

IUS
ECCLESIAE

Direttore

JOAQUÍN LLOBELL

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,
email: iusecc@pusc.it

*

Nihil obstat: J. T. Martín de Agar

Imprimatur: Vicariato di Roma

Roma, 15 luglio 2009

Autorizzazione del Tribunale di Pisa n. 29 del 3 luglio 2007.

ISSN 1120-6462

ISSN ELETTRONICO 1972-5671

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, Serra, 2009².

IUS ECCLESIAE

RIVISTA INTERNAZIONALE
DI DIRITTO CANONICO

VOL. XXI · N. 2 · 2009

PONTIFICIA UNIVERSITÀ DELLA SANTA CROCE

FABRIZIO SERRA EDITORE

PISA · ROMA

Rivista quadrimestrale

*

Amministrazione e abbonamenti

FABRIZIO SERRA EDITORE S.r.l.

Casella postale n. 1, Succursale n. 8, I 56123 Pisa,
email: fse@libraweb.net

Uffici di Pisa: Via Santa Bibbiana 28, I 56127 Pisa,
tel. +39 050 542332, fax +39 050 574888

Uffici di Roma: Via Carlo Emanuele I 48, I 00185 Roma,
tel. +39 06 70493456, fax +39 06 70476605

*

I prezzi ufficiali di abbonamento cartaceo e/o *Online* sono consultabili
presso il sito Internet della casa editrice www.libraweb.net

*Print and/or Online official subscription prices are available
at Publisher's web-site www.libraweb.net.*

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

*

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[®], Pisa · Roma.

Ogni abuso sarà perseguito a norma di legge.

Proprietà riservata · All rights reserved

© Copyright 2009 by *Fabrizio Serra editore*[®], Pisa · Roma.

*

www.libraweb.net

Stampato in Italia · Printed in Italy

SOMMARIO

DOTTRINA

Studi sulle fondazioni canoniche

- C. BEGUS, *Limitazione temporale delle fondazioni non autonome* 297
F. FALCHI, *Accettazione delle fondazioni pie non autonome: aspetti giuridici* 311
J. MIÑAMBRES, *Fondazioni pie e figure affini* 333

Altri studi

- C. PEÑA GARCÍA, *Defensores del vínculo y patronos de las partes en las causas de nulidad matrimonial: consideraciones sobre el principio de igualdad de partes públicas y privadas en el proceso* 349
E. N. PETERS, *Ecclesiastical Office as Punishment for Crime: Toward the Abrogation of Canon 1336 § 1, 4°* 367
V. PRIETO, *Asistencia religiosa de las Fuerzas armadas en Colombia* 375

RASSEGNA DI BIBLIOGRAFIA

Recensioni

- E. ABBATE, *La libertà religiosa nel sistema costituzionale* (C. M. Fabris) 395
E. BAURA (a cura di), *Studi sulla prelatura dell'Opus Dei. A venticinque anni dalla Costituzione apostolica "Ut sit"* (P. Moneta) 397
I. BOLGIANI (a cura di), *Enti di culto e finanziamento delle confessioni religiose. L'esperienza di un ventennio (1985-2005)* (J. Miñambres) 404
B. C. BRASINGTON, K. G. CUSHING (a cura di), *Bishops, Texts and the Use of Canon Law around 1100. Essays in Honour of Martin Brett* (N. Álvarez de las Asturias) 406
A. CALVO ESPIGA, *El matrimonio entre Escila y Caribdis. Historia y límites de su proceso secularizador en el ordenamiento español* (C. M. Fabris) 408
V. CERULLI IRELLI (a cura di), *Il procedimento amministrativo* (J. Canosa) 411
J. ESCRIVÁ IVARS, *El proceso contencioso declarativo de nulidad de matrimonio canónico* (J. Llobell) 412
W. HARTMANN, K. PENNINGTON (a cura di), *History of Medieval Canon Law* (Vol. 3: *The History of Medieval Canon Law in the Classical Period, 1140-1234. From Gratian to the Decretals of Pope Gregory IX*) (N. Álvarez de las Asturias) 415
C. PAPALE, *Il processo penale canonico: commento al Codice di Diritto Canonico Libro VII, Parte IV* (D. Cito) 418

D. PERSANO (a cura di), <i>Gli edifici di culto tra Stato e confessioni religiose</i> (D. Di Giorgio)	420
G.-H. RUYSSSEN, <i>Eucharistie et Œcuménisme</i> (D. Le Tourneau)	424
J. L. SÁNCHEZ-GIRÓN RENEDO, <i>La cuenta de conciencia al Superior en la</i> <i>Compañía de Jesús</i> (F. Puig)	429
J.-P. SCHOUPE (a cura di), <i>Vingt-cinq ans après le code. Le droit canon en</i> <i>Belgique</i> (D. Le Tourneau)	432
E. TEJERO, <i>Sacramenta, communio et ius. Datos históricos permanentes</i> (N. Álvarez de las Asturias)	436

DOCUMENTI

Atti di Benedetto XVI

Motu proprio « <i>Antiqua ordinatione</i> » di promulgazione della “ <i>lex propria</i> ” del Supremo Tribunale della Segnatura Apostolica, 21 giugno 2008 (con nota di J. LLOBELL, <i>La nuova “lex propria” della Segnatura Apostolica e i principi del processo canonico</i>)	441
Discorso alla Rota Romana, 29 gennaio 2009 (con nota di M. A. ORTIZ, <i>Capacità consensuale ed essenza del matrimonio</i>)	478

Atti della Santa Sede

TRIBUNALE DELLA ROTA ROMANA, Dichiarazione del Collegio sulla <i>nova causae propositio</i> , 27 febbraio 2009 (con nota di J. LLOBELL, <i>Il ricorso contro il diniego del “novum causae examen” da parte della Rota Romana: la “dichiarazione” del Collegio rotale del 27 febbraio 2009</i>)	495
---	-----

COLLABORATORI DI QUESTO FASCICOLO

CRISTIAN BEGUS, Docente di Diritto patrimoniale canonico. Pontificia Università Lateranense.

FRANCESCO FALCHI, Ordinario di Diritto canonico ed ecclesiastico. Università di Sassari.

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

CARMEN PEÑA GARCÍA, Ordinario di Diritto canonico. Universidad Pontificia Comillas (Madrid).

EDWARD N. PETERS, Edmund Cardinal Szoka Chair, Sacred Heart Major Seminary, Detroit, Michigan.

VICENTE PRIETO, Docente di Diritto canonico. Universidad La Sabana (Bogotá, Colombia).

Hanno collaborato anche: N. ÁLVAREZ DE LAS ASTURIAS, J. CANOSA, D. CITO, D. DI GIORGIO, C.-M. FABRIS, D. LE TOURNEAU, J. LLOBELL, P. MONETA, M. A. ORTIZ, F. PUIG.

DOTTRINA

Studi sulle fondazioni canoniche

CRISTIAN BEGUS

LIMITAZIONE TEMPORALE
DELLE FONDAZIONI NON AUTONOME

SOMMARIO: 1. IL *DIUTURNUM TEMPUS* QUALE CARATTERISTICA PROPRIA DELLE PIE FONDAZIONI NON AUTONOME. 2. LE FUNZIONI DEL TERMINE E LE SUE MODALITÀ DI FISSAZIONE CON RIFERIMENTO ALLE PIE FONDAZIONI NON AUTONOME. a) *Il termine come limitazione del diuturnum tempus delle pie fondazioni non autonome.* b) *Il termine come elemento di quantificazione di ciò che è dovuto.* c) *Le modalità di fissazione del termine della pia fondazione non autonoma.* d) *Il ruolo del diritto particolare nella fissazione del termine.* 3. LA DISCIPLINA DELL'ESTENSIONE TEMPORALE DELLE FONDAZIONI COSTITUITE IN VIGENZA DEL CODICE DEL 1917. a) *Le difficoltà presenti nell'argomentazione basata sulla presenza di un diritto acquisito.* b) *Le difficoltà presenti nell'argomentazione basata sull'autonomia dei fedeli e sul rispetto della loro volontà.* c) *Le difficoltà presenti nell'argomentazione basata sul principio di irretroattività.* 4. I VINCOLI PERPETUI E LA LORO REALE DIMENSIONE GIURIDICA. a) *La perpetuità quale caratteristica più propria dei diritti reali.* b) *La perpetuità e l'indeterminatezza in relazione al termine finale dei rapporti obbligatori.* c) *La perpetuità in relazione alle fattispecie di modifica delle pie volontà.*

1. IL *DIUTURNUM TEMPUS* QUALE CARATTERISTICA PROPRIA
DELLE PIE FONDAZIONI NON AUTONOME

GLI atti giuridici sono contraddistinti tra le altre dimensioni anche da quella temporale che finisce per coinvolgere non solo il compimento dell'atto ma anche i suoi effetti. È sufficiente tener presente che l'universo giuridico si compone di una serie di atti che comportano delle modifiche susseguentesi tra di loro e in grado di avere conseguenze su quelle precedenti per comprendere che, se un atto non trova adeguata relazione con il tempo, non inserendosi in questa successione, i suoi effetti non possono trovare neppure in modo sommario un posizionamento nella dimensione temporale, divenendo irrilevanti per il diritto.

Anche per via di questa stretta relazione tra il giuridico ed il temporale e in virtù del fatto che gli atti devono potersi collocare nel tempo anche solo con un'indicazione meramente generica, una delle novità di maggiore importanza introdotte dal codice del 1983 in tema di pie fondazioni non autonome è data dall'impossibilità di costituire pie fondazioni non autonome perpetue (al contrario di quanto stabiliva il c. 1544 § 1 CIC 1917).¹ La nuova regolamen-

¹ Cf. J. T. MARTÍN DE AGAR, *Bienes temporales y misión de la Iglesia*, in *Manual de Derecho*

tazione prende corpo con il dettato del c. 1303 § 1 n. 2 CIC 1983 che stabilisce la necessità di fissare un ampio spazio temporale, per adempiere alle obbligazioni nascenti da un onere connesso con le dette fondazioni. Se questo è sufficiente per eliminare la precedente caratteristica della perpetuità delle stesse, tuttavia non può considerarsi altrettanto sufficiente per stabilire con certezza quali siano i limiti esatti del *diuturnum tempus*, poiché mancherebbe una determinazione sicura ed esaustiva dal punto di vista giuridico. Nello stesso canone si sceglie quindi una soluzione di chiarezza, indicando anche un criterio dalla valenza più pratica, come la concreta fissazione normativa della durata massima – che può essere comunque un tempo prolungato – attraverso il diritto particolare, consentendo così di avere una disciplina più attenta e legata alle realtà e alle circostanze locali nonché di ottenere un effetto di unificazione della regolamentazione all'interno del medesimo territorio.²

Stante la chiarezza con cui il legislatore richiede la previsione di un tempo limitato e dispone che debbano essere date ulteriori determinazioni da parte dalla legge particolare,³ non è possibile far leva sulle discussioni sorte in sede di lavori preparatori del codice relativamente al mantenimento del carattere di perpetuità per giungere ad un'interpretazione differente del canone.⁴ Neppure si rivela utile sottolineare che il c. 1303 § 1 n. 2 CIC 1983, a differenza del c. 1544 CIC 1917, non richiama espressamente la possibilità della perpetuità, ma neppure proibisce la forma perpetua che quindi dovrebbe continuare ad essere ammissibile;⁵ infatti un metodo di interpretazione basato sul principio per cui *ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit* non porta ad un chiarimento definitivo ed anzi conduce a risultati controversi, poiché sulla base dello

Canónico, Pamplona 1991, p. 732; P.G. MARCUZZI, *Le fondazioni pie*, in *I beni temporali della Chiesa (Studi Giuridici L)*, Città del Vaticano 1999, p. 232-235; V. DE PAOLIS, *I beni temporali della Chiesa*, Bologna 1995, p. 233, nota 18; A. Perlasca, *Il concetto di bene ecclesiastico*, Roma 1997, p. 358; I. PÉREZ DE HEREDIA Y VALLE, *Libro V del CIC. Bienes temporales de la Iglesia*, Valencia 2002, p. 225-226; L. DE ECHEVERRÍA, *Fundaciones piadosas*, in *El derecho patrimonial canónico en España*, Salamanca 1985, p. 114-115.

² Si sofferma brevemente su quelle che possono essere le variabili locali da considerare F.R. AZNAR GIL, *La administración de los bienes temporales de la Iglesia*, Salamanca 1993, p. 238. Per cosa si debba poi intendere per *ius particulare* nel caso specifico cf. P.G. MARCUZZI, *Le fondazioni pie*, in *I beni temporali della Chiesa (Studi Giuridici L)*, Città del Vaticano 1999, p. 235.

³ Cf. P. G. MARCUZZI, *Le fondazioni pie*, in *I beni temporali della Chiesa (Studi Giuridici L)*, Città del Vaticano 1999, p. 234, il quale si esprime in termini di “testo evidente del c. 1303 § 1 n. 2”.

⁴ Giunge ad ipotizzare la possibilità di costituire pie fondazioni non autonome perpetue L. CHIAPPETTA, *Il codice di diritto canonico. Commento giuridico – pastorale*, 2 ed., Roma 1996, p. 573, basandosi sull’ “iter del canone”.

⁵ Cf. F. R. AZNAR GIL, *La administración de los bienes temporales de la Iglesia*, Salamanca 1993, p. 233.

stesso principio si può sostenere che la norma non dice che la perpetuità sia ammissibile e quindi la vieta.

Infine non risulta concludente neanche il ricorso ad una critica basata sull'evanescenza dei motivi che hanno portato alla modifica legislativa,⁶ infatti a ben vedere l'innovazione è direttamente legata a gravi ragioni quali le difficoltà nell'adempimento di quanto derivava dagli oneri imposti a causa dello svilimento del valore dei beni delle fondazioni stesse.⁷

2. LE FUNZIONI DEL TERMINE E LE SUE MODALITÀ DI FISSAZIONE CON RIFERIMENTO ALLE PIE FONDAZIONI NON AUTONOME

Il termine può essere inteso sia come preciso momento del tempo – individuato come un punto temporale unico – sia come *spatium temporis* individuato da un momento iniziale e uno finale di un periodo. Proprio questa seconda accezione deve essere accolta nella fattispecie giuridica della pia fondazione non autonoma, poiché si è di fronte a rapporti obbligatori che vanno incontro ad interessi e bisogni durevoli che non potrebbero essere soddisfatti con prestazioni singole ad esecuzione istantanea, ma che richiedono obbligazioni atte a perdurare nel tempo e a non estinguersi *uno actu* perché proprio nella loro durata trova realizzazione quanto voluto dalle parti.

a. Il termine come limitazione del *diuturnum tempus* delle pie fondazioni non autonome

Dato che la potenziale durata indefinita dei suddetti rapporti contrasta con l'interesse dell'ordinamento canonico di contenerli temporalmente entro termini ridotti – in modo da poter garantire con un maggior margine di sicurezza l'adempimento degli oneri – si giunge alla formulazione odierna del

⁶ Richiama “i motivi poco consistenti che hanno indotto il Ceto dei Consultori a stabilire la temporaneità delle fondazioni non autonome” L. CHIAPPETTA, *Il codice di diritto canonico. Commento giuridico – pastorale*, 2 ed., Roma 1996, p. 573.

⁷ Già nella sessione dal 20 al 24 novembre 1967 del *Coetus* dei Consultori sui beni temporali emerge quali fossero le pressanti motivazioni che hanno condotto alla revisione della previsione del codice del 1917: “Omnes Consultores admittunt ob mutatas temporum conditiones patrimonialium vel dotes piarum foundationum non amplius praestare redditus fixos in perpetuum. Per evolutionem rerum oeconomiarum saepe patrimonialia vilescunt et ob deminutos redditus onera piarum foundationum integra servari non possunt” (*Comm.*, 36 [2004], p. 278). Proprio partendo da queste stesse motivazioni “maior pars Consultorum...arguunt pias foundationes *perpetuas* non amplius haberi posse, sed tantum *in diuturnum tempus*” (*Comm.*, 36 [2004], p. 278). Identiche preoccupazioni compaiono nella sessione dal 12 al 16 novembre 1979: “Plures suggesterunt ut non admittantur onera «in perpetuum», de quibus in § 1, n. 2, quia conditiones hodiernae oeconomiae tales sunt ut difficulter redditus stabiles haberi possint ad onera *in perpetuum* implenda. Consultores omnes, uno tantum excepto, hanc suggestionem recipiunt et approbant” (*Comm.*, 12 [1980], p. 431).

c. 1303 § 1 n. 2 CIC 1983, evitando sia la perpetuità sia l'indeterminatezza e al contempo assicurando una temporaneità effettiva; tale esigenza viene soddisfatta attraverso la necessaria apposizione di un termine che potrà essere individuato dal disponente o stabilito in via suppletiva dal diritto particolare e che va ad incidere direttamente sul momento finale dell'obbligazione. Il risultato complessivo di questa operazione risiede quindi nel fatto che l'obbligazione risulta essere caratterizzata da quella limitazione temporale che è volta ad indicare come l'adempimento si debba verificare in un determinato periodo, divenendo una modalità attraverso cui si garantisce un prospetto ed una programmazione utili agli interessi perseguiti con la pia fondazione, i quali sono definitivamente collocati nel tempo.

b. *Il termine come elemento di quantificazione di ciò che è dovuto*

Vi è di più, in quanto il termine non si limita nel caso specifico a circoscrivere dall'esterno la fattispecie giuridica, operando quale elemento accidentale della stessa, ma finisce per divenire qualcosa di simile ad un elemento costitutivo. Infatti il rapporto che si instaura tra il termine ed un'obbligazione caratterizzata dalla durata è stretto fino al punto da inglobarlo nella sua stessa struttura e renderlo parte della sua natura. Quindi la pia fondazione trova una sua connotazione specifica nel *diuturnum tempus*, che per quanto detto sopra si associa ad un termine finale volto non solo a determinare lo spazio temporale entro cui devono essere soddisfatti gli interessi, ma anche a quantificare la prestazione dovuta che è misurata in relazione al lasso di tempo in cui si svolge.⁸ Conseguenza fondamentale di tutto ciò è che la determinazione eteronoma del termine, completando il contenuto del contratto, è consentita solo ad opera della legge o, nei casi previsti dalla legge, da parte dei soggetti da questa individuati.

c. *Le modalità di fissazione del termine della pia fondazione non autonoma*

Se la durata e l'apposizione di un termine finale vanno a connotare l'adempimento di obblighi, al punto che per la fattispecie pia fondazione non autonoma risulta impossibile sottrarsi ad una specifica determinazione temporale, occorre soffermarsi sulle modalità di fissazione del termine e sul grado di certezza che lo stesso deve avere. Infatti, il termine è certo nel quando, se vi è una specificazione determinata in tal senso ad opera delle parti o se, mancando la volontà delle parti, sia previsto dalla legge che va ad individuare un concreto momento del tempo. È altresì certo se ci si riferisce ad un avvenimento che accadrà sicuramente, ma la cui data è ignota

⁸ Per un'individuazione delle differenti funzioni del termine cf. A. DI MAJO, *Termine*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano 1979, vol. XLIV, p. 199.

alle parti (fatto che farebbe ricadere tutto nell'alveo della semplice incertezza soggettiva). Per evitare che il problema centrale divenga definire il carattere di certezza del termine, con il rischio di ridurre il tutto ad un semplice interrogativo sulla estrema probabilità del momento di verifica di un evento (con un possibile riferimento a regole economiche aleatorie, qualora si dovesse indicare il termine con riferimento all'esaurimento delle rendite della massa dei beni della pia fondazione), diviene opportuno, se non necessario, adire ad una fissazione del termine, richiamando un preciso momento, come del resto pare suggerire, pur nella ristrettezza della sua formulazione, il c. 1303 § 1 n. 2 CIC 1983. Dovendosi stabilire attraverso il diritto particolare delle norme per loro natura generali ed astratte, diviene infatti improbabile il richiamo a valutazioni che richiedano elementi concreti da verificare nel singolo caso, come la potenziale produttività di redditi da parte di un certo patrimonio.

d. *Il ruolo del diritto particolare nella fissazione del termine*

Data la necessità di procedere alla fissazione di un termine, divengono fonti utili alla determinazione sia la volontà delle parti sia la legge che, intervenendo in via autoritativa per le già ricordate varie esigenze proprie della pia fondazione autonoma, va ad integrare il contenuto dell'atto dal punto di vista della durata.⁹

Le norme dettate dal diritto particolare nella determinazione del *diuturnum tempus* hanno natura suppletiva e funzione integrativa dell'atto, infatti, in assenza di una previsione espressa, vanno a completarne e definirne contenuto ed effetti. Questo fenomeno non può essere ridotto ad una mera precisazione di quanto già genericamente contenuto nella manifestazione di volontà e ricondotto supinamente alla volontà presunta del soggetto; si è al contrario di fronte ad una vera e propria integrazione, al punto che il fedele non può impedirgli se non con una corretta collocazione degli oneri della pia fondazione nel tempo, restando del tutto irrilevante una semplice volontà contraria.

Dal momento che vi sono interessi molteplici, privati e pubblici, che conducono alla determinazione della durata dei rapporti giuridici, nel caso specifico non è corretto presumere che la presenza di un termine risponda al principio di *favor debitoris*, che privilegia l'interesse dell'obbligato a liberarsi al più presto dell'obbligazione. L'intervento del diritto nella fissazione del termine è, infatti, a garanzia non solo dell'obbligato (che vede in questo modo limitare il tempo della sua prestazione), ma anche del disponente che

⁹ Sulla possibilità di giungere ad una definizione del termine a mezzo di una duplice fonte, ossia la volontà del soggetto o il diritto cf. I. PÉREZ DE HEREDIA Y VALLE, *Libro V del CIC. Bienes temporales de la Iglesia*, Valencia 2002, p. 225-226.

ha perlomeno la certezza che in quello spazio temporale la sua volontà sarà adempiuta. In altre parole, detto intervento non ha la finalità di garantire la cessazione del rapporto, ma piuttosto di consentire che quanto stabilito tra le parti possa avere sicuro adempimento e che il fine stabilito possa realizzarsi.

3. LA DISCIPLINA DELL'ESTENSIONE TEMPORALE DELLE FONDAZIONI COSTITUITE IN VIGENZA DEL CODICE DEL 1917

Secondo la dottrina le pie fondazioni non autonome, che siano state costituite sotto la vigenza del codice del 1917 ed abbiano, in conformità con quanto concesso da quest'ultimo, il carattere della perpetuità, rimangono tali in base a molteplici argomentazioni: 1) innanzitutto per via del disposto del c. 4 CIC 1983, essendo il fondatore titolare di un diritto acquisito per l'adempimento della sua volontà;¹⁰ 2) poi perchè, una volta accettata la volontà del disponente sulla pia fondazione, si deve adempiere alle obbligazioni relative con modalità di rispetto della stessa che sono chiaramente manifestate dal *diligentissime* contenuto nel c. 1514 CIC 1917 e nel c. 1300 CIC 1983;¹¹ 3) infine perchè sulla base del c. 9 CIC 1983 le leggi riguardano il futuro a meno che non si disponga per il passato *nominatim*.¹²

a. Le difficoltà presenti nell'argomentazione basata sulla presenza di un diritto acquisito

Tradizionalmente si indicano due modi di acquisto dei diritti per cause pie: 1) le disposizioni *inter vivos* tra le quali spicca la donazione e che hanno valore essendo il disponente in vita; 2) le disposizioni *mortis causa* che hanno

¹⁰ In questo senso cf. P.G. MARCUZZI, *Le fondazioni pie*, in *I beni temporali della Chiesa (Studi Giuridici I)*, Città del Vaticano 1999, p. 236. Pone la questione J.M. VÁZQUEZ GARCÍA-PEÑUELA, *Comentario al c. 1300*, in *Comentario Exegético al Código de Derecho Canónico*, Pamplona 1997, p. 201, e mostra perplessità sul fatto che l'apposizione di un limite alla durata delle pie fondazioni non autonome sia rispettoso dei diritti acquisiti.

¹¹ Cf. P.G. MARCUZZI, *Le fondazioni pie*, in *I beni temporali della Chiesa (Studi Giuridici I)*, Città del Vaticano 1999, p. 236-237.

¹² Esclude la possibilità di applicare la nuova disciplina alle pie fondazioni autonome costituite in vigenza del codice del 1917 A. LAURO, *La Congregazione per il Clero*, in *La Curia Romana nella Cost. Ap. «Pastor Bonus» (Studi Giuridici vol. XXI)*, Città del Vaticano 1990, p. 340, richiamando sia l'esistenza di un diritto acquisito sia il c. 9 CIC 1983. Nello stesso senso, con riferimento a quest'ultima argomentazione, cf. L. TRIVERO, *Pie volontà e pie fondazioni*, in *I beni temporali della Chiesa (Quaderni della Mendola 4)*, Milano 1997, p. 110. Differente posizione assume I. PÉREZ DE HEREDIA Y VALLE, *Libro V del CIC. Bienes temporales de la Iglesia*, Valencia 2002, p. 225, nota 36, propenso ad una unificazione delle discipline di durata delle fondazioni: "si el Ordinario estableciera (en derecho particular) un tiempo máximo de existencia para las nuevas, deberían las fundaciones anteriores al Código, si no han sufrido ningún deterioro, establecerse para ese tiempo".

ovviamente effetto dalla morte del disponente e tra le quali si possono enumerare le donazioni *mortis causa* e il testamento (con istituzione di erede o di legatario). In considerazione del disposto dei cc. 1300 CIC 1983 e 1514 CIC 1917 che fanno riferimento alle donazioni e ai lasciti in favore di cause pie per atti *inter vivos* o *mortis causa* e dei cc. 1303 § 1 n. 2 CIC 1983 e 1544 CIC 1917 che richiamano l'onere nascente in funzione dei detti atti di disposizione gratuita, si può ritenere che nella sistematica dei codici l'istituto di riferimento, per conferire quanto necessario alla costituzione delle pie fondazioni non autonome, sia quello della disposizione modale la quale deve essere tuttavia valutata in considerazione delle peculiarità proprie del diritto canonico (non assumendo passivamente tutto quello che è proposto negli ordinamenti civili) senza però dimenticare la necessità di un approccio aperto alla comparazione e volto comunque ad un dialogo e ad una comprensione reciproca sugli istituti trattati.¹³

Nel caso esaminato l'onere altro non è che un *modus* connesso ad un atto di liberalità. L'obbligazione modale nasce dalla volontà dei soggetti, ossia del testatore o dei contraenti della donazione o comunque dei soggetti del rapporto modale, e in tal senso l'atto che comprende una disposizione modale non va incontro ad una limitazione della volontà delle parti, quanto piuttosto ad un ampliamento della stessa. Il *modus* viene posto solitamente tra gli elementi accessori dell'atto di liberalità attraverso cui si pone un'obbligazione a carico di chi beneficia della disposizione, aggravandone la condizione per mezzo dell'imposizione della relativa prestazione.¹⁴ Lo scopo rilevante è quello di evitare qualunque parvenza di corrispettività; infatti la presenza di un onere non va ad influire in alcuna maniera sul carattere tipico della disposizione a titolo gratuito e non va a modificare gli effetti tipici del contratto principale, ma a quelli già presenti e legati alla natura di questo ne aggiunge degli ulteriori che limitano semplicemente i primi¹⁵ e che vanno a garantire che la base patrimoniale non sia destinata ad ulteriori finalità, così da contemperare il beneficio del ricevente con l'interesse del disponente, ossia la causa dell'atto di liberalità con la presenza di particolari motivi della stessa.¹⁶ Proprio per l'intrinseca caratteristica dell'istituto di conservare la

¹³ Con atteggiamento favorevole ad un approccio di comparazione, ma richiamando le peculiarità del diritto canonico, cf J. M. VÁZQUEZ GARCÍA-PEÑUELA, *Comentario al c. 1300*, in *Comentario Exegético al Código de Derecho Canónico*, Pamplona 1997, p. 202.

¹⁴ Cf. C. SCUTO, *Le donazioni*, Catania 1928, p. 107 ss.; F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli 1962, p. 205-207.

¹⁵ Cf. F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli 1962, p. 192 ss.; E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Torino 1960, p. 552.

¹⁶ Sul punto cf. V. G. CAPOZZI, *Successioni e donazioni*, Milano 2002, p. 826 ss.; A. PALAZZO, *I singoli contratti. Atti gratuiti e donazioni*, in *Trattato di diritto civile* (diretto da R. Sacco), Torino 2000, p. 281-282.

connotazione di gratuità dell'atto, il *modus* è incompatibile con la funzione corrispettiva ed infatti negli atti onerosi non ne è concepibile l'apposizione poiché non sarebbe possibile distinguerlo da un corrispettivo.¹⁷

Orbene, la disposizione modale crea un rapporto obbligatorio tra onerato e beneficiario, ma se è semplice rinvenire la presenza di una obbligazione, della sua fonte e di un soggetto debitore, più complesso diviene individuare un diritto ed un soggetto titolare dello stesso.¹⁸ Per chiarire meglio la prospettiva è utile riportarsi al tipico esempio della pia volontà in cui il fondatore sia mosso da un interesse *pro anima sua* alla celebrazione di Messe.

Un primo problema è relativo alla presenza e titolarità di un diritto negli atti *mortis causa*; infatti, se si prende il caso del legato con *modus*, il soggetto titolare del diritto non può essere certamente il *de cuius* o la sua anima che evidentemente non è soggetto giuridico. Ci si trova di fronte ad un'obbligazione radicalmente priva di creditore, poiché la personalità giuridica del soggetto cessa al momento della nascita dell'obbligazione. Ma in assenza di un titolare il diritto non può esistere; questa è una regola che ammette solo qualche correttivo specificamente determinato come accade nel caso dell'eredità giacente in cui per l'ordinamento italiano la titolarità dei diritti si acquista solo con l'accettazione a differenza di quanto avviene negli ordinamenti francese e tedesco in cui il patrimonio è trasferito automaticamente all'erede.

Nel caso di donazione modale le difficoltà sono simili poiché, anche se si può immaginare che il creditore sia lo stesso donante e che acquisti un diritto in base al *modus*, tuttavia sorgono evidenti difficoltà alla morte del disponente. Si dovrebbe supporre che la situazione giuridica possa essere trasmissibile in via ereditaria, ma una nuova difficoltà si prospetterebbe quando il soggetto con un atto di volontà andasse a regolamentare la propria successione a mezzo di un testamento, in quanto ci si troverebbe di fronte ad una manifestazione della facoltà di disporre dei propri diritti. Anche volendo tralasciare la stravaganza di un soggetto che pensi di cedere ad altri il proprio diritto in materia di celebrazione di Messe, resterebbe un'ulteriore difficoltà legata al fatto che se si volesse teorizzare la possibilità di una libera disposizione di diritti relativi alla celebrazione delle Messe, si dovrebbe tener

¹⁷ Con questa ricostruzione del fenomeno giuridico si giunge a dare un inquadramento più confacente alla natura delle pie fondazioni globalmente considerate e si mette da parte la sinallagmaticità tra le prestazioni che non risulta adeguata a tutti i profili coinvolti dalla materia trattata, al punto che non è stata proposta nel codice del 1983, ma che si rinveniva nel codice del 1917 al c. 1544 § 2: "fundatio, legitime acceptata, naturam induit contractus synallagmatici: do ut facias".

¹⁸ Parte della dottrina ritiene peraltro che il *modus* si contraddistingue proprio perché non attribuisce direttamente un autonomo diritto al beneficiario (cf. A. CICU, *Il testamento*, Milano 1951, p. 202 ss.).

conto del fatto che la facoltà di disporre può trovare realizzazione non solo nel lasciare per testamento, ma anche nel vendere e nel donare. In conclusione si dovrebbe ammettere l'ipotesi, francamente irrealistica, della vendita dei suddetti diritti.

Resterebbe l'eventualità di un diritto che passa all'erede in assenza di testamento, in quanto il successore universale succede nella totalità dei rapporti trasmissibili del defunto, essendo la successione legittima un modo di trasferimento dei diritti. Ma per regola generale si trasmettono i diritti relativi, ossia i diritti di credito del defunto, con esclusione però dei diritti che abbiano carattere strettamente personale come quelli che per loro natura non possono che spettare all'originario titolare. Data l'estrema difficoltà di negare la natura personale dei diritti in questione, anche in questo caso si dovrebbe immaginare un diritto rimasto senza un titolare che possa esercitarlo al momento della morte del donante e questo, come sopra ricordato, non è possibile.

Al massimo si può supporre che gli eredi possano essere portatori di un proprio interesse morale all'adempimento del *modus* o che a loro si trasferiscano gli interessi più intimi del *de cuius*. Ma, ancora, dal c. 4 CIC 1983 sono fatti salvi, in quanto permangono integri, i diritti acquisiti e non gli interessi cui non è collegato uno specifico diritto. In conclusione in assenza di un diritto o di un titolare del diritto stesso difficilmente si potrà parlare di tutela dei diritti acquisiti.

b. *Le difficoltà presenti nell'argomentazione basata sull'autonomia dei fedeli e sul rispetto della loro volontà*

Le pie fondazioni non autonome nascono sulla base di un atto di autonomia privata con il quale il disponente dichiara di devolvere i beni necessari per realizzare uno dei fini espressamente previsti dal c. 1303 CIC 1983 che enumera la celebrazione di Messe ed altre funzioni specifiche ecclesiastiche o le finalità di cui al c. 114 § 2 CIC 1983.

In generale gli spazi concessi all'autonomia dei privati sono molto ampi per via del principio, accolto in numerosi ordinamenti giuridici, per cui la volontà del disponente è vincolante su ampi aspetti della vita e dell'organizzazione della fondazione.¹⁹ L'autonomia trova poi particolare sostegno nella tutela giuridica garantita dall'ordinamento alla volontà della persona, in quanto, una volta legittimamente accettata, la si deve rispettare sia per la finalità della causa pia da perseguire sia per l'amministrazione e l'erogazione dei beni sia per le modalità di esecuzione.²⁰ In particolar modo il *diligentissimi*

¹⁹ Cf. P. RESCIGNO, *Le fondazioni prospettive e linee di riforma*, in *Le fondazioni in Italia e all'estero*, Padova 1989, p. 473 ss.

²⁰ In dottrina cf. L. DE ECHEVERRÍA, *Fundaciones piadosas*, in *El derecho patrimonial canónico en España*, Salamanca 1985, p. 106, che riprende una terminologia propria della contrattua-

me associato nel c. 1300 CIC 1983 all'adempimento delle volontà del disponente dimostra come non sia sufficiente la diligenza del buon padre di famiglia, ma debba ricorrersi ad un criterio più stringente.

Tuttavia il rispetto dell'autonomia dei fedeli e della loro volontà non può considerarsi esente da ogni limite, data la dimensione ecclesiale che viene toccata nel caso specifico; quindi nell'ordinamento canonico si garantisce ampio spazio a limitazioni della volontà del disponente e ad interventi dell'autorità cui, di conseguenza, si attribuiscono tutte le facoltà atte a garantire il necessario collegamento tra la volontà del donante e la funzione ecclesiale che i beni devono svolgere.

A titolo meramente esemplificativo si può ricordare che il termine finale da apporsi necessariamente all'esistenza di una pia fondazione non autonoma si presenta quale limitazione alla potenziale volontà delle parti e alla loro autonomia; questo può accadere: 1) in quanto le parti pongano un termine perchè obbligatorio, ma senza che sia consono alla loro volontà o desiderio; 2) in quanto lo stesso sia posto in via integrativa della legge. Non è poi possibile escludere attraverso la propria volontà che l'Ordinario intervenga nell'esecuzione delle cause pie o che eserciti il suo diritto di vigilanza (c. 1301 CIC 1983). Si può infine derogare alla volontà del disponente secondo quanto stabilito ai cc. 1308 e ss. CIC 1983, pur con l'idea di discostarsi in termini minimi, quando ciò si renda indispensabile per provvedere alla miglior conservazione della pia fondazione,²¹ attraverso alcuni rimedi da utilizzarsi da parte della competente autorità che consentono modifiche previste e regolamentate.

Del resto non è passivamente recepitibile nell'ordinamento canonico una teoria che faccia dell'autonomia data ai privati un potere assoluto ed intangibile di regolamentare i propri interessi, prescindendo da ogni considerazione che tenga in debito conto anche gli interessi oggettivi della comunità ecclesiale e che metta in risalto a tal punto la preminenza della volontà del singolo da considerare ogni limitazione posta dall'ordinamento come un grave *vulnus* per la stessa.

listica: "la voluntad del disponente es la ley de la fundación"; V. DE PAOLIS, *I beni temporali della Chiesa*, Bologna 1995, p. 229, fonda l'obbligo di rispettare la volontà e la particolare forza di cui è fornito sia nel diritto naturale sia nel motivo religioso alla base della disposizione. Per le applicazioni giurisprudenziali cf. coram Pompedda, decisio diei 29 maii 1989, in *RRDec.*, vol. LXXXI, p. 392, n. 6.

²¹ Cf. M. LÓPEZ ALARCÓN, *Comentario al c. 1300*, in *Código de Derecho Canónico e Legges Complementari*, Roma 2004, p. 866; J. M. VÁZQUEZ GARCÍA-PEÑUELA, *Comentario al c. 1300*, in *Comentario Exegético al Código de Derecho Canónico*, Pamplona 1997, p. 183.

c. *Le difficoltà presenti nell'argomentazione basata sul principio di irretroattività*

Un principio logico e giuridico, che si collega alle esigenze di certezza del diritto, vuole che la legge produca effetti solo dal momento in cui entra in vigore e quindi non abbia efficacia retroattiva. Tuttavia la retroattività della legge, pur essendo un'eccezione ad una regola generale che altera il principio di uguaglianza, è ammessa quando la stessa risulti espressamente dalla legge, ovviamente in presenza di un motivo ragionevole che la giustifichi.

Detto questo in via di prima approssimazione, non sorge alcuna questione quando i rapporti hanno esaurito tutti i loro effetti durante la vigenza della vecchia norma, mentre si presenta un problema quando i rapporti producono effetti anche nel momento in cui risulta abrogata la norma sotto il cui vigore furono posti in essere. Infatti, per inquadrare correttamente l'apporto del principio di irretroattività, si deve precisare che la legge è retroattiva quando influisce sul fatto compiuto oppure quando introduce una disciplina nuova per gli effetti che si sono in realtà già esauriti mentre era in vigore la norma precedente oppure quando va a dare una nuova disciplina di tutti gli effetti nascenti da un rapporto sorto prima dell'entrata in vigore della nuova legge, senza provvedere a distinguere tra gli effetti realizzati prima o dopo la nuova disposizione. Se quindi la nuova normativa si limita a regolare gli effetti presenti, non per questo incorre nella retroattività; anzi impedire l'applicazione della legge in questo senso, vorrebbe dire rendere ultrattiva la regola precedente che manterrebbe ambiti di operatività dai quali sarebbe esclusa la forza abrogativa della nuova norma.²²

In quest'ottica il principio di irretroattività rischia di essere invocabile in modo non definitivo per il caso in oggetto.

4. I VINCOLI PERPETUI E LA LORO REALE DIMENSIONE GIURIDICA

Gli ordinamenti odierni generalmente non prevedono norme di tutela dei vincoli perpetui. Al contrario questi sono visti con particolare sfavore, manifestato in diverse modalità, quali il diritto a recedere o la necessità della previsione di un termine o la facoltà di far ricorso ad un giudice o ad un'autorità comunque competente perchè venga fissato un termine.

²² I citati criteri, che comportano una netta divisione tra il fatto ed i suoi effetti, conducono certamente all'ulteriore problema (da non sottovalutare) di dover verificare se e in che termini la modifica degli effetti giuridici che conseguono da un fatto si converta nella modifica della rilevanza giuridica del fatto stesso ed inoltre in che termini si possa distinguere tra gli effetti per individuare quali tra questi possano comportare che la disciplina del fatto rimanga immutata. Richiama in modo dettagliato la problematica G. FURGIUELE, *Diritti acquisiti*, in *Digesto delle Discipline Privatistiche. Sezione civile*, Torino 1989, p. 378.

Ne consegue che si rinviene diffusamente una caratteristica di temporaneità del rapporto obbligatorio il quale assume così una durata definita o definibile, tanto è vero che negli ordinamenti contemporanei la possibilità di costituire un rapporto caratterizzato dalla perpetuità è riservata a limitati istituti, quale ad esempio quello della rendita perpetua che peraltro è un residuo della rendita con carattere reale ormai appartenente alla storia del diritto.²³

a. *La perpetuità quale caratteristica più propria dei diritti reali*

La perpetuità può essere più realisticamente ipotizzata quando non vi siano soggetti sottoposti ad un vincolo.²⁴ Esempio tipico è quello della perpetuità della proprietà che peraltro non è soggetta ad alcuna prescrizione, proprio perchè attraverso questa sanzione non si andrebbe ad avvantaggiare, liberandolo, alcun altro soggetto. Invece normalmente i rapporti obbligatori sono caratterizzati dalla temporaneità e dall'estinzione del diritto che non sia stato utilizzato per il tempo stabilito perchè si deve tendere a circoscrivere le limitazioni della libertà dei soggetti.

Anche se gli effetti di perseguimento del fine preposto sarebbero meglio garantiti con un vincolo reale apposto alla destinazione dei beni e non meramente obbligatorio,²⁵ deve ritenersi che nelle pie fondazioni non autonome vi siano attribuzioni patrimoniali a mezzo di una disposizione modale in favore di una persona giuridica pubblica; con detta disposizione sorge un vincolo non reale a carico del destinatario il quale può disporre dei beni con atti che comportano il trasferimento senza che il vincolo di destinazione segua il bene nella circolazione rimanendo opponibile a tutti i successivi proprietari, ossia senza che vi sia un diritto di sequela.

Non diviene indice di potenziale realtà (e perpetuità) neanche la mancata soggezione degli oneri delle Messe alla prescrizione, che è rimasta invariata sia in vigore del codice del 1917 (c. 1509) sia di quello del 1983 (c. 199 n. 5), pur essendo stata eliminata la possibilità di costituire fondazioni perpetue, fatto che di per sé dimostra in maniera più che sufficiente come l'eccezione al decorrere della prescrizione in questo caso non sia legata alla natura o al modo di essere di un'obbligazione, quanto piuttosto alla necessità di un corretto e globale adempimento il quale esclude la liberazione del soggetto passivo per via del mero decorso del tempo. In assenza di veri e propri caratteri di

²³ Cf. A. TORRENTE, *Della rendita perpetua. Art. 1861-64*, in *Commentario del codice civile* (a cura di A. Scialoja, G. Branca), Bologna-Roma 1969, p. 9.

²⁴ Cf. P. RESCIGNO, *Obbligazioni (nozioni)*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano 1979, vol. XXIX, p. 177.

²⁵ Cf. M. DE GIORGI, *Le fondazioni*, in *Trattato di diritto privato* (diretto da P. Rescigno), vol. 2, Torino 1999, p. 441-442.

realità, e anche solo di indici in tal senso, appare dunque chiaro il carattere obbligatorio della pia fondazione non autonoma.

b. *La perpetuità e l'indeterminatezza in relazione al termine finale dei rapporti obbligatori*

Si deve sottolineare sulla base di quanto detto la particolarità di un rapporto obbligatorio caratterizzato dalla perpetuità. E questo carattere non diviene meno peculiare se associato alla natura dei rapporti di durata, poiché la caratteristica della perpetuità non può essere in modo arbitrario attribuita a tutti i detti rapporti che spesso hanno il connotato della indeterminatezza, ma possono essere addirittura a tempo determinato.

Quindi, ad evitare fraintendimenti ed anche a vantaggio della chiarezza di quanto segue, si rende necessario precisare che non è sufficiente, per individuare la caratteristica della perpetuità, sottolineare il mancato assoggettamento dell'obbligazione ad un termine finale.²⁶ Si rischierebbe in tal modo di non porre la corretta distinzione tra perpetuità e indeterminatezza della durata che invece può essere enunciata in termini sufficientemente chiari perlomeno a livello teorico. Infatti nel primo caso il rapporto non ha e non può avere fine, mentre nel secondo, anche quando non sia determinata la fine, è rimessa alle parti la possibilità di fissarla con le modalità previste dall'ordinamento.²⁷

c. *La perpetuità in relazione alle fattispecie di modifica delle pie volontà*

Se, come si è appena chiarito, la perpetuità è caratterizzata da quella particolarità di rendersi del tutto incompatibile con ogni ipotesi di limitazione della durata, si deve giustificare la possibilità dell'intervento di cause posteriori che possano portare all'estinzione delle obbligazioni. Queste, da un punto di vista meramente teorico, non escludono di per sé l'esistenza della perpetuità che risulta incompatibile solo con la presenza di una causa estintiva contemporanea (e non semplicemente eventuale seppur prevedibile) alla nascita dell'obbligazione.²⁸ Tuttavia, se l'ordinamento consente al debitore di svincolarsi dall'obbligazione sotto determinate condizioni, il concetto di perpetuità viene ad essere ampiamente ridotto se non addirittura svuotato del contenuto più suo proprio e si avvicina oltremodo a quello di indeter-

²⁶ Cf. M. FRANZONI, *Degli effetti del contratto. Art. 1372-1373*, in *Il codice civile. Commentario* (diretto da P. Schlesinger), Milano 1998, p. 324-325.

²⁷ Cf. A. TORRENTE, *Della rendita perpetua. Art. 1861-64*, in *Commentario del codice civile* (a cura di A. Scialoja, G. Branca), Bologna-Roma 1969, p. 9.

²⁸ Cf. E. SCUTO, *Rendita Perpetua*, in *Nuovissimo Digesto Italiano*, Torino 1968, vol. xv, p. 448 ss.

minatezza, restando privo nella realizzazione pratica di una distinzione di fondo rispetto a quest'ultima.²⁹

In tale ottica, quello che viene in considerazione nell'ordinamento canonico non è dunque l'impossibilità di adempiere, che ovviamente estingue l'onere, ma le tipologie di modifica degli oneri e delle obbligazioni da essi derivanti. Se non hanno rilevanza particolare la riduzione, che consiste in una mera diminuzione in considerazione del numero degli atti, né il trasferimento, ossia la modifica del luogo in cui adempiere all'onere, è invece da tenere in massima considerazione la commutazione (prevista al c. 1310 § 1 CIC 1983 e al c. 1517 CIC 1917 anche se, in quest'ultimo canone, con riferimento alle sole ultime volontà nel presupposto che in caso di modifica di pia volontà sarebbe stato coinvolto il disponente ancora in vita) che comporta la destinazione dei beni ad un altro uso con la sostituzione di un onere ad un altro. Orbene, mutare l'onere e con esso l'obbligazione di riferimento e costituire una nuova obbligazione diversa da quella precedente, sostituendo la originaria con la nuova, porta ad estinguere la precedente obbligazione originaria. Si configura in tal modo una potenziale limitazione nell'esistenza di quest'ultima, incompatibile nella sostanza con il suddetto contenuto della perpetuità che finisce per essere un'opzione meramente teorica più che un qualcosa di realmente perseguibile.

²⁹ Non si nega che dal punto di vista teorico così facendo si rischia di ridurre un rapporto perpetuo ad uno senza termine finale. Sul punto cf. M. FRANZONI, *Degli effetti del contratto. Art. 1372-1373*, in *Il codice civile. Commentario* (diretto da P. Schlesinger), Milano 1998, p. 325.

FRANCESCO FALCHI

ACCETTAZIONE DELLE FONDAZIONI PIE NON AUTONOME: ASPETTI GIURIDICI

SOMMARIO: 1. Diritto a disporre per un fine pio. 2. Le offerte: accettazione ed eventuale rifiuto. 3. Nozione di pia fondazione non autonoma: a. La formazione del can. 1544, Codice 1917; b. Attività di revisione e testo vigente. 4. Finalità pie. 5. Accettazione: a. Ambito di competenza del diritto particolare; b. I requisiti per l'accettazione; b, 1. La licenza dell'ordinario; b, 2. Licenza, requisito di validità; b, 3. Forma dell'accettazione. 6. Responsabilità in caso di rifiuto e di accettazione. 7. Osservazioni conclusive.

1. DIRITTO DI DONARE PER UN FINE PIO

L'ACCETTAZIONE delle fondazioni pie non autonome è un argomento meritevole di essere esaminato sotto vari profili, sia pure limitatamente alle linee generali, a partire dal diritto a porre in essere liberalità a scopo pio.

Come è noto il Codice vigente afferma che i fedeli in quanto partecipano alla missione della Chiesa "ius habent ut propriis quoque inceptis, secundum quisque statum et condiciones, apostolicam actionem promoveant vel sustineant".¹ Ciò significa che sono titolari del diritto di esercitare la carità in modo consono alla propria condizione, ossia con un'attività diretta oppure mettendo a disposizione propri beni per iniziative da promuovere o già avviate da una comunità ecclesiale.

Si tratta di atti di carità che sono manifestazione di una volontà rivolta a fare il bene ed a rendere gloria a Dio. Da ciò deriva che il compimento di queste azioni è inerente ad un diritto che non trova origine nell'ordinamento positivo e che da questo può essere soltanto riconosciuto. In sostanza si tratta di un diritto dell'uomo da includere tra quelli naturali. Conseguentemente anche il donare per uno scopo pio corrisponde all'esercizio di un diritto cui comunemente non viene attribuita una specifica qualificazione²

¹ Can. 216.

² V., WERNZ, che in riferimento al can. 1513, § 1, Codice 1917, non si richiama al diritto naturale ma afferma: "est ius indubitatum fidelium novas faciendi fundationes in favorem Ecclesiae" (F. X. WERNZ, P. VIDAL, *Jus canonicum*, t. IV, *Re rebus*, vol. II, Romae, 1935, p. 264). Tra gli scritti recenti, V., J. HERVADA, *Diritto costituzionale canonico*, Miano, 1989, p. 134; L. NAVARRO, *L'acquisto dei beni temporali. Il finanziamento della Chiesa (cann. 1259-1272)*, in *I beni temporali della Chiesa*, Città del Vaticano, 1999, p. 43.

ma che per le sue caratteristiche è da includere tra quelli naturali propri dell'uomo.

Tale diritto, che può essere esercitato da chi è capace a disporre per una finalità pia "ex iure naturali et canonico",³ non è illimitato nella sua estrinsecazione in quanto questa, ove comporti un onere a carico del beneficiario, dovrà adattarsi alle esigenze della comunità ecclesiale o dell'ente onerato. Questi intenti si possono realizzare con un atto occasionale di liberalità, pienamente spontaneo o accogliendo un invito, anche generico, a partecipare alle iniziative di carità promosse dalle diocesi o dalle conferenze episcopali o dalla Santa Sede. La liberalità, a sua volta, può essere indirizzata ad uno scopo più specifico, individuato dal donante, non collegato, però, ad un onere permanente.

Chi intende disporre dei propri beni può altresì prefiggersi un obiettivo che si realizza nel tempo dando vita, perciò, ad una pia fondazione non autonoma.⁴ Al di fuori di quest'ultima fattispecie si è nel più vasto ambito delle offerte prese in considerazione, per alcuni aspetti, dal vigente can. 1267.

2. LE OFFERTE: ACCETTAZIONE ED EVENTUALE RIFIUTO

Non è indispensabile soffermarsi qui sull'importanza e sulla rilevanza delle offerte ai fini della missione della Chiesa. È certo, comunque, che le liberalità a scopo pio hanno uno specifico valore sotto il profilo religioso in quanto sono fatte per la gloria di Dio e sono anche necessarie affinché la Chiesa abbia i mezzi per provvedere alla celebrazione del culto, al sostentamento del clero, alle opere di apostolato e a quelle carità verso i poveri. Le persone giuridiche ecclesiastiche, a loro volta, attraverso le offerte ricevute sono in

³ Can. 1299.

⁴ Sulle fondazioni pie non autonome, relativamente codice vigente, V., F. R. AZNAR GIL, *La administración de los bienes temporales de la Iglesia*², Salamanca, 1993, pp. 223 e ss.; C. BEGUS, *Diritto patrimoniale canonico*, Città del Vaticano, 2007, pp. 135 e ss.; L. DE ECHEVERRIA, *Fundaciones piadosas*, in *El derecho patrimonial canónico en España*, Salamanca, 1985, pp. 99 e ss.; V. DE PAOLIS, *I beni temporali della Chiesa*, Bologna, 1995, pp. 231 e ss.; M. LÓPEZ ALARCÓN, *De bonis ecclesiae temporalibus*, in *Codice di diritto canonico e leggi complementari*, ed. it. diretta da J. I. Arrieta, Roma, 2004, pp. 868 e ss.; P. G. MARCUZZI, *Le fondazioni pie (cann. 1303-1310 CIC)*, in *I beni temporali della Chiesa*, Città del Vaticano, 1999, pp. 223 e ss.; L. MISTÒ, *I beni temporali della Chiesa*, in *Il diritto nel mistero della Chiesa*³, Roma, 2004, pp. 424 e ss.; I. PÉREZ DE HEREDIA Y VALLE, *Libro V del CIC. Bienes temporales de la Iglesia*, Valencia, 2002, pp. 224 e ss.; C. PERISSET, *Les biens temporals de l'Église, Commentaire des Canons 1254-1310*, Paris, 1996, pp. 243 e ss.; J-P. SCHOUPE, *Elementi di diritto patrimoniale canonico*², Milano, 2008, pp. 106 e ss.; A. SOLS LUCIA, *La fundación en el actual CIC*, in *Rev. Esp. Der. Can.*, 1993, pp. 519 e ss.; L. TRIVERO, *Pie volontà e pie fondazioni*, in *I beni temporali della Chiesa*, Milano, 1997, pp. 93 e ss.; J. M. VÁZQUEZ GARCÍA PEÑUELA, *Comento al can. 1303*, in *Comentario Exegético al Código de derecho canónico [ComEx]*, Pamplona, 1997, vol. IV/1, pp. 193 e ss.; Id., *Comento al can. 1304*, ivi, pp. 204 e ss.

grado di svolgere la loro attività e di intervenire a vantaggio di quanti hanno bisogno.⁵

Tali offerte, essendo a beneficio alla Chiesa, di norma non possono essere rifiutate, ma vi sono circostanze in cui è opportuno farlo o che addirittura impongono una tale decisione.⁶

In proposito è da notare che a tale questione – che durante l'*iter* per la codificazione del 1917⁷ è stata oggetto di modesta attenzione da parte della Consulta parziale “De bonis Ecclesiae temporalibus”⁸ – si riferiva il can. 1536.⁹ Ora la materia è regolata dal can. 1267, § 2, secondo cui le offerte, fatte ad una persona giuridica ecclesiastica,¹⁰ possono essere oggetto di rifiuto solo in presenza di una giusta causa.¹¹ In base allo stesso canone, “in rebus maioris momenti”, è necessaria la licenza dell’ordinario”, e quest’ultima è richiesta anche “per accettare offerte gravate da modalità di adempimento o da con-

⁵ In proposito, V. DE PAOLIS, *I beni*, cit., p. 119.

⁶ V., *ibidem*.

⁷ Riguardo alla formazione del codice piobenedettino sarà utilizzata la documentazione conservata nell’Archivio Segreto Vaticano [ASV], Fondo *Commissione Cod. Diritto Canonico* [CCDC] e quella presente nell’Archivio della Pontificia Università Gregoriana [APUG], Fondo *Ogetti* [FO]. In questo scritto soltanto nella prima citazione di ciascun documento si indicheranno gli estremi della sua collocazione archivistica.

⁸ Hanno preso parte alle riunioni di questa consulta i monsignori Gasparri (presidente), Giustini, Lombardi, Lucidi e Melata e i religiosi Bastien, Bucceroni ed Eustasio. Quest’ultimo consultore è quasi certamente Eustasio Esteban, indicato dall’assistente, estensore dei verbali, (Marmaggi) solo col nome proprio. Per qualche cenno sui singoli componenti, V., C. FANTAPPIÈ, *Chiesa romana e modernità giuridica*, t. II, Milano, 2008, in *Appendice, ad nomina*. Circa l’attività di questa consulta, V., F. FALCHI, *Benefici ecclesiastici e beni temporali della Chiesa nel processo di formazione del Codice del 1917. Brevi considerazioni sui materiali conservati nell’Archivio Segreto Vaticano*, in *Archivio Storico e giuridico sardo di Sassari*, in veste on-line (http://www.Dirittoestoria.it/Archiviogiuridico_7/Francesco%20Falchi.Pdf), pp. 48 e ss.

⁹ V., can. 1536, § 2: “Donatio facta ecclesiae, ab eius rectore seu Superiore repudiari nequit sine licentia Ordinarii”. Si è giunti a questo testo dopo una stesura iniziale in cui, insieme al principio generale sopra enunciato, prendendo atto della varietà delle circostanze, si precisa che essa è necessaria “nisi periculum sit in mora aut agatur de acceptanda re mobili parvi momenti, ex qua nulla Ecclesiae molestia verosimiliter obventura est” (*Sub secreto pontificio*) *Codex Iuris Canonici, Liber Tertius, De Rebus, Pars VI. De bonis ecclesiae temporalibus* [Schema I-1907, *De bonis e. t.*], can. 24, § 2, in ASV, CCDC, scat. 59, n. 11. Per un cenno su questo schema, costituito da 33 canoni ed esaminato dalla Consulta l’1 dicembre 1907, e sugli altri schemi relativi ai beni temporali della Chiesa citati in questo scritto, V., F. FALCHI, *Benefici*, cit., pp. 48 e ss.). Quest’ultima parte del testo viene poi omessa (come appare già in *Codex Iuris Canonici, Liber II De rebus* [Schema I - *De rebus, post 1909*], can. 837, in ASV, CCDC, scat. 50, e in APUG, FO, scat. 1976) anche nel testo promulgato.

¹⁰ Tali si presumono, secondo il can. 1267, § 1, anche quelle fatte ai superiori e agli amministratori di una persona giuridica ecclesiastica “nisi contrarium constet”.

¹¹ In sostanza alla base di ciò vi è il principio tradizionale “donatio facta ecclesiae, etiam ante eius acceptationem, censetur Deo consecrata” (G. VROMANT, *De bonis ecclesiae temporalibus*³, Paris, 1953, p. 285, che si richiama al *Decretum* -c. 3, c. XII, q. 2-). A quanto indicato da Vromant si riferisce F. R. AZNAR GIL (*La administración*, cit., p. 183). V., pure J-P. SCHOUPPE, *Elementi*, cit., p. 101.

dizione, “firmo praescripto can. 1295”. Il tutto per evitare che si deteriori la situazione patrimoniale dell’ente.

Le due questioni regolate dal can. 1267, cioè il rifiuto e l’accettazione investono un ambito che si estende alle pie fondazioni non autonome in quanto, anche in queste, è ravvisabile un momento in cui si prospetta al beneficiario la destinazione di beni ad un fine pio ed in tale circostanza può manifestarsi l’esigenza di rifiutare la liberalità.

Il can. 1267, § 2, in particolare, delinea alcuni elementi diretti a proteggere la persona giuridica beneficiaria dell’offerta da qualsiasi pregiudizio¹² e da ogni circostanza che possa essere occasione di ricatto o di scandalo o che potrebbe limitare la libertà della Chiesa nell’esercizio della sua missione.¹³

È evidente che la necessità o il dovere di rifiutare un’offerta si presenta difficilmente nel caso di largizioni occasionali o di modico valore, per la cui determinazione giuridica è opportuno non trascurare i principi degli ordinamenti civili territoriali. In altri casi, cioè dinanzi ad offerte di particolare entità, sotto ogni profilo, la questione risulta più complessa e delicata.

La giusta causa di rifiuto può trovare origine in vari elementi,¹⁴ alcuni di carattere soggettivo collegati alle ragioni che hanno indotto alla liberalità, o alla personalità del donante ossia alla sua condotta morale ed al rispetto dei doveri di solidarietà familiare. Tra quelli di carattere oggettivo si possono includere la natura ed il tipo di bene donato, la sua provenienza discutibile e non chiara – anche se non si abbia la certezza che sia frutto di guadagni illeciti – e gli scopi da perseguire. Inoltre non si può prescindere dal fatto che l’adempimento degli oneri ecceda le capacità del beneficiario e che vi siano enti più idonei all’utilizzazione dei beni donati.¹⁵

Delle circostanze che giustificano la convenienza o il dovere di procedere al rifiuto alcune risultano a garanzia dell’immagine dell’ente donatario; invece quanto attiene alla non concessione della licenza, derivante dalla valutazione degli oneri da assumere e di quelli già esistenti, è da collegare ad una forma di tutela del patrimonio dell’ente. Comunque l’eventuale impossibilità o incapacità ad adempiere diligentemente gli oneri si riflette anche sulla figura dell’ente onerato.

Una particolarissima prudenza ed attenzione deve guidare un eventuale rifiuto delle offerte essendo diritto dei fedeli devolvere beni a favore della Chiesa e gli atti di liberalità sono una modalità di esercizio di un diritto che

¹² In proposito, V., C. BEGUS, *Diritto*, cit., p. 64.

¹³ In tal senso, V., V. DE PAOLIS, *I beni*, cit., p. 119.

¹⁴ In ordine a questi, V., C. BEGUS, *Diritto*, cit., p. 64; V. DE PAOLIS, *I beni*, cit., p. 119, che pone in evidenza che “anticamente la Chiesa rifiutava le offerte fatte da persone che notoriamente opprimevano i poveri”; M. LÓPEZ ALARCÓN, *De bonis*, cit., p. 837.

¹⁵ In proposito, V., C. PERISSET, *Les biens*, cit., p. 111.

in precedenza si è qualificato naturale. Proprio la consapevolezza di compiere un atto limitativo di un tale diritto dovrà essere presente procedendo alla valutazione della giusta causa. In sintesi: il rifiuto postula una seria ed indiscutibile motivazione.

Perciò un atteggiamento prudente va osservato dall'amministratore e dall'ordinario nell'ambito dell'esercizio dei poteri di loro competenza. Nel medesimo modo agirà l'amministratore dell'ente quando egli stesso procede al rifiuto o allorché fa istanza all'ordinario per ottenere, "in rebus maioris momenti", la *licentia*.

È chiaro, inoltre, che in relazione a precedenti profili negativi, collegati alla personalità del donante, si deve agire con cautela e dare un senso positivo ai mutamenti di condotta successivamente concretizzatisi. In ogni caso l'atto di rifiuto deve attuarsi evitando pregiudizi alla personalità del donante e senza che questi si senta in certo modo esso stesso rifiutato.

3. NOZIONE DI PIA FONDAZIONE NON AUTONOMA

a. La formazione del can. 1544 del 1917

La pia fondazione non autonoma è uno degli strumenti tipici per realizzare uno scopo pio e corrisponde ad un'antica figura canonistica che meriterebbe di essere analizzata sotto vari profili, sia pure nelle linee generali, a partire dalla sua stessa nozione. Infatti, della pia fondazione, il Codice piobenedettino propone una definizione che è il risultato delle riflessioni dei consultori svolte durante il processo di formazione del Codice del 1917. Un breve cenno sull'argomento è, quindi, utile.

A questo fine bisogna ricordare che al momento della codificazione del 1917 i canonisti si soffermano su alcune figure tipiche ossia sulla cappellania, distinta in ecclesiastica e laicale¹⁶ e sulla "domus religiosa" a proposito della quale Wernz si esprime così: "Fundatio ecclesiastica (domus religiosa) dicitur complexus bonorum temporalium in perpetuum vel saltem in diuturnum tempus ad scopum religiosum i. e. ad cultum divinum aut spirituale vel temporale commodum proximi destinatum, quae aut ab auctoritate *Ecclesiae propriae* personae iuridicae sunt adscripta aut instituto ecclesiastico (domui religiosae) iam esistenti sive per donationem inter vivos sive per testamentum sub *conditione* vel sub *modo* operis religiosi praestandi donantur".¹⁷ Inoltre, a parere dell'insigne canonista, "foundationibus ecclesiasticis

¹⁶ In merito a ciò, per un breve cenno, V. C. LOMBARDI, *Juris canonici privati institutiones*², vol. II, Romae, 1901, p. 410; B. OJETTI, *Synopsis rerum moralium et iuris pontificii*³, vol. I, Romae, 1909, pp. 568 e ss.

¹⁷ F. X. WERNZ *Jus decretalium*, t. III, *Ius administrationis Eccles. Catholicae, Pars I*², Romae, 1908, p. 207. Sul concetto di pia fondazione, V. P. GASPARRI, *Tractatus canonicus de Sanctissima Eucaristia*, vol. I, Paris, 1897, pp. 403 e ss.

adnumerari non possunt *fundationes philanthropicae*, quae a fine religioso plane abstraunt”.¹⁸

Allo stesso tempo, nei *vota* redatti per l’elaborazione dei canoni sui beni temporali della Chiesa, la categoria “pia fondazione” viene utilizzata per indicare varie fattispecie. Infatti accanto alla definizione prospettata da Ferreres – secondo cui “*fundationes piae illae sunt quae ex privata fidelium voluntate, absque ulla deputatione auctoritatis ecclesiasticae, ad cultum divinum aut ad exercitium charitatis spiritualis aut corporalis destinantur*” –¹⁹ si può collocare il testo di Burrotti, sostanzialmente dello stesso indirizzo, da cui emerge l’esistenza di fondazioni pie create dalla volontà dei fedeli senza l’intervento dell’autorità ecclesiastica.²⁰

Lampert, a sua volta, mira a formalizzare la distinzione tra fondazioni pie, autonome e non autonome. Egli, dopo aver fatto riferimento alle donazioni “cum onere”,²¹ fa precedere il testo delle norme “*de foundationibus piis autonomis*”²² dall’avvertenza che “*cum ... huiusmodi foundationes piae non autonomae pro nostra materia maximi momenti sint sub speciali titulo de iis sermo erit*”.²³ Presenta, poi, un canone che avendo una struttura descrittiva non contiene una nozione di pia fondazione, anche se da esso può essere desunta. Nel testo redatto si afferma, infatti, che i fedeli possono “*per actus inter vivos vel mortis causa et per ultimam voluntatem Fabricis Ecclesiarum beneficiis aliisque institutis corporibusque ecclesiasticis bona temporalia cum onere persolvendi ex redditibus annuis quotannis in perpetuum determinatas functiones ecclesiasticas praesertim anniversaria missarum, officium mortuorum, recitatio Litaniarum aliarumve precum,*

¹⁸ F. X. WERNZ *Jus decretalium*, cit., pp. 207-208.

¹⁹ *Codex iuris canonici, Liber tertius, De rebus, Pars VI, De bonis temporalibus, tit. xxxvi-xxxviii. Votum Ioannes B. Ferreres*, [I. B. FERRERES, *Votum*], Romae, Typis Vaticanis, 1907, can. 112, in ASV, CCDC, scat. 42 e scat. 59. In questa norma Ferreres precisa inoltre che “*fundationes piae sunt capellaniae laicales, hospitalia erecta sine interventu auctoritatis ecclesiasticae, montes pietatis, confraternitates laicales*”.

²⁰ V., *Codex iuris canonici, Liber tertius, De rebus, Pars VI, De bonis temporalibus, tit. xxxvi-xxxviii. Votum Dominici Burrotti* [D. BURROTTI, *Votum*], Romae, Typis Vaticanis, 1907, Tit. xxxvii, Cap. III, *De bonis hospitalium, aliarum institutionum ecclesiasticarum, ac piarum fundationum*, can. 2: “*Fundationes piae ex privata fidelium voluntate fundatae, absque ecclesiasticae auctoritatis interventu, Episcoporum iurisdictioni minime subiacent*”, in ASV, CCDC, scat. 42.

²¹ *Codex iuris canonici, Liber tertius, De rebus, Pars VI, De bonis temporalibus, tit. xxxvi-xxxviii. Votum Udalrici Lampert* [U. LAMPERT, *Votum*] Romae, Typis Vaticanis, 1907, Tit. xxxvii, Cap. III, *Premessa al capo*, in ASV, CCDC, scat. 42. Circa queste donazioni Lampert scrive: «*de foundationibus piis autem in forma donationum oneratarum, quae fiunt in favorem alicuius instituti ecclesiastici vel corporis religiosi cum aliquo onere, potius loquendum erit sub titulo «de donationibus», quia per has fundationes non creatur persona moralis, sed tantummodo aliqua persona moralis ecclesiastica iam existens (ex. gr. fabrica ecclesiae, beneficium, capitulum, mensa episcopalis, conventus etc) recipit donationem cum onere persolvendi aliquid opus religiosum*”.

²² *Ibidem*.

²³ *Ibidem*.

vel ad instrudendam sacram missionem ... “. ²⁴ Per questa fattispecie esplicitamente si ribadisce, nel *votum*, la qualificazione di fondazione pia fondazione non autonoma. ²⁵

All'interno della Consulta “De bonis e. t.” mentre si esamina il *votum* Ferreres, utilizzato in ampia misura come testo di riferimento, in presenza delle diverse proposte emerge l'esigenza, manifestata inizialmente dal consultore Giustini, di determinare “una volta per sempre che cosa s'intende per pie fondazioni”. ²⁶ In seguito a ciò è da registrare uno scambio di opinioni tra i consultori che pone in evidenza una diversità di vedute e Gasparri, in apertura, non approvando la nozione di fondazione pia proposta da Ferreres, si mostra contrario al fatto che essa sia inserita nel Codice. ²⁷

Melata, a sua volta, entra nel merito della questione distinguendo tra “*Confraternitates laicales et laicorum*» e precisa che «queste ultime, qualora siano state canonicamente erette, sono *fondazioni pie*”. ²⁸

Giustini, che era intervenuto all'inizio del dibattito affermando che le pie fondazioni “non sono la stessa cosa con gli *oneri pii*”, ²⁹ propone all'attenzione della Consulta distinte fattispecie dicendo che se i legati pii si identificano con le fondazioni pie ... queste devono essere soggette ai vescovi ³⁰ e giunge alla conclusione che “deve consacrarsi la nozione nel Codice, come *fondazioni pie*” soltanto di quelle fondazioni aventi “uno scopo almeno in parte spirituale” e “canonicamente approvate”. ³¹

Lombardi invece, sulla cui opinione convergono altri consultori, “crede che le cappellanie laicali messe fondate debbano dirsi fondazioni pie, anche senza l'intervento dell'autorità ecclesiastica, così anche una casa di ricovero aperta da pie persone per esercitare la carità *cristiana*”. ³² In sostanza, Lombardi propone di codificare una nozione in cui ci si richiama agli atti di culto e a quelli di carità. Inoltre, quanto alle finalità che si possono perseguire attraverso le pie fondazioni, egli mette in evidenza, anche, la necessità di fare riferimento all' “*intuitu charitatis cristhianae tum spiritualis tum temporalis* per

²⁴ Ivi, Tit. xxxviii, Cap. vi, can. 1.

²⁵ V., ivi, can. 2. Lampert, infatti, apre questo canone sull'accettazione delle pie fondazioni con l'espressione “*Ut huiusmodi fundationes non autonomae acceptari possint ...*”.

²⁶ Verbale 17 novembre 1907, in ASV, CCDC, scat. 59.

²⁷ V. *ibidem*.

²⁸ *Ibidem*.

²⁹ *Ibidem*.

³⁰ V., *ibidem*.

³¹ V., *ibidem*. Nel verbale l'intervento di Giustini è così riassunto: “Giustini: o s'intendono i legati pii, e allora stiano soggette ai vescovi o s'intendono quelle f.[ondazioni] che hanno scopo meramente temporale e decampano dall'autorità ecclesiastica o s'intendono quelle f. che hanno scopo almeno in parte spirituale e deve distinguersi: o non sono approvate in qualche modo e allora il vescovo su di esse ha un'alta vigilanza; o sono canonicamente approvate e allora dipendono dal vescovo. Di queste ultime soltanto deve consacrarsi la nozione nel Codice, come *fondazioni pie*”.

³² Verbale 17 novembre 1907.

escludere le fondazioni fatte senza un fine cristiano”,³³ e Giustini “distingue più categorie: *ad cultum divinum - ad exercercitium carithatis spiritualis*”.³⁴

Dopo questo dibattito la nozione di pia fondazione è così delineata: “*Nomine piarum foundationum veniunt bona temporalia alicui personae morali in Ecclesia per actum inter vivos, vel mortis causa aut per ultimam voluntatem relicta cum onere persolvendi quotannis in perpetuum vel in diuturnum tempus determinatas functiones ecclesiasticas*”.³⁵ Segue, poi, una norma³⁶ che riproduce in forma più concisa il can. 2 redatto da Lampert nella quale, però, si omette l’espressione “non autonomae”.

Da questa redazione risulta evidente l’indirizzo seguito e cioè che la pia fondazione è costituita da una trasmissione di beni destinati soltanto alla celebrazione di atti di culto, ad una persona “morale” ecclesiastica, lasciando comunque non esplicitamente definita la questione circa la sua natura “non autonoma”.

In una riunione successiva della Consulta viene avanzata la proposta di semplificare alcune espressioni del can. 76 concernenti i modi di trasmissione dei beni³⁷ e i fini delle pie fondazioni.³⁸ Di ciò si tiene conto nello schema inviato alla Consulta Generale in cui risulta ampliato l’ambito delle finalità comprendendovi le opere di pietà e di carità.³⁹ Poi, nel 1913, l’argomento è sottoposto all’attenzione dell’episcopato⁴⁰ che, oltre ad alcune indicazioni su

³³ *Ibidem*. Giustini, in relazione all’espressione usata da Lombardi, “escluderebbe la nota *temporale*, perché su tali fondazioni il vescovo non ha ingerenza speciale, tranne che siano affidate ad enti ecclesiastici, in tale caso spetterebbe sì al Vescovo il diritto di speciale vigilanza, ma *ratione personarum quibus conceduntur*”, e aggiunge, “potrebbe dirsi: *ad salutem animarum*” (*ibidem*).³⁴ *Ibidem*.

³⁵ (*Sub secreto pontificio*) *Codex Iuris Canonici, Liber Tertius, De Rebus, Pars VI. De bonis ecclesiae temporalibus*, [Schema, III, *De bonis e. t.*, 1907], can. 76, § 1. Questo schema, contenente 82 canoni, è distinto col n. 21, scritto a mano nella prima pagina (in ASV, CCDC, scat. 48).

³⁶ V., *Schema, III, De bonis e. t.*, 1907, can. 77.

³⁷ In particolare Giustini suggerisce di omettere le parole “*mortis causa o per ultimam voluntatem*” e “si stabilisce di dire *quocumque modo data* sopprimendo *per actum inter vivos vel etc.*” (Verbale 22 dicembre 1907, in ASV, CCDC, scat. 59).

³⁸ “Quanto allo scopo in luogo di *determinatas functiones* si stabilisce di dire *missas alia opera pietatis et caritatis*” (Verbale 22 dicembre 1907).

³⁹ V., (*Sub secreto pontificio*) *Codex Iuris Canonici, Liber Tertius, De Rebus, Pars VI. De bonis ecclesiae temporalibus*, s. d., ma riferibile al 1908 [Schema, IV, *De bonis e. t.*, 1908], can. 77, § 1, così formulato: “*Nomine piarum foundationum veniunt bona temporalia alicui personae morali in Ecclesia quocumque modo data cum onere quotannis in perpetuum vel in diuturnum tempus ex redditibus annuis celebrandi aliquas Missas, vel persolvendi alias determinatas functiones ecclesiasticas aut peragendi nonnulla opera pietatis et charitatis*”. Questo schema è distinto col n. 15 scritto a mano nella prima pagina (V., ASV, CCDC, scat. 48).

⁴⁰ Infatti dopo una redazione posteriore all’11 dicembre 1909 (V., *Codex Iuris Canonici, Liber II De rebus* [Schema I - *De rebus, post 1909*], can. 844, in ASV, CCDC, scat. 50, e in APUG, FO, scat. 1976) viene inviato ai vescovi lo *Schema Codicis Iuris Canonici (Sub secreto pontificio) Sanctissimi domini nostri Pii PP. X. Codex Iuris Canonici cum notis Petri card. Gasparri*. Romae, Typis Poliglottis

aspetti specifici,⁴¹ manifesta opinioni diverse circa l'affidamento dei beni ad una persona morale come requisito essenziale per la costituzione di una pia fondazione.⁴² Alcuni vescovi, inoltre, si soffermano sulla nozione di pia fondazione⁴³ ed in modo specifico la provincia ecclesiastica di Praga propone di fissare nel testo che «ipsam piam foundationem esse personam moralem seu iuridicam»,⁴⁴ auspicando in sostanza una formalizzazione della pia fondazione come entità autonoma.

Va rilevato, tuttavia, che l'invio di queste osservazioni non incide sulla ste-sura del canone ed il testo codificato nel 1917⁴⁵ non si discosta nella sostanza⁴⁶ da quello sottoposto all'attenzione della Consulta Generale nel 1908.⁴⁷ Nella codificazione piabenedettina, quindi, il complesso di beni destinati ad un fine pio, cioè alla celebrazione di messe o di altre funzioni religiose, non è eretto in persona giuridica e la massa di beni che entra a far parte del patrimonio del soggetto onerato resta, di regola, da questo differenziata e vincolata alla pia finalità.⁴⁸

b. Attività di revisione e norme vigenti

Procedendo alla revisione del Codice, nel dicembre del 1969, il "Coetus studii De bonis ecclesiae temporalibus" prende in esame il can. 1544, § 1 e si sof-

Vaticanis, MDCCCXIII [*Schema II, De rebus, 1913*], in ASV, CCDC, scat. 51 e in APUG, FO, scat. 1987. Questo schema nel can. 825 riproduce con qualche variazione formale il testo precedente.

⁴¹ V. quanto suggerisce la provincia ecclesiastica di Colonia che, nel primo paragrafo, "voci «quotannis» subiungeret «vel statutis temporibus» in *Riassunto delle osservazioni dei vescovi e dei superiori al libro III del Codice*, s.d. [*Riassunto*], in ASV, CCDC, scat. 60, e in APUG, FO, scat. 2033, p. 334, can. 825.

⁴² In particolare secondo un vescovo si ha una pia fondazione anche quando i beni destinati ad uno scopo pio sono trasmessi ad una persona fisica (V., Ep. Ferentin., in *Riassunto*, cit., p. 334, can. 825).

⁴³ V., le osservazioni dei vescovi della provincia ecclesiastica di Olomouc, in *Riassunto*, cit., p. 334, can. 825).

⁴⁴ *Riassunto*, cit., p. 334, can. 825.

⁴⁵ V., Can. 1544, § 1: "Nomine piarum foundationum significantur bona temporalia alicui personae morali in Ecclesia quocumque modo data, cum onere in perpetuum vel in diuturnum tempus ex redditibus annuis aliquas Missas celebrandi, vel alias determinatas functiones ecclesiasticas explendi, aut nonnulla opera pietatis et charitatis peragendi".

