

IUS
ECCLESIAE

«Ius Ecclesiae» è la Rivista della Facoltà di Diritto Canonico
della Pontificia Università della Santa Croce.

★

Direttore (Editor): Joaquín Llobell

Comitato editoriale (Editorial Board): Eduardo Baura, Javier Canosa, Carlos J. Errázuriz M., Jesús Miñambres (Segretario).

Comitato scientifico (Advisory Board): Luis Navarro (Decano della Facoltà di Diritto Canonico della Pontificia Università della Santa Croce), Nicolás Álvarez de las Asturias (Istituto “San Dámaso”, Madrid), Juan Ignacio Arrieta (Segretario del Pontificio Consiglio per i Testi Legislativi), Geraldina Boni (Università di Bologna), Vincenzo Buonomo (Pontificia Università Lateranense), Ernest Caparros (Emerito all’Università di Ottawa), Louis-Léon Christians (Università Cattolica di Louvain-la-Neuve), Orazio Condorelli (Università di Catania), Giuseppe Dalla Torre (Libera Università Maria Ss.ma Assunta di Roma), Gaetano Lo Castro (Emerito all’Università La Sapienza di Roma), Jorge Otaduy (Università di Navarra), Francisca Pérez-Madrid (Università Centrale di Barcellona), Helmuth Pree (Università di Monaco di Baviera), Carlos Salinas (Università Cattolica di Valparaiso, Cile), Ilaria Zuanazzi (Università di Torino).

Indexes and Databases: «Ius Ecclesiae» is indexed in Canon Law Abstracts (<http://abstracts.clsgbi.org/index.html>); Dialnet. Universidad de la Rioja: <http://dialnet.unirioja.es/>; Gruppo Italiano Docenti Diritto Canonico. Bibliografia canonistica: <http://www.gidcc.org/biblio-keyword.asp>; Instituto Martín de Azpilcueta dell’Universidad de Navarra: <http://www.unav.es/ima/basesdatos/studia.html>; Osservatorio delle libertà e istituzioni religiose (OLIR): www.olir.it/.

Vedi alla fine della Rivista le Indicazioni per i collaboratori.

★

Via dei Farnesi 82, I 00186 Roma,
tel. +39 06 68164500, fax +39 06 68164600, iusecc@pusc.it

★

Nihil obstat: J. T. Martín de Agar

Imprimatur: Vicariato di Roma
Roma, 23 settembre 2013

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.

IUS ECCLESIAE

RIVISTA INTERNAZIONALE
DI DIRITTO CANONICO

VOL. XXV · N. 2 · 2013

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, fse@libraweb.net

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

Uffici di Roma: Via Carlo Emanuele I 48, I 00185 Roma,
tel. +39 06 70493456, fax +39 06 70476605, fse.roma@libraweb.net

*

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 rates 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 2013 by *Fabrizio Serra editore, Pisa · Roma.*

*Fabrizio Serra editore incorporates the Imprints Accademia editoriale,
Edizioni dell'Ateneo, Fabrizio Serra editore, Giardini editori e stampatori in Pisa,
Gruppo editoriale internazionale and Istituti editoriali e poligrafici internazionali.*

*

www.libraweb.net

Stampato in Italia · Printed in Italy

SOMMARIO

DOTTRINA

- M. DEL POZZO, *L'inadeguatezza della nozione di persona giuridica* 317
F. FALCONE, *Actio e ius: l'evoluzione del concetto di azione nell'ordinamento canonico tra il Codice del 1917 e il Codice del 1983* 339
M. GAS AIXENDRI, *Apostasía y tratamiento jurídico de los datos de carácter personal. La experiencia jurídica europea* 363
A. PASTWA, *Il matrimonio: comprensione personalistica e istituzionale* 387
I. ZUANAZZI, *Per un diritto di famiglia della Chiesa: i rapporti tra genitori e figli* 409

