrebbe trovarsi della documentazione clinica relativa a terapie e/o ricoveri psichiatrici subiti dalla parte convenuta, risalente agli anni.

La parte convenuta – signor, nata a e domiciliata in – non ha voluto prendere parte al qui pendente giudizio: quindi non è stato possibile chiederle direttamente l'esibizione di tale documentazione, che si rivela peraltro necessaria ai fini di giustizia, in quanto strettamente collegato con il punto di causa cui il tribunale deve rispondere. Risulta peraltro di immediata evidenza che la giustizia di una decisione giudiziaria dipende dalla sua corrispondenza alla realtà, la conoscenza della quale discende dalla possibilità di una istruttoria adeguata sul caso.

Poiché dunque l'indicata documentazione clinica riveste un'importanza particolare ai fini di giustizia, vengo a farne richiesta direttamente a Codesta Direzione Sanitaria sulla scorta della pronuncia specificamente dedicata alla

documentazione clinica emessa il 9 luglio 2003 dal Garante per la protezione dei dati personali, il cui testo allego per Vostra comodità, qualora già non Vi fosse noto. In questa pronuncia – come anche in risposte fornite in data 26 agosto 2003 ad avvocati in situazioni analoghe alla presente, risposte che pure si allegano – viene affrontata la questione relativa alla possibilità che strutture sanitarie comunichino dati personali inerenti la salute dei loro pazienti a soggetti diversi dai diretti interessati, oppure che consentano l'accesso ai medesimi soggetti agli atti e ai documenti contenenti tali dati.

A tale riguardo, il Garante ha precisato che non è richiesta una autorizzazione *ad hoc* né sua né del soggetto cui i dati sensibili si riferiscono, a condizione che il diritto che il terzo intendende far valere in un giudizio (anche canonico), appunto sulla base delle informazioni o della documentazione richiesta, possa essere considerato di «pari rango» rispetto a quello della *privacy* della persona cui i dati si riferiscono. Nel caso presente, non pare possano sussistere dubbi sul fatto che il diritto del signor (parte attrice in causa) di veder accertato il suo effettivo stato di coniugato o meno (con tutti i diritti e i doveri che ne conseguono) sia almeno di pari rango a quello della signora di veder tutelata la riservatezza circa le proprie condizioni di salute, trattandosi di un diritto della personalità, concernente appunto lo *status* della persona. Ne consegue che questa richiesta di ottenimento di documentazione clinica deve essere ritenuta fondata e, quindi, idonea ad essere accolta.

Anche il cosiddetto Codice della *privacy*, in vigore dal primo gennaio 2004 (decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196), conferma questa impostazione. Infatti, nell'articolo 92, § 2, a), dedicato alle cartelle cliniche, si dispone che: «Eventuali richieste di presa visione o di rilascio di copia della cartella e dell'acclusa scheda di dimissione ospedaliera da parte di soggetti diversi dall'interessato possono essere accolte, in tutto o in parte, solo se la richiesta è giustificata dalla documentata necessità: [...] di far valere o difendere un diritto in sede giudiziaria ai sensi dell'articolo 26, comma 4, lettera c), di rango pari a quello dell'interessato, ovvero consistente in un diritto della personalità o in un altro diritto o libertà fondamentale e inviolabile».

È altresì importante tenere presente che il trattamento di dati sensibili senza autorizzazione dell'interessato e del Garante è consentito dall'articolo 26 § 3 a) del Codice a proposito «dei dati relativi agli aderenti alle confessioni religiose e ai soggetti che con riferimento a finalità di natura esclusivamente religiosa hanno contatti regolari con le medesime confessioni, effettuato dai relativi organi, ovvero da enti civilmente riconosciuti, 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». E, ancora, l'articolo 181, § 6, dispone: «Le confessioni religiose che, prima del-

l'adozione del presente 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». Ebbene, il Codice di diritto canonico e un Decreto generale 20 ottobre 1999 (ossia una legge canonica con vigenza in Italia) della Conferenza episcopale italiana determinano appunto le dette garanzie quanto al trattamento dei dati. In particolare, faccio presente che il materiale da Voi fornito sarà trattato ai soli scopi della causa di nullità matrimoniale in corso, venendo conservato nell'archivio del tribunale, accessibile ai soli incaricati. Gli atti di causa, inoltre, sono consultabili soltanto dalle parti, dai loro difensori, dai tre giudici che devono decidere il caso, nonché dal Cancelliere incaricato della custodia del fascicolo. Copia di essi può essere estratta solo da avvocati muniti di mandato e in relazione al solo svolgimento della causa canonica (non quindi per produrli altrove), con espresso divieto normativo di farne comunicazione a terzi.

Aggiungo ancora che pure in sede giurisdizionale l'argomentazione sin qui riportata è stata ritenuta fondata. Infatti, contro il silenzio-rigetto di un'Azienda sanitaria a fronte della richiesta di esibizione di documentazione clinica, il TAR della Campania, con sentenza 2448/05, ha ordinato il rilascio della documentazione clinica richiesta. Tale decisione del giudice amministrativo è stata confermata dal Consiglio di Stato con la sentenza 21 aprile 2006 (6681/06 Reg. Dec. e 9860/05 Reg. Ric.).

Prego quindi di voler cortesemente spedire copia del materiale clinico richiesto all'indirizzo di questo Ufficio, indicando quanto eventualmente dovuto a titolo di spese e diritti, nonché segnalando il modo più sicuro per l'effettuazione della corresponsione dell'importo da Voi stabilito.

Ringraziando anticipatamente per l'attenzione e la collaborazione, porgo i saluti più distinti.

Milano,

sac. dott. Paolo Bianchi,  
Vicario giudiziale del TERL

Allegati: come da testo

RACCOMANDATA AR