⁴⁶ Quanto alle diversità formali riscontrabili tra le redazioni che nel tempo si sono succedute, cfr. (*Schema Codicis Iuris Canonici*) (*Sub secreto pontificio*) *Sanctissimi domini nostri Pii PP. X. Codex Iuris Canonici cum notis Petri card. Gasparri*. Romae, Typis Poliglottis Vaticanis, MDCCCXIII [*Schema II, 1913, De Rebus*], in APUG, FO, scat. 2039, can. 1549; (*Schema Codicis Iuris Canonici*) (*Sub secreto pontificio*), *Codex Iuris Canonici, cum notis Petri card. Gasparri*, Romae, Typis Poliglottis Vaticanis, MDCCCXVI [*Schema IV, 1916, De rebus*], in ASV, CCDC, scat. 87 e in APUG, FO, scat. 2053 e 2054.

⁴⁷ V., *Schema IV, De bonis e. t.*, 1908], can. 77, § 1, riportato, *supra*, nota 39.

⁴⁸ In tal senso V., V. DEL GIUDICE, *Beni ecclesiastici*, in Enc. Dir., V, Milano, 1959, p. 229; V., pure, F. FALCHI, *Pie volontà e pie fondazioni*, in *Digesto*⁴, vol. XI, Torino, 1996, *Pubblicistico*, p. 259.

ferma sulla questione se possano costituirsi pie fondazioni “apud personas canonicas privatas”.⁴⁹

Anche se “nemo dubitat” che, in linea generale, ciò sia possibile⁵⁰ emergono, comunque, su questo argomento opinioni diverse. In particolare quattro consultori “dubitant de opportunitate constituendi pias foundationes apud personas canonicas privatas” e risultano indotti a questo convincimento perché a loro parere “figura enim personae canonicae privatae est nova in iure canonico et ideo bonum esset si non cito ipsi fere omnia iura tribuantur, quae personae canonicae publicae competunt”.⁵¹

Un orientamento differente è espresso da un consultore che avanza la proposta “ut personae canonicae privatae aequiparentur personis publicis, quod attinet ad pias foundationes”.⁵² Altri, invece, manifestano pareri più articolati: così vi è chi distingue tra fondazioni “quae onera peragendi *opera caritatis* habent” per le quali, e soltanto per esse, “concedere vellet facultatem constituendi apud personas canonicas privatas” ed è anche convinto che le fondazioni “ad Missas celebrandas aut ad opera apostolatus et cultus peragenda, apud personas canonicas publicas constituentur”.⁵³ Infine due consultori pensano che le pie fondazioni “constitui posse apud personas canonicas privatas, dummodo id praevideatur in statutis particularibus earundem personarum”.⁵⁴

Successivamente è messa in votazione ed approvata la proposta di escludere “personas canonicas privatas a piis foundationibus”.⁵⁵ Di conseguenza il testo originario del can. 1544, § 1, risulta così modificato nella sua prima parte: “Nomine piarum foundationum significantur bona temporalia alicui personae canonicae publicae quoque modo data ...”.⁵⁶

Questa innovazione apportata nella prima fase dell’*iter* di revisione del codice è confermata, nella sostanza, nel testo promulgato nel 1983.⁵⁷

⁴⁹ *Coetus De bonis e. t., Sessio VIII, in Communicationes*, 37 (2005), p. 236.

⁵⁰ V., ivi, p. 237.

⁵¹ *Ibidem*.

⁵² *Ibidem*.

⁵³ *Ibidem*.

⁵⁴ *Ibidem*.

⁵⁵ *Ibidem*.

⁵⁶ *Ibidem*.

⁵⁷ V., Can. 1303, § 1: “Nomine piarum foundationum in iure veniunt: 1° *pie foundationes autonomae*, scilicet universitates rerum ad fines de quibus in can. 114, § 2, destinatae et a competenti auctoritate ecclesiastica in personam iuridicam erectae; 2° *pie foundationes non autonomae*, scilicet bona temporalia alicui personae iuridicae publicae quoque modo data cum onere in diuturnum tempus, iure particolari determinandum, ex redivitibus annuis Missas celebrandi aliasque praefinitas functiones ecclesiasticas peragendi, aut fines de quibus in can. 114, § 2 aliter persequendis”.

Circa le redazioni anteriori al testo codificato, V., *Pontificia Commissio Codicis Iuris Canonici Recognoscendo. Schema canonum libri v De iure patrimoniali ecclesiae (Reservatum)*, Tipis Polyglottis Vaticanis 1977 [*Schema*, 1977], can. 49, § 1; *Codex Iuris Canonici. Schema patribus commissionis reservatum*, Libreria Editrice Vaticana, 1980 [*Schema*, 1980], can. 1254; *Pontificia Commissio Codicis Iuris Canonici Recognoscendo. Codex Iuris Canonici. Schema novissimum*, e Civitate Vaticana, 25 martii 1982 [*Schema*, 1982], can. 1303, § 1.

Va notato che nel vigente can. 1303, con l'espressione "nomine piarum fundationum in iure veniunt", si afferma il principio che la qualificazione come pia fondazione autonoma o non autonoma va desunta tassativamente dagli elementi che il codice indica come essenziali.⁵⁸ Essendo, queste, nozioni tipiche, al di fuori di esse ci si trova dinanzi ad un'altra figura giuridica. Quindi chi intende dare vita ad una pia fondazione, autonoma o non autonoma, deve attenersi alle linee essenziali previste dal Codice.

4. FINALITÀ PIE

Fermando lo sguardo sulla nozione di pia fondazione sono stati esposti, riguardo alla formazione del Codice piobenedettino, alcuni aspetti concernenti la finalità pia.⁵⁹

Riguardo alle norme vigenti occorre ricordare che nella breve relazione che precede il testo del libro V dello Schema del 1977 ci si sofferma sulla nozione di pia fondazione ed emerge che questa "extenditur non solum ad bona temporalia alicui personae iuridicae data cum onere ex redivibus annuis Missas celebrandi aliasque praefinitas functiones ecclesiasticas peragendi vel opera pietatis apostolatus vel caritatis sive spiritualis sive temporalis persequendi (*pieae fundationes non autonomae*), sed etiam ad omnes universitates rerum quae constitutae sint ad opera pietatis, apostolatus vel caritatis sive spiritualis sive temporalis persequenda quaeque a competenti auctoritate ecclesiastica in personam iuridicam erectae sint (*pieae fundationes autonomae*)".⁶⁰

In sostanza, lo scopo pio, strumento di esercizio della carità, può essere individuato nella celebrazione di messe o di altre attività religiose, o nel compimento di iniziative di carità o di apostolato in armonia con i fini per i quali la Chiesa ha diritto di possedere beni temporali.

Riferendosi a ciò trova modo di realizzarsi l'attività caritativa del pio fondatore che vuole raggiungere fini che per lui hanno un preciso rilievo, essendo orientati al bene di specifici destinatari. Quanto a questi ultimi è da notare che la finalità pia, secondo modalità idonee per ciascun caso, può essere diretta a beneficio dei defunti o della Chiesa e specialmente dei poveri.

Nel primo caso si mira a raggiungere il fine mediante donazioni o disposizioni testamentarie destinate al compimento di atti liturgici, cioè alla celebrazione di messe in suffragio indistintamente dei defunti o dell'anima di persone care o della propria. Nel secondo, l'intento è quello di beneficiare un destinatario genericamente individuato, ad esempio la Chiesa nel suo complesso, le persone bisognose senza alcuna distinzione oppure soggetti speci-

⁵⁸ In tal senso, V., P. G. MARCUZZI, *Le fondazioni pie*, cit., p. 224.

⁵⁹ V., *supra*, § 3.

⁶⁰ Schema, 1977, *Prenotanda*, p. 284.

ficamente indicati come una particolare comunità ecclesiale o alcuni poveri precisamente determinati.

La volontà del donante o del testatore può tendere a raggiungere lo scopo, spontaneamente prefissato, utilizzando le figure giuridiche più idonee che sono rappresentate dalla creazione di un ente tipico cioè una fondazione autonoma⁶¹ predisponendo gli elementi necessari.⁶²

Il fedele, però, può ritenere più opportuno non orientarsi verso la creazione di un nuovo ente, anche se tipico, e perseguire il suo fine attraverso l'attività di una persona giuridica pubblica già esistente che a suo parere ha tutte le qualità per raggiungere quanto egli si prefigge "e che gli offre particolari garanzie di adempimento".⁶³ Ci si indirizza, così, verso la costituzione di una pia fondazione non autonoma che è essa pure tipicamente delineata dal codice⁶⁴ e che è vista con particolare favore dalla Conferenza episcopale italiana.⁶⁵

A questa scelta si giunge perchè si desidera, ad esempio, che si celebrino messe in suffragio o perchè un determinato scopo costituisce il culmine di una collaborazione con chi guida una comunità ecclesiale o con l'amministratore di una persona giuridica pubblica con cui ci si trova concordi su un progetto di opere di carità, o di apostolato che la comunità ecclesiale può e vuole perseguire. In questa ipotesi il donante, che ne potrebbe essere anche l'ispiratore, ne diviene in tutto o in parte il sostenitore, sotto il profilo economico, devolvendo all'ente la proprietà un complesso di beni.

In ogni caso si deve prendere atto che non ogni desiderio del fedele può essere soddisfatto dovendosi accertare, nel singolo caso, se alcune finalità, come ad esempio quelle cui Lampert si riferiva all'inizio del secolo,⁶⁶ trovino oggi corrispondenza nelle comuni attività liturgiche dell'ente onerato. Analoga considerazione può essere svolta anche riguardo alle iniziative di carità e di apostolato.

⁶¹ V., can. 1303, § 1, n. 1, *supra*, nota 57.

⁶² È, infatti, indispensabile che vi sia un fine meritevole di essere perseguito, una massa patrimoniale adeguata alle finalità da realizzare, uno statuto che delinea la struttura interna e gli organi per il funzionamento della fondazione.

⁶³ P. G. MARCUZZI, *Le fondazioni pie*, cit., p. 230.

⁶⁴ V., can. 1303, § 1, n. 2, *supra*, nota 57.

⁶⁵ V., CEI, *Istruzione in materia amministrativa*, (2005), n. 155: "Salvo casi particolari per la consistenza del patrimonio o la peculiarità dei fini, il Vescovo favorisca l'istituzione di pie fondazioni non autonome devolute alla diocesi o alle parrocchie piuttosto che l'erezione di fondazioni autonome, in modo che una comunità ecclesiale garantisca nel tempo l'esecuzione della pia volontà del fondatore". Questo testo differisce da quello della precedente Istruzione nella parte in cui prende atto che vi possono essere casi particolari, cfr., CEI, *Istruzione in materia amministrativa*, (1992), n. 121.

⁶⁶ Cioè l'*officium mortuorum*, la recita delle litanie e di altre preghiere per i defunti, V., *supra*, § 3.

5. ACCETTAZIONE

a. *Ambito di competenza del diritto particolare*

Anche a questo proposito è utile un cenno alla formazione del Codice del 1917 per mettere in evidenza che in quella occasione non si è voluto affrontare l'argomento nella sua ampiezza⁶⁷ ma solo in riferimento all'entità patrimoniale necessaria alla costituzione e all'accettazione delle pie fondazioni.⁶⁸ Infatti l'unico aspetto oggetto di specifica attenzione e di mutamenti nella stesura degli schemi è ravvisabile nel fatto che inizialmente si afferma che sono gli ordinari ad essere tenuti ad emanare le norme "de dotis quantitate infra quam piae fundationes acceptari nequeunt et de fructibus eius distribuendis" tra coloro che concorrono all'adempimento degli oneri.⁶⁹ Nelle fasi ulteriori, infatti, non ci si riferisce agli ordinari in genere ma agli ordinari del luogo⁷⁰ e questa innovazione viene poi codificata.⁷¹

All'inizio dell'attività di revisione, analizzando il can. 1545, ci si è chiesti se le condizioni dell'accettazione "statuendae sint necne a Conferentiis Episcoporum"⁷² e partendo dalla proposta di un consultore, tendente ad attribuire al legislatore locale anche la competenza circa la determinazione delle condizioni "sine quibus piae fundationes admitti nequeant",⁷³ ci si è espres-

⁶⁷ Infatti nella riunione del 10 novembre 1907 i consultori giudicano da sopprimere il can. 94 del *votum* Ferreres (V., Verbale della stessa data, in ASV, CCDC, scat. 59) in cui si legge: "Quod si Ordinarius expedire iudicaverit normas generales praescribere, quibus fundationes subiiici debeant, id faciat".

⁶⁸ Una norma di tale contenuto è proposta da Lampert nel suo *votum* (V., Tit. xxxvii, Cap. III, can. 3). Egli aveva suggerito anche un canone sul principio generale per cui "ad ecclesiasticam auctoritatem unice pertinet definire quae fundationes huiusce generis Ecclesiae oblatae et quibus conditionibus acceptari possint et quomodo sit satisfacendum dispositionibus fundatorum nec satis claris nec alio modo interpretandis" (ivi, can. 1).

⁶⁹ *Schema*, III, *De bonis e. t.*, 1907, can. 78. V., pure il testo inviato alla Consulta Generale (*Schema*, IV, *De bonis e. t.*, 1908, can. 79.) al cui riguardo viene prospettata qualche osservazione che non ha seguito. Ci si riferisce specialmente ad un'annotazione, scritta a mano sulla copia conservata nella scat. 59, di cui non si conosce l'autore, relativa al can. 79, nella quale si suggerisce di stabilire che sia il sinodo diocesano a dettare le norme e contemporaneamente si fa notare che «non sembra facile prescrivere tali *normas*, stante la varietà quasi infinita delle pie fondazioni», e si aggiunge: «Nei singoli casi si stabiliranno le norme opportune» (*ibidem*).

⁷⁰ V., *Schema I - De rebus, post 1909*, can. 845; *Schema II, 1913, De rebus*, can. 826; *Schema IV, 1916, De rebus*, can. 1547.

⁷¹ V., Codice 1917, can. 1545: "Loci ordinarii est normas praescribere de dotis quantitate infra quam pia fundatio admitti nequeat et de eius fructibus rite distribuendis".

⁷² *Coetus De bonis e. t.*, Sessio III, in *Communicationes*, 36 (2004), p. 280.

⁷³ *Ibidem*. Il testo proposto era così formulato: "Loci Ordinarii est definire conditiones sine quibus piae fundationes admitti nequeant, atque normas praescribere de iure distribuendis fructibus earum quae legitimae acceptatae fuerint".

si a favore dell'ampliamento "potestatis legislatoris particularis"⁷⁴ attraverso una norma contenuta nello schema redatto dal relatore "iuxta placita eorumdem Consultorum",⁷⁵ e a loro consegnato nel novembre del 1967.⁷⁶ In esso, infatti, risulta delineata la competenza del legislatore particolare attraverso l'espressione "iuris particularis est definire conditionibus sine quibus pie foundationes acceptari nequeunt".⁷⁷

Questo indirizzo, seguito anche nello Schema del 1977,⁷⁸ è ribadito nel 1980.⁷⁹ Poi, in più stretta conformità coi principi stabiliti nella norma sull'accettazione, si amplia l'ambito di competenza affermandosi definitivamente: "Ulteriores conditiones ad constitutionem et acceptationem foundationum quod attinet iure particulari definiuntur".⁸⁰ In tal modo si attribuisce rilevanza alle integrazioni normative derivanti dal diritto particolare, inteso nelle sue dimensioni.

b. I requisiti per l'accettazione

Quanto attiene all'accettazione delle pie fondazioni non è strettamente collegato alla nozione che di esse si prospetta e ai poteri riconosciuti all'autorità ecclesiastica. Così, al momento della codificazione del 1917, alla luce delle fonti normative e giurisprudenziali,⁸¹ anche Ferreres e Burrotti prospettano canoni sull'accettazione in cui si richiede la *licentia* dell'ordinario e si prevede che, in assenza di questa, si possa procedere alla rescissione.⁸²

Lampert, a sua volta, dopo la disposizione circa la competenza esclusiva dell'autorità ecclesiastica in ordine alla determinazione dei criteri di accettazione delle pie fondazioni⁸³ suggerisce una norma in base alla quale le pie fondazioni non autonome "acceptari possint ab administratoribus alicuius instituti vel corporis vel Fabricae in cuius favorem constitui volunt; e si aggiunge: "requiritur consensus Ordinarii qui non antea assentiat, quam ei legitime constiterit, illius ecclesiae vel instituti vel corporis sacerdotes tam novo oneri suscipiendo quam antiquis iam susceptis satisfacere posse, praeicipuamque rationem habeant, ut redditus foundationis causa constituti omnino respondeant oneribus adiunctis secundum morem cuiuscumque dioeceseos".⁸⁴

⁷⁴ *Coetus De bonis e. t.*, Sessio III, in *Communicationes*, 36 (2004), p. 280.

⁷⁵ *Ivi*, p. 295.

⁷⁶ *Ibidem*.

⁷⁷ *Ivi*, p. 295, can. 1545.

⁷⁸ V., *Schema*, 1977, can. 50, in ordine al quale non è stata prospettata alcuna osservazione da parte degli organismi di consultazione (V., *Communicationes*, 12, 1980, p. 432).

⁷⁹ V., *Schema*, 1980, can. 1255.

⁸⁰ *Schema*, 1982, can. 1304, § 2, e Codice 1983, can. 1304, § 2.

⁸¹ V., quelle citate da Ferreres, in nota al can. 92 del *votum*.

⁸² V., I. FERRERES, *Votum*, cit., can. 92, e D. BURROTTI, *Votum*, Tit. XXXVII, Cap. III, can. 4, §§ 1 e 2.

⁸³ V., *supra*, nota 68.

⁸⁴ U. LAMPERT, *Votum*, Tit. XXXVII, Cap. VI, can. 2.

I consultori, esaminando il *votum* Ferreres, apprezzano il can. 92 in cui vi è un riferimento preciso alla *licentia* dell'ordinario.⁸⁵ Ma il canone ad esso corrispondente dello schema sottoposto, poi, alla loro attenzione, nel primo paragrafo rispecchia ampiamente quello redatto da Lampert⁸⁶ ed utilizza l'espressione "consensus ordinarii" piuttosto che "licentia ordinarii" senza indicare l'atto con cui si esteriorizza, cioè la *licentia*. Nel secondo paragrafo si esclude che riguardo all'accettazione il patrono possa vantare un diritto.⁸⁷

Nell'ulteriore elaborazione si apportano alcuni mutamenti sostanziali oltre che formali prima di giungere al testo codificato nel 1917.⁸⁸

Riguardo al consenso dell'Ordinario è da sottolineare che si sono manifestati, nel tempo, orientamenti diversi circa l'ordinario competente e la presenza del suo consenso sempre o solo in alcuni casi, ed anche sulla sua veste formale e sui suoi effetti.

Per quanto concerne il primo aspetto va notato che, relativamente alla codificazione del 1917, all'inizio ci si riferisce genericamente alla figura dell'ordinario⁸⁹ mentre poi si ritiene opportuno precisare che è l'ordinario del luogo colui che deve dare il consenso⁹⁰ e questo principio viene codificato.⁹¹

Procedendo alla revisione del codice, nel novembre 1967, il *Coetus* "De bonis ecclesiae temporalibus" si sofferma sull'argomento e, dopo uno scambio di opinioni, quasi tutti i consultori si esprimono favorevolmente affinché nel testo figurasse l'espressione "Ordinarium" e non "Ordinarium loci".⁹² Questo orientamento che privilegia la figura dell'ordinario, come, inizialmente, già nel 1907, viene confermato durante l'esame delle osservazioni allo Schema

⁸⁵ V., Verbale 10 novembre 1907.

⁸⁶ V., *Schema*, III, *De bonis e. t.*, 1907, can. 77, § 1: "Ut huiusmodi fundationes acceptari a persona morali possint, requiritur consensus Ordinarii, qui non antea assentiat, quam ei legitime constiterit persona moralis tam novo oneri suspiciendo, quam antiquis iam susceptis satisfacere posse, praecipuamque rationem habeat ut redditus omnino respondeant oneribus adiunctis secundum morem cuiuscumque dioeceseos".

⁸⁷ V., *Schema*, III, *De bonis e. t.*, 1907, can. 77, § 2: "Patrono ecclesiae in acceptanda fundatione penes suam ecclesiam facienda nullae sunt partes".

⁸⁸ V., Codice 1917, can. 1546, § 1 "Ut huiusmodi fundationes a persona morali acceptari possint, requiritur consensus Ordinarii loci, in scriptis datus qui eum ne prebeat, antequam legitime constiterit personam moralem tam novo oneri suspiciendo, tum antiquis iam susceptis satisfacere posse; maximeque caveat ut redditus omnino respondeant oneribus adiunctis secundum cuiusque dioecesis morem".

⁸⁹ V., *Schema*, III, *De bonis e. t.*, 1907, can. 77, e *Schema*, IV, *De bonis e. t.*, 1908, can. 78.

⁹⁰ V., *Schema I - De rebus*, post 1909, can. 846.

⁹¹ V., Codice 1917, can. 1546, *supra*, nota 88.

⁹² *Coetus De bonis e. t.*, Sessio III, in *Communicationes*, 36 (2004), pp. 280 e ss. Per le opinioni espresse dai consultori, specialmente in relazione alla competenza dei superiori maggiori, V., *ibidem*.

del 1977⁹³ ed è codificato nel 1983.⁹⁴ Conseguentemente per quanto attiene alla Chiesa latina si farà riferimento a chi è ordinario in base al can. 134, § 1 e al can. 295, § 1.

Quanto al secondo aspetto, cioè al fatto se sempre sia necessario il consenso dell'ordinario, il vigente can. 1304, § 1 non prevede eccezioni in merito e la *licentia* è sempre richiesta.⁹⁵

b. 1. La licenza dell'ordinario

A questo atto dell'ordinario, nella parte concernente i beni temporali della Chiesa, si fa riferimento alcune volte. Qui è necessario soffermarsi, soltanto, sulla licenza richiesta in casi specifici per il rifiuto di un'offerta o per l'accettazione delle liberalità "quae onere modali vel condicione gravantur",⁹⁷ e sulla *licentia* necessaria affinché una persona giuridica pubblica passa accettare una pia fondazione non autonoma.⁹⁸

L'attenzione va rivolta inizialmente al can. 1267, § 2, che riguardo al rifiuto la prevede unicamente "in rebus maioris momenti". Per individuare queste *res* di maggiore importanza il Codice non fornisce indicazioni specifiche circa le modalità cui attenersi. A parere di qualche autore "il criterio di riferimento è relativo, dipendente da diverse circostanze che meglio possono essere determinate dalla legge particolare".⁹⁹

Altri canonisti hanno posto in evidenza che il requisito dell'importanza è collegato principalmente al valore della cosa¹⁰⁰ determinato in base all'entità della donazione o alla natura dei beni elargiti. Perisset, a sua volta, ritiene che in assenza di una "définitione canonique pour qualifier une affaire

⁹³ V., *Communicationes*, 12 (1980), p. 432.

⁹⁴ Can. 1304, § 1: "Ut fundatio a persona iuridica valide acceptari possit, requiritur licentia Ordinarii in scriptis data; qui eam ne praebeat, antequam legitime compererit personam iuridicam tum novo oneri suscipiendo, tum iam susceptis satisfacere posse; maximeque caveat oneribus adiunctis, secundum cuiusque loci vel regionis morem".

⁹⁵ Va notato che anche a questo proposito, nella formazione del Codice del 1917, non vi è stato un indirizzo costante. Infatti nei primi schemi il consenso dell'ordinario è previsto per ogni circostanza (V., *Schema*, III, *De bonis e. t.*, 1907, can. 77, § 1, il cui testo è riportato, *supra*, nota 86, e *Schema*, IV, *De bonis e. t.*, 1908, can. 78) mentre a partire dal primo schema dell'intero libro terzo "De rebus" è richiesto in casi specifici (V., *Schema I - De rebus, post 1909*, can. 846, § 1; *Schema*, 1913, *De Rebus*, can. 827, § 1). Su questo argomento si soffermano alcuni vescovi che suggeriscono di omettere le parole "«in casibus particularibus», «quia expedire videtur ut non solummodo in casibus particularibus, sed semper ab ordinario examinentur et adprobentur fundationes»" (Prov. Strigonien., in *Riassunto*, cit., p. 334, can. 827). Con l'accoglimento di questa proposta, che avverrà solo nel testo definitivo (V., Codice 1917, can. 1546, *supra*, nota 88) si ritorna, come per altri aspetti, sostanzialmente alla previsione iniziale.

⁹⁶ V., can. 1265, § 1; 1267, § 2; 1288 e 1304, § 1. In altri ci si riferisce alla *licentia* senza alcuna specificazione.

⁹⁷ Can. 1267, § 2.

⁹⁸ V., can. 1304, § 1, *supra*, nota 94.

⁹⁹ C. BEGUS, *Diritto*, cit., p. 64.

¹⁰⁰ In tal senso, V., M. LÓPEZ ALARCÓN, *De bonis*, cit., p. 837.

matérielle d'importante, la comparaison entre les canons 1277 et 1292, § 1, permet de fixer le paramètres valables dans chaque pays, selon les décisions prises par la Conférence des évêques".¹⁰¹

La licenza dell'ordinario è prevista, inoltre, dal can. 1304, § 1, per l'accettazione di una pia fondazione non autonoma. Ad essa, atto attinente alla potestà di governo,¹⁰² che può essere data in forma scritta o orale si applicano le norme relative ai rescritti, pur con qualche differenza dato che può esistere un diritto ad ottenerla.¹⁰³

La licenza, nel caso specifico, è uno strumento messo a disposizione dell'ordinario in quanto responsabile della comunità ecclesiale a lui affidata. Essa, nel silenzio della norma, incide sulla liceità dell'atto di rifiuto o di accettazione in ordine a quanto è previsto dal can 1267, § 2, mentre in base al can. 1304, § 1, produce effetti sulla validità dell'accettazione della pia fondazione non autonoma.

Affinché l'ordinario la conceda è necessario che vi sia una petizione dell'amministratore della persona giuridica destinataria dell'offerta. L'istanza dovrà fornire all'ordinario gli elementi essenziali per la concessione della licenza e quindi dovrà essere circostanziata e contenere ogni dettaglio sugli aspetti positivi legati all'atto di liberalità ed anche sui profili personali del donante compresi quelli che possono rendere sconveniente l'accettazione dell'offerta. In considerazione del suo contenuto e della sua finalità è opportuno che la petizione sia redatta con grande prudenza e presentata in forma scritta.

A sua volta l'ordinario, pure in presenza del prospetto più dettagliato, utilizzerà ogni mezzo idoneo per formarsi una diretta convinzione per accordare o negare la licenza. Ai fini dell'accettazione di una pia fondazione non autonoma è prevista la forma scritta dell'atto.

L'espressione verbale "ne prebeat", contenuta nel can. 1304, § 1, impone all'ordinario di concedere la licenza soltanto quando *legitime* sia certo che sussistono gli elementi previsti dal Codice e cioè che vi sia la capacità dell'ente ad adempiere diligentemente gli oneri da assumere e l'idoneità delle rendite per farvi fronte, tenendo conto degli oneri eventualmente già esistenti e sia convinto che l'accettazione dei nuovi oneri non risulti troppo gravosa per la persona giuridica.

L'avverbio "legitime", costantemente presente fin dai primi schemi della codificazione pio benedettina, può indicare la conformità alle regole – come

¹⁰¹ C. PERISSET, *Les biens temporals*, cit., p. 111.

¹⁰² In generale sulla licenza canonica, V. M. LÓPEZ ALARCÓN, *Licencia canónica*, in *Nueva enciclopedia jurídica*, vol. xv, Barcelona, 1974, pp. 585 e ss.

¹⁰³ In tal senso, V. K. LÜDICKE, *Licencia*, in *Diccionario enciclopédico de derecho canónico*, Barcelona, 2008, p. 539 .

avviene quasi sempre nelle oltre cento volte in cui è usato nel Codice – cioè il rispetto della legalità. Non sembra questo, invero, il senso prevalente da attribuirgli in questo contesto, giacché non risultano chiare le norme cui ci si dovrebbe attenere. È più utile, quindi, interpretarlo nel senso di “convenientemente”, facendo risultare più convincente il significato di questo avverbio dato che esso indica una valutazione con criteri non solo legali ma di opportunità pratica.

b. 2. Licenza, requisito di validità

Circa la rilevanza del consenso dell'ordinario va notato che nel processo di codificazione del 1917 non si è ritenuto opportuno precisare se esso costituisse un requisito per la validità dell'accettazione, come emerge dalle norme via via redatte e dal testo promulgato.¹⁰⁴ L'orientamento più comune, secondo Vromant, è che il can. 1546, § 1 non richieda il consenso per la validità dell'atto e che l'ordinario, relativamente all'accettazione fatta *sine licentia*, possa procedere alla rescissione se vi è una giusta causa ossia un grave pregiudizio per l'ente.¹⁰⁵ Wernz, invece, manifesta un diverso parere e cioè che l'atto sia invalido e che “nihil vetat” che “per subsequens consensum convalidetur”.¹⁰⁶

A quanto indicato da Vromant ci si richiama nella fase iniziale della revisione del Codice per porre in evidenza l'utilità di introdurre il principio che il consenso dell'ordinario è necessario per la validità dell'accettazione.¹⁰⁷ Si fa notare, infatti, che “cum ... odiosa sit rescissio foundationis valide acceptatae” è più opportuno “expresse declarare consensum ordinarii requiri ad validitatem contractus”.¹⁰⁸

Questa proposta incontra il consenso unanime dei consultori¹⁰⁹ e col testo promulgato viene a sciogliersi ogni dubbio sulla questione attinente agli effetti della *licentia* ai fini della validità dell'accettazione.

Vi è da sottolineare che, nel silenzio della norma, la concessione della licenza si avrà di solito prima dell'atto di accettazione, ma potrà anche esserlo posteriormente assumendo una natura convalidante.

b. 3. Forma dell'accettazione

Un rapido cenno va fatto riguardo alla forma dell'accettazione su cui il can. 1304, § 1 non fornisce alcuna indicazione.¹¹⁰ Invero è un aspetto che poco ha

¹⁰⁴ V., Codice 1917, can. 1546, § 1, *supra*, nota 88.

¹⁰⁵ V., G. VROMANT, *De bonis*, cit., pp. 303-304.

¹⁰⁶ F. X. WERNZ, P. VIDAL, *Jus canonicum*, cit., p. 268.

¹⁰⁷ V., *Coetus De bonis e. t.*, Sessio III, in *Communicationes*, 36 (2004), p. 281.

¹⁰⁸ *Ibidem*.

¹⁰⁹ V., *ivi*, p. 297.

¹¹⁰ In tal senso, V., J. M. VÁZQUEZ GARCÍA PEÑUELA, *Comento al can. 1304*, cit., p. 204.

richiamato l'attenzione dei canonisti. Comunque si può ricordare che chi vi si è soffermato è giunto alla conclusione che "una interpretación analógica del c. 1306 postula la escrita".¹¹¹ In proposito va osservato che l'atto scritto è sicuramente quello più opportuno ai fini della chiarezza dell'impegno assunto colla costituzione di una pia fondazione non autonoma, ma è dubbio che esso sia sempre indispensabile, non essendo esplicitamente previsto, ai fini della validità dell'accettazione.

Bisogna tenere conto, inoltre, che è complesso vedere l'accettazione come momento distinto dall'atto con cui si trasferiscono i beni. In ogni caso, siccome per la donazione è necessaria l'accettazione del donatario, quando questa è requisito essenziale dell'atto, ne segue la forma. In quest'ultima ipotesi si può dire che a seconda dell'entità dei beni trasferiti e della loro natura, o ancora se si tratti di atto *inter vivos* o *mortis causa*, la forma scritta potrebbe essere indispensabile ai fini della validità.

6. RESPONSABILITÀ IN CASO DI RIFIUTO E DI ACCETTAZIONE

Le norme vigenti in materia di offerte spontanee e di pie fondazioni non autonome non fanno esplicito riferimento ad azioni risarcitorie connesse al rifiuto o all'accettazione illegittimamente compiuti. Tuttavia alcuni canonisti, in merito a questa fattispecie, si sono richiamati al can. 128 che, come è noto, impone di riparare il danno causato in seguito ad un atto illegittimo.¹¹²

Anche a questo proposito è utile un rapido cenno alla formazione del codice piobenedettino perché in quella circostanza è proposta all'attenzione dei consultori una norma in tema di responsabilità per il rifiuto delle offerte.

Infatti partendo dai suggerimenti dei *vota*¹¹³ viene redatto un canone in cui si afferma: "Si quis illegitime donationem acceptaverit vel repudiaverit, pro damnis inde obvenientibus datur actio restitutionis in integrum vel indemnitis contra eum eiusque haeredes".¹¹⁴

Questo canone, sufficientemente analitico, è approvato dai consultori,¹¹⁵ e riprodotto in tutta la prima fase dei lavori. Esso, però, risulta mutato nel primo schema dell'intero libro *De Rebus* in cui non si fa più riferimento all'accettazione illegittima e all'eventuale azione contro gli eredi.¹¹⁶ Allo stato de-

¹¹¹ *Ibidem*.

¹¹² V., C. BEGUS, *Diritto*, cit., p. 64; M. LÓPEZ ALARCÓN, *De bonis*, cit., p. 837.

¹¹³ V., D. BURROTTI, *Votum*, Tit. XXXVIII, Cap. V, can. 1, § 2: "Qui illegitime donationem acceptaverit vel repudiaverit, pro damnis inde obvenientibus restitutionis in integrum vel indemnitis actio contra eum eiusque haeredem dabitur".

¹¹⁴ *Schema*, I, *De bonis e. t.*, 1907, can. 24, § 3.

¹¹⁵ V., Verbale 8 dicembre 1907, in ASV, CCDC, scat. 59.

¹¹⁶ V., *Schema I De rebus, post 1909*, can. 837, § 3: "Si quis illegitime donationem repudiaverit, pro damnis inde obvenientibus datur actio restitutionis in integrum vel indemnitis".

gli atti non vi sono materiali da cui dedurre i motivi di questo cambiamento che risulta, poi, codificato.¹¹⁷

Nella prima sessione per la revisione delle norme piobenedettine si discute se conservare questa norma e si giunge ad approvarne la soppressione accogliendo il suggerimento di due consultori: il primo di questi ritiene che “omitti posse quia patet ex natura rei, quod in casu, datur ratio restitutionis in integrum vel indemnitis”.¹¹⁸ Il secondo la propone “quia non potest sermo fieri de damno Ecclesiae circa bona quae nondum ad ipsam pertinent”.¹¹⁹

L’approvazione di questo orientamento innovativo emerge anche dal fatto che non risultano proposte osservazioni in senso contrario.

Le motivazioni sopra ricordate da un lato lasciano aperta l’ipotesi di un’azione risarcitoria in base ad un principio generale, e dall’altro rendono palese che non è facile individuare e quantificare il danno subito.

Certamente si è dinanzi ad una questione un po’ complessa sotto il profilo giuridico e dell’opportunità pratica ed anche abbastanza delicata per le ripercussioni che, all’interno della comunità ecclesiale, suscita l’esercizio di una tale azione che potrebbe vedere come attore l’ordinario e come convenuto un parroco le cui capacità risarcitorie, tra l’altro, possono essere limitate.

7. OSSERVAZIONI CONCLUSIVE

L’esposizione condotta ha evidenziato per alcuni aspetti coincidenza tra le norme vigenti e alcune proposte avanzate, durante il processo di codificazione del 1917, specialmente dal consultore Lampert, come ad esempio, la categoria pia qualificazione fondazione non autonoma, l’ambito e i requisiti per la sua accettazione.

Tutto ciò, da un lato, sottolinea l’utilità di ricordare aspetti della formazione di quelle norme e della loro revisione – e qui lo si è fatto soltanto sotto alcuni profili- nella certezza che una ricostruzione più analitica è in grado di fornire strumenti e spunti di ulteriore approfondimento anche per delineare compiutamente lo sviluppo del testo normativo vigente.

Una più ampia riflessione meritano le questioni attinenti alla licenza dell’ordinario e alle responsabilità collegate all’accettazione o al rifiuto delle donazioni *cum onere* compiuti *sine licentia ordinarii*, e delle pie fondazioni non autonome che costituiscono un’indiscutibile risorsa per sovvenire alle

¹¹⁷ Codice 1917, can. 1536, § 3: “Repudiata illegitime donatione, ob damna quae inde obvenierint actio datur restitutionis in integrum vel indemnitis”. Sulla base di questo canone, ferma restando la questione della *restitutio in integrum*, non si individuava un danno nel mancato accrescimento del patrimonio, V., in proposito, A. VERMEERSCH, I. CREUSEN, *Epitome juris canonici*⁷, t. II, Parisiis, 1954, p. 605.

¹¹⁸ *Coetus De bonis e. t.*, Sessio VI, in *Communicationes*, 37 (2005), p. 190.

¹¹⁹ *Ibidem*.

necessità della Chiesa, come pure al dovere e alle responsabilità dell'ente accettante in ordine all'adempimento.

Un'notazione va fatta sulle nuove forme di disposizioni per un fine pio cioè a quelle forme non tipiche che non esigono un trasferimento dei beni del donante in proprietà dell'ente onerato, trusts compresi, che non vanno sottovalutati.¹²⁰ Ad esempio, un modo per sovvenire alle necessità della Chiesa ed in particolare di una comunità ecclesiale può consistere nel cedere un bene mobile produttivo di frutti o anche denaro senza interesse, o in uso gratuito un bene immobile per un certo numero di anni – ed in questo caso la liberalità è costituita dal mancato guadagno del cedente a fronte del vantaggio di chi ne usufruisce gratuitamente.

È evidente che in questi casi si è dinanzi ad una fattispecie che si discosta decisamente dal codice in quanto non si costituisce un ente autonomo e neppure una pia fondazione non autonoma perchè manca la creazione di una massa di beni che entra in modo definitivo nella disponibilità della persona giuridica pubblica.

La Chiesa attualmente vede, e certamente a ragione, con maggiore favore che ci si orienti verso la secolare e collaudata esperienza delle forme tipiche ossia le fondazioni pie non autonome, che sembrano offrire la migliore risposta alle esigenze del fondatore e dell'ente onerato e che hanno costituito un adeguato e soddisfacente strumento per il raggiungimento di un fine pio.

Allo stesso tempo non si può ignorare che può non essere possibile, seguendo la volontà del donante, adeguarsi ad figura tipica. In questo caso non sono da trascurare i vantaggi che, con altre forme, si possono conseguire, sebbene di non ampia dimensione. Certamente in queste circostanze bisogna procedere utilizzando strumenti giuridici, correttamente redatti al fine di evitare possibili controversie tra fedele e comunità.

¹²⁰ In merito a questi ultimi, V. M. FERRANTE, *L'apporto del diritto canonico nella disciplina delle pie volontà fiduciarie testamentarie del diritto inglese*, Milano, 2008; G. SARULLO, *Pie volontà, fondazione pie e trusts*, Romae, 2007.

JESÚS MIÑAMBRES

FONDAZIONI PIE E FIGURE AFFINI*

SOMMARIO: Premessa. 1. Vincolo di beni produttivi al finanziamento di attività ecclesiali. 2. Le fondazioni canoniche “classiche”: autonome e non autonome. 3. Fondazioni-impresa, fondi d’investimento mobiliare e fondazioni bancarie. 4. Le fondazioni fiduciarie. 5. Le “Opere”. 6. Il “trust”. 7. Il fedecommesso. Conclusione.

PREMESSA

LA domanda che ci poniamo in queste pagine riguarda i negozi giuridici (o gli atti giuridici, secondo le diverse sensibilità) attraverso i quali è possibile destinare i proventi di uno o più beni al finanziamento di attività ecclesiali di pietà, di apostolato o di carità (cfr. can. 114 § 2). Certamente, un tale risultato può essere raggiunto mediante la creazione di un nuovo soggetto giuridico, sia di carattere “corporativo” (*universitas personarum*), sia di tipo “reale” (*universitas rerum*), come previsto dal can. 115. Quando, più concretamente, ci si propone di raggiungere i detti fini mediante il vincolo di determinati beni alla produzione di redditi per finanziare determinate opere, la figura giuridica tipica che viene in mente è la fondazione (cfr. can. 115 § 3), ma vi sono nell’ordinamento della Chiesa altre figure giuridiche che permettono la destinazione dei redditi dei beni al finanziamento di attività ecclesiali.

1. VINCOLO DI BENI PRODUTTIVI AL FINANZIAMENTO DI ATTIVITÀ ECCLESIALI

L’uso dei termini “finanziamento” e “vincolo” in questo contesto richiede alcune brevi precisazioni. In primo luogo, il “finanziamento”¹ va inteso qui nel senso di reperimento dei beni necessari per adempiere la missione propria, per “finanziare” le attività necessarie per raggiungere i propri fini istituzionali,²

* Intervento alla tavola rotonda su *Finanziamento della Chiesa mediante le fondazioni non autonome e altre figure affini*, tenutasi il 22 gennaio 2009, presso la Facoltà di Diritto canonico della Pontificia Università della Santa Croce.

¹ Per una comprensione del termine finanziamento dalla prospettiva del diritto privato, cfr. M. FRAGALI, *Finanziamento (diritto privato)*, in *Enciclopedia del diritto*, xvii, Milano 1968, p. 605-627.

² In questo senso è adoperato da parte della dottrina canonica recente: cfr., ad es., J.-P. SCHOUPE, *Elementi di diritto patrimoniale canonico*, 2° ed. Riveduta, aggiornata e ampliata, Milano 2008, che include un intero capitolo (il quinto) sotto il titolo “Il finanziamento della Chiesa”.

senza particolare riferimento a quello che potremmo denominare “il mondo della finanza” (oggi in crisi) e che riguarderebbe piuttosto i flussi di danaro e titoli di diverso tipo. Parte della dottrina canonica preferisce usare il termine “sovvenzionamento” per evitare accostamenti impropri alle attività finanziarie.³ Anche se la scelta dell’uno o dell’altro termine non modifica la sostanza del nostro studio, io ho preferito “finanziamento” per diverse ragioni. In primo luogo, perché mi sembra immediatamente comprensibile come attività istituzionale che richiede organizzazione di persone e risorse. La seconda ragione che motiva la mia scelta è la sensazione che l’uso del termine “finanziamento” sia più vicino al modo abituale di parlare dei colleghi ecclesiasticisti per riferirsi alle risorse economiche necessarie per portare avanti le attività proprie delle confessioni religiose, per raggiungere i fini di religione e di culto che sono loro proprie. In tal senso è frequente adoperare il termine per denominare i contributi di diverso genere destinati ad attività svolte da soggetti giuridici che sono presenti sia nell’ordinamento canonico che in quello statale.⁴ Ma, soprattutto, la scelta del termine “finanziamento” cerca di evitare una percezione della “sovvenzione”, penso abbastanza diffusa, che l’associa ad una certa passività da parte del soggetto sovvenzionato. Vengono sovvenzionati in diversa misura i soggetti che non sono capaci di reperire da soli le risorse necessarie per svolgere le loro attività. In questo senso, il soggetto sovvenzionato è equiparato in maggiore o minore misura ad un indigente. Non mi pare che il richiamo all’indigenza sotteso nel termine “sovvenzione” rispecchi la realtà dell’affidamento alla Chiesa di beni temporali per l’adempimento della sua missione.

La Chiesa, quindi, può essere “sovvenzionata”, nel senso di essere aiutata dagli enti pubblici (Stato, province, enti sovranazionali, ecc.), in considerazione della sua funzione di culto e di carità, necessaria per lo sviluppo della persona umana. Tuttavia, per indicare queste elargizioni pubbliche in favore delle confessioni religiose il termine adoperato dalla dottrina giuridica (nonché dalla legislazione e dalla giurisprudenza degli Stati) è proprio “finanziamento delle confessioni religiose”.

L’altro termine che richiede una premessa è “vincolo”. La possibilità di creare un vincolo duraturo tra alcuni beni e concreti scopi a cui destinarli, al di là degli obblighi personali di chi detiene i beni stessi in un dato momento, è all’origine della fattiva carità cristiana nella storia, che si è tante volte mani-

³ Questa pare essere la scelta seguita dalla Conferenza episcopale italiana nell’*Istruzione in materia amministrativa* (2005) («Notiziario CEI» 2005 (n. 8/9), p. 327 ss.), che dedica il Capitolo quarto a “Le fonti di sovvenzione nella Chiesa”.

⁴ Per la dottrina ecclesiasticistica, finanziamento è il termine più utilizzato per indicare in particolare gli aiuti statali alle confessioni religiose (vedi, fra i più recenti, I. BOLGIANI (a cura di), *Enti di culto e finanziamento delle confessioni religiose. L’esperienza di un ventennio (1985-2005)*, Bologna 2007).

festata in diverse forme di beneficenza.⁵ D'altronde, un'eccessiva protezione legale della finalizzazione dei beni in una data società potrebbe portare alla paralisi economica della società stessa, o almeno all'evidenziarsi di difficoltà per reperire le risorse da destinare ad altri scopi necessari. Con determinate premesse culturali e filosofiche, la constatazione di una situazione del genere ha portato nei secoli XVIII e, soprattutto, XIX a leggi che cercavano di evitare la manomorta, vale a dire il concentrarsi di beni "finalizzati" in mano a diverse istituzioni incapaci di farli rendere. La situazione è stata affrontata con leggi che nazionalizzavano dei beni che erano considerati astrattamente in manomorta. Com'è noto, il processo è stato compiuto con diversa sensibilità e differenti effetti a seconda dei posti. Logicamente, il legislatore non poteva esaminare la situazione reale di ciascun bene. Per questo motivo decise di agire attraverso la definizione di "gruppi" di proprietari, e quindi più in relazione alla titolarità sui beni che non alla loro effettiva produttività e alla staticità della finalizzazione. Ad ogni modo, con maggiore radicalismo, vi sono state anche leggi che vietarono ogni vincolo di patrimoni a scopi prefissati.⁶

In queste pagine, quindi, vorremmo soltanto analizzare alcuni fra i tanti modi che vi sono nella Chiesa per destinare beni a finalità predeterminate, affidando tali beni a diverse istituzioni. L'analisi, oltre ad evidenziare gli scopi così garantiti, e le diverse figure giuridiche che la ricerca della creazione di tale vincolo riesce a mettere in atto, manifesta anche una fiducia, che appare necessaria, a nostro modo di vedere, per far funzionare ogni gruppo sociale.⁷ Il fatto che nella Chiesa la destinazione di patrimoni a finalità "importanti" continui nel tempo dimostra, fra le altre cose, il grado di fiducia che i fedeli le accordano.

Lo studio delle diverse forme giuridiche attraverso le quali si può garantire il vincolo dei beni a scopi ecclesiastici partirà dalla figura delle fondazioni per approfondire poi alcune sue tipologie (le fondazioni-impresa e le fondazioni bancarie). Faremo quindi riferimento al negozio fiduciario. Infine cercheremo di trarre alcune considerazioni sui *trust* e i fedecommessi che, anche se d'origine successoria e generanti obblighi personali, in qualche mo-

⁵ Basti pensare agli *hospitalia, orphanotrophia aliaque similia instituta* di cui al can. 1489 § 1 CIC'17, che raccoglievano una tradizione ormai secolare.

⁶ Tuttavia, la determinazione di soggetti giuridici fatta sulla base della destinazione di beni a scopi prefissati ha continuato a interessare i cultori della scienza del Diritto, come dimostra la pubblicazione in questa rivista di diversi articoli sulle fondazioni. A quarantacinque anni dalla sua pubblicazione, risulta ancora molto suggestiva dal punto di vista scientifico canonistico, a nostro avviso, la monografia di M. CONDORELLI, *Destinazione di patrimoni e soggettività giuridica nel diritto canonico. Contributo allo studio degli enti non personificati*, Milano 1964.

⁷ Conferma questa asserzione BENEDETTO XVI nei primi numeri della sua recente enciclica *Caritas in veritate*, pubblicata quando questo lavoro era ormai in stampa.

do mutano lo statuto giuridico dei beni cui fanno riferimento e arrivano (o potrebbero arrivare) a configurare figure di destinazione “reali”.

2. LE FONDAZIONI CANONICHE “CLASSICHE”: AUTONOME E NON AUTONOME

Il negozio giuridico tipico attraverso il quale una massa patrimoniale (un insieme di beni) è destinata a produrre rendite per finanziare un'attività o un ente è la fondazione. Il negozio si sostanzia nella determinazione delle finalità e l'assegnazione della dote, cioè si tratta di un negozio complesso che comporta almeno due atti essenziali: istituzione (o erezione) e dotazione.⁸ Logicamente, dal punto di vista del risultato dell'azione del disponente, la fondazione è, soprattutto, un nuovo soggetto giuridico,⁹ una nuova istituzione, più o meno autonoma a seconda dell'atto del fondatore, ma sempre un nuovo centro d'imputazione di rapporti giuridici.

Il Codice di diritto canonico vigente, riprende in qualche modo la linea classica della soggettivizzazione di patrimoni redditizi destinati a scopi predeterminati, ma aggiunge alla descrizione della fondazione un nuovo elemento: la personalità giuridica.¹⁰ Difatti, descrive una delle possibili persone giuridiche canoniche come costituita da un «insieme di cose ordinate ad un fine corrispondente alla missione della Chiesa, che trascende il fine dei singoli» (can. 114 § 1). La descrizione è massimamente ampia e potrebbe accogliere quasi tutti i negozi giuridici di liberalità destinati a durare nel tempo, se non fosse per la necessaria personificazione di siffatte iniziative.¹¹

Nella tradizione giuridica canonica, il termine fondazione sembra essere

⁸ I due atti possono essere presi in considerazione separatamente, assegnando a ciascuno diversi effetti giuridici, oppure come configuranti un unico atto (o negozio) complesso. In questo momento non ci interessa fermarci a esaminare questi aspetti che sono oggetto di abbondante letteratura sia civilistica (cfr., ad es., P. RESCIGNO, *Fondazione (dir. civ.)*, in «Enciclopedia del Diritto» XVII, Milano 1968, p. 801) che canonistica ed ecclesiasticistica (cfr., ad es., T. MAURO, *Fondazione di culto*, in «Enciclopedia del Diritto» XVII, Milano 1968, p. 816).

⁹ Studia, in riferimento alla legislazione spagnola, i diversi soggetti che possono dar vita a delle fondazioni R. BENEYTO BERENGUER, *Las fundaciones religiosas de la Iglesia Católica. Fundaciones pías autónomas*, Valencia 2007, p. 31-39.

¹⁰ Com'è noto, il Codice del 1917 non adoperava il termine “persona giuridica” ma parlava di persone morali. Tuttavia, questa differente denominazione non ha particolare importanza in riferimento all'argomento che affrontiamo. Più rilevante è il fatto che il Codice precedente chiamasse fondazioni alcuni istituti che non avevano personalità morale (o giuridica), mentre quello attuale adopera lo stesso termine, nel can. 114, per descrivere un tipo di persone giuridiche.

¹¹ Già per il tempo precedente la codificazione canonica e la legislazione eversiva, in Italia le cappellanie e i legati pii potevano essere costituiti attraverso una grande diversità di negozi giuridici: costituzione di una fondazione, disposizione modale che poteva anche essere perpetua, costituzione di fondazione fiduciaria (cfr. M. FERRANTE, *Sull'inattualità del divieto di costituzione di fondazioni fiduciarie di culto disposte per testamento*, in «Il Diritto ecclesiastico» 110 (1999) I, 402-449, qui 405-406).

stato riservato soprattutto alle masse di beni devolute ad un soggetto preesistente con l'obbligo di farle rendere (le masse di beni) per la realizzazione di determinate opere (frequentemente, la celebrazione di Messe). Le norme del Codice di Diritto canonico attuale che regolano nel dettaglio le fondazioni sembrano contrarie all'indicazione generale del can. 114 sopra riportata. In effetti, il legislatore prevede, oltre alla fondazione autonoma, «cioè la massa di beni destinati ai fini di cui al can. 114, § 2, ed eretti in persona giuridica dall'autorità ecclesiastica competente» (can. 1303 § 1, 1°), anche quella non autonoma, «cioè i beni temporali comunque devoluti ad una persona giuridica pubblica, con l'onere per un ampio spazio di tempo da determinarsi dal diritto particolare, della celebrazione di Messe o di altre specifiche funzioni ecclesiastiche o altrimenti per conseguire le finalità di cui al can. 114, §2, in ragione dei redditi annui» (can. 1303 § 1, 2°). Queste ultime, che come dicevamo costituiscono una tradizione secolare nella Chiesa (si pensi ai legati *pro anima* e figure affini), non acquistano personalità giuridica propria. Il codificatore del 1917¹² ritenne che queste erano “le” fondazioni (cfr. can. 1544 CIC'17),¹³ mentre quelle che oggi chiamiamo autonome venivano denominate “istituti non collegiali” (cfr. can. 1489 CIC'17).¹⁴

Questi due tipi legali denominati fondazioni dal can. 1303 del Codice del 1983 attirano a sé tutte le figure giuridiche che cercano di “soggettivizzare” delle “cose”¹⁵ da far rendere oltre la vita della persona fisica per un deter-

¹² La dispersione della legislazione sulle fondazioni nel Codice del 1917 rendeva difficile trovare i tratti comuni di tutti gli istituti che presentavano somiglianze con la figura principale (si pensi, ad es., ai benefici, alle cappellanie, ecc.). Illuminante per alcuni aspetti delle fondazioni nel Codice del 1917 è il lavoro di F. UCCELLA, *L'“acceptatio foundationis” nel C.I.C. Contributo alla interpretazione dei canoni 1412 – 1544 – 1546*, in «Apollinaris» 44 (1971) 93-126.

¹³ «Can. 1544. - § 1. Nomine piarum foundationum significantur bona temporalia alicui personae morali in Ecclesia quoquo modo data, cum onere in perpetuum vel in diuturnum tempus ex redditibus annuis aliquas Missas celebrandi, vel alias praefinitas functiones ecclesiasticas explendi, aut nonnulla pietatis et caritatis opera peragendi».

¹⁴ «Can. 1489. - § 1. Hospitalia, orphanotrophia aliaque similia instituta, ad opera religionis vel caritatis sive spiritualis sive temporalis destinata, possunt ab Ordinario loci erigi et per eius decretum persona iuridica in Ecclesia constitui. § 2. Loci Ordinarius haec instituta ne approbet, nisi finis foundationis utilis reapse sit, et talis constituta fuerit dos, quae, omnibus perpensis, sufficiat vel sufficiens fore prudenter praevideatur ad illum assequendum. § 3. Horum institutorum administrare bona sui cuiusque rectoris est, secundum normas tabulae foundationis; hic vero iisdem obligationibus tenetur, iisdemque iuribus fruitur, quibus administratores aliorum bonorum ecclesiasticorum».

¹⁵ Usiamo il termine “cose” fra virgolette e in senso amplissimo, perché il can. 115 § 3 prevede che il sostrato delle fondazioni possa essere costituito da «cose, sia spirituali sia materiali» e ci consta l'esistenza di almeno una fondazione canonica costituita da beni spirituali: il Cammino Neocatecumenale. Il paragrafo 3 dell'art. 1 dello Statuto del Cammino, pubblicato l'11 maggio 2008 (cfr. www.camminoneocatecumenale.it), fa riferimento esplicito al can. 115 § 3 e stabilisce che « Il Cammino Neocatecumenale, dotato di personalità giuridica pubblica, consta di un insieme di beni spirituali: 1° . il “Neocatecumenato” (...); 2° . l'educazione permanente

minato scopo. Soggettivizzazione che non sempre implica personificazione, cioè conferimento di personalità giuridica. Anzi, le fondazioni “tradizionali”, quelle non autonome, escludono esplicitamente la personificazione.¹⁶ E per quanto riguarda la durata, l’esclusione espressa della perpetuità,¹⁷ frutto della considerazione delle difficoltà che possono sorgere dalla diminuzione delle rendite, e tecnicamente permessa dal fatto che queste fondazioni non diventano persone giuridiche,¹⁸ l’ordinamento prevede così quelli che potremmo denominare “soggetti a termine”.¹⁹

Ad ogni modo, ciò che qui ci interessa rilevare è che le fondazioni costituiscono l’istituto giuridico *princeps* per la destinazione di redditi patrimoniali a scopi prefissati nell’ordinamento canonico, come in molti ordinamenti statuali. Ma sia la definizione ampia della fondazione (can. 115), sia la regolamentazione che prevede due tipi di fondazioni al can. 1303, non devono far dimenticare il favore con cui la Chiesa ha sempre considerato e protetto le cosiddette “pie volontà”.²⁰ E se non risultano altri tipi di fondazioni espressamente denominate tali dal legislatore, ciò non vuol dire che non si diano di fatto altri “negozi” di tipo fondatizio. Vediamo perciò adesso alcune figure peculiari di fondazioni proposte dalla dottrina e dai testi normativi, che costituiscono modi giuridici per ottenere la finalità di destinare redditi a scopi ecclesiastici, ma che manifestano delle peculiarità nei confronti delle figure che abbiamo denominato “classiche”.

3. FONDAZIONI-IMPRESA, FONDI D’INVESTIMENTO MOBILIARE E FONDAZIONI BANCARIE

In dottrina, ormai più di quindici anni fa, vi è stato chi ha parlato della possibilità di quello che denominava “fondazioni-impresa”,²¹ per riferirsi ad un pe-

della fede (...); 3° il catecumenato (...); 4° il servizio della catechesi (...) ». In questo caso pare che la figura della fondazione abbia allargato i propri tratti per consentire la concessione di personalità giuridica pubblica ad un soggetto dalla configurazione organizzativa peculiare.

¹⁶ Sui soggetti e le persone giuridiche nell’ordinamento canonico mantengono il loro valore nel tempo i suggerimenti formulati da Lo Castro nel suo ormai classico studio su *Il soggetto e i suoi diritti nell’ordinamento canonico*, Milano 1985.

¹⁷ Come è noto, e si evince anche dal testo del can. 1544 § 1 del CIC’17 sopra riportato, già prima del 1983 era prevista la possibilità di costituire fondazioni *in diuturnum tempus*. Tale possibilità è diventata la regola generale nel can. 1303 del CIC’83 dopo la discussione del gruppo di lavoro incaricato della redazione di questi canoni, riportata in « *Communicaciones* » 36 (2004) 277-279.

¹⁸ Il can. 120 § 1 prevede che « la persona giuridica per sua natura è perpetua ».

¹⁹ In modo tale da poter ipotizzare l’eventualità che un fondatore sopravviva alla propria fondazione, il che rivela l’origine “legataria” o “successoria” di queste fondazioni, ma in sé sembra un controsenso giuridico: far nascere un soggetto con gli anni contati.

²⁰ Basti notare come il quarto titolo del Libro v del Codice latino vigente è intitolato proprio alle « Pie volontà in genere e pie fondazioni ».

²¹ Cfr. A. SOLS LUCIA, *La fundación pia no autónoma en el actual CIC*, in « *Revista española de derecho canónico* » 50 (1993) 519-552, in particolare a p. 535-536.

culiare tipo di fondazioni non autonome che gestirebbero il fondo come se si trattasse di imprese commerciali, ma con l'obbligo di devolvere tutti i proventi dell'attività imprenditoriale in favore della finalità della fondazione.²² Anche se, in realtà, per il negozio fondatizio in sé non cambia nulla, dalla determinazione dei modi attraverso i quali la dote deve essere resa redditizia, e anche se un'impostazione di questo genere potrebbe comportare particolari aggravii fiscali (almeno fino all'avvento delle imprese sociali),²³ prospettare questa possibilità apre un panorama ancora più ampio di figure miste possibili per il sovvenzionamento di attività ecclesiastiche.

Lo stesso autore proponeva la creazione di un "Fondo de inversión mobiliaria",²⁴ risultante dalla registrazione di tutte le fondazioni canoniche in un nuovo "registro eclesiástico nacional de fundaciones". Il "Fondo", senza personalità giuridica, gestirebbe le risorse delle fondazioni ad esso aderenti mediante una società finanziaria, costituita come società per azioni (l'autore non dice chi sarebbero gli azionisti), i cui ricavi dovrebbero essere destinati al "Fondo", che poi li distribuirebbe alle singole fondazioni. Riportiamo la proposta perché può essere utile per comprendere meglio quanto possa essere complicata la "vita" giuridica di una fondazione. In realtà, per il nostro proposito di individuare delle figure giuridiche attraverso le quali i beni possano essere vincolati a scopi ecclesiastici, questo Fondo, qualora lo si ritenesse possibile e conveniente, non avrebbe particolare rilevanza, dal momento che la sua finalità sarebbe la maggiore redditività delle fondazioni e non la creazione di nuove figure che permettano il vincolo dei beni alla destinazione voluta.

Figura giuridica a sé è costituita dalle fondazioni bancarie²⁵ create nell'ordinamento italiano con legge del 30 luglio 1990, n. 218. Queste istituzioni vengono ad essere l'ultimo anello di una lunga catena che dai monti di pietà, attraverso le casse di risparmio, cerca di riformare l'attività bancaria di servizio pubblico e di beneficenza, costringendo alla creazione di una società bancaria per azioni ed erigendo la proprietà dell'azienda in Fondazione ban-

²² Come esempio di questo tipo di fondazioni, l'autore cita il contributo di L. DE ECHEVERRÍA, *Fundaciones piadosas*, in *El derecho patrimonial canónico en España*, Salamanca 1985, p. 99-124, che a p. 110 riporta il caso della "fondazione Santa María", la cui dotazione era costituita dall'editrice SM, società per azioni creata dalle province spagnole della Compagnia di Maria (Marianisti); la destinazione di tutti i redditi d'impresa dell'editrice era fissata nelle tavole della fondazione.

²³ Disciplinate con il d.lgs. n. 155/2006, del 24 marzo 2006 (G.U., n. 97, 27 aprile 2006; anche in «Ius Ecclesiae» 18 (2006) 877-885, con nota di A. BETTETINI, *Ente ecclesiastico civilmente riconosciuto e disciplina dell'«impresa sociale». L'esercizio in forma economica di attività socialmente utili da parte di un ente religioso*, a p. 719-740).

²⁴ Cfr. A. SOLS LUCIA, *La fundación pia no autónoma*, cit., p. 537.

²⁵ Molto interessante, il breve riassunto della figura offerto da M. SIMONE, *Le fondazioni bancarie*, in «La civiltà cattolica» (2002) II, 487-496 (quaderno 3647, del 1° giugno 2002).

caria, appunto. Nel 1994, la legge n. 474 avviò una nuova politica tendente a promuovere la dismissione della proprietà dell'azienda da parte della Fondazione, in considerazione delle sue responsabilità pubbliche. Nel 1999, le fondazioni di origine bancaria rientrano nel quadro generale delle fondazioni, disegnato dal d.lgs. n. 153 del 19 maggio 1999, e vengono descritte come persone giuridiche private senza fine di lucro. Nell'anno 2000 vi erano in Italia 89 Fondazioni di origine bancaria, di cui 82 sorte da Casse di Risparmio. Tra i beneficiari degli interventi di queste fondazioni, il 12,2 % era costituito da organismi ecclesiastici. Questo dato rende palese la convenienza dello studio delle fondazioni bancarie da parte dei canonisti italiani, anche se la figura, a nostro avviso, è destinata a scomparire – si noti, ad esempio, che ormai non si parla più di fondazioni bancarie ma di fondazioni di origine bancaria. Per quanto riguarda i fini di questo lavoro, l'aggettivo "bancaria" non aggiunge tratti rilevanti alla figura della fondazione, che rimane tale anche in questa fattispecie.

4. LE FONDAZIONI FIDUCIARIE

Se si legge con attenzione il già citato Titolo IV del Libro V del Codice di diritto canonico del 1983 sulle "Pie volontà in genere e pie fondazioni", ci si accorge che il legislatore riporta i tratti di un negozio giuridico che, in alcuni casi, potrebbe finire per concretizzarsi in un tipo di fondazioni diverse da quelle autonome e da quelle non autonome del can. 1303; quelle che potrebbero essere chiamate "fondazioni fiduciarie": «Chi riceve fiduciarmente dei beni per cause pie sia con atto tra vivi sia con testamento, deve informarne l'Ordinario, indicandogli tutti i beni anzidetti sia mobili sia immobili con gli oneri annessi» (can. 1302 § 1).²⁶ In questo canone possono essere incluse due realtà diverse:²⁷ una vera fondazione, per cui il patrimonio che viene destinato al compimento degli oneri è esso stesso gravato dell'obbligo "reale" di adempimento delle finalità; oppure, una donazione modale, per la quale sono donati dei beni ad un soggetto giuridico con l'obbligo "personale" di destinare delle quantità al compimento degli oneri. La differenza tra il carattere reale e quello personale dell'obbligazione cambia la natura stessa del negozio, che soltanto nel primo caso può essere definito fondazione.

²⁶ Mutuiamo il nome "fondazioni fiduciarie" dal diritto civile italiano per applicarlo al negozio giuridico previsto dal can. 1302, senza dimenticare che, probabilmente, qualora la possibilità di costituire fondazioni fiduciarie fosse riammessa dal legislatore italiano, l'istituzione canonica che meglio sembra adeguarsi ai tratti tradizionali della figura civile è la fondazione non autonoma (cfr. M. FERRANTE, *Sull'inattualità del divieto*, cit., 421-422).

²⁷ Cfr. J. M. VÁZQUEZ GARCÍA-PEÑUELA, *comentario al can. 1302*, in *Comentario exegetico al Código de derecho canónico*, IV/1, Pamplona 1996, p. 189; M. LÓPEZ ALARCÓN, *Legados píos*, in *Nueva Enciclopedia jurídica*, XIV, Barcelona 1986, p. 868.

In effetti, nel caso della fondazione fiduciaria, come succedeva in quella non autonoma, i beni dati in fiducia non entrano a far parte del patrimonio del fiduciario, ma rimangono un fondo a sé, responsabile dell'adempimento degli oneri. In questo senso, se il fondo, senza colpa di chi lo amministra, non produce rendite sufficienti per affrontare tutti gli oneri, il fiduciario non deve affrontarli con il proprio patrimonio. Conseguentemente, se chi ha ricevuto i beni fiduciarmente fallisce non implica nel concorso dei creditori il patrimonio affidatogli. Nella donazione modale, invece, i beni entrano a far parte del patrimonio del donatario, che rimane personalmente obbligato ad adempiere gli oneri in favore del beneficiario, anche con il proprio patrimonio.²⁸

La fondazione fiduciaria si distingue dalla fondazione non autonoma perché può essere istituita presso persone fisiche (lo stesso can. 1302 prevede che i beni possano essere affidati ad un religioso), o anche presso persone giuridiche private, e pertanto i suoi beni non sono ecclesiastici, anche se l'Ordinario deve vigilare sull'esecuzione della pia volontà (cfr. can. 1302 § 2). Inoltre, non vi è per questa figura la limitazione temporale che la legge vigente stabilisce per le fondazioni non autonome. Ma, certamente, non vi è nemmeno una comunità ecclesiale che «garantisca nel tempo l'esecuzione della pia volontà del fondatore», come giustamente rileva l'*Istruzione in materia amministrativa* (2005) della Conferenza episcopale italiana, auspicando la costituzione di fondazioni non autonome con preferenza sulle fondazioni autonome (cfr. n. 155).²⁹

5. LE "OPERE"

La stessa *Istruzione in materia amministrativa* (2005), appena citata, prevede un'altra tipologia di "fondazioni" – o, comunque, "fondi" o "attività" – che chiama *Opere* (oppure, centri, istituti o simili) e che riferisce agli insiemi «di persone e di beni organizzati per realizzare una delle finalità inerenti alla

²⁸ Per il dibattito dottrinale avutosi sui negozi fiduciari canonici e la loro rilevanza nell'ordinamento civile è utile rifarsi al riassunto offerto da M. TEDESCHI, *Associazioni ecclesiastiche e autonomia negoziale*, in M. TEDESCHI, *Scritti di diritto ecclesiastico*, 3^a ed., Milano 2000, p. 179-205.

²⁹ Come si sa, in Italia la disposizione fiduciaria non è opponibile in giudizio (art. 627 c.c.: «Non è ammessa azione in giudizio per accertare che le disposizioni fatte a favore di persona dichiarata nel testamento sono soltanto apparenti e che in realtà riguardano altra persona, anche se espressioni del testamento possono indicare o far presumere che si tratta di persona interposta. Tuttavia la persona dichiarata nel testamento, se ha spontaneamente eseguito la disposizione fiduciaria trasferendo i beni alla persona voluta dal testatore, non può agire per la ripetizione, salvo che sia un incapace. Le disposizioni di questo articolo non si applicano al caso in cui l'istituzione o il legato sono impugnati come fatti per interposta persona a favore d'incapaci a ricevere»).

missione della Chiesa, di cui al can. 114 § 2. L'opera può diventare soggetto di diritto se viene eretta in persona giuridica canonica e riconosciuta civilmente: in tale caso diventa una fondazione autonoma. Fino a che non sia eretta in persona giuridica, l'opera resta solo un'attività, che richiede necessariamente un soggetto. Le opere possono essere promosse da una persona fisica, da più persone riunite in associazione di fatto ovvero da una persona giuridica» (n. 156). Come si vede, la figura descritta è amplissima, ma è interessante constatare che i vescovi italiani hanno ritenuto opportuno aggiungere un paragrafo di questo tenore alla fine dell'istruzione; a nostro avviso, questa norma conferma la necessità – sentita in questo caso dalla Chiesa in Italia – di aprire delle vie all'espressione di fiducia che si sostanzia nel vincolare beni a scopi determinati.

Viene qui alla mente, per somiglianza di denominazione e per il contesto nazionale italiano, l'iniziativa del movimento di Comunione e Liberazione di promuovere la «Compagnia delle Opere», che «riunisce in un *network* decine di migliaia di soci tra piccole e medie imprese, opere caritative, enti culturali e imprese *non profit*». La Compagnia «non è né una società per azioni, né una *holding*, né una realtà collaterale a partiti politici o tesa a difendere interessi di categoria. Non ha partecipazione nella gestione delle imprese associate». «La Compagnia delle Opere (CdO) è una associazione senza fini di lucro costituita l'11 luglio del 1986» che poggia sul «riconoscimento che l'impegno con un ideale di mutualità, di attenzione al bisogno e di valorizzazione dei talenti rende migliore la qualità del lavoro e della vita sociale ed economica». ³⁰ Questa realtà non è in sé una figura giuridica destinata a indirizzare beni ad uno scopo prefissato, tra quelli elencati dal can. 114 § 2, ma, con la sua indubbia portata “apostolica” o “evangelizzatrice”, crea un’“atmosfera” nella quale diventa più facile finanziare iniziative ricollegabili alla missione della Chiesa. Si avverta che, come succede in tanti altri casi, la Compagnia non ha un inquadramento canonico specifico: nasce e vive nell'ordinamento legale civile.

6. IL “TRUST”

Un'altra figura giuridica che potrebbe servire a vincolare dei beni ad uno scopo è il *trust*, ³¹ istituzione originata nel diritto successorio inglese attraverso la protezione offerta dal Lord Chancellor, in quell'ambito che è stato chiamato *Equity* per contrapposizione al *Common Law*. ³² Il *trust* nasce come

³⁰ Dati tratti da www.clonline.org/storiatext/ita/adulti/cdo.htm.

³¹ Importato in Italia dalla legge n. 364, del 16 ottobre 1989, esecutiva della Convenzione dell'Aja del 1° luglio 1985.

³² Fra gli ultimi autori che hanno scritto in italiano su questa figura, con abbondanti riferimenti bibliografici e con un collegamento esplicito con l'ordinamento canonico, cfr. M.

imposizione all'erede dell'obbligo di manutenzione o di passare un'assegnazione o altro ancora, a chi non potrebbe ereditare in *Law* ma deve essere protetto dal *de cuius*. Si viene così a costituire un'obbligazione sui beni in favore di una persona. L'evoluzione dell'istituto porta a una diversificazione delle possibilità e delle finalità per le quali il *trust* è ammesso. Oggi, in termini molto generali, potrebbe essere descritto come la possibilità da parte di un soggetto (*truster*) di porre beni nelle mani di un altro soggetto (*trustee*) per favorire un terzo soggetto.

All'interno di questa categoria – del *trust* –, il *charitable trust* o *charity* può essere costituito per uno scopo di carità (e non soltanto per persone determinate, com'è tipico dei *trust* in generale) e in perpetuo (anche qui in deroga alle norme generali dei *trust*). Come scopi di carità si segnalano il sollievo dalla povertà, l'educazione, la religione o altri fini benefici per la comunità non inclusi nei precedenti.³³ Nella misura in cui questa istituzione anglosassone trovi applicazione anche in altri posti (i firmatari della Convenzione dell'Aja del 1° luglio 1985 devono in qualche modo gestire questa figura giuridica espressamente prevista dalla Convenzione), oppure per i Paesi che appartengono a quella tradizione, la *charity*, o *trust*, potrebbe essere una veste giuridica adeguata per vincolare dei beni a scopi rientranti nella missione della Chiesa. Di fatti molte strutture del cd. “terzo settore” (enti di volontariato, ONLUS, imprese sociali,³⁴ ecc.) prendono ispirazione in un modo o nell'altro da questa figura.

7. IL FEDECOMMESSO

Un altro modo tradizionale di destinare beni ad opere (o meglio, a persone, ma con riguardo alla loro appartenenza a una famiglia, oppure in conside-

FERRANTE, *L'apporto del diritto canonico nella disciplina delle pie volontà fiduciarie testamentarie del diritto inglese*, Milano 2008.

³³ Su tutta questa materia, in italiano cfr. il riassunto di M. FERRANTE, *Sull'inattualità del divieto*, cit., 434-439. In inglese, cfr. l'introduzione di A. HUDSON, *Understanding Equity & Trusts*, 2nd ed., London 2006, p. 177-185.

³⁴ Le figure appena citate potrebbero permettere di soggettivizzare patrimoni o parti di essi per fini consoni alla vita della Chiesa, soprattutto quelli riguardanti le opere di carità e apostolato. A livello internazionale, anche la figura delle cd. “organizzazioni non governative” (ONG) potrebbe essere studiata come figura giuridica che permette la destinazione di redditi patrimoniali a finalità ecclesiali. Tuttavia, la natura di queste entità è più “corporativa” che “fondatizia”, vale a dire, organizza dei soggetti fisici piuttosto che dei patrimoni, e, quindi, dà origine a soggetti di natura associativa anziché a patrimoni soggettivizzati dalla creazione di un vincolo alla produzione di redditi per il finanziamento di uno scopo prefissato. Per alcune considerazioni riguardanti i soggetti del “terzo settore” in rapporto all'ordinamento canonico ci permettiamo di rinviare agli studi raccolti in J. MIÑAMBRES (a cura di), *Volontariato sociale e missione della Chiesa*, Roma 2002, e in J. MIÑAMBRES (a cura di), *Diritto canonico e servizio della carità*, Milano 2008.

razione della loro dedizione ad un'attività, come la cura di persone malate o sole, ecc.) è il fedecommesso o sostituzione fedecommissaria. Di origine successoria, soprattutto in famiglie nobili,³⁵ il negozio consiste nell'attribuzione di un patrimonio ad un soggetto con la clausola esplicita che alla sua morte tale patrimonio, o alcuni beni o diritti, passeranno ad un altro soggetto designato anche dallo stesso primo testatore.³⁶ L'art. 692 del Codice civile italiano permette il fedecommesso assistenziale, pensato per assegnare a chi si occupa di una persona incapace, il patrimonio che l'incapace stesso riceve in eredità e che è gestito dal suo tutore.³⁷ Il testatore garantisce così che il badante riceva i beni alla morte dell'incapace. In generale, il fedecommesso potrebbe permettere l'assegnazione di beni alla sovvenzione di una determinata attività, dopo aver compiuto con gli stessi beni altri obblighi di giustizia non tralasciabili. Le legislazioni europee non sono favorevoli a questo istituto³⁸ dal momento che è stato uno strumento adoperato in passato per garantire certe oligarchie aristocratiche ma, in astratto, potrebbe diventare un modo per assegnare fondi ad attività ecclesiastiche.

L'istituto fedecommissario nasce dalla volontà del causante in un processo ereditario (normalmente testamentario, ma eventualmente anche *ab intestato*) che fa "commissioni" *post mortem* (fare determinati acquisti o, nel diritto romano, manumettere uno schiavo, ecc.).³⁹ Questa origine poteva portare all'accentuazione dell'obbligo personale dell'onere dal fedecommesso in favore del beneficiario, oppure ad una certa "macchia" reale della cosa in favore del beneficiario, non dipendente dalla volontà dell'erede, o comunque di chi riceve il bene o ha la disposizione del diritto, ma afferente alla cosa stessa in favore del beneficiario. La prima evoluzione verrebbe a configurare un diritto di natura obbligatoria e personale, la seconda una modifica alla situazione giuridica della cosa stessa, vale a dire un onere reale, obbiettivo. L'evoluzione nel diritto romano si avviò piuttosto verso l'onere personale, ma con alcune caratteristiche di tipo "realizzante", almeno quella dell'irri-

³⁵ È famoso il cd. "fedecommesso di famiglia" che ebbe grande diffusione nei secoli XVI e XVII (cfr. M. CARVALE, *Fedecommesso (dir. interm.)*, in *Enciclopedia del Diritto*, XVII, Varese 1968, p. 109-114).

³⁶ Cfr. L. RICCA, *Fedecommesso (dir. civ.)*, in *Enciclopedia del Diritto*, XVII, Varese 1968, p. 114-143, qui p. 114.

³⁷ «Ciascuno dei genitori o degli altri ascendenti in linea retta o il coniuge dell'interdetto possono istituire rispettivamente il figlio, il discendente, o il coniuge con l'obbligo di conservare e restituire alla sua morte i beni anche costituenti la legittima, a favore della persona o degli enti che, sotto la vigilanza del tutore, hanno avuto cura dell'interdetto medesimo» (art. 692 C.c.).

³⁸ Come si sa, il fedecommesso fu espressamente vietato dopo la rivoluzione francese del 1789 (cfr. L. RICCA, *Fedecommesso (dir. civ.)*, cit., p. 115).

³⁹ Per gli aspetti fondanti del fedecommesso nel diritto romano, vedi il riassunto di P. VOCI, *Fedecommesso (dir. rom.)*, in *Enciclopedia del Diritto*, XVII, Varese 1968, p. 103-109.

nunciabilità al diritto da parte del beneficiario: una sua eventuale rinuncia al diritto alla cosa conferitogli da un fedecommesso non eliminava il suo diritto ad essa, ma poteva soltanto rilevare come eccezione processuale.⁴⁰ Questa tendenza “reale” del fedecommesso è l’aspetto che ci ha indotto a prenderlo in considerazione in questo lavoro come figura attraverso la quale le “cose” stesse possono essere destinate ad uno scopo indipendente dalla volontà dei soggetti che le gestiscono. Tuttavia, le molteplici limitazioni dell’istituto lo rendono poco adeguato al suo uso nella Chiesa per le finalità che le fondazioni consentono con maggiore facilità ed efficacia.