RASSEGNA DI BIBLIOGRAFIA

Note bibliografiche

- W. GÓRALSKI, *La dichiarazione di stato libero dei fedeli ortodossi nel foro della Chiesa cattolica. Un problema ecumenico?* (a proposito del volume di U. NOWICKA, *Stwierdzenie stanu wolnego wiernych prawosławnych na forum Kościoła katolickiego* [Dichiarazione di stato libero dei fedeli ortodossi nel foro della Chiesa cattolica]) 433
C. MINELLI, *La questione del metodo nel diritto canonico. Il rinnovarsi di una sfida* (a proposito del volume di L. GEROSA, *Introduzione al diritto canonico*) 449

Recensioni

- E. BAURA, *Parte generale del diritto canonico. Diritto e sistema normativo* (G. Boni) 461
G. BONI, *La canonizzazione dei santi combattenti nella storia della Chiesa* (M. De Salis) 466
L. DE GREGORIO (a cura di), *Le confessioni religiose nel diritto dell'Unione europea* (G. Fattori) 469
O. FUMAGALLI CARULLI, *Matrimonio ed enti tra libertà religiosa e intervento dello Stato* (F. Catozzella) 475
A. GIANFREDA, *Diritto penale e religione tra modelli nazionali e giurisprudenza di Strasburgo (Italia, Regno Unito e Francia)* (C.-M. Fabris) 478
A. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ (COORD.), *El Ius Commune y la formación de las instituciones de Derecho Público* (N. Álvarez de las Asturias) 481
D. LE TOURNEAU, *La dimension juridique du sacré* (B. Bernard) 482
MAGISTER HONORIUS, *Summa 'De Iure Canonico tractaturus'* (N. Álvarez de las Asturias) 484

- L. PANELLA, E. SPATAFORA (a cura di), *Studi in onore di Claudio Zanghi* (G. Taverna) 486
- A. PÉREZ-RAMOS, C. PONS-ESTEL TUGORES, M. GONZÁLEZ SÁNCHEZ, *Patología del consentimiento matrimonial. Rota Romana: Jurisprudencia 1990-2005* (M. Gas-Aixendri) 489
- I. SANTUS, *Il contributo della Santa Sede al Diritto Internazionale, dal diritto d'ingerenza alla responsabilità di proteggere la dignità umana* (F. Chica Arellano) 491

DOCUMENTI

Atti di Benedetto XVI

- Lettera Apostolica motu proprio data "Intima Ecclesiae natura" sul servizio della carità, 11 novembre 2012* (con nota di J. MIÑAMBRES, *Connotati giuridici del servizio della carità organizzato*) 499
- Discorso alla Rota Romana, 26 gennaio 2013* (con nota di M. GAS AIXENDRI, *Fede e intenzione nel matrimonio sacramento*) 515

Atti della Santa Sede

- SEGRETERIA DI STATO, *Accordo di base tra la Santa Sede e il Montenegro, 24 giugno 2011* (con nota di F. VECCHI, *Appunti sull'Accordo di Base del 24 giugno 2011 tra la Santa Sede e il Montenegro*) 535

Giurisprudenza civile

- ITALIA. CORTE DI CASSAZIONE CIVILE, SEZIONE III, *Sentenza 2 ottobre 2012, n. 16754, Pres. Amatucci, Estensore Travaglino* (con nota di A. PALMONARI, *Brevi riflessioni sul diritto a non nascere*) 561

COLLABORATORI DI QUESTO FASCICOLO

MASSIMO DEL POZZO, Associato di Diritto processuale canonico. Pontificia Università della Santa Croce.

FABIANA FALCONE, Dottore di ricerca in Diritto ecclesiastico e canonico. Università di Roma "La Sapienza".

MONTserrat GAS AIXENDRI, Diritto ecclesiastico. Universitat Internacional de Catalunya (Spagna).