CONCLUSIONE

Anche se ci eravamo proposti di cercare cammini giuridici diversi da quello della fondazione, alla fine di questo studio dobbiamo riconoscere che il nostro obiettivo non può dirsi raggiunto, anzi, quasi tutte le figure prese in considerazione potrebbero essere ricondotte in un modo o nell’altro alle fondazioni. Di fatti, le fondazioni sono descritte dal legislatore canonico in modo talmente ampio da includere quasi tutte le combinazioni giuridiche che permettono di mettere dei beni in produzione per l’ottenimento di uno scopo prefissato, e non soltanto beni materiali ma addirittura spirituali, come abbiamo notato sopra (anche se, in quest’ultima ipotesi la dicitura “messa in produzione” andrebbe almeno sfumata, se non cambiata).

Constatato questo “fallimento”, possiamo però trarre anche una conclusione positiva. Ci sembra di poter concludere che, nell’ordinamento canonico, il principio generale espresso dal can. 1300 secondo cui «le volontà dei fedeli che donano o lasciano i propri averi per cause pie sia con atto tra vivi sia con atto valevole in caso di morte (...) devono essere scrupolosamente adempiute» ha una forza tale da tendere ad accogliere qualunque tipo di liberalità in favore della Chiesa, comunque essa sia giuridicamente formulata. Ciò non implica che si debba sempre accettare ogni causa pia, ma comporta il rispetto della volontà del disponente in qualunque modo espressa, una volta che l’elargizione è stata accettata. Per questo motivo, i contorni dei tipi attraverso i quali la liberalità può avvenire rimangono spesso vaghi. Ma questa stessa indeterminatezza, insieme con il prestigio morale che vanta l’istituzione – la Chiesa –, aumenta la fiducia delle persone nel buon uso dei beni elargiti.

⁴⁰ Cfr. P. VOCI, *Fedecommesso (dir. rom.)*, cit., p. 105.

Altri studi

CARMEN PEÑA GARCÍA

DEFENSORES DEL VÍNCULO Y PATRONOS
DE LAS PARTES EN LAS CAUSAS
DE NULIDAD MATRIMONIAL :
CONSIDERACIONES SOBRE EL PRINCIPIO
DE IGUALDAD DE PARTES PÚBLICAS
Y PRIVADAS EN EL PROCESO

SUMARIO : Introducción. 1.- Importancia de la función del abogado en las causas de nulidad matrimonial. 2.- Naturaleza procesal del defensor del vínculo : su condición de parte. 3.- El principio de igualdad entre partes públicas y partes privadas en la regulación codicial. 4.- Novedades relativas a la función del defensor del vínculo en la Instrucción Dignitas Connubii. 4.1. Asesoramiento al juez en la admisión de la demanda. 4.2. Asesoramiento al juez en la conclusión de la causa. 4.3. Intervención del defensor del vínculo en la concesión del gratuito patrocinio. 5.- Conclusiones.

INTRODUCCIÓN

EN todo proceso canónico de nulidad matrimonial es necesaria la existencia de contradictorio procesal entre la parte o partes, privadas o públicas, que pretenden la declaración de nulidad de un matrimonio y la parte o partes, públicas o privadas, que defienden su validez. Este principio de dualidad de partes propio de todo proceso contencioso se ve completado por el principio de igualdad entre las partes, que exige que ambas partes, dentro de las inevitables diferencias derivadas de las condiciones de actor y de demandado, tengan las mismas posibilidades de estar en juicio, así como el derecho a recibir un trato igual por parte del juzgador y a tener las mismas oportunidades de defensa de sus respectivas posiciones.

No obstante, este principio de igualdad de partes, y, más concretamente, de igualdad entre partes públicas y privadas en el proceso, puede verse cuestionado por algunas disposiciones existentes en la normativa procesal canónica vigente, no sólo en su regulación codicial, sino, fundamentalmente, por las novedades introducidas por la Instrucción Dignitas Connubii en esta materia. En efecto, en relación al principio de igualdad de partes en el proceso, una de las cuestiones más actuales tras la publicación de la Instrucción Dignitas Connubii es la de la configuración jurídico-procesal del defensor

del vínculo,¹ que exige tomar en consideración tanto las clásicas discusiones doctrinales sobre la naturaleza jurídica de este ministerio y su condición de parte propiamente dicha en el proceso, como la cuestión de la efectiva equiparación de este ministerio a las partes privadas, al menos a las que actúan en el proceso asistidas de patrono.²

¹ Aunque tanto el promotor de justicia como el defensor del vínculo forman parte del ministerio público en la Iglesia, lo cierto es que esta última figura tiene un especial interés, tanto por su obligatoria intervención en todas las causas de nulidad (frente a la más excepcional intervención del promotor de justicia) como por las significativas innovaciones que la Instrucción *Dignitas Connubii* ha introducido en su regulación. Sobre el oficio y naturaleza jurídica del promotor de justicia, además de las referencias bibliográficas contenidas en la nota siguiente, resultan de interés: DE DIEGO-LORA, C., *La defensa procesal del bien público eclesiástico*: Revista Española de Teología 62 (2002) 203-222; MARROQUÍN CAMEY, J.A., *Naturaleza procesal del promotor de justicia*, en *Cuadernos doctorales (excerpta e dissertationibus in iure canonico)* 2007-08, Pamplona 2008, 241-296; etc.

² Sobre la problemática relativa al defensor del vínculo, desde diversas perspectivas, me he pronunciado con anterioridad en: PEÑA GARCÍA, C., *La función del Defensor del vínculo en la prueba*, en PÉREZ RAMOS, A., RUANO ESPINA, L. (Eds), *La prueba en los procesos de nulidad matrimonial. Cuestiones de actualidad en Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico*, Salamanca 2003, 49-87; IDEM, *Actuación del defensor del vínculo en el proceso de nulidad matrimonial. Consideraciones sobre su función a la luz de la regulación codicial y de la instrucción Dignitas Connubii*, en: *Curso de derecho matrimonial y procesal canónico para profesionales del foro*, vol. XIX, Salamanca (en prensa). Sobre el ministerio del defensor del vínculo, puede consultarse la siguiente bibliografía: BURKE, J., *The defender of the bond in the new Code*: *The Jurist* 45 (1985) 210-229; COMOTTI, G., *Considerazioni sull'istituto del «defensor vinculi»*, en GHERRO, S. (Ed), *Studi sul processo matrimoniale canonico*, Padua 1991, 91-131; CORBÍ, A., *El defensor del vínculo matrimonial*, Pamplona 1994 (pro manuscrito); DEL AMO, L., *La defensa del vínculo*, Madrid 1954; FÉLIX BALLESTA, M.A., *La defensa del vínculo*, en CASTÁN, J.M., GUZMÁN, C., SÁNCHEZ, J.M., PÉREZ-AGUA, T. (eds), *Hominum causa omne ius constitutum est. Escritos sobre el matrimonio en homenaje al Prof. Dr. José M^a Díaz-Moreno, S.J.*, Madrid 2000, 759-774; GRAZIANI, E., *Doveri e funzioni del difensore del vincolo e dell'avvocato nel processo matrimoniale*: «Il Diritto Ecclesiastico» 57-58/1 (1944-1945) 179-182; GROCHOLEWSKI, Z., *Nominatio laicorum ad munus promotoris iustitiae et defensoris vinculi in recentissima praxi*: «Periodica» 66 (1977) 271-295; HUBER, J., *Il difensore del vincolo*: «Ius Ecclesiae» 14 (2002) 113-133; ORMAZABAL ALBISTUR, P., *La naturaleza procesal del defensor del vínculo en su desarrollo legislativo. Perspectiva histórica*: «Revista Española de Derecho Canónico» 60 (2003) 621-663; ORTIZ, M.A., *Il difensore del vincolo*, en FRANCHESCHI, H., LLOBEL, J., ORTIZ, M.A., *La nullità del matrimonio: temi processuali e sostantivi in occasione della «Dignitas Connubii»*, Roma 2005, 27-68; PALOMAR GORDO, M., *El defensor del vínculo en el nuevo CIC*, en *El consortium totius vitae. Curso de derecho matrimonial y procesal canónico para profesionales del foro*, vol. 7, Salamanca 1986, 401-447; PALESTRO, V., *Il Difensore del vincolo ed il Promotore di Giustizia (artt.53-60)*, en *Il giudizio di nullità matrimoniale dopo l'istruzione «Dignitas Connubii»*. Parte Seconda: *La parte statica del processo*, Ciudad del Vaticano 2007, 177-190; PAVANELLO, P., *Il promotore di giustizia e il difensore del vincolo*, en GRUPPO ITALIANO DOCENTI DI DIRITTO CANONICO, *Quaderni della Mendola. I giudizi nella Chiesa. I processi contenzioso e matrimoniale*, vol. 6, Milán 1998, 109-126; RODRÍGUEZ-OCAÑA, R., *La función del defensor del vínculo (Referencia a las causas matrimoniales por incapacidad)*: «Ius Canonicum» 31 (1991) 173-207; USAI, G.M., *Il promotore di giustizia ed il difensore del vincolo*, en *Il processo matrimoniale canonico*, Ciudad del Vaticano 1988, 135-141; VAJANI, D., *La*

1. IMPORTANCIA DE LA FUNCIÓN DEL ABOGADO EN LAS CAUSAS DE NULIDAD MATRIMONIAL

A mi juicio, cualquier reflexión sobre el principio de igualdad de partes debe tener en cuenta que el ordenamiento procesal canónico prevé un tratamiento diferenciado a las partes privadas según actúen en el proceso por sí mismas o asistidas de patronos.

Como es bien sabido, en las causas matrimoniales la ley canónica reconoce a los cónyuges el *ius postulandi*, esto es, la potestad de – presupuesta su capacidad jurídica para ser parte y su capacidad de obrar procesal, su legitimación para la causa y para el proceso – dirigirse personalmente al órgano jurisdiccional, poniendo en persona todos y cada uno de los actos procesales que se realizan a lo largo del procedimiento (c.1481.3), excepto en el supuesto, previsto en el párrafo primero del mismo c.1481, de que el juez considere necesaria que la parte se vea asistida por procurador y/o abogado.³ En efecto, pese al genérico reconocimiento del *ius postulandi* a la misma parte en las causas matrimoniales, por lo general resulta conveniente que la parte – especialmente la parte actora, la demandada opuesta activamente o la reconviniente – no ejerza por sí misma la postulación procesal, dirigiéndose personalmente al órgano jurisdiccional. Al contrario, parece preferible que, siempre que sea posible a tenor de los medios materiales y humanos con

cooperazione del difensore del vincolo alla ricerca della verità per il bene della Chiesa, Roma 2003; etc.

³ Entre la abundante bibliografía existente en relación al *ius postulandi* y a su regulación en el actual ordenamiento canónico, cabe destacar, entre otras, las siguientes aportaciones: ACEBAL LUJÁN, J.L., *Abogados, procuradores y patronos estables ante los tribunales eclesiásticos españoles*, en *Curso de derecho matrimonial y procesal canónico para profesionales del foro*, x, Salamanca 1992, 555-609; ANDRIANO, V., *Avvocati e procuratori nell'ordinamento canonico*, en GRUPPO ITALIANO DOCENTI DI DIRITTO CANONICO, *Quaderni della Mendola. I giudizi nella Chiesa. I processi contenzioso e matrimoniale*, vol. 6, Milán 1998, 127-149; DE DIEGO-LORA, C., RODRÍGUEZ-OCAÑA, R., *Lecciones de Derecho procesal canónico*, Pamplona 2002, 213-241; GULLO, C., *I procuratori e gli avvocati (artt.101-113)*, en *Il giudizio di nullità matrimoniale dopo l'istruzione «Dignitas Connubii»*, II. *La parte statica del processo*, Ciudad del Vaticano 2007, 297-315; LLOBELL TUSET, J., *Avvocati e procuratori nel processo canonico di nullità matrimoniale: «Apollinaris»* 61 (1988) 779-806; IDEM, *Lo «ius postulandi» e i patroni*, en *Il processo matrimoniale canonico*, Ciudad del Vaticano 1988, 185-202; IDEM, *Il patrocinio forense e la «concezione istituzionale» del proceso*, en *Il processo matrimoniale canonico*, Ciudad del Vaticano 1994, 439-478; IDEM, *Le parti, la capacità processuale e i patroni nell'ordinamento canonico: «Ius Ecclesiae»* 12 (2000) 69-97; MORÁN BUSTOS, C., *Título IV: Las partes en la causa*, en MORÁN BUSTOS, C. – PEÑA GARCÍA, C., *Nulidad de matrimonio y proceso canónico. Comentario adaptado a la Instrucción Dignitas Connubii*, Madrid 2007, 171-214; PAGÉ, R., *L'avocat, le procureur et le curateur dans les causes matrimoniales: «Studia Canonica»* 31 (1997) 293-310; VANZETTO, T., *Procuratori, avvocati e patroni a tutela dei diritti dei fedeli: Quaderni di «Diritto Ecclesiale»* 10 (1997) 421-435.

que cuente cada tribunal,⁴ utilicen los servicios de profesionales, técnicos del derecho, que actúen en el proceso en nombre y representación de la parte y que lleven la dirección letrada de la causa, planteando jurídicamente la cuestión debatida y articulando técnicamente la defensa de las pretensiones de la parte.

Aunque dentro de los términos genéricos de *patrocinio* o *defensa* – utilizados de modo un tanto ambiguo en el ordenamiento canónico – se engloban tanto las funciones del procurador como las del abogado, lo cierto es que el abogado desempeña una labor de consejo y asesoramiento técnico-jurídico que resulta fundamental en los procesos de nulidad matrimonial, de suyo complejos, tanto en el estudio de los hechos proporcionados por la parte para un correcto planteamiento de la causa, como en la proposición de la prueba adecuada, en la redacción de escritos y alegatos, etc.⁵

Asimismo, pese al reconocimiento del *ius postulandi* a las partes, el ordenamiento canónico, tanto en la regulación codicial como, de modo destacado, en la Instrucción *Dignitas Connubii*,⁶ reconoce un papel fundamental a los letrados en la salvaguarda de los intereses y pretensiones de los fieles y en el mismo derecho de defensa de éstos, pudiendo afirmarse que los abogados

⁴ Es responsabilidad del Obispo, como recuerda la *Dignitas Connubii* (art.112) establecer el elenco de abogados que pueden ejercer ante el tribunal y, en general, proveer de medios materiales y humanos a los tribunales, de modo que puedan desempeñar adecuadamente su importante función pastoral, tan relevante para la vida de los fieles. Sobre el novedoso servicio de orientación jurídica introducido como obligatorio en la Instrucción *Dignitas Connubii*, resultan de interés las sugerencias recogidas en LÓPEZ MEDINA, A., *La asistencia de letrado en los tribunales eclesiásticos. Una propuesta de interpretación del art. 113 de la Dignitas Connubii*, en RODRÍGUEZ CHACÓN, R., *Temas candentes de derecho matrimonial y procesal y en las relaciones Iglesia-Estado (Actas de las XXVI Jornadas de la Asociación española de canonistas)*, 19-21 abril 2006, Madrid 2007, 183-189.

⁵ La importancia de su labor en el proceso exige para el abogado una mayor cualificación personal y técnica que la del procurador, y en este sentido los requisitos establecidos por la ley canónica son muy superiores a los exigidos para desempeñar la función de procurador. Sobre estos requisitos, GULLO, C., GULLO, A., *Prassi processuale nelle cause canoniche di nullità del matrimonio*, Ciudad del Vaticano 2005, 58-60.

⁶ Como señalé en un escrito anterior, a mi juicio las novedades introducidas por la *Dignitas connubii* en relación a la figura de los abogados resultan un tanto ambivalentes, introduciéndose por un lado en la Instrucción normas que traslucen cierta prevención hacia estos profesionales (p.e., el art.111, que refuerza la potestad disciplinaria del Juez, no sólo en relación a las prohibiciones codicialmente previstas en los cc.1488-1489, sino también en supuestos de impericia, negligencia, abuso, pérdida de la buena fama; el art. 245, que obliga al juez a informar a la parte si su abogado descuida la presentación de la defensa en tiempo útil; etc.), mientras que por otro se reconoce explícitamente la importancia de su intervención de cara a la protección del *ius defensionis* de las partes (especialmente, los arts.157.2, 230 y 234, que vienen a corregir un llamativo – y criticado – silencio del Código): PEÑA GARCÍA, C., *La Instrucción Dignitas Connubii y su repercusión en las causas de nulidad matrimonial*: Estudios Eclesiásticos 80 (2005) 671-674.

– en virtud de la función de dirección técnica de la causa que ejercen – tienen atribuidas unas facultades en el proceso que les sitúan muy por encima de la misma parte a la que defienden:

a) En virtud del importante c.1678, los abogados tienen derecho a asistir al examen de las partes, testigos y peritos, derecho del que se ven expresamente privadas las partes que actúan por sí mismas en el proceso, en virtud del c.1678, 2.

b) También en virtud del mismo canon, los abogados tienen igualmente derecho a conocer las actas judiciales aunque no estén publicadas y a examinar los documentos presentados por las otras partes, mientras que las partes que actúan personalmente en juicio deberán esperar, en principio, a que se produzca la publicación de las actas.⁷

c) Conforme al c.1598, explicitado en los arts.229, 233 y 235 de la Dignitas Connubii, mientras que a la parte sólo se le reconoce el derecho a examinar las actas en la sede del tribunal, el letrado podrá, en su caso, recibir una copia de las mismas, con el fin de facilitarle el estudio de la causa y el ejercicio de su función,⁸ teniendo además expresamente prohibido entregar copia – total o parcial – de las actas a la parte cuyos derechos patrocina (art.235.2 DC).⁹

⁷ Interesa destacar, no obstante, que esta disposición del c.1678, 1, 2º y del art.159 de la Dignitas Connubii no exige imperativamente una diferencia de trato entre las partes que actúan asistidas de letrado y las que actúan por sí mismas, quedando a la prudencia y discrecionalidad del juez el decidir cómo obrar en cada caso concreto. En efecto, la facultad de conocer las actas judiciales aunque no estén publicadas y de examinar los documentos presentados por las otras partes viene configurada propiamente como un derecho de los abogados, pero no se excluye que dicha facultad pueda ser igualmente concedida por el juez a quien actúa por sí mismo en el proceso. Ninguna norma hay que prohíba dicho conocimiento a la parte que ejerce directamente el *ius postulandi*, por lo que si el juez lo estima oportuno – bien de oficio, bien a solicitud de la misma parte – podrá autorizar a que la parte examine dichos documentos o conozca dichas actas judiciales antes de la publicación de las mismas. Por otro lado, sobre las ventajas que, con carácter general, podría tener la publicación anticipada de las declaraciones de las partes en el descubrimiento de la verdad objetiva y en la progresividad de la instrucción, cfr. ARROBA CONDE, M.J., *Prova e difesa nel processo di nullità del matrimonio canonico*, o.c., 112-113; en términos muy parecidos, IDEM, *La dichiarazione delle parti como valorizzazione della dimensione personalista del proceso matrimoniale canonico*: «Apollinaris» 80 (2007) 705-706.

⁸ Indudablemente, esto supone también un desequilibrio que afectará al escrito de alegaciones que en su caso presente la parte actora que actúa por sí misma en el proceso, tanto por sus desconocimientos técnicos respecto a lo determinante de la nulidad como por esta menor tranquilidad en el estudio de los autos.

⁹ Aunque se trata de una prohibición que, como destaca la práctica totalidad de la doctrina, se encuentra implícitamente contenida en el c.1598, no deja de resultar problemática a la hora de articular en la práctica la correcta relación profesional entre abogado y cliente, especialmente en su interrelación con la normativa civil reguladora de los colegios profesionales. Sobre esta cuestión, PEÑA GARCÍA, C., *Título IX: La publicación de las actas y la conclusión de la causa*, en MORÁN BUSTOS, C., PEÑA GARCÍA, C., *Nulidad de matrimonio y proceso canónico*, o.c., 391-403.

Se trata de una diferencia de trato importante, pues, aunque el derecho de defensa queda salvado con la posibilidad de examen de las actas, es claro que la correcta preparación de los escritos de alegatos y defensas de las partes exige un detenido estudio de las actuaciones que – especialmente teniendo en cuenta las características de las pruebas en el proceso canónico de nulidad matrimonial (extensión de las declaraciones de partes y testigos, complejidad de las pericias, etc...) – resulta sumamente difícil realizar en la sede del tribunal.¹⁰

d) En caso de que el juez, conforme al c.1598, considere necesario declarar secreta alguna prueba, el art.234 de la *Dignitas Connubii*, establece, como novedad respecto a la regulación codicial, el derecho de los abogados a conocer dicha prueba, previo juramento de guardar secreto. El conocimiento de la prueba secreta por parte del abogado – que venía ya prevista en el art.130 de la *Provida Mater* – es considerado mayoritariamente por la doctrina como el modo más adecuado de evitar los graves peligros a que hace mención el art.230 y de lograr, en la medida de lo posible, la integridad del derecho de defensa de las partes.¹¹ En este sentido, aunque, a mi juicio, no deja de resultar problemático que se confíe en exclusiva a un tercero – aunque sea el profesional que tiene encomendada la dirección técnica del proceso- la de-

¹⁰ A mi juicio, sin embargo, la regulación del art.235 no excluye necesariamente que pueda el juez entregarle copia de las actas, siempre que se asegure de que la parte no hará mal uso de las mismas. Se trata de una posibilidad que queda a la prudencia del juez y a su ponderada valoración de los riesgos y circunstancias de la causa, sin que pueda la parte, con carácter general, exigir dichas copias. En este sentido, se pronuncia, p.e., RODRIGUEZ OCAÑA, R., *Comentario al c.1598*, en: *Comentario exegetico al Código de Derecho Canónico*, vol. IV/2, o.c.,1483.

¹¹ Entre otros, DANIELS, F., *De iure defensionis*: Periodica 79 (1990) 257; GARCÍA FAÍLDE, J.J., *Nuevo derecho procesal canónico*, 2ª edición, Salamanca 1992, 194-195; IGLESIAS ALTUNA, J.M., *Procesos matrimoniales canónicos*, Madrid 1991, 192; RODRÍGUEZ-OCAÑA, R., *Comentario al c.1598*, en: *Comentario exegetico al Código de Derecho Canónico*, vol. IV/2, o.c., 1486; etc. En sentido contrario, Arroba Conde considera que la *integridad del derecho de defensa* – requisito al que el c.1598 condiciona la posibilidad de decretar secreta alguna actuación – exige que la prueba que se declare secreta no perjudique en modo alguno al interés procesal o las pretensiones de ninguna de las partes, esto es, que se trate de un acto sustancialmente irrelevante para la resolución de la causa, pero cuya publicación podría comprometer o dañar seriamente la dignidad de la persona: ARROBA CONDE, M.J., *Diritto processuale canonico*, 5ª ed., cit, 499; IDEM, *La nullità insanabile della sentenza per un vizio attinente al procedimento* (c1620,7), en: *La 'querella nullitatis' nel proceso canonico*, Ciudad del Vaticano 2005, 159-160. Sobre el derecho de defensa, cfr. ACEBAL LUJÁN, J.L., *El derecho de defensa en las causa de nulidad matrimonial*, en *Curso de derecho matrimonial y procesal canónico para profesionales del foro*, vol. 11, Salamanca 1994, 279-306; ARROBA CONDE, M.J., *Prova e difesa nel processo di nullità del matrimonio canonico. Temi controversi*, Lugano-Varesi 2008, 20-29 y 169-200; ERLEBACH, G., *La nullità della sentenza giudiziale «ob ius defensionis denegatum» nella giurisprudenza rotale*, Città del Vaticano, 1991; SERRANO RUIZ, J.M.^a, *Ius defensionis y nulidad de matrimonio*, en PÉREZ RAMOS, A. (Ed), *Actualidad Canónica a los veinte años del Código de Derecho Canónico y veinticinco de la Constitución (XXIII Jornadas de la Asociación Española de Canonistas)*, Salamanca 2004, 51-79; etc.

fensa de los intereses de la parte en detrimento de ésta (puesto que, por un lado, los derechos que están en juego pertenecen a la parte, no al letrado; y, por otro lado, en la práctica, difícilmente podrá el abogado, sin consultar con la parte – conocedora de los hechos – ejercer adecuadamente la defensa respecto a la prueba decretada secreta), lo cierto es que esta disposición de la Instrucción viene a ratificar la importancia de la intervención de los abogados en las causas de nulidad matrimonial y confirma que la misma normativa procesal dota de mayores facultades y garantías a la parte asistida por patrono que a la parte que actúa por sí misma en el proceso.

2. NATURALEZA PROCESAL DEL DEFENSOR DEL VÍNCULO : SU CONDICIÓN DE PARTE

En relación al principio de igualdad de partes, una cuestión previa sería la relativa a la naturaleza procesal del ministerio de la defensa del vínculo y a su condición de parte en el proceso, cuestión a la que ha dado muy diversas respuestas doctrinales, especialmente a partir de la promulgación del Código de 1917.¹²

Aunque no han faltado autores que consideraron al defensor del vínculo como procurador o abogado del cónyuge demandado que se opone a la nulidad¹³, como representante de la autoridad administrativa eclesiástica, que sería propiamente la parte demandada en estos procesos¹⁴ o, sobre todo en relación a la codificación de 1917, como una figura especial y un tanto desdibujada,¹⁵ la mayoría de los autores se dividen entre quienes, con diversos matices, califican al defensor del vínculo como parte *sui generis*,¹⁶ como *asimilado*

¹² Puede verse un buen resumen de esta compleja cuestión en MORÁN BUSTOS, C., *El derecho de impugnar el matrimonio. El litisconsorcio activo de los cónyuges*, Salamanca 1998, 307-323. También se aborda el tema, aunque referido propiamente al promotor de justicia, en MARROQUÍN CAMEY, J.A., *Naturaleza procesal del promotor de justicia*, o.c., 258-279.

¹³ LEGA, M., *Praelectiones in textu iuris canonici de iudiciis ecclesiasticis*, vol. 4, Roma 1901; LEGA, M., BARTOCETTI, V., *Comentarius in iudicia ecclesiastica*, vol.1, Roma 1950, 155-156.

¹⁴ Esta tesis es mantenida fundamentalmente en GROCHOLEWSKI, Z., *Quisnam est pars conventa in causis nullitatis matrimonii*: «Periódica» 79 (1990) 357-391. Se hace una acertada crítica a este planteamiento en MORÁN BUSTOS, C., *El derecho de impugnar el matrimonio*, o.c., 318-320.

¹⁵ DEL AMO, L., *La defensa del vínculo*, o.c., 314-315; CABREROS DE ANTA, M., *Comentario a los cc.1585-1593*, en *Comentarios al Código de Derecho Canónico*, vol. III, Madrid 1964, 287-289; EICHMANN, E., *El derecho procesal según el Código de Derecho Canónico*, Barcelona 1931, 78-79.

¹⁶ Esta postura ha sido mantenida por numerosos autores, especialmente durante la vigencia del Código de 1917: CAPELLO, F., *Summa iuris canonici*, vol.3, Roma 1955, 107; ROBERTI, F., *De processibus*, vol. I, Ciudad del Vaticano 1956, 298-314; DELLA ROCCA, F., *Instituciones de Derecho Procesal canónico*, Buenos Aires 1950, 111; etc. Tras la promulgación del Código actual, sostiene esta postura, entre otros, USAI, M., *Il promotore di giustizia...*, o.c., 139-140.

a las partes,¹⁷ o incluso como *parte formal*¹⁸ (por entender en líneas generales que sólo es parte *strictu sensu* el sujeto de la relación material discutida en el proceso, es decir, quien resulte personal y directamente afectado por la resolución) y quienes, desde una comprensión formalista de la noción de parte, basada exclusivamente en presupuestos procesales y totalmente autónoma respecto al título sustantivo que otorga la legitimación para estar en el juicio, sostienen que el defensor del vínculo es verdadera parte procesal.¹⁹ En líneas generales, puede considerarse que esta última es la postura mayoritaria tras la promulgación del Código de Derecho Canónico de 1983.

En definitiva, a pesar de que en el Código – y menos aún en la Instrucción *Dignitas Connubii* – en ningún momento se alude al defensor del vínculo como parte, creo que puede sostenerse, con los autores anteriormente citados, que este ministerio tiene propiamente la consideración de parte en el proceso, sin que la distinción entre el interés público que defiende el defensor del vínculo y el interés privado que mueve a los cónyuges sea suficiente para hacer variar la condición de verdadera parte procesal de ambos.

3. EL PRINCIPIO DE IGUALDAD ENTRE PARTES PÚBLICAS Y PARTES PRIVADAS EN LA REGULACIÓN CODICIAL

Mientras que, en el Código de 1917, la configuración jurídica del defensor del vínculo venía caracterizada por la atribución de un número excesivo y desproporcionado de prerrogativas y de obligaciones, que situaba a este ministerio en una situación privilegiada respecto a las partes privadas, el Código actual modificó profundamente esta situación, estableciendo como princi-

¹⁷ Entre otros, IGLESIAS ALTUNA, J.M., *Procesos matrimoniales canónicos*, o.c., 122, nota 20; PANIZO ORALLO, S., *Temas procesales y nulidad matrimonial*, Madrid 1999, 248.

¹⁸ Entre otros, OLIVERO, G., *Le parti nel giudizio canonico*, Milan 1941, 129; PALOMAR, M., *El defensor del vínculo*, o.c., 421. En términos similares, aunque referido a la naturaleza procesal del promotor de justicia en las causas matrimoniales, ROMANO, R., *Della natura dell'intervento del promotore di giustizia nelle cause matrimoniale*: «Il Diritto Ecclesiastico» 48 (1937) 527-529.

¹⁹ Durante la vigencia del Código de 1917, pese a los privilegios que éste otorgaba al defensor del vínculo defendieron esta postura WERNZ-VIDAL (WERNZ, F.X., VIDAL, P., «Ius canonicum», vol. 6, Roma 1949, n.111, p.101) y otros autores, como DAHYOT DOLIVET, J., *Le ministère public*, Roma 1974. Especial interés tienen las reflexiones, en el periodo de reforma del Código, expuestas en DE DIEGO-LORA, C., *La tutela del vínculo del matrimonio*: «Ius Canonicum» 17 (1977) 42-57. Tras la promulgación del Código de 1983, sostienen esta concepción formal de parte, entre otros, DE DIEGO-LORA, C., *Comentario a los cc.1430-1437*, en *Comentario exegetico al CIC*, o.c., 825-842; LLOBELL, J., *Il patrocinio forense e la «concezione istituzionale» del proceso*, en *Il processo matrimoniale canonico*, Ciudad del Vaticano 1994, 455; MORÁN BUSTOS, C., *El derecho de impugnar el matrimonio*, o.c., 357; POMPEDDA, M.P., *Comentario al c.1434*, en PINTO, P.V. (coord), *Commento al Codice di Diritto Canonico*, Ciudad del Vaticano 2001; ZUANNAZZI, I., *Le parti e l'intervento del terzo*, en BONNET, P.A., GULLO, C. (coord.), *Il processo matrimoniale canonico*, Ciudad del Vaticano 1994, 355-362; etc.

pio general, en el can.1434, la equiparación de partes públicas y privadas en su actuación en el proceso, excepto en aquellos supuestos, muy escasos, en que la ley prevé expresamente otra cosa.

En la regulación anterior, fundamentalmente en el c.1969 del Código pío-benedictino y en los arts.70 y 71 de la *Provida Mater*, el defensor del vínculo tenía una serie de privilegios y de obligaciones, de los que se veían privadas las partes: entre otras, revisar en cualquier momento las actas del proceso; proponer al juez nuevos plazos para presentar escritos; pedir la comparecencia de nuevos testigos o de los ya examinados, incluso aunque la causa hubiera sido declarada conclusa; exigir la práctica de las actuaciones que él sugiriera, salvo oposición unánime del tribunal; examinar los interrogatorios de las partes y reformarlos si lo estimaba necesario; asistir al examen de partes, testigos y peritos, presentando interrogatorios cerrados y sellados, y sugerir al juez nuevas preguntas a la vista del examen; etc. Este cúmulo de obligaciones y de privilegios atribuidos por ley provocaba que la figura del defensor apareciera, como criticaron insignes canonistas, “confusa y desdibujada” en la anterior regulación.²⁰

Por el contrario, el Código de 1983 estableció con toda amplitud el principio de igualdad entre partes públicas y privadas, que se convierte en un principio rector que recorre todo la regulación procesal del Código: así, pese a la especial importancia del ya citado c.1434 y, para las causas de nulidad matrimonial, el c.1678, el principio de igualdad se plasma también en otros cánones como, p.e., los cc.1451, 1533, 1561, 1626, 1628, etc.

En este sentido, resulta igualmente una muestra de la plena implantación del principio de igualdad entre partes públicas y privadas en el Código la significativa escasez de normas que concedan algún privilegio al defensor del vínculo respecto a las partes privadas. A mi juicio, en el Código se encuentran únicamente dos privilegios de este ministerio público respecto a las partes que actúan en el pleito asistidas por patronos:

a) El derecho de dúplica o de ser oído en último lugar del c.1603: este derecho a replicar nuevamente a las réplicas de las partes privadas viene reconocido en el c.1603 tanto para el defensor del vínculo como para el promotor de justicia, constituyendo en este sentido una excepción legalmente establecida a la igualdad entre partes públicas y privadas.²¹

b) El deber del defensor del vínculo de presentar observaciones en el periodo discusorio, sin poder remitirse a la ciencia y conciencia del tribunal,

²⁰ DEL AMO, L, *La defensa del vínculo*, o.c., 314; CABREROS DE ANTA, M., *Comentario a los can.1585-1593*, o.c., 288.

²¹ Posteriormente, el art.243,1 de la Instrucción Dignitas Connubii ha especificado que, en las causas de nulidad matrimonial, aunque intervenga el promotor de justicia, este derecho corresponde propiamente al defensor del vínculo, por ser el ministerio público que tiene encomendada la defensa del interés a priori más necesitado de protección.

previando el can.1606 que, en caso de que el defensor no presente sus animadversiones en plazo, el juez debe requerirle su presentación antes de pasar a dictar sentencia.²²

Se trata, a mi juicio, de los dos únicos privilegios que el Código concede al defensor del vínculo, puesto que la prescripción del can.1433 de que, en las causas en que su intervención sea obligatoria, serán nulos los actos que se hayan realizado sin citar al defensor del vínculo, viene a ratificar la condición de parte de este ministerio, en cuanto que es una explicitación del derecho de defensa que, en cuanto tal, corresponde a todas las partes, incluida la parte pública. Por otro lado, el mismo can.1433 atempera la rigidez de la norma al prever la posibilidad de subsanar dicha nulidad, siempre que el defensor o esté de hecho presente en dicho acto, o haya podido cumplir su misión antes de la sentencia, mediante el examen de las actas. Respecto a esta última disposición, hay que destacar, no obstante, que se trata de una posibilidad de sanar la nulidad de actos un tanto controvertida jurídicamente, pues la intervención del defensor del vínculo en el proceso debe ser efectiva, y difícilmente podrá cumplirse adecuadamente por el mero examen de las actas antes de la sentencia definitiva.²³

Puede afirmarse, por consiguiente, que la actual regulación codicial ha perfilado mejor la figura del defensor, eliminando aquellos privilegios y atribuciones excesivas que desvirtuaban su actuación procesal, y ha configurado un proceso más equilibrado, en el que rige el principio de igualdad de las partes públicas y privadas, al hacer extensiva a todas las partes —especialmente en aquellos supuestos en que la parte privada actúa en el proceso asistida de letrado— facultades anteriormente reservadas al defensor del vínculo. Esta equiparación garantiza de modo más adecuado el derecho a la tutela efectiva de los derechos subjetivos de los fieles que recoge el c.221, en cuanto que no se limita indebidamente la posibilidad de los fieles de reclamar sus derechos ante los tribunales eclesiásticos, ni se sitúa a las partes privadas en una situación legal de inferioridad procesal respecto al ministerio público.

²² A tenor de la regulación codicial, no parece necesaria, sin embargo, la efectiva recepción de dicho escrito del defensor del vínculo para que el juez pudiese dictar sentencia, siendo suficiente con que se produzca el requerimiento: cfr. PEÑA GARCÍA, C., *Procesos canónicos matrimoniales de nulidad y disolución*, en O'CALLAGHAN, X., *Matrimonio: nulidad canónica y civil, separación y divorcio*, Madrid 2001, 330-331.

²³ Comparto, en este sentido, las advertencias del actual Decano de la Rota Española, Mons. Morán Bustos, respecto a algunas praxis judiciales inadecuadas en relación a la intervención del defensor del vínculo en el proceso, y su insistencia en la necesidad de una efectiva actuación de éste a lo largo del proceso: cfr. MORÁN BUSTOS, C., *Título II: Los tribunales*, en MORÁN BUSTOS, C., PEÑA GARCÍA, C., *Nulidad de matrimonio y proceso canónico*, O.C., 143-146.

Por otro lado, esta equiparación legal entre partes públicas y privadas viene a reforzar y poner de manifiesto la condición de parte del ministerio público, evitando situarle en una posición parajudicial que no le corresponde. En este sentido, los defensores del vínculo están obligados en principio, igual que las partes privadas, a un cumplimiento escrupuloso de la ley procesal, tanto en lo relativo a la observancia de los plazos procesales²⁴ como al cumplimiento de los requisitos establecidos legalmente para la presentación de escritos, la proposición de excepciones o la proposición, admisión y práctica de la prueba, habiendo perdido el defensor del vínculo la misión supervisora de las pruebas de las otras partes que anteriormente ostentaba. Asimismo, este principio de igualdad y la novedosa configuración codicial de este ministerio exige al defensor del vínculo el acatamiento de las decisiones del tribunal respecto a sus peticiones, sin perjuicio de su derecho a interponer, en su caso, los recursos legalmente establecidos, y, en definitiva, la plena asunción de su condición de parte en el proceso, sometida a la ley y al juez, en igualdad con las restantes partes.

4. NOVEDADES RELATIVAS A LA FUNCIÓN DEL DEFENSOR DEL VINCULO EN LA INSTRUCCIÓN DIGNITAS CONNUBII

Frente a la decidida – y novedosa – afirmación del principio de igualdad entre partes públicas y privadas propugnado en la regulación codicial, la Instrucción Dignitas Connubii, a la hora de regular la función del defensor del vínculo en el proceso para la declaración de nulidad matrimonial, introduce algunas novedades que parecen poner en cuestión dicho principio de igualdad, al volver a atribuir a este ministerio público funciones de asesoramiento

²⁴ Respecto a esta exigible observancia de los plazos procesales, debe sin embargo tomarse también en consideración las circunstancias en ocasiones precarias con que los defensores del vínculo desempeñan su trabajo (exceso de causas que le son atribuidas, especial complejidad de algunas de ellas, necesaria dedicación a otras labores profesionales y/o pastorales, etc.), todo lo cual puede provocar retrasos no deseados, incumplimientos de plazos, y falta de la necesaria quietud y dedicación para cumplir adecuadamente su misión en el proceso. No cabe olvidar, a este respecto, que mientras los abogados son libres de aceptar el número de causas que se ven capacitados para llevar, los defensores del vínculo son designados por el Vicario Judicial en la constitución del Tribunal, siendo en este sentido su situación equiparable más a los jueces que a los abogados, con el agravante de ser necesaria la participación activa de este Ministerio bajo pena de nulidad (can.1433). Podrá, por tanto, exigirse al defensor del vínculo – igual que a los jueces – la debida diligencia en el cumplimiento de sus funciones y el cumplimiento de los plazos que establece la ley, pero siempre dentro de lo que resulte posible en función de los medios materiales y humanos con que se cuenta. Por otro lado, en caso de abusos o negligencia manifiesta por parte del defensor del vínculo, al Obispo moderador corresponde adoptar las medidas oportunas para la recta administración de la justicia, sin excluir la remoción del oficio del ministro negligente, conforme especifica el art.75,2 de la Dignitas Connubii.

del juez e incluso, en algún caso, de vigilancia disciplinar, que resultan difícilmente compatibles con su condición de parte procesal.²⁵

Una primera muestra de este cambio en la comprensión de la naturaleza procesal del defensor del vínculo introducido por la *Dignitas Connubii* se percibe en la misma terminología utilizada en la Instrucción, en cuyo articulado es constante la utilización de referencias expresas a «las partes y el defensor del vínculo», a diferencia de los paralelos codiciales, que aluden únicamente a «las partes», entendiéndose incluida en dicha expresión tanto las partes privadas como públicas. Aunque parece que la motivación de este cambio terminológico es más pedagógica – buscando aclarar y explicitar la norma legal y, sobre todo, salir al paso de praxis indebidas frecuentes en no pocos tribunales eclesiásticos²⁶ – que conceptual, lo cierto es que resulta, a mi juicio, una expresión redundante y poco afortunada desde una perspectiva técnico-procesal.²⁷

No obstante, más allá de este cambio terminológico, la Instrucción *Dignitas Connubii* introduce, en relación a la función del defensor del vínculo en el proceso, algunas novedades sustanciales respecto a la regulación codicial, novedades que afectan directamente al principio de igualdad de partes.²⁸

4. 1. Asesoramiento al juez en la admisión de la demanda

Uno de los artículos novedosos de la Instrucción *Dignitas Connubii* es el art.119,2, que indica la conveniencia de que el juez, antes de dar el decreto ad-

²⁵ Como señalé en otro momento, se trata a mi juicio de uno de los aspectos más discutibles de la Instrucción *Dignitas Connubii*: PEÑA GARCÍA, C., *La Instrucción Dignitas Connubii y su repercusión en las causas de nulidad matrimonial*: «Estudios Eclesiásticos» 80 (2005) 645-701.

²⁶ Ya Juan Pablo II, en su conocido discurso a la Rota Romana de 1988, advirtió contra estas prácticas abusivas de algunos tribunales, insistiendo en la necesidad de una intervención activa y eficaz del defensor del vínculo a lo largo de todo el proceso, de modo que constituiría un *fraude legis* el reducir su función al mero examen de las actas antes de que se dicte sentencia: RODRÍGUEZ-OCAÑA, R., *La función del defensor del vínculo...*, o.c., 178-179.

²⁷ Hubiese resultado más precisa la utilización de giros como «partes privadas y defensor del vínculo» o «partes privadas y públicas».

²⁸ No puede afirmarse, sin embargo, que todas las novedades acentúen la distinción entre el defensor del vínculo y los abogados de las partes. A modo de ejemplo, el art.245 DC introduce algunas variaciones significativas en lo dispuesto en el c.1606, en dos sentidos: por un lado, parece haberse reforzado el papel del defensor del vínculo en la fase discusoria, al exigir dicho artículo no sólo – como en la regulación codicial – el requerimiento del juez a este ministerio en caso de negligencia, sino la efectiva presentación las alegaciones por su parte; por otro lado, se ha relativizado la distinción entre partes públicas y privadas, al haber suprimido el art.245,1 la posibilidad – reconocida en el Código a los abogados de la parte privada – de renuncia tácita a la presentación de alegatos. Sobre los problemas de interpretación del art.245, nos remitimos a lo expuesto en: PEÑA GARCÍA, C., *Título IX: La publicación de las actas y la conclusión de la causa*, en MORÁN BUSTOS, C., PEÑA GARCÍA, C., *Nulidad de matrimonio y proceso canónico*, o.c., 414-418.

mitiendo o rechazando la demanda, solicite el parecer del defensor del vínculo. Pese a que la audiencia al defensor del vínculo no viene configurada como obligatoria, sino como aconsejable, se trata sin embargo, a nuestro juicio, de una disposición que coloca al ministerio público en una situación de notoria prevalencia respecto a las partes privadas, otorgándole una función de asesoramiento del juez difícilmente compatible con su condición de parte procesal.

Como es bien sabido, la decisión sobre la admisión o rechazo de la demanda es un acto judicial que no requiere contradictorio procesal, no siendo necesario de suyo en este trámite la intervención de las partes demandadas, públicas o privadas, a quienes propiamente no se da traslado de la interposición de la demanda hasta que ésta es admitida por el juez. La disposición del art.119.2, especialmente en casos de demandas insuficientemente fundamentadas, en supuestos fácticos o jurídicos complicados o en situaciones de exceso de trabajo de los jueces presidentes, puede presentar algunas ventajas no desdeñables en la práctica forense, como, p.e., evitar la revocación del decreto de admisión de la demanda debido a la interposición de excepciones por el defensor del vínculo en caso de haberse admitido indebidamente la demanda por inadvertencia del presidente, y, de modo muy especial, el permitir al defensor del vínculo manifestarse a priori sobre la concurrencia de *fumus boni iuris* en relación a todos los capítulos invocados en la demanda, evitando de ese modo los problemas procesales que, en su caso, podrían plantearse si, una vez admitida la demanda en su totalidad, se viese necesario excluir de la fórmula de dudas alguno de los capítulos invocados en la demanda por defecto de fundamentación.

Sin embargo, pese a estas posibles ventajas prácticas, lo cierto es que el hecho de que el juez, antes de la admisión de la demanda, requiera al defensor del vínculo un voto sobre la conveniencia de dar este decreto, resulta no sólo una quiebra directa del principio de igualdad entre partes públicas y privadas en el proceso, sino también difícilmente conciliable con la condición de parte del defensor del vínculo, al que de algún modo se vuelve a otorgar, con esta disposición, un cierto rango de asesor del juez.²⁹ A mi juicio, la impor-

²⁹ Así lo señalábamos en PEÑA GARCÍA, C., *La Instrucción Dignitas Connubii...*, o.c., 669-670; en el mismo sentido, ARROBA CONDE, M.J., *Diritto processuale canonico*, 5ª ed, Roma 2006, 229, nota 92. Por el contrario, entre los autores favorables a la atribución de esta función al defensor del vínculo cabe citar a ORTIZ, M.A., *Il difensore del vincolo*, o.c., 48-49. Especial interés tiene la postura de Rodríguez-Ocaña, quien, si bien en un primer momento se manifiesta a favor de reclamar al defensor del vínculo el voto previo a la admisión o rechazo de la demanda (RODRÍGUEZ-OCAÑA, R., *La función del defensor del vínculo...*, o.c., 201), en un trabajo posterior parece retractarse de su inicial postura, defendiendo expresamente no sólo la no obligatoriedad de esa consulta previa en el texto legal, sino también la inutilidad e inconveniencia de la misma, en base a sólidos argumentos que compartimos: RODRÍGUEZ-OCAÑA, R., *La demanda judicial canónica*, Pamplona 2002, 182-185.

tante misión del defensor del vínculo en el proceso queda salvada, en estos casos, con la posibilidad de interponer la correspondiente excepción en caso de que entienda que hay motivo jurídico para la inadmisión de la demanda, pero no exige que se modifique la configuración procesal del defensor del vínculo: es al juez presidente al que corresponde en primer lugar la decisión sobre la admisión o inadmisión de la demanda y al que puede y debe exigírsele un examen diligente de los presupuestos procesales y del fundamento jurídico y fáctico de la demanda, sin necesidad de ser auxiliado en esa tarea por el defensor del vínculo, quien, al igual que el cónyuge demandado, tiene siempre a su disposición, a tenor del derecho, la facultad de interponer en tiempo y forma las correspondientes excepciones procesales en caso de disconformidad con la decisión judicial.³⁰

4. 2. Asesoramiento al juez en la conclusión de la causa

También el art.238 de la *Dignitas Connubii*, sin paralelo en el Código, parece atribuir al defensor del vínculo cierta función de asesoramiento del juez. Advierte este artículo que el juez debe tener cuidado de no dictar el decreto de conclusión mientras considere que queda todavía algo por indagar para que la causa pueda considerarse suficientemente instruida, en cuyo caso «después de oír, si lo estima oportuno, al defensor del vínculo, debe el juez disponer que se complete lo que falta».

Sorprende la redacción de este artículo, con su alusión expresa – y exclusiva – al defensor del vínculo, especialmente si lo comparamos con el art.237,2, donde, al igual que en c.1599,2 que le sirve de base, se establece que la conclusión tendrá lugar cuando las partes – se entiende que públicas o privadas – declaren que no tienen nada más que aducir, o hayan dejado trascurrir el plazo sin solicitar nuevas pruebas, o bien el juez considere suficientemente instruida la causa. A mi juicio, la alusión del art.238 a solo el defensor del vínculo sitúa a éste en una situación de privilegio respecto a las partes privadas, atribuyéndole una función de asesoramiento del juez que se compagina mal con su condición de parte y que, a tenor de la misma regulación codicial, resulta innecesaria. Efectivamente, es claro que nada se opone, ni en el Código ni en la *Dignitas Connubii*, a que el juez consulte y oiga al ministerio público sobre la necesidad de ampliar la prueba en deducciones o sobre la conveniencia de decretar la conclusión de la causa, posibilidad que viene

³⁰ Por otro lado, interesa destacar que esta referencia a que el defensor del vínculo asesore al juez en relación a la admisión de la demanda no estaba prevista ni en el Código de 1917, ni en la Instrucción Provida Mater, aunque era una praxis habitual en muchos tribunales eclesiásticos y fue defendida durante la vigencia del Código piobenedictino por autores destacados: DEL AMO, L., *La defensa del vínculo*, o.c., 318-320; CABREROS DE ANTA, M., *Comentarios al Código de Derecho Canónico*, vol. III, o.c., 464-465; etc.

recogida en el c.1599 y en el art.237 DC, pero, a nuestro juicio, el principio de igualdad de partes y la adecuada configuración del ministerio público de la defensa del vínculo – como parte, no como asesor del juez – exigirían que no se distinguiera entre el ministerio público y los abogados de las partes privadas con relación a dicha consulta.

4. 3. *Intervención del defensor del vínculo en la concesión del gratuito patrocinio*

También en la regulación del procedimiento para la concesión del gratuito patrocinio a la parte carente de medios económicos – sea mediante procesículo previo a la interposición de la demanda, sea mediante la proposición de una cuestión incidental en una causa ya iniciada-se observa una cierta tendencia a convertir al defensor del vínculo en asesor del juez, otorgándole funciones que encajan mal con la configuración legal de este ministerio.

En efecto, el art.306,3º prevé que, en la tramitación de la solicitud de gratuito patrocinio, pueda solicitar el Vicario judicial o el presidente, si lo estiman oportuno, un *voto* al promotor de justicia y al defensor del vínculo sobre la oportunidad de la concesión. Se trata de una regulación a nuestro juicio discutible, puesto que, si bien la intervención e informe – nunca de suyo obligatorios – del promotor de justicia en algún caso concreto puede venir recomendada por la necesidad de salvaguardar el bien público eclesial y el efectivo ejercicio del derecho de las partes a participar en el proceso con todas las garantías, no se ve, por el contrario, qué sentido tiene pedir también el voto al defensor del vínculo acerca de la concesión o no del gratuito patrocinio a las partes. En principio, nada habría que oponer a que el juez pudiera, si lo ve conveniente, informar al defensor del vínculo, como a las restantes partes, de la solicitud de gratuito patrocinio de cualquiera de ellas, pudiendo incluso concederse a las partes, públicas o privadas, la oportunidad – si el juez lo estima oportuno – de alegar lo que estimen oportuno ante dicha petición, pero encontramos injustificado que pueda el juez requerir un *voto* a este ministerio sobre esta cuestión, ya que se trata de una materia que propiamente no guarda relación alguna con la defensa del vínculo;³¹ y más injustificado todavía que se vulnere el principio de igualdad de partes, permitiendo – o incluso exigiendo – al defensor del vínculo presentar dicho informe sin haber dado traslado a las restantes partes de la petición.

Igualmente, también en el art.307 se atribuyen al defensor del vínculo funciones impropias de este ministerio y que afectan de modo directo al prin-

³¹ Aunque podrían aducirse razones de economía procesal para esta disposición, si el encargo al defensor del vínculo de este informe sobre la concesión del gratuito patrocinio se hace para evitar nombrar un promotor de justicia únicamente para este procesículo, a mi juicio esta praxis supone una confusión de las funciones y misión del promotor de justicia y del defensor del vínculo en el proceso que convendría evitar.

cipio de igualdad entre partes públicas y privadas, al atribuirle dicho artículo funciones de vigilancia disciplinaria respecto a la diligencia del abogado nombrado de oficio en el cumplimiento de su cargo. Aunque el art.307 no distingue entre partes públicas y privadas a la hora de denunciar al juez presidente la actitud negligente del abogado designado de oficio, a mi juicio esta previsión de la *Dignitas Connubii* tendría sentido únicamente en el supuesto de que la falta de diligencia del abogado de la parte repercutiera directamente en la buena marcha del proceso, provocando retrasos indebidos, etc., en cuyo caso podrían legítimamente protestar tanto el defensor del vínculo como incluso la otra parte. En todos los demás casos de conducta negligente del abogado, lo procedente será que la queja por esta actitud provenga o bien directamente del cónyuge para cuya defensa fue designado, o bien del mismo juez si ve que se está causando un perjuicio a la parte.

A mi juicio, atribuir al defensor del vínculo una labor de vigilancia sobre la diligencia del abogado nombrado de oficio – especialmente si dicho abogado defiende la nulidad del matrimonio – supone no sólo situarlo en un plano que no le corresponde y que se concilia mal con el principio de igualdad de partes públicas y privadas, sino también ponerle en una situación de algún modo incoherente con su propia postura procesal de parte demandada pública encargada de velar por el vínculo conyugal: tanto la exigencia de contradictorio procesal como su propia misión en el proceso (necesariamente *pro vinculo*) parece reclamar que este ministerio no actúe en contra de su propio interés en la causa, lo que en principio ocurriría si denunciara la negligencia del abogado de la parte actora en la proposición de pruebas o en la defensa de los intereses *pro nullitate* de su representado.

5. CONCLUSIONES

A lo largo de este estudio se han ido poniendo de manifiesto algunos puntos de la actual normativa canónica donde, a mi juicio, hace crisis el principio de igualdad entre partes públicas y privadas, con especial atención a las partes privadas que actúan en el proceso asistidas por abogado.

En este sentido, sin ánimo de reiterar aspectos ya expuestos en el cuerpo de este trabajo, interesa sin embargo insistir en algunos aspectos ya apuntados:

El principio procesal de igualdad de partes, unido a la necesaria intervención del defensor del vínculo, parte demandada pública, en el proceso para la declaración de nulidad del matrimonio, aconseja que la parte actúe en estas causas no por sí misma, sino asistida por profesionales. Aunque el ordenamiento canónico reconozca a la parte el *ius postulandi* en estos procesos, su ejercicio resulta a todas luces desaconsejable, no sólo por el perjuicio que la ausencia de conocimientos técnicos, sustantivos y procesales, puede cau-

sar a la parte que se defiende a sí misma, sino porque la misma ley procesal dota de mayores facultades y garantías a la parte asistida por patrono que a la parte que actúa por sí misma en el proceso.

Por otro lado, ya en relación a las partes públicas, la atribución al defensor del vínculo, por parte de la Instrucción *Dignitas Connubii*, de funciones de asesoramiento y la efectiva solicitud, en casos concretos, de informes o votos a este ministerio por parte del juez puede ser una medida prudente y de notoria utilidad en la práctica, especialmente en supuestos de juez único o en causas de especial complejidad, pero no deja de resultar, desde una perspectiva técnica-procesal, una posibilidad de muy difícil encuadre en la configuración codicial de este ministerio, caracterizado por su necesaria actuación *pro vinculo* y por su condición de parte procesal.

En cualquier caso, a nuestro juicio, deberá evitarse en lo posible, tanto en la interpretación de las disposiciones de la Instrucción *Dignitas Connubii* como en la atribución en su caso de estas funciones al defensor del vínculo en una causa concreta, poner en peligro el principio de igualdad procesal de partes consagrado legalmente en el Código de Derecho Canónico. Ello exigirá interpretar con amplitud los artículos de la Instrucción que introducen novedades respecto a la actuación del defensor del vínculo en el proceso, haciendo extensivas dichas novedades – en todo aquello que la ley no prohiba expresamente o que no sea posible por la misma naturaleza del asunto – también a las otras partes, al menos a las asistidas por patronos, en virtud de la competencia técnica de los abogados: así, si bien carecería de sentido solicitar a la parte demandada su parecer sobre la admisión de la demanda, entendemos, por el contrario, que siempre que el juez pidiese en su caso un voto o informe técnico al defensor del vínculo sobre alguna cuestión del proceso, debería recabar igualmente el parecer al menos de la parte asistida de letrado, desde la conciencia de que, aunque ninguno de dichos informes resultarán vinculantes para el juzgador, la argumentación jurídica contenida en los mismos puede resultar de ayuda al juez en su decisión.

En este mismo sentido deben interpretarse, a nuestro juicio, alguna de las competencias que el art.56 de la Instrucción *Dignitas Connubii* recoge como propias del defensor del vínculo, como serían las contenidas en el párrafo cuarto de dicho artículo respecto al control de los fundamentos antropológicos de la pericia, la corrección de las preguntas propuestas al perito, etc. Propiamente, es al juez al que corresponde tanto controlar a priori que las cuestiones hechas al perito sean pertinentes al mérito de la causa y no excedan del ámbito de su competencia³² como, a posteriori, que la pericia reali-

³² A mi juicio, este control a priori de las cuestiones planteadas al perito corresponde únicamente al juez, no estando en principio contemplado en la regulación codicial el dar traslado al defensor del vínculo de los cuestionarios propuestos por las partes. En cualquier caso,

zada no contenga conclusiones incompatibles con la antropología cristiana. Pero, indudablemente, en ese juicio podrá resultar de gran ayuda la valoración que de la pericia haga tanto el defensor del vínculo como el abogado de la parte, correspondiendo en realidad a ambos –no sólo al defensor del vínculo – el realizar esta valoración y no aceptar conclusiones periciales antropológicas o metodológicamente incorrectas, aunque parezcan favorables al propio interés procesal defendido en la causa.³³

En definitiva, defensores del vínculo y patronos de las partes privadas, cada uno desde su específica función procesal, colaboran con el juez en el descubrimiento de la verdad histórica del matrimonio cuya validez se discute y en la determinación de la valoración jurídica de los hechos probados en autos, y en este sentido ambos deberían compartir la preocupación – que corresponde de modo muy especial al juez – por la buena marcha del proceso y por la corrección de la sentencia definitiva.

si en algún tribunal la práctica fuese dar traslado de dichos cuestionarios a priori al defensor del vínculo para que informe, estimo que, conforme al principio de igualdad de partes que venimos sosteniendo, debería darse traslado también a las otras partes de los cuestionarios, siendo finalmente al juez el que determinaría qué preguntas plantear al perito.

³³ Comparto en este sentido las apreciaciones del Prof. Arroba en ARROBA CONDE, M.J., *Diritto processuale canonico*, o.c., 229, nota 92, interesándonos aclarar que el hecho de haber afirmado, en una publicación anterior, que el resto de las funciones atribuidas por el art.56.4 al defensor del vínculo son mera concreción de su misión en el proceso (PEÑA GARCÍA, C., *La Instrucción Dignitas Connubii y su repercusión...*, o.c., 670, nota 40) no debe interpretarse en el sentido de que dicha función de control de la corrección antropológica de las pericias corresponda *en exclusiva* al defensor del vínculo, sino en el sentido de no resultar ajena ni contradictoria con su configuración procesal, a diferencia de otras novedades introducidas por la Instrucción.

EDWARD N. PETERS

ECCLESIASTICAL OFFICE AS PUNISHMENT
FOR CRIME: TOWARD THE ABROGATION
OF CANON 1336 § 1, 4°

SUMMARY: 1. Introduction. 2. Ecclesiastical office in general. 3. Penal transfer: a novel and neglected sanction. 4. Problems associated with applying Canon 1336 § 1, 4°. 5. The limited good served by Canon 1336 § 1, 4° is satisfied by other norms. 6. Conclusion.

1. INTRODUCTION

THIS article proposes the abrogation of the expiatory penalty known as “penal transfer to another office” (currently authorized by Canon 1336 § 1, 4° of the Johanno-Pauline Code¹) on two grounds: first, that conferring ecclesiastical office on a delinquent member of the faithful as punishment for his or her crimes is an affront to the dignity with which office in the Church should be conferred and accepted; second, that the legitimate values which the institute of penal *transfer* to an office might seek to serve are adequately protected by other canons on penal *deprivation* of an office. We will begin by outlining the importance of ecclesiastical office in general and by distinguishing mere penal deprivation of office from penal transfer to another office. Next, after demonstrating that the abrogation of penal transfer would disturb no venerable canonical principles (the penalty, it turns out, has very shallow roots in canonistics), we will examine some of the difficulties likely to be encountered if one were to attempt to confer ecclesiastical office on an individual guilty of a penal offense, and then

¹ Text and translations of the Johanno-Pauline Code [1983 CIC] will be from *Codex Iuris Canonici, auctoritate Ioannis Pauli PP. II promulgatus*, published in *Acta Apostolicae Sedis* 75/2 (1983) 1-320, as corrected and amended; English translations from Canon Law Society of America, *Code of Canon Law, Latin-English Edition, New English Translation* (Canon Law Society of America, 1999). That the 1983 Code should, from time to time, be subject to necessary emendation is doubted by no one. For a recent papal reaffirmation of the need “to abrogate norms that prove antiquated; to modify those in need of correction; to interpret — in light of the Church’s living Magisterium — those that are doubtful, and lastly, to fill possible *lacunae legis*”, see Benedict XVI, “Address to a Study Congress Marking the 25th Anniversary of the Promulgation of the Revised Code of Canon Law” (25 January 2008), in *L’Osservatore Romano*, English weekly edition, 6 February 2008, p. 4.

show that the limited good that can be achieved by penal transfer can be achieved less controversially.

2. ECCLESIASTICAL OFFICE IN GENERAL

Canon 145 of the Johanno-Pauline Code defines ecclesiastical office as “any function constituted in a stable manner by divine or ecclesiastical ordinance to be exercised for spiritual purpose.” This juridic definition of ecclesiastical office, however, belies a deeper theological reality, namely, that all ecclesiastical offices “entail doing something *on behalf of the Church and of Christ*. An office is not for one’s own sake, but is to be exercised for the sake of other people”.² It is not possible, nor is it necessary for the purposes of this article, to present fully the mystery at work when human beings are entrusted with an ecclesiastical office and assist the Church in her ultimate spiritual purpose, namely, the salvation of souls (1983 CIC 1752).³ But what is possible, and what is indeed necessary to appreciate the proposal made in this article, is firmly to recognize that conferral of ecclesiastical office is no mundane matter akin to sorting through job applicants and finding someone adequate to the task and willing to work for the wages offered. Ecclesiastical office is a cherished participation in the very salvific mission of the Church.

A number of canons attest to the care with which the selection of ecclesiastical office-holders is to be conducted. Canon 157, for example, reserves conferral of most ecclesiastical offices at the diocesan level to that figure most directly responsible for the welfare of the local Church, the diocesan bishop (1983 CIC 381); Canon 149 requires that potential officer-holders be in communion with the Church as well as endowed with those qualities required for the office in question; and Canons 158-183 closely regulate several procedures for selecting some office-holders from among the faithful

² James Provost, commentary on Canon 145, in J. Beal, *et al.*, eds., *New Commentary on the Code of Canon Law*, (Paulist Press, 2000) [herein *CLSA New Comm*] at 196, emphasis added. See also Benito Gangoi, commentary on Canon 145, in A. Benlloch Poveda, ed., *Código de Derecho Canónico Edición bilingüe, fuentes y comentarios de todos los cánones* [1993], (Edicep, 1994) at 95, wherein: “Podemos afirmar, aplicando la teoría al terreno eclesial, que las instituciones u oficios eclesiales tienen un doble fin: el inmediato o esencial y el último. El oficio eclesiástico tiene dos características: 1) Se trata de una realidad objetiva estable de derecho divino o de derecho eclesiástico.... 2) Con finalidad espiritual sea inmediata o mediate.” For a broader recent discussion of the concepts of office, power, and authority in the Church, including their fundamental orientation to the Church’s primary mission to souls, see, e.g., Juan Ignacio Arrieta, *Governance Structures within the Catholic Church* (Wilson & LaFleur, 2000), *passim*.

³ On the ultimate orientation of “spiritual purpose” under Canon 145 to the “salvation of souls” under Canon 1752, see, e.g., Provost, *CLSA New Comm* at 198, and Pio Pinto, commentary on Canon 145, in P. Pinto, ed., *Commento al Codice di Diritto Canonico* (Urbaniana, 1985) at 86.

themselves.⁴ Scores of other canons set out in more or less detail the rights and responsibilities attached to dozens of ecclesiastical offices, and many of these canons are in turn supplemented by the specific terms of appointment to a given ecclesiastical office (1983 CIC 145 § 2) or by office policies and procedures developed by the competent authority (1983 CIC 148).

Of course, a wide variety of circumstances might, and almost certainly will, suggest from time to time the opportuneness of removing a given individual from an ecclesiastical office. Such removals might occur with or without an anticipated assignment to another office. The great majority of removal situations imply nothing negative about the officer-holder (1983 CIC 184 § 1), and the possibility (we may safely say, the probability) of a routine loss of ecclesiastical office is anticipated in the law (1983 CIC 184-191).⁵

At times, however, the removal of an individual from ecclesiastical office might indeed take place because of wrong-doing by the office-holder (1983 CIC 192-193, 195). Strictly speaking, even these circumstances need not have been *criminal* in nature,⁶ but certainly, some instances wherein one might incur the loss of ecclesiastical office will be a consequence of one's verified commission of a delict, this, either narrowly under Canon 194 § 1, n. 2 (public defection from the faith or communion) or n. 3 (a cleric attempting even civil marriage), or more broadly, when one suffers "privation" of ecclesiastical office in punishment for a canonical crime (1983 CIC 196), that is, in response to gravely imputable delictual behavior (1983 CIC 1321 § 1).

The 1983 Code directly authorizes privation of ecclesiastical office as a possible punishment for three offenses: abuse of ecclesiastical power or func-

⁴ Still other examples of the care with which candidates for certain offices are to be identified are available, including Canons 377-378 on the selection of bishops, Canon 512 on designation of members of the diocesan pastoral council, Canons 521 and 524 on the appointment of pastors, and so on.

⁵ Some appointments to ecclesiastical office (e.g., episcopal vicars under Canon 477 § 1, or chancellors and notaries under Canon 485) are made "*ad nutum episcopi*" meaning that a bishop may remove such individuals from office without any implication of poor performance on their part. Several other office-holders (e.g., procurators and advocates under Canon 1436 § 2) can be removed for "just cause", which just cause need not, of course, reflect negatively on the performance of the officer-holder in question. See, e.g., William Woestman, *Ecclesiastical Sanctions and the Penal Process* (St. Paul University, 2000) at 58, Alphonse Borras, *Les Sanctions dans L'Église* (Tardy, 1990) [herein Borras, *Sanctions*] at 93, or Antonio Calabrese, *Diritto Penale Canonico* (Edizioni Paoline, 1990) [herein Calabrese, *Penale*] at 129. The complex of canons governing the removal of pastors from office (1983 CIC 1740-1752) opens with an express recognition of the fact that the removal process may be initiated even without an intimation of negligence on the part of the pastor. See also *Communicationes* 16 (1984) 43.

⁶ For example, Canon 193 § 1 only calls for "grave cause", and *not* the certainty of criminal behavior, to justify removal, while Canon 194 § 1, 1° merely refers to a situation in which one has lost the clerical state, which loss might or might not have been occasioned by a cleric's delictual behavior.

tion (1983 CIC 1389 § 1), violation of the law of residence attached to an office (1983 CIC 1396), or violation of a number of responsibilities in the judicial arena (1983 CIC 1457).⁷ In addition, privation of office is effectively authorized against procurators or advocates guilty of malfeasance in the performance of their offices (1983 CIC 1488).

The broadest assertion of the competent authority's ability to deprive offenders of ecclesiastical office, however, is found in Canon 1336 § 1, 2° which states: "In addition to other penalties which the law may have established, the following are expiatory penalties which can affect an offender either perpetually, for a prescribed time, or for an indeterminate time...; 2° privation of a power, office, function, right, privilege, faculty, favor, title, or insignia, even merely honorary...." There seems no doubt but that privation of office can be invoked as the unspecified "just penalty" authorized for a large number of offenses,⁸ making Canon 1336 § 1, 2° that norm by which penal loss of office is most likely to be encountered in ecclesiastical practice. While the requirements of justice in a particular case might militate against a penalty as harsh as deprivation of office for a minor offense, that one's delictual behavior *could* result in one's deprivation of office, even if the offense were not committed in the context of the office, seems indisputable.⁹

But Canon 1336 § 1, 4° presents a very different scenario from that envisioned under Canon 1336 § 1, 2°. While the *loss* of ecclesiastical office as a consequence of canonically criminal behavior is hardly controversial, the possibility that one's misconduct could result in the *conferral* of ecclesiastical office on an offender should strike observers as incongruous, if not startling. By its plain language, however, Canon 1336 § 1, 4° does precisely this

⁷ One might question whether privation of office under Canon 1457 is strictly speaking a "penalty", given that Canon 1457 is not found among the penal canons of Book VI, but is instead located in Book VII on procedures. But consider: Canon 1457 "deprive[s] a member of the Christian faithful of some spiritual or temporal good" (1983 CIC 1312 § 2), operates as a consequence of "the external violation of a law" (1983 CIC 1321 § 1, 1399), uses plainly penal language (*congruis poenis...puniri possunt*), and appears to be but a specification of a certainly penal canon forbidding abuse of ecclesiastical power or function (1983 CIC 1389 § 1) upon pain of *loss of office* (emphasis added). The penal character of Canon 1457 is plain.

⁸ Some 22 canons authorize the imposition of a "just penalty" in response to delictual behavior, with four such norms (1983 CIC 1364 § 1, 1387, 1394 § 1, and 1397) expressly referring to Canon 1336. See Thomas Green, Tables 5 and 8, in J. Coriden, *et al.*, eds., *The Code of Canon Law: A Text and Commentary* (Paulist Press, 1985) at 934-935.

⁹ For example, one's participation in prohibited sacred rites (in violation of 1983 CIC 1365) might result in expulsion from the diocesan pastoral council, even though one's service on the council has been exemplary; or, a sacristan who joins a neo-Nazi association (in violation of 1983 CIC 1374) might be dismissed from his or her office despite otherwise competent service therein. Note, too, that numerous civil public offices can be forfeited upon the office-holder's conviction of a serious crime. Few find such secular consequences for criminal behavior to be unjust.

when it authorizes, as *punishment for a crime*, an offender's "penal transfer to another office" (emphasis added). How guilt for an ecclesiastical offense should occasion one's appointment to ecclesiastical office defies easy explanation, but before outlining some of the difficulties likely to be encountered by those trying to act under Canon 1336 § 1, 4^o, the relative ease with which such a penalty can be eliminated from canon law should be made clear.

3. PENAL TRANSFER: A NOVEL AND NEGLECTED SANCTION

The abrogation of the penalty of penal transfer from canon law would require no pain-staking research into an institute with ancient roots lest a value hidden to modern eyes be jettisoned unwittingly. Penal transfer appears to be a recent invention of western law,¹⁰ an invention which, so far at least, seems to have attracted no following under Pio-Benedictine or Johanno-Pauline jurisprudence.

Canons 2286-2305 of the Pio-Benedictine Code are cited as sources for Canon 1336 § 1 of the Johanno-Pauline Code, but only 1917 CIC 2298, which authorized a cleric's "penal transfer from an obtained office or benefice to an inferior [one]", is a predecessor for the modern institution of penal transfer.¹¹ But it is very difficult to find indications of penal transfer being recognized as a punishment for ecclesiastical crimes prior to the first codification of canon law. The evidence for this claim is perforce largely by way of absence.

Pietro Cdl. Gasparri (1852-1934), architect of the Pio-Benedictine Code, cited no decretist or decretalist sources for the penalty of penal transfer.¹² Petrus Vidal, who adapted Franciscus Wernz's monumental *Ius Decretalium* (publ. 1905-1913) to codified law, termed penal transfer "a new penalty about whose application there is not sufficient jurisprudence",¹³ and no canonical

¹⁰ Penal transfer of criminous office-holders is not authorized in Eastern canon law.

¹¹ Text and translations of the Pio-Benedictine Code [1917 CIC] are from *Codex Iuris Canonici, Pii X Pontificis Maximi, iussu digestus, Benedicti Papae XV, auctoritate promulgatus*, published in *Acta Apostolicae Sedis* 9/2 (1917) 11-521, as corrected and amended; English translations from Edward Peters, *The 1917 or Pio-Benedictine Code of Canon Law in English Translation with Extensive Scholarly Apparatus* (Ignatius Press, 2001).

¹² In fact, examination of the sole source cited by Gasparri for the twelve clerical "vindicative penalties" set out in 1917 CIC 2298, namely, the title *Ordo suspensionis, reconciliationis, etc.*, of the Roman Pontifical, yields no evidence that it even knew of penal transfer to another office as punishment for a crime. See, e.g., *Pontificale Romanum Summorum Pontificum*, in 3 vols., (Mechliniae: Dessain, 1867) III: 103-110.

¹³ Francisco Wernz and Petrus Vidal, *Ius Canonicum* [being a posthumous revision by Petrus Vidal of Wernz's *Ius Decretalium* according the Pio-Benedictine Code of Canon Law], in 7 volumes, (Gregorianum, various editions from 1923-1938), VII: 368, wherein: "Cum sit poena nova, quoad applicationem nondum adest sufficiens iurisprudentia".

commentary I located demonstrates that penal transfer pre-dated the codification of canon law.¹⁴

Considering that so little use seems to have been made of penal transfer under the 1917 Code, it was surprising that, from the first drafts of what would eventually be Book VI of the 1983 Code, penal transfer was retained as a penalty,¹⁵ with the only modification being that penal transfer could henceforth be imposed on any member of the faithful instead of only on clerics.¹⁶ In any case, since promulgation of the 1983 Code, there seems little evidence that penal transfer is actually being imposed. That penal transfer, however, seems to be a dormant canonical institute does not obviate the af-

¹⁴ Vidal, while asserting that penal transfer enjoys but little illuminative jurisprudence, was able to send readers to but a single case decided forty years prior to the codification of canon law by the Sacred Congregation of the Council, in which case a pastor was assigned, for a time, to a "lesser" benefice than the one he previously held. See "Premislien.", *Acta Sanctae Sedis* 20 (1887) 126-142. As an example of penal transfer, however, this case is wanting. The narration does not establish that the bishop's action against the pastor was taken in response to crime (as opposed to it being done in response to the pastor's perhaps abrasive manner), nor that the transfer was intended as a punishment (as opposed to it being a way, under the former benefice system, to keep the pastor out of poverty while his case was adjudicated). The Congregation even suggests, quite plausibly, that priests of limited talent might be better off assigned as pastors to smaller, if poorer, parishes where they would have perhaps a better chance at pastoral effectiveness than if they were assigned to larger and wealthier parishes.

¹⁵ See Edward Peters, *Incrementa in Progressu 1983 Codicis Iuris Canonici* (Wilson & Lafleur, 2005) 1158. A very odd discussion on penal transfer as a penalty occurred within the *Coetus de Iure Poenali*. The first draft of what would eventually be Canon 1336 § 1, 4° authorized penal transfer only to a lower (*inferius*) office, suggesting, it seems, that assignment to *higher* office would not be authorized by the canon. Arguing, however, that such a restriction was a "hardship" (*crudelitatem*), one consultor succeeded in having the word *inferius* removed, making the norm amenable to penal transfer to *any* level office. See *Communicationes* 9 (1977) 156. I find this outcome inexplicable. Perhaps Giuseppe Di Mattia finds it strange too, for, in commenting on Canon 1336, he calls the coetus discussion of the original draft "clever", but concludes nevertheless that the final version of Canon 1336 § 1, 4° effectively prohibits penal transfer to a higher office. See Giuseppe Di Mattia, commenting on Canon 1336, in A. Marzola, et al., eds., *Exegetical Commentary on the Code of Canon Law*, in 5 vols. bound as 8, (Wilson & Lafleur, 2004), IV/1 at 346. Much as I, too, find it unconscionable that delictual behavior would result in one's assignment to *higher* office, I do not see how Di Mattia reaches his conclusion about what the canon actually says. Nothing in Canon 1336 § 1, 4° restricts penal transfer only to "lower" offices, and an attempt to so restrict the operation of this sanction was deliberately removed. Better, I think is Borrás' simple assertion that it should be "obvious" (*il va de soi que*) that penal transfer should not be to higher office. Borrás, *Sanctions* at 93. See also Calabrese, *Penale* at 129.

¹⁶ As several commentators on the 1983 Code have observed, this extension of the possibility of penal transfer from clerics to lay persons was made in recognition of that fact that, under the Johanno-Pauline Code, lay persons could hold certain ecclesiastical offices. See, e.g., Thomas Green, commentary on Canon 1336, in J. Coriden, et al., eds., *The Code of Canon Law: A Text and Commentary* (Paulist Press, 1985) at 909.

front that the mere presence of such a norm in the Code poses to the much larger institution of ecclesiastical office.

4. PROBLEMS ASSOCIATED WITH APPLYING CANON 1336 § 1, 4^o

Beyond the fundamental dissonance occasioned by conferring something as estimable as office in the Church on someone as a punishment for crime, a number of practical problems would seem to confront those who, in accord with Canon 1336 § 1, 4^o, would try to confer ecclesiastical office on a malefactor.

First, while obviously one's status as a criminal could in no way be considered as a *qualification* for ecclesiastical office in accord with Canon 149, little about the administrative or judicial penal process (1983 CIC 1342 § 1) by which penalties are imposed or declared would seem to afford a superior or judge with the kind of information needed to assess an individual's qualification for office; indeed judges, *qua* judges, seem incompetent to confer office on anyone, let alone on criminals.¹⁷ Moreover, once an offender is assigned to an office, nothing prevents him or her from promptly resigning the office in accord with Canons 187-189. An expiatory that can be avoided by the otherwise licit act of declining the penalty seems no sanction at all! But the anomalies of imposing ecclesiastical office as punishment for a crime go beyond the administrative complications such an action would inevitably occasion.

Regarding certain ecclesiastical offices as "superior" to some offices and as "inferior" to others is not inherently misguided, and there is no doubt that in hierarchy organized society, various offices will reflect that hierarchic structure. But the notion that assignment to another office, even if an "inferior" one, could be used as a punishment for crime tacitly admits the kind of ecclesiastical careerism that is so inimical to understanding power in the Church as a part of service in the Church; for that matter, using an ecclesiastical office as a post of punishment diminishes the dignity of those who hold, and indeed serve with honor in, a variety "inferior" offices.

For example, the office of judge (1983 CIC 1419-1422) is reckoned "superior" to that of, say, auditor (1983 CIC 1428) or defender of the bond (1983 CIC 1432-1436). But, if a judge were convicted of an abuse of his or her office (say

¹⁷ Green, one of the few commentators to notice this problem, suggests that judges "consult with the pertinent ordinary regarding the penalized individual's eligibility to assume the new office." See Thomas Green, commentary on Canon 1336, in J. Coriden, *et al.*, eds., *The Code of Canon Law: A Text and Commentary* (Paulist Press, 1985) at 1554, in fn. 87. The possibility that a local ordinary (typically, the diocesan bishop) might only be "consulted" about the assignment of someone (let alone an offender) to office in his local Church is but another manifestation of the incongruity of using ecclesiastical office as a punishment for crime in the first place.

under 1983 CIC 1386 or 1389), and the facts of the case did not immediately make moot the possibility of assignment, could the competent superior *seriously* consider assigning that criminal judge to penal service henceforth as an auditor or a defender of the bond, ordering him or her to take up duties with the other men and women who have been entrusted with the serious responsibilities of that same office and who are proud to serve therein, not in expiation of their crimes, but in service to the People of God?

5. THE LIMITED GOOD SERVED BY CANON 1336 § 1, 4^o IS SATISFIED
BY OTHER NORMS

The limited good that Canon 1336 § 1, 4^o can achieve, namely, the removal of an offender from ecclesiastical office, can obviously be supplied by Canon 1336 § 1, 2^o, which norm authorizes the simple removal of an offender from office without complicating matters by immediately conferring another office on the malefactor. In other words, Canon 1336 § 1, 4^o serves no good purpose that is not satisfied by Canon 1336 § 1, 2^o, while the utilization of Canon 1336 § 1, 4^o raises serious questions about the propriety of conferring ecclesiastical office on an offender precisely in the context of his or her punishment for crime.

6. CONCLUSION

At no point have I argued that persons found guilty of ecclesiastical offenses are forever, or even immediately, necessarily ineligible for any office in the Church. It might be that one's specific misconduct, while justifying privation of an office currently held, is not destructive of one's eligibility for another office or that, over time, one's conduct in other contexts suggests the suitability of future assignment to office.¹⁸ But the values served by *privation* of ecclesiastical office are wholly distinct from the issues to be considered in *conferring* office in the Church. Using ecclesiastical office as a vehicle for the punishment of canonical offenders shocks the consciences of those concerned with seeing power in the Church called back to its roots in service within the Church.

Canon 1336 § 1, 4^o should be abrogated.

¹⁸ Naturally, great care should be exercised in reaching this conclusion in a specific case. Given the relative infrequency with which penal canon law is applied today, it seems more than probable that any conduct meriting penal privation of office in the first place would also militate against one's concomitant eligibility for another office, at least for some time. Indeed, the fact that one held ecclesiastical office at the time of the commission of a delict might actually serve as grounds for augmenting a sanction in accord with 1983 CIC 1326 § 1, 2^o.

VICENTE PRIETO

ASISTENCIA RELIGIOSA DE LAS FUERZAS
ARMADAS EN COLOMBIA

SOMMARIO: 1. Obispado Castrense y Concordato. 2. Legislación posterior a la Constitución de 1991. 3. Obispado Castrense y Ministerio de Defensa. 4. Praxis en la atención de las minorías religiosas. 5. Conclusiones.

1. OBISPADO CASTRENSE Y CONCORDATO

LA historia de la atención religiosa de las Fuerzas Armadas, en un país mayoritariamente católico como Colombia, va de la mano de una institución canónica ampliamente conocida: el tradicional Vicariato Castrense, denominado Ordinariato Militar por la Const. Apost. *Spirituali militum curae* (21.IV.1986), y *Obispado Castrense* en la normativa actualmente vigente en Colombia.

Con el Decreto *Ad Consulendum Curae*, del 13 de octubre de 1949, el Papa Pío XII erigió el Vicariato Castrense de Colombia. Como primer Vicario fue nombrado Monseñor Ismael Perdomo, entonces Arzobispo de Bogotá y Primado de Colombia. En adelante el Arzobispo de Bogotá sería, por derecho, el Vicario Castrense. De acuerdo con la fecha de su creación, la institución de los Vicariatos Castrenses se enmarca dentro del principio establecido en el Concordato, entonces vigente, de plena libertad de la Iglesia para erigir circunscripciones eclesiásticas.¹

El mismo principio se recoge en el Concordato actualmente en vigor, aprobado con la Ley 20 de 1974.² En el art. XVII se establece que «La atención espiritual y pastoral de los miembros de las Fuerzas Armadas se ejercerá por

¹ Se trata del art. XVI del Concordato de 1887 (Ley 35 de 1888): «Podrá la Santa Sede erigir nuevas Diócesis y variar la circunscripción de las que hoy existen cuando lo creyere útil y oportuno para el mayor provecho de las almas, consultando previamente al Gobierno y acogiendo las indicaciones de éste que fueren justas y convenientes». En el mismo instrumento, el art. XX establecía que «Los Ejércitos de la República gozarán de las exenciones y gracias conocidas con el nombre de privilegios Castrenses, que se determinarán por el Padre Santo en acto separado».

² Art. XV: «La Santa Sede podrá erigir nuevas circunscripciones eclesiásticas y modificar los límites de las existentes, cuando lo creyere oportuno para el mejor desempeño de la misión de la Iglesia. Con tal finalidad informará previamente al Gobierno, acogiendo las indicaciones justas y convenientes que de él reciba».

medio de la Vicaría Castrense, según normas y reglamentos dictados al efecto por la Santa Sede, de acuerdo con el Gobierno». De acuerdo con el art. IV el Vicariato Castrense goza de personería jurídica civil.³

Mediante el Decreto *Magno Studio* de la Sagrada Congregación para los Obispos (25 de marzo de 1985) la Santa Sede separó el oficio de Vicario Castrense de la persona del Arzobispo de Bogotá y estableció que el Obispo de las Fuerzas Armadas fuera un Obispo distinto, miembro de la Conferencia Episcopal de Colombia, con jurisdicción propia sobre el personal de las Fuerzas Armadas, uniformados y civiles, y sobre sus familias.

En aplicación de las normas contenidas en la Constitución Apostólica *Spirituali Militum Curae*, fueron aprobados el 22 de abril de 1989 los estatutos del Obispado Castrense de Colombia.

La situación, por lo demás pacífica, de atención religiosa católica de las Fuerzas Armadas a través del Obispado Castrense, perduró hasta la sentencia de la Corte Constitucional de Colombia C-027 de 1993. La Corte, creada por la Constitución de 1991, admitió la demanda de inconstitucionalidad en contra del Concordato, a pesar de su condición de Tratado internacional perfeccionado.⁴

En su decisión la Corte razonó del modo siguiente: «el Concordato está limitando el derecho fundamental a la libertad de cultos y de religión que tienen los militares en servicio activo de las fuerzas armadas y de paso, está determinando una discriminación frente a las demás creencias e iglesias que existen en Colombia. Es contradictorio que mientras el artículo 68 de la Carta en su inciso cuarto expresa que «En los establecimientos del Estado ninguna persona podrá ser obligada a recibir educación religiosa», en el artículo comentado los militantes de las fuerzas armadas deben recibir la asistencia espiritual de la Iglesia Católica. Lo anterior no obsta para que la Iglesia Católica por su propia cuenta y sin comprometer al Estado colombiano, cual se dispone en el artículo XVII, presente sus oficios religiosos y pastorales a la población Castrense que voluntariamente quiera recibirlos, al igual de lo que podría hacer cualquiera otra confesión religiosa. O que el Estado en

³ Art. IV: «El Estado reconoce verdadera y propia personería jurídica a la Iglesia Católica. Igualmente a las Diócesis, comunidades religiosas y demás entidades eclesíásticas a las que la Ley canónica otorga personería jurídica, representadas por su legítima autoridad».

⁴ El contexto y alcance de la polémica suscitada con la Sentencia C-027 de 1993 pueden verse en J. T. MARTÍN DE AGAR, M. URIBE BLANCO, *Concordato y jurisprudencia constitucional en Colombia*, en J. Martínez-Torrón, «La libertad religiosa y de conciencia ante la justicia constitucional. Actas del VIII Congreso Internacional de Derecho Eclesiástico del Estado, Granada, 13-16 de mayo de 1997», Granada 1998, pp. 635-643; v. PRIETO, *El Concordato en la jurisprudencia colombiana*, Bogotá 1998; ID., *Concordato e Costituzione. Il caso colombiano*, en «*Ius Ecclesiae*» 12 (2000), pp. 679-698; ID., *El Concordato Colombiano de 1973*, en «Actas del Congreso Latinoamericano sobre libertad religiosa», Lima 2001, pp. 83-93.

igualdad de condiciones se comprometa al respecto con todas las religiones. Por las consideraciones anteriores la Corporación hará el pronunciamiento de que el artículo xvii del Concordato, es inconstitucional, sin perjuicio de lo dicho en el párrafo precedente».

Llama la atención poderosamente la afirmación de la Corte acerca de la «obligatoriedad» de la asistencia religiosa, cuando el sentido de la norma concordataria, y la praxis pastoral, es justamente el que la Sentencia propone como ideal: «oficios religiosos y pastorales a la población Castrense que voluntariamente quiera recibirlos».

Más sentido tienen las observaciones relacionadas con la igualdad de las confesiones religiosas.⁵ La Corte plantea la igualdad según dos posibilidades: que el Estado no «se comprometa» con ninguna confesión en particular, teniendo todas las mismas posibilidades de prestar sus servicios religiosos a quien voluntariamente quiera recibirlos; o que todas las confesiones tengan el mismo reconocimiento oficial («que el Estado en igualdad de condiciones se comprometa al respecto con todas las religiones»). Las dos posibilidades son sin duda legítimas. Se trata sin embargo de una discusión a otro nivel, relacionada con el modo de entender los principios informadores del Derecho Eclesiástico del Estado de un determinado país.

La igualdad puede entenderse efectivamente en clave de «separación», en el sentido de que el Estado no se compromete ni involucra con ninguna confesión, permaneciendo todas las iglesias al mismo nivel, el propio del derecho común. Otra forma legítima de aplicación del principio de igualdad puede involucrar el principio de cooperación institucional, que habrá de aplicarse por igual a todas las confesiones. Esta última opción es, en general, la propia del sistema eclesiástico colombiano nacido de la Constitución de 1991 y de las normas y pactos posteriores. Su aplicación al tema de la atención religiosa de las Fuerzas Armadas plantea, sin embargo, dificultades de orden práctico en las que nos detendremos en la parte final de este trabajo.

Volviendo a la norma concordataria sobre Vicariatos Castrenses, la materia de discusión no era acerca de los principios del Derecho Eclesiástico, sino sobre algo mucho más simple: si la citada norma constituye o no discriminación injusta. A nuestro modo de ver, con el art. xvii del Concordato lo que se pretende es sencillamente pactar el modo como los fieles católicos de las Fuerzas Armadas serán atendidos pastoralmente. No se aplica por tanto a los no católicos, y en general a quienes no quieran recibir ese tipo de atención religiosa. Por lo mismo, en nada disminuye o afecta los derechos de per-

⁵ Cfr. Art. 19 de la Constitución Política: «Se garantiza la libertad de cultos. Toda persona tiene derecho a profesar libremente su religión y a difundirla en forma individual o colectiva. Todas las confesiones religiosas e iglesias son igualmente libres ante la ley».

sonas pertenecientes a otras confesiones que pueden también – así ocurrió de hecho en 1997, como se verá más adelante – establecer pactos análogos con el Estado colombiano.

Dicho de otro modo, no existe ninguna discriminación puesto que la materia del pacto no es la libertad religiosa, en general, de los miembros de las Fuerzas Armadas, sino el modo de ejercer ese derecho por parte de los católicos. La norma en sí misma en nada afecta el derecho a la libertad religiosa de los fieles de otras confesiones, que pueden ejercerlo de modos muy distintos (con pacto o sin él), compatibles con el principio de igualdad. Si se acogiera el modo de razonar de la Corte, habría que decir que el Convenio de Derecho Público Interno n. 1 de 1997 -con el que, entre otros asuntos, se pactó con algunas confesiones no católicas la atención religiosa de sus fieles en las Fuerzas Armadas – es inconstitucional porque no hicieron parte de él otras confesiones reconocidas por el Estado colombiano.

Distinto sería si la norma concordataria estableciera algún tipo de *exclusividad* en la atención pastoral, afirmando por ejemplo que la *única* atención religiosa a *todos* los miembros de las Fuerzas Armadas sería la ofrecida por el Vicariato Castrense. Evidentemente no es este ni el texto ni el sentido de la norma, por lo que, en contra del parecer de la Corte, difícilmente puede catalogarse como discriminatoria y, por lo mismo, inconstitucional.

Otro aspecto del problema, sobre el que nos detendremos en su momento, es la eventual inconstitucionalidad del *modo* cómo el Obispado Castrense presta sus servicios pastorales. Es la cuestión de la relación institucional del Obispado con el Ministerio de Defensa, en la que el Estado asume un tipo de vinculación dudosamente compatible con el principio de laicidad.

2. LEGISLACIÓN POSTERIOR A LA CONSTITUCIÓN DE 1991

La declaratoria de inconstitucionalidad del art. xvii del Concordato tuvo escasa repercusión práctica. En buena parte debido a la perplejidad que suscitó la Sentencia C-027 en cuanto al alcance de sus disposiciones.⁶ De hecho se mantuvo la vigencia y operatividad del Concordato, concretamente en lo relativo a la existencia y actividad del Obispado Castrense.

⁶ Como se sabe, fueron varios los artículos del Concordato declarados inconstitucionales por la Sentencia C-027 de 1993. Las posturas en cuanto al alcance de la Sentencia oscilan entre quienes defienden la desaparición del mundo jurídico de los artículos declarados inconstitucionales, hasta quienes afirman su plena vigencia, pasando por posturas intermedias en las que se habla de vigencia en el orden internacional (se reconoce el Concordato como Tratado internacional) e inaplicabilidad en el orden interno. A la polémica contribuyó el rápido cambio de jurisprudencia de la Corte Constitucional, en el sentido de declararse incompetente para examinar la constitucionalidad de Tratados perfeccionados. Un análisis más detallado de la polémica puede verse en la bibliografía indicada en la nota n. 4.

Posteriores desarrollos legislativos contribuyeron a un más cuidado y preciso desarrollo del derecho de libertad religiosa. Nos referimos en concreto a la Ley Estatutaria de Libertad Religiosa (Ley 133 de 1994) y al Decreto 354 de 1998, por el que se aprobó el Convenio de Derecho Público Interno n. 1 de 1997, suscrito entre el Estado colombiano y algunas Entidades religiosas no católicas.

El art. 6 de la Ley Estatutaria reconoce el derecho de toda persona a «recibir asistencia religiosa de su propia confesión en donde quiera que se encuentre y principalmente en los lugares públicos de cuidados médicos, en los cuarteles militares y en los lugares de detención». En el art. 8 se dispone que «para la aplicación real y efectiva de estos derechos, las autoridades adoptarán las medidas necesarias que garanticen la asistencia religiosa ofrecida por las iglesias y confesiones religiosas a sus miembros, cuando estos se encuentren en establecimientos públicos docentes, militares, hospitalarios, asistenciales, penitenciarios y otros bajo su dependencia. Esta atención podrá ofrecerse por medio de Capellanías o de Instituciones similares, organizadas con plena autonomía por la respectiva Iglesia o confesión religiosa».

La misma Ley 133 de 1994 establece en su art. 15 la posibilidad para el Estado de «celebrar con las Iglesias, confesiones y denominaciones religiosas, sus federaciones y confederaciones y asociaciones de ministros, que gocen de personería y ofrezcan garantía de duración por su estatuto y número de miembros, convenios sobre cuestiones religiosas, ya sea Tratados Internacionales o Convenios de Derecho Público Interno, especialmente para regular lo establecido en los literales d) y g) del artículo 6º, en el inciso segundo del artículo 8º del presente Estatuto, y en el artículo 1º de la Ley 25 de 1992».⁷ Entre las posibles materias objeto de convenio se contempla por tanto expresamente la creación de capellanías o instituciones similares cuya misión sea la atención, entre otras, de personas pertenecientes a las Fuerzas Armadas (cfr. parte final del art. 8º, arriba citado).

Desde el punto de vista de la Iglesia Católica, la referencia a «Tratados internacionales» es sin duda aplicable al Concordato, que constituye por tanto el instrumento en el que se regula la atención religiosa de los católicos incorporados a las Fuerzas Armadas.

El Convenio de Derecho Público Interno n. 1 de 1997 es en cambio el marco de referencia para las confesiones que lo suscribieron.⁸ En su art. XIV se

⁷ Los literales d) y g) del art. 6 de la Ley 133/94 se refieren a asuntos matrimoniales y a la enseñanza religiosa. El art. 1 de la Ley 25 de 1992 trata del reconocimiento de efectos civiles de los matrimonios religiosos.

⁸ El Convenio se extiende a las siguientes Entidades: Concilio de las Asambleas de Dios de Colombia, Iglesia Comunidad Cristiana Manantial de Vida Eterna, Iglesia Cruzada Cristia-

establece el siguiente principio general: «Las Entidades Religiosas parte del presente Convenio, podrán prestar asistencia espiritual y pastoral cristiana no católica a los miembros de la Fuerza Pública y a las personas que ingresen a centros educativos, hospitalarios, asistenciales y carcelarios del Estado que la soliciten. La asistencia religiosa cristiana no católica, será dispensada por los Ministros de culto designados por las Entidades Religiosas parte y a ellos se les prestará la colaboración precisa para que puedan desempeñar sus funciones en iguales condiciones que los Ministros de culto de otras Entidades Religiosas, reconocidas oficialmente por el Estado colombiano. La forma como se pactará la asistencia religiosa cristiana no católica deberá ser coordinada con la respectiva autoridad».

El art. xv se refiere específicamente a las Fuerzas Armadas: «La asistencia espiritual tiene por objeto atender el servicio pastoral para los miembros de la Fuerza Pública, que sean fieles de las Entidades Religiosas parte, sin perjuicio de las actividades, funciones y disponibilidad propias de los miembros de la Fuerza Pública.

El Ministerio de Defensa Nacional a través de las Fuerzas Militares y la Policía Nacional, proporcionará todos los medios necesarios para que los Ministros de culto de las Entidades Religiosas que suscriben el presente Convenio puedan ejercer su función pastoral en igualdad de condiciones frente a cualquier otra Entidad Religiosa reconocida oficialmente por el Estado colombiano, en concordancia con el artículo 19 de la Constitución Política y la Ley 133 de 1994.

Cuando cualquier miembro de la Fuerza Pública solicite asistencia espiritual por parte de Ministros de culto de las Entidades Religiosas parte, el Comandante de la Unidad a que pertenezca el fiel facilitará las visitas periódicas del Ministro y proporcionará un lugar adecuado para la realización del culto, salvaguardando las condiciones de invulnerabilidad o de necesaria seguridad de las instalaciones correspondientes y el normal desarrollo de las actividades militares y policiales.

Los Comandantes regionales darán órdenes a los comandos locales para que coordinen con las autoridades de las Entidades Religiosas parte, y convengan la manera como ellos prestarán la correspondiente asistencia espiritual a sus fieles». La aplicación concreta de estas disposiciones ha tenido desarrollos posteriores. Es el caso de la Resolución del Ministerio de Defensa n. 3074 del 6 de agosto de 1998. En ella se recuerda el principio general

na, Iglesia Cristiana Cuadrangular, Iglesia de Dios en Colombia, Casa sobre la Roca-Iglesia Cristiana Integral, Iglesia Pentecostal Unida de Colombia, Denominación Misión Panamericana de Colombia, Iglesia de Dios Pentecostal Movimiento Internacional en Colombia, Iglesia Adventista del Séptimo Día de Colombia, Iglesia Wesleyana, Iglesia Cristiana de Puente Largo, y Federación Consejo Evangélico de Colombia (Cedecol), todas ellas con personería jurídica especial expedida por el Ministerio del Interior.

de que «Los comandos militares y policiales en todos los niveles, deberán respetar y garantizar el derecho fundamental de libertad religiosa y de cultos, de los miembros de la Fuerza Pública, adoptando las medidas necesarias para su pleno ejercicio, en los términos establecidos en la Constitución Política» (art. 1). Se añade en el art. 5: «la asistencia religiosa a los miembros de la Fuerza Pública dentro de las dependencias del Ministerio de Defensa y los Comandos de Fuerza y las Unidades Militares y de Policía, será prestada por Capellanes Castrenses o Ministros de Culto de las Entidades Religiosas suscriptoras del Convenio, conforme a lo establecido en el artículo 16 de la Ley 133 de 1994». Y en el art. 7: «Una vez autorizado el Ministro de culto deberá impartírsele en cada una de las Fuerzas orientación relacionada con la reglamentación interna de aquellas, a efectos de no contrariar las funciones propias de la Institución».

3. OBISPADO CASTRENSE Y MINISTERIO DE DEFENSA

En los Estatutos del Obispado Castrense de Colombia, aprobados por la Congregación para los Obispos el 22 de abril de 1989, se lee en el art. 3: «El Obispado Castrense, que tiene el cometido primordial de evangelizar a los miembros de las Fuerzas Armadas y sus familias, además de pertenecer a la estructura eclesiástica, se inserta también en la organización del Ministerio de Defensa Nacional». En cuanto a los sacerdotes del Obispado, se afirma en el art. 17: «Los sacerdotes para vincularse al Ministerio de Defensa Nacional como Capellanes Castrenses, escalafonados o no, necesitan de la aceptación del Obispo Castrense». Una tercera referencia a la relación entre el Obispado y el Ministerio de Defensa se encuentra en el art. 25: «el Obispo Castrense reglamentará las funciones de las personas y organismos a que se refieren los presentes Estatutos, conforme a las leyes eclesiásticas, y solicitará del Ministerio de Defensa la correspondiente inclusión en su reglamento».

La incorporación institucional del Obispado Castrense dentro de la estructura del Ministerio de Defensa no se sustenta solamente, cómo es fácil suponer, en las normas canónicas citadas. Comenzando por el Obispo Castrense, algunos de sus miembros se integran en la administración del Estado como funcionarios públicos, con la consiguiente remuneración.

En la normativa más reciente pueden citarse tres puntos de referencia: los Decretos 091 y 092 de 2007 (17 de enero), y el Decreto 3123 de 2007 (17 de agosto). El art. 8, 1 de la primera norma citada enumera entre los empleos de libre nombramiento y remoción del Sector Defensa al «Obispo y Vicario Castrense». Estos empleos suponen, en general, la «dirección, conducción y orientación institucionales, cuyo ejercicio implica la adopción de políticas o directrices, así como los que tengan asignadas funciones de asesoría en materias directas o de apoyo a la seguridad y defensa».

Dentro de la misma categoría de empleos se sitúan aquellos cuya naturaleza corresponde a funciones de orientación y acompañamiento espiritual (art. 8, 3). El art. 13 dispone de modo genérico que «La decisión para la provisión de los empleos de libre nombramiento y remoción de que trata el presente decreto, corresponde a la respectiva autoridad nominadora».

El Decreto 092 de 2007 establece, entre los niveles jerárquicos de los empleos del Sector Defensa, el llamado *Nivel orientador en defensa o espiritual* (cfr. art. 4). Este comprende, entre otros, los «empleos públicos...cuya naturaleza corresponda a funciones de orientación y acompañamiento espiritual de los servidores públicos y sus familias que integran el sector defensa, dentro de los planes, programas y proyectos institucionales» (art. 8). El cargo se denomina «orientador de defensa o espiritual» (art. 11).

Los cargos de Obispo Castrense y de Vicario Castrense se sitúan en el *Nivel directivo* (art. 11), que «comprende los empleos que tengan asignadas funciones de dirección general, de formulación de políticas institucionales y de adopción de planes, programas y proyectos» (art. 5).

El Decreto 3123 de 2007 trata de la estructura del Ministerio de Defensa Nacional. En el art. 1 el Obispado Castrense aparece como directamente dependiente del Ministro. Entre las funciones de éste último se señala la de «apoyar el ejercicio de las funciones asignadas al Obispado Castrense» (art. 2, 6).

El art. 5 indica cuáles son estas funciones: «1. Evangelizar a los integrantes del Sector Defensa y a sus familias para que llevando una vida auténticamente cristiana sean constructores de paz. 2. Fortalecer en los integrantes de la Fuerza Pública, el amor a la Patria para hacer realidad el espíritu de cuerpo, de comunión y de participación. 3. Promover, fortalecer y defender desde el Evangelio la institución familiar. 4. Hacer presencia en las escuelas de formación, capacitación y demás centros educativos de la Fuerza Pública, para realzar los valores humanos, éticos y cristianos en beneficio de la familia, de la organización militar y policial y de la sociedad. 5. Organizar e implantar una pastoral de solidaridad cristiana que responda a las necesidades y situaciones por las que atraviesan los miembros de la Fuerza Pública. 6. Orientar y dirigir hacia un servicio pastoral eficiente y oportuno la Catedral Castrense. 7. Coordinar la prestación del servicio pastoral a través de personal idóneo, óptimo y eficiente, en las unidades militares del país. 8. Asesorar pastoralmente en los programas sectoriales que lo requieran. 9. Ejercer las demás funciones que le sean asignadas y correspondan a la naturaleza del Obispado».⁹

⁹ La norma precedente, derogada por el Decreto 3123 de 2007, era el Decreto 1512 de 2000. Allí se enumeraban como funciones del Obispado Castrense las siguientes: 1. Atender todos los aspectos relacionados con la fe y la moral de la iglesia particular Castrense. 2. Velar por la marcha de las capellanías en las Fuerzas Armadas. 3. Presentar al Ministerio los candidatos

En el Decreto 3124 de 2007, art. 1, dentro de «la planta de personal de empleados públicos» del Ministerio de Defensa, se incluyen el Obispo y el Vicario Castrenses y los orientadores espirituales.

Como fácilmente se advierte, la legislación posterior a 1991 no ha alterado la vinculación institucional al más alto nivel entre Obispado Castrense y el Ministerio de Defensa. Aparecen sin embargo algunos elementos significativos, como la figura del «orientador de defensa o espiritual». La denominación es claramente aconfesional y puede incluir, por tanto, a ministros de confesiones distintas de la católica.

4. PRAXIS EN LA ATENCIÓN DE LAS MINORÍAS RELIGIOSAS

La puesta en práctica de la nueva normativa en materia de libertad religiosa, y en particular del Convenio de Derecho Público Interno de 1997, no ha sido sencilla. Así se refleja en algunos documentos emanados por el Obispado Castrense en los años 2002 y 2005.

En ellos llama la atención en primer lugar el hecho de que, en normas emanadas por el Obispado (entidad canónica), el destinatario de algunas de las disposiciones no sean los fieles en cuanto tales, y dentro del ámbito de la jurisdicción canónica, sino las mismas autoridades militares. Una consecuencia más, a nuestro modo de ver, del estrecho vínculo institucional entre Obispado y Ministerio, que nuevamente pone en duda la efectiva aplicación del principio de laicidad.

Por otro lado, es patente el propósito de aplicar cabalmente la nueva normativa, particularmente la contenida en el Convenio de 1997, eso sí en términos estrictos que no pongan en peligro la actividad del Obispado. No se oculta la preocupación por el proselitismo ejercido por los fieles de confesiones evangélicas o «cristianas», que puedan constituir un abuso en detrimento de la libertad religiosa de los católicos. El concepto de «abuso», sin embargo, adquiere connotaciones problemáticas desde el punto de vista de la libertad religiosa.

Nos referimos en primer lugar a las «Consideraciones» del Obispado Castrense publicadas en el año 2005,¹⁰ en las que se afirma: «El respeto al derecho de libertad religiosa implica el deber de respetar las convicciones religiosas de los demás. Respeto que no sólo consiste en poder cambiar de religión sino en el derecho de tener la libertad para conservar las propias

para la vinculación, traslado y suspensión de capellanes. 4. Velar por la promoción y formación de los futuros sacerdotes y capellanes. 5. Las demás que le sean asignadas y correspondan a la naturaleza del Obispado» (art. 23). El mismo elenco de funciones aparecía en el Decreto 1932 de 1999, art. 17.

¹⁰ OBISPADO CASTRENSE DE COLOMBIA, LIBERTAD RELIGIOSA Y DE CULTOS II. CONSIDERACIONES, Bogotá, Noviembre de 2005 (ISSN 1900-688), pp. 12-14.

convicciones religiosas (...). Así, no se puede violentar la conciencia de los individuos, cuando ya tienen una convicción religiosa o cuando no desean escuchar información, determina (sic) sobre su propia religión o sobre otra, como tampoco molestar por causa de sus convicciones y creencias (...). El derecho de libertad religiosa está basado en el respeto de las libertades de la persona. De este modo ninguno puede violentar la conciencia de quienes ya han elegido su Confesión religiosa. Por lo anterior, en ningún caso se podrá autorizar Ministros de culto cuando en las Unidades no existan fieles de la Confesión a la que el Ministro pertenezca».

En un documento anterior, también del Obispado Castrense,¹¹ se hacían consideraciones parecidas: «También es necesaria una precisión que hace referencia al respeto. La facultad de ingreso se reconoce para atender sus fieles pero no para que ingresen a realizar actividades de proselitismo o de propaganda religiosa con los feligreses de otras confesiones. Lo contrario sería crear una posibilidad, incluso dependiente de cada comandante de unidad, de otorgarle una audiencia cautiva a ministros de culto, convirtiéndose el Estado, de alguna manera, en codifusor de unas determinadas creencias religiosas, lo cual no sería compatible con la legítima laicidad del Estado».

Se añade poco más adelante: «para garantizar la libertad de opción en materia religiosa no está permitido realizar proselitismo religioso y entablar controversias religiosas al interior de las instalaciones militares; lo contrario, implicaría facilitar una audiencia cautiva, en razón de la subordinación, para que los superiores pudieran influir indebidamente en el ámbito de la conciencia personal». Se afirma después: «Si un pastor se presenta a hablar con los subalternos, se deberá permitir que lo haga sólo a los de su religión, en ningún momento permitir o autorizar el proselitismo».¹²

Se especifican, además, las condiciones para que un ministro de culto no perteneciente a la Iglesia Católica pueda prestar asistencia religiosa o realizar actos de culto: «La autorización de un ministro de culto, no perteneciente a la Iglesia Católica, para prestar atención religiosa o realizar actos de culto en las unidades, se acreditará con un permiso expedido por el comandante de la unidad, previa realización del estudio de seguridad correspondiente. Para expedir y obtener el permiso es necesario: 1. Que hayan (sic) fieles de esa específica confesión religiosa y hayan solicitado atención religiosa por un ministro del propio culto; 2. Certificación emanada del Ministerio del Interior sobre la existencia, vigencia y representación de la personería jurídica especial y de la inscripción en el Registro Público de Entidades Religiosas, de que goza la Iglesia o Confesión a la cual pertenezca el Ministro del Culto solicitante, en los términos del Decreto 782 de 1995; 3. Documento expedido por

¹¹ OBISPADO CASTRENSE DE COLOMBIA, *Libertad Religiosa y de Cultos. Orientaciones Pastorales y Jurídicas*, Agosto 24 de 2002 (sin ISSN), pp. 24-25.

¹² *Ibid.*, p. 27.

la autoridad competente de la Iglesia o Confesión respectiva que acredite la condición de Ministro de Culto del solicitante, en los términos del Artículo 16 de la Ley 133 de 1994; 4. Documento emanado del representante legal de la Iglesia o Confesión respectiva por medio del cual se autoriza al Ministro de Culto solicitante para prestar servicios de asistencia religiosa o realizar actos de culto en la unidad correspondiente y se señale el término de vigencia de la misma». ¹³ Estas disposiciones vienen precedidas por el principio de que «ningún miembro de la Unidad deberá ser obligado a recibir asistencia religiosa, a practicar actos de culto o a concurrir a actividades religiosas contrarias a sus creencias. No se limitará su derecho a recibir asistencia religiosa y participar en actos organizados por la Iglesia o Confesión religiosa a la que pertenezca, sin perjuicio de las normas existentes». ¹⁴

Es comprensible y claro el propósito del Obispado de defender las creencias de los fieles católicos, que podrían verse sometidos a actividades abusivas por parte de Ministros de otras confesiones. No obstante, como ya se anotó, es menos comprensible que el Obispado se dirija a las autoridades militares en términos preceptivos: «en ningún caso se podrá autorizar Ministros de culto cuando en las Unidades no existan fieles de la Confesión a la que el Ministro pertenezca». Es obvio que una prohibición de esa naturaleza solamente puede ser puesta en práctica por las autoridades militares de la respectiva Unidad que, en las situaciones descritas, estarían obedeciendo indicaciones del Obispado Castrense y no de sus propios superiores.

En cualquier caso, la prohibición parece congruente con lo dispuesto en el art. xv del Convenio de 1997, arriba citado: «Cuando cualquier miembro de la Fuerza Pública solicite asistencia espiritual por parte de Ministros de culto de las Entidades Religiosas parte, el Comandante de la Unidad a que pertenezca el fiel facilitará las visitas periódicas del Ministro y proporcionará un lugar adecuado para la realización del culto». En estos términos, las visitas del Ministro solamente pueden tener lugar cuando el fiel lo solicite, lo que supone que este fiel existe. Si no existen fieles, la actividad del Ministro está fuera de lugar y puede impedírsele que ingrese en las Unidades con el propósito de enseñar, predicar, celebrar actos de culto, etc.

Otra preocupación aparece en las páginas de las «Consideraciones», presente también en las «Orientaciones Pastorales y Jurídicas» del año 2002. Después de recordar el deber de los Comandantes de salvaguardar la armonía entre los miembros de la Fuerza Pública, ¹⁵ se indica que «en la búsqueda

¹³ *Ibid.*, pp. 27-28.

¹⁴ *Ibid.*, p. 26.

¹⁵ «Los Comandantes en todos los niveles preservarán en las Unidades militares y de policía la armonía y el buen clima laboral entre los miembros de la Fuerza Pública, cuando en una misma Unidad u organismo existan fieles de distintas Iglesias y Entidades Religiosas» (OBISPADO CASTRENSE DE COLOMBIA, LIBERTAD RELIGIOSA Y DE CULTOS II. CONSIDERACIONES, cit., p. 15).

de salvaguardar el respeto y sana convivencia en las Unidades, por el carácter no deliberativo y por la Unidad de mando, dentro de las Unidades militares y de policía, los miembros de la Fuerza Pública y demás personas vinculadas con la Institución militar y policial, se deberían abstener de participar en discusiones sobre asuntos de carácter religioso y de ofrecer enseñanza o información religiosa destinada a dejar o cambiar de Confesión o abandonar la religión que se tenga». ¹⁶

Aunque el tono es menos preceptivo y más conciliador («deberían»), está presente la misma inquietud apuntada en párrafos anteriores acerca de los destinatarios de la indicación. Si se entiende como una medida de prudencia dirigida a los fieles católicos, en cuanto tales, con o sin responsabilidades de mando, en el sentido de abstenerse de todo aquello que pudiera suscitar conflictos que alteren la deseable armonía, la indicación es razonable y oportuna.

Si, en cambio, lo que se pretende con la «norma» es impedir las actividades proselitistas de tipo personal (conversaciones privadas, consejos, recomendación de lecturas, etc.) por parte de no católicos, involucrando además en su cumplimiento a las autoridades Castrenses con argumentos relacionados con la disciplina, la unidad de mando, etc., la situación es distinta. No parece que la «unidad de mando» tenga que ir unida necesariamente, para ser eficaz, con la «unidad religiosa». Existen al respecto abundantes ejemplos de fuerzas militares religiosamente plurales en las que por ese motivo no disminuye la disciplina militar. Por otro lado, en términos de libertad religiosa, la argumentación de las «Consideraciones» debería extenderse a los fieles católicos, que tampoco podrían influir de modo personal en otros miembros de las Fuerzas Armadas para, por ejemplo, convencerlos de abandonar determinada iglesia evangélica.

En la documentación emanada por el Obispado Castrense aparecen también referencias a los lugares de culto. Después de citar la norma correspondiente de la Ley Estatutaria de Libertad Religiosa, ¹⁷ se explica: «Este literal preserva la identidad específica religiosa de los templos existentes y prohíbe que sean utilizados por otras iglesias o confesiones religiosas o para otros fines específicos (...); las capillas construidas para el culto católico, permanecen, según la ley, exclusivamente para el culto católico». ¹⁸

¹⁶ *Ibid.*, p. 16.

¹⁷ Art. 7, a): es derecho de las iglesias y confesiones religiosas el de «establecer lugares de culto o de reunión con fines religiosos y de que sean respetados su destinación religiosa y su carácter confesional específico».

¹⁸ OBISPADO CASTRENSE DE COLOMBIA, *Libertad Religiosa y de Cultos. Orientaciones Pastorales y Jurídicas*, cit., pp. 25-27.

5. CONCLUSIONES

El análisis de la normativa más reciente indica que en Colombia se mantiene un modelo de relación entre el Ministerio de Defensa y el Obispado Castrense caracterizado por una intensa vinculación institucional, con manifestaciones tanto en las normas emanadas por el Estado y por el Obispado, como en la praxis cotidiana de las unidades militares.

En el art. xv del Convenio de Derecho Público Interno n. 1 de 1997 se postula el principio de que la situación de las confesiones parte en el Convenio será de «igualdad de condiciones frente a cualquier otra Entidad Religiosa reconocida oficialmente por el Estado colombiano, en concordancia con el artículo 19 de la Constitución Política y la Ley 133 de 1994».

No se oculta que la referencia a «cualquier otra Entidad Religiosa» tiene como destinatario a la Iglesia Católica, aunque no se diga expresamente. Dejando a un lado el modo, muy discutible, como la norma entiende la igualdad entre las confesiones (dar *lo mismo* que a la Iglesia Católica en lugar de dar a cada confesión *lo suyo*, lo que le es debido según su naturaleza), resulta claro que el régimen jurídico vigente para la Iglesia Católica, a través del Obispado Castrense, difiere notoriamente del previsto para las confesiones parte en el Convenio de 1997. Podría por tanto concluirse en un primer momento que no existe «igualdad de condiciones», tal como se dispone en el art. xv.

Están en juego los dos principios a los que ya se ha hecho referencia, y que pueden reconocerse sin dificultad en la Constitución colombiana de 1991 y en la legislación y jurisprudencia posteriores: el de igualdad y el de laicidad.¹⁹ Ambos principios están involucrados en el art. xv del Convenio de 1997. La norma, en efecto, al pretender «igualar» las confesiones firmantes con la Iglesia Católica, reconoce indirectamente que el modelo previsto para ésta última es no sólo plenamente válido sino «deseable», más aún «copiable» por parte de otras confesiones. De este modo puede decirse que el Estado colombiano postula como «modelo» de atención de las Fuerzas Militares el que se inspira en fuertes vínculos institucionales con la consiguiente integración, entre otros aspectos, de los ministros de culto en la estructura del Ministerio de Defensa.

Dejando a un lado las complicaciones prácticas de semejante planteamiento (difícilmente superables teniendo en cuenta la diversísima naturaleza, estructura y jerarquía de las diferentes confesiones), lo que está en juego es el principio de laicidad, tanto para la Iglesia Católica como para otras confe-

¹⁹ Sobre el tema puede verse v. PRIETO, *Libertad religiosa y confesiones. Derecho Eclesiástico del Estado Colombiano*, Ed. Temis-U. de La Sabana, Bogotá 2008, pp. 125-133.

siones.²⁰ El tema, por tanto, se reduce a establecer si el modelo colombiano de integración institucional²¹ es o no compatible con el principio de laicidad. No sobra añadir que si la respuesta es negativa se pone en duda también la constitucionalidad del modelo integrador.

De acuerdo con el art. 2 de la Ley Estatutaria de Libertad Religiosa «Ninguna iglesia o confesión religiosa es ni será oficial o estatal. Sin embargo, el Estado no es ateo, agnóstico, o indiferente ante los sentimientos religiosos de los colombianos». Se añade a renglón seguido en el mismo artículo: «El Poder Público protegerá a las personas en sus creencias, así como a las Iglesias y confesiones religiosas y facilitará la participación de éstas y aquellas en la consecución del bien común. De igual manera, mantendrá relaciones armónicas y de común entendimiento con las Iglesias y confesiones religiosas existentes en la sociedad colombiana».

No queda solamente excluido el Estado confesional (católico o de cualquier otra confesión) sino el Estado ateo, agnóstico o indiferente. Dicho de otro modo, en materia religiosa el Estado como tal sencillamente no puede «tomar partido», a favor o en contra de una confesión determinada. Menos aún le corresponde asumir posturas contrarias a la religión, o que desconozcan su relevancia en la vida social.²²

²⁰ Se trata, por lo demás, de dificultades presentes en otros países (es el caso de Italia y España), en los que también la asunción del principio de laicidad ha puesto en entredicho la relación que ha existido, en países de mayoría y tradición católicas, entre el Estado y los Ordenamientos Militares. Sobre el tema puede verse por ejemplo M. LÓPEZ-ALARCÓN, *La asistencia religiosa*, en, «Tratado de Derecho Eclesiástico», Eunsa, Pamplona 1994, pp. 1170-1179.

²¹ En la doctrina se habla de modelo de *integración* cuando los ministros de culto se integran en la administración pública. Otros modelos posibles son el de libre acceso de los ministros y el de libre salida de los miembros de las Fuerzas Militares (cfr. M. LÓPEZ-ALARCÓN, «Asistencia religiosa», en *Derecho Eclesiástico del Estado Español*, 5ª ed., Eunsa, Pamplona 2004, pp. 256-257).

²² Sobre el tema la Corte Constitucional de Colombia ha afirmado que «la laicidad del Estado se desprende (...) del conjunto de valores, principios y derechos contenidos en la Constitución. En efecto, un Estado que se define como ontológicamente pluralista en materia religiosa y que además reconoce la igualdad entre todas las religiones (CP arts. 1º y 19) no puede al mismo tiempo consagrar una religión oficial o establecer la preeminencia jurídica de ciertos credos religiosos. Es por consiguiente un Estado laico. Admitir otra interpretación sería incurrir en una contradicción lógica» (Sentencia C-350 de 1994, M. P. Alejandro Martínez Caballero). Se afirma en la misma Sentencia que «es claro que el Constituyente de 1991 abandonó el modelo de regulación de la Constitución de 1886 – que consagraba un Estado con libertad religiosa pero de orientación confesional por la protección preferente que otorgaba a la Iglesia Católica –, y estableció un Estado laico, con plena libertad religiosa, caracterizado por una estricta separación entre el Estado y las iglesias, y la igualdad de derecho de todas las confesiones religiosas frente al Estado y frente al ordenamiento jurídico». Al mismo tiempo; «el Constituyente (...) advirtió en la realidad la presencia del elemento religioso y, en armonía con ese dato sociológico, lo admitió como componente de la sociedad pluralista y democrática instituida en la Carta de 1991, lo cual, si bien no puede significar que el Estado se halle obligado a participar en la práctica del culto o en la propagación de alguna religión,

A nuestro modo de ver, con estas premisas, el principio de laicidad es difícilmente compatible con el modelo integrador, en su versión colombiana, sea cual fuere la confesión involucrada. Una cosa es la «facilitación» a todos los niveles de la expresión y práctica religiosas, y otra el compromiso institucional en aspectos tan concretos como la catalogación de ministros religiosos como funcionarios públicos de nivel directivo, o el compromiso del gobierno de apoyar la difusión de determinado mensaje religioso con argumentos relacionados con la disciplina y el patriotismo.

La implantación plena del modelo de integración institucional para todas las confesiones dejaría a salvo, aparentemente, el principio de igualdad. Tropezaría sin embargo con dificultades derivadas precisamente de un incorrecto entendimiento de la igualdad, que no es solamente teórico sino fundamentalmente práctico: resulta simplemente imposible que todas las confesiones involucradas estén en condiciones (por su nivel de organización y de régimen) de incorporarse en la estructura castrense de acuerdo con el modelo de la Iglesia Católica. Aunque también es cierto que, como fruto de la aplicación de la legislación posterior a 1991, en distintos aspectos se ha conseguido la mencionada igualdad. Nos referimos a la institución aconfesional de los «orientadores espirituales» y a otras disposiciones presentes en la legislación más reciente.²³

Otra manera de aplicar el principio de igualdad, que despejaría además las inquietudes relacionadas con el principio de laicidad, consistiría sencillamente en desmontar, para todas las confesiones, el modelo de integración. Esta solución implicaría, desde el punto de vista legal, la reforma de la legislación que tiene como destinatario al Obispado Castrense.

Las dificultades de este esquema son, nuevamente, de tipo práctico. La figura del Obispado Castrense goza de una estructura jurídica y pastoral estable y consolidada, que cuenta además con el aval de su funcionamiento ininterrumpido durante siglos. En este contexto es lógico que sus relaciones con las Fuerzas Armadas hayan adquirido un grado notable de instituciona-

puesto que, se repite, se trata de un Estado laico, sí implica que el Constituyente valora positivamente lo religioso en sus manifestaciones sociales» (Sentencia C-609 de 1996, M.P. Alejandro Martínez Caballero y Fabio Morón Díaz). De acuerdo con la Sentencia T-193 de 1999, M. P. Carlos Gaviria Díaz, «es un principio axial del Estado Social de Derecho, liberal, consagrado en la Carta Política de 1991, la neutralidad del Estado frente a los planes de vida buena de los asociados y, dentro de éstos, de la opción religiosa de cada quien».

²³ El Código Penal Militar, en su art. 432, iguala los ministros de culto a efectos de la reserva en materias relacionadas con su ministerio: «No están obligados a declarar sobre aquello que se les ha confiado o ha llegado a su conocimiento por razón de su ministerio, profesión u oficio: 1. Los Ministros de cualquier culto admitido en la República (...). En el art. 434 se incluye, entre las personas que pueden rendir testimonio por medio de certificación jurada a los «Cardenales, Obispos de la Iglesia Católica, o Ministros de igual jerarquía que pertenezcan a otras religiones».

lización, que manifiesta la confianza y apoyo mutuos y explica la mezcla de funciones y «obediencias».

Hasta el momento hemos tratado de fijar la atención en las consecuencias de la cláusula del art. xv del Convenio de Derecho Público Interno n. 1 de 1997, que ordena la «igualdad de condiciones» con la Iglesia Católica. El mismo artículo indica que esta disposición es «concordante» con el art. 19 de la Constitución y con la Ley 133 de 1994. Si se examinan estas últimas normas, se advierte que no existe tal concordancia. En primer lugar, porque la igualdad del art. 19 (igualdad de todas las confesiones ante la Ley) no es sinónimo de igualitarismo.²⁴ En segundo lugar, porque la Ley Estatutaria se limita a proclamar el derecho «de recibir asistencia religiosa de su propia confesión en donde quiera que se encuentre y principalmente en los lugares públicos de cuidados médicos, en los cuarteles militares y en los lugares de detención», sin establecer comparaciones entre las distintas confesiones.

La cláusula citada del art. xv del Convenio de 1997 distorsiona por tanto el planteamiento del tema, y puede llevar a las conclusiones arriba apuntadas (implantación para todas las confesiones del modelo integrador). Sin la cláusula, o entendiendo la «igualdad de condiciones» en sus justos términos, es posible pensar en que el modelo pacticio (claramente adoptado por la legislación colombiana como forma de expresión del principio de cooperación con las Iglesias y confesiones: cfr. arts. 2 y 15 de la Ley Estatutaria²⁵) puede aplicarse – esa es precisamente una de sus grandes ventajas – de modo diferenciado para cada confesión, y con pleno respeto a los principios de igualdad y laicidad. De hecho, y sin necesidad de comparaciones igualitaristas con la Iglesia Católica, el art. xv del Convenio de 1997 establece normas oportunas para la atención espiritual de los fieles (facilitar las visitas de los ministros, lugares para el culto, etc.) y deja el suficiente espacio para convenios más particularizados que concreten esas disposiciones.

El fondo de la cuestión, más allá de un determinado esquema o modelo de relaciones institucionales, se apoya en el efectivo y práctico reconocimiento del derecho a la libertad religiosa de todos y cada uno de los miembros de las Fuerzas Armadas. Es obvio que en instituciones de este tipo, caracterizadas por un rígido sistema de convivencia y estrictas normas de disciplina y seguridad, las condiciones de ejercicio de la libertad religiosa no pueden ser las mismas que en ambientes «abiertos». Por lo mismo, corresponde a las autoridades militares fijar las condiciones, e incluso res-

²⁴ Se lee en la Sentencia T-972 de 1999 (M. P. Álvaro Tafur Galvis) de la Corte Constitucional: «como lo ha reiterado esta Corte, la igualdad equivale a la proporcionalidad antes que a lo idéntico. De ahí que es ilógico homologar en absoluto el trato al credo de una mayoría evidente al de unas minorías, porque ello resulta desproporcionado».

²⁵ Sobre el principio de cooperación en el sistema colombiano puede verse v. PRIETO, *Libertad religiosa y confesiones. Derecho Eclesiástico del Estado Colombiano*, cit., pp.133-136.

tricciones que en otras circunstancias podrían calificarse como lesivas del derecho.

Estas limitaciones deben ser las mismas, ni más ni menos, para todos. Lo mismo puede decirse de las disposiciones que buscan favorecer el ejercicio de la libertad religiosa (acceso de los ministros, lugares de culto, etc.) dentro de una razonable organización que tenga en cuenta el número de personas, los espacios disponibles, horarios que no supongan alteraciones de la disciplina militar, etc. Es lógico también que puedan existir distintos niveles de «intensidad» en la atención espiritual, dependiendo de la organización de cada Iglesia, del número de ministros disponibles, de su organización y estructura interna, etc.

Hasta ahora nos hemos detenido en la situación de las confesiones que han suscrito algún tipo de acuerdo con el Estado colombiano. Queda excluida de este estudio la situación de los fieles pertenecientes a otras confesiones, a quienes se aplicarían las normas generales contenidas en la Constitución Política y en la Ley Estatutaria de Libertad Religiosa. Es seguramente en estos casos en los que se requiere una mayor sensibilidad por parte de las autoridades militares, compatible con el cumplimiento de normas y reglamentos. Si, por ejemplo, no es posible autorizar el ingreso de un determinado ministro en las unidades militares porque su confesión no cumple los requisitos de ley, cabe siempre la alternativa de facilitar la salida para que la persona pueda encontrar fuera de las instalaciones militares la atención religiosa que desea.

RASSEGNA DI BIBLIOGRAFIA

Recensioni

ELISA ABBATE, *La libertà religiosa nel sistema costituzionale*, Pensa Multimedia, Lecce 2008, pp. 406.

IL testo qui recensito, si inserisce nel ricco panorama di pubblicazioni, uscite in questi ultimi anni, relative al tema della libertà religiosa nel vigente ordinamento costituzionale italiano. Pur nella molteplicità delle pubblicazioni, ci si consenta di operare tra queste una distinzione: una parte di esse sostiene con fermezza il principio di laicità dello Stato italiano, nei riguardi di qualsivoglia fenomeno religioso, un'altra parte, invece, analizza il fenomeno "religione" alla luce dei dettami legislativi vigenti, in un'ottica maggiormente attenta alle peculiarità di tale fenomeno, senza volerlo necessariamente comprimere o svilire per mezzo del dettato normativo.

Il presente volume ci pare inserirsi all'interno della prima corrente di pensiero, quanto meno in relazione ad alcune tematiche affrontate. Il testo, suscita, a tale riguardo, alcune perplessità, oltre a presentare contenuti meritevoli, senza dubbio, di attenzione.

Una delle perplessità, riguarda la lettura storica che l'A. fa, in relazione alla posizione della Chiesa cattolica in Italia. Quando si afferma che: «Il governo fascista eliminerà completamente l'evoluzione in senso laico che aveva caratterizzato lo Stato post-unitario, conferendo alla Chiesa e al papato posizione di indiscussa superiorità, mediante l'approvazione dei Patti lateranensi» (p. 18), o ancora: «Durante il regime fascista solo il culto cattolico riuscì ad ottenere una vera libertà di azione, per quanto pur sempre sottoposta ad alcune limitazioni...»

(p. 23), ci pare che non si sia fatta un'adeguata lettura di quanto accadde durante il ventennio. Le pressioni cui la Chiesa fu sottoposta dal regime, le coraggiose prese di posizione dei pontefici pesantemente censurate dallo Stato totalitario, le persecuzioni attuate nei confronti dei cattolici, fino alla inibizione alla partecipazione di fatto alle funzioni religiose, tramite gli innumerevoli "impegni" cui la popolazione veniva costretta durante le giornate festive, basterebbero da sole ad indicare di quanta poca libertà godesse la Chiesa in quei tragici anni. Rappresentare, come l'A. fa (pp. 20-21), la figura di Pio XI quale uno strenuo oppositore della libertà di coscienza, è falsità storica evidenziata anche solo dalle celebri encicliche antitotalitarie di papa Ratti, che pur nella sua difficile posizione, anche geografica, non esitò a condannare tutte le forme di totalitarismo allora imperanti.

Il secondo capitolo, propone il confronto tra due fondamentali principi dell'ordinamento costituzionale italiano: quello della libertà religiosa e quello di laicità. Il capitolo in questione, contiene una miscellanea di questioni legate a tale correlazione di principi, correlazione che peraltro non troviamo così pertinente come nel testo sostenuto. L'A. dopo aver ricordato la definizione data dalla giurisprudenza costituzionale, dei principi supremi dell'ordinamento, ci guida attraverso quello che fu l'*iter* che portò alla revisione del Concordato lateranense, per arrivare alla formulazione del principio di laicità dello Stato. Ci si lascino sollevare le dovute perplessità che siffatta definizione comporta. Che «laicità dello Stato e libertà religiosa

siano due facce della stessa medaglia, inscindibili nei loro contenuti e nel loro significato complessivo» (p. 75), non è affermazione condivisibile, dal momento che ci parrebbe più corretto, almeno in un ordinamento quale quello italiano, parlare piuttosto di equidistanza confessionale dello stato (vedasi ad es.: Sentenza Corte cost. n. 329 del 14.XI.1997), dal momento che il termine laicità, nei confronti del fenomeno religioso in generale appare termine con forte connotazione negativa, anche per il sostrato storico-culturale evocato. L'A. peraltro, giunge sostanzialmente alla stessa conclusione al termine del capitolo (p. 99), ingenerando a nostro modesto avviso, una certa confusione nel lettore.

L'analisi che l'A. svolge in riferimento al principio di libertà religiosa nella Chiesa, non mancherà di stimolare alcune riflessioni al lettore più attento; è un dato noto, quantomeno ad ogni canonista, la differenza tra quanto affermato dalla *Dignitatis humanae*, ed il contenuto del *Codex Iuris*, affermare come fa l'A. che a seguito della Dichiarazione conciliare: «la libertà religiosa ha assunto anche nell'ordinamento canonico la natura di diritto soggettivo, vale a dire individuale, fondamentale, pubblico, assoluto, negativo e positivo, di carattere precettivo, collettivo e di immediata efficacia» (p. 78), ci pare affermazione difficile da sostenere, e ci sembra confondere gli ambiti dello *ius publicum* e di quello interno all'ordinamento canonico. Nel capitolo in esame trova anche spazio la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, in tema di religioni, e le soluzioni che tale Corte ha sinora prodotto.

Il terzo capitolo affronta il fenomeno delle confessioni religiose diverse dalla cattolica, prendendo in esame l'isti-

tuto delle Intese così come previsto *ex art. 8 cost.* Se l'esame svolto dall'A. è qui abbastanza puntuale, e dà conto dell'evolversi storico-giurisprudenziale che ha portato alla sottoscrizione di varie Intese tra confessioni religiose e Stato italiano, tuttavia si dovrà tener conto della varietà ed eterogeneità dei vari fenomeni religiosi che sono identificati col termine "confessione". Non ogni confessione religiosa, infatti, pare essere caratterizzata dall'esistenza di un sistema normativo qualificabile come ordinamento giuridico (p. 117), e nemmeno tutte le religioni paiono essere caratterizzate dalla esistenza di una divinità (l'A. si riferisce, come si evince, al Buddismo, che tuttavia, come noto, non può essere definito una religione, ma non per questo non può non rientrare nella più ampia definizione di confessione religiosa). Non sembra poi possibile, assimilare obblighi o comportamenti di natura religiosa, con dei veri e propri statuti giuridici, cosa questa, che è forse alla base delle difficoltà incontrate da certe confessioni nel raggiungimento di un'Intesa.

Nel prosieguo del testo ci si sofferma sul fenomeno dell'Islam in Italia; l'A. analizza in modo assai efficace le varie problematiche, con speciale riguardo al possibile temperamento delle norme islamiche in possibile contrasto con quelle italiane, risolvendosi per una necessaria prevalenza di queste ultime. L'unico motivo di perplessità è l'atteggiamento di favore che viene manifestato verso i sunniti, considerati come l'Islam più moderato, in quanto, secondo l'A. è quello che meno confonde il potere politico con quello religioso. L'analisi non ci pare corretta, se, ad es. riferita al regime vigente in Arabia Saudita, dal momento che gli *wahabiti* sono

una setta sunnita, o alle recenti recrudescenze estremiste da parte di movimenti politici nella Turchia *alevita* (che pure è una corrente sunnita dell'islam).

Il capitolo quinto si sofferma sull'immancabile tema dei simboli religiosi nei luoghi pubblici, senza soffermarci su un tema oramai sviscerato in modo ossessivo dagli ecclesiasticisti, sottolineiamo solo l'aspetto comparatistico della trattazione, utile ad un raffronto tra la situazione italiana e quella esistente in altre realtà europee, particolarmente la francese.

Nei capitoli conclusivi l'A. si sofferma sui limiti che la legge penale impone alle minoranze religiose, allorché i dettami confessionali si pongano in stridente contrasto con la vigente legislazione italiana, specialmente per quanto riguarda i reati contro la persona a cui, determinati eccessi nella pratica religiosa, possono portare. Si analizza poi l'evoluzione giurisprudenziale della Corte costituzionale, con riferimento agli artt. 440, 724, 404, 405, 406 e 402 c. p.

Si da conto in modo assai puntuale delle principali sentenze della Consulta e dei mutamenti legislativi che tali sentenze hanno comportato nel corso degli anni. Anche grazie a tale rassegna, dalla lettura del presente volume appaiono almeno due interessanti spunti di riflessione: un primo, storico-sociale, riguarda l'evoluzione cui la nostra società è stata sottoposta nel corso degli ultimi sessant'anni, da un lato a causa di un mutamento interno alla società stessa che ha portato a rivedere alcuni "dogmi" giuridici, non sempre peraltro con soluzioni felici da parte del legislatore, da un altro a causa dei fenomeni migratori che sempre più ci portano ad un confronto-scontro con altre realtà religiose e culturali; spesso si tende a

dimenticare la bontà della nostra evoluzione culturale e quelle che sono state le sue radici cristiane, con il risultato triste e singolare, di esaltare le culture a noi lontane e diffamare quella cristiana, che fa invece inevitabilmente parte, piaccia o no, della nostra storia personale più di qualunque altra e, ritengo, in modo assolutamente positivo.

Un secondo momento di riflessione, è invece più propriamente giuridico: la vigente legislazione garantisce ancora il principio della libertà religiosa, in un contesto di perdita delle radici religiose tradizionali e di dilagare di fenomeni religiosi a noi lontani? E, conseguentemente a tale interrogativo un secondo: è corretto lasciare all'interpretazione dei giudici, spesso non sempre sensibili ai fenomeni religiosi, la risoluzione di questi ultimi, in grado di influire sulla nostra società in modo a volte preoccupante e radicale? Ci pare che a questi interrogativi non si possa rispondere in modo manzoniano, lasciando che altri si occupino in futuro di risolvere problematiche che dovrebbero essere di volta in volta analizzate, comprese e risolte, in tempi brevi, col rischio di vedere altrimenti vanificata la efficacia dei provvedimenti che devono garantire l'ordinato svolgersi della nostra vita civile e sociale.

COSTANTINO-M. FABRIS

EDUARDO BAURA (a cura di), *Studi sulla prelatura dell'Opus Dei. A venticinque anni dalla Costituzione apostolica "Ut sit"*, Pontificia Università della Santa Croce, EDUSC, Roma 2008, pp. 199.

A VENTICINQUE anni dall'erezione dell'Opus Dei in prelatura personale, av-

venuta con la Costituzione apostolica *Ut sit* di Giovanni Paolo II, la Pontificia Università della Santa Croce ha voluto celebrare l'evento con una giornata di studio, tenutasi il 10 marzo 2008, dedicata agli aspetti giuridici e teologici di questa istituzione, facendo tesoro degli approfondimenti scientifici realizzati in questo quarto di secolo. Le relazioni e le comunicazioni presentate in questo convegno sono state ora raccolte nel volume di cui intendiamo occuparci. Si tratta di un volume agile, ma di intenso contenuto, che riesce a trasmettere una visione chiara, nei suoi connotati essenziali, dell'Opus Dei quale prelatura personale, vista nella sua graduale formazione storica, nella sua configurazione giuridica, nei compiti che è chiamata a svolgere nei diversi ambiti della vita della Chiesa. Attraverso i vari contributi che compongono questo volume emerge quindi un quadro preciso e significativo della attuale realtà di questa importante istituzione, che «manifesta il sincero desiderio di seguire le orme di Gesù Cristo nel servire tutte le anime, senza eccezioni, attraverso idonee strutture pastorali» (come si legge nella presentazione al volume del Rettore dell'Università, Mons. Mariano Fazio). Cominciando dalle origini dell'Opus Dei, lo stesso suo attuale Prelato, Mons. Javier Echevarría, con la sua relazione *La configurazione giuridica dell'Opus Dei prevista da S. Josemaría*, ci riporta a quel 2 ottobre 1928, quando San Josemaría, nel corso di alcuni giorni di ritiro spirituale, ricevette "l'illuminazione su tutta l'opera": quando cioè egli ebbe la precisa intuizione di dover promuovere un'istituzione che «avesse il fine di diffondere fra coloro che vivono nel mondo una profonda coscienza della chiamata universale alla santità»: che avrebbe quindi do-

vuto aprirsi su «un orizzonte sconfinato di santificazione del mondo, di vivificazione delle occupazioni e delle realtà temporali mediante lo spirito del Vangelo», attribuendo un'importanza basilare al lavoro professionale, qualunque esso sia, non essendoci davanti a Dio lavori alti o umili. Questa nuova realtà avrebbe richiesto la partecipazione di sacerdoti e di laici in stretta e mutua cooperazione, con la partecipazione di uomini e donne sia celibi che sposati «compartecipi di una vocazione una ed unica, la stessa per tutti, di chiamata alla santificazione del lavoro professionale e all'apostolato nelle circostanze della vita ordinaria di ciascuno».

Questa nuova istituzione necessitava di un'organizzazione e di una struttura di governo rispondente alla sua esigenza di universalità, ma il diritto della Chiesa allora vigente, raccolto nel *Codex* del 1917, non offriva alcuna possibilità soddisfacente. La storia dell'Opus Dei passa così attraverso la sua collocazione nell'ambito di diverse figure giuridiche: dalla *pia unione* di fedeli (1941) e dall'erezione di un nucleo interno all'istituzione composto di sacerdoti in *Società di vita comune senza voti* (Società sacerdotale della Santa Croce, 1943), al riconoscimento come *Istituto secolare* (1950), dopo la creazione di questa nuova figura giuridica nell'ordinamento canonico, avvenuta con la Costituzione apostolica *Provida Mater Ecclesia* del 2 febbraio 1947. Nessuna di queste configurazioni giuridiche rispecchiava però adeguatamente la realtà di questa nuova istituzione. Occorrerà così attendere il concilio Vaticano II e i successivi provvedimenti di attuazione, nell'ambito dei quali si delineerà la nuova figura della prelatura personale. Questa sistemazione definitiva avverrà però soltanto dopo la morte del

Fondatore (26 giugno 1975), che così non poté veder realizzato il desiderio «che era stato per tanti anni l'oggetto della sua sollecitudine, della sua preghiera e della sua azione». In effetti (come ben documenta Valentín Gómez-Iglesias nella sua comunicazione *La prospettiva dell'Opus Dei come prelatura personale nei primi anni sessanta*) il conseguimento di questo traguardo si deve molto all'impegno, alla convinzione, alla ostinata determinazione di San Josemaría, il quale fece di tutto – con lettere, esposti, contatti personali ed udienze con gli stessi pontefici – per prospettare le esigenze proprie della sua opera e per indirizzare verso una soluzione giuridica che veramente ne rispecchiasse la natura e le peculiari caratteristiche. Sarà il suo successore, Alvaro Del Portillo, a perseguire questo risultato con un lungo lavoro di studio e di preparazione, che è stato illustrato da uno che partecipò da protagonista a questo lavoro, il cardinale Julián Herranz (*I lavori preparatori della Costituzione apostolica 'Ut sit'*). Il 27 febbraio 1980 fu istituita dal cardinale Sebastiano Baggio, Prefetto della congregazione per i vescovi, una speciale Commissione tecnica che, dopo ben 25 sessioni di lavoro, concluse il suo studio il 19 febbraio 1981, presentando al Santo Padre un ampio documento, che ricomprendeva anche gli Statuti di cui l'erigenda prelatura avrebbe dovuto essere dotata. Questo materiale fu sottoposto all'esame di una speciale Commissione cardinalizia e successivamente all'attenzione del Santo Padre, che si dichiarò favorevole, ordinando però che fossero informati tutti i vescovi delle nazioni in cui vi erano centri dell'Opus Dei. Già a quel tempo, essa aveva acquistato un'ampia diffusione in tutto il mondo: contava oltre 70.000 fedeli laici, assistiti da più di

1000 sacerdoti, sparsi in centinaia di diocesi dei cinque continenti. Furono così interpellati, attraverso le relative nunziature, ben 2084 vescovi di 34 nazioni. Le risposte pervenute furono oltre 500 ed espressero a stragrande maggioranza un parere positivo circa l'erezione dell'Opus Dei in prelatura personale. Venne così promulgata la Costituzione apostolica *Ut sit*, pressoché in contemporanea con il nuovo Codice di diritto canonico: essa, infatti, reca la data del 28 novembre 1982, fu ultimata nel suo testo definitivo il 4 marzo 1983 e promulgata il successivo 19 marzo, nel giorno di San Giuseppe, mediante la sua lettura da parte del Nunzio apostolico in Italia, nel corso di una solenne cerimonia pubblica, che è brevemente rievocata ed inquadrata giuridicamente da Javier Canosa (*L'atto di esecuzione della bolla 'Ut sit'*). Nella relazione del cardinale Herranz si dà conto di questa successione di date e dell'esigenza di un coordinamento con la normativa del nuovo codice canonico, soprattutto con riguardo alla posizione e alla relazione giuridica dei fedeli laici nella prelatura: esigenza che non portò, per altro, a modificare il testo originario della costituzione, poiché si dovette riconoscere che le disposizioni in essa contenute «rientravano perfettamente nella legislazione universale appena promulgata».

Dopo queste premesse storiche si arriva al contributo centrale del volume, quello dello stesso suo intelligente ed attento curatore, Eduardo Baura, dedicato a *Finalità e significato dell'erezione di una prelatura personale*. Partendo da un quadro più generale, l'autore mette in luce alcune linee di sviluppo dell'organizzazione della Chiesa, con particolare riferimento all'introduzione del criterio personale nella delimitazione delle cir-

coscrizioni ecclesiastiche, criterio che consente di fornire un'adeguata configurazione giuridica ad esigenze particolari sorte nel corso degli ultimi decenni. Una maggiore chiarezza nella concezione della potestà come servizio ha poi portato ad ammettere senza alcuna difficoltà una sovrapposizione di giurisdizioni sugli stessi fedeli e a concepire la responsabilità unica del vescovo rispetto alla porzione di Popolo di Dio affidatagli non come esclusiva, ma aperta alla collaborazione con altri pastori. In questo quadro va situato il «fenomeno particolare dell'Opus Dei», di cui vengono tracciati alcuni profili essenziali, ricorrendo ad espressioni molto eloquenti usate dal suo stesso fondatore. Con riguardo, innanzitutto, all'elemento personale, San Josemaría si riferiva ai fedeli dell'Opus Dei come a «cristiani correnti», nel senso che «il loro impegno per vivere una vita coerente con le esigenze della fede cristiana si svolge in maniera naturale, senza vantare nessun titolo speciale, e adottare uno stile di vita peculiare (benché esista una specifica spiritualità), né dovendo essere od operare insieme». Rispetto poi al suo compito istituzionale, sempre il fondatore descriveva l'Opus Dei come una «grande catechesi», in quanto l'attività che essa svolge «consiste fondamentalmente nel fornire un'ampia e profonda formazione dottrinale e ascetica, adattata alla varietà di circostanze in cui vivono i fedeli che devono affrontare l'ideale di santità e di apostolato in mezzo al mondo». Questa finalità, come occorre precisare, può essere raggiunta solo mediante «l'esercizio congiunto del sacerdozio comune dei fedeli (che portano Cristo nel loro ambiente familiare, professionale, sociale) e del ministero sacerdotale che aiuta questi fedeli e tanti altri i quali

si accostano a questa 'grande catechesi' mediante l'elargizione dei mezzi salvifici». Passando a considerare l'erezione dell'Opus Dei in prelatura personale, l'autore sottolinea come essa non sia da ricollegarsi all'insorgere di circostanze di ordine naturale (migrazioni, nomadismo, particolari condizioni di vita), ma ad un *carisma*, ossia a quella originaria «illuminazione» ricevuta da San Josemaría. Questa speciale ispirazione non era però diretta alla formazione di un gruppo o di un'associazione di fedeli, ma «a suscitare una 'mobilitazione di cristiani di cui la gerarchia ecclesiastica si sarebbe poi dovuta occupare». L'erezione della prelatura non è stata pertanto il risultato dell'esercizio del diritto di associazione, ma la conseguenza dell'autoorganizzazione della gerarchia ecclesiastica. Con tale erezione, sottolinea ancora l'autore, «la vita e la prassi apostolica dell'Opus Dei non subirono alcun cambiamento», anche se ciò che era una realtà carismatica è divenuta istituzionale, con la creazione di un vincolo di comunione gerarchica tra il prelado e i fedeli e di una *communitas fidelium* tra tutti i fedeli, chierici e laici.

Passando alla vocazione a cui l'Opera si sente chiamata a rispondere nell'ambito del Popolo di Dio, la relazione di Paul O'Callaghan, *La missione della prelatura dell'Opus Dei*, si propone di esaminare alcuni elementi fondamentali della sua missione specifica, alla luce della più generale missione affidata alla Chiesa. Sulla base della costituzione *Ut sit* di erezione della prelatura, l'autore sottolinea che la peculiarità dell'impegno dell'Opera non è tanto nella novità del suo messaggio, ma nel fatto che essa si sforza di mettere in pratica la missione della Chiesa, di promuovere la sua effettiva realizzazione, di «servire la Chiesa come la Chiesa

vuole essere servita», come spesso diceva San Josemaría. Si può quindi affermare che la missione dell'Opus Dei «coincide sostanzialmente con quella della Chiesa. Vuole essere, semplicemente, una piccola parte della Chiesa». La sua missione si inserisce dunque «in modo armonico e continuativo» nella missione della Chiesa, come viene dimostrato dall'autore in relazione a due specifici aspetti. Il primo riguarda la santificazione del lavoro professionale, che si situa al centro della vita spirituale ed apostolica dei fedeli della prelatura. Approfondendo i dati ricavabili dalla Sacra Scrittura, si può indubbiamente constatare che la missione affidata all'uomo sin dall'inizio si svolge mediante la sua attività lavorativa nel mondo e che quindi «il lavoro santificante e santificato non è un'attività marginale nella vita del cristiano. Anzi è la vocazione originaria dell'uomo». Anche la giurisdizione personale, come quella esercitata dal prelado sui fedeli appartenenti alla prelatura, non costituisce un'anomalia o un momento di potenziale contrasto con il principio di territorialità su cui si basa più comunemente la giurisdizione nell'ambito della Chiesa. In realtà anche l'appartenenza alla Chiesa configurata in modo territoriale è in ogni caso «espressione agibile di un'appartenenza più di fondo, di tipo prettamente personale. Per questa ragione non può esistere nessuna conflittualità a priori tra l'appartenenza alla Chiesa locale e una giurisdizione di tipo personale».

Questo del rapporto con le Chiese locali è senza dubbio uno degli aspetti più delicati che pone la nuova struttura gerarchica costituita dalla prelatura personale: e ciò sia a livello giurisdizionale, nel rapporto tra prelado e vescovo, sia a livello dei singoli fedeli, che vengono

incorporati nella prelatura rimanendo fedeli della diocesi a cui appartengono. Non per nulla è proprio su questo aspetto che si erano concentrate le riserve di alcuni vescovi nella fase di consultazione preliminare alla promulgazione della costituzione apostolica *Ut sit*, alla quale abbiamo prima accennato. Ogni preoccupazione in proposito viene però completamente dissolta da un incisivo intervento di uno degli indiscussi protagonisti dell'azione pastorale delle diocesi italiane svolta in questi ultimi tempi, in virtù della sua qualifica di Presidente della Conferenza episcopale italiana e di Vicario di Sua Santità per la diocesi di Roma, il cardinale Camillo Ruini (*Il servizio della prelatura dell'Opus Dei alle diocesi*). Richiamandosi alle parole di Giovanni Paolo II, il quale sottolineava che «l'appartenenza dei fedeli laici sia alla propria Chiesa particolare sia alla prelatura, alla quale sono incorporati, fa sì che la missione peculiare della prelatura confluisca nell'impegno evangelizzatore di ogni Chiesa particolare», il porporato ribadisce che l'esercizio delle virtù e la missione dei fedeli appartenenti all'Opus Dei si realizzano proprio nelle loro Chiese locali: «Il raggiungimento della santità nella vita quotidiana e l'esercizio dell'apostolato sono sempre all'interno della Chiesa locale alla quale appartengono e i loro frutti rimangono sempre nella Chiesa locale dove vivono e svolgono la loro attività». Vi è quindi un servizio «quanto mai diretto» dell'Opus Dei ai fedeli della diocesi in cui è presente, almeno sotto due aspetti: in quanto si svolge attraverso la vita dei singoli fedeli nei diversi ambiti della loro esistenza e, istituzionalmente, mediante la formazione impartita ai fedeli delle diocesi. «In quanto vescovo insieme agli altri fratelli nell'episcopato

– afferma il cardinale Ruini – non posso non considerare questi due versanti del servizio dell’Opus Dei alle diocesi, tutti e due convergenti nell’ampia missione che la Chiesa realizza nel mondo. Sono aiuti diretti e utilissimi per elevare il livello spirituale di ogni Chiesa locale e ci invitano a non rimanere soltanto alla visione istituzionale – forse più quantificabile – né al servizio dell’Opera che risolve eventuali problemi concreti delle diocesi». Tale servizio va dunque situato in un orizzonte più ampio, quello «della pedagogia e pastorale della santità che tutti i vescovi ricevono quale incarico dal Signore nei confronti di tutta la Chiesa e, più concretamente, della Chiesa locale che viene loro affidata». Viene così a svilupparsi – conclude il cardinale – una più completa visione della Chiesa come *comunione*, con quella “diversificazione interiore” che è propria di essa e nell’ambito della quale alcune istituzioni della Chiesa universale collaborano alla comune missione, producendo frutti abbondanti di santità e di vita apostolica.

Un esempio concreto di questa collaborazione tra diocesi e prelatura personale viene segnalato da Joaquin Llobell, nell’ambito di un contributo dedicato ad un tema specifico, *La competenza delle prelature personali nelle cause di canonizzazione*. L’autore sottolinea la competenza *iure proprio* e non delegata dalla Santa Sede spettante al prelado (alla pari di ogni vescovo) di compiere l’istruttoria nelle cause di canonizzazione dei propri fedeli. Questa competenza è stata concretamente esercitata nella causa riguardante il primo prelado dell’Opus Dei, Alvaro Del Portillo, ma con una particolarità: al tribunale eretto all’interno della prelatura si è affiancato, su espressa richiesta del suo attuale prelado Mons. Echevarría, un altro tribunale co-

stituito presso la diocesi di Roma, luogo del decesso del Servo di Dio. L’inchiesta diocesana viene così eseguita *aequaliter*, cioè con lo stesso grado di competenza, dai due tribunali, con una ripartizione di compiti che, oltre a dare maggiori garanzie di obiettività, costituisce il segno di una stretta e fruttuosa collaborazione fra le due istituzioni.

Ad un profilo particolare, ma molto significativo della natura e della specifica finalità dell’Opus Dei, è dedicato il contributo di Fernando Ocariz *La Prelatura dell’Opus Dei: apostolato ad fidem ed ecumenismo*. L’espressione “apostolato *ad fidem*” risale allo stesso San Josemaría per designare “un cammino attraverso cui le persone non cristiane possono arrivare a ricevere il dono della fede, e i cristiani non cattolici la pienezza della fede che già possiedono imperfettamente”. In effetti, l’universalità della missione della Chiesa comporta il fatto che nessuno venga escluso dal suo orizzonte apostolico e che pertanto la trasmissione del Vangelo debba estendersi necessariamente in tre direzioni: «verso gli altri cattolici, per aiutarli – aiutarci mutuamente – a vivere in modo più profondo e coerente la fede professata; verso i cristiani non cattolici per favorirne la possibile incorporazione piena alla Chiesa; verso i non cristiani, per aiutarli a scoprire il grande tesoro della fede in Cristo». L’apostolato *ad fidem*, come ripeteva San Josemaría, deve esprimersi soprattutto con un «apostolato di amicizia e confidenza», nel quale «mediante il rapporto personale, l’amicizia leale e autentica, si risveglia negli altri la sete di Dio e li si aiuta a scoprire orizzonti nuovi». Essenziale, in questo atteggiamento, è il rispetto per la libertà di tutti, che costituisce «un’esigenza della giustizia e della carità»: rispetto che «non esclude, bensì

esige di dare testimonianza della propria condotta cristiana, e anche di far conoscere all'amico il tesoro della propria fede, secondo il modo e la misura che egli liberamente desidera». Molto importante, per la realizzazione di questo tipo di apostolato, è l'esistenza di operatori non cattolici dell'Opus Dei: collaborando ad attività di interesse umano e sociale essi hanno l'occasione di conoscere progressivamente la ricchezza della dottrina cristiana e, con essa, Cristo e la Chiesa cattolica. Strettamente connesso con l'apostolato *ad fidem*, è poi l'impegno ecumenico, che l'Opera ha sempre perseguito con determinazione, non solo partecipando alle molteplici manifestazioni dell'ecumenismo *istituzionale*, ma soprattutto promuovendo in ogni persona un ecumenismo *personale*, ossia quello che si esprime nei «molteplici modi del dialogo interpersonale con cristiani non cattolici, con i quali si entra in rapporto per motivi familiari, professionali e sociali, volto a suscitare o a rinvigorire la coscienza ecumenica di questi fratelli separati».