WOJCIECH GÓRALSKI, Ordinario di Diritto matrimoniale canonico. Università Cardinale Stefan Wyszyński di Varsavia.

CHIARA MINELLI, Straordinario di Diritto canonico. Università di Brescia.

ANDRZEJ PASTWA, Direttore del Dipartimento di Diritto canonico della Facoltà di Teologia. Università di Slesia (Polonia)

ILARIA ZUANAZZI, Associato di Diritto ecclesiastico. Università di Torino.

Hanno collaborato anche: N. ÁLVAREZ DE LAS ASTURIAS, B. BERNARD, G. BONI, F. CATOZZELLA, F. CHICA ARELLANO, M. DE SALIS, C.-M. FABRIS, G. FATTORI, J. MIÑAMBRES, A. PALMONARI, G. TAVERNA, F. VECCHI.

DOTTRINA

L'INADEGUATEZZA DELLA NOZIONE DI PERSONA GIURIDICA

MASSIMO DEL POZZO

ABSTRACT: La nozione di 'persona giuridica', nata e maturata in ambito canonico (*persona ficta* di Sinibaldo), è stata sviata nella cultura giuridica moderna. L'identificazione col soggetto di diritto e l'attribuzione di personalità da parte dell'autorità falsano la concezione realistico-tradizionale. L'elaborazione civilistica-patrimonialistica è stata acriticamente recepita nelle codificazioni vigenti. L'espressione 'persona giuridica' risulta dunque impropria: né descrive correttamente il fenomeno, né lo circoscrive. La denominazione come 'persona' è erronea. La qualificazione 'giuridica' non è specificante. La scarsa pregnanza della nozione e la varietà del quadro ecclesiale consigliano il superamento di concettualità estranee e fuorvianti per cogliere e rispettare la fisionomia propria degli enti traspersonali canonici. Il ritorno dal dogmatismo contemporaneo al prudenzialismo classico è insomma un sicuro antidoto contro le insidie del positivismo, del tecnicismo e dell'astrattismo diffusi.

PAROLE CHIAVE: Persona giuridica, personalità, soggetto di diritto.

ABSTRACT: The original notion of "juridic person" which developed in the canonical field has been lost in modern legal culture. The identification with the subject of rights and the attribution of personality by the authority distort the realistic and traditional notion. It was not the traditional concept, but the civil patrimonial concept of the phrase which was uncritically received into the current codifications in effect today. Thus the expression "juridic person" turns out to be incorrect in its modern use; it neither correctly describes the phenomenon, nor delineates it. To call this reality a "person" is erroneous and to call it "juridic" is not specific. The scant significance of this concept and the diversity of its ecclesial context call for a passing from this extraneous and misleading conceptualization to one which grasps and respects the true character proper to transpersonal canonical entities. The return to classical praxis from contemporary dogmatism is, therefore, a secure antidote to the dangers of widespread positivism, technicalism, and abstraction.

KEY WORDS: Juridic Person, Personality, Subject of Rights.

SOMMARIO: 1. Una sistemazione sopita ma non pienamente soddisfacente. - 2. L'elaborazione canonica della figura e gli sviluppi successivi. - 3. La ricezione codiciale delle categorie civilistiche. - 4. Le carenze e l'ambiguità del riferimento personalistico. - 4.1. Un'applicazione impropria e fuorviante. - 4.2. L'equivocità della conce-

zione volontaristica della giuridicità. - 5. La specificità degli enti transpersonali «in Ecclesia». - 6. Dalla questione nominale a quella sostanziale.