Pur essendo un fenomeno interno alla Chiesa è senza dubbio importante, per lo svolgimento della missione pastorale dell'Opus Dei, la possibilità di operare anche nell'ambito degli ordinamenti civili, utilizzando gli strumenti giuridici più confacenti alla sua natura ed adottando, se necessario, un «rivestimento civile». Questa tematica viene affrontata da Giuseppe Dalla Torre con un contributo dedicato appunto a *Il riconoscimento civile della prelatura dell'Opus Dei*, dove si passano in rassegna i diversi modelli giuridici che, negli ordinamenti statali, sono stati applicati alla prelatura personale: non di rado con qualche difficoltà, in considerazione della novità di questa figura canonica, difficilmente

inquadrate nelle tipologie tradizionali delle persone giuridiche a cui fanno riferimento gli ordinamenti statali. Va però dato atto che l'attribuzione della personalità giuridica civile alla prelatura è pressoché dappertutto intervenuta nelle forme giuridiche solitamente utilizzate per le entità facenti parte della struttura costituzionale e gerarchica della Chiesa, con la conseguente tendenza a riconoscere alla prelatura una natura pubblica. Anche se va segnalata «una certa diffidenza a riconoscere la prelatura quale identità a carattere internazionale, per un'antica diffidenza degli Stati nei confronti di circoscrizioni ecclesiastiche situate in territorio di due o più Stati, così come nei confronti del conseguente fenomeno di un clero diocesano non tutto di nazionalità dello Stato di afferenza». Non è questo, peraltro, il caso italiano, dove l'Opus Dei è stata riconosciuta nella integralità della sua struttura e delle sue finalità, come «ente ecclesiastico civilmente riconosciuto in quanto facente parte della costituzione gerarchica della Chiesa e senza necessità di un accertamento, da parte della competente autorità statale, della ricorrenza del fine di religione e di culto». In conclusione, se celebrare l'anniversario di un'istituzione significa essenzialmente ripercorrere il cammino compiuto negli anni trascorsi e riflettere sulla realtà attuale che si è venuta a costituire, si deve riconoscere che il presente volume ha risposto compiutamente a questo intento e che esso potrà interessare non solo coloro che sono vicini all'Opus Dei, ma anche quelli che non la conoscono o hanno di essa un'idea non corrispondente alla sua effettiva realtà.

PAOLO MONETA

ISABELLA BOLGIANI (a cura di), *Enti di culto e finanziamento delle confessioni religiose. L'esperienza di un ventennio (1985-2005)*, Il Mulino, Bologna 2007, pp. 375.

LA collana «Religione e società» del Seminario delle istituzioni religiose e relazioni fra Stato e Chiesa dell'Università di Firenze accoglie questo nuovo volume, che presenta «l'esito di una vasta indagine realizzata, dall'Unità di ricerca dell'Università Cattolica del Sacro Cuore, nell'ambito del Programma di interesse nazionale (PRIN), coordinato da Giorgio Feliciani, riguardante "Il finanziamento delle confessioni religiose nei Paesi dell'Unione europea. Fondamenti normativi e modelli organizzativi"». Alcuni dei contributi raccolti sono stati presentati ad un convegno organizzato dal Centro studi sugli enti ecclesiastici (CESEN) presso l'Istituto Luigi Sturzo di Roma, in occasione della ricorrenza dei venti anni di vigenza della legge n. 222 del 20 maggio 1985.

Il volume è diviso in due parti dedicate agli enti e al finanziamento, introdotte da Giorgio Feliciani (p. 7-19), precedute da una serie di «Tavole sinottiche» curate da Daniele Persano, e da una «Nota editoriale» firmata da Isabella Bolgiani. La prima parte si apre con un contributo di Salvatore Berlingò su «Costituzione e riconoscimento» (p. 53-84) e raccoglie le considerazioni di Mauro Rivella sul ruolo della Conferenza episcopale italiana come istituzione di riferimento in materia di enti ecclesiastici (p. 85-95), di Giorgio Pastori su «Le attività degli enti ecclesiastici» (p. 97-107), e di Franco Edoardo Adami su «Cessioni e ripartizioni» previste dal concordato del 1929 e non ancora eseguite nel 1985 (p. 109-134).

Completano questa prima parte gli studi su «Il Fondo edifici di culto», di Francesco Falchi (p. 135-177), su «Le confraternite», di Alberto Roccella (p. 179-213) e su «Le fabbricerie», di Giorgio Orsoni (p. 215-222). La parte sul finanziamento, dopo un'analisi del sistema previsto dalla legge del 1985 compiuta da Carlo Cardia, «Otto per mille e offerte deducibili» (p. 225-252), tocca la questione de «La remunerazione del clero», affrontata da Pierangela Floris (p. 253-297), e due esperienze comparatistiche esaminate da Romeo Astorri, «L'esperienza della Repubblica Federale Tedesca» (p. 299-322), e da Antonio G. Chizzoniti, «L'esperienza spagnola» (p. 323-351). Completano il volume due contributi, del Card. Attilio Nicora (p. 355-363) e di Francesco Margiotta Broglio (p. 365-375), proposti sotto il titolo generale «Gli Accordi del 1984 e la legislazione ecclesiastica successiva: riflessioni su un ventennio di sperimentazione».

Non è possibile in questa sede soffermarsi ad esaminare il contenuto di ciascuno dei contributi raccolti. Ci è dato però di notare che dal punto di vista dell'apertura del sistema a confessioni diverse dalla Chiesa cattolica, le tavole presentate da Persano offrono un confronto particolarmente interessante, una specie di "mappa" della situazione delle confessioni in Italia che prende come punto di partenza gli accordi con la Chiesa cattolica. I testi raccolti dall'autore vengono sistemati in due gruppi, il primo dei quali relativo alle confessioni che hanno stipulato un'intesa con l'Italia (Tavola valdese, Chiese cristiane avventiste del settimo giorno, Assemblee di Dio in Italia, Comunità ebraiche, Unione Cristiana Evangelica Battista e Chiesa Evangelica Luterana), e il secondo riguardante le confessioni in attesa

di approvazione parlamentare (Unione Buddhista Italiana, Congregazione cristiana dei testimoni di Geova, Chiesa Apostolica in Italia, Chiesa di Gesù Cristo dei Santi degli Ultimi Giorni, Sacra Arcidiocesi Ortodossa ed Esarcato per l'Europa Meridionale, Unione Induista Italiana). Per entrambi i gruppi vengono offerti, sistemati in colonne, i testi relativi al loro finanziamento e quelli riguardanti l'attività degli enti delle confessioni, vale a dire la norma che descrive cosa s'intenda in ciascun accordo per "attività di religione o di culto" e per "attività diverse da quelle di religione o di culto".

In tema di comparazione, ma questa volta fra diversi ordinamenti, oltre agli studi specifici sui sistemi tedesco e spagnolo, sono da notare le interessanti incursioni di Cardia in diversi ambiti europei con differenti approcci al finanziamento delle confessioni (le Chiese di Stato della Danimarca o la Gran Bretagna, la Chiesa "favorita" della Grecia, ecc.) e le indicazioni di Floris sui modi di affrontare il sostentamento dei ministri in alcune nazioni europee (Irlanda, Francia, Inghilterra, Lituania, Ucraina, ecc.).

Diversi contributi offrono apporti fondamentali – nel senso di fondamentali sulle quali costruire elaborazioni dottrinali più solide – su punti controversi ancora presenti nella dottrina giuridica che affronta gli argomenti del libro. Tra i principali possono essere segnalati quelli che riguardano la definizione e la valutazione delle finalità "di religione o di culto", non soltanto per le insidie "essenziali" dei concetti stessi di religione e di culto, ma anche per l'obbiettiva difficoltà di determinare chi o su quale base possa sindacare l'attività di ciascuna "confessione": cos'è una confessione e quali le attività che le sono proprie? Af-

fronta questo problema con grande sensibilità il professore Berlingò, che riporta, come possibile soluzione pratica, la proposta attribuita a Casuscelli di creare una nuova *authority* per questa materia (p. 80). Anche il contributo di Pastori offre dei suggerimenti utili in argomento, anche se limitatamente alle "attività" degli enti, con l'inevitabile conseguenza di un'esame di enti "più o meno confessionali" dediti ad attività educative, culturali, di assistenza, di beneficenza o altre ancora.

Un altro argomento che offre spunti per l'approfondimento dottrinale è quello riguardante la giustificazione degli interventi statali nel finanziamento delle confessioni religiose, affrontato in termini generali dal professore Cardia e con riguardo specifico al sostentamento dei ministri, e più concretamente al sostentamento del clero cattolico, da Pierangela Floris. Il dibattito sulla giustificazione dell'interesse statale nei confronti del finanziamento delle confessioni è sempre aperto. Chizzoniti mostra come gli ultimi sviluppi della situazione spagnola abbiano riproposto il problema nei termini di un dibattito politico animato. In ultima analisi, la questione riguarda se il "fatto religioso", o l'aspetto religioso dell'esistenza umana, debba rientrare fra le preoccupazioni dello Stato e perciò debbano da esso essere in qualche modo garantite ai cittadini, anche mediante la predisposizione dei mezzi necessari perché le "confessioni" possano agire in quell'ambito, o se tale componente essenziale della vita umana debba essere piuttosto lasciata all'iniziativa dei singoli e delle agenzie ("confessioni") capaci di garantire il soddisfacimento della suddetta necessità. Logicamente, tale questione, e le diverse risposte che ad essa possano essere date, comporta molti al-

tri aspetti discussi e discutibili. Gli studi raccolti nel volume che commentiamo pongono anche questa domanda fondamentale e forniscono elementi per continuare la ricerca di risposte valide.

Un altro tema affrontato nel volume, anch'esso fondamentale ma riguardante soltanto un aspetto della presenza delle "confessioni" nella società, è quello della natura degli emolumenti corrisposti ai ministri di culto. Come sottolinea Floris in diverse occasioni, né la considerazione che li equipara ai redditi da lavoro, né quella che ravvisa una sorta di obbligazione alimentare (accolta anche dalla giurisprudenza), né quella che assimila gli stipendi dei ministri a sovvenzioni di tipo assistenziale riescono a spiegare bene la natura di questi finanziamenti. L'autrice finisce per descrivere, con Mirabelli e Cardia, il diritto al sostentamento dei sacerdoti cattolici come un «diritto di credito con origini e contenuti canonistici» (p. 271), ma è consapevole di non offrire così una soluzione definitiva e soddisfacente, almeno perché non potrebbe essere applicata a ministri di altre confessioni. Lascia però il campo libero ad una qualifica "autonoma" del rapporto tra ministro e confessione, una nova "specie" del generalissimo "genere" che abbraccia il sostentamento di tutti i cittadini.

JESÚS MIÑAMBRES

BRUCE C. BRASINGTON, KATHLEEN G. CUSHING (edd.), *Bishops, Texts and the Use of Canon Law around 1100. Essays in Honour of Martin Brett*, Ashgate, Aldershot 2008, pp. xv + 224.

DAI lontani anni quaranta del secolo scorso si è rivelata molto feconda la con-

vinzione fondamentale di Stephen Kuttner sul bisogno di un lavoro di 'filologia giuridica' sulle fonti canoniche. Questa fecondità è dovuta soprattutto agli studi portati avanti da molti ricercatori, che non hanno avuto paura di dedicare la loro vita allo studio dei manoscritti, gettando così le basi per un vero rinnovamento degli studi storico-canonici. Fra questi studiosi Martin Brett, in onore del quale è stato pubblicato questo volume, occupa un posto importantissimo.

Il lavoro di 'filologia giuridica' si rendeva necessario in primo luogo per poter contare su edizioni veramente critiche delle fonti canoniche. In questo campo, i lavori di Martin Brett sono preziosi. Forse quello più conosciuto è quello relativo alle opere attribuite a Ivo di Chartres – scritto in collaborazione con Bruce Brasington – disponibile anche su internet, e continuamente aggiornato. Anche le sue 'note' alla *Collectio Lanfranci* ed altri testi canonici dei secoli XI e XII hanno permesso ad altri ricercatori di progredire nei loro studi. Ma la 'filologia giuridica' ha pure messo in rilievo il rischio di ridurre la storia del diritto canonico a quanto può essere racchiuso in un'edizione critica. Quel che risulta evidente per chi studia i manoscritti è la straordinaria quantità d'informazioni che essi offrono, e l'importanza di tener conto di tutti i particolari per arrivare così alla verità storica. Se nel campo precedente (cioè quello dei lavori di edizione critica) Brett è veramente notevole, in questo secondo dà il meglio di sé.

Le brevi annotazioni dei paragrafi precedenti servono a giustificare l'opportunità di questo *Festschrift* e a capire inizialmente sia la selezione dei collaboratori che la portata dei loro contributi. Gli autori hanno tutti in comune fra di loro l'interesse per le fonti canoniche

medioevali e i legami di profonda amicizia con Martin Brett. Alcuni appartengono alla sua stessa generazione, e quindi sono i primi discepoli o collaboratori di Kuttner; altri, essendo più giovani, occupano già un posto importante nella storia recente della ricerca, che hanno contribuito a far progredire con i loro studi; gli ultimi, infine, sono (o dovrebbero essere) il frutto di una nuova generazione di studiosi e che, in un certo senso, hanno mosso i loro primi passi nella ricerca storico-canonica dalla mano di Brett. Tutti loro, grazie anche all'eccellente lavoro svolto dai curatori, hanno prodotto un volume che mostra sia la fecondità della metodologia esigita dal Kuttner, che soprattutto di una vita dedicata alla ricerca e alla formazione di ricercatori come è quella di Martin Brett.

I quattordici capitoli, tutti scritti in inglese tranne due (che vengono pubblicati in tedesco) si riferiscono ad aspetti puntuali della storia delle collezioni canoniche del primo millennio, all'importanza dello studio dei singoli manoscritti per capire aspetti importanti della storia del diritto canonico, all'attenzione del loro luogo di composizione come mezzo per capire la diffusione delle dottrine e, infine, alla comprensione di aspetti fondamentali dello *ius novum*: il suo inizio con Graziano e la sua crescita con le decretali pontificie.

Uno dei punti messi in rilievo in alcuni degli studi qui pubblicati è la dimostrazione dell'importanza dello studio di collezioni, o addirittura singoli manoscritti, che sono in apparenza poco importanti ma che servono per capire aspetti fin'ora bui della storia del diritto canonico o delle sue grandi collezioni. Così, nel primo degli studi, Roger Reynolds mostra come la *Collectio Angelica*, una piccola collezione, serva a capire quale sia stata l'originale della *Collectio*

in Quinque Libris, di grande importanza nel Sud dell'Italia nella seconda metà del secolo XI. In modo simile, lo studio di un singolo manoscritto serve a Nicolás Álvarez de las Asturias per segnalare una probabile presenza in Inghilterra delle Decretali Pseudo-Isidoriane tramite manoscritti finora sconosciuti.

Lo studio dei singoli manoscritti serve pure per capire sia la loro datazione che la loro finalità. Così nel suo articolo sulla *Collectio Britannica*, Cristof Rolker riesce a stabilire la datazione dell'unico manoscritto esistente e trova nuove evidenze sulla sua composizione in due contesti diversi (italiano e francese). Da parte sua, Kathleen Cushing trova nel bisogno di contare su di uno strumento pastorale le ragioni delle differenze della versione *Bb* della *Collezione di Anselmo di Lucca* rispetto alle altre.

Alcuni degli studi si concentrano maggiormente sulle caratteristiche dei manoscritti. Quello di Gullick sul probabile *Ur-manuskript* della *Collectio Lanfranci*, offre nuove evidenze paleografiche sulla sua importanza. Quelli di Nowak e Somerville descrivono rispettivamente manoscritti presenti in Polonia e America del Nord. Infine, quello di Brasington, analizza le glosse di alcuni per mostrare la loro importanza in ordine alla consocenza del loro uso e della loro influenza.

La *Redaktionsgeschichte* delle collezioni canoniche è sempre uno dei punti più difficili da chiarire. Se gli approcci paleografici e di analisi di contenuto abbiamo visto che offrono delle informazioni precise, la comparazione fra collezioni offre anche informazioni complementari. Questo è il caso dell'analisi compiuta da Greta Austin sulla *Collectio in Duodecim Partium* e il *Decretum Burchardi*, comparando il loro uso delle fonti del diritto secolare. Da

parte sua, Linda Fowler-Magerl mette in risalto l'importanza delle collezioni minori, composte o diffuse sulla via *Francigena* per la comprensione anche della composizione delle grandi collezioni sistematiche degli inizi del secolo XII.

Anche lo studio delle fonti formali serve per chiarire la storia della redazione delle collezioni. In questo senso il contributo di Peter Landau sul *Summarium* di Haimo de Bazoche, offre un dettagliato studio del suo uso della *Panormia* e della *Collectio in Decem Partium* per la sua composizione. Anders Winroth, invece, mostra l'uso che fa Graziano della *Panormia* nella composizione del suo trattato sul matrimonio e riflette sul significato del suo apparente disinteresse per le fonti provenienti dal diritto romano.

Infine gli studi di Blumenthal e Japser e di Anne Duggan completano il volume con due approcci diversi. I primi, si concentrano sullo studio ed edizione di una particolare decretale, 'Licet nuova consuetudo', di Gregorio VI e riflettono sulla sua importanza. Nel suo contributo, Anne Duggan mette in risalto come la crescita della centralizzazione pontificia non sia stata causata soltanto da un desiderio dei papi ma anche dal continuo ricorso che dalla periferia si fa al centro per la soluzione dei conflitti.

Come si evince dal rapido esame dei contributi ci troviamo davanti a un volume che offre al lettore la possibilità di comprovare – tramite argomenti molto specifici – la fecondità dei criteri metodologici che oggi si seguono nella storia delle fonti del diritto canonico, nonché la complessità di questi studi. È impossibile non vedere come siano questi lavori quelli che permettono di offrire nuove sintesi più vicine alla realtà. Risulta altrettanto impossibile non manifestare la nostra gratitudine a maestri come Mar-

tin Brett che, grazie alla loro dedizione allo studio, hanno reso possibile il rinnovamento della scienza storico-canonica.

NICOLÁS ÁLVAREZ
DE LAS ASTURIAS

ARTURO CALVO ESPIGA, *El matrimonio entre Escila y Caribdis. Historia y límites de su proceso secularizador en el ordenamiento español*, Editorial ESET, Vitoria 2008, pp. 278, Collana "Victoriensia" 81.

IL presente Volume, opera del prof. A. Calvo Espiga, docente di Diritto Ecclesiastico dello Stato, presso la Facoltà di Diritto dell'Università di Malaga, offre un'interessante panoramica sugli sviluppi della legislazione spagnola sul matrimonio, a partire dalla Legge sul matrimonio civile del 17 marzo del 1870, per giungere fino ai giorni nostri.

Il singolare titolo, che prende spunto dalla leggenda omerica di Scilla e Cariddi, le mitiche figure tramutate in pericolosi mostri marini, capaci di rendere perigliosa la navigazione attraverso lo stretto di Messina, è così motivato dall'A.: «da quando le autorità statali iniziano a impostare la regolamentazione da parte dell'ordinamento statale degli effetti del matrimonio, della sua forma, condizioni e requisiti per la celebrazione, comincia la storia di una figura istituzionale, il matrimonio civile, che inizia uno dei più tortuosi percorsi che qualsiasi istituzione giuridica abbia mai realizzato nella nostra storia giuridica, attratto a volte dalla Scilla di politici e legislatori che sognavano di sottrarre dalle mani della Chiesa la regolamentazione del matrimonio e colpita altre volte dalla Cariddi di un potere ecclesiastico che si opponeva contro la perdita della

capacità di decisione e di organizzazione riguardo uno dei temi più importanti della vita sociale e, a volte, mezzo privilegiato di realizzazione personale» (p. 32).

Dopo aver sommariamente descritto la evoluzione della legislazione spagnola, riguardante l'istituto matrimoniale nei secoli XVI-XVIII, l'A. dedica particolare attenzione a quelli che furono gli sviluppi della Legge sul matrimonio civile obbligatorio del 17 marzo del 1870.

Anzitutto egli analizza il substrato costituzionale della legge in questione: il 5 giugno del 1869 il Parlamento spagnolo proclama la nuova Costituzione dello Stato. Tale Costituzione veniva promulgata all'esito di una insurrezione guidata dalle forze repubblicane e liberali, che aveva visto l'esilio della sovrana Isabella II (1833-1868). Tale movimento rivoluzionario si proponeva un cambio radicale in Spagna, nel quale anche l'istituto matrimoniale venne coinvolto. La nuova Costituzione, oltre ad introdurre una serie di libertà caratterizzanti i nascenti stati repubblicani europei dell'epoca (libertà di stampa, diritto di associazione, libertà di espressione, principio della garanzia della proprietà privata nei confronti dell'autorità statale, ecc.), introduceva una serie di nuovi principi ecclesiastici: non confessionalità dello Stato, principio della libertà religiosa garantita a tutti (cittadini e stranieri), laicizzazione dello Stato rispetto a principi morali e dogmatici, libertà di insegnamento. Particolari resistenze, da parte del clero spagnolo, comportò la obbligatorietà del giuramento alla nuova Costituzione, introdotto in maniera obbligatoria per tutti gli ecclesiastici (a dispetto di una libertà religiosa che, come in tutte le Costituzioni dell'epoca, era piuttosto una rivendicazione dello Stato nei confronti della Chiesa cattolica).

La nuova regolamentazione matrimoniale, aveva avuto, nel corso del secolo XIX, una costante evoluzione in Spagna, a cominciare dal progetto di riforma del Codice civile del 1821, passando per i successivi progetti di riforma del medesimo Codice del 1836 e del 1851, sino ad arrivare al progetto di riforma del Libro Primo del Codice, formulato già nel 1869, all'indomani dell'entrata in vigore della nuova Costituzione. L'A., delinea di volta in volta (cap. v) le principali caratteristiche che l'istituto del matrimonio veniva ad avere nelle intenzioni dei legislatori, specie con riferimento alla celebrazione ed ai casi di nullità/annullamento del vincolo matrimoniale. Si passa da progetti che vedevano un ruolo determinante della legislazione canonica, a progetti che escludevano qualsiasi competenza ecclesiale, sia in ordine alla celebrazione che in ordine all'eventuale pronuncia sulla cessazione del vincolo.

L'A. passa poi all'analisi approfondita della Legge del 1870, con la quale si introduce in Spagna il matrimonio civile obbligatorio per tutti. Tale legge avrà vita breve e travagliata: entrata in vigore il 16 agosto del 1870, veniva definitivamente a cessare con il Decreto del 9 febbraio 1875, con il quale si riconoscevano nuovamente al matrimonio canonico, tutti gli effetti civili che gli venivano riconosciuti dalle leggi anteriori a quella del 1870. Dall'analisi che l'A. fa, sia dei contenuti della Legge del 1870, sia soprattutto, dei problemi attuativi che tale Legge incontrò, emerge con chiarezza la difficoltà, da parte dello Stato, di regolare un istituto che si radicava in maniera tanto forte nella coscienza cattolica della Spagna dell'epoca. Le intenzioni del legislatore, infatti, non trovavano una corrispondenza nella società spagnola, che ancora riconosceva al ma-

trimonio celebrato secondo il rito della Chiesa cattolica, il vero valore di vincolo sacramentale, a prescindere dal suo valore civilistico. L'analisi delle traversie occorse alla Legge del 1870, fa emergere con chiarezza tale dato. Il matrimonio civile come unico ed obbligatorio per tutti, più che rappresentare un desiderio della società spagnola, era uno dei cavalli di battaglia dell'ideologia liberale, che vedeva nella Chiesa e nella religione un temibile avversario dei principi liberali, fortemente ispirati da ideali di tipo massonico (cosa che la recente storiografia sta facendo emergere con chiarezza, quanto meno per quello che riguarda il periodo del Risorgimento italiano).

Una riforma organica dell'istituto matrimoniale arriva con la promulgazione del nuovo Codice civile del 1889, frutto degli accordi bilaterali tra la Spagna e la Santa Sede. L'articolo 42 del nuovo Codice regola il matrimonio nel seguente modo: tutti i cattolici sono obbligati alla celebrazione del matrimonio canonico, che successivamente deve essere trascritto per ottenere effetti civili. Il matrimonio civile potrà essere validamente celebrato solamente nel caso che i due contraenti dichiarino esplicitamente di non professare la religione cattolica.

Se tale soluzione fu abbastanza durevole, tuttavia il matrimonio in Spagna subì un ulteriore cambiamento dovuto alla nascita della Seconda Repubblica (1931-1939). Il Governo repubblicano non tardò a porre mano all'istituto matrimoniale e, con la Legge del 28 giugno del 1932, reintroduce il matrimonio civile come unica forma di valida celebrazione del matrimonio. Precedentemente era stato introdotto il divorzio (Legge 2 marzo 1932).

La vittoria della Guerra Civile da parte delle truppe di Franco, comporta un

nuovo mutamento della legislazione matrimoniale: a guerra ancora in corso, si promulgò la Legge 12 marzo 1938, mediante la quale si riporta in vigore l'art. 42 del Codice civile del 1889.

Il Concordato con la Santa Sede del 27 agosto 1953, non apporterà modifiche sostanziali alla normativa matrimoniale. Una vera svolta avverrà solo negli anni della transizione democratica, per cui, in seguito alla entrata in vigore della Costituzione del 1978, si rese necessaria una modifica del Codice civile. La Legge n. 30 del 1981, modifica il regime matrimoniale, accogliendo il principio per cui, in Spagna, vi è un unico matrimonio, quello civile, che può celebrarsi in una pluralità di forme.

Pur essendo la Spagna uscita dal periodo franchista, quando la legislazione civile si doveva conformare all'ideologia del regime, i recenti sviluppi in materia matrimoniale, sembrano riportare evidentemente indietro nel tempo: ci si riferisce alle recenti Leggi nn. 13 e 15 del 2005, sul "matrimonio" fra omosessuali e sul "divorzio breve". Ancora una volta il legislatore spagnolo, più che regolamentare lo *ius connubii*, pare essere ispirato da una ideologia o comunque pilotato da interessi di una *lobby*, a danno del funzionamento stesso dell'istituto matrimoniale, e comunque contro l'interesse della maggioranza dei cittadini. Dopo aver analizzato queste recenti evoluzioni giuridiche, l'A. fa un'interessante considerazione: «attraverso queste [norme] si consuma o si perfeziona un tipo o modello di matrimonio completamente sradicato da qualsiasi tradizione religiosa e, al tempo stesso, nuovo rispetto al diritto storico spagnolo [...] l'ordinamento ha cambiato radicalmente la ragione giuridica della sua configurazione e proiezione sociale. La volontà

personale non solo opera in conformità con quello che è sempre stato, come condizione e mezzo necessario di *accesso* all'istituto matrimoniale, ma costituisce, in linea con il nuovo ordine giuridico, la stessa causa di esistenza della realtà matrimoniale» (p. 242). L'analisi proposta dall'A. ci pare senza dubbio vera; ma può essere considerata giusta tale evoluzione? È giusto che l'interesse soggettivo dei singoli debba dettare le norme stesse che devono regolare un istituto, così fondamentale per l'uomo e per la società in cui vive, quale è il matrimonio? Ciascuno potrà dare la sua personale risposta a questi fondamentali quesiti. Il testo qui recensito non propone soluzioni o risposte, se non quella di manzoniana memoria, per cui i posteri sapranno trarre le dovute conclusioni, dopo aver visto le conseguenze pratiche della attuale configurazione giuridica dell'istituto matrimoniale.

Certamente la lettura del testo renderà conscio il lettore del fatto che, stando alla analisi storica proposta dall'A., certamente il matrimonio e la legislazione che lo regola, saranno senza dubbio suscettibili di ulteriori modifiche e cambiamenti, dal momento che purtroppo continueranno sempre a navigare in acque quanto mai perigliose.

COSTANTINO-M. FABRIS

VINCENZO CERULLI IRELLI (a cura di), *Il procedimento amministrativo*, Pubblicazioni del Dipartimento di Scienze Giuridiche, n. 10, Università degli Studi di Roma, «La Sapienza», Jovene, Napoli 2007, p. 246.

DURANTE il primo incontro fra amministrativisti francesi e italiani promosso dall'Associazione italiana dei professori

di diritto amministrativo è stato scelto il procedimento amministrativo come oggetto di raffronto e dialogo. Come si sa, fra i paesi che seguono il così detto sistema del regime amministrativo continentale – diversi dai sistemi del *rule of law*, anglosassoni – esistono pure delle differenze. Ad esempio, mentre il diritto amministrativo francese poggia molto sul contenzioso amministrativo e l'attività giurisprudenziale, il diritto amministrativo tedesco come anche quello spagnolo e italiano valorizzano più la legislazione riguardante la procedura.

Benché il diritto amministrativo canonico esca dagli schemi del diritto amministrativo di qualsiasi stato, la comune radice giuridica consente di arricchirsi da parecchie riflessioni sorte nell'incontro menzionato, che è all'origine del volume ora commentato. Anche perché il diritto amministrativo canonico, disciplina giovane, che ha sperimentato notevolissimi progressi negli ultimi quaranta anni, ha ancora davanti a sé una lunga strada da percorrere, e benché molto si dica a proposito dei rischiosi trapianti dai sistemi amministrativi secolari al sistema canonico – mai nessuno ha negato che esistano rischi nei trapianti – niente impedisce pensare che alcune soluzioni sorte nella scienza giuridica o nella giurisprudenza amministrativa secolare possano pure beneficiare la tutela della giustizia ecclesiale e il buon governo nella Chiesa. Si ricordi, come un esempio fra tanti altri, la norma adottata dal legislatore nel can. 57 CIC, relativa alla possibilità di ricorrere contro il silenzio dell'amministrazione, quando l'autorità ha l'obbligo di provvedere e, trascorso il termine di tre mesi, non emana il dovuto decreto singolare, di chiara origine secolare.

I contributi raccolti sono molteplici. Alcuni come *Il punto sulla disciplina legislativa del procedimento amministrativo* (F. G. Scoca), *Rapport introductif français* (J.-B. Auby) e *Sui principi dell'azione amministrativa e la disciplina del procedimento* (V. Cerulli Irelli) risultano di notevole utilità per avere un quadro sugli ultimi aggiornamenti nel diritto del procedimento amministrativo in Italia e Francia. Altri, considerano diritti e doveri riguardanti il procedimento e aiutano a riflettere sulle eventuali modalità di attuazione nel diritto amministrativo canonico. Potrebbero essere inclusi qui i saggi *Il diritto di essere sentiti e la partecipazione* (G. della Cananea), *I modelli di partecipazione procedimentale* (G. Barone), *Doverosità dell'azione amministrativa, tempo e garanzie giurisdizionali* (A. Police), *La codification de la procédure administrative* (P. Gonod), *Le droit à être entendu en droit français* (M. Fromont), *Le silence de l'administration en droit administratif français* (C. Broyelle), *Vizi formali e vizi procedurali* (A. Romano-Tassone).

Ci sono contributi come *Procedimenti di fronte alle autorità amministrative indipendenti* (R. Caranta) e *Les vices de procédure: le contentieux de l'enquête publique* (R. Hostiou), pure stimolanti sebbene più specifici del diritto amministrativo statale.

Il risultato è un volume assai utile per chi lavora nell'ambito del diritto amministrativo, anche canonico, che offre interessanti spunti di riflessione per arricchire la propria attività e per avere un riferimento riguardo il diritto amministrativo statale dell'inizio del terzo millennio.

JAVIER CANOSA

JAVIER ESCRIVÁ IVARS, *El proceso concencioso declarativo de nulidad de matrimonio canónico*, Eunsa - Ediciones Universidad de Navarra, S.A., Pamplona 2009, pp. 207.

IL manuale recensito è una sintetica ed efficace esposizione dello svolgimento del processo di nullità matrimoniale con uno spiccato taglio pratico-didattico rivolto a studenti e a futuri operatori dei tribunali ecclesiastici. L'opera del prof. Escrivá Ivars costituisce una profonda revisione e rielaborazione del precedente *El proceso declarativo de nulidad de matrimonio canonico* (Pamplona 1996), che già ha avuto una buona diffusione negli ambienti accademici di lingua spagnola. Nonostante le evidenti analogie d'impostazione, non si tratta solo di un'utile integrazione o di un opportuno aggiornamento, anche alla luce dell'istr. *Dignitas connubii*, ma di un volume ampliato e rinnovato nei riferimenti e nell'esposizione della materia. Anche da un punto di vista sistematico, al di là dell'introduzione *ex novo* della *Práctica de las pruebas* (II, § 9) e di altri paragrafi, lo sviluppo più ricco e articolato dell'argomentazione facilita l'inquadramento e la comprensione degli istituti. I formulari e il materiale documentale arricchiscono notevolmente l'utilità pedagogica del testo.

Il variegato profilo professionale dell'Autore (Ordinario universitario, avvocato ed esperto di problemi della famiglia) conferisce un'impronta originale al lavoro, coniugando il rigore scientifico con la concretezza e la sensibilità umana. L'esperienza nella docenza e l'approfondimento dottrinale ha modo di esprimersi nella chiarezza dei concetti e nell'enucleazione delle linee fondamen-

tali del sistema processuale canonico. Il professionista del foro emerge non solo dalla confezione degli atti ma dall'approccio ai problemi e dal realismo delle asserzioni. La lunga e intensa dedizione all'*Istituto di scienze per la famiglia* dell'Università di Navarra (del quale è membro fondatore ed attuale direttore) evidenzia l'orientamento finalistico e garantistico sotteso a questo importante settore della legislazione ecclesiastica. In pratica, il professore dell'Università di Valencia, evitando eccessivi tecnicismi o speculazioni accademiche, ha voluto proporre uno strumento di lavoro e di apprendimento che faciliti un approccio vivo e immediato al tema processuale e contribuisca alla promozione della giustizia ecclesiale.

L'opera si divide in tre parti. La *Prima parte* espone in un centinaio di pagine lo svolgimento del processo canonico attraverso i diversi momenti di sviluppo dell'azione. Le diverse fasi (introduttoria, istruttoria, di discussione, risolutoria, impugnatoria ed esecutoria) forniscono la struttura dei sei capitoli in cui si inseriscono i venti paragrafi che individuano i principali elementi del giudizio. Ulteriori sottopartizioni esplicano i tratti essenziali della disciplina vigente. Completa la trattazione teorica una sezione bibliografica. L'impostazione adottata, conformemente alla concentrazione sul solo aspetto dinamico del processo, è quindi prettamente diachronica e analitico-descrittiva. Gli argomenti sono agevolmente individuabili, sinteticamente e molto schematicamente esposti.

La seconda parte contiene 50 formulari di atti giudiziari: dalla richiesta dell'avvocato e procuratore d'ufficio alla domanda d'efficacia civile della sentenza canonica di nullità. I facsimile o i modelli

proposti permettono così di riscontrare le nozioni esposte e di guidare i discenti alla corretta redazione dei diversi documenti. In alcuni casi si differenzia poi lo schema formale di predisposizione dall'esemplificazione del contenuto del relativo scritto (es. libello, risposta, memoria difensiva). Nel prontuario d'uso inoltre sono ricompresi non soltanto atti di parte ma anche provvedimenti d'ufficio (decreti, comunicazioni, notifiche, sentenze, ecc.). In tal modo viene offerta una panoramica abbastanza completa ed esauriente dei contenuti procedurali del contenzioso matrimoniale. Un simile vademecum è un prezioso ausilio per l'apprendimento operativo e per lo studio ragionato della prassi.

L'ultima parte contiene un prospetto sulla competenza territoriale dei tribunali spagnoli di prima e di seconda istanza e un direttorio delle diocesi di quel Paese con le necessarie informazioni. L'annesso fa dunque da cornice o suggello allo squisito taglio pratico prescelto. Il chiaro riferimento alla realtà spagnola, avvalora la radicazione del volume in quella fiorente tradizione processual-canonistica, non ne esclude peraltro la piena fruibilità anche in altri contesti.

Il libro in questione non ha la pretesa di essere un manuale, costituisce solo una sorta di presentazione o di introduzione all'esame della normativa sul *modus procedendi* delle cause di nullità matrimoniale. Il prof. Escrivá Ivars cerca infatti di illustrare e spiegare in maniera scarna ed essenziale il dettato normativo senza indugiare troppo su disquisizioni di carattere dottrinale. Anche l'apparato critico si limita in maniera quasi esclusiva ai riferimenti ai canoni e all'articolato della *Dignitas connubii*. Il pregio maggiore del testo è rappresentato probabil-

mente dalla semplicità, dalla chiarezza e dalla capacità di sintesi. L'Autore riesce infatti a mettere in luce e a sviscerare i punti salienti dei diversi istituti ricorrendo spesso a partizioni e inquadramenti logici. Molto utile può risultare ad es. il quadro-schema riassuntivo sull'ottenimento della conformità delle decisioni (cfr. p. 82). Nello stile espositivo la nettezza e la puntualità delle asserzioni prevalgono sull'atteggiamento arioso o troppo discorsivo a tutto vantaggio della facilità di apprendimento e di memorizzazione (frequente è l'uso di lettere o trattini per indicare tassativamente i casi e le ipotesi stabiliti). L'obiettivo proposto di tracciare le linee o le coordinate di quel complesso e sofisticato mezzo di accertamento della verità sul matrimonio che è il *iudicium canonicum* pare insomma egregiamente conseguito.

Il rischio insito in un'operazione culturale divulgativa è sempre quello dell'inevitabile compressione dell'aspetto speculativo e formativo. Una minima trattazione propedeutica della c.d. parte statica del processo canonico ed un'introduzione che esplicitasse i contenuti e lo scopo sostanziale dell'accertamento giudiziario in un ambito tanto delicato della vita della Chiesa – di cui il prof. Escrivá Ivars è maestro, essendo autore, assieme al prof. Sarmineto, dei dieci corposi e aggiornati volumi dell'*Enchiridion familiae* (vedi anche il capitolo VI del primo volume della sua *Relectura de la obra científica de Javier Hervada*, Pamplona, 2008, in www.javierescriva.com) –, specie considerata la destinazione dell'opera, forse avrebbero evitato l'impressione di una sorta di riduzionismo tecnico-pratico del diritto processuale canonico. Bisogna tuttavia aver presente che *El proceso contencioso declarativo de nulidad de matrimonio canónico* intende

essere un sussidio o un supporto didattico e non sostituisce certo la necessità dell'insegnamento critico e dell'esplicazione problematica della materia. La fissazione delle basi e della prassi può permettere anzi di dedicarsi nella comunicazione orale coi discenti all'approfondimento dei principi e dei valori del sistema.

La mancata ambizione di esaustività o completezza esclude ogni appunto nei confronti delle eventuali carenze, una maggior evidenziazione nell'impianto del volume ad argomenti quali la competenza, le questioni incidentali, la conformità formale ed equivalente, ecc. (pur presenti nel testo) avrebbe però conferito una maggior organicità e pienezza concettuale al libro. Se si comprende l'inclusione della pubblicazione degli atti e della conclusione in causa nella fase probatoria, desta invece qualche perplessità il riferimento tra i mezzi di prova all'accesso e all'ispezione giudiziale nelle cause matrimoniali (§ 8.6. *Acceso y reconocimiento judicial*, pp. 55-56). Un certo affinamento forse meriterebbero anche le nozioni di *Rebeldía* (§ 5.2, pp. 32-33), *Confesion judicial* (§ 8.2, pp. 43-44) e di *Cosa juzgada* (§ 18, p. 83). Gli aggiustamenti suggeriti sono chiaramente più nominali che sostanziali. Analogamente si sarebbe potuto evitare la disgiunzione operata tra appello automatico e appello ordinario in cui si finisce coll'attribuire un carattere impugnatorio alla semplice trasmissione della causa al tribunale di appello. La logica adottata dalla *Dignitas connubii* (Titolo XI) chiarisce opportunamente il punto ed evita equivoci.

Non resta che complimentarsi con l'ulteriore prova di fecondità scientifica e di amore per il diritto della Chiesa di Escrivá Ivars soprattutto per aver mes-

so a disposizione degli studenti un testo molto accessibile e stimolante e ai docenti un supporto per le lezioni e un invidiabile modello di qualità pedagogica. Le ragioni di economia didattica hanno imposto una brevità e una stringatezza che forse non dà piena ragione dell'ampiezza d'orizzonti e del talento dell'Autore ma non ne oscura certo la passione per l'insegnamento e la competenza specialistica maturata.

JOAQUÍN LLOBELL

WILFRIED HARTMANN, KENNETH PENNINGTON (edd.), *History of Medieval Canon Law* (Vol. 3): *The History of Medieval Canon Law in the Classical Period, 1140-1234. From Gratian to the Decretals of Pope Gregory IX*, The Catholic University of America Press, Washington D.C. 2008, pp. XIII + 442.

SONO già trascorsi sette anni dalla pubblicazione del secondo volume di questa *Storia*, le cui caratteristiche principali avevo avuto modo di illustrare in questa rivista (vid. *Ius Ecclesiae* 14 (2002) 304-310). Adesso il terzo volume copre gli anni fondamentali – per la Storia del Diritto Canonico – fra il Decreto di Graziano e la promulgazione del *Liber Extra*. Sono appunto gli anni di creazione dello *ius novum*, grazie sia all'attività delle Università, che all'incessante promulgazione di nuove decretali da parte dei papi. L'intreccio fra insegnamento universitario e creazione legislativa è forse la caratteristica più importante di questo periodo.

All'elaborazione di questo volume hanno partecipato undici autori, tutti specialisti nelle materie che trattano e che hanno lavorato alla redazione dei

loro capitoli per più di quindici anni. Il lungo periodo trascorso dall'inizio del lavoro fino alla sua pubblicazione ha fatto sì che alcuni dei capitoli venissero pubblicati postumi (quelli di Rudolf Weigand e di Charles Duggan) e che, in alcuni casi, i progressi nella ricerca sulle materie trattate fossero indicati soltanto nei riferimenti bibliografici in calce. Il carattere di opera in collaborazione pone infine i problemi tipici di questi lavori, e cioè, quello dei continui rimandi fra i capitoli ed il diverso modo di impostare la trattazione di argomenti simili. Quest'ultimo, paradossalmente, è uno degli aspetti che arricchisce maggiormente un volume, come quello in esame, che non volendo essere un compendio, è destinato principalmente agli studiosi della materia.

Il volume comprende dodici capitoli, due dei quali (1 e 4) sono dedicati al contesto scientifico della nascita dello *ius novum*, quattro (2-3, 5-6) al Decreto di Graziano ed i suoi commentatori, cinque (7-11) ai diversi profili del nuovo diritto pontificio, ed uno (12) al diritto penitenziale, quale fonte di tutta una letteratura specifica.

Michael Hoeflich e Jasonne Graber delineano nel primo capitolo in modo parallelo la creazione di entrambi i diritti (canonico e secolare) come sistemi scientifici, grazie, nel diritto canonico, alla composizione del Decreto e, nel caso del diritto secolare, al lavoro sui testi romani. Il rinnovamento del diritto nei secoli XII e XIII, può cogliersi soltanto se si considera la rinascita degli studi del diritto romano, grazie alla riscoperta dei testi giustinianeï – ed al lavoro compiuto sugli stessi da Irnerio in poi –, e se si tiene conto del cambiamento che la composizione del *Decretum Gratiani* introduce nel diritto canonico. Soltanto la

creazione di questi testi – romani e canonici – avrebbe permesso uno studio scientifico e la nascita (intorno a loro) di tutto un *coetus* di esperti, pronti a preparare i cultori del diritto, sempre più necessari sia per il governo della Chiesa che dello Stato.

Del modo di insegnare il diritto canonico ad opera dei nuovi *magistri* si occupa nel quarto capitolo James Brundage. L'Autore mette in risalto l'interesse dei canonisti per gli sviluppi dei romanisti, con i quali condividono i metodi di insegnamento, nonostante gli sporadici tentativi dei pontefici di separare questi studi. In questo capitolo può trovarsi anche una dettagliata descrizione del curriculum, degli studi e dei metodi di insegnamento.

La composizione del Decreto di Graziano, come si è già detto, segna l'inizio di tutto il rinnovamento del diritto canonico. L'importanza di questa opera è stata per ciò sempre sottolineata da tutti gli studiosi. Offrire una sintesi di tutti gli argomenti relativi alla *Concordia* graziana non è un compito facile, tanto meno dopo l'intenso dibattito degli ultimi anni sulla sua composizione. Lo sforzo di Peter Landau – uno dei maggiori specialisti in Graziano – nel secondo capitolo è chiaramente riuscito. L'Autore offre una sintesi dei principali argomenti sull'opera del *magister*, a incominciare dalla sua misteriosa biografia, segnalando inoltre i punti ancora da chiarire. Lo studio delle questioni riguardanti la composizione dell'opera (data e luogo, fonti materiali e formali) è completato da una sintesi del pensiero canonistico in essa trasmesso, nonché da una bella approssimazione sulla questione della sua ricezione. Questa magnifica sintesi non può non risentire dello stato di incertezza in cui versa la ricerca relativamente al modo di

composizione dell'opera (*Redaktionsgeschichte*). In questo caso Landau usa preferibilmente la terminologia di Winroth e lascia per le note in calce i riferimenti alle proposte di Larrainzar, senza però entrare nel merito della questione.

Se Landau con la sua sintesi sulla ricezione del *Decretum* offre un primo modo per valutarne l'importanza, i capitoli successivi, lo fanno secondo modalità complementari e più approfonditamente. Rudolf Weigand, offre nel capitolo 3 una sintesi dei suoi lavori più noti, e che hanno maggiormente aiutato a conoscere la vera storia della trasmissione del Decreto: mi riferisco ai suoi studi sulle glosse al *Decretum*, che lo hanno reso il principale esperto dei manoscritti della *Concordia*. Lo studio delle glosse non soltanto ha permesso di individuare i manoscritti più antichi, ma soprattutto ci ha permesso di conoscere lo sviluppo delle dottrine canonistiche che hanno nel commento al Decreto il loro punto di partenza. Queste dottrine verranno fissate infine, come commento ufficiale, nella Glossa Ordinaria. Studiare tutte le glosse al Decreto cercando la Glossa Ordinaria come punto di arrivo, permette al Weigand di strutturare con una certa chiarezza uno studio assai complesso e tecnico. Va tenuto comunque conto del fatto che il capitolo presenta le glosse nel suo sviluppo cronologico senza però entrare nel merito del loro contenuto.

Insieme allo studio della ricezione del Decreto (Landau, capitolo 2) e delle sue glosse (Weigand, capitolo 3), lo studio degli altri generi letterari di cui si servono i canonisti per spiegare il Decreto è imprescindibile per capire fino in fondo la portata del rinnovamento operato da Graziano. Allo studio delle principali opere di questi *decretisti*, sono dedicati i capitoli 5 e 6, divisi per ambiti geogra-

fici. Nel 5, Ken Pennington e Wolfgang Müller studiano i lavori dei decretisti italiani, principalmente di Bologna. Nel 6, Rudolf Weigand presenta i contributi dei canonisti d'oltralpe. Mentre Pennington – e soprattutto Müller nella sua presentazione di Uguccio – tentano di andare oltre la cronologia e la diffusione di ogni opera, così come si evince dalla tradizione manoscritta, il capitolo di Weigand resta maggiormente legato a questo tipo di informazione. In entrambi i capitoli si mettono in risalto i problemi critici relativi alle nostre conoscenze e si fa riferimento alla possibilità di contare su edizioni critiche più o meno affidabili. Le informazioni di ambedue i capitoli fanno capire fino a che punto il Decreto sia stato oggetto di studio nonché fino a che punto le nostre conoscenze su questi lavori siano spesso ancora agli inizi.

Come si sa, la continua produzione legislativa dei papi, specialmente con Alessandro III, ebbe delle conseguenze nell'insegnamento del diritto canonico, che non poteva fermarsi ai commenti al Decreto se voleva rimanere aggiornato. Raccogliere e commentare le nuove disposizioni pontificie diventò così un compito non trascurabile per i canonisti. Allo studio di questo nuovo lavoro sono dedicati principalmente i capitoli 7-9. Nel settimo, Ken Pennington offre una brillante sintesi dei principali decretalisti di questo periodo, delle loro opere e dell'influsso degli uni sugli altri. Logicamente, dedica maggior spazio ai più importanti, fra i quali Bernardo da Pavia merita un posto del tutto particolare. Bisogna tener conto del fatto che una parte del contenuto di questo capitolo deve essere collegato con quello del capitolo 9, sempre di Pennington, poiché le collezioni ivi considerate – le *Compilationes Antiquae* – sono opera degli auto-

ri studiati nel 7. Il capitolo 8, di Charles Duggan, mostra i primi tentativi di raccogliere le nuove decretali in collezioni che, non essendo state edite, sono difficili da conoscere ed da classificare. In questo senso, il capitolo del Duggan è di grande aiuto proprio per un aspetto che è molto importante per capire tutte le fasi dello sviluppo dello *ius decretalium*.

I capitoli 10 e 11 sono dedicati allo studio della nuova legislazione dei secoli XII e XIII, promulgata nei concili ecumenici. Nel decimo, di Anne Duggan, dopo una interessante riflessione sull'ecumenicità di alcuni di questi concili, è presentato il contenuto principale dei canoni dei quattro concili lateranensi, mettendo in risalto gli sviluppi dottrinali e d'impostazione fra uni ed altri, dedicando maggior spazio agli ultimi due. Il capitolo 11, di Antonio García y García, presenta il lavoro compiuto dai canonisti sulle costituzioni del IV Lateranense con tutta l'informazione sulla tradizione manoscritta sia degli atti del concilio che di questi lavori dei canonisti.

L'ultimo capitolo è dedicato ad una delle peculiarità dell'ordinamento canonico: l'esistenza di un foro penitenziale (interno), diverso da quello giudiziario (esterno), ma nel quale deve comunque attuarsi il diritto canonico. Joseph Goering offre una spiegazione delle caratteristiche di questo foro penitenziale e ribadisce la sua importanza nella concreta applicazione del diritto canonico. Allo stesso modo, l'Autore presenta una bella sintesi di tutta la letteratura penitenziale, imprescindibile per conoscere in modo completo la storia del diritto canonico di questo periodo.

Dopo questa sommaria presentazione dei contenuti, la valutazione dell'insieme dell'opera non può che essere più che positiva. Da una parte, offre un

sintesi aggiornata fin'ora non disponibile di uno dei periodi più importanti della storia del diritto canonico, sintesi realizzata (e non avrebbe potuto essere altrimenti possibile) dai grandi esperti nelle materie trattate. Dall'altra, la sintesi che si offre resta volutamente aperta per i continui riferimenti a quanto resta da fare. In questo modo, l'opera non è soltanto punto di arrivo delle migliori ricerche degli ultimi anni, ma anche punto di partenza per quelle che dovranno venire.

Logicamente, questo terzo volume, come i due precedenti, costituisce un riflesso dell'impostazione della ricerca storico-canonica di S. Kuttner. Dalla lettura di questo volume si evince subito fino a che punto lo studio sui manoscritti sia progredito in questi ultimi decenni, e come possa considerarsi il miglior modo per conoscere ciò che è accaduto. L'interesse a volte sembra limitarsi ai rapporti fra loro, più che al loro contenuto sostanziale. In questo senso, mi sembra che i curatori siano riusciti ad introdurre nell'insieme anche dei precisi riferimenti ai contenuti sostanziali della legislazione studiata. Questo sforzo – differente nei diversi capitoli – certamente arricchisce l'opera che, altrimenti, sarebbe risultata troppo tecnica e lontana dagli interessi dei non esperti nella *Historia Fontium*.

Non resta che concludere con l'augurio più sincero ai curatori, perché possano dare alla stampa al più presto i volumi che ancora mancano a questa bellissima iniziativa.

NICOLÁS ÁLVAREZ
DE LAS ASTURIAS

CLAUDIO PAPALE, *Il processo penale canonico: commento al Codice di Diritto Canonico Libro VII, Parte IV*, Urbaniana University Press, Roma 2007, pp. 240.

NATO come frutto dell'insegnamento svolto dall'Autore presso la Pontificia Università Urbaniana e quindi indirizzato prevalentemente all'uso didattico, il volume si presenta come una dettagliata analisi della normativa codiciale latina relativa al momento applicativo delle pene canoniche lungo i due binari previsti dal Legislatore, ossia il processo amministrativo e quello giudiziario.

Al fine di collocare gli istituti processuali nel quadro della normativa sanzionatoria, l'A. premette un primo capitolo, di carattere generale, concernente la nozione di delitto e la funzione che svolge l'attività processuale in ordine alla ricerca degli elementi giustificativi dell'applicazione di una pena, la quale costituisce uno strumento, tra altri, di tutela del bene pubblico ecclesiale e di mezzo per ottenere l'emendamento del colpevole.

I capitoli successivi seguono, per così dire, la scansione naturale dello svolgimento di un procedimento penale, partendo dalla cosiddetta *notitia criminis*, fino al sistema delle impugnazioni e all'azione per il risarcimento dei danni. E così, dopo un capitolo dedicato all'indagine previa, l'A. si sofferma sul processo amministrativo (cap. 3), sul processo penale giudiziario (cap. 4), sull'azione per il risarcimento dei danni (cap. 5). L'ultimo capitolo, il sesto, è dedicato alle procedure di competenza della Congregazione per la Dottrina della Fede relative all'esame delle dottrine, disciplinate dalla corrispondente *Agendi ratio in doctrinarum examine* del 1997, ed ai cosiddetti de-

licita graviora, regolati dal m.p. *Sacramentorum sanctitatis tutela* del 2001. Chiude il volume un'appendice documentale concernente gli ultimi due documenti citati presentati nell'originale latino e in traduzione italiana.

La notevole semplificazione che il Codice del 1983 ha apportato a tutto il sistema penale ereditato dalla precedente codificazione pio-benedettina nonché la difficoltà di esaminare la giurisprudenza in materia, quasi sempre coperta dal segreto, ha obbligato l'A. ad un frequente richiamo alla dottrina precedente che presenta a tutt'oggi un valido aiuto interpretativo, oltre ovviamente ai contributi più recenti che l'A. utilizza con cura ed attenzione. Inoltre, la sua formazione civilistica gli consente di addentrarsi con competenza nelle parti tecnicamente più ostiche, presentando in modo ordinato ed accessibile le diverse posizioni dottrinali sui punti più controversi.

Ne risulta un volume didatticamente molto utile non solo per affrontare sistematicamente lo studio del processo penale canonico ma anche per la formazione giuridico canonica in un contesto, quale quello attuale, in cui a volte si rischia di sacrificare le inevitabili esigenze tecniche poste a tutela dei diritti dei fedeli e più in generale del rispetto del principio di legalità, tanto necessario nell'ambito penale, sull'altare di una presunta giustizia rapida ed efficiente che tuttavia non sempre offre adeguate garanzie. Un esempio fra tutti: è noto che il Legislatore del 1983, secondo quanto disposto normativamente e confermato in modo unanime dalla dottrina, abbia voluto privilegiare il processo penale giudiziario come via normale per l'accertamento di un delitto, della colpevolezza e per la scelta dell'eventuale pena da irrogare, lasciando al processo amministrativo

uno spazio ridotto ai casi in cui la certezza del delitto fosse indubitabile o per altra giusta causa che si opponesse allo svolgimento del processo giudiziario (cf. can. 1342). Nella pratica invece si va affermando, anche in deroga al Codice, la prassi di una progressiva amministrativizzazione delle procedure penali estendendole ad ogni fattispecie delittuosa e soprattutto consentendo l'irrogazione amministrativa di qualunque pena.

L'A. cerca di essere fedele al dettato del Codice e dedica uno spazio molto più ampio al processo giudiziario rispetto a quello amministrativo; ciò potrebbe sembrare di fatto poco utile in pratica dal momento che i processi giudiziari penali stanno diminuendo vistosamente rispetto alle procedure amministrative eppure è formativamente molto importante insistere sui principi giuridici sottostanti e contribuire così a mantenerli vivi nella coscienza degli operatori di diritto. Un appunto finale riguarda il m.p. *Sacramentorum sanctitatis tutela*; è vero che la normativa resa pubblica riguardava inizialmente solo il testo del *motu proprio* e la lettera di accompagnamento ai Vescovi, tuttavia, al momento della stesura del volume, erano già state rese note e pubblicate, almeno su internet e in pubblicazioni in lingua inglese, sia le norme sostanziali e processuali del *motu proprio* che le modifiche ad esso apportate tra il 2002 e il 2003 che innovano in modo sostanziale tutto l'impianto della procedura. L'A. avrebbe potuto utilmente tenerne conto e collocarle nell'appendice documentale. Ciò non toglie tuttavia valore a quest'opera che si presenta senz'altro come un lavoro prezioso per conoscere ed apprezzare la normativa canonica processuale che emerge dal Codice di Diritto Canonico.

DAVIDE CITO

DANIELE PERSANO (a cura di), *Gli edifici di culto tra Stato e confessioni religiose*, Vita e Pensiero, Milano 2008, pp. 320.

GLI edifici di culto, mediante l'analisi delle problematiche relative ai vari aspetti della loro disciplina giuridica, non possono non rappresentare oggetto primario dello studio del giurista contemporaneo. L'intrinseco legame tra la professione del culto e l'esercizio dello stesso in luoghi fisicamente identificati e riconoscibili pone oggi tale questione al centro di una forte dialettica multiculturale. Non stupisce dunque che la scelta di un simile tema, a volte ed a torto considerato mero corollario del fondante dibattito in materia di libertà religiosa, inserisca il volume a cura di Daniele Persano tra gli strumenti preziosi, e senz'altro necessari, per muoversi nell'ambito di una disciplina frastagliata, inesorabilmente complessa ed in continuo sviluppo.

Il testo costituisce, infatti, il punto di arrivo di un'approfondita indagine promossa dal Centro Studi sugli Enti Ecclesiastici dell'Università del Sacro Cuore diretto dal Prof. Giorgio Feliciani e raccoglie le posizioni che numerosi studiosi hanno avuto la possibilità di esporre in occasione di un rilevante Convegno di studi realizzato, con l'apporto della LUMSA di Roma, nel giugno 2007. In ogni caso esso differisce sensibilmente da una mera raccolta di atti presentando una coerente linea sistematica razionalmente volta a presentare, con chiarezza e completezza, il quadro normativo in tema di edilizia di culto con particolare riferimento all'ordinamento italiano. Non sono tuttavia omessi i necessari rinvii ai profili propri degli ordinamen-

ti confessionali nonché l'analisi della disciplina specifica di alcuni ordinamenti europei quali la Spagna, la Germania e la Francia.

Innanzitutto e con particolare riferimento alla Chiesa cattolica, Dalla Torre focalizza l'analisi sul rapporto tra *ecclesia* ed edificio di culto ed, accennando con essenziale linearità alle varie tappe del progredire storico della nozione di *domus ecclesiae*, giunge ad una significativa conclusione: la sostituzione progressiva, nel linguaggio del legislatore civile, delle originarie locuzioni con l'espressione "edificio di culto". Mediante un'analisi che potrebbe apparire, a prima vista, meramente esegetica si sottolinea come il mutamento terminologico e l'identificazione di una locuzione "neutra", quale appunto quella di edificio di culto, da un lato risponde alla necessità di chiarezza linguistica in chiave pluralista e dall'altro indica il progredire continuo dei processi di secolarizzazione. Nell'edificio sacro lo Stato contemporaneo intravede «il luogo in cui una porzione più o meno ampia dei cittadini esercita quel diritto di libertà religiosa collettivo che è ormai riconosciuto tra i valori fondanti del moderno Stato democratico». L'esigenza di riconoscibilità del culto, della presenza di segni esteriori e formali diviene, come correttamente rilevato, esigenza essenziale dell'uomo.

La centralità di tale esigenza dovrebbe essere accolta, in questo senso, come principio guida della nomopoiesi legislativa volta alla regolamentazione dell'esercizio del culto. Cardia, in tal senso, sottolinea il processo di progressivo tramonto, o perlomeno di attenuazione, delle vecchie logiche venate di giurisdizionalismo e la rilevante, nonché laica, riscoperta della funzione sociale degli edifici di culto. «È l'interesse religioso

della popolazione che viene in rilievo al momento della costruzione, della manutenzione e ricostruzione del tempio, della sua destinazione, del sostegno economico da parte dello Stato o degli enti locali». Nella realizzazione di tale interesse si concretizza un bisogno sociale primario. Simile rilievo non può non essere condiviso. Nelle dinamiche dello Stato moderno ed in particolare nell'ottica costituzionale italiana, le istanze delle singole formazioni sociali divengono momento di preziosa crescita ordinamentale; nella materia degli edifici di culto lo Stato, salvaguardato come limite inviolabile il proprio fondamento costituzionale, non può più abbandonarsi a prevaricazioni giurisdizionaliste: ciò comporterebbe la perdita della propria identità democratica.

Dalla concezione sociale del ruolo svolto dagli edifici di culto, Cardia trae dunque una speranza: quella di vedere concluso, per lo Stato italiano, un ripensamento legislativo che possa rivestire di condizione giuridica omogenea le molteplici istanze provenienti dalla realtà italiana. Ed, in effetti, in modo pacifico tutti gli autori del testo sottolineano come sia multiforme, o meglio multiculturale, la richiesta di senso giuridico proveniente dalle varie identità confessionali presenti nel territorio. Se, infatti, è ormai sensibilmente mutato l'assetto culturale e religioso «nel senso che i numeri delle nostre tradizionali minoranze religiose devono ormai essere sostituite da macro cifre relative a culti e religioni che vengono da ogni parte del mondo» (Cardia), è altresì vero che la stessa locuzione "edifici di culto" sembra dover lasciare spazio, anche nel linguaggio legislativo, a quella di "luoghi di culto". Ancor più oggi, nel contesto multiculturale ed alla luce delle molteplici istanze sociali, si com-

prende l'antico ed indissolubile legame tra esercizio del culto e godimento degli inviolabili diritti di libertà religiosa. La conoscenza del nuovo assetto sociale rappresenta, sotto questo profilo, momento imprescindibile per addivenire ad una retta regolamentazione della materia. L'ordinamento, dunque, si starebbe evolvendo nel senso di una sostanziale parificazione nella condizione giuridica degli edifici di culto per le diverse confessioni religiose. Tale giuridica parificazione, si rileva, non potrebbe tuttavia costituire gli edifici di culto in categoria omogenea: alla luce del diverso radicamento delle varie confessioni nel tessuto sociale italiano lo Stato non potrà, infatti, operare, e ciò anche in ossequio al principio di uguaglianza costituzionalmente garantito, un livellamento dei vari trattamenti giuridici.

Proprio il vario radicamento delle confessioni religiose sul territorio solleva complessi quesiti pratici relativi al reperimento dei luoghi nonché di strutture adatte ad adempiere alla cura degli interessi religiosi iniziali e non fortemente localizzati. Si fa dunque strada, nella mente degli interpreti, la possibilità di allestire, solo ed esclusivamente mediante l'azione dei pubblici poteri, strutture "polivalenti" perché siano usate a turno od in parte da più confessioni religiose per l'esercizio del culto loro proprio. Tuttavia con puntualità Floris sottolinea che, sebbene si possa guardare con interesse a simili prospettive, esse potrebbero essere attuate solo per una prima e provvisoria cura dei nuovi bisogni religiosi; diversamente, infatti, si rischierebbe di annullare ovvero oscurare le singole identità religiose poiché in tal modo il traguardo dell'integrazione tra fedi diverrebbe mezzo per la disintegrazione della loro intima natura.

Un simile timore non può non essere accolto e condiviso tra gli interpreti. Solo attraverso la salvaguardia dell'identità, della storia e della fede di ciascuna confessione religiosa si può, infatti, addivenire ad una vera integrazione in grado di comporre ogni eventuale conflitto multiculturalmente.

La determinante peculiarità della condizione giuridica degli edifici di culto, giustificata funzionalmente all'esercizio di valori costituzionali di primario rilievo, trova significativa espressione e solleva non pochi quesiti con particolare riferimento alla disciplina del diritto di proprietà. Il volume non omette, sul punto, di valutare con attenzione anche gli aspetti maggiormente pratici del tema in esame giungendo, senza tralasciare la volontà di proporre soluzioni *de iure condendo*, ad analizzare il dato legislativo vigente.

In tema di proprietà, disposizione simbolo e cardine della relativa disciplina all'interno dell'ordinamento italiano, è senz'altro l'art. 831 cod. civ. Il complesso rapporto tra *deputatio ad cultum* ed esercizio dello *ius utendi ed abutendi rei* viene dal legislatore risolto, mediante previsione normativa, con sensibile sbilanciamento a favore della destinazione al culto pubblico. La dialettica tra il diritto di proprietà e la destinazione "sociale" del bene non intacca tuttavia le prospettive negoziali del soggetto proprietario, limitando soltanto alcuni degli effetti che ordinariamente si realizzano tramite gli atti dispositivi dei beni immobili. Ciascun edificio potrà infatti essere oggetto di acquisto ed alienazione, come del resto potrà essere oggetto delle ordinarie procedure esecutive sui beni privati, ma tutto ciò non potrà incidere sul vincolo di destinazione al culto pubblico. Nell'ambito del diritto amministrativo la giuri-

sprudenza si spinge ben oltre stabilendo, con rilevanti pronunce del Consiglio di Stato, determinanti limiti all'azione pubblica: gli edifici aperti al culto non possono infatti essere requisiti, occupati o demoliti se non per gravi ragioni e previo accordo con la competente autorità ecclesiastica. Mediante l'art. 831 cod. civ. si realizza, di fatto, un importante momento di contatto interordinamentale. Se all'atto canonico della *dicatio* viene riconosciuta efficacia civile, non è ammissibile una *deputatio ad cultum* senza il valido consenso prestato *ab origine* dal titolare del diritto di proprietà sui beni. La *deputatio ad cultum publicum* si atteggia, infatti, nel nostro ordinamento come fattispecie complessa, dovendo il provvedimento costitutivo ecclesiastico concorrere, affinché produca effetti civili, con il consenso espresso o tacito del proprietario alla destinazione della cosa allo specifico uso religioso oggetto del provvedimento medesimo; conseguentemente, non sussiste destinazione al culto pubblico quando manca la prova documentale della consacrazione del bene e quando manca pure la prova del consenso del proprietario, senza che tali requisiti possano essere accertati nemmeno mediante presunzioni dedotte da fatti concludenti. Spesso la Suprema Corte di Cassazione italiana è stata chiamata ad esercitare il proprio compito di *defensor legis* in merito a tali previsioni.

Tuttavia l'art. 831 cod. civ., dettato per l'esercizio del culto cattolico, deve oggi essere riletto, sottolinea Marano, sullo sfondo di una evoluzione che «da un lato vede ridimensionata la centralità della problematica relativa alla proprietà privata degli edifici di culto e, dall'altro lato, sollecita a considerare nuovamente la prospettiva di una possibile estensione della disciplina anche ai templi di

culto aperti al pubblico delle confessioni acattoliche, almeno nei luoghi dove sono presenti comunità consistenti di fedeli». Una simile posizione si inserisce, coerentemente con il comune percorso seguito dagli altri autori, nel solco di una nuova analisi della tematica tutta, condotta seguendo le linee evolutive dell'odierno contesto giuridico e tenendo necessariamente conto degli effetti nefasti di un indiscriminato egualitarismo puramente formale.

Ulteriore tematica, di particolare rilevanza, affrontata con grande puntualità ed attenzione nel testo è quella inerente la legislazione regionale. Il meditato e complesso ripensamento dei rapporti interni alla pubblica amministrazione mediante nuove articolazioni nella dialettica potere centrale – potere locale, l'affermarsi progressivo del principio di sussidiarietà nei rapporti tra enti pubblici nonché il profondo mutamento nei rapporti tra le fonti del diritto realizzato con le modifiche al titolo v della Costituzione Repubblicana, hanno avuto senz'altro ripercussioni nei rapporti Stato – Confessioni religiose. In tale contesto l'edilizia di culto è divenuta oggetto di attento studio sia nell'ambito dell'urbanistica sia nell'ambito più ampio, e per certi versi sovrapposto, del diritto regionale. In particolare Rocella sottolinea i diversi atteggiamenti tenuti dai vari enti locali in merito alla predisposizione di norme per la realizzazione di edifici di culto e di attrezzature destinate a servizi religiosi. Questo contributo, attraverso la precisa descrizione dei singoli interventi legislativi regionali, pone accento sul dato giurisprudenziale, essenziale per comprendere la portata innovativa delle nuove competenze legislative locali nella materia in esame. Spesso, infatti, le regioni sono intervenute nel disciplinare

le modalità di edificazione dei luoghi di culto, attraverso l'identificazione delle aree a ciò destinate nei piani regolatori e dei criteri mediante i quali attribuire agevolazioni economiche ovvero regolamentando in chiave generale tutta la materia. Su alcuni di tali provvedimenti – la legge regionale della Lombardia n. 20 del 1992 nonché la legge regionale dell'Abruzzo n. 29 del 1989 – è inoltre stata chiamata ad intervenire la Corte Costituzionale. Quest'ultima, con particolare riferimento al caso lombardo, ha stabilito nella sentenza n. 346 del 2002 l'illegittimità costituzionale dell'art. 1 della indicata legge nella parte in cui limita il diritto all'erogazione dei contributi in essa previsti esclusivamente alla Chiesa cattolica e alle altre confessioni religiose i cui rapporti con lo Stato siano disciplinati ai sensi dell'art. 8, comma 3, Cost. Nell'assegnazione dei sussidi per l'edilizia di culto, stabilisce la Corte, i pubblici poteri non possono introdurre come elemento di discriminazione fra le confessioni religiose l'esistenza di un'intesa ex art. 8, comma 3, Cost., violando in primo luogo la libertà della confessione religiosa di non regolare i propri rapporti con lo Stato tramite intesa, e conseguentemente il principio di eguaglianza dei singoli nel godimento effettivo della libertà di culto. La subordinazione delle sovvenzioni alla sussistenza di un'intesa non può neppure essere invocata per la soluzione del problema di qualificazione delle "confessioni religiose". Per quanto meriti un attento approfondimento, la sentenza citata mostra senz'altro la rilevanza raggiunta, sul piano costituzionale, dagli interventi legislativi regionali in materia di edilizia religiosa.

Il volume non omette poi di affrontare tematiche specifiche e di indubio rilievo quali quelle della definizio-

ne giuridica dei santuari (Dammacco), della dismissione degli edifici di culto – tematica quest’ultima di grande rilievo in Europa – (Cavana), delle fabbricce – recentemente ed a torto ritenute in via di estinzione – (Bordonali). Non viene neanche tralasciata la trattazione degli aspetti tributari, ancor più rilevanti in quanto, stante la previsione nell’ordinamento di particolari forme di agevolazione ed esenzione, «il principio dell’uguaglianza fiscale viene sacrificato ad un interesse ritenuto prevalente»; in tal modo «la disegualianza è costituzionalmente legittima se il fine cui essa è preordinata è costituzionalmente degno di tutela» (De Mita).

Gli edifici di culto, tuttavia, devono talvolta essere considerati anche alla luce del loro intrinseco valore culturale. Spesso, e ciò assai più frequentemente per le chiese cattoliche in Italia, essi si presentano come veri e propri complessi di beni culturali. La rilevanza artistica, l’intrinseca preziosità economica e formativa di alcuni siti di culto non può lasciare indifferente il giurista. Infatti una Chiesa, rileva acutamente Feliciani, non può essere considerata un semplice museo, né tantomeno una preziosa collezione d’arte bensì un complesso dotato di intrinseca ed organica unità, assicurata dalla preordinazione al culto. Alla luce di ciò non stupisce che si pongano problemi di gestione pratica; solo attraverso la collaborazione attiva tra Stato e confessione religiosa, tali problemi possono trovare proficua soluzione.

Restano, infine, da menzionare i preziosi contributi di Castro Jover, Pree e Valdrini. Questi ultimi, infatti, mostrano come la storia culturale, giuridica e politica di ogni singolo Stato, nel caso di specie Spagna, Germania e Francia, sia elemento determinante nell’interpreta-

zione dei rapporti Stato – Confessioni religiose; e ciò anche in riferimento all’edilizia religiosa.

Il testo recensito ha, in conclusione, notevoli pregi ed induce necessariamente ad ulteriori approfondimenti. La chiarezza espositiva degli autori, l’attenta ripartizione degli argomenti infondono al giurista-lettore un senso di forte curiosità e lo stimolano all’autonoma interpretazione delle possibili vie evolutive del diritto in materia di edifici di culto. L’edilizia religiosa diviene così occasione di dialogo interordinamentale ed impone, nel panorama multiculturale, un ripensamento del tradizionale assetto normativo. Quest’ultimo, tuttavia, non appare radicalmente superato ma deve essere posto dal legislatore a fondamento di una nuova disciplina, senz’altro aperta e rispettosa di tutte le istanze sociali meritevoli ma altresì coerente con il dato culturale tradizionale.

DAVIDE DI GIORGIO

GEORGES-HENRI RUYSSSEN, S.J., *Eu-
charistie et Œcuménisme*, Cerf, Paris
2008, pp. 822.

L’AUTEUR, de nationalité belge, est professeur en droit canonique oriental à l’Institut pontifical oriental à Rome. Cet ouvrage est sa thèse, soutenue à l’Université pontificale Grégorienne. Cet ouvrage présente l’originalité d’être le premier «à analyser certaines normes particulières à la lumière d’une comparaison avec la normativité universelle» (p. 17).

Le premier chapitre est consacré à poser les principes de base: «Terminologie et fondements doctrinaux en matière de *communicatio in sacris*» (p. 21-125). Il s’agit donc d’abord de précisions terminologiques concernant la *cis*, sachant que

les traditions chrétiennes utilisent des notions différentes en fonction de l'objet de la *communicatio*. En fonction du contenu, nous avons une *communicatio in spiritualibus*, la *communicatio in sacris*, limitée aux actes du culte sacramentel, le culte liturgique, la *communicatio in sacramentis*, le partage d'autres ressources pour la vie et l'activité spirituelles. Une autre terminologie distingue l'intercélébration, qui n'est acceptée ni par l'Église catholique ni par les Églises orthodoxes, l'intercommunion, qui est une situation exceptionnelle et transitoire fondée sur un accord entre les Églises/Communautés ecclésiales, la communion ouverte généralisée (l'hospitalité eucharistique) ou limitée (graduelle). Les Églises orientales séparées pratiquent la communion «fermée», s'en tenant à la doctrine de saint Cyprien de Carthage et n'adhérant pas au principe que l'Église catholique *subsistit in* (LG 8). La position réformée est celle de la communion «ouverte» généralisée. Quant à la position catholique d'après Vatican II, elle est d'une communion «limitée», «graduelle» («conditionnée» ou «recommandée»). La *cis* est soumise à un double principe régulateur: la manifestation de l'unité (*significatio unitatis*) et la participation aux moyens de la grâce (*gratia procuranda*), ces principes étant complémentaires.

L'auteur examine le rapport dialectique existant entre ces deux principes au sein de la discipline catholique, limitant son propos à l'Eucharistie, sujet central de son étude. Tout d'abord le principe *prohibens: significatio unitatis plerumque vetat communicationem*. «L'Eucharistie n'est pas un moyen pour réaliser la pleine unité visible entre tous les chrétiens» (p. 63, idée qui sera réaffirmée à de nombreuses reprises). Le second principe opère un rééquilibrage: *concedens/*

suadens: gratia procuranda quandoque illam commendat, en soulignant le caractère d'aliment spirituel de l'Eucharistie et donc sa signification comme moyen de grâce. Ces prémisses étant posées, l'auteur passe en revue le cas des Orientaux séparés, avec lesquels la *cis* est non seulement possible, mais recommandable dès lors que ces Églises sont en communion ecclésiale «très étroite» avec l'Église catholique. C'est plus la situation ecclésiale que la *gratia procuranda* qui justifie la *cis* en faveur des Orientaux séparés. Pour ce qui est des Réformés, ils n'ont pas d'Eucharistie authentique commune. Cependant les débats conciliaires ont souligné l'existence d'Églises séparées en Occident possédant les sacrements valides de l'ordre et de l'Eucharistie, tels les vieux-catholiques.

Le chapitre II étudie la «Normativité postconciliaire universelle en matière de *communicatio in sacris*» (p. 127-533). La première section montre le rapport hiérarchique de la normativité en matière de *cis*. Le Directoire de 1993 n'ayant pas été approuvé *in forma specifica*, ses directives et ses orientations doivent être interprétées à la lumière des Codes de droit canonique, eux-mêmes fondés sur les principes conciliaires en matière de *cis*. Les deux Codes constituent des lieux parallèles en matière d'interprétation des normes.

Dans les trois sections suivantes, le P. Ruysen suit dans le détail les trois étapes de la normativité postconciliaire. La première comprend le directoire œcuménique *Ad totam Ecclesiam* de 1967, dont il étudie l'historique et le contenu pour montrer comme la communication s'articule dans la vie et l'activité spirituelles. C'est essentiellement une approche pastorale qui sera suivie, et non fonction de l'appartenance ecclésiale.

le. La démarche doit être individuelle et non causée par une attitude de groupe. Dès 1968 la SPUC publie la note «Dans ces derniers mois» sur l'application du directoire œcuménique, pour exclure toute référence à une urgente nécessité «de type spirituel», parfois revendiquée sur le terrain. En 1970 paraissait la déclaration «Dans ces derniers temps» de l'Église catholique en matière eucharistique commune entre chrétiens de diverses confessions. Y font suite l'instruction «In quibus rerum circumstantiis» de 1972 sur l'admission des autres chrétiens à la communion eucharistique dans l'Église catholique, dont l'auteur étudie la genèse, l'objectif et la structure pour s'arrêter ensuite à son contenu, qui ne traite pas des foyers mixtes ni des groupes œcuméniques; et la note «Dopo la pubblicazione» sur certaines interprétations de l'instruction sur les cas particuliers d'admission d'autres chrétiens à la communion eucharistique dans l'Église catholique, qui vise à écarter la création de catégories nouvelles dans lesquelles la communion eucharistique serait offerte de manière courante. La foi requise ne peut se limiter à la foi en la présence réelle, mais implique la doctrine eucharistique de l'Église catholique. La réciprocité avec les communautés ecclésiales issues de la Réforme ne peut donc se poser. L'auteur prend ses distances à l'égard des interprétations selon lesquelles l'expression «foi conforme» à celle de l'Église catholique n'impliquerait pas une acceptation de toute la doctrine catholique ou permettrait une adhésion purement subjective, etc.

La deuxième étape est marquée par la rédaction des deux Codes. L'auteur examine de façon très détaillée le processus de rédaction des normes sur la *cis* puis la place des canons correspondants

dans le CIC et le CCEO. Il donne ensuite les sources des c. 844/CIC et 671/CCEO, puis montre comment ils reprennent les deux principes fondamentaux de la *cis* avant d'étudier leur structure en cinq paragraphes. Cela le conduit à examiner la discipline en matière de *cis* telle quelle ressort de ces deux canons examinés paragraphe par paragraphe. L'auteur fait remarquer que «le principe d'exclusivité du premier paragraphe concerne en principe tous les sacrements, alors que les exceptions dans les paragraphes suivants ne comportent que la *cis* en matière d'eucharistie, de pénitence et d'onction des malades» (p. 230). Les conditions énumérées au paragraphe 2 sont applicables lors du recours aux ministres des autres frères séparés non orientaux, appartenant à des Églises «équiparées» aux Églises orientales. La participation à la divine liturgie/louange divine orientale séparée satisfait l'obligation dominicale de la part du catholique. Quant au paragraphe 3, il faut noter que «pour l'Église gallicane, l'Église indépendante des Philippines, et d'autres Églises de ce genre, telle l'Église nationale tchèque dite hussite, il n'y a pas de jugement de la part du Siège apostolique, quant à leur statut d'Église «équiparée» aux Églises orientales séparées. Il faut donc en conclure qu'il ne serait pas licite pour les ministres catholiques d'administrer» les trois sacrements envisagés aux membres de ces Églises (p. 258-259). La manifestation de la foi eucharistique, telle qu'elle est enseignée par l'Église catholique, et qui est requise par le paragraphe 4 de ces mêmes canons, «comprend également la profession de foi sur la nécessité du ministre validement ordonné pour présider à l'eucharistie» (p. 273). Quant au paragraphe 5, il n'accorde pas des facultés, mais invite à élaborer des

normes générales ou des règles de droit particulier qui affinent les critères d'accès à la *cis*.

Au terme de cette deuxième étape, l'auteur s'arrête à deux autres aspects, à savoir l'interdiction de concélébration avec des prêtres/ministres appartenant à des Église/Communautés ecclésiales séparées et les sanctions pénales en cas de violation des normes en matière de *cis*.

Il peut alors aborder la troisième étape marquée par la publication du Directoire œcuménique «La Recherche de l'Unité» du 25 mars 1993. Il développe d'abord les raisons, la genèse, les destinataires, les objectifs et le plan du Directoire, relevant qu'il s'adresse aussi aux membres des Églises et des communautés ecclésiales qui ne sont pas en pleine communion avec l'Église catholique. Puis il confronte ce document avec les canons respectifs du CIC et du CCEO en matière de *cis* pour voir comment le rapport dialectique entre les deux principes fondamentaux évoqués est à son tour illustré par ce Directoire. L'analyse porte sur les principes généraux en matière de partage d'activités et de ressources spirituelles, la prière en commun, le partage de la liturgie non sacramentelle, le partage de vie sacramentelle spécialement de l'eucharistie avec les membres des Églises séparées (recours de fidèles catholiques à des ministres appartenant aux Églises orientales séparées et réciproquement) et avec les chrétiens d'autres Églises/Communautés ecclésiales (également dans les deux sens), la *cis* et les mariages mixtes.

La dernière section de ce chapitre présente les perspectives d'avenir, avec la tenue de la XI Assemblée générale ordinaire du Synode des évêques sur l'Eucharistie. L'*instrumentum laboris* «fait

une référence intéressante à la pratique d'inviter les non-catholiques à s'approcher de l'autel pour recevoir une bénédiction au lieu de la communion» (p. 352), pratique qui se retrouve dans des Églises du monde anglo-saxon.

Cela nous permet d'examiner, avec le chapitre III, la «normativité particulière en matière de *communicatio in sacris*». Une première section vise à déterminer l'étendue et les limites des compétences des évêques et des conférences épiscopales en matière de *cis*. Les normes particulières pourront spécifier, par exemple, les «autres cas de grave nécessité qui se fait pressante» du canon 877 § 4 (et 671 § 4 CCEO), ou énumérer «les éléments requis composant la foi catholique/foi conforme quant aux sacrements susdits» ou encore déterminer «des orientations pour les fidèles catholiques afin d'évaluer les situations de «nécessité» ou de «véritable utilité spirituelle», tout en appelant les fidèles et les ministres catholiques à respecter la discipline des Églises/Communautés ecclésiales séparées» (p. 539-540). La normativité particulière s'inscrit également dans le contexte de la promotion du dialogue et de la bonne entente avec les autorités des Églises/Communautés ecclésiales séparées, et permetta aussi d'appliquer le principe de subsidiarité.

Ces principes généraux étant posés, le P. Ruyssen en vient, dans une deuxième section, à l'examen des «normes particulières s'engageant ou épuisant les marges d'appréciation laissées par la normativité universelle», ayant bien soin de sélectionner des dispositions qui ne se limitent pas à l'Europe. Il étudie tour à tour les normes de la conférence des évêques de France, datant du 14 mars 1983, soulignant que, n'émanant pas de l'Assemblée plénière (et n'ayant donc

pas la *recognitio* romaine), il ne s'agit pas d'un texte normatif mais simplement de recommandations pratiques; la note «L'Hospitalité eucharistique des évêques suisses de juin 1986; les normes «One Bread one Body» des conférences des évêques d'Angleterre et du pays de Galles, d'Irlande et d'Écosse, du 30 septembre 1998; le «Revised Directory on Ecumenism for Southern Africa» de la conférence des évêques catholiques d'Afrique du Sud; les normes «Blessed and Broken» de l'archidiocèse de Brisbane, de Pâques 1995; les normes «Policy» du Conseil permanent de la conférence canadienne des évêques catholiques, de 1999, ainsi que les directives du diocèse de Saskatoon; les normes «Guideline for the Reception of Communion» de la Conférence nationale des évêques catholiques des États-Unis, du 14 novembre 1996; les normes «Zur Frage» de la Commission œcuménique de la conférence épiscopale allemande, du 11 février 1997, ainsi que le document «Pastorale Orientierungshilfe» de l'archidiocèse de Vienne et du «manuel» de l'archevêque de Vienne. Toutes ces normes ne constituent pas des décrets généraux dans le sens du c. 455 CIC et ne sont pas revêtues de la *recognitio* par le Saint-Siège. Il existe néanmoins un bon nombre de normes provenant de certaines Conférences épiscopales, qui, dans la plupart des cas, sont bien revêtues de cette *recognitio*. En revanche, ces normes se limitent généralement à simplement reproduire ou reformuler le contenu du c. 844/CIC» (p. 642). Elle sont regroupées dans l'annexe III au présent ouvrage.

La conclusion (p. 723-739) permet à l'auteur de résumer son travail et de préciser qu'un Directoire œcuménique doit être régulièrement mis à jour et tenir compte des diverses situations et as-

pirations des Églises et des Communautés ecclésiales séparées. S'il ne peut tout couvrir, il doit fournir des normes en un langage sobre et clair, soigné et précis, conforme également aux normes canoniques et à l'inspiration conciliaire. «Nous ne demandons pas aux autres de partager cette foi, mais au moins de comprendre les raisons de notre attitude, qui n'est pas fondée sur une discipline arbitraire mais qui est profondément enracinée dans notre communion de foi exprimée par excellence dans l'eucharistie, sacrement de la communion ecclésiale» (p. 739).

L'annexe I donne un schéma récapitulatif des documents du SPUC, l'annexe II le schéma comparatif des c. 844/CIC et 671/CCBO. L'annexe IV fournit au aide-mémoire des normes particulières en matière de *cis*. Suit une abondante bibliographie (p. 773-820).

Le travail réalisé par le P. Ruysen est extrêmement minutieux, complet et équilibré. C'est un modèle du genre. Son utilisation est malheureusement rendue quelque peu difficile du fait d'une table des matières réduite à deux pages seulement, c'est-à-dire ne donnant que les grandes têtes de chapitre. Il aurait été également utile de disposer d'une table des principales entrées. On remarquera, outre quelques belgicisimes et italianisimes, un appareil critique particulièrement abondant: à elles seules, les notes couvrent plus de 380 pages en petits caractères, ce qui souligne bien le sérieux du travail et à quel point il constitue un ouvrage, non seulement descriptif, mais aussi de réflexion.

DOMINIQUE LE TOURNEAU

JOSÉ LUIS SÁNCHEZ-GIRÓN RENEDO, *La cuenta de conciencia al Superior en la Compañía de Jesús*, Editrice Pontificia Università Gregoriana (Serie "Analecta Gregoriana", 301), Roma 2007, pp. 553.

EL presente volumen recoge la tesis de Doctorado en Derecho Canónico de José Luis Sánchez-Girón Renedo, defendida en la Pontificia Universidad Gregoriana el año 2006. Como afirma el autor en la introducción de su trabajo, éste «sólo aspira a ser una contribución que, aportando alguna investigación novedosa y un análisis más detallado de ciertas cuestiones que otros estudios han atendido menos, pueda ofrecer una panorámica de la cuenta de conciencia al Superior en el derecho de la Compañía haciéndose cargo de sus puntos más polémicos» (pp. 27-28).

Para alcanzar el objetivo señalado, que implica describir el contenido, los fines y los demás elementos que configuran la práctica de la cuenta de conciencia al Superior en la Compañía de Jesús, el autor analiza los documentos que a lo largo de la historia han tratado esta materia. El estudio de tales fuentes no está guiado por el solo interés histórico, sino que también se justifica en vistas a ilustrar las raíces de la práctica de la cuenta de conciencia – con las características específicas que posee en la Compañía de Jesús – en su carisma, en la espiritualidad que lo alimenta, en el modo propio de gobierno y en la particular comprensión de la misión de la Orden. En estos elementos espirituales e institucionales es enmarcada la práctica de la cuenta de conciencia al Superior; esta aproximación realista al contexto fundacional, a los desarrollos posteriores y a la praxis

propia, configura para el autor el ámbito de la especial trascendencia de esta práctica en la Compañía de Jesús (respecto de realidades análogas en otros institutos), y del privilegio papal por el cual la Orden no está sujeta a la disposición del c. 630.5 del Código de Derecho Canónico de 1983.

Este enfoque del trabajo, que quiere alejarse de las aproximaciones de tipo normativista tan frecuentes en el ámbito del derecho, hace que el autor en ocasiones remonte sus explicaciones a cuestiones aparentemente alejadas de la concreta práctica que es objeto de estudio. Sin embargo, la correcta redacción y organización de los materiales hacen captar las motivaciones que justifican la profundización en esos aspectos. La claridad de la línea argumental y de la intencionalidad explicativa no obstaculizan, por otro lado, el interés intrínseco de ciertas descripciones históricas del derecho, la espiritualidad o la praxis de la vida y el apostolado de la Compañía de Jesús.

La investigación se divide en una introducción, cinco capítulos, una conclusión y cuatro anexos documentales que presentan los principales textos de referencia para el estudio. Cada uno de los capítulos ofrece una introducción y unas conclusiones que guían la lectura y permiten conservar la panorámica general cuando los desarrollos del texto se detienen en cuestiones más particulares, no pocas veces complejas.

La introducción general ofrece una reflexión sobre el valor que deba atribuirse a los textos en los que se contienen las directivas principales sobre la cuenta de conciencia al Superior: se trata de sentar las bases – y en parte de justificar la pertinencia – de un estudio jurídico sobre tal asunto, teniendo en cuenta el sentido

de las *Constituciones* (con el significado específico que tiene esta expresión en el sistema de fuentes de la Orden) y el carácter de la práctica que es objeto de profundización.

El Capítulo I ofrece un contexto espiritual, histórico e institucional que trata del discernimiento espiritual y de la dirección espiritual (ambos tratados en general en la vida cristiana y en particular en la persona de San Ignacio de Loyola), de los Ejercicios Espirituales, y de los principales parámetros de la identidad de la Orden tal y como se presentan en las *Constituciones*, con especial referencia a su estructura, a su misión y su modo de gobierno.

El Capítulo II contiene una atenta investigación de los textos en los que, junto a las *Constituciones*, se muestra una evolución en la implantación de la praxis de la cuenta de conciencia al Superior en la Compañía de Jesús. La tarea es delicada en la medida en que se manejan diversas versiones de algunos documentos y porque alimenta una afirmación importante desde el punto de vista de la atribución de carácter fundacional a la práctica estudiada (cfr. esp. pp. 122-131, "Una idea muy personal de San Ignacio"). Va tomando forma en este capítulo la universalidad de la práctica, aunque con expresiones distintas, para todos los miembros de la Orden.

Sobre la base de los textos que tratan acerca de ella, el Capítulo III se extiende en la explicación de dos elementos básicos de la práctica de la apertura de conciencia, como son su contenido y su finalidad. Afirmar que la finalidad es la ordenación al "gobierno espiritual" y el contenido la "totalidad" de la vida del jesuita, supone una expresión sintética que no puede dar razón de las 124 páginas de un capítulo muy central del trabajo. En este capítulo se analizan fuentes

antiguas, se formulan consideraciones prudenciales acerca de los períodos y las personas implicadas en la cuenta de conciencia, y se explicitan contenidos de la espiritualidad de San Ignacio que permean el sentido profundo de la praxis de la cuenta de conciencia al Superior. Baste a este propósito señalar que sólo se juzga correctamente ilustrado el nervio de la práctica cuando se lo considera a la luz del clima, y aun del léxico, de los *Ejercicios Espirituales* (cfr. p. ej. pp. 308).

El Capítulo IV se introduce con unas palabras que dan el tono de su contenido, pero también recapitulan el carácter propedéutico de lo que se ha dicho hasta el momento: «lo más singular que tiene la cuenta de conciencia al Superior en la Compañía desde la perspectiva jurídica es, sin duda, su obligatoriedad. Hemos esperado hasta ahora para hablar de ella abiertamente, aunque es muy posible que este aspecto se haya intuido en diversos momentos a lo largo de nuestro trabajo» (p. 315). En efecto, llegado el lector a este punto, se halla en condiciones de captar las razones que se aducen para afirmar la obligatoriedad de la práctica de la cuenta de conciencia en la Compañía de Jesús. Razones éstas que han debido pasar por la criba del paso del tiempo, de distintas orientaciones de gobierno dentro de la Compañía, y de la prohibición general de la obligatoriedad de la práctica en la normativa del Código de Derecho Canónico de 1917, que desembocara en el privilegio concedido por el papa Pío XI en 1923, vigente en la actualidad en el contexto del Código de 1983 (cfr. pp. 356-383). Por su estrecha conexión con el tema de la obligatoriedad, se dedica un amplio espacio al estudio del secreto que conlleva la práctica y del uso de la cuenta de conciencia dada al Superior (cfr. 387-434).

El Capítulo v presenta los perfiles de la práctica de la cuenta de conciencia al Superior en la Compañía de Jesús desde una perspectiva sistemática, recorriendo las situaciones jurídicas implicadas en ella: deberes del jesuita; obligaciones y modo de proceder del Superior; peculiaridades del noviciado; derecho y deber de información, formación y adaptación; derecho a la intimidad. No faltan referencias a situaciones problemáticas que pueden darse en estos ámbitos.

En la breve conclusión final del volumen, el autor ofrece unas líneas que, trasluciendo una implicación más personal en el trabajo, ilustran la respuesta a una pregunta que parece haberlo guiado desde el inicio: «¿qué tiene de especial la Compañía para disponer de este régimen?» (p. 483).

Se retoman a tal fin temas tratados de modo más académico en el conjunto del trabajo. Unos fragmentos de esa conclusión, cuyas comprensión profunda exigiría haber llegado hasta ella a lo largo de una lectura pausada de todo el libro, compendian a nuestro entender la respuesta del autor y en buena parte el conjunto del volumen: «Habría que partir de lo que es central en ese carisma [de la Compañía de Jesús]: la misión. El sentido profundo de la vocación de San Ignacio y sus compañeros, cuyo espíritu se vierte en la Compañía a través del cuarto voto, estaba en cooperar con la misión universal de Cristo en cualquier misión a la que fueran enviados en lugar suyo por el Papa. En la Compañía esto se vive a través del Superior, merced a la delegación de este envío en la figura del Padre General. El modo en que se concibe la misión comporta un derecho muy flexible, acorde con la múltiple variedad de servicios en los que ésta puede concretarse. En tales condiciones

el gobierno recae fundamentalmente en la persona del Superior. Es él quien determina todo cuanto tiene importancia en la vida del jesuita: es quien encomienda la misión, en la cual se integra todo lo demás. El carácter espiritual de su gobierno reposa fundamentalmente en su discernimiento espiritual, para el cual es esencial que disponga de un conocimiento acerca del jesuita que no se podría alcanzar si faltara la cuenta de conciencia (...). La cuenta de conciencia da sentido a un aspecto singular en el gobierno de la Compañía al tiempo que ella misma lo cobra de él: el Superior nunca está vinculado al parecer de sus consultores. El hecho de tener un conocimiento del jesuita al que éstos no acceden, explica esta mutua donación de sentido (...). Este modo de gobierno tiene que ver con el sentido que dio San Ignacio a la obediencia de los jesuitas al Superior; sentido que, nos parece claro, está ligado a su modo de entender la misión como un encargo recibido del mismo en lugar de Cristo (...). El jesuita está hecho de la huella que dejan los Ejercicios. Vive siempre en el discernimiento de la voluntad de Dios – que es ejercicio del juicio y de la voluntad – con una disponibilidad permanente a ser enviado a la misión que mejor se conforme a ella (ser confirmado en la que tiene respondería igualmente a esto). La Compañía quiere y fomenta que los jesuitas sean este tipo de persona. La obediencia debe dar cauce al ejercicio del discernimiento que, por ello, caracteriza su manera de ser y de vivir. No puede frustrarlo. La cuenta de conciencia al Superior ofrece ese cauce» (pp. 487-489).

El derecho de la Compañía de Jesús recogería estas instancias y, sobre el carácter esencial de la práctica, configuraría su carácter jurídico y su regla-

mentación: «en todo este entramado de elementos encontramos razones para afirmar que esta práctica es esencial en la Compañía. Por mucho tiempo la ha considerado explícitamente como un elemento sustancial de su Instituto. Su obligatoriedad podría tomarse como la respuesta jurídica adecuada a su importancia; a su necesidad, podríamos decir» (p. 489).

El trabajo del P. Sánchez-Girón constituye una robusta investigación acerca de un tema cuyos perfiles complejos no se eluden, sino que se manifiestan con vigor y honestidad intelectual. La descripción de problemas y soluciones se lleva hasta el detalle, con el realismo que debería esperarse más frecuentemente de las obras de derecho. Además del interés que ofrece el trabajo por el equilibrado manejo de textos antiguos que modelan conductas actuales y de textos modernos que recogen prácticas centenarias, supone una valiosa muestra de buen hacer jurídico en el ámbito del derecho de los religiosos.

FERNANDO PUIG

JEAN-PIERRE SCHOUPPE (ed.), *Vingt-cinq ans après le code. Le droit canon en Belgique*, préfacé par Godfried Danneels, archevêque de Malines-Bruxelles, ouvrage publié à l'initiative du Groupe de canonistes francophones de Belgique, Bruylant, coll. Droit et religion 1, Bruxelles 2008, pp. 287.

COMME le préfacier le fait remarquer, promouvoir les diverses dimensions du droit canonique dans l'Église exige non seulement de bien comprendre que «l'action d'un Pasteur a pour horizon le droit par la charité, la loi par la grâce, la

justice par le pardon», mais aussi de saisir à quel point «cette tension rend complexe son articulation à un droit d'État de plus en plus insensible à cette spécificité» (p. 8).

Noëlle Hausman, sœur du Sacré Cœur, enseigne à la Faculté jésuite de Bruxelles et dirige la revue *Vies consacrées*. Elle avance de «libres propos théologiques sur le Code de 1983» (p. 19-32), soulignant d'abord que le Concile Vatican II a certes rompu avec le principe épistémologique rationnel sous-jacent à l'articulation systématique inspirée par le droit romain dans l'ancien Code, tradis a «payé un tribut» au principe société et juridique, se barrant ainsi le chemin «à une image de l'Église et de son pouvoir moins calquée sur celle de l'État» (p. 21). Elle montre ensuite que le statut commun de tous les fidèles met en évidence une hiérarchie matérielle des normes. Quelques questions restent non résolues: l'organisation même du Code, la forte distinction entre ordre et juridiction, la nécessité pour un catholique de la forme canonique du mariage *ad validitatem*, le droit à l'intimité propre du c. 220 en ce qui concerne la vie consacrée. C'est précisément principalement pour cette dernière que se présentent des questions nouvelles: l'élaboration d'un droit propre laisse encore à désirer, l'obéissance de tous les membres au Pontife suprême selon le c. 590 § 2, la facilité avec laquelle il est possible de nos jours d'obtenir un indult de sortie d'un institut et donc la dispense des vœux perpétuels, le maintien du texte du c. 207 malgré la contestation de certains auteurs, l'exemption de l'autorité de l'ordinaire du lieu, la clôture pontificale des moniales.

Le professeur Schouppe, cheville-ouvrière de cet ouvrage, secrétaire du

GCF et professeur à l'Université pontificale de la Sainte-Croix, présente «le droit belge complémentaire au Code de 1983» (p. 33-58) en deux points, en s'appuyant sur la subsidiarité *ad intra*. Il examine d'abord les normes complémentaires émanant de la conférence des évêques de Belgique, principalement dans deux décrets, de 1985 et 1986, rangées sous sept rubriques: les ministres sacrés ou clercs (habit ecclésiastique, diaconat permanent), organisation interne des églises particulières (nomination des curés de paroisse pour un temps fixé, conseil presbytéral, collège des consultants), fonction d'enseignement par la radio et la télévision, sacrements (baptême, âge de la confirmation, absolution collective, mariage), lieux et temps sacrés (matière pour l'autel, jours de fêtes de précepte – avec des différences entre les diocèse francophones et les diocèses néerlandophones, jours de pénitence), biens temporels (quêtes, autorisation d'aliénation), procès. Suit l'évaluation critique du droit belge complémentaire au Code, qui fait apparaître d'abord des lacunes quant aux normes présentées par le Code comme obligatoires, que ce soit dans le domaine liturgique et sacramentel, celui de l'admission des séminaristes et de leur formation ou encore celui des biens temporels; puis quant aux normes facultatives dont seule la moitié des canons applicables ont été mis en œuvre; enfin quant aux normes qualifiées par l'auteur de «matérielles», c'est-à-dire qui ne sont pas formellement des normes complémentaires, mais que rien n'empêchait de l'être si les autorités avaient voulu suivre une autre voie juridique: c'est le cas du traitement des plaintes pour des abus sexuels commis dans l'exercice des relations pastorales et du statut diocésain de l'assistant pa-

roissial. Cette dernière catégorie de normes pose, comme l'auteur le relève en conclusion, la question de la liberté de chaque évêque diocésain d'être le seul législateur dans son diocèse, mais aussi celle de la collaboration entre les évêques diocésains et le Siège apostolique, qui correspond à l'ecclésiologie de *communio* léguée par le dernier Concile, et dont les évêques font l'économie s'ils ne prennent pas un décret demandant la *recognitio* dudit Siège apostolique.

«Vers un nouveau concordat pour la Belgique?» Telle est la question posée par mgr Luc De Maere, professeur à la Faculté de Sciences religieuses comparatives d'Anvers (p. 59-73). Le concordat napoléonien de 1801 s'appliquait aussi à la Belgique, alors province annexée à la France. Une fois l'indépendance recouvrée, le roi Guillaume Ier insista auprès du saint-siège pour son maintien provisoire. Avec l'indépendance de la Belgique, en 1930, une seule norme du concordat fut reprise dans la Constitution belge, relative au traitement des ministres du culte qui, à l'époque, étaient exclusivement catholiques romains. Les obligations contractées plus récemment par les autorités belges envers d'autres «cultes ou courants idéologiques reconnus n'ont certainement pas le même *fundamentum in re* que dans le cas de l'Église catholique» (p. 65). L'auteur rappelle qu'Henry Wagnon citait la Belgique comme étant un pays pour lequel un nouveau concordat était superflu, attendu l'autonomie reconnue au pouvoir religieux. Mais «des glissements profonds dans le paysage politique et dans la constellation philosophique font toutefois que le *status quo ante* ne peut plus être considéré comme définitivement acquis» (p. 66). L'auteur énumère de nos jours dix-huit points de friction en-

tre l'Église et l'État. Même si aucune des deux parties ne semble tentée d'avoir recours à un concordat, il ne faut en aucune manière l'exclure a priori, compte tenu du fait qu'«un accord partiel ferait mieux l'affaire que d'incessantes discordes» (p. 73).

Alphonse Borras, vicaire général de Liège et professeur à l'UCL et à l'ICP, trace «la voie belge des unités pastorales» (p. 75-97). Ces unités pastorales sont apparues depuis une vingtaine d'années bien souvent pour remplacer les secteurs pastoraux. Elles entrent dans le cadre du c. 374 § 2 qui prévoit de regrouper (non «d'unir», comme le dit la traduction française) des paroisses voisines dans un but pastoral. Le directoire *Apostolorum successores* de 2004 les mentionne au n° 215/b, l'auteur y voyant un «manuel» d'application pratique.

Le professeur Louis-Léon Christians, de l'UCL et de l'ICP, décrit «la figure nouvelle des assistants paroissiaux. Évolutions canoniques et cascades juridiques» (p. 99-117). L'article 181 de la Constitution belge inclut dans la catégorie de «ministres des cultes» l'ensemble du personnel religieux dont le traitement est assuré par l'État. Il a ainsi pu s'appliquer aux diacres sans révision constitutionnelle. Cependant la notion d'«assistant paroissial» a été explicitement inscrite dans la législation belge en 2005, alors même que la Conférence des évêques de Belgique n'a pas publié de statut propre les concernant. L'État belge prend donc en compte un régime canonique relatif aux conditions de formation, nomination, fonction et révocation de ces offices canoniques laïcs. Il le fait en reconnaissant à l'«assistant pastoral» et la condition de «ministre du culte» et un régime spécifique. À l'avenir, l'on peut s'attendre à ce que l'État ne fasse plus appel à des

concepts à connotation religieuse, mais à des notions plus neutres.

«Les instituts de vie consacrée et les sociétés de vie apostolique» sont présentés par le P. Benoît Malvaux, s.j., directeur de *Lumen Vitæ* (p. 119-144). Après avoir montré que la vie consacrée est une réalité en évolution permanente, l'auteur étudie les normes du Code latin, aussi bien quant à leur place dans le CIC 83 que dans leur teneur matérielle. Il termine sa contribution par «quelques questions ouvertes», qui ne concernent pas davantage spécifiquement la Belgique: l'apparition de nouvelles formes de vie consacrée, par exemple chez des mouvements et des communautés nouvelles, pour lesquelles l'obligation du célibat pose souvent problème; la place des laïcs associés, à la charnière entre laïc et vie consacrée, pour lesquels une certaine participation à la vie d'une communauté religieuse, si elle n'est pas prévue par le Code, est admise par la Congrégation pour les instituts de vie consacrée et les sociétés de vie apostolique.

Jean-Pierre Schoupe et Patrick De Pooter, ce dernier coordinateur international de l'Institute Canon Triest de Gand, nous conduisent «sur les traces du droit canonique des biens temporels en Belgique» (p. 145-171). Ayant défini la notion de «biens ecclésiastiques», les auteurs examinent la gestion du patrimoine ecclésiastique, y compris les fabriques d'églises, tant en région wallonne qu'en région flamande, dont la législation civile a été «canonisée» par le IV^e concile de Malines, en 1920, puis s'attardent aux choses sacrées et aux biens précieux. Ils envisagent ensuite l'érosion du patrimoine diocésain et paroissial en Belgique avec les différentes formes de réduction de ce patrimoine, la crainte

étant de voir l'État devenir en mesure d'obliger la fabrique à réaliser ses biens avant d'intervenir pour couvrir les frais et dépenses de la fabrique. Une question délicate a trait aux biens ecclésiastiques des instituts de vie consacrée dont la vente peut faire entrer en concurrence des normes de droit canonique et des normes de droit civil. Les auteurs proposent en conclusion des orientations visant à préserver les patrimoines ecclésiastiques.

Georges Rouel, membre du GCF, se penche sur «le mariage et sa protection judiciaire à la lumière des discours de Jean-Paul II à la Rote romaine» (p. 173-194), discours qu'il classe en cinq périodes, 1980-1985 ou l'attente du Code, 1987-1992 ou la mise en œuvre du nouveau Code, 1994-1997 ou l'accent mis sur la personne humaine, 1999-2003 ou le mariage proprement dit, à partir de 2004 ou les juges de la Rote confrontés aux idées actuelles, périodes auxquelles viennent s'ajouter quatre discours à caractère général. L'auteur conclut en reconnaissant à ce mode d'intervention du pape une «fonction doctrinale-directive-normative», sans qu'une mention formelle soit nécessaire pour qu'ils obligent juridiquement et moralement, comme Jean-Paul II l'a lui-même déclaré en 2005.

«Les nouveaux tribunaux interdiocésains et les procès matrimoniaux» est la contribution de Jean-Pierre Lorette, vicaire épiscopal de Tournai (p. 195-217). L'auteur commence par définir ce qu'est un tribunal ecclésiastique, soulignant que depuis 2005 la province ecclésiastique belge est entièrement régie par des tribunaux interdiocésains de première et deuxième instance. Il décrit ensuite les procédures en déclaration de nullité de mariage avant d'en venir à la nouvelle configuration des officialités belges, en

Belgique néerlandophone puis en Belgique francophone et germanophone. Il explique que l'évolution récente est plus à comprendre comme une déconcentration de la mission jadis dévolue au tribunal métropolitain de Malines-Bruxelles. Mais en réalité, c'est la carence de ministres ayant les titres requis qui a amené les évêques de Belgique à unir leurs ressources humaines. L'auteur termine par l'examen du fonctionnement concret des tribunaux interdiocésains francophones.

«Un droit pénal en panne? Sens et incidence du droit pénal canonique» (p. 219-238). Tel est le titre du texte d'Alphonse Borrás, vicaire général de Liège et professeur à l'UCL et à l'ICP. Il commence par rappeler que le droit canonique concerne les comportements ecclésiastiques *sub ratione iusti*, puis énumère les éléments subjectif, objectif et légal du délit pour se demander si les sanctions visent à punir ou à corriger, notant que la voie pénale ressortit à l'exception, la «voie normale» face à un délit étant la pénitence. Moyennant quoi, les peines canoniques se présentent comme des pénitences aggravées. Ceci étant, il faut reconnaître que l'Église n'a plus les moyens de punir ses fidèles et que les sanctions ne s'appliquent en définitive pratiquement qu'aux clercs et aux autres fidèles relevant de la fonction publique, analyse que semble corroborer l'activité législative récente de l'Église catholique.

Louis-Léon Christians expose «l'expérience de dispositifs canoniques spécifiques face aux cas de délits sexuels du clergé» (p. 239-255). Une Commission interdiocésaine a été mise en place en Belgique en 2000 pour traiter de ces cas et articuler la discipline ecclésiastique aux exigences publiques. Le motu proprio Sa-

cramentorum tutela, de 2001, n'en modifie pas profondément le fonctionnement. L'auteur aborde la question d'un devoir éventuel de la Commission d'informer les autorités policières et judiciaires de l'État. Il reconnaît que les délais de prescription ou les limites d'âge propre au droit pénal canonique peuvent autolimiter les compétences formelles de ladite Commission.

Une dernière contribution, due à Kurt Martens, professeur à la Catholic University of America, porte sur les «procédures administratives, recours hiérarchiques et réconciliation» (p. 257-279). Il étudie la procédure de conciliation, celle des recours administratifs telle qu'elle ressort de la pratique, les offices ou conseils de réconciliation en général, en Hollande et en Belgique. Il conclut son propos par le «due process» tel qu'il est organisé aux États-Unis, par un rapport en 1969-1972 avant le Code, puis après le CIC de 1983 et le projet pilote de 1993. L'auteur signale des initiatives intéressantes en Grande-Bretagne et au Canada, inspirées de l'exemple américain, qui sont un embryon de tribunal administratif. «Même si l'absence de tribunaux administratifs est à considérer comme une lacune, souligne-t-il, la procédure de recours hiérarchique constitue quand même une alternative digne mais, hélas, mal connue» (p. 279).

DOMINIQUE LE TOURNEAU

ELOY TEJERO, *Sacramenta, communio et ius. Datos históricos permanentes*, Eunsa, Pamplona 2008, pp. 455.

IL presente volume vuole raccogliere alcuni dei frutti dei più di quaranta anni che il professor Eloy Tejero ha dedicato alla ricerca e all'insegnamento, principalmente della Storia del Diritto Cano-

nico presso la Facoltà di Diritto Canonico dell'Università di Navarra (Spagna). Sono sedici articoli che –apparsi precedentemente su pubblicazioni specializzate– mostrano la profondità del pensiero del professor Tejero nonché il suo rigore metodologico. Vorrei perciò salutare con gioia questo modo di commemorare l'attività docente, cioè rendendo disponibili a tutti in un unico volume, articoli che rischiavano di andare smarriti, sparsi in luoghi così diversi e, a volte, di non facile accesso.

Come si sa, il fondamento del diritto canonico è stato uno degli argomenti più salienti negli ultimi forse cinquanta anni. È stato appunto un periodo in cui l'esistenza del diritto nella Chiesa si è dovuto ribadire ogni volta con maggior profondità, prima contro gli antiggiuridicisti provenienti dalle tesi di Rudolph Sohm e dopo contro quelli intraecclesiali dell'immediato dopo-Concilio Vaticano II. Il fondamento del diritto canonico nel mistero della Chiesa consente logicamente prospettive diverse. In ogni caso, più è radicato il diritto canonico in ciò che è specificamente ecclesiale, e meglio fondato apparirà ai nostri occhi. In questo cammino, l'indagine storica occupa un posto non indifferente. Il radicamento di ciò che è strettamente giuridico nella natura stessa della Chiesa come voluta da Cristo si deve poter verificare storicamente.

In questo percorso di verifica storica dell'ecclesialità del diritto canonico emerge con chiarezza il suo rapporto con i sacramenti e con la nozione di *communio*, come descrittiva della natura della Chiesa. Gli studi qui raccolti lo dimostrano sotto diversi aspetti e in tutti i periodi della storia della Chiesa.

Se la *communio* è la nozione fondamentale per capire la natura della Chiesa, co-

me questa si articoli è molto importante per capire fino a che punto il giuridico sia incluso in essa. Il primo dei contributi pubblicati nel volume si sofferma sul carattere veramente giuridico della *communio* così come appare descritta nel Nuovo Testamento in rapporto con il *mysterium salutis*. I rapporti fra questa *communio* e i sacramenti, e più genericamente la sacramentalità della Chiesa, fu studiata principalmente da Sant'Agostino, anche se in modo non sistematico. La presentazione fatta dall'Autore nel capitolo 3 struttura in modo organico quanto scritto dal santo vescovo d'Ippona in tono polemico e in scritti diversi. Ma la *communio* è per sua stessa natura *ierarchica*. In questo senso, lo studio del ministero ordinato risulta imprescindibile. L'Autore lo fa dal punto di vista del servizio nel capitolo quinto del volume, mettendo così in risalto il carattere tradizionale del linguaggio del Vaticano II sui sacri ministri.

La nozione di *communio* è stata utilizzata anche ai nostri giorni per la nozione teologica di Chiesa Particolare, in modo diverso nelle ecclesiologie cattolica e ortodossa. Lo studio delle chiese particolari per la comprensione della vera natura della Chiesa può portare a riduzionismi che sono stati sottolineati dalla Congregazione per la Dottrina della Fede (vid. Litt. *Communio notio*). Un approccio storico alla questione risulta sempre illuminante, come si vede nel capitolo relativo a questa problematica, il quarto di questo volume.

I contributi sull'antichità si completano con lo studio della legislazione sul martirio nella *Didascalia Apostolorum* (capitolo 2), che serve per illustrare l'armonia fra diritto e carità sin dagli inizi della vita della Chiesa.

Il Medioevo è stata l'epoca delle gran-

di sintesi sia nella teologia che nel diritto canonico. Questa sintesi è stata realizzata attraverso l'adozione di categorie tecniche che hanno dato alle scienze sacre chiarezza e precisione. Fra i campi in cui la teologia medievale ha dato chiarezza alla dottrina tradizionale spicca quello dei sacramenti. Lo studio delle conseguenze giuridiche dei sette sacramenti alla luce della categoria principale della *res et sacramentum* nella sintesi di Tomaso d'Aquino risulta di grandissimo interesse per capire sempre meglio il carattere intrinsecamente giuridico di tutta l'economia sacramentale (capitolo 6).

La chiarezza di queste nozioni medievali servono anche all'Autore per venire incontro ad esigenze contemporanee riguardanti il sacramento della penitenza. Più precisamente la comprensione di quale sia la sua vera *res et sacramentum* (capitolo 7) e quale siano le condizioni per la validità delle assoluzioni collettive (capitolo 8).

Fra i sette sacramenti, quello più studiato da Eloy Tejero è stato, senza dubbio, il matrimonio, e non semplicemente dalla prospettiva storica. Dalla pubblicazione della sua tesi sulla dottrina del matrimonio dei canonisti e teologi dei secoli XIV al XVI nel lontano 1971, sino alla sua recente monografia sul canone 1095 (pubblicata dapprima nel 2005 e poi nel 2007), l'Autore non si è mai allontanato dalla tematica matrimoniale. In questo volume sono sei i capitoli dedicati a questo sacramento.

Nei capitoli 9 e 10 il professor Tejero affronta la questione della sacramentalità del matrimonio secondo l'insegnamento dei Padri e della prima scolastica. Da buon storico, l'Autore tenta di individuare in ogni caso il senso preciso che il termine *sacramento* assume nel discorso teologico.

I capitoli 11, 12 e 13 si concentrano in momenti concreti della storia del diritto matrimoniale canonico. Nel capitolo 11 è presentata la dottrina su questo sacramento espressa in una delle fonti canoniche pre-grazianee ancora non edite: la *Collectio Cesaraugustana*, al cui studio critico l'Autore ha dedicato parte della sua ricerca. Nel capitolo 12 è illustrata la riflessione sul matrimonio stimolata dall'evangelizzazione dell'America, per i problemi pastorali che la teologia e il diritto del momento devono tentar di risolvere. Per ultimo, in relazione con la riforma di Martino Lutero, il capitolo 13 studia l'introduzione nella teologia sul matrimonio del discorso sul diritto naturale.

I capitoli 14 e 15 sono riferiti all'odierna situazione del matrimonio, sia nella società che nell'ordinamento canonico. Nel 14, l'Autore mostra le conseguenze della dottrina cattolica sul matrimonio nella comprensione della Chiesa delle situazioni di crisi che oggi soffrono tante famiglie. Nel 15 si presenta la *ratio* dei capitoli di nullità di ignoranza e di errore sull'identità presenti nel Codice vigente, facendo anche riferimento alla loro storia.

Il volume si chiude con uno studio delle disposizioni della Conferenza Episcopale Spagnola in materia liturgico-sacramentale, nel quale si mostra anche la continuità di questi disposizioni con la tradizione viva delle Chiesa.

Dopo questo breve riassunto, vorrei, per concludere, sottolineare due conclusioni che emergono dalla lettura di questo volume e che forse caratterizzano anche tutto il lavoro svolto dal professore Tejero nei suoi anni di ricerca ed insegnamento. La prima è che lo studio della storia ammette una pluralità di approcci e che soltanto tenendo conto di questa pluralità la storia in quanto disciplina scientifica è in grado di servire ad una miglior comprensione del diritto canonico. In effetti, negli studi qui raccolti si possono evidenziare diversi aspetti degli argomenti: dagli studi critici sulle fonti, alla presentazione delle dottrine degli autori; dallo studio 'condizionato' dal presente a lavori in apparenza lontani dai problemi di oggi.

La seconda conclusione è che lo studio della storia dimostra fino a che punto quella *ermeneutica della continuità* raccomandata da Papa Benedetto XVI per la comprensione degli avvenimenti storici della Chiesa sia veramente quella più adatta per capire il processo di crescita dell'ordinamento canonico.

Non resta che reiterare i più fervidi auguri a don Eloy Tejero per la pubblicazione di questo bel volume, ma soprattutto per i suoi lunghi anni di feconda ricerca nel campo della storia del diritto canonico, ricerca che auguriamo continui nei prossimi anni.

NICOLÁS ÁLVAREZ
DE LAS ASTURIAS

DOCUMENTI

ATTI DI BENEDETTO XVI

*Litterae Apostolicae «Antiqua ordinatione» motu proprio datae quibus Supremi Tribunalis Signaturae Apostolicae “lex propria” promulgatur, 21 giugno 2008, in AAS, 100 (2008), pp. 513-538 (fasciolo 8°, datato 1° agosto 2008, pubblicato il 17 dicembre 2008).**

INDEX

Motu proprio «Antiqua ordinatione»

Lex propria Supremi Tribunalis Signaturae Apostolicae

Titulus I. De constitutione et muneribus [artt. 1-31]

Caput I. De constitutione Signaturae Apostolicae [artt. 1-4]

Caput II. De singulis muneribus [artt. 5-15]

Caput III. De patronis [artt. 16-20]

Caput IV. De disciplina servanda [artt. 21-29]

Caput V. De expensis et de gratuito patrocinio [artt. 30-31]

Titulus II. De competentia Signaturae Apostolicae [artt. 32-35]

Titulus III. De processu iudiciali [artt. 36-72]

Caput I. Normae generales [artt. 36-50]

Caput II. De querelis nullitatis contra decisiones Rotae Romanae [artt. 51-54]

Caput III. De petitionibus restitutionis in integrum contra decisiones Rotae Romanae [artt. 55-57]

Caput IV. De recursibus adversus denegatum a Rota Romana novum causae examen [artt. 58-61]

Caput V. De exceptionibus suspicionis contra Iudices Rotae Romanae [artt. 62-65]

Caput VI. De causis contra Iudices Rotae Romanae [artt. 66-69]

Caput VII. De conflictibus competentiae inter Tribunalia [artt. 70-72]

Titulus IV. De processu contentioso amministrativo [artt. 73-105]

Caput I. De recursibus adversus actus administrativos singulares [artt. 73-94]

Caput II. De actus amministrativi executionis suspensione [artt. 95-100]

Caput III. De damnorum reparatione [artt. 101-103]

* Vedi alla fine lo studio di J. LLOBELL, *La nuova “lex propria” della Segnatura Apostolica e i principi del processo canonico.*

- Caput iv. De controversiis administrativis Supremo Tribunali delatis [art. 104]
- Caput v. De conflictibus competentiae inter dicasteria [art. 105]
- Titulus v. De administrativa ratione procedendi [artt. 106-121]
- Caput i. De rectae administrationis iustitiae invigilantia [artt. 110-112]
- Caput ii. De sanctionibus disciplinaribus [art. 113]
- Caput iii. De recursibus hierarchicis [art. 114]
- Caput iv. De commissionibus aliisque rescriptis [artt. 115-117]
- Caput v. De nullitatis matrimonii declaratione [art. 118]
- Caput vi. De decretis executivitatibus in ordine ad effectus civiles obtinendos [artt. 119-121]
- Titulus vi. De iure applicando [art. 122]

ANTIQUA ordinatione tribunalium *Signaturae papalis gratiae et iustitiae* suppressa, ante centum annos Supremum Signaturae Apostolicae Tribunal restituit, vel melius instituit, Sanctus Decessor Noster Pius PP. X, Constitutione Apostolica scilicet *Sapienti consilio* die xxix mensis Iunii anni mcmviii edita, qua Curiae Romanae ordinatio apte recognoscebatur, cuique adnexa erat *Lex propria Sacrae Romanae Rotae et Signaturae Apostolicae*. Idem quoque Summus Pontifex *Regulas servandas in iudiciis apud Supremum Apostolicae Signaturae Tribunal* die vi mensis Martii anni mcmxii confirmare ratasque facere dignatus est; quin immo vim iisdem auctoritatemque *Legis peculiaris* pro Supremo Apostolicae Signaturae Tribunali attribuens, in Actis Apostolicae Sedis referri, promulgari et ab omnibus, ad quos spectaret, stricte in posterum observari iussit.

Competentiae Signaturae Apostolicae ita determinatae a Successore eius Summo Pontifice Benedicto PP. XV, ad instantiam Eminentissimi Michaëlis S.R.E. Cardinalis Lega, Supremi Tribunalis Praefecti, chirographo *Attentis expositis* diei xxviii mensis Iunii anni mcmxv auctae et dein denuo expositae sunt in *Codice Iuris Canonici*, ab eodem Decessore Nostro paulo postea, id est die xxvii mensis Maii anni mcmxvii, promulgato.

Quae fere immutatae permanserunt usque ad Constitutionem Apostolicam *Regimini Ecclesiae universae*, qua Summus Pontifex Paulus PP. vi, venerandae memoriae, die xv mensis Augusti anni mcmlxvii novam Romanae Curiae ordinationem ad effectum alacriter adduxit, Sectionem Alteram ad summa eaque principalia fidelium iura aptius tuenda apud Tribunal Signaturae Apostolicae induxit eiusque munus rectae iustitiae administrationi invigilandi ad causas quoque matrimoniales extendit.

Huiusmodi magnae innovationes requirebant ut quam primum *Normae Speciales* redigerentur, quae ab eodem Summo Pontifice iam die xxiii mensis Martii anni mcmlxviii ad experimentum approbatae sunt, deinceps *Regulas servandas* substituerunt et per quadraginta annos viguerunt in periodo profundae recognitionis legislationis canonicae.

Promulgavit enim Servus Dei Ioannes Paulus PP. II die xxv mensis Ianuarii anni MCMLXXXIII Codicem Iurie Canonici, die xxviii mensis Iunii anni MCMLXXXVIII Constitutionem Apostolicam *Pastor bonus* et die xviii mensis Octobris anni MCMXC *Codicem Canonum Ecclesiarum Orientalium*.

Quibus omnibus feliciter completis, tandem aliquando aggrediendum erat opus redigendi *Legem propriam*, quae iuxta art. 125 Constitutionis Apostolicae *Pastor bonus* Supremum regeret Tribunal Signaturae Apostolicae. Paratum schema *Legis propriae* Eminentissimi ac Excellentissimi huius Supremi Tribunalis Patres, moderante Eminentissimo Augustino S.R.E. Cardinale Vallini eiusdem Dicasterii Praefecto, in Congregatione Plenaria dierum xv et xvi mensis Novembris anni MMVII sedulo subiecerunt examini atque emendatum normarum textum Nobis deferendum statuerunt ut Apostolica sanctione ditaretur.

En recognita

Lex propria Supremi Tribunalis Signaturae Apostolicae.

TITULUS I

DE CONSTITUTIONE ET MUNERIBUS

Caput I.

De constitutione Signaturae Apostolicae

Art. 1. § 1. Supremum Tribunal Signaturae Apostolicae constat coetu Patrum Cardinalium et Episcoporum, qui a Summo Pontifice nominantur; ei praest Cardinalis Praefectus, ab Eodem Summo Pontifice delectus.

§ 2. Coetui Membrorum adscribi quoque possunt aliqui clerici, integrae fama, in iure canonico doctores atque eximia doctrina canonica praediti.

§ 3. Supremum Tribunal, nisi aliud caveatur, causas cognoscit per collegia, salva facultate Praefecti eas deferendi ad Signaturam Plenam.

§ 4. Sancta Sede vacante, Praefectus et Membra a munere cessant.

Art. 2. § 1. Praefecto auxilio est Secretarius in Signaturae Apostolicae negotiis personisque moderandis.

§ 2. Sancta Sede vacante, Secretarius ordinario moderamini Signaturae Apostolicae prospicit, negotia tantum ordinaria gerens; ipse vero indiget confirmatione Summi Pontificis, intra tres ab Eius electione menses.

Art. 3. In Dicasterio operam praestant Promotor iustitiae, Defensor vinculi, Promotores iustitiae Substituti et Praepositus Cancellariae, necnon congruus Officialium et Adiutorum numerus. Eidem adsunt, tamquam consultores, Referendarii.

Art. 4. Secretarius, Promotor iustitiae, Defensor vinculi, Promotores iustitiae Substituti, utpote Administrum maiores, necnon Referendarii a Summo Pontifice nominantur. Officiales et Adiutores assumuntur ad normam Ordinationis generalis Romanae Curiae.

Caput II.
De singulis muneribus

Art. 5. § 1. Praefectus Signaturam Apostolicam moderatur, eam dirigit eiusdemque personam gerit.

§ 2. Ipsius potissimum est:

1° Collegium Iudicum constituere vel Signaturam Plenam convocare, designare Ponentem et Iudicum Sessionibus praeesse;

2° Congressui praeesse et in eo decisiones ferre;

3° petitas gratias concedere et decreta decisoria extra Congressum ferre.

Art. 6. § 1. Secretarius, sub auctoritate Praefecti, omnia ad instructionem et expeditionem negotiorum spectantia peragenda curat.

§ 2. Ipsius potissimum est:

1° instantias receptas aliasque quaestiones examinandas committere;

2° recursus aliasve instantias, si casus ferat, in limine reicere;

3° munus Auditoris explere;

4° Iudicum conventui adstare ad causam illustrandam, salvo art. 47, § 2;

5° curare ut epistolae et decreta a Praefecto vel a seipso subsignanda rite redigantur;

6° bona administrare.

§ 3. Vices Praefecti absentis vel impediti gerit, salvo casibus ipsi Praefecto reservatis.

Art. 7. § 1. Promotor iustitiae, quem saltem duo Substituti adiuvant, intervenit in causis et quaestionibus rectam administrationem iustitiae spectantibus.

§ 2. In causis iudicialibus et contentiosis administrativis dimicat super partes pro iustitia et veritate; in causis vero poenalibus et disciplinaribus, mandante Praefecto, promovet actionem.

§ 3. Vices Secretarii impediti vel absentis agit.

§ 4. A munere cessat septuagesimo quinto aetatis expleto anno.

Art. 8. § 1. Defensor vinculi intervenire debet in causis et negotiis in quibus agitur de nullitate sacrae ordinationis aut de nullitate vel solutione matrimonii; praeter casus in quibus ex natura rei eius interventus evidenter requiritur, Secretarii est decernere utrum intervenire debeat, necne, firmo art. 22.

§ 2. Ipse officio tenetur proponendi et exponendi omnia quae rationabiliter adduci possint adversus nullitatem vel solutionem.

§ 3. A munere cessat septuagesimo quinto aetatis expleto anno.

Art. 9. Ad munus promotoris iustitiae vel defensoris vinculi in casu exercendum, Secretarius iusta de causa deputare potest, praeter Administros maiores, Referendarios aliosve peritos.

Art. 10. § 1. Referendarii, salvo art. 9, munus obtinent consultorum, qui votum pro scientia et experientia super proposita quaestione proferunt.

§ 2. Referendarii ornari debent laurea doctorali in iure canonico necnon honestate vitae, prudentia et iuris peritia enitere.

Art. 11. § 1. Praepositus Cancellariae eandem, sub ductu Secretarii, moderatur.

§ 2. Ipsius potissimum est acta nomine Cancellariae expedienda signare, sigillum Signaturae Apostolicae custodire, summarium causarum conficere et mandata solutionis vel exactionis parare.

§ 3. Adiuvantibus Notariis et addictis, ipse praesertim quoque prospicit ut acta omnia, quae ad Signaturam perveniunt, in protocollo referantur; progressus causarum adnotetur; epistolae, decreta et rescripta, iuxta mandata recepta, rite conficiantur et expediantur; acta in tabulario rite custodiantur atque in bibliotheca adsint necessaria consultationis opera.

§ 4. Ipse curat ut omnes decisiones colligantur, quarum aliquae, quotannis a Praefecto in Congressu selectae, ope Supremi Tribunalis publici iuris fiunt.

Art. 12. § 1. Praepositus Cancellariae ceterique notarii publicam fidem faciunt de actis coram se gestis ac cum autographo exemplarium testantur fidelitatem.

§ 2. Secretarius addictis Cancellariae ad actum munus notarii concedere valet.

Art. 13. § 1. Notarii et addicti Cancellariae, pro peculiaribus muneribus ipsis concreditus, epistolae, decreta et rescripta exscribunt ac de statu quaestionum pertractandarum referunt.

§ 2. Notariorum senior nominatione vices gerit Praepositi Cancellariae ad tempus absentis vel impediti.

Art. 14. Apparitores Signaturae munere quoque cursoris funguntur.

Art. 15. Administrum maiores, Officiales et Adiutores, in Indice munerum (*Tabella organica*) Signaturae Apostolicae recensiti, munera sibi assignata sub ductu Superiorum sedulo adimpleant.

Caput III.

De patronis

Art. 16. § 1. Partes stare in iudicio possunt solummodo per patronum, seu procuratorem-advocatum.

§ 2. Quod si pars recurrens, de re certior facta, intra praestitutum terminum non providerit nec idoneam excusationem attulerit vel gratuitum patrocinium obtinuerit, Secretarius causam declarat peremptam.

Art. 17. § 1. Causarum patrocinium suscipere possunt Advocati apud Curiam Romanam.

§ 2. Admittuntur praeterea in causis iudicialibus, de quibus in art. 33, necnon in causis disciplinariis, de quibus in art. 35, n. 1, Advocati Rotae Romanae.

§ 3. In causis contentiosis administrativis, de quibus in art. 34, Praefectus

ad casum admittere valet Advocatos Rotae Romanae, dummodo in re vere peritos, vel, si casus ferat, alium vere peritum laurea doctorali in iure canonico ornatum.

§ 4. Advocati apud Curiam Romanam initio suscepti muneris, ceteri initio susceptae causae contentiosae administrativae, iusiurandum praestare tenentur de secreto servando deque munere rite et fideliter explendo.

Art. 18. § 1. Patronus pro munere suo tenetur tueri iura partis atque secretum officii servare.

§ 2. Ipsius est partem repraesentare, libellos aut recursus exhibere, eam de statu causae certiore facere, notificationes pro ea recipere atque eam defendere.

Art. 19. § 1. Patroni iure ad congruum honorarium gaudent.

§ 2. Si quaestio oriatur de emolumento, Secretarius ad instantiam partis vel ex officio, auditis iis quorum interest, rem definit, salvo recurso ad Praefectum, firmis artt. 35, n. 1, et 113.

Art. 20. Patroni de mandato Secretarii gratuitum patrocinium praebere tenentur, salva aequa compensatione, solvenda, si casus ferat, ex arca Supremi Tribunalis.

Caput IV.

De disciplina servanda

Art. 21. Collegium Iudicum quinque membris constituitur, nisi Praefectus in Congressu decernat recursum adversus decretum reiectionis in Congressu latum, quoties datur, a Collegio trium Iudicum iudicandum esse.

Art. 22. § 1. In Congressu Praefectus decisionem fert, intervenientibus Secretario, Promotore iustitiae, Defensore vinculi et Promotoribus iustitiae Substitutis necnon aliis forte ad munus promotoris iustitiae vel defensoris vinculi in causis pertractandis deputatis, adstante Praeposito Cancellariae; ad eum invitari possunt, de iudicio Praefecti, Referendarii quorum praesentia utilis censetur.

§ 2. In casu urgenti sufficit ut adsint, praeter Praefectum et Secretarium eiusve vices agentem, duo alii ex convocatis.

Art. 23. § 1. Praefectus, Iudices, Secretarius, Promotor iustitiae et Defensor vinculi abstinere debent a causa pertractanda in casibus de quibus in cann. 1448, § 1 Codicis Iuris Canonici et 1106, § 1 Codicis Canonum Ecclesiarum Orientalium.

§ 2. Si Praefectus a causa abstinet, eius munera in causa exercenda sunt a Secretario usque ad Iudicum Sessionem, cui vero praest Cardinalis Iudex ordinis et promotionis prior.

§ 3. Si Secretarius a causa abstinet, eius munera in causa exercenda sunt a Promotore iustitiae.

Art. 24. § 1. His in casibus, nisi ipsi abstineant, pars potest eos recusare.

§ 2. Si Praefectus aliusve Cardinalis recusetur, pars recusans, Signatura certiore facta, rem Summo Pontifici deferat; reliquis in casibus de recusatione videt Praefectus.

Art. 25. Professionem fidei necnon iusiurandum de secreto servando deque munere rite et fideliter obeundo omnes, initio suscepti officii, coram Praefecto praestare tenentur, praesente Notario.

Art. 26. § 1. Patroni id petentes obtinere possunt actorum exemplar, de licentia Secretarii auditoque Promotore iustitiae; ipsi autem gravi obligatione tenentur ne actorum quorumlibet exemplar, ex toto vel ex parte, aliis, partibus haud exceptis, tradatur.

§ 2. Publicatio seu intimatio decisionum, ad omnes iuris effectus, fit tradendo vel transmittendo earum exemplar Patronis.

Art. 27. § 1. Termini actis processualibus statuti sunt ordinatorii, nisi iure peremptorii sint vel expresse declarentur.

§ 2. Ius tamen est Praefecto necnon Secretario terminos peremptorios constituere, si id requiratur pro casu expedite solvendo.

§ 3. Termini in hac lege statuti intelleguntur utiles.

Art. 28. § 1. Nisi aliud caveatur, adversus Secretarii decretum non mere ordinarium datur recursus motivis suffultus ad Praefectum intra terminum peremptorium decem dierum proponendus.

§ 2. Quoties adversus decretum Congressus datur facultas recurrenti ad Collegium, recursus motivis suffultus exhibendus est intra terminum peremptorium decem dierum.

Art. 29. § 1. Signaturam Apostolicam fas est adire, praeterquam officiali Latino sermone, etiam sermonibus hodie latius cognitis. Si vero quis eam alia lingua adeat, Secretarius exigere potest ut ipse lingua latius cognita utatur.

§ 2. Ceterae instantiae, defensiones et vota exhibenda sunt lingua Latina.

Caput v.

De expensis et de gratuito patrocinio

Art. 30. § 1. Congressus normas statuit de cautionibus deponendis, expensis iudicialibus, honorariis et taxis pro rescriptis.

§ 2. Secretarius potest, iusta de causa, singulis in casibus aliud statuere de cautione deponenda vel taxa solvenda.

§ 3. In decisionibus statuitur circa expensas, honoraria et, si casus ferat, damna reficienda.

Art. 31. § 1. Qui gratuitum patrocinium petit, praesumpto bono iure gaudere debet ad causam agendam atque probationes exhibere, quibus eius oeconomica condicio appareat.

§ 2. Praefectus, auditis Secretario et Promotore iustitiae, decreto beneficium, vel ex toto vel ex parte, concedit aut denegat.

§ 3. A Praefecti decreto non datur appellatio, sed pars intra quindecim dies ad eundem Praefectum recurrere potest.

§ 4. Concesso gratuito patrocinio, Secretarius Patronum ex officio nominat.

TITULUS II

DE COMPETENTIA SIGNATURAE APOSTOLICAE

Art. 32. Dicasterium, praeter munus, quod exercet, Supremi Tribunalis, consulit ut iustitia in Ecclesia recte administretur.

Art. 33. Signatura Apostolica cognoscit:

1° querelas nullitatis contra decisiones definitivas vel vim sententiae definitivae habentes Rotae Romanae;

2° petitiones restitutionis in integrum contra decisiones Rotae Romanae;

3° recursus, in causis de statu personarum, adversus denegatum a Rota Romana novum causae examen;

4° exceptiones suspicionis aliasque causas contra Iudices Rotae Romanae propter acta in exercitio ipsorum muneris;

5° conflictus competentiae inter tribunalia, quae non subiciuntur eidem tribunalium appellationis, nisi aliud iure provisum sit.

Art. 34. § 1. Signatura Apostolica cognoscit de recursibus, intra terminum peremptorium sexaginta dierum utilium interpositis, adversus actus administrativos singulares sive a Dicasteriis Curiae Romanae latos sive ab ipsis probatos, quoties contendatur num actus impugnatus legem aliquam in decernendo vel in procedendo violaverit.

§ 2. In his casibus, praeter iudicium de illegitimitate, cognoscere etiam potest, si recurrens id postulet, de reparatione damnorum actu illegitimo illatorum.

§ 3. Cognoscit etiam de aliis controversiis administrativis, quae a Romano Pontifice vel a Romanae Curiae Dicasteriis ipsi deferantur necnon de conflictibus competentiae inter eadem Dicasteria.

Art. 35. Signaturae Apostolicae quoque est rectae administrationi iustitiae invigilare, et speciatim:

1° in ministros tribunalium, advocatos vel procuratores, si opus sit, animadvertere;

2° videre de petitionibus Sedi Apostolicae porrectis ad obtinendam causae commissionem apud Rotam Romanam, dispensationem a legibus processualibus, Ecclesiis orientalibus haud exclusis, vel aliam gratiam relative ad iustitiam administrandam;

3° tribunalium inferiorum competentiam prorogare;

4° approbationem Tribunalis appellationis Sanctae Sedi reservatam concedere;

5° promovere et approbare erectionem tribunalium interdioecesarum;

6° cognoscere de iis quae Signaturae Apostolicae per conventiones inter Sanctam Sedem et Civitates tribuuntur.

TITULUS III DE PROCESSU IUDICIALI

Caput I.

Normae generales

Art. 36. Recursus introducitur per libellum, cui, ubi sententia vel decretum impugnatur, eiusdem exemplar authenticum adnecti debet.

Art. 37. Secretarius omnia acta casum respicientia exquirat.

Art. 38. Secretarius decreto libellum notificandum curat omnibus quorum interest necnon, si iudicio intersit, Defensori vinculi, atque terminum statuit ad Patronum, prouti requiratur et firmo art. 16, eligendum necnon ad scripturas producendas.

Art. 39. § 1. Quo termino elapso, Promotor iustitiae votum pro rei veritate promittit.

§ 2. Quod votum, una cum scripturis de quibus in art. 38, Secretarius communicandum curat cum partibus, quae ius habent, si velint, replicandi intra decem dies.

§ 3. Data facultate Defensori vinculi iterum replicandi, novissime Promotori iustitiae intervenire licet.

Art. 40. Praefectus Congressui habendo diem statuit eundemque cum partibus communicari iubet.

Art. 41. § 1. Quibus praehabitis, Congressus recursum admittit vel reicit.

§ 2. Congressus decisiones scripto partibus notificantur.

Art. 42. § 1. Contra reiectionis decretum, nisi aliud iure caveatur, patet recursus ad Collegium Iudicum; de huiusmodi iure recurrens per idem decretum certior fit.

§ 2. Recursus, argumentis suffultus, intra terminum peremptorium decem dierum proponendus est.

§ 3. De recursu interiecto certiores fiant partes, quae iure gaudent intra decem dies suas animadversiones proponendi.

§ 4. Voto Promotoris iustitiae exhibito, recursus quamprimum ad Collegium defertur, cuius decisio nulli iuris remedio obnoxia est.

Art. 43. § 1. Admisso recursu, Secretarius omnes quorum interest ad litem contestationem convocat.

§ 2. Secretario competitis, auditis omnibus quorum interest, decreto dubii

formulam statuere, causae instructionem ad normam iuris moderari, necnon quaestiones incidentes, si quae sint, expeditissime dirimere.

Art. 44. Instructione expleta, Secretarius, adiuvante Promotore iustitiae et auditis partium Patronis necnon Defensore vinculi, causae summarium conficiendum curat; insuper ad normam artt. 38-39 partium restrictus et Defensoris vinculi animadversiones necnon Promotoris iustitiae votum exquirat atque notificari iubet.

Art. 45. Partium, Defensoris vinculi et Promotoris iustitiae responsionibus exhibitis, conclusum in causa esto.

Art. 46. Peractis iure peragendis, Praefectus causam definiendam ad Collegium defert.

Art. 47. § 1. In Iudicum conventu Iudex Ponens seu Relator contentionem refert et rationes tum pro recursu tum ex adverso perstringit.

§ 2. Dein Iudices, nemine adstante, ex ordine conclusiones cum rationibus tam in iure quam in facto proferunt, quae conclusiones scriptae Ponenti traduntur ad sententiam redigendam; dein autem actis causae adiunguntur secreto servandae.

§ 3. Discussionem peracta, Collegium decisionem fert, in qua maior suffragiorum pars convenit.

§ 4. Pars dispositiva a Iudice Ponente seu Relatore scripto redigitur, a singulis Iudicibus subsignatur et statim Secretario traditur.

Art. 48. § 1. Iudex Ponens seu Relator quamprimum textum decisionis exarat.

§ 2. Supremi Tribunalis Praefectus, si casus ferat, statuere potest decisionis rationes in iure et in facto scripto redigi a Promotore iustitiae.

Art. 49. Si Collegium Iudicum ulteriorem instructionem iubeat, Secretarius eam perficit.

Art. 50. Adversus Collegii decisiones, nisi aliud expresse statuatur, non est locus impugnationi.

Caput II.

De querelis nullitatis contra decisiones Rotae Romanae

Art. 51. Querela nullitatis proponi potest non solum adversus sententias definitivas, verum etiam adversus sententias interlocutorias et decreta, a Rota Romana quomodocumque emissa, dummodo, nisi aliud iure caveatur, vim sententiae definitivae habeant.

Art. 52. § 1. Si nomine alterius quis egit sine legitimo mandato, vitium sanatum habetur ob appellationem interpositam ab ipsa parte antequam nullitas opponatur, immo ob quemlibet eiusdem partis actum ante querelam positum, qui par sit ratihabitioni.

§ 2. In casu de quo in § 1, recursus Secretarii decreto in limine reicitur.

Art. 53. § 1. Si querela nullitatis una cum appellatione cumuletur, illa coram Signatura Apostolica, haec coram Rota Romana interponenda est.

§ 2. Decisio querelae decisionem appellationis praecedere debet, nisi Signatura Apostolica aliud decreverit.

Art. 54. Admisso recursu, dubium concordandum est sub formula: An constet de nullitate decisionis Rotae Romanae.

Caput III.

De petitionibus restitutionis in integrum contra decisiones Rotae Romanae

Art. 55. § 1. Petitio restitutionis in integrum sententiae executionem nondum inceptam suspendit.

§ 2. Si tamen ex probabilibus indiciis suspicio sit petitionem factam esse ad moras executioni nectendas, Congressus decernere potest ut sententia executioni demandetur, assignata tamen restitutionem petenti idonea cautione ut, si restituatur in integrum, indemnitas fiat.

Art. 56. Admisso recursu, dubium concordandum est sub formula: An concedenda sit restitutio in integrum.

Art. 57. Concessa restitutione, nisi Summus Pontifex aliud providerit, causa remittitur ad Rotam Romanam ut, iuxta suas normas, de merito iudicet.

Caput IV.

De recursibus adversus denegatum a Rota Romana novum causae examen

Art. 58. In causis de statu personarum, recursus adversus denegatum a Rota Romana novum causae examen intra peremptorium triginta dierum terminum proponi potest.

Art. 59. § 1. Certiore facta altera parte, Secretarius brevem terminum praestituit recurrenti ad petitionis motiva illustranda; dein Defensor vinculi suas animadversiones exarat; ultimus promittit Promotor iustitiae votum pro rei veritate.

§ 2. Congressus novam causae propositionem, remoto quolibet iuris remedio, admittit vel reicit.

Art. 60. Decretum a Congressu latum parti recurrenti atque Rotae Romanae Decano notificatur, certiore facta altera parte.

Art. 61. Congressus, pendente recursu coram Signatura Apostolica, videre potest de suspensione executionis sententiae concedenda vel revocanda.

Caput v.

De exceptionibus suspicionis contra Iudices Rotae Romanae

Art. 62. Suspicionis exceptio contra Iudicem Rotae Romanae proponi potest in casibus de quibus in cann. 1448, § 1 et 1624 Codicis Iuris Canonici atque 1106, § 1 et 1305 Codicis Canonum Ecclesiarum Orientalium.

Art. 63. § 1. Certiore statim facto Iudice recusato, Secretarius terminum praestituit exceptionem proponenti ad argumenta adducta illustranda; dein habitis ad rem partium memorialibus, necnon animadversionibus Defensoris vinculi, si intersit, et voto pro rei veritate Promotoris iustitiae, causa ad Congressum defertur.

§ 2. Iudex recusatus, si ipse postulet vel casus ferat, auditur a Secretario.

Art. 64. Congressus, remoto quolibet iuris remedio, edicit utrum locus sit, necne, recusationi Iudicis.

Art. 65. Decretum a Congressu latum Rotae Romanae Decano quamprimum notificatur.

Caput vi.

De causis contra Iudices Rotae Romanae

Art. 66. § 1. Processus in causis sive poenalibus sive contentiosis contra Iudices Rotae Romanae propter acta in exercitio ipsorum muneris evolvitur, congrua congruis referendo, iuxta artt. 36-49 necnon praescripta iuris codicialis.

§ 2. Pars laesa potest actionem contentiosam ad damna reparanda ex delicto sibi illata in ipso poenali iudicio exercere.

Art. 67. § 1. In iudicio poenali partes actoris gerit Promotor iustitiae.

§ 2. Omnia quae in iudicio poenali promovendo instituendoque Ordinario competunt, Praefectus exercet.

Art. 68. Sententia a Collegio quinque Iudicum fertur.

Art. 69. Parti, quae se gravatam putet, atque Promotori iustitiae suppent remedia iuris coram Signatura Apostolica, appellatione in casu haud exclusa.

Caput vii.

De conflictibus competentiae inter Tribunalia

Art. 70. Salva competentia de qua in art. 35, nn. 2-3, Signatura Apostolica, denunciato competentiae conflictu, primum videt num reapse de conflictu agatur, et quidem ad normam articulorum huius capituli solvendo.

Art. 71. Secretarius, inspectis omnibus conflictibus adiunctis, prout casus ferat processus pendentes suspendit.

Art. 72. § 1. Acquisitis actis causae atque partium memorialibus necnon, si casus ferat, auditis Tribunalibus, Defensor vinculi, si in iudicio interveniat, animadversiones et Promotor iustitiae votum pro rei veritate exhibent.

§ 2. Congressus, remoto quolibet iuris remedio, decreto propositum conflictum solvit, statuens, quatenus necessarium, forum competens atque prosecutionis rationem.

TITULUS IV

DE PROCESSU CONTENTIOSO ADMINISTRATIVO

Caput I.

De recursibus adversus actus administrativos singulares

Art. 73. § 1. Recursus referre debet:

1° a quonam ipse proponatur;

2° actum, qui impugnatur;

3° quid petatur;

4° quo iure innitatur;

5° diem acceptae notificationis actus impugnati;

6° subscriptionem partis recurrentis.

§ 2. Recursui adnecti debent:

1° actus, qui impugnatur, nisi a recurrente exhiberi nequeat;

2° mandatum Patrono rite collatum aut petitio, documentis suffulta, pro obtinendo gratuito patrocinio.

Art. 74. § 1. Recursus exhibendus est intra terminum peremptorium sexaginta dierum utilium a die peractae actus notificationis.

§ 2. Ab uno Romano Pontifice in terminos remissio conceditur.

Art. 75. Nullus est recursus si absolute incertum manet de quibusnam personis vel de quonam obiecto agatur.

Art. 76. § 1. Secretarius, audito Promotore iustitiae, decreto recursum in limine reicit qui indubie atque evidenter aliquo careat praesupposito, veluti si:

1° non agatur de re ad tribunal administrativum pertinente;

2° recurrens careat legitima persona standi in iudicio;

3° haud exstet lex, quae asseritur violata;

4° termini ad recursum proponendum elapsi sint.

§ 2. De eiusmodi decreto Secretarius Promotorem iustitiae et, si casus ferat, competentem Auctoritatem certiore facit.

§ 3. Recurrens in ipso decreto certior fit de facultate recurrendi ad Congressum intra peremptorium terminum decem dierum ab eodem recepto.

§ 4. Decretum, quo Congressus reiectionem in limine confirmat, nulli iuris remedio est obnoxium.

Art. 77. Salvo art. 16, § 2, Secretarius praestituit terminum pro iterando recurso, si vitiis laboret, quae emendari possunt.

Art. 78. § 1. Quovis in stadio processus, liti finem imponere potest sive peremptio sive revocatio actus impugnati sive renuntiatio sive compositio pacifica.

§ 2. Compositio pacifica inter partes acta Congressus indiget probatione.

§ 3. Aliis in casibus litis finitae, Secretarius de re fert decretum, cum iis quorum interest communicandum.

Art. 79. § 1. Secretarius, suo decreto,

1° iubet notificari competenti Dicasterio omnibusque legitime coram Dicasterio intervenientibus recursum receptum eosdemque invitat ut Patronum constituent per legitimum mandatum;

2° exquirat a Dicasterio ut exemplar actus impugnati et omnia acta controversiam respicientia transmittat intra terminum triginta dierum;

3° in causa constituit Promotorem iustitiae;

4° mandat Cancellariae ut recurrenti aliisque de quibus in n. 1 incumbencia rite adimplenda indiget.

§ 2. Congrua congruis referendo, Secretarius eodem modo procedit cum aliis interesse forte habentibus.

Art. 80. Si Dicasterium sibi Patronum non constituat, Praefectus eum ex officio nominat.

Art. 81. § 1. Actis Dicasterii receptis, Secretarius recurrentis Patrono, de re certiore facto, decreto terminum praestituit ad exhibendum memoriale, in quo clare indicentur leges, quae violatae asseruntur, recursus illustretur, compleatur vel emendetur, atque forte ad ulteriora documenta exhibenda vel expetenda.

§ 2. Terminum de quo in § 1 elapso, Secretarius decreto item resistantis Patrono terminum praestituit adeo ut ipse, inspectis omnibus de quibus in § 1, memoriale exhibeat necnon forte nova documenta producat.

§ 3. Quibus praehabitis, Promotor iustitiae votum pro rei veritate promittit.

Art. 82. Communicatis scripturis, Patroni intra decem dies respondere possunt; ultimus autem scribere potest Promotor iustitiae.

Art. 83. § 1. Convocato Congressu ad normam art. 40, Praefectus decernit utrum recursus admittendus sit ad disceptationem, an reiiciendus quia manifeste ipse caret praesupposito vel fundamento. Quo in altero casu motiva exprimit.

§ 2. Congressus decisiones scripto partibus notificantur.

Art. 84. Salvo art. 76, § 4, contra reiectionis decretum datur recursus ad Collegium ad normam art. 42 proponendus et pertractandus.

Art. 85. § 1. Admisso recurso, Secretarius, convocatis quamprimum Patronis et Promotore iustitiae ad summariam delibationem oralem, eorundemque attentis petitionibus et responsionibus, controversiae terminos statuit, dubia concordata suo firmans decreto.

§ 2. Quod contra decretum datur recursus intra decem dies ad Praefectum, quolibet ulteriore iuris remedio remoto.

Art. 86. Summaria delibatione orali habita, Secretarius, si casus ferat, complet causae instructionem. Si quid autem partes excipiant, ipse expeditissime de re videt.

Art. 87. Post confectum causae summarium, nullum ulterius documentum a partibus produci potest, nisi aliud Praefectus statuerit et salvo art. 49.

Art. 88. § 1. Confecto causae summario, Patroni intra terminum praestitutum suum quisque restrictum conclusivum porrigunt.

§ 2. Quo termino elapso, Promotor iustitiae votum pro rei veritate exhibet.

§ 3. Patroni intra terminum decem dierum responsiones exhibere possunt; novissime Promotori iustitiae interveniendi facultas est.

Art. 89. Peractis iure peragendis, proceditur ad normam artt. 46-49.

Art. 90. Iudices, ad contentionem solvendam, in sententia immediatos et directos illegitimitatis effectus statuere possunt.

Art. 91. § 1. Adversus Collegii sententias, cauta tamen semper Supremi Tribunalis natura, tantum remedia querelae nullitatis ac petitionis restitutionis in integrum suppetunt.

§ 2. Praefectus, si casus ferat, rem statim ad Collegium Iudicum deferre potest.

Art. 92. § 1. Nisi aliud statuatur, sententiam executioni mandare debet, per se vel per alium, Dicasterium, quod actum impugnatum tulerit aut probaverit.

§ 2. Quod si renuat, neglegat aut ultra congruum vel statutum tempus differat, salvo iure ad damnorum forte illatorum reparationem, parte cuius interest instante executio spectat ad ipsum Supremum Tribunal, Superiore Auctoritate de re certiore facta.

Art. 93. § 1. Exsecutor debet sententiam ipsam, secundum propriam verborum significationem in textu et contextu consideratam, executioni mandare.

§ 2. Quod si agatur de pecunia resarcienda, solutio fieri debet intra terminum triginta dierum a sententia notificata, nisi aliud a Supremo Tribunali cautum sit.

§ 3. Si actus illegitimitas declarata fuerit in procedendo, Auctoritas eundem actum denuo ferre potest tantummodo ad normam iuris atque iuxta modum et terminos in sententia forte determinatos.

§ 4. Si autem actus illegitimitas declarata fuerit in decernendo, Auctoritas de re denuo videre potest tantummodo ad normam iuris atque iuxta modum et terminos in sententia forte determinatos.

Art. 94. Si qua controversia de executionis modo oriatur, Congressus expeditissime eandem dirimit.

Caput II.

De actus administrativi executionis suspensione

Art. 95. § 1. Suspendio, vel ex toto vel ex parte, executionis actus impugnati quolibet in causae statu, adductis rationibus, peti potest.

§ 2. In casibus gravioribus ipse Promotor iustitiae actus impugnati executionis suspensionem proponere potest.

§ 3. Quod si quaestio de suspensione oriatur, de ea pressius quamprimum videatur.

Art. 96. § 1. Nisi iudicio Secretarii, audito Promotore iustitiae, instantia pro suspensione executionis impugnatae decisionis sit in limine reicienda, Secretarius, instantia Auctoritati aliisque, quorum interest, notificata, simul terminum pro exhibendis scripturis atque definitionis diem quam citius statuit.

§ 2. Quo termino elapso Promotor iustitiae quamprimum pro rei veritate votum promit.

§ 3. Executionis suspensionem Congressus concedit vel denegat intra sexaginta dies ex quo instantia pervenerit.

Art. 97. Executionis suspensione decreta, quam citissime Auctoritati competenti decisio notificatur, quae statim ad effectum deducatur.

Art. 98. Contra Congressus decisionem nullum datur iuris remedium; quaestio tamen, novis quidem adductis rationibus, denuo proponi potest.

Art. 99. Nisi aliud in Congressus decreto expresse cautum fuerit, executionis suspensio, causa pendente, permanet et retrorsum haud valet.

Art. 100. Quoad actiones et exceptiones de rei sequestratione et exercitii iuris inhibitione serventur, congrua congruis referendo, normae huius capituli.

Caput III.

De damnorum reparatione

Art. 101. Petitio reparationis damnorum ex actu illegitimo illatorum, de qua in art. 34, § 2, proponi potest usque ad delibationem oralem summariam.

Art. 102. Auctoritas convenitur atque eatenus respondet, quatenus ex ipsis decisionibus asserta damna obvenerint.