1. UNA SISTEMAZIONE SOPITA MA NON PIENAMENTE SODDISFACENTE

Durante l'elaborazione delle codificazioni vigenti l'esigenza di promuovere l'autonomia del fedele e la specificità della realtà canonica alimentò un dibattito vivace e produttivo sul fenomeno associativo e sulla natura degli enti sovrapersonali.¹ La presentazione dei diversi schemi ingenerò infatti soddisfazione quanto alle aspirazioni e alle aperture ma anche qualche riserva quanto al modello e alla concreta regolamentazione adottati. La questione dell'adeguato inquadramento della soggettività collettiva in Ecclesia fu al centro di una significativa analisi ermeneutica e di acute osservazioni.² I consultori si preoccuparono soprattutto di accogliere le istanze emerse dall'assise conciliare e gli apporti della scienza giuridica secolare. I rilievi critici e le incertezze palesate dalla dottrina non trovarono ad ogni modo troppo seguito e riscontro nella redazione definitiva del testo codiciale. La decisa emersione delle "persone giuridiche" ricevette così una chiara e rilevante consacrazione formale.³ Le ricostruzioni successive per lo più non hanno messo in discussione la scelta sistematica operata, hanno cercato piuttosto di ricostruire l'essenza della personalità e di colmare eventuali manchevolezze.⁴

L'approccio costruttivo, il desiderio di perfezionamento e la visione d'insieme del periodo codificatorio favorì la discussione di carattere programmatico e concettuale sulla consistenza degli organismi collettivi. Venuta meno la concretezza della spinta *de iure condendo*, è naturale che si sia attenuato anche l'interesse per l'assetto teorico del sistema. La determinazione della

¹ Cfr. ad es. W. ONCLIN, *De personalitate morali vel canonica*, in *Actus conventus internationalis canonistarum Romae diebus 20-25 maii 1968 celebrati*, Città del Vaticano 1970, pp. 121-157; ID., *Principia generalia de fidelium associationibus*, «Apollinaris», 26 (1963), pp. 68-109; P. LOMBARDÍA, *Persona jurídica en sentido lato y en sentido estricto (contribución a la teoría de la persona moral en el ordenamiento de la Iglesia)*, in ID., *Escritos de Derecho Canónico*, III, Pamplona 1974, pp. 137-166; Á. DEL PORTILLO, *Ius associationis et associationes fidelium iuxta Concilii Vaticani II doctrinam*, «Ius Canonicum», 8 (1968), pp. 5-28.

² Cfr. ad es. F. COCCOPALMERIO, *De persona iuridica iuxta schema codicis novi*, «Periodica de re morali, canonica, liturgica», 70 (1981), pp. 369-400; M. CONDORELLI, *Considerazioni problematiche sul concetto e sulla classificazione delle persone giuridiche nello «schema de populo Dei»*, «Il diritto ecclesiastico», 91 (1980), pp. 446-458.

³ Basti solo pensare alla struttura del Tit. VI del Lib. I del CIC (Le persone fisiche e giuridiche, cann. 96-123).

⁴ Cfr. ad es. A. PERLASCA, «Oltre alle persone fisiche nella Chiesa ci sono...»: i soggetti dell'ordinamento canonico diversi dalle persone fisiche, «Quaderni di diritto ecclesiale», 17 (2004), pp. 6-24; L. NAVARRO, *Persone e soggetti nel diritto della Chiesa. Temi di diritto della persona*, Roma 2000; V. DE PAOLIS, *Le persone fisiche e giuridiche*, in GRUPPO ITALIANO DOCENTI DI DIRITTO CANONICO (a cura del), *Il diritto nel mistero della Chiesa*, Roma 1995, pp. 365-404.

corretta qualificazione della soggettività transpersonale appare però come una *questione sopita* o quiescente ma *non del tutto risolta* o pacificamente accettata.⁵ In questo, come in altri casi, si è palesata forse la mancanza di una concezione dottrinale acquisita e condivisa.⁶ Il patrimonio di idee e lo strumentario tecnico non erano probabilmente all'altezza della sfida epocale in quel momento proposta. A distanza di trent'anni sembra utile pertanto tornare a ragionare sullo *status quaestionis* per valutare serenamente i termini del problema e contribuire alla maturazione di un paradigma più confacente.

Il proficuo dialogo e scambio del sapere canonico con la cultura secolare non esclude il *vaglio critico* e la *purificazione intellettuale dei concetti giuridici*. L'ingenua adozione di apporti tecnico-dogmatici estranei all'esperienza ecclesiale minaccia un implicito appiattimento o omologazione rispetto alle categorie della modernità.⁷ La subalternità culturale rischia infatti di confondere la rispondenza delle nozioni con la mera perfezione formale o coerenza logica del modello proposto.⁸ La fedele applicazione del realismo e della prudenzialità congeniti nella scienza canonica può contribuire viceversa a preservare la razionalità giuridica o, almeno, a salvaguardare la strutturazione del popolo di Dio dalle derive della secolarizzazione.⁹ In questo

⁵ C.J. Errázuriz M. ad es. rileva chiaramente l'insufficienza della categoria: «Esiste spesso una visione semplicistica dei soggetti giuridici nella Chiesa, secondo la quale essi si dividerebbero in persone fisiche e giuridiche, e queste ultime sarebbero appunto quei soggetti di obblighi e di diritti congruenti con la loro natura, e cioè che vanno oltre gli obblighi e i diritti delle persone fisiche (cfr. il tit. VI del lib. I del CIC, specialmente il c. 113 § 2)» (*Corso fondamentale sul diritto nella Chiesa. Introduzione, i soggetti ecclesiali di diritto*, Milano 2009, p. 360). Indicativa è la tesi di G. Lo Castro, *I soggetti artificiali di diritto nella dottrina canonica contemporanea*, «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», 12 (1982-83), pp. 777-832, ripresa in molti studi successivi. «Ma nello stesso tempo, come ha dimostrato Lo Castro, il Codice del 1917 introdusse nella tecnica canonica una nozione astratta, aliena alla tradizione giuridica della Chiesa, la quale antecedentemente aveva cercato di rispondere, con indubitabili risultati positivi, solamente alle esigenze concrete di giustizia, attraverso soluzioni casistiche» (P. LOMBARDÍA, *Lezioni di diritto canonico*, Milano 1985, p. 185).

⁶ Il Legislatore non ha trovato in pratica un retroterra culturale sufficientemente consolidato e sedimentato su cui intervenire e ha cercato di recepire le acquisizioni della scienza secolare.

⁷ La scienza giuridica moderna per lo più si fonda sul principio d'immanenza, per interessanti spunti critici circa i presupposti culturali del pensiero attuale cfr. J. MARITAIN, *Tre riformatori*, Brescia 1967, pp. 84-89.

⁸ Si tratta dei limiti del formalismo e del logicismo molto diffusi nella speculazione civilistica e non privi di riscontri anche nell'argomentazione canonistica, cfr. M. DEL POZZO, *L'evoluzione della nozione di diritto nel pensiero canonistico di Javier Hervada*, Roma 2005, pp. 586-587.

⁹ La fedele applicazione del realismo metafisico nel campo giuridico conduce alla concretezza, alla razionalità e all'oggettività del giusto, l'affermazione è più ampiamente esposta in M. DEL POZZO, *Il diritto canonico come "insieme di realtà giuridiche" nella Chiesa*, «*Ius Ecclesiae*», 20 (2008), pp. 449-453.

come in altri ambiti¹⁰ si nota come l'origine e l'impiego canonico della figura nell'elaborazione posteriore spesso sia stata confusa e sviata. In merito, più dei termini adoperati risulta essenziale il contesto e il senso del ragionamento, esemplare può essere, come vedremo, il caso della *persona ficta* di Sinibaldo dei Fieschi. Occorre dunque discernere l'espressione dai presupposti filosofici e speculativi che ne sono alla base.