Art. 103. Ad nimias moras vitandas potest Praefectus vel Collegium quaestionem de damnis differre usquedum Supremum Tribunal sententiam definitivam de illegitimitate protulerit.

Caput IV.

De controversiis administrativis Supremo Tribunali delatis

Art. 104. Nisi singulis in casibus aliud Romanus Pontifex statuerit, Supremum Tribunal in controversiis administrativis sibi delatis videt de merito

iuxta normas de processu contentioso administrativo necnon processus contentiosi ordinarii praescripta, congrua congruis referendo.

Caput v.

De conflictibus competentiae inter Dicasteria

Art. 105. Orto conflictu competentiae inter Dicasteria, res, iis auditis et praehabito voto Promotoris iustitiae, expeditissime in Congressu dirimitur.

TITULUS V

DE ADMINISTRATIVA RATIONE PROCEDENDI

Art. 106. § 1. Nisi aliud statuatur, in negotiis, de quibus in art. 35, Praefectus, praehabito voto Promotoris iustitiae et audito Secretario, decernit; Defensor vinculi insuper auditur ad normam art. 8, § 1.

§ 2. Praefectus, firmo art. 6, § 3, habitualiter Secretario mandare potest, ut, praehabito voto Promotoris iustitiae, quaedam negotia ordinaria expediat.

Art. 107. § 1. De negotiis maioris momenti videtur in Congressu.

§ 2. Ad Praefectum pertinet decernere ut, praeterquam in casibus recensitis, de quaestione in Congressu disceptetur.

§ 3. Nihil grave et extraordinarium agitur, nisi Summo Pontifici fuerit antea significatum.

Art. 108. Secretarii est, praehabito voto Promotoris iustitiae, recursum vel petitionem in limine reicere ob manifestum defectum praesuppositi vel fundamenti, firma facultate recurrendi ad normam art. 28, § 1.

Art. 109. Audiantur, quantum fieri potest, ii quorum iura laedi possint.

Caput i.

De rectae administrationis iustitiae invigilantia

Art. 110. § 1. Annua relatione vel sententiis tribunalis examini subiectis, Secretarius opportuna consilia vel animadversiones offert.

§ 2. Secretarii est in casu denuntiationis adversus aliquod tribunal, audito, prout casus ferat, eius Moderatore, Vicario iudiciali vel iudice causae, et praehabito voto Promotoris iustitiae, decernere an et quomodo procedendum sit, salva competentia tribunalium et iudicum.

§ 3. Rem ad Praefectum defert, si quaedam graviora animadvertenda videntur.

Art. 111. § 1. De praeceptis tribunali dandis ad rectam iurisprudentiam tuendam vel modum procedendi iure praescriptum deinceps servandum, de translatione causae ad aliud tribunal, de suspensione executionis decisionis latae deque inspectione tribunalis in Congressu decernitur, si quidem graves irregularitates detectae fuerint.

§ 2. In casu urgenti, ne damnum irreparabile oriatur, suspensio executionis decisionis iudicialis, praehabito voto Promotoris iustitiae vel Defensoris vinculi, a Praefecto vel Secretario iubetur, donec in Congressu de re videatur.

§ 3. Quoties ad rectam iurisprudentiam tuendam necessarium videatur, Signatura Apostolica a Summo Pontifice petere potest potestatem iudicandi etiam de merito.

Art. 112. Patrum Signaturae Apostolicae una cum Secretario est textum in Congressu paratum decreti generalis executorii vel instructionis examini subicere eumque approbare, necnon quaestiones generales, rectam administrationem iustitiae respicientes, pertractare.

Caput II.

De sanctionibus disciplinaribus

Art. 113. § 1. Si in ministros alicuius tribunalis, advocatos vel procuratores animadvertendum videatur, Praefectus de more Moderatori tribunalis mandat ut de re videat, si opus sit provideat et dein referat; eius vero decisio, etiam ex officio, in Congressu revocari vel emendari potest.

§ 2. Quod si actio disciplinaris coram Signatura Apostolica instituatur, Promotor iustitiae libellum conficit et, defensione perpensa, eum confirmat vel emendat; facultate data respondendi, dein in Congressu de re videtur.

§ 3. Monitio etiam extra Congressum a Praefecto dari potest.

Caput III.

De recursibus hierarchicis

Art. 114. § 1. De recursibus hierarchicis propositis, qui ad rectam administrationem iustitiae pertinent, videtur ad normam art. 106, § 1, salvis artt. 107-109.

§ 2. Recurrens potest, rationibus allatis, intra decem dies a Praefecti decreto recepto eius revocationem vel emendationem petere.

Caput IV.

De commissionibus aliisque rescriptis

Art. 115. § 1. Accepta petitione, ut causa Rotae Romanae vel tribunali secus absolute incompetenti committatur, utque competentia tribunalis relative incompetentis prorogetur vel alia gratia quoad iustitiam administrandam concedatur, proceditur ad normam art. 106, § 1, salvis artt. 107-109.

§ 2. Solummodo autem in Congressu decerni possunt concessio dispensationis a duplici decisione conformi in causis nullitatis matrimonii vel commissio causae ad Rotae Romanae Tribunalis iudicium.

§ 3. *Petito beneficio novae audientiae, res ad Congressum defertur.*

§ 4. *Videndum est hisce in negotiis expediendis num habeatur iusta et rationabilis causa, habita ratione adiunctorum casus et gravitatis legis; ab iis vero quae processum iudiciale essentialiter constituunt dispensari nequit.*

Art. 116. § 1. *Nisi petitio gratiae, quae ab uno Romano Pontifice concedi potest, in limine reicienda sit, videtur in Congressu, servatis artt. 106, § 1, et 109: An SS.mo consulendum sit pro gratia.*

§ 2. *Si decisio fuerit negativa, Signatura Apostolica id cum eis, quorum interest, communicat.*

Art. 117. *Ratio agendi, de qua in art. 106, § 1, adhibetur in approbandis decretis erectionis tribunalium interdioecesanorum vel tribunalium appellationis, quando designationis approbatio Sanctae Sedi reservatur.*

Caput v.

De nullitatis matrimonii declaratione

Art. 118. *Quod si Signatura Apostolica videt de nullitate matrimonii declaranda in casibus, qui accuratiorem disquisitionem vel investigationem non exigant, causa, animadversionibus Defensoris vinculi et voto Promotoris iustitiae acquisitis, ad Congressum defertur.*

Caput vi.

De decretis exsecutivitatis in ordine ad effectus civiles obtinendos

Art. 119. § 1. *Ad Secretarium spectat, ad instantiam eius cuius interest, decretum ferre ut decisiones exsecutivae in causis nullitatis matrimonii effectus civiles obtineant apud Nationes, quae hac de re conventionem cum Sancta Sede inierunt.*

§ 2. *Si ad rem dubium oriatur, proceditur ad normam art. 106, § 1, salvis artt. 107-109.*

§ 3. *Pendente impugnatione apud forum iure competens adversus illas decisiones, decretum exsecutivitatis de more non datur.*

Art. 120. § 1. *Non est locus impugnationi adversus decretum exsecutivitatis.*

§ 2. *Praefecti vero est, salvo art. 109 et auditis Defensore vinculi, Promotore iustitiae et Secretario, idem decretum gravi de causa ex officio suspendere vel revocare.*

Art. 121. *In causis de dissolutione vinculi matrimonii rati et non consummati analogia proceditur ratione.*

TITULUS VI
DE IURE APPLICANDO

Art. 122. Quoad ea, quae hac in lege propria non praevidentur, serventur, quatenus applicari possunt, normae processuales codiciales, ratione etiam traditionis canonicae et praxis Signaturae Apostolicae habita.

Haec itaque auctoritate Nostra comprobamus, decernimus et statuimus, contrariis rebus minime quibuslibet obsistentibus.

Datum Romae, apud S. Petrum, die XXI mensis Iunii, anno Domini MMVIII, Pontificatus Nostri quarto.

BENEDICTUS PP. XVI

LA NUOVA “LEX PROPRIA” DELLA SEGNETURA APOSTOLICA
E I PRINCIPI DEL PROCESSO CANONICO

Sommario: 1. Premessa: il collegamento dei principi processuali con il diritto naturale. – 2. La ricerca della pacifica composizione delle controversie. – 3. L'indipendenza giudiziaria: 3.1. La potestà giudiziaria del Segretario della Segnetura; 3.2. I Giudici che non sono cardinali né vescovi. – 4. Il diritto a che le cause siano decise «entro un termine ragionevole». – 5. La motivazione delle decisioni non meramente ordinarie. – 6. Il diritto al doppio grado di giurisdizione. – 7. Conclusione interlocutoria.

1. Premessa: il collegamento dei principi processuali con il diritto naturale

LA «questione centrale della dignità della persona umana e dei diritti umani [costituisce] un punto di incontro fra la dottrina della Chiesa e la società contemporanea. [...] La Chiesa ha sempre affermato che i diritti fondamentali [...] devono essere sostenuti e riconosciuti universalmente perché sono inerenti alla natura stessa dell'uomo che è creato a immagine e somiglianza di Dio. [...] [L]a “legge naturale”, che non è altro che una partecipazione alla legge eterna: “*unde ... lex universalis nihil aliud est quam participatio legis aeternae in rationali creatura*” (San Tommaso d'Aquino, *ST I-II*, 91, 2)[, ...] è una guida riconoscibile da tutti, sulla base della quale tutti possono reciprocamente comprendersi e amarsi. I diritti umani, quindi, sono definitivamente radicati in una partecipazione di Dio, che ha creato ogni persona umana con intelligenza e libertà. Se si ignora questa solida base etica e politica, i diritti umani restano fragili perché privi del loro saldo fondamento. L'azione della Chiesa nella promozione dei diritti umani è dunque sostenuta dalla riflessione razionale, in modo tale che questi diritti si possano presentare a tutte le persone di buona volontà, indipendentemente dalla loro affiliazione religiosa».¹

¹ BENEDETTO XVI, *Discorso all'Assemblea Plenaria della Pontificia Accademia delle Scienze So-*

Questa impostazione metafisica della giustizia e della giuridicità – tipica dell'insegnamento pontificio e, in particolare, di quello di Benedetto XVI – non può non appartenere all'essenza del diritto canonico.² Ne derivano diverse condizioni che la “*recta ratio*” (è sorprendente quanti argomenti processuali sono presenti nelle opere di S. Tommaso d'Aquino³) e lo “*ius gentium*” (al quale il Papa richiama anche nel citato discorso alla Pontificia Accademia delle Scienze Sociali)⁴ richiedono al processo giudiziale affinché questo sia giusto. Per “presentare” la nuova *lex propria* della Segnatura Apostolica⁵ può essere opportuno accennare al modo in cui questa norma adempie alcuni dei presupposti del diritto al giusto processo immediatamente riportabili al diritto naturale.

2. La ricerca della pacifica composizione delle controversie

Proprio perché la tutela giudiziale dei diritti è perfettamente confacente con l'insegnamento di Cristo circa la carità e la misericordia,⁶ la sua attuazione deve essere preceduta dai diversi tentativi di pacifica composizione delle controversie. Infatti entrambi i codici (CIC can. 1446 e CCEO can. 1103) affidano all'intero popolo di Dio, «ma in primo luogo [a]i Vescovi», l'assiduo impegno pre-processuale «perché, salva la giustizia, siano evitate, per quanto è possibile, le liti nel popolo di Dio e si compongano al più presto pacificamente» (§ 1). A tale obbligo, nella fase processuale, è particolarmente tenuto il giudice, il quale «sul nascere della lite ed anche in qualunque altro momento, ogni

ciali, 4 maggio 2009. Nello stesso senso, fra tanti altri, sono particolarmente significativi 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; ID., *Discorso all'ONU*, New York, 18 aprile 2008.

² Cfr. 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*, «*Ius Ecclesiae*» 19 (2007) 55-75, e il magistero pontificio e la bibliografia ivi citata.

³ Cfr., ad es., *Summa theologiae*, 2-2, qq. 57-60 e 67-71.

⁴ Lo “*ius gentium*” è accolto nelle principali dichiarazioni dei diritti della seconda metà del xx secolo: “Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo”, 10 dicembre 1948, artt. 8, 10, 11; “Patto Internazionale sui Diritti Civili e Politici”, 16 dicembre 1966, art. 14; “Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali”, Roma, 4 novembre 1950, art. 6.

⁵ Cfr. BENEDETTO XVI, m.p. «*Antiqua ordinatione*», *quo Supremi Tribunalis Signaturae Apostolicae “lex propria” promulgatur*, 21 giugno 2008, «AAS» 100 (2008) 513-538 (fascicolo 8° degli *Acta Apostolicae Sedis*, datato il 1° agosto 2008 ma veramente divulgato il 17 dicembre 2008), in seguito Lp SAP 2008.

⁶ Cfr. J. LLOBELL, *Pubblico e privato: elementi di comunione nel processo canonico*, in *La giustizia nella Chiesa: fondamento divino e cultura processualistica moderna*, Città del Vaticano 1997, 47-84; ID., *Fondamenti teologici del diritto processuale canonico. Sul ruolo del processo per la comprensione dell'essenziale dimensione giuridica della Chiesa*, in C.J. ERRÁZURIZ M., L. NAVARRO (a cura di), *Il concetto di diritto canonico. Storia e prospettive*, Milano 2000, 267-300.

volta che scorga qualche speranza di buon esito» deve «esortare le parti ed aiutarle a cercare di comune accordo un'equa soluzione della controversia, e indichi loro le vie idonee a tal proposito, servendosi eventualmente anche di persone autorevoli per la mediazione» (§ 2).

Malgrado una certa tendenza al “panpubblicismo” canonistico, non poche controversie amministrative, da parte del fedele, riguardano un suo bene privato. Basti pensare ad alcuni dei motivi (ad es., il ragionevole “attaccamento” alle persone, ai luoghi e alle cose, conseguenza del prolungato adempimento dell'ufficio) che possono indurre un parroco ad impugnare la legittimità del suo trasferimento da parte della competente autorità (CIC cann. 1748-1752; CCEO cann. 1397-1400). Ne deriva che, a differenza di quanto avviene nelle cause di nullità del matrimonio o nel processo penale (la cui natura è essenzialmente pubblica), non sia da escludere assolutamente il § 3 dei citati canoni (CIC can. 1446 e CCEO can. 1103) che consente l'utilizzo della transazione o del giudizio arbitrale. Comunque i codici richiedono i tentativi di evitare il processo sia nelle cause di nullità del matrimonio (CIC can. 1676; CCEO can. 1362), sia in quelle penali (CIC can. 1341; CCEO can. 1401). D'altra parte, in ambito amministrativo vi sono diversi istituti predisposti alla pacifica composizione delle controversie, fra cui la possibilità di costituire «stabilmente un vero e proprio ufficio o consiglio [a livello diocesano o di conferenza episcopale], che abbia il compito [...] di ricercare e suggerire eque soluzioni» (CIC can. 1733; cfr. CCEO can. 998). L'obbligo della *remonstratio*, il dover «chiedere per iscritto la revoca o la correzione del decreto al suo autore» «prima di presentare ricorso» (CIC can. 1734 § 1; cfr. CCEO can. 999) e gli ampi poteri concessi al superiore gerarchico nei confronti del provvedimento dell'autorità inferiore (CIC can. 1739; cfr. CCEO cann. 1004-1006) sono ulteriore manifestazione della volontà dell'ordinamento canonico di trovare soluzioni meno onerose e talvolta traumatiche – e, quindi, più ragionevoli e più cristiane – che quelle ottenute attraverso i processi.

Una tale preoccupazione è riscontrabile nella “giurisprudenza” (*lato sensu*) della Segnatura sin dall'inizio dell'esercizio della sua nuova competenza circa il contenzioso amministrativo, introdotta dal n. 106 della cost. ap. *Regimini Ecclesiae Universae*.⁷ Sulla scia di detta giurisprudenza, la Lp SAP 2008 si è fatta eco opportunamente della ricerca della pacifica composizione delle controversie introducendo una norma che non trova riscontro nelle *Normae*

⁷ Cfr. PAOLO VI, cost. ap. *Regimini Ecclesiae Universae*, 15 agosto 1967, «AAS» 59 (1967) 885-928 (in seguito citata REU). «Cum ratio pastoralis nunquam seiungatur ad iustitiae administrationem, Supremum Tribunal saepe nititur ut partes de compositione agant» (SEGNATURA APOSTOLICA, *Declaratio de recursu adversus decisionem Dicasterii Curiae Romanae*, 9 novembre 1970, in I. GORDON, Z. GROCHOLEWSKI, *Documenta recentiora circa rem matrimonialem et processualem*, vol. 1, Romae 1977, n. 3181).

speciales del 1968.⁸ Infatti, al Capitolo I del Titolo IV sul processo contenzioso amministrativo – ambito in cui il disposto può riscontrare maggiore effettività –, l'art. 78 § 1 della Lp SAp 2008 prevede il superamento della controversia sia unilateralmente (per la rinuncia dell'attore, esplicita o implicita a causa della perenzione, o per la revoca dell'atto impugnato da parte della competente autorità), sia bilateralmente per la pacifica composizione della vertenza, adeguatamente provata e formalizzata (cfr. art. 78 § 2).

3. *L'indipendenza giudiziaria*

Il principio «*nemo iudex in causa propria*» (l'indipendenza del giudice, la sua terzietà riguardo alla materia del contendere) è un'esigenza della giustizia talmente evidente ed essenziale al concetto stesso di realizzazione della giustizia attraverso il giudizio che, in quanto “primo principio” non può essere provato: «*si dictum [quod omne verum possit probari per rationem] intelligatur universaliter, est expresse falsum; quia prima principia per se nota non probantur*».⁹

Il processo giudiziale contenzioso amministrativo introduce l'essenziale elemento distintivo della terzietà nel sistema delle impugnazioni amministrative e dei ricorsi gerarchici. Detti istituti amministrativi sono, sicuramente, anche tesi alla tutela dei diritti e alla realizzazione della giustizia; tuttavia, l'ampia discrezionalità dell'autorità superiore a modificare l'atto amministrativo posto dall'inferiore (CIC can. 1739; CCEO can. 1004) rende l'autorità superiore titolare della decisione dell'impugnazione e fa suo l'atto impugnato, a scapito della sua indipendenza riguardo all'oggetto del ricorso. Infatti, il noto VII principio per la riforma del CIC 1917, approvato dal Sinodo del 1967, sottolineava l'insufficienza dei ricorsi gerarchici per l'adeguata tutela dei diritti nei confronti degli atti dell'Amministrazione a causa della mancanza della terzietà e, conseguentemente, affermava la necessità di costituire veri tribunali giudiziali indipendenti. Infine, considerata l'unitarietà della triplice potestà di governo ecclesiastico da parte dei titolari degli uffici capitali (Romano Pontefice, vescovi, ecc.), il citato principio riconosceva che per ottenere detta terzietà a livello degli organi vicari diventava necessaria la reale separazione della potestà amministrativa e giudiziale.¹⁰

⁸ Cfr. SEGNAURA APOSTOLICA, *Normae speciales in Supremo Tribunali Signaturae Apostolicae ad experimentum servandae*, 25 marzo 1968, «Enchiridion Vaticanum» vol. 8, 522-587. In seguito NS SAp 1968.

⁹ S. TOMMASO D'AQUINO, *In I Librum Sententiarum*, dist. 3, art. 4, ad 3. Per una considerazione più approfondita del principio «*nemo iudex in causa propria*», cfr. J. LLOBELL, *Il diritto al processo giudiziale contenzioso amministrativo*, in E. BAURA, J. CANOSA (a cura di), *La giustizia nell'attività amministrativa della Chiesa: il contenzioso amministrativo*, Milano 2006, 237-250.

¹⁰ Cfr. SINODO DEI VESCOVI 1967, *Principia quae Codicis Iuris Canonici recognitionem dirigant*, 7 ottobre 1967, *Principium* n. 7, *De ordinanda procedura ad tuenda iura subiectiva*, «*Communications*» 1 (1969) 83.

Sono note le perplessità della dottrina in merito alla reale indipendenza della *Sectio Altera*, manifestate in seguito alla sua creazione nel 1967. Infatti, era considerata problematica la possibilità di far parte del Collegio giudicante conferita ai cardinali che presiedevano o componevano i dicasteri su cui il tribunale avrebbe potuto esercitare il controllo. Sebbene detta possibilità riguardasse soltanto l'appartenenza al Tribunale in astratto – non potendo far parte del turno che giudicasse una causa del proprio dicastero, cosa evidentemente contraria al principio della terzietà, quantunque questa fattispecie non fosse prevista dalla legge –, tale cumulo di funzioni avrebbe potuto pregiudicare l'imparzialità del giudizio degli altri giudici. Perciò, la dottrina era convinta che non fosse sufficiente stabilire i soli rimedi dell'astensione (prevista dall'art. 1 § 4 delle NS SAP 1968) e della ricusazione dei giudici, istituto non previsto dalle *Normae speciales* ma che fu formalmente riconosciuto dalla P.C. per l'interpretazione dei Decreti del Concilio Vaticano II nel 1976.¹¹

La Lp SAP 2008 ha precisato meglio lo scarno disposto delle NS SAP 1968 sull'astensione, indicando quali siano i sostituti del Prefetto e del Segretario qualora si astengano in una causa per i motivi previsti, in modo uniforme, da entrambi i codici (CIC can. 1448; CCEO can. 1106; Lp SAP 2008 art. 23). Inoltre, all'art. 24 § 1, ha recepito la ricusazione contro i Giudici sancita nel 1976, nonché contro il Segretario, il Promotore di giustizia e il Difensore del vincolo, istituto non specificato dalle NS SAP 1968 sebbene dall'inadempimento del loro obbligo dell'astensione (stabilito dalle NS SAP 1968 art. 1 § 4) non poteva scaturire lo speculare diritto alla ricusazione. Alla stregua della risposta del 1976, la ricusazione contro il Prefetto o un Giudice cardinale deve essere sottoposta dal ricusante al Sommo Pontefice «*Signatura certiore facta*» (Lp SAP 2008 art. 24 § 2). Detta informazione al Tribunale potrebbe avere la funzione di servire come strumento formale attraverso il quale il ricusante adisce il Papa senza doversi rivolgere direttamente alla Segreteria di Stato, analogamente alla presentazione dell'appello al tribunale *a quo* affinché lo trasmetta a quello *ad quod* (cfr. CIC can. 1630 § 1; CCEO can. 1311 § 1). Il ricusante (*rectius* il suo patrono, giacché la *capacitas postulandi* deve essere esercitata dai competenti patroni: Lp SAP 2008 artt. 16-20) riceverebbe le relative notifiche della Segreteria di Stato attraverso la Cancelleria della Segnatura. Com-

¹¹ «D. 1. *Utrum proponi possit "exceptio suspicionis" adversus singulos S.R.E. Cardinales Signaturae Apostolicae.* – R. "Affirmative", seu exceptionem suspicionis adversus singulos S.R.E. Cardinales Signaturae Apostolicae moveri posse». – «D. 2. *Quaenam via et ratio sit sequenda ad exceptionem suspicionis definiendam.* – R. *Res deferatur Summo Pontifici*» (P.C. PER L'INTERPRETAZIONE DEI DECRETI DEL CONCILIO VATICANO II, *Responsum*, 1° luglio 1976, «AAS» 68 (1976) 635). Al riguardo Ochoa, votante della Segnatura Apostolica e prestigioso processualista, scrisse un noto studio: X. OCHOA, *De recusatione iudiciali Patrum Cardinalium Signaturae Apostolicae*, «Apolinaris» 50 (1977) 194-245. Recentemente, cfr. R.E. JENKINS, *Safeguarding the administration of justice: judicial abstention and recusal in canonical perspective*, «Periodica» 93 (2004) 389-434.

pete invece al Prefetto decidere la ricsuzione contro i Giudici non cardinali, il Promotore di giustizia e il Difensore del vincolo (art. 24 § 2).

La Lp SAp 2008 manifesta la tutela dell'indipendenza giudiziale in altri modi, fra i quali con la definizione della posizione del Segretario del Supremo Tribunale e con l'ampliamento dei soggetti abilitati alla nomina di Giudice della Segnatura, come accennerò di seguito.

3. 1. La potestà giudiziaria del Segretario della Segnatura

La Lp SAp 2008, in conformità con le NS SAp 1968, sembrerebbe non affidare la potestà giudiziaria decisoria al Segretario della Segnatura. Infatti, fra i membri del Congresso (stabiliti dall'art. 22 § 1) soltanto «*Praefectus decisionem fert*» (Lp SAp 2008 art. 22 § 1; cfr. art. 5 § 2 n. 2). D'altra parte, nel Collegio giudicante al Segretario compete soltanto «*Iudicum conventui adstare ad causam illustrandam*» (Lp SAp 2008 art. 6 § 2 n. 4), mansione che le NS SAp 1968 affidavano al Promotore di giustizia o ad un Votante (cfr. artt. 12 § 1, 120 § 2). Inoltre, la medesima norma della Lp SAp 2008 (art. 6 § 2 n. 4) rinvia all'art. 47 § 2 che impone al Segretario di lasciare il "*Iudicum conventus*" durante la discussione dei Giudici. In una fattispecie analoga, quella della posizione giuridica del Segretario della Congregazione per la Dottrina della Fede, il Legislatore ha adoperato invece un criterio diverso, includendo il Segretario fra i membri del Collegio giudicante.¹²

Sebbene la PB non sia univoca nell'includere il Segretario fra i "Membri" dei dicasteri (cfr. artt. 3-7), sarebbe stato opportuno annoverare il Segretario della Segnatura fra i Giudici del Supremo Tribunale perché la Lp SAp 2008 gli attribuisce importanti competenze che presuppongono la potestà giudiziaria vicaria. Infatti, il Segretario è competente, fra l'altro, per:

- a) dichiarare la perenzione della causa (cfr. art. 16 § 2);
- b) sostituire il Prefetto (impedito, astenuto o ricsutato) in tutte le sue mansioni tranne quella di far parte del Collegio giudicante, la cui presidenza corrisponde al Cardinale *dignior*, secondo i criteri stabiliti dall'art. 23 § 2, se fra i membri del Collegio vi sarà un cardinale, altrimenti, per i Giudici vescovi, secondo gli abituali criteri di prelazione, essendo il primo (a mio parere) quello dell'anzianità come membro della Segnatura;
- c) stabilire termini perentori e decidere altre questioni non meramente ordinarie anche in ambito giudiziario (artt. 27 § 2, 28 § 1);

¹² «§ 1. *Iudices huius Supremi Tribunalis sunt ipso iure Patres Congregationis pro Doctrina Fidei.*
§ 2. *Patrum collegio, primus inter pares, praeest Congregationis Praefectus et, munere Praefecti vacante aut ipso Praefecto impedito, eius munera explet Congregationis Secretarius*» (GIOVANNI PAOLO II, «*Normae substantiales et processuales*» promulgate col m.p. «*Sacramentorum sanctitatis tutela*» [30 aprile 2001] e successive modifiche [7 novembre 2002 - 14 febbraio 2003], art. 7, «*Ius Ecclesiae*» 16 (2004) 313-321).

- d) stabilire la concordanza del dubbio (art. 43 § 2);
- e) provvedere alla normale istruzione della causa (artt. 6 § 2 n. 3, 43 § 2) e all'eventuale supplemento istruttorio nella fase presso il Collegio giudicante (artt. 49, 86);
- f) definire con decreto inappellabile le relative questioni incidentali (art. 43 § 2);
- g) sospendere taluni processi giudiziari (art. 71), respingere *in limine* la richiesta di sospensione dell'esecuzione dell'atto amministrativo impugnato (art. 96 § 1), sospendere l'esecuzione di alcune decisioni giudiziarie (art. 111 § 2).

D'altra parte, riguardo alle competenze amministrative tipiche di un "Ministero di giustizia", il Segretario diventa "Membro" del Dicastero:

Patrum Signaturae Apostolicae una cum Secretario est textum in Congressu paratum decreti generalis exsecutorii vel instructionis examini subicere eumque approbare, necnon quaestiones generales, rectam administrationem iustitiae respicientes, pertractare (art. 112).

Tuttavia, è il nuovo assetto del processo contenzioso amministrativo – abbozzato dall'art. 6 § 2 n. 2 («*recursus aliasve instantias, si casus ferat, in limine reicere*») e sviluppato dal Capitolo I del Titolo IV¹³ – ad attribuire una ben più ampia partecipazione alla potestà giudiziaria da quella sino ad ora riconosciuta al Segretario della Segnatura il quale ben avrebbe potuto essere annoverato fra i Giudici della Segnatura, senza che vi si possa eccepire un affievolimento della sua indipendenza così come nessuna obiezione vi è stata per il fatto che il Segretario della Congregazione per la Dottrina della Fede sia membro del Collegio giudicante a pieno titolo dell'altro Tribunale Supremo della Chiesa.¹⁴

3. 2. I Giudici che non sono cardinali né vescovi

Sono note le diverse impostazioni riguardo al rapporto fra la potestà di ordine e di giurisdizione e alla capacità dei laici di essere titolari di quella potestà di governo nella Chiesa che non implichi la realizzazione di atti riservati ai ministri ordinati secondo i tre gradi di partecipazione al sacerdozio ministeriale.¹⁵ La possibilità concessa dal m.p. *Causas matrimoniales* di nominare un

¹³ Cfr. J. LLOBELL, *La struttura del processo contenzioso amministrativo nella nuova "lex propria" della Segnatura Apostolica*, in G. DALLA TORRE, C. MIRABELLI (a cura di), «*Le sfide del diritto*». Scritti in onore del cardinale Agostino Vallini, Soveria Mannelli 2009, 372-383.

¹⁴ Sui problemi che l'inclusione del Segretario fra i membri del Collegio giudicante avrebbe potuto porre all'indipendenza giudiziale nella nuova possibilità di affidare ad un Collegio di tre giudici il ricorso contro la reiezione del libello di domanda da parte del Prefetto in Congresso (Lp SAP 2008 art. 21), vide *infra* testo in occasione della nota 40.

¹⁵ Cfr. *I laici nel diritto della Chiesa*, Città del Vaticano 1987; J.B. BEYER, *Iudex laicus vir vel mulier*, «*Periodica*» 75 (1986) 29-60; F. DANEELS, *De subiecto officii ecclesiastici attenda doctrina*

“*vir laicus*” come membro del collegio giudicante in prima e seconda istanza fu allargata alle donne dal CIC can. 1421 § 2 (CCEO can. 1087 § 2),¹⁶ sancendo in modo evidente, malgrado talune reticenze, la capacità dei laici di essere titolari della potestà ecclesiastica. D’altra parte – mentre la cost. ap. *Regimini Ecclesiae Universae* prevedeva che soltanto i cardinali e i vescovi potessero essere “membri” dei dicasteri (REU n. 2 § 2) e che, tuttavia, i Giudici della Segnatura dovessero essere cardinali (REU n. 104) –, la PB, adoperando la medesima concettualizzazione soggiacente alla nomina dei giudici laici, riconosce idonei per essere “membri” di alcuni dicasteri tutti gli ordinati *in sacris* e i laici: «*Iuxta peculiarem naturam quorundam Dicasteriorum, ipsorum coetui adscribi possunt clerici necnon alii Christifideles*» (PB art. 3 § 2; cfr. art. 7).

Sin dal 1991, il Santo Padre adoperò la possibilità di nominare “Membri” i vescovi, prevista dalla REU e confermata dalla PB.¹⁷ La Lp SAp 2008 non solo ha positivizzato detta potenzialità ma, avvalendosi delle citate norme della PB ha stabilito che «*Coetui Membrorum adscribi quoque possunt aliqui clerici, integrae fama, in iure canonico doctores atque eximia doctrina canonica praediti*» (Lp SAp 2008 art. 1 § 2).

La nuova possibilità di nominare chierici non vescovi, fra cui sono inclusi i diaconi (non, a mio parere, i “chierici minori” regolati dal *Codex Canonum Ecclesiarum Orientalium*¹⁸), mentre, da una parte sottolinea che per essere giudice (vicario o delegato) nella Chiesa devono essere considerati prevalen-

Concilii Vaticani II. Suntne laici officii ecclesiastici capaces?, Romae 1973; A. D’AURIA, *I laici nel “munus regendi”*, in GRUPPO ITALIANO DOCENTI DI DIRITTO CANONICO (a cura di), *Quaderni della Mendola*, vol. 8: *I laici nella ministerialità della Chiesa*, Milano 2000, 135-160, in particolare sul giudice laico, 135-146 (vide nello stesso volume G. MAZZONI, *Ministerialità e potestà (can. 129)*, 73-97 e A. MONTAN, “Ministeria”, “munera”, “officia”. *I laici titolari di uffici e di ministeri (cann. 228, 230, 274): precisazioni terminologiche*, 99-134); P. ERDÖ, *Il senso della capacità dei laici agli uffici nella Chiesa*, «Fidelium iura» 2 (1992) 165-186; Id., *Quaestiones de officiis ecclesiasticis laicorum*, «Periodica» 81 (1992) 179-209; G. INCITTI, *Il popolo di Dio: la struttura giuridica fondamentale tra uguaglianza e diversità*, Città del Vaticano 2007; M^aE. OLMOS, *La capacidad jurídica del laico para el desempeño de cargos eclesiásticos*, in *Escritos en honor de Javier Hervada*, Pamplona 1999, 139-147; R. PAGÉ, *Juges laïcs et exercice du pouvoir judiciaire*, in M. THÉRIAULT, J. THORN (a cura di), «Unico Ecclesiae servitio». *Études de droit canonique offertes à Germain Lesage*, Ottawa 1991, 197-212; L. VILLEMEN, *Pouvoir d’ordre et pouvoir de juridiction: histoire théologique de leur distinction*, Paris 2003.

¹⁶ Cfr. PAOLO VI, m.p. «*Causas matrimoniales*» quo normae quaedam statuuntur ad processus matrimoniales expeditius absolvendos, 28 marzo 1971, art. V, «AAS» 63 (1971) 441-446; Id., m.p. *Cum matrimonialium*, 8 settembre 1973, art. V, «AAS» 65 (1973) 577-581.

¹⁷ Cfr. GIOVANNI PAOLO II, *Nomina, per la prima volta, di alcuni Arcivescovi e Vescovi come Giudici della Segnatura Apostolica*, 20 maggio 1991, «AAS» 83 (1991) 631.

¹⁸ I diritti e doveri dei “chierici minori” di cui al CCEO can. 327 (come quello di poter essere giudici) devono essere stabiliti dal diritto particolare di ogni Chiesa *sui iuris*. Comunque non appare probabile che il diritto particolare affidi a detti chierici minori la capacità di essere giudici in modo equiparabile ai giudici chierici di cui al CCEO can. 1087 § 1.

temente la preparazione tecnica, l'animo ponderato e giusto, e l'esperienza, piuttosto che la grazia del sacramento dell'ordine (per cui, in teoria, anche un laico potrebbe essere Giudice della Segnatura), d'altra parte vi si potrebbe scorgere una qualche disarmonia con fattispecie analoghe recentemente regolate. Infatti, i Giudici della Congregazione per la Dottrina della Fede – oltre i Membri cardinali e vescovi, i quali sono giudici *ipso iure*¹⁹ – devono essere “sacerdoti”.²⁰ Presso la Rota Romana (1994) e la Rota della Nunziatura Apostolica in Spagna (1999) soltanto i *sacerdotes*, non i diaconi, possono essere giudici;²¹ mentre i diaconi non possono essere Vicari giudiziali nemmeno aggiunti presso i tribunali diocesani e interdiocesani (cfr. CIC can. 1420 § 4; CCEO can. 1086 § 4; istr. *Dignitas connubii* art. 42 § 1²²).

Comunque, l'istituzionalizzazione di questa maggiore capacità di scelta dei Giudici potrà facilitare, oltre che l'incorporazione di chierici non Vescovi, innanzitutto la nomina di Vescovi diocesani la quale renderebbe il Collegio giudicante meno vincolato alla Curia Romana, sottolineando l'indipendenza del Tribunale.

4. Il diritto a che le cause siano decise «entro un termine ragionevole»

Cercare di rendere il processo più spedito, più veloce, evitando le formalità che non siano necessarie, è condizione essenziale del giusto processo, è permanente finalità di ogni legislatore, ecclesiastico e civile.²³ Una delle leggi costitutive dell'Unione Europea, fra i primi requisiti del «diritto a un equo processo», indica: «Ogni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata [...] entro un termine ragionevole». ²⁴ I codici della Chiesa tentano di essere più incisivi nel regolare questa fondamentale manifestazione della diaconia processuale: «giudici e tribunali provvedano affinché, salva la giustizia, tutte

¹⁹ Cfr. GIOVANNI PAOLO II, «*Normae substantiales et processuales*» promulgate col m.p. «*Sacramentorum sanctitatis tutela*» [30 aprile 2001] e successive modifiche [7 novembre 2002 - 14 febbraio 2003], art. 7 § 1, «*Ius Ecclesiae*» 16 (2004) 313-321.

²⁰ Cfr. m.p. *Sacramentorum sanctitatis tutela*, 30 aprile 2001, cit., artt. 7 § 3 e 8.

²¹ Cfr. *Normae Rotae Romanae Tribunalis*, 7 febbraio 1994 - 18 aprile 1994, art. 3, «AAS» 86 (1994) 508-540, approvate «in forma specifica» dal Papa (cfr. SEGRETERIA DI STATO, *Rescriptum «ex Audientia Sanctissimi»*, 23 febbraio 1995, «AAS» 87 (1995) 366); GIOVANNI PAOLO II, *Normas orgánicas y procesales del Tribunal de la Rota de la Nunciatura Apostólica en España*, art. 3, promulgate dal m.p. *Nuntiaturae Apostolicae in Hispania*, 2 ottobre 1999, «AAS» 92 (2000) 5-17.

²² Cfr. PONTIFICIUM CONSILIUM DE LEGUM TEXTIBUS, *Instructio «Dignitas connubii» servanda a tribunalibus dioecesanis et interdioecesanis in pertractandis causis nullitatis matrimonii*, 25 Ianuarii 2005, Typis Vaticanis. Citata DC.

²³ In ambito canonico, cfr. F. D'OSTILIO, *I processi canonici. Loro giusta durata*, Roma 1989; A. ZIRKEL, «*Quam primum, salva iustitia*». *Müssen kirchliche Eheprozesse Jahre dauern?*, St. Ottilien 2003.

²⁴ *Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Roma, 4 novembre 1950, art. 6 § 1.

le cause si concludano al più presto, di modo che non si protragano più di un anno nel tribunale di prima istanza, e non più di sei mesi nel tribunale di seconda istanza» (CIC can. 1453; CCEO can. 1111). D'altra parte, questo atteggiamento è riscontrabile in tutte le epoche del diritto canonico, come dimostrano il Decreto di Graziano,²⁵ alcune decretali del *Liber Extra*,²⁶ le costituzioni «*Dispendiosam*» e «*Saepe*» del Concilio di Vienne (1311-1312, in Francia, xv concilio ecumenico), accolte nelle decretali di Clemente V,²⁷ il Concilio di Trento,²⁸ ecc. Nel Concilio Vaticano I,²⁹ nel Vaticano II,³⁰ nel primo Sinodo dei Vescovi dedicato allo studio della riforma del CIC 1917 (1967),³¹ nei Sinodi dedicati alla famiglia (1980)³² ed all'Eucaristia (2005),³³ molti Vescovi hanno chiesto che i processi (in particolare quelli matrimoniali) fossero resi più spediti. L'esigenza di predisporre i mezzi affinché i processi siano eseguiti celermente, nel rispetto del tempo richiesto per permettere la necessaria attività delle parti e del tribunale al fine di conoscere la verità (che è condizione della giustizia della sentenza), è stata frequentemente richiamata da Giovanni Paolo II e da Benedetto XVI,³⁴ ed è uno dei motivi di autorevoli suggerimenti per cercare soluzioni alternative più rapide rispetto al processo giudiziario matrimoniale.³⁵

²⁵ Cfr. C. 33, q. 2, Rubrica tertia pars, cann. 1, 4; C. 35, q. 6, Rubrica sexta pars, can. 10.

²⁶ Cfr. x 2.1.20, Onorio III, *Venerabilis frater*; x 4.18.3, Clemente III, *Videtur nobis*.

²⁷ Cfr. *Clem* 2.1.2, Clemente V, *Dispendiosam*; *Clem* 5.11.2, Clemente V, *Saepe*.

²⁸ Sess. 24, *De reformatione*, can. 20, in ISTITUTO PER LE SCIENZE RELIGIOSE (a cura di), *Conciliorum Oecumenicorum Decreta*, ed. bilingue, Bologna 1991, 772-773.

²⁹ Cfr. P. GASPARRI, *Praefatio*, in *Codex Iuris Canonici praefatione, fontium annotatione et indice analytico-alphabetico auctus*, ed. Typis Polyglottis Vaticanis, ed. 1, 1917 [ristampa del 1974], pp. xxxii-xxxv. Sulle richieste di riforma giuridica da parte dei vescovi nel Concilio Vaticano I, cfr. C. FANTAPPIÈ, *Chiesa romana e modernità giuridica*, Milano 2008, vol. 2, 543-556.

³⁰ Cfr. *Acta et documenta Concilio Oecumenico Vaticano II apparando, Series I (antepraeparatoria), Appendix voluminis II: Analyticus conspectus consiliorum et votorum quae ab episcopis et praelatis data sunt, Pars II: De sacramentis – De locis sacris (...) – De processibus (...)*, Sub secreto, Typis Polyglottis Vaticanis 1961, 576 §§ 4, 6; 581-582 §§ 4-9.

³¹ «Il diritto processuale, specie nelle cause matrimoniali, tenga presenti le esigenze di umanità, sia nella speditezza, sia nel rispetto di una maggior equità» (Card. Pericle Felici, *Congregazione conclusiva. Sintesi degli interventi e delle relative risposte*, n. 13, 4 ottobre 1967, in G. CAPRILE, *Il Sinodo dei Vescovi 1967. Prima assemblea generale (29 settembre - 29 ottobre 1967)*, Roma 1968, 133).

³² «Iustitia dilata est iustitia negata» (Card. Carter, in G. CAPRILE, *Il Sinodo dei Vescovi 1980. Quinta assemblea generale (26 settembre - 25 ottobre 1980)*, Roma 1982, 469, n. 9).

³³ Cfr. SINODO DEI VESCOVI, xi ASSEMBLEA GENERALE ORDINARIA, *L'Eucaristia: fonte e culmine della vita e della missione della Chiesa, Proposizioni finali al Santo Padre*, 22 ottobre 2005, n. 40 § "e".

³⁴ Cfr. I discorsi alla Rota Romana del 1986 (n. 6), del 2005 (n. 6) e del 2006; BENEDETTO XVI, Es. ap. postsinodale «*Sacramentum Caritatis*», 22 febbraio 2007, n. 29, «AAS» 99 (2007) 105-180.

³⁵ Cfr. J. RATZINGER, «*Il sale della terra*». *Cristianesimo e Chiesa cattolica nella svolta del millennio. Un colloquio con P. Seewald*, Torino 1997, 235-237; A. SCOLA (Cardinale Patriarca di Venezia), *Processi matrimoniali: una prospettiva pastorale* (relazione al Tribunale Ecclesiastico Regionale Triveneto, Padova, 17 marzo 2006), «Il Regno-documenti» 7/2006 226-231. Sulla

È logico quindi che Daneels, nell'espone i «Criteri generali di revisione» delle NS SAP 1968, riconosca che la Commissione che ha preparato la Lp SAP 2008 «ci si è sforzat[a] di rendere più snella la procedura, così da abbreviare i tempi delle cause e giungere rapidamente alla decisione». Nell'esemplificare i principali risultati del travaglio compiuto, il Segretario della Segnatura ha segnalato «due proposte di riforma, sulle quali vi è stato ampio confronto, anche nella plenaria: la preclusione di accesso al Collegio di un ricorso rigettato *in limine* con decreto del Segretario confermato dal Congresso [cfr. art. 76]; la facoltà di costituire eventualmente un Collegio di tre giudici nel caso di ricorso avverso il rigetto del Congresso e quindi di ricorso non ammesso *ad disceptationem* [cfr. art. 21]». ³⁶

La citata innovazione dell'art. 76 è uno degli elementi fondamentali su cui riflettere circa l'impianto del nuovo processo contenzioso amministrativo presso la Segnatura ma esula dalle possibilità di questa presentazione della Lp SAP 2008. ³⁷ Comunque, è interessante segnalare almeno le diverse decisioni – del Prefetto, del Prefetto in Congresso e del Collegio giudicante – contro le quali è vietata ogni impugnazione. ³⁸

Per quanto riguarda la citata «facoltà di costituire eventualmente un Collegio di tre giudici nel caso di ricorso avverso il rigetto del Congresso e quindi di ricorso non ammesso *ad disceptationem*» di cui all'art. 21, da una parte, vi sono considerazioni da fare insieme con il processo stabilito dall'art. 76. ³⁹ Dall'altra parte, dal punto di vista della tempestività nello espletamento della potestà giudiziale è evidente che un collegio di tre giudici si può costituire, convocare ecc. con più facilità che uno di cinque membri. Non possiamo dimenticare infatti che, tranne i Membri che siano andati in pensione dal loro ufficio principale, presso la Curia Romana o in ambito diocesano, in occasione del compimento dei settantacinque anni e che non abbiano ancora compiuto gli ottanta, momento di scadenza della nomina di Membro (cfr. CIC cann. 354, 401 § 1; PB art. 5 § 2), e tranne il Prefetto della Segnatura, gli

“amministrativizzazione” delle cause di nullità del matrimonio, cfr. G. DALLA TORRE, *Matrimonio e funzione giudiziaria*, in P.A. BONNET, C. GULLO (a cura di), *Il giudizio di nullità matrimoniale dopo l'istruzione «Dignitas connubii»*. Parte Prima: I principi, Città del Vaticano 2007, 235-248; J.M^a DÍAZ MORENO, *La corta duración del matrimonio, como indicio de nulidad*, in M. CORTÉS, J. SAN JOSÉ (Coords.), *Curso de derecho matrimonial y procesal canónico para profesionales del foro*, vol. 18, Salamanca 2007, 467-486; J. LLOBELL, «*Quaestiones disputatae*» sulla scelta della procedura giudiziaria nelle cause di nullità del matrimonio, sui titoli di competenza, sul libello introduttorio e sulla contestazione della lite, «*Apollinaris*» 70 (1997) 582-591; S. VILLEGIANTE, *Il discorso di S.S. Benedetto XVI del 28 gennaio 2006 alla Rota apre le porte al nuovo processo matrimoniale canonico?*, «*Angelicum*» 83 (2006) 685-704.

³⁶ F. DANEELS, *La Nuova «Lex propria» del Supremo Tribunale della Segnatura Apostolica*, «*L'Osservatore Romano*» 24 dicembre 2008, 7. ³⁷ *Vide supra* nota 13.

³⁸ Cfr. Lp SAP 2008 artt. 42 § 4, 59 § 2, 64, 72 § 2, 76 § 4, 85 § 2, 98.

³⁹ *Vide supra* nota 13.

altri Giudici ricoprono importanti mansioni che richiedono praticamente la loro totale dedizione. Quindi, la riduzione dei membri del Collegio competente per decidere circa l'ammissione *ad disceptationem* negata dal Congresso, cosa non infrequente, potrà comportare un sostanziale snellimento nelle decisioni di dette cause.

Questa possibile riduzione dei membri del Collegio giudicante potrebbe aver costituito uno dei motivi per giustificare che il Segretario non partecipi della potestà giudiziaria in qualità di membro di un Collegio chiamato a decidere sulla reiezione del libello di domanda decisa dal Prefetto in Congresso (Lp SAp 2008 art. 21): due dei tre Giudici del Collegio (il Prefetto e il Segretario) potrebbero essere chiamati a giudicare il loro precedente provvedimento, a scapito dei principi del «*ne bis in idem*» e della terzietà dei giudici.⁴⁰ Comunque questa obiezione non sarebbe sufficiente per giustificare la scelta della Lp SAp 2008 di non annoverare il Segretario fra i Giudici, giacché se detta possibilità fosse stata sancita sarebbe bastato che l'art. 21 avesse indicato che, in questa fattispecie, il Prefetto e il Segretario non avrebbero potuto far parte "insieme" del Collegio di tre Giudici, potendo parteciparne soltanto uno di loro.

Fra le altre manifestazioni volte a snellire il processo è rilevante la facoltà del Prefetto e del Segretario, già prevista dall'art. 102 § 2 delle NS SAp 1968, di stabilire termini di natura perentoria «*si id requiratur pro casu expedite solvendo*» (Lp SAp 2008 art. 27 § 2).

5. *La motivazione delle decisioni non meramente ordinarie*

La sottomissione alla giurisdizione ecclesiastica ha un carattere di "obbedienza libera" superiore di molto a quello riscontrabile negli ordinamenti civili. Infatti, le decisioni dei titolari della potestà ecclesiale incidono su materie prevalentemente spirituali e la forza coercitiva dei loro provvedimenti ha natura primariamente morale, pur riconoscendo la sua essenziale giuridicità. Se vogliono essere efficaci, cioè essere strumenti per la salvezza delle anime alle quali sono rivolte, le sentenze canoniche devono convincere. Perciò la Chiesa ricorre a procedimenti tecnici affinché la giustizia dei provvedimenti raggiunga un rivestimento formale che la renda facilmente percepibile ai loro destinatari. Queste formalità della decisione giudiziaria hanno come scopo fondamentale quello di assicurare alle parti che il giudice è giunto a conoscere con certezza la verità circa il merito della questione per cui la sua decisione (l'applicazione della legge al caso singolo) dovrebbe

⁴⁰ La presenza del Prefetto in entrambe le "istanze" è analoga alla fattispecie accettata dai codici (e dalla dottrina) dell'appello al Collegio giudicante della reiezione del libello di domanda operata dal presidente (cfr. CIC can. 1505 § 4; CCEO can. 1188 § 4), che è diventata l'unica possibile impugnazione nella DC art. 124 § 1.

essere giusta. Ebbene, questo elemento di logico collegamento fra l'*in iure* e l'*in facto* ha la finalità di manifestare le fonti della certezza morale del giudice sulla verità che regge la sentenza; e di offrire alle parti (le quali hanno potuto conoscere l'*iter* che ha portato il tribunale ad emettere una determinata sentenza) la loro condivisione della decisione perché, conoscendo la motivazione, la reputano giusta (benché sia contraria alla loro impostazione iniziale) o, ritenendola invece ingiusta, avranno dei motivi oggettivi che potranno giustificare la sua impugnazione. Da questa fiducia, in una proporzione non trascurabile basata sull'operato del giudice che egli "racconta" sulla motivazione, dipenderà la corrispondente accettazione della decisione che, non dimentichiamolo, potrebbe condizionare la salvezza eterna del dissenziente.⁴¹ Manifestazione dell'appartenenza di queste considerazioni all'ambito assiologico del giusto processo è che l'obbligo di motivare la sentenza appare nell'ordinamento canonico sin dalle sue prime manifestazioni formali.⁴²

Da questa prospettiva e *primo actu*, non può non destare meraviglia l'affermazione del CIC 1917 can. 1605 § 1, accolta dalle *Normae speciales* del 1968 (artt. 55 § 1 e 122 § 2): «*Supremi Tribunalis Signaturae sententiae suam vim habent, quamvis rationes in facto et in iure non contineant*». Tuttavia, il § 2 del medesimo can. 1605 è rasserrenante quantunque la norma abbia bisogno di essere approfondita: «*Nihilominus sive ad instantiam partis sive ex officio, si res postulet, Supremum Tribunal edicere potest ut praedictae rationes exponantur secundum regulas Tribunalis proprias*». Infatti, i provvedimenti della Segnatura avevano una motivazione "mediata" affidata al Promotore di giustizia o ai "votanti" della Segnatura, sebbene non fosse sempre necessaria.⁴³ Cioè, i provvedimenti della Segnatura, come quelli della Rota Romana prima della riforma del 1908, avevano due "parti": la prima era il dispositivo dei giudici membri del Collegio, chiamata "sentenza"; la seconda consisteva nella "motivazio-

⁴¹ Cfr. GIOVANNI PAOLO II, *Discorso alla Rota Romana*, 26 gennaio 1989, n. 7, «AAS» 81 (1989) 922-927. Circa il rapporto del diritto di difesa nelle cause matrimoniali con la *salus animarum*, cfr. F. DANEELS, *De iure defensionis. Brevis commentarius ad allocutionem Summi Pontificis diei 26 ianuarii 1989 ad Rotam Romanam*, «Periodica» 79 (1990) 243-266.

⁴² Cfr. J. LLOBELL, *Historia de la motivación de la sentencia canónica*, Zaragoza 1985, 103-177; ID., *La genesi della sentenza canonica*, in P.A. BONNET, C. GULLO (a cura di), *Il processo matrimoniale canonico*, ed. 2, Città del Vaticano 1994, 722-734.

⁴³ «§ 1. *Sententia Supremi Tribunalis vim suam habet, quamvis rationes in facto et in iure non contineat*. § 2. *Nihilominus sive ad instantiam partis sive ex officio, si res postulet, Supremum Tribunal edicere potest ut praedictae rationes a Votante scripto exponantur* (cann. 1605; 1894 § 2). § 3. *Votans qui rationes decidendi exponit vel idem assumitur qui processui interfuit vel alius a Cardinali Praefecto designatur*. § 4. *In quolibet casu decisio, intra triginta dies exaranda, iisdem verbis, quibus a Patribus Cardinalibus concepta fuit, mentem iudicium fideliter referat, atque adprobationi Cardinalis Ponentis seu Relatoris subiciatur*» (NS SAP 1968 art. 55). Cfr. NS SAP 1968 artt. 71 e 122.

ne”, chiamata “decisione”, redatta dal Promotore di giustizia o da un “votante” della Segnatura, o di un “*adiutor*” nel caso degli uditori della Rota.⁴⁴

Infatti, la prassi vincolante della motivazione appartiene alla tradizione della Segnatura Apostolica, come affermava Lega in un voto sul processo amministrativo del 1913, nella fase di redazione del CIC 1917: «ai Prelati votanti spetterebbe di dettare la decisione nei suoi motivi, di diritto e di fatto come fondamenti della decisione. Così si praticava nella Segnatura di Giustizia». ⁴⁵ Anzi, l'art. 30 della citata Appendice alle *Regulae servandae* presso la Segnatura, del 1915 (essendo Lega il Prefetto), stabiliva che la *decisio* del Votante «*continere debet rationes “in facto” et “in iure” quae sunt motiva latae decisionis*». L'art. 31 di detta Appendice dava precise indicazioni sul modo di motivare: «*Decisiones breves sint et concisae in allegationibus “facti” et “iuris”*». Tuttavia la citata affermazione del CIC 1917 e delle NS SAp 1968 secondo cui «*Supremi Tribunalis Signaturae sententiae suam vim habent, quamvis rationes in facto et in iure non contineant*» ha destato perplessità sin dal nuovo assetto della Segnatura stabilito nel 1908 fino alla sua abrogazione da parte della Lp SAp 2008. Ad es., fra le «*Animadversiones Episcoporum ac Superiorum Regularium in libro “De iudiciis ecclesiasticis”*» (1915) a uno degli schemi del futuro CIC 1917, l'Abate Generale dei Cistercensi segnalava che le sentenze della Segnatura dovevano sempre essere motivate, provenendo da un tribunale e non da un

⁴⁴ «*Sententia rotalis nulla motivatione indiget, si declarat inhaerere rationibus iam expressis in praecedentibus Decisionibus*» (Progetto di «*lex propria*» della Rota Romana e della Segnatura Apostolica (1908), can. 28, 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, 1238). Cfr. *ibidem*, cann. 15 e 27, 1236 e 1238; *Lex propria Sacrae Romanae Rotae et Signaturae Apostolicae*, 29 giugno 1908, cann. 3, 32 § 3, 43, «AAS» 1 (1909) 20-35; *Regulae servandae in iudiciis apud S.R. Rotae Tribunal*, 4 agosto 1910, cann. 177-179, 181 § 1, c), 182, «AAS» 2 (1910) 783-850; *Regulae servandae in iudiciis apud Supremum Signaturae Apostolicae Tribunal*, 6 marzo 1912, art. 55, «AAS» 4 (1912) 187-206; *Appendix ad Regulas servandas in iudiciis apud Supremum Signaturae Apostolicae Tribunal*, 3 novembre 1915, artt. 15-16, 19-20, 24-31: questa appendice non fu promulgata negli *Acta Apostolicae Sedis* bensì in un libretto della Tipografia Poliglotta Vaticana (1915) (cfr. P. GASPARRI, I. SERÉDI, *Codicis Iuris Canonici fontes*, vol. 8, 608-618). L'art. 1 dell'Appendix contiene la Lettera del Card. Lega (Prefetto della Segnatura Apostolica) al Papa e il chirografo di Benedetto XV concedendo le competenze richieste (BENEDETTO XV, *Chirographum «Attentis expositis», ad instantiam Emi. Cardinalis Praefecti S. Trib. Signaturae Apostolicae, huius competentia certius definitur et augetur*, 28 giugno 1915, «AAS» 7 (1915) 320-325). Perciò la data dell'art. 1 è precedente a quella dell'intera Appendix.

Sulla motivazione da parte della Segnatura e della Rota, cfr. anche E. CERCHIARI, *Capellani Papae et Apostolicae Sedis Auditores causarum Sacri Palatii Apostolici seu Sacra Romana Rota ab origine ad diem usque 20 Septembris 1870. Relatio historica-iuridica*, vol. 1, Romae 1921, 98-115 e 240-267; J. LLOBELL, *Historia de la motivación de la sentencia canónica*, cit., 163-166.

⁴⁵ M. LEGA, *Voto sulle questioni di ordine amministrativo e relative procedure*, novembre 1913, in J. LLOBELL, E. DE LEÓN, J.J. BELLO, *Il libro «de processibus» nella codificazione del 1917. Studi e documenti*, vol. 2, Milano, in corso di stampa.

legislatore; del resto, proseguiva l'Abate, anche il Pontefice ai tempi delle Decretali motivava le sue decisioni.⁴⁶ Comunque, è stato autorevolmente indicato che, dalla costituzione della *Sectio Altera* con la REU, le sentenze della Segnatura sono state sempre motivate "immediatamente" dal giudice ponente del turno ed estensore del provvedimento.⁴⁷

La Lp SAP 2008 accoglie l'obbligo previsto dai vigenti codici di motivare le decisioni non meramente ordinatorie (cfr. CIC cann. 1611 n. 3, 1612 § 3, 1617, 1622 n. 2; CCEO cann. 1294 n. 3, 1295 § 3, 1300, 1304 § 1 n. 2; Lp SAP 2008 artt. 47, 48 § 1 e 122). L'art. 83 § 1 non richiede la motivazione del decreto del Prefetto in Congresso con il quale respinge il ricorso quando «*manifeste ipse caret "praesupposito"*», cioè quando avrebbe dovuto essere respinto dal Segretario nelle circoscritte circostanze stabilite dall'art. 76 § 1, e alle quali il decreto di reiezione dovrà far riferimento, motivando quindi in tale modo la decisione. Invece, quando la reiezione è dovuta alla più complessa fattispecie che il ricorso «*manifeste caret "fundamento"*», l'art. 83 § 1 richiede l'adeguata motivazione.

Considerati i molteplici impegni dei Giudici e la necessità di pubblicare la sentenza *quamprimum* (Lp SAP 2008 art. 48 § 1), in attenzione alla tradizione della Segnatura, la nuova norma prevede: «*Supremi Tribunalis Praefectus, si casus ferat, statuere potest decisionis rationes in iure et in facto scripto redigi a Promotore iustitiae*» (art. 48 § 2). Comunque – poiché nel vigente sistema la motivazione è parte essenzialmente integrante la sentenza, senza che sussista l'antica distinzione formale fra il dispositivo ("sentenza") e la motivazione ("decisione")⁴⁸ –, questa motivazione *coram partibus* di cui all'art. 48 § 2 della Lp SAP 2008 forma un'unità inscindibile con il dispositivo. Ne consegue che dovrà essere formalmente firmata dal Collegio giudicante e non dal Promotore di giustizia, benché nell'ordinamento precedente fosse siglata invece dal suo autore materiale: il Promotore di giustizia o un Votante (NS SAP 1968 art. 122 § 3).

Infine, l'art. 83 § 1 della *lex propria* non prevede l'obbligo di motivazione per il provvedimento del Prefetto in Congresso che ammette la causa contenzio-

⁴⁶ «*In causis a Signatura diiudicandis solemniter, affirmante Abbate generali Ord. Cisterciens., procedendum erit, ut plena et perfecta iustitiae administratio habeatur. Praesertim vero Signatura suas sententias motivare deberet. Iudices enim non sunt leges, et partes cognoscere debent rationes ob quas absolvuntur ac praesertim condemnantur, eo vel magis quod causae quae ad Signaturam deferuntur generatim valde sunt graves. Caeterum ipse Summus Pontifex semper tempore Decretalium, ut ex ipsis eruitur, rationes suarum decisionum in suis rescriptis inserere fuit solitus. Idcirco nova praxis contra iustitiam videretur*» («*Animadversiones Episcoporum ac Superiorum Regularium in libro "De iudiciis ecclesiasticis"*», 1915, ad can. 78, in J. LLOBELL, S. MIRALDI, P. ZUNINO, *Il libro «de processibus» nella codificazione del 1917. Studi, documenti e indici*, vol. 3, Milano, in corso di stampa).

⁴⁷ Cfr. Z. GROCHOLEWSKI, *Supremo Tribunale della Segnatura Apostolica e sentenza canonica, «Apollinaris»* 59 (1986) 205 e 208-209. Per quanto mi risulta, successivamente al 1986 la prassi della Segnatura ha conservato lo stesso indirizzo.

⁴⁸ *Vide supra* note 44-47.

so amministrativa alla *disceptatio* dinanzi al Collegio giudicante; tuttavia tale provvedimento, tenendo conto del nuovo impianto processuale del contenzioso amministrativo, dovrebbe essere, a mio parere, motivato. Quantunque detta decisione possa essere equiparata all'accettazione del libello di domanda, la quale non deve essere motivata, in realtà la natura di questo provvedimento ha una portata più profonda, come ho cercato di dimostrare.⁴⁹

6. Il diritto al doppio grado di giurisdizione

La dottrina canonistica,⁵⁰ sempre in riferimento al diritto romano,⁵¹ ritiene il doppio grado di giurisdizione (del quale l'appello è la tipica espressione) un elemento del processo intimamente collegato con il diritto alla difesa e, perciò, con il diritto naturale,⁵² accolto dal *Corpus Iuris Canonici* per impugnare anche i provvedimenti amministrativi mediante l'«*appellatio extraiudicialis*» come ricordava Lega nel citato voto del 1913 sulla procedura amministrativa.⁵³

Tuttavia, poiché le decisioni personali del Pontefice sono intrinsecamente inappellabili in virtù della sua suprema potestà (cfr. cann. 333 § 3, 1405 § 2), la dottrina attenua il rapporto dell'appello con il diritto naturale, per giustificare tale inappellabilità.⁵⁴ L'abbinamento fatto dal can. 1629 n. 1 del CIC (CCEO can. 1310 n. 1) tra l'inappellabilità delle sentenze del Pontefice e quelle della Segnatura, peraltro, si basa su motivazioni del tutto diverse.

Infatti, le sentenze della Segnatura non sono di per sé inappellabili, come quelle del Papa; la loro inappellabilità – sancita dal CIC can. 1629 n. 1 (CCEO

⁴⁹ Vide supra nota 13.

⁵⁰ Per questo § attingo da J. LLOBELL, *Il diritto al processo giudiziale contenzioso amministrativo*, cit., 267-273.

⁵¹ D. 49.1.1: «*Appellandi usus quam sit frequens quamque necessarius, nemo est qui nesciat, quippe cum iniquitatem iudicantium vel imperitiam recorrigat*» (Ulpianus, libro 1 de appellationibus).

⁵² «[S]altem duplex gradus iurisdictionis (...) videtur ab ipso iure divino descendere» (F. ROBERTI, *De processibus*, vol. 1, ed. 2, rist. 3, Romae 1941, n. 62, p. 179). Cfr. M. CABREROS DE ANTA, *Comentarios al Código de Derecho Canónico*, vol. 3, Madrid 1964, p. 625; M. LEGA, V. BARTOCETTI, *Commentarius in iudicia ecclesiastica*, vol. 2, Romae 1950, 974-975.

⁵³ Cfr. C. 2, q. 6, cann. 19-21; VI° 2.15.8. Il citato *Voto di Lega del 1913* insisteva sulla necessità del diritto di appello e sul suo riconoscimento nelle decretali: «*Questione ancora più importante è l'ammissione con tutti gli effetti, dell'appello estragiudiziale ossia del ricorso. Che si debba ammettere tale appello o ricorso, tanto dai decreti giudiziali che estragiudiziali è dottrina pacifica presso i Dottori, perché è la chiara disposizione del diritto, così enunciata nel cap. 1, De appellationibus in VI°*, dove si riferisce il canone del Concilio Lateranense IV, sancito da Innocenzo IV, ibi: “*Cordi nobis est, lites minuere et a laboribus relevare subiectos. Sancimus igitur ut si quis in iudicio vel extra super interlocutoria vel gravamine aliquo ad nos duxerit appellandum, causam appellationis in scriptis assignare deproperet; petat apostolos quos ei praecipimus exhibere, etc.*” [VI° 2.15.1]. Nella Costituzione *Concertationi* (cap. 8, *De appell.* in VI°), si stabilisce potersi appellare “*quibuslibet extraiudicialibus actis*” [VI° 2.15.8]».

⁵⁴ Cfr. F. X. WERNZ, P. VIDAL, *Ius Canonicum*, vol. 6: *De processibus*, Romae 1927, 551.

can. 1310 n. 1) in modo apparentemente assoluto – proviene piuttosto dalla natura di *alcune* delle decisioni della “Prima Sezione” della Segnatura.⁵⁵ Tale Sezione infatti – soltanto riguardo alle dette sentenze inappellabili – agisce come tribunale di cassazione della giurisdizione ordinaria.⁵⁶ Ciò implica, da una parte, la possibilità di aver realizzato in precedenza il doppio grado di giurisdizione presso i tribunali locali e la Rota Romana; dall’altra, che il giudizio inappellabile potrà riferirsi soltanto alla legalità – non al merito – della sentenza oggetto del ricorso presso la “Prima Sezione”.⁵⁷

L’art. 50 della Lp SAP 2008 conferma il generale divieto dei codici di appellare le decisioni sul merito. Tuttavia, rispettando una tradizione normativa unanime almeno dal 1908,⁵⁸ all’art. 69 riconosce il diritto di appello presso un altro turno dello stesso Tribunale Supremo nell’unica causa in cui la “Prima Sezione” della Segnatura giudica sul merito in prima istanza: le cause degli Uditori rotali.

In relazione alla “Seconda Sezione” (competente per il contenzioso amministrativo) il discorso è simile, sia perché il can. 1629 n. 1 ha l’identica stesura del can. 1880 n. 1 del codice del 1917 – quando ancora non esisteva la Seconda Sezione –, sia perché nel codice del 1983 – prima della promulgazione della PB – la competenza della *Sectio Altera* si esauriva nel “controllo di legalità”. Di conseguenza, le sentenze della Segnatura sul contenzioso amministrativo che non corrispondano alla summenzionata natura di “controllo della legalità”, ma siano decisioni sul “merito in prima istanza”, dovrebbero essere anche appellabili (come quelle della “Prima Sezione”), secondo una ermeneutica coerente con i principi del diritto all’appello e con le disposizioni vigenti, giacché il divieto dell’appello stabilito dalla Lp SAP 2008 all’art. 91 § 1 appartiene al Capitolo I del Titolo IV, mentre il risarcimento del danno è regolato, veramente in modo molto schematico, dal Capitolo III del medesimo Titolo e, trattandosi di una restrizione del diritto al doppio grado di giurisdizione, l’art. 122 della Lp SAP 2008 consentirebbe il diritto di appello qualora la Segnatura abbia dovuto giudicare sul merito per poter decidere il risarcimento del danno.

⁵⁵ Cfr. can. 1445 § 1, 1° e 2°; PB art. 122, 1° e 2°.

⁵⁶ Sull’assimilazione della prima sezione alle corti di cassazione, cfr. Z. GROCHOLEWSKI, *I tribunali apostolici*, in *Le nouveau Code de Droit Canonique. Actes du V^e Congrès International de Droit Canonique. Ottawa 19-25 août 1984*, Ottawa 1986, vol. 1, 472; ID., *I tribunali*, in P.A. BONNET, C. GULLO (a cura di), *La Curia Romana nella cost. ap. Pastor bonus*, Città del Vaticano 1990, 403.

⁵⁷ Nei sistemi civili la cassazione controlla la legalità delle sentenze di secondo grado o quelle di primo grado di modico valore nei cui confronti non è ammesso l’appello (cfr. W.J. HABSCHIED, *Introduzione al diritto processuale civile comparato*, Rimini 1985, 210-216; C. MANDRIOLI, *Corso di diritto processuale civile*, ed. 5, vol. 2, Torino 1985, § 75, 342-345).

⁵⁸ Cfr. *Lex propria SRR et Sap*, 29 giugno 1908, cit., can. 41 § 1 collato cum § 3; *Appendix ad Regulas servandas SAP* (1915), cit., art. 36; CIC 1917 can. 1604 § 1; NS SAP 1968 artt. 77 e 82.

D'altra parte, il divieto di appello contro le cause contenzioso amministrative decise dalla Segnatura Apostolica, confermato dagli artt. 50 e 91 della Lp SAP 2008, non implica in realtà una eccezione al diritto al doppio grado di giurisdizione, qualora si tratti del giudizio di mera legittimità del provvedimento amministrativo singolare. Infatti, in tali fattispecie il nuovo impianto processuale stabilito dalla Lp SAP 2008 attribuisce alla decisione del Collegio giudicante la natura sostanziale di seconda istanza. Invece, qualora la decisione sul risarcimento del danno abbia dovuto giudicare sul merito (come avvenne nella celebre causa *coram* Ratzinger del 1984 e 1985⁵⁹), detto provvedimento sarà un giudizio "di prima istanza" sul merito e quindi appellabile, come nella menzionata fattispecie presso la "Prima Sezione" del Supremo Tribunale nei confronti degli Uditori rotali.⁶⁰

Inoltre, l'art. 91 della *lex propria* ha esplicitato la possibilità di giovare degli altri mezzi d'impugnazione della sentenza: la querela di nullità e la *restitutio in integrum*, accogliendo la dottrina e la giurisprudenza.⁶¹

7. Conclusione interlocutoria

Da questi parziali ed interlocutori cenni sul modo in cui la Lp SAP 2008 adempie i principi processuali emergono alcuni indizi sulla ricezione da parte della nuova norma di alcune delle critiche mosse dalla dottrina alle NS SAP 1968, nonché su come vi sia stata incorporata la giurisprudenza del Supremo Tribunale, dandone una sorta d'"interpretazione autentica". Dalle ulteriori e più approfondite analisi della Lp SAP 2008 che verranno compiute e, soprattutto, dal modo in cui verrà applicata da coloro che sono stati i suoi autori materiali, emergerà quanto la nuova *lex* potrà essere utile strumento al servizio della realizzazione giurisdizionale della giustizia nella Chiesa, in particolare nel delicato settore del contenzioso amministrativo.

JOAQUÍN LLOBELL

⁵⁹ Cfr. SEGNETURA APOSTOLICA, *coram* Ratzinger, sentenza, *Romana*, 27 ottobre 1984, *Dimissionis a munere docendi*, «Il Diritto Ecclesiastico» 96/2 (1985) 260-270; ID., decreto, 1° giugno 1985, in *ibidem*, 260 in calce.

⁶⁰ *Vide supra* nota 13.
⁶¹ Cfr. J. LLOBELL, *Note sull'impugnabilità delle decisioni della Segnatura Apostolica*, «Ius Ecclesiae» 5 (1993) 675-698; G.P. MONTINI, *De querela nullitatis deque restitutione in integrum adversus sententias Sectionis Alterius Supremi Signaturae Apostolicae Tribunalis*, «Periodica» 82 (1993) 669-697.

ILLUSTRI Giudici, Officiali e Collaboratori del Tribunale della Rota Romana! La solenne inaugurazione dell'attività giudiziaria del vostro Tribunale mi offre anche quest'anno la gioia di riceverne i degni componenti: Monsignor Decano, che ringrazio per il nobile indirizzo di saluto, il Collegio dei Prelati Uditori, gli Officiali del Tribunale e gli Avvocati dello Studio Rotale. A voi tutti rivolgo il mio saluto cordiale, insieme con l'espressione del mio apprezzamento per gli importanti compiti a cui attendete quali fedeli collaboratori del Papa e della Santa Sede.

Voi vi aspettate dal Papa, all'inizio del vostro anno di lavoro, una parola che vi sia luce e orientamento nel disimpegno delle vostre delicate mansioni. Molteplici potrebbero essere gli argomenti su cui intrattenerci in questa circostanza, ma a vent'anni di distanza dalle allocuzioni di Giovanni Paolo II sull'incapacità psichica nelle cause di nullità matrimoniale, del 5 febbraio 1987 (AAS 79 [1987], pp. 1453-1459) e del 25 gennaio 1988 (AAS 80 [1988], pp. 1178-1185), sembra opportuno chiedersi in quale misura questi interventi abbiano avuto una recezione adeguata nei tribunali ecclesiastici. Non è questo il momento per tracciare un bilancio, ma è davanti agli occhi di tutti il dato di fatto di un problema che continua ad essere di grande attualità. In alcuni casi si può purtroppo avvertire ancora viva l'esigenza di cui parlava il mio venerato Predecessore: quella di preservare la comunità ecclesiale «dallo scandalo di vedere in pratica distrutto il valore del matrimonio cristiano dal moltiplicarsi esagerato e quasi automatico delle dichiarazioni di nullità, in caso di fallimento del matrimonio, sotto il pretesto di una qualche immaturità o debolezza psichica del contraente» (*Allocuzione alla Rota Romana, 5.2.1987, cit., n. 9, p. 1458*).

Nel nostro odierno incontro mi preme richiamare l'attenzione degli operatori del diritto sull'esigenza di trattare le cause con la doverosa profondità richiesta dal ministero di verità e di carità che è proprio della Rota Romana. All'esigenza del rigore procedurale, infatti, le summenzionate allocuzioni, in base ai principi dell'antropologia cristiana, forniscono i criteri di fondo non solo per il vaglio delle perizie psichiatriche e psicologiche, ma anche per la stessa definizione giudiziale delle cause. Al riguardo, è opportuno ricordare ancora alcune distinzioni che tracciano la linea di demarcazione innanzitutto tra «una maturità psichica che sarebbe il punto d'arrivo dello sviluppo umano», e «la maturità canonica, che è invece il punto minimo di partenza

* Vedi alla fine del discorso la nota di M. A. ORTIZ, *Capacità consensuale ed essenza del matrimonio*.

per la validità del matrimonio» (*ibid.*, n. 6, p. 1457); in secondo luogo, tra incapacità e difficoltà, in quanto «solo l'incapacità, e non già la difficoltà a prestare il consenso e a realizzare una vera comunità di vita e di amore, rende nullo il matrimonio» (*ibid.*, n. 7, p. 1457); in terzo luogo, tra la dimensione canonistica della normalità, che ispirandosi alla visione integrale della persona umana, «comprende anche moderate forme di difficoltà psicologica», e la dimensione clinica che esclude dal concetto di essa ogni limitazione di maturità e «ogni forma di psicopatologia» (*Allocuzione alla Rota Romana*, 25.1.1988, cit., n. 5, p. 1181); infine, tra la «capacità minima, sufficiente per un valido consenso» e la capacità idealizzata «di una piena maturità in ordine ad una vita coniugale felice» (*ibid.*, n. 9, p. 1183).

Atteso poi il coinvolgimento delle facoltà intellettive e volitive nella formazione del consenso matrimoniale, il Papa Giovanni Paolo II, nel menzionato intervento del 5 febbraio 1987, riaffermava il principio secondo cui una vera incapacità «è ipotizzabile solo in presenza di una seria forma di anomalia che, comunque si voglia definire, deve intaccare sostanzialmente le capacità di intendere e/o di volere» (*Allocuzione alla Rota Romana*, cit., n. 7, p. 1457). Al riguardo, sembra opportuno ricordare che la norma codiciale sull'incapacità psichica nel suo aspetto applicativo è stata arricchita e integrata anche dalla recente Istruzione *Dignitas connubii* del 25 gennaio 2005. Essa, infatti, per l'avverarsi di tale incapacità richiede, già al tempo del matrimonio, la presenza di una particolare anomalia psichica (art. 209, § 1) che perturbi gravemente l'uso di ragione (art. 209, § 2, n. 1; can. 1095, n. 1), o la facoltà critica ed elettiva in relazione a gravi decisioni, particolarmente per quanto attiene alla libera scelta dello stato di vita (art. 209, § 2, n. 2; can. 1095, n. 2), o che provochi nel contraente non solo una grave difficoltà, ma anche l'impossibilità di far fronte ai compiti inerenti agli obblighi essenziali del matrimonio (art. 209, § 2, n. 3; can. 1095, n. 3).

In quest'occasione, tuttavia, vorrei altresì riconsiderare il tema dell'incapacità a contrarre matrimonio, di cui al canone 1095, alla luce del rapporto tra la persona umana e il matrimonio e ricordare alcuni principi fondamentali che devono illuminare gli operatori del diritto. Occorre anzitutto riscoprire in positivo la capacità che in principio ogni persona umana ha di sposarsi in virtù della sua stessa natura di uomo o di donna. Corriamo infatti il rischio di cadere in un pessimismo antropologico che, alla luce dell'odierna situazione culturale, considera quasi impossibile sposarsi. A parte il fatto che tale situazione non è uniforme nelle varie regioni del mondo, non si possono confondere con la vera incapacità consensuale le reali difficoltà in cui versano molti, specialmente i giovani, giungendo a ritenere che l'unione matrimoniale sia normalmente impensabile e impraticabile. Anzi, la riaffermazione della innata capacità umana al matrimonio è proprio il punto di

partenza per aiutare le coppie a scoprire la realtà naturale del matrimonio e il rilievo che ha sul piano della salvezza. Ciò che in definitiva è in gioco è la stessa verità sul matrimonio e sulla sua intrinseca natura giuridica (cfr Benedetto XVI, *Allocuzione alla Rota Romana*, 27.1.2007, AAS 99 [2007], pp. 86-91), presupposto imprescindibile per poter cogliere e valutare la capacità richiesta per sposarsi.