2. L'ELABORAZIONE CANONICA DELLA FIGURA E GLI SVILUPPI SUCCESSIVI

La principale svolta nella concezione giuridica della modernità è il *passaggio dal pragmatismo classico* (meglio sarebbe parlare di prudenzialismo) *al più recente dogmatismo*. Il ribaltamento di prospettiva può essere schematicamente rapportato (in maniera forse più incisiva ed esplicita) al transito dal "sostanzialismo del bene" al "formalismo dell'ordine".¹¹ L'aspetto epistemologico e metodologico d'altronde non è che il riflesso della percezione della missione del giurista.¹² La scienza canonica, com'è noto, non è stata immune dall'influenza del cambiamento di paradigma; si è registrata tra l'altro una rivoluzione copernicana nella stessa impostazione dell'ordinamento della Chiesa (il passaggio da un modello giurisprudenziale ad uno legislativo¹³). La trasformazione dell'accezione della personalità in fin dei conti non è che il risultato più o meno consapevole di tale snodo concettuale. Le riserve nell'accoglimento della teoria della persona giuridica derivano proprio dal processo astrattivo e – a nostro giudizio – involutivo verificatosi. Se non si coglie il *supporto metafisico giusrealista comune e condiviso* si rischia di fraintendere il contenuto dell'elaborazione della canonistica classica.¹⁴

¹⁰ Le nozioni di 'diritto soggettivo' o di 'interesse legittimo', abbastanza frequenti nella scienza secolare attuale, appaiono ad es. abbastanza problematiche in ambito canonico, cfr. T. SOL, *Qu'entendre par conception subjective du droit? Éléments d'une définition*, Roma 2011 (Pontificia Università della Santa Croce, *pro manuscripto*); M. DEL POZZO, *Interesse legittimo ed esigenze di tutela contenzioso-amministrativa sostanziali nella Chiesa*, «Fidelium Iura», 15 (2005), pp. 33-61.

¹¹ La sommarietà della presentazione non deve indurre a giudizi affrettati: nella formalizzazione dei concetti c'è normalmente un certo arricchimento e vantaggio conoscitivo e pratico, conviene tuttavia non finire invischiati nello schema logico adottato e ridurre la realtà alle regole o incasellarla in formule precostituite.

¹² La deontologia dell'operatore in genere influisce sul suo sistema di pensiero.

¹³ Cfr. G. LO CASTRO, *La codificazione del diritto della Chiesa*, in *Id.*, *Il mistero del diritto. II. Persona e diritto nella Chiesa*, Torino 2011, pp. 77-95.

¹⁴ Criticando il dualismo nella considerazione dei soggetti, osserva A. Campitelli: «Ma questo non fu il pensiero di Innocenzo. Perché spinto dall'influenza della scolastica, come ha chiarino Hanig, non era difficile ricondurre sotto una veste giuridicamente apprezzabile quanto veniva elaborato dalla filosofia. Tanto negli individui che nelle associazioni si trattava di rapporti giuridici retti da uomini e fu, probabilmente, la somiglianza piena di questi nei

In questa sede non abbiamo la pretesa di descrivere il processo di formazione e sviluppo della nozione di soggettività collettiva,¹⁵ vogliamo tratteggiare solo alcuni spunti che possono aiutare a delineare *l'emersione e la caratterizzazione della figura*. Il cammino percorso dall'istituto coincide in larga parte con la concezione stessa del diritto.¹⁶ La prima e fondamentale lezione della storia ci pare allora leggere l'elaborazione medievale con le categorie proprie e non con la *forma mentis* posteriore.¹⁷

Normalmente si fa risalire a *Sinibaldo dei Fieschi* (il futuro Innocenzo IV) la concettualizzazione della persona giuridica. L'affermazione è vera ma parziale. L'insigne canonista ha indubbiamente individuato con chiarezza e lucidità l'unità d'imputazione dell'*universitas*.¹⁸ Il pensiero di Sinibaldo però, da un canto, non è che il perfezionamento e la maturazione della speculazione civilistica e decretalistica,¹⁹ dall'altro, non costituisce la formulazione di una dottrina o di una teoria organica: cerca di dare soluzione a concrete esigenze. Il taglio pratico e l'approccio casistico costituisce d'altronde l'essenza della tradizione classica. La *persona ficta* individuata da Sinibaldo dei Fieschi permette quindi di considerare unitariamente l'insieme collegiale e discerne l'agire del rappresentante e la responsabilità individuale o comune nella totalità. L'assimilazione del corpo sociale alla persona non poneva eccessivi problemi perché era chiaro che non si intendeva confondere l'ente collettivo

singoli e negli enti collettivi che sollecitò la scelta dello stesso termine "persona" che si era già insinuato con successo nel linguaggio giuridico per indicare il soggetto di diritto» («*Cum collegium in causa universitatis fingatur una persona*». *Riflessioni sul commento di Sinibaldo dei Fieschi [c. praesentium, de testibus et attestacionibus, 57 X,2,20]*, «*Apollinaris*», 93 [1990], p. 134).

¹⁵ Per una trattazione generale cfr. S. BUENO SALINAS, *La noción de persona jurídica en el derecho canónico. Su evolución desde Inocencio IV hasta el CIC de 1983*, Barcelona 1985.

¹⁶ La deformazione idealistica del diritto ha svolto un ruolo importante nello snaturamento del concetto: è significativa l'intitolazione e lo sviluppo argomentativo dell'opera di F. DE CASTRO, *Formación y deformación del concepto de persona jurídica (Notas preliminares para el estudio de la persona jurídica)*, Madrid 1964.

¹⁷ È il caso del parallelismo colto da F. RUFFINI, *La classificazione delle persone giuridiche in Sinibaldo dei Fieschi e in Federico Carlo di Savigny*, in *Scritti in onore di F. Schupner*, II, Torino 1898, pp. 313-393, che ha avuto ampio seguito e risonanza nella dottrina.

¹⁸ Il noto commento di Sinibaldo «*cum collegium in causa universitatis fingatur una persona, dignum est quod per unum iurent...*» (57 X.2.20) è ritenuta la prima espressa formulazione del concetto. Per un approfondito studio dell'apporto sinibaldiano: S. PANIZO ORALLO, *Persona jurídica y ficción. Estudio de la obra de Sinibaldo de Fieschi (Inocencio IV)*, Pamplona 1975.

¹⁹ Innocenzo IV non è un genio solitario e isolato ma l'epigono di una feconda linea di pensiero canonico-civilistica: «Sinibaldo costituisce il termine conclusivo di una elaborazione che aveva forgiato concetti e linguaggio tecnico» (F. LIOTTA, *Apporti dei glossatori civilisti alla dottrina della persona giuridica*, «*Apollinaris*», 63 [1990], p. 123). Più datato, ma offre spunti interessanti: P. GILLET, *La personnalité juridique en droit ecclésiastique spécialement chez les Décretistes et les Décretalistes et dans le Code de droit canonique*, Malines 1927. In merito cfr. anche CAMPITELLI, *Cum collegium...*, p. 129.

con l'essere umano: i piani della realtà e della doverosità restavano distinti ma non separati.²⁰ L'espedito tecnico non metteva in discussione la saldezza metafisica del contesto. I limiti dell'aspetto finzionistico sono perciò trascurabili e marginali.²¹ Le distinzioni nel tipo di *collegia* (*personalia* o *realia*, *necessaria* o *voluntaria*) – giova sempre ribadire che si tratta di differenziazioni operative e non meramente classificatorie – non solo evidenziano l'analisi e l'approfondimento del fenomeno quanto l'apertura e l'ampiezza di vedute nella considerazione del futuro Pontefice.²² La sistemazione sinibaldiana non intacca insomma la concezione realistico-tradizionale dell'*universitas*. Staccare invece il contenuto giuridico da quello ontologico è stato il passaggio successivo e improprio della pandettistica.²³