In questo senso, la capacità deve essere messa in relazione con ciò che è essenzialmente il matrimonio, cioè «l'intima comunione di vita e di amore coniugale, fondata dal Creatore e strutturata con leggi proprie» (Conc. Ecum. Vat. II, Cost. past. *Gaudium et spes*, n. 48), e, in modo particolare, con gli obblighi essenziali ad essa inerenti, da assumersi da parte degli sposi (can. 1095, n. 3). Questa capacità non viene misurata in relazione ad un determinato grado di realizzazione esistenziale o effettiva dell'unione coniugale mediante l'adempimento degli obblighi essenziali, ma in relazione all'efficace volere di ciascuno dei contraenti, che rende possibile ed operante tale realizzazione già al momento del patto nuziale. Il discorso sulla capacità o incapacità, quindi, ha senso nella misura in cui riguarda l'atto stesso di contrarre matrimonio, poiché il vincolo messo in atto dalla volontà degli sposi costituisce la realtà giuridica dell'*una caro* biblica (*Gn* 2, 24; *Mc* 10, 8; *Ef* 5, 31; cfr can. 1061, § 1), la cui valida sussistenza non dipende dal successivo comportamento dei coniugi lungo la vita matrimoniale. Diversamente, nell'ottica riduzionistica che misconosce la verità sul matrimonio, la realizzazione effettiva di una vera comunione di vita e di amore, idealizzata su un piano di benessere puramente umano, diventa essenzialmente dipendente soltanto da fattori accidentali, e non invece dall'esercizio della libertà umana sorretta dalla grazia. È vero che questa libertà della natura umana, «ferita nelle sue proprie forze naturali» ed «inclinata al peccato» (*Catechismo della Chiesa Cattolica*, n. 405), è limitata e imperfetta, ma non per questo è inautentica e insufficiente a realizzare quell'atto di autodeterminazione dei contraenti che è il patto coniugale, che dà vita al matrimonio e alla famiglia fondata su esso.

Ovviamente alcune correnti antropologiche «umanistiche», orientate all'autorealizzazione e all'autotrascendenza egocentrica, idealizzano talmente la persona umana e il matrimonio che finiscono per negare la capacità psichica di tante persone, fondandola su elementi che non corrispondono alle esigenze essenziali del vincolo coniugale. Dinanzi a queste concezioni, i cultori del diritto ecclesiale non possono non tener conto del sano realismo a cui faceva riferimento il mio venerato Predecessore (cfr Giovanni Paolo II, *Allocuzione alla Rota Romana*, 27.1.1997, n. 4, AAS 89 [1997], p. 488), perché la capacità fa riferimento al minimo necessario affinché i nubendi possano donare il loro essere di persona maschile e di persona femminile per fondare quel vincolo al quale è chiamata la stragrande maggioranza degli esseri

umani. Ne segue che le cause di nullità per incapacità psichica esigono, in linea di principio, che il giudice si serva dell'aiuto dei periti per accertare l'esistenza di una vera incapacità (can. 1680; art. 203, § 1, DC), che è sempre un'eccezione al principio naturale della capacità necessaria per comprendere, decidere e realizzare la donazione di sé stessi dalla quale nasce il vincolo coniugale.

Ecco quanto, venerati componenti del Tribunale della Rota Romana, desideravo esporvi in questa circostanza solenne e a me sempre tanto gradita. Nell'esortarvi a perseverare con alta coscienza cristiana nell'esercizio del vostro ufficio, la cui grande importanza per la vita della Chiesa emerge anche dalle cose testé dette, vi auguro che il Signore vi accompagni sempre nel vostro delicato lavoro con la luce della sua grazia, di cui vuol essere pegno l'Apostolica Benedizione, che a ciascuno imparto con profondo affetto.

CAPACITÀ CONSENSUALE ED ESSENZA DEL MATRIMONIO

SOMMARIO: 1. La potestà giudiziaria al servizio della verità sullo stato delle persone. – 2. Le «massime» contenute nei Discorsi di Giovanni Paolo II per accertare la capacità consensuale. – 3. Capacità psichica ed essenza del matrimonio.

1. La potestà giudiziaria al servizio della verità sullo stato delle persone

NEI primi discorsi rivolti al Tribunale della Rota Romana, Benedetto XVI si era soffermato su alcune questioni fondamentali riguardanti l'esercizio della potestà giudiziaria nella Chiesa, e in particolare sul lavoro degli operatori del diritto volto ad accertare la verità sullo stato delle persone. Nel primo – nel gennaio 2006, pochi mesi dopo la sua elezione – il Pontefice aveva approfondito alcuni aspetti riguardanti la natura stessa del compito giuridico-pastorale dei giudici. Prendendo spunto dalla (allora) recente pubblicazione dell'istruzione *Dignitas connubii*, avvenuta alcuni mesi prima, Benedetto XVI aveva voluto «esplorare le vie per superare l'apparente contrapposizione tra l'istituto del processo di nullità matrimoniale e il genuino senso pastorale». Lo stesso Pontefice concludeva che da tale riflessione «emergeva l'amore alla verità quale punto di convergenza tra ricerca processuale e servizio pastorale alle persone». ¹

Nel Discorso del 2007, il Romano Pontefice aveva completato il suo pensiero volgendo lo sguardo alla *verità del matrimonio* come relazione intrin-

¹ BENEDETTO XVI, *Discorso alla Rota Romana*, 27 gennaio 2007, con riferimento all'Allocuzione dell'anno precedente: «l'anno scorso, nel mio primo incontro con voi, ho cercato di esplorare le vie per superare l'apparente contrapposizione...».

secamente giuridica: «Non dobbiamo però dimenticare che nelle cause di nullità matrimoniale la verità processuale presuppone la «verità del matrimonio» stesso. L'espressione «verità del matrimonio» perde però rilevanza esistenziale in un contesto culturale segnato dal relativismo e dal positivismo giuridico, che considerano il matrimonio come una mera formalizzazione sociale dei legami affettivi. Di conseguenza, esso non solo diventa contingente come lo possono essere i sentimenti umani, ma si presenta come una sovrastruttura legale che la volontà umana potrebbe manipolare a piacimento, privandola perfino della sua indole eterosessuale».²

Questa considerazione del processo di nullità del matrimonio come «uno strumento per accertare la verità sul vincolo coniugale», il cui scopo non è altro che «rendere un servizio alla verità» «affinché il giudice possa conoscere la verità e, di conseguenza, decidere la causa secondo giustizia»,³ pone il pensiero di Benedetto XVI in continuità con quello del suo predecessore, sulla base di un ottimismo gnoseologico ed antropologico circa la possibilità di raggiungere la verità. Tale ottimismo gnoseologico riguarda sia la capacità di conoscere l'essenza dell'istituto matrimoniale che la possibilità di discernere la validità del concreto matrimonio che i coniugi sottopongono al vaglio del giudice. Come aveva già detto Giovanni Paolo II nel suo Discorso alla Rota del 2004, «occorre una rinnovata fiducia nella ragione umana, sia per quanto riguarda gli aspetti essenziali del matrimonio, che per quel che concerne le circostanze particolari di ogni unione».⁴

2. *Le «massime» contenute nei Discorsi di Giovanni Paolo II per accertare la capacità consensuale*

Ci sembra doveroso fare questa premessa per meglio inquadrare le riflessioni del Romano Pontefice nel Discorso alla Rota del 2009, nel quale il Papa – «a vent'anni di distanza dalle allocuzioni di Giovanni Paolo II sull'incapacità psichica nelle cause di nullità matrimoniale, del 5 febbraio 1987 e del 25 gennaio 1988» – ha voluto «chiedersi in quale misura questi interventi abbiano avuto una recezione adeguata nei tribunali ecclesiastici».

Benedetto XVI non intende fare un'analisi approfondita della questione né un bilancio tecnico, ma condividere con i suoi interlocutori – i giudici rotali e tutti gli operatori della giustizia nella Chiesa – una preoccupazione presente sia nei pastori che in tutti i fedeli: «quella di preservare la comunità ecclesiale “dallo scandalo di vedere in pratica distrutto il valore del matrimonio cristiano dal moltiplicarsi esagerato e quasi automatico delle dichiarazioni di nullità, in caso di fallimento del matrimonio, sotto

² *Ibid.*

³ *Ibid.*

⁴ GIOVANNI PAOLO II, *Discorso alla Rota Romana*, 30 gennaio 2004, n. 6.

il pretesto di una qualche immaturità o debolezza psichica del contraente”». ⁵

Infatti, davanti alle non poche dichiarazioni di nullità del matrimonio, Giovanni Paolo II aveva più volte segnalato il rischio di un'applicazione ambigua o abusiva del can. 1095, che costituirebbe una lesione del bene dell'indissolubilità del matrimonio, a volte mascherata da applicazione «benevola» o «pastorale» della norma. Come sottolineava il Romano Pontefice nel 1990, le persone che sottopongono la propria vicenda personale al giudizio della Chiesa hanno il diritto «di non essere ingannate con una sentenza di nullità che sia in contrasto con l'esistenza di un vero matrimonio». Tale decisione ingiusta, sebbene emessa con il lodevole proposito di facilitare l'accesso dei coniugi ai sacramenti, «non troverebbe alcun legittimo avallo nel ricorso alla carità o alla misericordia. Queste, infatti, non possono prescindere dalle esigenze della verità. Un matrimonio valido, anche se segnato da gravi difficoltà, non potrebbe essere considerato invalido, se non violando la verità e minando, in tal modo, l'unico fondamento saldo su cui può reggersi la vita personale, coniugale e sociale». Un atteggiamento del genere sarebbe solo apparentemente pastorale, e finirebbe «col contribuire ad allontanare le persone da Dio, ottenendo il risultato opposto a quello che in buona fede si cercava». ⁶

Gli avvertimenti di Giovanni Paolo II, fatti propri da Benedetto XVI mettevano in luce il rischio (non di rado verificatosi) di una disfunzione nel sistema di amministrazione della giustizia nella Chiesa, ⁷ nonché una clamorosa deficienza nella preparazione e nell'ammissione alle nozze. ⁸

La constatazione dell'elevato numero di cause di nullità per incapacità psichica (soprattutto rispetto ai restanti capi di nullità), desta grande perplessità, se si tiene presente che il matrimonio è qualcosa di profondamente naturale, anzi può essere considerato come l'istituzionalizzazione della più radicale vocazione dell'uomo: la vocazione all'amore. È allora logico chiedersi come sia possibile che ci siano così tante persone incapaci di ciò che è talmente naturale.

Le disfunzioni accennate portarono più volte Giovanni Paolo II ad inte-

⁵ BENEDETTO XVI, *Discorso alla Rota Romana*, 29 gennaio 2009, con citazione di GIOVANNI PAOLO II, *Discorso alla Rota Romana*, 5 febbraio 1987, n. 9.

⁶ GIOVANNI PAOLO II, *Discorso alla Rota Romana* 18 gennaio 1990, n. 5.

⁷ Cfr. M. DEL POZZO, *Statistiche delle cause di nullità matrimoniale 2001-2005: «vecchi» dati e «nuove» tendenze*, in H. FRANCESCHI, M.A. ORTIZ (a cura di), *Verità del consenso e capacità di donazione. Temi di diritto matrimoniale e processuale canonico*, Roma 2009, 451-477.

⁸ Cfr. al riguardo M. A. ORTIZ (a cura di), *Ammissione alle nozze e prevenzione della nullità del matrimonio*, Milano 2005; H. FRANCESCHI, *Preparazione al matrimonio e prevenzione della nullità*, in H. FRANCESCHI, M.A. ORTIZ (a cura di), *Verità del consenso e capacità di donazione* cit., 63-102.

ressarsi della corretta interpretazione ed applicazione del canone 1095: non è un caso se in più della metà dei Discorsi al Tribunale della Rota Romana il Papa si sia soffermato, a volte in modo diretto ed esplicito (in particolare nelle Allocuzioni degli anni 1987 e 1988) ed altre volte in modo incidentale, su questioni riguardanti l'incapacità consensuale per cause di natura psichica.⁹

Benedetto XVI, dicevamo, si è servito della ricorrenza dei vent'anni trascorsi dalle due allocuzioni in cui Giovanni Paolo II si era soffermato esplicitamente sulla questione dell'incapacità consensuale, per valutare l'incidenza che gli ammonimenti del suo predecessore avevano avuto nella vita giuridica della Chiesa. In tal modo intende «richiamare l'attenzione degli operatori del diritto sull'esigenza di trattare le cause con la doverosa pro-

⁹ Cfr. i primi commenti alle menzionate Allocuzioni: G. VERSALDI: *Momentum et consecraria Allocutionis Ioannis Pauli II ad Auditores Romanae Rotae diei 5 februarii 1987*, in *Periodica* 77 (1988) 109-148; ID., *Animadversiones quaedam relate ad Allocutionem Ioannis Pauli II ad Romanam Rotam diei 25 ianuarii 1988*, in *Periodica* 78 (1989) 243-260; J. T. MARTÍN DE AGAR, *L'incapacità consensuale nei recenti discorsi del Romano Pontefice alla Rota Romana*, in «*Ius Ecclesiae*» 1 (1989) 395-422. Per una visione complessiva di quasi tutte le Allocuzioni di Giovanni Paolo II, cfr. P. BIANCHI, *Cause psichiche e nullità del matrimonio. I. Le allocuzioni alla Rota di Giovanni Paolo II: il tema della capacità al matrimonio*, in *Quaderni di diritto ecclesiale* 16 (2003) 403-431. Sul valore giuridico dei discorsi pontifici alla Rota, cfr. J. LLOBELL, *Sulla valenza giuridica dei Discorsi del Romano Pontefice al Tribunale Apostolico della Rota Romana*, in *L'Osservatore Romano*, 6 novembre 2005, pp. 7-8, e in «*Ius Ecclesiae*» 17 (2005) 547-564; G. COMOTTI, *Considerazioni circa il valore giuridico delle allocuzioni del Pontefice alla Rota romana*, in «*Ius Ecclesiae*» 16 (2004) 3-20. Per quanto riguarda la portata delle Allocuzioni in materia di incapacità consensuale, cfr. P. BIANCHI, *Cause psichiche e nullità del matrimonio...* cit., 403-408.

Da una valutazione attenta del contenuto di tali discorsi e dell'uso che di essi hanno fatto la giurisprudenza ed i dicasteri della curia romana si evince la natura normativa di tali allocuzioni, con le quali il Legislatore intende interpretare la legge. Tra l'altro, l'istr. *Dignitas connubii* contiene ben dodici citazioni di Allocuzioni pontificie alla Rota Romana; risulta emblematica la delimitazione del concetto di certezza morale che l'art. 247 § 2 DC «prende in prestito» dal Discorso di Giovanni Paolo II del 1980, recependo in questo modo il contenuto normativo - e non poteva essere diversamente, a tenore del can. 34- presente nei Discorsi di Pio XII e Giovanni Paolo II. Del resto, lo stesso Giovanni Paolo II aveva accolto il concetto di certezza morale dichiarata «in modo autentico» da Pio XII (cfr. GIOVANNI PAOLO II, *Discorso alla Rota Romana*, 4 febbraio 1980, n. 6). Inoltre in alcune allocuzioni il Romano Pontefice intende affermare concetti che hanno un'evidente portata legislativa e vincolante, come ad esempio nel Discorso del 2000, in cui Giovanni Paolo II ha voluto «riaffermare che il matrimonio sacramentale rato e consumato non può mai essere sciolto, neppure dalla potestà del Romano Pontefice...». Infine, l'uso che di tali discorsi fanno la Segnatura e la stessa Rota Romana conferma la natura *stricto sensu* normativa dei *Discorsi*, «ad es., quando considerano la violazione delle indicazioni di tali Allocuzioni causa per la concessione del *novum examen* come «nuovi gravi argomenti» (cfr. CIC, can. 1644 § 1; istr. *Dignitas connubii*, art. 290 § 1), in modo analogo alla violazione della legge non meramente processuale di cui al can. 1645 § 2, 4°, o all'errore in *decernendo* previsto dall'art. 123 § 1 della Cost. ap. *Pastor bonus*» (J. LLOBELL, *Sulla valenza giuridica dei Discorsi del Romano Pontefice al Tribunale Apostolico della Rota Romana* cit., 8).

fondità richiesta dal ministero di verità e di carità che è proprio della Rota Romana».

Il richiamo di Benedetto XVI, molto sintetico, viene espresso sostanzialmente in due momenti. Da una parte, il Papa riporta alcuni criteri presenti nei discorsi di cui ricorre il ventennale, che Giovanni Paolo II volle proporre nelle allocuzioni menzionate come linee guida per l'individuazione della capacità richiesta per dare un consenso valido.

E dall'altra, Benedetto XVI mette in relazione detti principi interpretativi con l'essenza del matrimonio. In questo modo, a nostro avviso, il Pontefice si ricollega alle riflessioni svolte nelle prime due allocuzioni a cui facevamo riferimento all'inizio di questo nostro commento, e cioè tenendo presente «la stessa verità sul matrimonio e sulla sua intrinseca natura giuridica [...], presupposto imprescindibile per poter cogliere e valutare la capacità richiesta per sposarsi».

I criteri a cui fa riferimento Benedetto XVI sono diventati vere e proprie «massime» per la retta interpretazione del can. 1095, punti fermi frequentemente invocati dalla dottrina e dalla giurisprudenza, sebbene tali principi magisteriali, pur presenti in un modo o nell'altro in praticamente tutte le decisioni e le dissertazioni in materia, non sempre sono stati interpretati univocamente.¹⁰ Proprio per questo è necessario valutare «in quale misura questi interventi abbiano avuto una recezione adeguata nei tribunali ecclesiastici».

In due paragrafi particolarmente ricchi, Benedetto XVI espone i principi estratti dalle allocuzioni di Giovanni Paolo II degli anni 1987 e 1988. Tali principi costituiscono un'ottima sintesi dei criteri derivanti dall'antropologia cristiana, che risultano chiarificatori «non solo per il vaglio delle perizie psichiatriche e psicologiche, ma anche per la stessa definizione giudiziale delle cause».

Il Romano Pontefice ricorda innanzitutto le distinzioni sottolineate da Giovanni Paolo II, che tracciano una necessaria linea di demarcazione tra «una maturità psichica che sarebbe il punto d'arrivo dello sviluppo umano», e «la maturità canonica, che è invece il punto minimo di partenza per la

¹⁰ Cfr. G. ERLEBACH, *Defectus usus rationis et discretionis iudicii (can. 1095, nn. 1-2). Il contributo della giurisprudenza rotale: dagli inizi agli anni '60*, in *L'incapacità di intendere e di volere nel matrimonio canonico (can. 1095, 1-2)*, Città del Vaticano 2000, 219-234; E. TURNATURI, *Defectus usus rationis et discretionis iudicii (can. 1095, nn. 1-2). Il contributo della giurisprudenza rotale: anni '70-80*, in *Ibid.*, 235-270; A. STANKIEWICZ, *Il contributo della giurisprudenza rotale al Defectus usus rationis et discretionis iudicii: Gli ultimi sviluppi e le prospettive nuove*, in *Ibid.*, 271-294; S. VILLEGIANTE, *Il can. 1095 nella giurisprudenza*, in *L'incapacità di assumere gli oneri essenziali del matrimonio*, Città del Vaticano 1998, 35-52; A. STANKIEWICZ, *La capacità richiesta per la validità del consenso e la sua mancanza*, in *El matrimonio y su expresión canónica ante el III Milenio*, Pamplona 2000, 835-857; J. FERRER ORTIZ *La capacidad para el consentimiento válido y su defecto (can. 1095)*, in *Ibid.*, 859-872; POMPEDDA, BONNET, BIANCHI e SERRANO sul vol. II di *Diritto matrimoniale canonico*, (a cura di Gullo-Bonnet), Città del Vaticano 2005.

validità del matrimonio»;¹¹ in secondo luogo, tra incapacità e difficoltà, in quanto «solo l'incapacità, e non già la difficoltà a prestare il consenso e a realizzare una vera comunità di vita e di amore, rende nullo il matrimonio»;¹² in terzo luogo, tra la dimensione giuridica della *normalità*, che ispirandosi ad una visione integrale e realistica della persona umana, «comprende anche moderate forme di difficoltà psicologica», e la dimensione clinica o medica, per la quale «ogni forma di psicopatologia può sembrare contraria alla normalità»;¹³ infine, tra la «capacità minima, sufficiente per un valido consenso» e la capacità idealizzata «di una piena maturità in ordine ad una vita coniugale felice».¹⁴

Benedetto XVI offre una sorta di riassunto di detti criteri giovanneo - paolini facendo propria un'altra affermazione di Giovanni Paolo II spesso citata, secondo la quale una vera incapacità «è ipotizzabile solo in presenza di una seria forma di anomalia che, comunque si voglia definire, deve intaccare sostanzialmente le capacità di intendere e/o di volere».¹⁵ Questa *seria anomalia* di cui parlava Giovanni Paolo II non è un difetto morale o etico, e non è nemmeno necessariamente una malattia in senso proprio, e viceversa: non ogni malattia psichica rende incapaci di emettere un valido consenso matrimoniale.¹⁶ Qualunque sia l'anomalia individuata, rende nullo il matrimonio solo se è così seria da intaccare in modo sostanziale le stesse facoltà mentali di intendere e di volere, fino a sopprimere la capacità di autodonarsi coniugalmente.¹⁷

I criteri offerti da Giovanni Paolo II nelle celebri allocuzioni ora ricordate riflettono una visione eminentemente positiva e unitaria, anche perché si ritrova senza soluzioni di continuità lungo tutto il suo magistero: «si può abbastanza agevolmente constatare come nel discorso complessivamente svolto da Giovanni Paolo II in merito al tema dell'incapacità psichica al matrimonio non sia dato di rilevare l'emergere di contraddizioni, ma al contrario si debba registrare una chiara continuità di sviluppo e di approfondimento».¹⁸

¹¹ GIOVANNI PAOLO II, Discorso 5 febbraio 1987, n. 6.

¹² *Ibid.*, n. 7.

¹³ GIOVANNI PAOLO II, Discorso 25 gennaio 1988, n. 5.

¹⁴ *Ibid.*, n. 9.

¹⁵ GIOVANNI PAOLO II, Discorso 5 febbraio 1987, n. 7.

¹⁶ «Anche malattie molto gravi come ad esempio il disturbo bipolare non compromettono la capacità di contrarre validamente le nozze se il consenso viene formulato durante una fase di normotimia, ossia in un intervallo libero da scompensi psicotici» (F. POTERZIO, *Diagnosi psichiatrica dell'incapacità consensuale. Scuole psichiatriche ed antropologia sottostante*, in H. FRANCESCHI, M. A. ORTIZ, a cura di, *Verità del consenso e capacità di donazione. Temi di diritto matrimoniale e processuale canonico*, Roma 2009, 169).

¹⁷ Cfr. G. VERSALDI, *L'uomo debole e la capacità di autodonarsi: quale capacità per il matrimonio?*, in H. FRANCESCHI, M. A. ORTIZ (a cura di), *Verità del consenso e capacità di donazione* cit., 153.

¹⁸ P. BIANCHI, *Cause psichiche e nullità del matrimonio...* cit., 429. Segnala questo Autore sei punti che possono riassumere l'insegnamento di Giovanni Paolo II in tema di capacità psichi

Sono anche distinzioni che esprimono in modo palese il principio alla base dei primi due discorsi di Benedetto XVI: l'uomo ha una capacità naturale di conoscere il matrimonio, sia come istituto che come realtà vissuta dai coniugi, e alla capacità naturale di conoscere il matrimonio corrisponde la capacità anche naturale di volerlo.

Queste distinzioni sono espressioni di un principio – quello del *favor matrimonii* – che si trova alla base di tutto il sistema matrimoniale, in quanto costituisce «un principio che trascende di gran lunga la presunzione di validità, dal momento che informa tutte le norme canoniche, sia sostanziali che processuali, concernenti il matrimonio». ¹⁹ Il *favor matrimonii* infatti non si riduce alla protezione dell'atto giuridico formalmente manifestato che si presume validamente posto – né tantomeno si riduce alla «mera protezione delle apparenze o dello *status quo* in quanto tale» –, ²⁰ ma si fonda soprattutto sulla realtà della natura umana che, in materia matrimoniale, viene sostenuta e rispecchiata dalla *inclinatio naturae* al matrimonio.

Per questo motivo, «occorre anzitutto riscoprire in positivo la capacità che in principio ogni persona umana ha di sposarsi in virtù della sua stessa natura di uomo o di donna». ²¹ Un atto talmente radicato nella natura umana non può essere riservato a pochi eletti: per questo motivo si deve presumere che ogni uomo è in grado di donarsi, di esprimere un vero consenso matrimoniale, e di conseguenza che il consenso emesso corrisponde ad una vera volontà interna di donarsi.

Come ebbe a ribadire Giovanni Paolo II nell'Allocuzione del 1997, «nella valutazione della capacità o dell'atto del consenso necessari alla celebrazione di un valido matrimonio, non si può esigere ciò che non è possibile richiedere alla generalità delle persone. Non si tratta di minimalismo pragmatico e di comodo, ma di una visione realistica della persona umana, quale realtà sempre in crescita, chiamata ad operare scelte responsabili con le sue potenzialità iniziali, arricchendole sempre di più con il proprio impegno e l'aiuto della grazia». ²²

Allo stesso tempo, la capacità minima per il matrimonio valido si deve distinguere dalle condizioni ottimali per costituire un matrimonio felice. È evidente che matrimonio valido e matrimonio riuscito o felice non s'identifi-

ca al matrimonio: che si tratta di un discorso *urgente* in quanto impellente per il bene delle anime; *unitario*, in quanto proposto senza alcuna discontinuità; *personalista*-realista; perché contiene una *concezione del matrimonio* aperta alla trascendenza e alla ricerca della verità delle persone; che propone un *concetto di incapacità psichica* che non perde di vista l'universale diritto al matrimonio; e che si avvale dell'opera di *periti psichiatri e psicologi* che aiutano il giudice a raggiungere la certezza sulla portata del consenso dato.

¹⁹ GIOVANNI PAOLO II, Discorso 29 gennaio 2004, n. 3.

²⁰ *Ibid.*, n. 4.

²¹ BENEDETTO XVI, *Discorso alla Rota Romana*, 29 gennaio 2009.

²² GIOVANNI PAOLO II, Discorso 27 gennaio 1997, n. 5.

cano: la perfezione è il risultato di un processo di crescita a cui si arriva dopo anni di sforzo, di mutuo aiuto e attraverso l'azione della grazia.

La constatazione dell'esistenza di difetti e limitazioni, e perfino di anomalie psichiche, da sole, non è sufficiente per dichiarare l'incapacità della persona e la corrispondente nullità del matrimonio. Una visione troppo idealizzata del matrimonio porterebbe ad una frattura tra ciò che dovrebbe essere il matrimonio e ciò che è l'uomo, con gli inevitabili limiti.²³ Il matrimonio sarebbe una realtà così esigente che risulterebbe di fatto elitaria: soltanto pochi sarebbero in grado di assumerla e di viverla. È vero che il matrimonio è chiamato alla perfezione come i coniugi sono chiamati alla santità nel loro stato ma, ordinariamente, la risposta a questa chiamata dipende non tanto dalla capacità di istaurare l'unione quanto dal buon uso della libertà.

«In assenza di una simile visione integrale dell'essere umano, sul piano teorico la normalità diviene facilmente un mito e, sul piano pratico, si finisce per negare alla maggioranza delle persone la possibilità di prestare un valido consenso»,²⁴ sottolineò Giovanni Paolo II. Questo appello a considerare la libertà della persona con un sano realismo, con i limiti e i condizionamenti della natura umana, è ripreso da Benedetto XVI in questi termini: «Corriamo infatti il rischio di cadere in un pessimismo antropologico che, alla luce dell'odierna situazione culturale, considera quasi impossibile sposarsi. A parte il fatto che tale situazione non è uniforme nelle varie regioni del mondo, non si possono confondere con la vera incapacità consensuale le reali difficoltà in cui versano molti, specialmente i giovani, giungendo a ritenere che l'unione matrimoniale sia normalmente impensabile e impraticabile. Anzi, la riaffermazione della innata capacità umana al matrimonio è proprio il punto di partenza per aiutare le coppie a scoprire la realtà naturale del matrimonio e il rilievo che ha sul piano della salvezza. Ciò che in definitiva è in gioco è la stessa verità sul matrimonio e sulla sua intrinseca natura giuridica, presupposto imprescindibile per poter cogliere e valutare la capacità richiesta per sposarsi».²⁵

²³ Cfr. G. VERSALDI, *L'uomo debole e la capacità di autodonarsi: quale capacità per il matrimonio?* cit., 131-156.

²⁴ GIOVANNI PAOLO II, *Discorso alla Rota Romana*, 25 gennaio 1988, n. 5. Nell'Allocuzione del 1999 il Papa aveva ripreso: «In proposito, non posso non richiamare ancora una volta quanto ebbi a dire, proprio dinanzi a questo Tribunale, nei discorsi degli anni 1987 e 1988: una indebita dilatazione di dette esigenze personali, riconosciute dalla legge della Chiesa, finirebbe per infliggere un gravissimo *vulnus* a quel diritto al matrimonio che è inalienabile e sottratto a qualsiasi potestà umana» (Discorso 21 gennaio 1999, n. 7).

²⁵ BENEDETTO XVI, *Discorso alla Rota Romana*, 29 gennaio 2009, con un riferimento alla sua Allocuzione del 27 gennaio 2007.

2. Capacità psichica ed essenza del matrimonio

E arriviamo così al secondo elemento della riflessione proposta da Benedetto XVI. Dopo aver segnalato i criteri contenuti nelle allocuzioni giovanneo – paoline, il Papa conclude che la capacità «deve essere messa in relazione con ciò che è essenzialmente il matrimonio, cioè “l’intima comunione di vita e di amore coniugale, fondata dal Creatore e strutturata con leggi proprie”». ²⁶ Il collegamento tra capacità consensuale ed essenza del matrimonio era stato indicato anche da Giovanni Paolo II: «alla luce del matrimonio quale realtà naturale, si coglie facilmente l’indole naturale della capacità per sposarsi: “*Omnes possunt matrimonium contrahere, qui iure non prohibentur*” (CIC, can. 1058; CCEO, can. 778). Nessuna interpretazione delle norme sull’incapacità consensuale (cfr. CIC, can. 1095; CCEO, can. 818) sarebbe giusta se rendesse in pratica vano quel principio: “*Ex intima hominis natura* – afferma Cicerone – *haurienda est iuris disciplina*” (Cicerone, *De Legibus*, II)». ²⁷

Benedetto XVI, nell’Allocuzione che ora commentiamo, ribadisce che «il discorso sulla capacità o incapacità, quindi, ha senso nella misura in cui riguarda l’atto stesso di contrarre matrimonio, poiché il vincolo messo in atto dalla volontà degli sposi costituisce la realtà giuridica dell’*una caro* biblica (Gn 2, 24; Mc 10, 8; Ef 5, 31; cfr. can. 1061, § 1), la cui valida sussistenza non dipende dal successivo comportamento dei coniugi lungo la vita matrimoniale». ²⁸

In altre parole: il discorso sulla capacità consensuale va visto alla luce dell’essenza del matrimonio, e concretamente del rapporto tra l’atto del consenso e l’*una caro* o unione delle persone nel vincolo coniugale, e non in relazione al susseguirsi della vita matrimoniale una volta costituito il vincolo.

Quest’affermazione è di grande trascendenza, perché segnala la via per superare molte difficoltà di interpretazione e di applicazione del can. 1095. Infatti, «molte delle discussioni tuttora aperte nell’ambito della capacità possono essere ricondotte alla questione fondamentale sull’affermazione o meno dell’essenza del matrimonio». ²⁹ Infatti, la valutazione della capacità per il matrimonio e l’interpretazione del can. 1095 dipendono in gran parte dalla visione di matrimonio che si possiede. In mancanza di una chiara nozione di matrimonio, e in particolare della sua essenza riesce molto difficile condividere criteri comuni circa la capacità consensuale.

²⁶ BENEDETTO XVI, *Discorso alla Rota Romana*, 29 gennaio 2009, con citazione di Cost. past. *Gaudium et spes*, n. 48.

²⁷ GIOVANNI PAOLO II, *Discorso alla Rota Romana*, 1 febbraio 2001, n. 6.

²⁸ BENEDETTO XVI, *Discorso alla Rota Romana*, 29 gennaio 2009.

²⁹ C.J. ERRÁZURIZ M., *La rilevanza della nozione essenziale del matrimonio nell’intero sistema giuridico matrimoniale*, in *El matrimonio y su expresión canónica ante el III Milenio*, Pamplona 2000, 445.

L'antropologia cristiana, tante volte richiamata nel magistero pontificio, prende in considerazione la natura umana, che esiste modalizzata nella dimensione della persona-uomo e la persona-donna, chiamati ad integrare la reciproca complementarietà in una sola carne che trasforma ontologicamente i coniugi.³⁰ Se il matrimonio si riduce ad una mera realtà esistenziale, allora non si può invocare un contenuto universale, e si prenderanno come criteri per la validità l'effettiva realizzazione della comunione coniugale o la soggettiva soddisfazione dei coniugi, proprio perché manca un punto di riferimento oggettivo.

Invece, la decisione di donarsi come sposi ha come oggetto il dono della propria mascolinità o femminilità, proprio in ciò che hanno di universale in quanto fondato nella natura. L'incapacità consensuale dunque si deve misurare con questo criterio oggettivo, certamente minimo e comune a tutte le persone giacché appartiene all'essenza stessa della persona. La capacità o incapacità invece non si può misurare col criterio della realizzazione di un matrimonio ideale. Il matrimonio, prima che un'unione nell'attività, nella vita e nell'amore, è principalmente un vincolo giuridico nell'essere: è l'unità nelle nature, l'*una caro* di origine biblica.

Ora, se il matrimonio è l'*una caro*, l'unione nelle nature, allora lo sviluppo delle potenzialità insite nel matrimonio non appartiene all'essenza dell'unione bensì al divenire in cui incidono molti elementi più o meno contingenti (la libertà, la prudenza della scelta coniugale, lo sforzo, la corrispondenza alla grazia...). Se il matrimonio è una specificazione degli elementi essenziali della complementarietà tra l'uomo e la donna, allora la capacità consensuale consiste nella capacità per un'unione essenzialmente matrimoniale, e non nella capacità per un'unione perfettamente riuscita, il che non appartiene all'essenza del matrimonio.³¹

L'interpretazione *realista* del matrimonio si oppone a quella visione troppo idealizzata del matrimonio che porta a concludere che il matrimonio non è per tutti gli uomini ma solo per alcuni scelti. Il matrimonio invece è per ogni uomo, il quale – come titolare dello *ius connubii* – non è un essere astratto ma una persona ben determinata, con le sue virtù e i suoi difetti, con le sue limitazioni psichiche ed affettive.

Il can. 1057 § 2 sancisce che ciò che vogliono i coniugi è donarsi e accet-

³⁰ Cfr. J. CARRERAS, *L'antropologia e le norme di capacità per celebrare il matrimonio (I precedenti remoti del canone 1095 CIC '83)*, in «Ius Ecclesiae» 4 (1992) 79-150.

³¹ In questa impostazione si trova anche la base antropologica della critica alle diverse impostazioni che pretendono per una relatività della capacità; cfr. H. FRANCESCHI, *L'incapacità relativa: «Status quaestionis» e prospettiva antropologico-giuridica*, in *L'incapacità di assumere gli oneri essenziali del matrimonio*, Città del Vaticano 1998, 101-135; ID., *L'incapacità relativa esplicita e implicita*, in H. FRANCESCHI, J. LLOBELL, M.-A. ORTIZ (a cura di), *La nullità del matrimonio: temi processuali e sostantivi in occasione della "Dignitas Connubii"*, Roma 2005, 351-393.

tarsi reciprocamente per costituire il matrimonio, il vincolo coniugale. La valutazione della capacità va vista in relazione a questo atto: come segnala il Romano Pontefice, «il discorso sulla capacità o incapacità (...) ha senso nella misura in cui riguarda l'atto stesso di contrarre matrimonio».

L'affermazione appena riportata – che la capacità va misurata in relazione all'atto del consenso – potrebbe sembrare perfino tautologica, poiché lo stesso senso delle parole porta a ritenere che la capacità sia *consensuale* proprio perché fa riferimento all'atto del consenso. L'esperienza dimostra tuttavia che molto spesso la riflessione dottrinale e giurisprudenziale pongono l'accento non tanto sull'atto del *consenso* quanto sullo *stato* matrimoniale.³²

Bisogna inoltre considerare che le reticenze a prendere l'atto del consenso come criterio della capacità consensuale derivano non poche volte da una visione alterata del consenso. Il consenso infatti non ha – come accade nei contratti patrimoniali – un oggetto estrinseco alle parti, né è un momento isolato e forgiato dall'intelletto e dalla volontà delle parti, senza un collegamento con la realtà pratica delle persone e della loro unione. È vero che il consenso determina la nascita del vincolo (infatti sono gli stessi coniugi a creare il vincolo, con le loro volontà illuminate dall'intelligenza), ma è anche vero che il consenso s'inserisce in un processo d'innamoramento personale che segna la biografia dei coniugi, e che l'atto di sposarsi coinvolge tutta la persona, anche il suo corpo e naturalmente la sua affettività.³³

In questo senso, l'indicazione magisteriale di misurare la capacità in relazione all'atto di contrarre matrimonio acquista tutto il suo valore. Il vaglio giudiziale della validità o invalidità del matrimonio dovrà analizzare l'intera vicenda della vita dei coniugi, prima e dopo le nozze, perché questo è l'unico modo per penetrare dall'esterno, nei limiti del possibile, nella realtà umana del matrimonio *in fieri*. D'altra parte, la valutazione dell'unione sottoposta al giudizio della Chiesa non può non tener conto di tutte le dimensioni della

³² Cfr. C. J. ERRÁZURIZ M., *L'immatùrità, specie quella affettiva, e la nullità del matrimonio*, in H. FRANCESCHI, J. LLOBELL, M.-A. ORTIZ (a cura di), *La nullità del matrimonio: temi processuali e sostantivi in occasione della "Dignitas Connubii"* cit., 343-347. Cfr. anche ID., *La capacità matrimoniale vista alla luce dell'essenza del matrimonio*, in «Ius Ecclesiae» 14 (2002) 623-638; ID., *Sul rapporto tra il consenso e il matrimonio: il consenso quale atto umano che assume l'altra persona nella sua dimensione coniugale naturale*, in H. FRANCESCHI, M.-A. ORTIZ (a cura di), *Verità del consenso e capacità di donazione* cit., 42-61. Le riflessioni di Errázuriz che accolgo in queste pagine esplicitano a sua volta le intuizioni di Hervada. Sull'argomento qui trattato, cfr. J. HERVADA, *Essenza del matrimonio e consenso matrimoniale*, in *Studi sull'essenza del matrimonio*, Milano 2000, 305-312.

³³ Sulla visione dinamica dell'amore coniugale richiamata nel testo, cfr. P. J. VILADRICH, *El amor conyugal entre la vida y la muerte. La cuestión de las tres grandes estancias de la unión* (Leción inaugural del curso académico 2003-04, Universidad de Navarra), in *Ius Canonicum* 44 (2004) 17-67.

persona, specialmente quelle affettive e sessuali, perché solo in tale modo è possibile cogliere la verità del consenso matrimoniale delle persone.

In altre parole: la capacità consensuale equivale alla capacità per contrarre matrimonio. Chi possiede tale capacità – chi può porre l'atto del consenso – ha anche la capacità di vivere coniugalmente l'unione. Se le persone si sono dimostrate capaci di donarsi ed accettarsi *come marito e moglie*, allora si può concludere che abbiano le risorse essenziali, proprio in quanto persone, per vivere matrimonialmente. La capacità di *sposarsi* e di *vivere da sposati* non sono separabili per quanto riguarda la validità del matrimonio; un'eventuale carenza riscontrata durante la vita del matrimonio – che ubbidisca a motivi volontari o meno delle parti – non intacca la validità a meno che non risponda ad una incapacità di *donarsi come sposi* rintracciabile nel momento delle nozze. In altre parole, chi nel momento del consenso è veramente in grado di rendersi conto di ciò che è il matrimonio e di volerlo assumere liberamente, si può concludere che è anche capace di impegnarsi responsabilmente a vivere il matrimonio. La possibilità – sempre presente – del venir meno di questa capacità lungo la vita del matrimonio non influisce sull'originaria capacità per sposarsi.

Allora, in che modo influisce il matrimonio *in facto esse* sulla capacità consensuale? Certamente, il problema non è se il matrimonio *in facto esse* incida sulla capacità consensuale: certamente incide. Il problema è piuttosto cosa s'intenda per matrimonio *in facto esse*, spesso confuso – in modo più o meno consapevole – con quel divenire della vita matrimoniale che non s'identifica con il matrimonio in sé, bensì con la sua realizzazione esistenziale. Il matrimonio *in facto esse* è presente nel momento del consenso, proprio perché l'atto del consenso non è un momento isolato nella vita dei coniugi, né è una volontà che rimane in sospenso lungo la vita del matrimonio. È un atto costitutivo dell'identità personale di ogni coniuge, che coinvolge l'intera esistenza degli sposi. Il consenso non è un atto puramente intellettuale, bensì un atto della persona: è tutta la persona che si dona e si accetta.

La considerazione dell'atto del consenso come misura della capacità consensuale permette anche un'interpretazione armonica del canone 1095. Innanzitutto perché mette in evidenza che la capacità, come il consenso, è attuale, *de presente*: non ha come oggetto le prestazioni future ma l'instaurazione del vincolo, certamente proiettato verso il futuro. Ciò si rende palese in modo particolare a proposito della discrezione di giudizio richiesta dal n. 2 del can. 1095, che non è teorica bensì eminentemente pratica, ed è inseparabile dalla capacità di donarsi proprio come sposo, cioè di impegnarsi: è capace chi veramente può dare ciò che dice di voler donare, la propria coniugalità.³⁴ Anche l'*incapacitas assumendi* del n. 3 va vista come capacità di

³⁴ Per un commento al can. 1095 cfr. P.J. VILADRICH, *Comentario al canon 1095*, in *Comen-*

impegnarsi agli obblighi essenziali – il che è inseparabile dalla donazione della coniugalità realizzata nel momento del consenso –, e non come l'effettiva assunzione degli obblighi da verificarsi lungo la vita della coppia. Tale donazione coniugale richiede che i coniugi possano «assumere» – non «adempire», poiché l'adempimento può ubbidire a cause contingenti e successive alla celebrazione del matrimonio³⁵ – gli obblighi essenziali del matrimonio inerenti alla condizione di sposo che scaturisce dalla donazione coniugale, nel senso che gli sposi devono poter prevedere razionalmente (nei contenuti essenziali, ovviamente) e voler obbligarsi realmente a realizzare l'ordinazione della vita matrimoniale verso i suoi fini propri. Nel momento del consenso si assume potenzialmente ciò che di per sé si è chiamati a realizzare durante il matrimonio.

In ogni caso, e per concludere, se è vero che la decisione dell'uomo e della donna «di impegnare nel loro irrevocabile consenso coniugale tutta la loro vita in un amore indissolubile ed in una fedeltà incondizionata, implica realmente, anche se non in modo pienamente consapevole, un atteggiamento di profonda obbedienza alla volontà di Dio, che non può darsi senza la sua grazia»,³⁶ gli sposi devono comunque sapere che non hanno una garanzia della buona riuscita del loro matrimonio, ma possono essere sicuri di poter contare sull'aiuto più efficace per raggiungere la comunione di vita e amore a cui tende il matrimonio.

MIGUEL A. ORTIZ

tario Exegético al Código de Derecho Canónico, vol. III, Pamplona 1996, 1211-1259; ID., *Il consenso matrimoniale*, Roma 2001, 7-166.

³⁵ Di grande interesse l'articolata e completa trattazione di E. TEJERO, *¿Imposibilidad de cumplir o incapacidad de asumir las obligaciones esenciales del matrimonio?: historia, jurisprudencia, doctrina, normativa, magisterio, interdisciplinariedad y psicopatología incidentes en la cuestión*, Pamplona 2005.

³⁶ GIOVANNI PAOLO II, Es. ap. *Familiaris consortio*, n. 68.

ATTI DELLA SANTA SEDE

TRIBUNALE DELLA ROTA ROMANA, *Declaratio Collegii de unico recursu apud Romanae Rotae Tribunal ad obtinendam novam causae propositionem*, 27 febbraio 2009, promulgata dal Decano il 29 febbraio 2009 mediante la trasmissione ai Giudici, Promotori di giustizia e Difensori del vincolo rotali e la “*confixio ad valvas*” della sede della Rota Romana.

NE dispar impugnationum usus in praeiudicium celeritatis processualis apud Romanae Rotae Tribunal vergat (Litt. Em.mi Secretarii Status diei 3 octobris 2008; N. 64.561/P), de nova causae propositione videt Turnus Rotalis ad normam cann. 1644, § 1 CIC et 1325, § 1 CCEO, remoto ulteriore recursu ad Turnum sequentem, salvo tamen iure recurringendi ad S.T. Signaturae Apostolicae (can. 1445, § 1, n. 2 CIC; art. 122, n. 2 Const. Ap. “*Pastor bonus*”).

Declaratio Collegii notificetur Praelatis Auditoribus, Promotoribus Iustitiae, Defensoribus Vinculi et Advocatis. Antonius Stankiewicz, Decanus, die 29 februarii 2009.

IL RICORSO CONTRO IL DINIEGO DEL “NOVUM CAUSAE EXAMEN” DA PARTE DELLA ROTA ROMANA:

LA “DICHIARAZIONE” DEL COLLEGIO ROTALE DEL 27 FEBBRAIO 2009

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La lacuna di legge della Lex propria SRR et SAP (29 giugno 1908) e il suo riempimento da parte del chirografo di Benedetto XV (28 giugno 1915). – 3. Il sistema del CIC 1917 e i provvedimenti della Segnatura (1919) e della Rota (1948). – 4. Il sistema del CIC 1983, della cost. ap. «*Pastor bonus*», delle Normae Rotae 1994 e della Lp SAP 2008. – 5. La dichiarazione del Collegio rotale del 27 febbraio 2009.

1. Premessa

SIN dalla promulgazione della *lex propria* della Rota e della Segnatura (29 giugno 1908) e fino alla vigente nuova *lex propria* del Supremo Tribunale (21 giugno 2008) non vi sono stati dubbi significativi sulla competenza assoluta ed esclusiva della Segnatura Apostolica a giudicare sulla querela di nullità e sulla *restitutio in integrum* dei provvedimenti rotali e sulla nullità insanabile delle decisioni della Rota Romana che violassero detta competenza

assoluta.¹ Invece, il Segretario del Supremo Tribunale, presentando la nuova *lex propria* della Segnatura a pochi giorni della sua pubblicazione, indicò che la Commissione incaricata della preparazione del progetto (il Congresso della Segnatura) considerò «alcune questioni attinenti il processo giudiziale, come, per esempio, il ricorso contro il diniego da parte della Rota Romana della *nova causae propositio*» fra «le materie più complesse e discusse», sulle quali «ci si è avvalsi anche della collaborazione di periti». ² Infatti, come vedremo brevemente, la questione *era* complessa sia durante la redazione della Lp SAp 2008 sia al momento della sua promulgazione. ³ Invece, la situazione sembrerebbe definitivamente risolta con la “Dichiarazione” del Collegio rotale del 27 febbraio 2009 con cui è stata modificata l’impostazione giurisprudenziale della Rota Romana (che non era contestata dalla Segnatura) ed è stata recepita l’interpretazione testuale della vigente prescrizione legale secondo cui soltanto la Segnatura può giudicare circa la reiezione del *novum examen* da parte della Rota, la quale è assolutamente incompetente per giudicare tale rifiuto in grado di appello. ⁴

¹ Cfr. *Lex propria Sacrae Romanae Rotae et Signaturae Apostolicae*, 29 giugno 1908, can. 37 nn. 3 e 4, «AAS» 1 (1909) 20-35. L’art. 1 delle *Regulae servandae* della Segnatura (6 marzo 1912) confermava la competenza sancita dal can. 37 della *lex propria* (cfr. *Regulae servandae in iudiciis apud Supremum Signaturae Apostolicae Tribunal*, 6 marzo 1912, art. 1, c) e d), «AAS» 4 (1912) 187-206). Cfr. BENEDETTO XVI, m.p. «*Antiqua ordinatione*», *quo Supremi Tribunalis Signaturae Apostolicae “lex propria” promulgatur*, 21 giugno 2008, art. 33 nn. 1 e 2, «AAS» 100 (2008) 513-538 (fascicolo 8° degli *Acta Apostolicae Sedis*, datato il 1° agosto 2008 ma veramente divulgato il 17 dicembre 2008), in seguito Lp SAp 2008. Sulla competenza riguardante la querela di nullità e la *restitutio in integrum* dei provvedimenti rotali, cfr. J. LLOBELL, *La diaconia funzionale della potestà giudiziaria della Segnatura Apostolica con gli altri Organismi della Curia Romana: L’eccezionalità dei principi processuali, il contenzioso amministrativo e le competenze giudiziali nei confronti della Rota Romana*, Relazione tenuta al Corso “La «lex propria» della Segnatura Apostolica” organizzato dall’Arcisodalizio della Curia Romana, Palazzo della Cancelleria, Roma, 5 febbraio 2009, in corso di stampa sui rispettivi atti, §§ 5.1 e 5.2.

² F. DANEELS, *La Nuova «Lex propria» del Supremo Tribunale della Segnatura Apostolica*, «L’Osservatore Romano» 24 dicembre 2008, 7.

³ Ebbi occasione di trattare ampiamente tale problematica nel commento ad un interessante decreto rotale *coram* Sciacca: cfr. ROTA ROMANA, *coram* Sciacca, decreto, 13 giugno 2001, *Parisien.*, *Nullitatis matrimonii; Praeliminaris: novae causae propositionis*, B. Bis 73/01, «Ius Ecclesiae» 14 (2002) 159-166; J. LLOBELL, *Sulla «novità» degli argomenti richiesti per la concessione della «nova causae propositio» e sull’appello contro la reiezione della n.c.p. da parte della Rota Romana*, in *ibidem*, 176-185. Cfr. S.S. SIMANGAN, *La «restitutio in integrum» contra el doble decreto de rechazo de la demanda*, in UNIVERSIDAD DE NAVARRA. FACULTAD DE DERECHO CANÓNICO, *Cuadernos Doctorales*, vol. 15, Pamplona 1997, 11-62.

⁴ «*Ne dispar impugnationum usus in praeiudicium celeritatis processualis apud Romanae Rotae Tribunal vergat* (Litt. Em.mi Secretarii Status diei 3 octobris 2008; N. 64.561/P), *de nova causae propositione videt Turnus Rotalis ad normam cann. 1644, § 1 CIC et 1325, § 1 CCEO, remoto ulteriore recursu ad Turnum sequentem, salvo tamen iure recurrenti ad S.T. Signaturae Apostolicae (can. 1445, § 1, n. 2 CIC; art. 122, n. 2 Const. Ap. “Pastor bonus”)*. *Declaratio Collegii notificetur Praeclatis Auditoribus, Promotoribus Iustitiae, Defensoribus Vinculi et Advocatis. Antonius Stankiewicz, Decanus, die 29 februarii 2009»*

Nell'analizzare tale superata problematica riguardo a quale sia il tribunale competente contro la reiezione della *nova causae propositio* da parte della Rota Romana è necessario, in via preliminare, distinguere il ricorso contro detto provvedimento (in quanto diventato giudicato materiale) dall'ulteriore richiesta di revisione del giudicato formale sulla validità o la nullità del matrimonio per nuove e gravi prove o argomenti non proposti dalla domanda che è stata respinta. Infatti, in quest'ultima fattispecie non si tratta di un ricorso contro la reiezione bensì di una semplice nuova "prima istanza" d'impugnazione del giudicato formale (quasi-giudicato),⁵ sulla base dei cann. 1643 e 1644 del CIC (CCEO cann. 1324 e 1325; istr. *Dignitas connubii* [in seguito DC] artt. 289 § 1, 290). Il tribunale competente per tale "prima istanza" sarà quello di terzo grado – cioè la Rota Romana (cfr. CIC can. 1444 § 1 n. 2), tranne che vi sia stata la "commissione" in favore di un tribunale locale da parte della Segnatura Apostolica (cfr. CIC can. 1445 § 3 n. 2, PB art. 124 nn. 2 e 3, Lp SAP 2008 art. 115 § 1)⁶ – o, nel caso della sentenza di prima istanza *pro nullitate matrimonii* non appellata nel processo documentale, il tribunale locale di appello e, concorrenzialmente, la Rota Romana, come in ogni fattispecie di secondo grado di giudizio in materie non riservate (cfr. CIC cann. 1438 e 1444 § 1 n. 1; DC art. 301 § 2).⁷ Ne deri-

(ROTA ROMANA, *Declaratio Collegii de unico recursu apud Romanae Rotae Tribunal ad obtinendam novam causae propositionem*, 27 febbraio 2009, promulgata dal Decano il 29 febbraio 2009 mediante la trasmissione ai Giudici, Promotori di giustizia e Difensori del vincolo rotali e la "confixio ad valvas" della sede della Rota Romana, sopra riportata). Questa "dichiarazione" del Collegio rotale (come quella di cui *infra* a nota 18) è un'interessante manifestazione dell'*aequitas canonica* e dell'elasticità ecclesiale nella produzione delle norme per raggiungere la finalità dell'ordinamento.

⁵ Sulla distinzione fra il giudicato materiale e il giudicato formale (o quasi-giudicato), cfr. J. LLOBELL, *La doppia conforme e la definitività della sentenza alla luce della «teologia del diritto»*, in *La doppia sentenza conforme nel processo matrimoniale: problemi e prospettive*, Città del Vaticano 2003, 110-111, e la bibliografia ivi citata.

⁶ Oltre alla Rota Romana, in ambito latino, attualmente esistono tre tribunali stabilmente competenti per la terza istanza: a) la Rota della Nunziatura Apostolica in Spagna, che può pure giudicare "in ulteriore istanza" (cfr. GIOVANNI PAOLO II, *Normas orgánicas y procesales del Tribunal de la Rota de la Nunciatura Apostólica en España*, promulgate dal m.p. *Nuntiaturae Apostolicae in Hispania*, 2 ottobre 1999, art. 37 § 1, c), «AAS» 92 (2000) 5-17); b) il Tribunale del Primate di Ungheria (cfr. P. ERDÖ, *Il potere giudiziario del primate d'Ungheria* (con annesso documentale), «Apollinaris» 53 (1980) 272-292 e 54 (1981) 213-231; ID., *Das Primatialgericht von Esztergom - Budapest*, «De processibus matrimonialibus» 6 (1999) 39-53); c) il Tribunale di Friburgo im Br. (Germania) per le sentenze di prima istanza dell'Arcidiocesi di Colonia (Köln) giudicate in appello dall'ordinario tribunale locale di seconda istanza (Münster), non dalla Rota Romana (cfr. R. WENNER, *Kirchliche Ehenichtigkeitsverfahren. Statistisches aus dem Bereich der Deutschen Bischofskonferenz*, «De processibus matrimonialibus» 8, 2001, 548, nota 6).

⁷ Sulla complessa posizione della Rota Romana riguardo alle cause delle Chiese orientali, cfr. J. LLOBELL, *La competenza della Rota Romana nelle cause delle Chiese cattoliche orientali*, «Quaderni dello Studio Rotale» 18 (2008) 15-57.

va l'incompetenza assoluta della Segnatura per questa cosiddetta "prima istanza" di *nova causae propositio*⁸ e l'impossibilità del ricorso al Tribunale Supremo contro l'ammissione del *novum examen* da parte della Rota Romana.⁹

2. *La lacuna di legge della Lex propria SRR et SAP (29 giugno 1908)
e il suo riempimento da parte del chirografo di Benedetto XV (28 giugno 1915)*

Il problema al quale si è riferito Daneels nel presentare la Lp SAP 2008 (dicembre 2008) era quello di stabilire quale fosse il tribunale competente per giudicare il ricorso contro il diniego da parte della Rota Romana della *nova causae propositio*. La Lp SAP 2008 afferma che questa impugnazione – come quelle della querela di nullità e *restitutio in integrum* – corrisponde alla Segnatura Apostolica e non alla Rota Romana. A sostegno di quest'interpretazione degli artt. 33 n. 3 e 58 della Lp SAP 2008 vi è la *communis opinio* della dottrina previa al CIC 1983 (la dottrina del nuovo codice appena si è occupata della questione) e alcune decisioni rotali precedenti all'entrata in vigore del CIC 1983 e pochissime successive.¹⁰ Invece, fino alla "Dichiarazione" del Collegio rotale del 27 febbraio 2009, la giurisprudenza rotale prevalente ha affermato (senza che la Segnatura lo contestasse) la competenza della Rota, concorrente con la Segnatura, per l'appello contro il "primo" diniego del *novum causae examen*¹¹ da parte della Rota e la competenza esclusiva della Segnatura per giudicare il "doppio" diniego della *nova causae propositio* da parte della Rota, considerando la Rota assolutamente incompetente in questa seconda fattispecie. In questo modo contro la conferma (in "seconda istanza") da parte del Collegio giudicante della Segnatura della reiezione stabilita dalla Rota (in "prima istanza") «*non est locus impugnationi*» (Lp SAP 2008 art. 50), neanche la *restitutio in integrum*, malgrado tale "doppia 'sentenza' conforme" produca un giudicato materiale.

La prolungata prassi, "abrogata" dalla dichiarazione rotale (27 febbraio 2009), proveniva dal fatto che, nel sistema stabilito da Pio X, le uniche impugnazioni previste contro una decisione rotale dinanzi alla Segnatura erano la querela di nullità e la *restitutio in integrum*.¹² Quindi, il merito della causa rotale poteva essere impugnato soltanto con la *restitutio* qualora la decisione rotale fosse passata in giudicato. Di conseguenza, poiché le cause sullo stato

⁸ Nelle cause della Segnatura Prot. n. 15542/83 CG; Prot. n. 17846/85 CG.

⁹ Nelle cause della Segnatura Prot. n. 28811/98 CG.

¹⁰ Cfr. ROTA ROMANA, *coram* Sciacca, decreto, 24 novembre 2000, *Reg. Triveneti seu Veronen., Nullitatis matrimonii; Praeliminaris: novae causae propositionis*, Prot. N. 18221, B. Bis 106/00.

¹¹ È così che la DC preferisce chiamare la "*nova causae propositio*" (Tit. XII, Cap. III) sebbene l'espressione *nova causae propositio* continui ad essere utilizzata (artt. 293 e 294).

¹² *Vide supra* nota 1.

delle persone non passano in giudicato (materiale), il merito di dette cause non era suscettibile d'impugnazione presso la Segnatura. Per consentire alla Segnatura l'adempimento delle sue funzioni di tribunale supremo anche in tale fattispecie, il Prefetto, Cardinale Lega (che, nel 1908, era stato il primo Decano della rinnovata Rota), manifestò al Pontefice detta anomalia e sollecitò da Benedetto XV l'ampliamento della competenza della Segnatura, che il Papa concedette.¹³

È da segnalare che la competenza della Segnatura scaturiva dalla reiezione rotale del *novum examen* quando questa acquisiva la natura di giudicato, situazione alla quale si arrivava in seguito al doppio provvedimento rotale di rifiuto della *nova causae propositio*.

3. Il sistema del CIC 1917 e i provvedimenti della Segnatura (1919) e della Rota (1948)

Il CIC 1917 accolse questo ampliamento della competenza della Segnatura (cfr. 1603 § 1 n. 5), con una formulazione identica a quella del CIC 1983 (can. 1445 § 1 n. 2; cfr. PB art. 122 n. 2), che doveva essere interpretata alla luce del chirografo del 1915 (cfr. CIC can. 6 § 2; CCEO can. 2). Inoltre, l'impostazione secondo cui la competenza della Segnatura riguardava l'impugnazione della decisione rotale di reiezione della *nova causae propositio* diventata giudicata – e non il ricorso (l'appello) contro il semplice rifiuto di “prima istanza” da parte della Rota – emergeva con chiarezza anche da un provvedimento del Supremo Tribunale del 1919.¹⁴ Infatti, sia la “sentenza” (il dispositivo del

¹³ «Beatissime Pater. – (...) Recens non defuit occasio qua in H. Sup. Trib. dubitatum est an quaedam controversia in eius competentia contineretur. (...) causae matrimoniales, suapte natura, fruuntur privilegio ut in iis ultiores instantiae absolute impediri non possint “exceptione rei iudicatae”, uti memorat et confirmat Const. “Dei miseratione” (...). Itaque ad omnem dubitationem in posterum summovendam expedit, praescriptis verbis decernere, Huius Supr. Trib. esse quoque cognoscere de recursibus adversus sententias matrimoniales quas nec iure appellationis, nec extraordinaria cognitione, pro natura harum causarum, ad novum examen admittere censuit S.R. Rota. (...)». – M. Card. Lega, Praef.

Chirographum SSmi.: «Attentis expositis, libenter annuimus et concedimus ut Nostri Supremi Tribunalis Signaturae augeatur seu certius definiatur competentia, tum ratione recursum in causis matrimonialibus, tum (...)» (BENEDETTO XV, Chirographum «Attentis expositis», ad instantiam Emi. Cardinalis Praefecti S. Trib. Signaturae Apostolicae, huius competentia certius definitur et augetur, 28 giugno 1915, «AAS» 7 (1915) 320-325). La lettera di Lega e il chirografo di Benedetto XV furono incorporati come art. 1 dell'Appendix ad Regulas servandas in iudiciis apud Supremum Signaturae Apostolicae Tribunal, 3 novembre 1915. Quest'appendice non fu promulgata negli Acta Apostolicae Sedis bensì in un libretto della Tipografia Poliglotta Vaticana (1915) (cfr. P. GASPARRI, I. SERÉDI, *Codicis Iuris Canonici fontes*, vol. 8, 608-618).

¹⁴ SEG NATURA APOSTOLICA, sentenza *coram* Sbarretti, 10 maggio 1919 – decisione di Farnelli (*Signaturae Votans*), 31 maggio 1919, *Paderbornen.*, *Nullitatis matrimonii: nullitatis Rotalis sententiae et, quatenus negative, restitutionis in integrum ipsius sententiae*, «AAS» 11 (1919) 299. Sulla distinzione fra il dispositivo (sentenza) e la motivazione (decisione) presso la Segnatura

provvedimento) *coram* il Card. Sbarretti (10 maggio 1919), sia la complementare “decisione” (la motivazione) del Votante Fameli (31 maggio 1919), stabilivano – in base al chirografo di Benedetto XV del 1915 – una simmetria fra la *restitutio in integrum* (formalmente inapplicabile nelle cause sullo stato delle persone) e il *novum examen*: «*sitne locus restitutioni in integrum in casu? Eminentissimi Patres responderunt: Remittatur quaestio pro novo examine ad S. Romanam Rotam; et extendatur decisio*». ¹⁵ Era quindi affermato il principio secondo cui la competenza della Segnatura si instaurava in presenza di un provvedimento della Rota diventato giudicato; precedentemente a detto momento, la competenza spettava alla Rota. È in questo senso che, senza alcun intervento contrario della Segnatura per tantissimi anni (per quanto mi risulta), è stato interpretato l’art. 114 delle precedenti Norme della Rota Romana (del 1934) *collato cum* can. 1880 del CIC 1917 (il precedente del vigente can. 1629): ¹⁶ era possibile adire la Segnatura soltanto quando la decisione rotale sulla reiezione del *novum causae examen* non poteva essere appellata presso la stessa Rota, cioè contro la doppia decisione conforme di reiezione. ¹⁷ La questione fu studiata dal *plenum* del Collegio rotale il 23 dicembre 1948, arrivando alla seguente conclusione, con riferimento al CIC 1917: «Va applicato il can. 1603, § 1, n. 5 (*De competentia Signaturae Apostolicae*) solo quando la S. Rota per due decreti conformi abbia negato il beneficio della nuova proposizione». ¹⁸

Apostolica, cfr. J. LLOBELL, *La nuova “lex propria” della Segnatura Apostolica e i principi del processo canonico*, «*Ius Ecclesiae*» 21 (2009), 471-475.

¹⁵ SEGNAURA APOSTOLICA, sentenza *coram* Sbarretti, 10 maggio 1919, *Paderbornen.*, cit., 295. Per quanto riguarda la rispettiva “decisione” di Fameli (*Signaturae Votans*), 31 maggio 1919, cfr. *ibidem* 299.

¹⁶ «*Contra decretum Turni de quaestione incidentalibus statuens, itemque contra sententiam interlocutoriam quae non habeat vim definitivae, non datur appellatio, nisi haec cumuletur cum appellatione a sententia definitiva*» (S. ROMANA ROTA, *Normae S. Romanae Rotae Tribunalis*, 29 giugno 1934, art. 114, § 1, «AAS» 26 (1934) 449-491). Infatti, le successive norme del 1982 riguardavano soltanto gli aspetti organizzativi della Rota e dichiaravano la vigenza delle disposizioni processuali delle norme del 1934: «*quod spectat ad legem processualem propriam in Rota servanda, articuli a 59 usque ad 185 inclusive Normarum anno 1934 statutarum vim habere pergerent*» (SACRA ROMANA ROTA, *Normae S. Romanae Rotae Tribunalis*, 16 gennaio 1982, *prooemium*, «AAS» 74 (1982) 490-517).

¹⁷ «*Normae Sacrae Romanae Rotae Tribunalis anno 1934 editae potius favent appellationi a decreto rotali novum examen deneganti, quia articulo 114 practice tantum applicationem praescriptorum can. 1880 exigunt, seu videretur recurrendum esse ad Signaturam Apostolicam dumtaxat quando apud Sacram Rotam experta sunt omnia media processualia et reiectio facta est absoluta, seu quando petitio novi examinis bis reiecta est (cfr. Decr. c. Lefebvre, d. 9 martii 1974, p. 7, n. 4)*» (ROTA ROMANA, *coram* Giannecchini, decreto, 28 gennaio 1997, *Tarnovien.*, *Nullitatis matrimonii; Praeliminaris: novae causae propositionis*, B. Bis 7/97, n. 2, «*Quaderni Studio Rotale*» IX 97).

¹⁸ “*Dichiarazione*” del Collegio Rotale, in *Verbali del Collegio Rotale*, Adunanza del 23 dicembre 1948, t. 3, p. 46, citato in *coram* Giannecchini, decreto, 28 gennaio 1997, cit., n. 2.

4. *Il sistema del CIC 1983, della cost. ap. «Pastor bonus»,
delle Normae Rotae 1994 e della Lp SAp 2008*

La situazione sancita dal sistema del CIC del 1917 non è stata modificata da quello vigente (CIC can. 1445 § 1 n. 2, PB art. 122 n. 2, *Normae Rotae* 1994 art. 77 e Lp SAp 2008 artt. 33 n. 3, 58). Comunque, la giurisprudenza rotale, prima della “Dichiarazione” del Collegio rotale del 27 febbraio 2009, riconosceva che il tenore letterale di detti disposti non consentiva di poter continuare ad escludere la competenza della Segnatura contro il provvedimento di reiezione della *nova causae propositio* non diventato ancora giudicato (cioè appellabile presso un altro turno della Rota); ciò dal momento in cui la giurisprudenza della Rota e la “Dichiarazione” del Collegio rotale del 23 dicembre 1948 non potevano “svuotare” la competenza della Segnatura affermata dal codice e dalla costituzione apostolica sulla Curia Romana¹⁹ (la Lp SAp 2008 non ha modificato questo impianto normativo: artt. 33 n. 3, 58). Comunque, vi sono stati provvedimenti rotali recenti che, in linea con la citata dichiarazione del 1948, hanno continuato a sostenere l’incompetenza della Segnatura a giudicare sulla reiezione rotale della *nova causae propositio* non diventata giudicata.²⁰

In definitiva, nella recente giurisprudenza rotale, previa alla “Dichiarazione” del Collegio rotale del 27 febbraio 2009, si possono trovare tutte e tre le impostazioni possibili:

a) quella, molto minoritaria, che affermava la competenza esclusiva della

¹⁹ «*Utcumque, infrascripti Patres, omnibus perpensis, tenendum putant quod in art. 77 Normarum Nostri Apostolici Tribunalis affirmatur principium quod “contra Turni decisionem appellatio non datur”, ibidemque, vero, quod si quaestio sit incidens naturam sententiae definitivae induens (cfr. can. 1618) “iterum proponi potest” etiam coram Rota. Quare tenendum videtur quod art. 77 contra principium generale exceptionem expresse infert ex praescriptis cann. 1629, n. 4 et 1618, quod saepius accidit in causis statum personarum respicientibus, quae numquam transeunt in rem iudicatam (cfr. can. 1643). Consequenter contra Decretum Turni, quod primum concessionem novae causae propositionis denegavit, proponi potest vel appellatio ad Turnum Rotalem Superiorem vel recursus ad Signaturam Apostolicam, cuius competentia a Normis Rotae Romanae evacuari non potest (cfr. can. 1445, § 1, n. 2)» (coram Giannecchini, decreto, 28 gennaio 1997, cit., n. 4). Cfr. coram Stankiewicz, Decreto, Basileen., 30 giugno 1998, Nullitatis matrimonii; Prael.: N.C.P., B. Bis 60/98; A. STANKIEWICZ, Rilievi procedurali nel nuovo “Ordo Iudiciarius” della Rota Romana, «Quaderni Studio Rotale» VIII 39; ID., An exceptio nullitatis decreti rotalis proponi potest apud Rotam Romanam, «Quaderni dello Studio Rotale» 12 (2002) 77-78, nota 26.*

²⁰ «*Adversus decisiones primi Turni rotalis, qui novam causae propositionem reiecit, non appellatur ad Supremum Tribunal Signaturae Apostolicae, attento can. 1445, § 1, n. 2, sed ad Turnum rotalem sequentem appellandum est. Tantummodo adversus decisionem, seu decretum secundi Turni ad Tribunal Signaturae appellari potest, iuxta canonem supra citatum, sicut in decisione Collegii rotalis diei 23 decembris 1948» (ROTA ROMANA, coram Alwan, decreto, 4 luglio 1997, Int. Britanniae seu Nannten., Nullitatis matrimonii; Praeliminaris: novae causae propositionis, n. 8, Prot. N. 17.269, B. Bis 57/97).*

Segnatura e respingeva la competenza della Rota a giudicare sull'appello contro la reiezione della *nova causae propositio* non diventata giudicato, cioè contro il primo provvedimento di rigetto;

b) quella, anche essa minoritaria, che, nella medesima fattispecie, sosteneva, invece, la competenza della Rota e negava quella della Segnatura;

c) quella prevalente che ribadiva, da una parte, la competenza *concorrente* dei due Tribunali Apostolici (a scelta della parte ricorrente) quando la reiezione non era diventata giudicato (contro la prima decisione rotale di rigetto della *nova causae propositio*) e, dall'altra, la competenza esclusiva del Supremo Tribunale qualora vi fossero state due decisioni di diniego o il primo provvedimento rotale negativo non fosse stato appellato nel termine stabilito dalla legge.

5. La dichiarazione del Collegio rotale del 27 febbraio 2009

In seguito alla "Dichiarazione" del Collegio rotale del 27 febbraio 2009, l'unica impostazione possibile della giurisprudenza rotale è la prima delle tre appena indicate, ovvero quella che era stata sostenuta, contro la tendenza maggioritaria, da un decreto *coram* Sciacca.²¹ In questo modo, è stata raggiunta una posizione omogenea riguardante l'esclusiva competenza materiale della Segnatura nei confronti della querela di nullità e della *restitutio in integrum* avverso le decisioni della Rota Romana, ed avverso la reiezione rotale del *novum examen*: «*Ne dispar impugnationum usus ...*», dice la dichiarazione del Collegio rotale. Quindi, la Rota è assolutamente incompetente nelle tre fattispecie. Comunque, bisogna segnalare che nella maggior parte dei ricorsi, la Segnatura Apostolica conferma la reiezione stabilita dalla Rota Romana; per quanto mi risulta, il Supremo Tribunale accetta il ricorso con una decisione devolutiva alla Rota Romana molto eccezionalmente.²² Come abbiamo testé ricordato, quando il Collegio giudicante della Segnatura ratifica la reiezione del *novum examen*, tale "giudicato materiale" (come nelle altre fattispecie di cui all'art. 33 della Lp SAp 2008) non è impugnabile con la *restitutio in integrum* (Lp SAp 2008 art. 50).

D'altra parte, detta omogeneità ha un preciso scopo: promuovere quella «*celerita[s] processualis apud Romanae Rotae Tribunal*», in particolare nelle cause di nullità del matrimonio, richiesta dall'ordinamento e dal magistero pon-

²¹ Vide *supra* nota 10.

²² Negli ultimi venticinque anni: Prot. n. 27739/97 CG; Prot. N. 34622/03 CG: decreto, *Concessione del «novum examen» contro la doppia sentenza conforme «pro nullitate matrimonii ob irritam convalidationem matrimonii nulli ob defectum formae»*, 23 novembre 2005, «Periodica» 96 (2007) 285-288 (cfr. U. NAVARRETE, *Commentario*, in *ibidem* 289-361; V. DE PAOLIS, *Amministrazione della giustizia e situazione dei tribunali ecclesiastici*, «Revista Española de Derecho Canónico» 64 (2007) 358-359); Prot. n. 38025/06 CG.

tificio a tutti i tribunali della Chiesa e, in particolare, alla Rota Romana,²³ come si evince dalla lettera del Cardinale Segretario di Stato al Decano del Tribunale Apostolico (3 ottobre 2008) citata dalla medesima dichiarazione rotale.

JOAQUÍN LLOBELL

²³ Cfr. J. LLOBELL, *La nuova "lex propria" della Segnatura Apostolica e i principi del processo canonico*, cit., 468-471.

COMPOSTO IN CARATTERE DANTE MONOTYPE DALLA
FABRIZIO SERRA EDITORE, PISA · ROMA.
STAMPATO E RILEGATO NELLA
TIPOGRAFIA DI AGNANO, AGNANO PISANO (PISA).

★

Dicembre 2009

(CZ 2 · FG 3)



Riviste · Journals

ACTA PHILOSOPHICA

Rivista internazionale di filosofia
a cura della Facoltà di Filosofia dell'Università della Santa Croce
diretta da Francesco Russo

ANNALES THEOLOGICI

Rivista della Facoltà di Teologia
della Pontificia Università della Santa Croce
diretta da Giuseppe Tanzella-Nitti

ARCHIVIO DI FILOSOFIA
ARCHIVES OF PHILOSOPHY

Rivista fondata da Enrico Castelli,
già diretta da Marco Maria Olivetti
e diretta da Stefano Semplici

HISTORIA RELIGIONUM

An International Journal
Rivista diretta da Giuseppe Filoramo

FABRIZIO SERRA · EDITORE

PISA · ROMA

www.libraweb.net

Riviste · Journals

IL DIRITTO ECCLESIASTICO

Rivista diretta da Gaetano Catalano,
Cesare Mirabelli e Enrico Vitali

IUS ECCLESIAE

Rivista internazionale di diritto canonico
diretta da Joaquin Llobell

PER LA FILOSOFIA

Rivista quadrimestrale
diretta da Aniceto Molinaro

RELIGIONI E SOCIETÀ

Rivista diretta da Arnaldo Nesti

FABRIZIO SERRA · EDITORE

PISA · ROMA

www.libraweb.net



FABRIZIO SERRA EDITORE

Pisa · Roma

www.libraweb.net

Fabrizio Serra Regole editoriali, tipografiche & redazionali

Seconda edizione

Prefazione di Martino Mardersteig · Postfazione di Alessandro Olschki

Con un'appendice di Jan Tschichold

DALLA 'PREFAZIONE' DI MARTINO MARDERSTEIG

[...] **O**GGI abbiamo uno strumento [...], il presente manuale intitolato, giustamente, 'Regole'. Varie sono le ragioni per raccomandare quest'opera agli editori, agli autori, agli appassionati di libri e ai cultori delle cose ben fatte e soprattutto a qualsiasi scuola grafica. La prima è quella di mettere un po' di ordine nei mille criteri che l'autore, il curatore, lo studioso applicano nella compilazione dei loro lavori. Si tratta di semplificare e uniformare alcune norme redazionali a beneficio di tutti i lettori. In secondo luogo, mi sembra che Fabrizio Serra sia riuscito a cogliere gli insegnamenti provenienti da oltre 500 anni di pratica e li abbia inseriti in norme assolutamente valide. Non possiamo pensare che nel nome della proclamata 'libertà' ognuno possa comporre e strutturare un libro come meglio crede, a meno che non si tratti di libro d'artista, ma qui non si discute di questo tema. Certe norme, affermate e consolidate nel corso dei secoli (soprattutto sulla leggibilità), devono essere rispettate anche oggi: è assurdo sostenere il contrario. [...] Fabrizio Serra riesce a fondere la tradizione con la tecnologia moderna, la qualità di ieri con i mezzi disponibili oggi. [...]

*

DALLA 'POSTFAZIONE' DI ALESSANDRO OLSCHKI

[...] **Q**UESTE succinte considerazioni sono soltanto una minuscola sintesi del grande impegno che Fabrizio Serra ha profuso nelle pagine di questo manuale che ripercorre minuziosamente le tappe che conducono il testo proposto dall'autore al traguardo della nascita del libro; una guida puntualissima dalla quale trarranno beneficio non solo gli scrittori ma anche i tipografi specialmente in questi anni di transizione che, per il rivoluzionario avvento dell'informatica, hanno sconvolto la figura classica del 'proto' e il tradizionale intervento del compositore.



Non credo siano molte le case editrici che curano una propria identità redazionale mettendo a disposizione degli autori delle norme di stile da seguire per ottenere una necessaria uniformità nell'ambito del proprio catalogo. Si tratta di una questione di immagine e anche di professionalità. Non è raro, purtroppo, specialmente nelle pubblicazioni a più mani (atti di convegni, pubblicazioni in onore, etc.) trovare nello stesso volume testi di differente impostazione redazionale: specialmente nelle citazioni bibliografiche delle note ma anche nella suddivisione e nell'impostazione di eventuali paragrafi: la considero una sciatteria editoriale anche se, talvolta, non è facilmente superabile. [...]

2009, cm 17 × 24, 220 pp., € 34,00

ISBN: 978-88-6227-444-8

*Le nostre riviste Online,
la nostra libreria Internet*

www.libraweb.net

★

*Our Online Journals,
our Internet Bookshop*

www.libraweb.net



Fabrizio Serra
Editore®



Accademia
editoriale®



Istituti editoriali
e poligrafici
internazionali®



Giardini editori
e stampatori
in Pisa®



Edizioni
dell'Ateneo®



Gruppo editoriale
internazionale®

Per leggere un fascicolo saggio di ogni nostra rivista si visiti il nostro sito web:

To read a free sample issue of any of our journals visit our website:

www.libraweb.net/periodonline.php