Occorre precisare chiaramente che nel diritto romano, nel diritto germanico e nelle origini del diritto medievale non era mancata una specifica attenzione e regolamentazione delle realtà comunitarie: *collegia*, *corpora*, *corporationes*, *universitates*, ecc.²⁴ La soggettività però era colta prevalentemente secondo un principio pluralistico (il concorso e la partecipazione degli agenti nella vita dell'istituzione). A seconda delle circostanze ed evenienze l'insieme di persone veniva considerato come unità o come molteplicità;²⁵ anche là dove vi era un'accentuazione dell'aggregazione sociale a scapito dell'individuo (ad es. nei popoli germanici), mancava la persistenza dell'imputazione dei rapporti giuridici ad un unico centro d'interessi e la rappresentanza organica dell'ente. La *persona ficta et rapraesentata* di matrice canonica si fece quindi strada nella decretalistica e nella riflessione secolare, senza ancora giungere ad una compiuta teorizzazione e a una completa disgiunzione dai singoli componenti. Il diritto comune accolse dunque il dualismo (senza contrapposizione) tra aspetto naturalistico e giuridico.

La cesura con l'impianto metafisico e scolastico soggiacente al pensiero

²⁰ Cfr. *supra* nt. 14.

²¹ Cfr. A. ROTA, *Apporti di glossatori civilisti alla dottrina della persona giuridica. La responsabilità penale dell'ente collegiale nell'età intermedia*, «Apollinaris», 63 (1990), p. 135.

²² Nei *collegia personalia* la liceità della causa era sufficiente a legittimare il collegio senza richiedere l'approvazione dell'autorità. Non si registra quell'accentramento e autoritarismo che il successivo statalismo giuridico imporrà (cfr. I. BIROCCHI, *Persona giuridica nel diritto medioevale e moderno*, in *Digesto delle discipline privatistiche*, XIII, Torino 1995, pp. 411-416).

²³ Cfr. A. HANIG, *Innozenz IV, Vater der Fiktionstheorie?*, «Oesterreichisches Archiv für Kirchenrecht», 3 (1952), pp. 177-213 (spec. pp. 187-188); Id., *Das ontologische Wesen moralischer Personen nach dem «Codex iuris canonici»*. *Die Relationstheorie und CJC*, «Ephemerides iuris canonici», 4 (1948), pp. 193-247.

²⁴ Cfr. BIROCCHI, *Persona giuridica...*, pp. 408-411; R. ORESTANO, *Il «problema delle persone giuridiche» in diritto romano*, Torino 1968.

²⁵ L'approccio pragmatico favoriva la possibile differenziazione e dissociazione del singolo dal corpo sociale. Lo stesso Sinibaldo, riferendosi alle *universitates*, chiariva che: «nomina sunt iuris et non personarum» (c.52 X.5.39).

medievale fu segnata dalla svolta immanentistica dell'epoca moderna. La separazione della nozione di persona dall'uomo doveva giocare un ruolo importante nell'ermeneutica del dato. L'emergente prospettiva economica e politica giunse a intaccare l'originaria univocità ontologica dell'individuo ed esaltò la coincidenza della personalità con la soggettività giuridica. La *persona civilis* hobbesiana ridusse esplicitamente la stessa nozione di personalità ad un concetto eminentemente giuridico.²⁶ L'accentuazione dell'aspetto pubblicistico, perdendo di vista la lungimiranza della concezione sinibaldiana, condusse anche all'accentramento e all'autoritarismo. L'assorbimento della personalità giuridica nello Stato è allora lo sbocco della deriva idealistica kantiana ed hegeliana. L'impostazione giusnaturalistica suggerì peraltro lo stacco tra realtà e pensiero, tra materia e forma. La personalità morale e la relativa teoria, che non poca influenza esercitò nella codificazione piano-benedettina,²⁷ ricondusse all'unico ambito etico, disgiungendolo espressamente dalla sfera biologica (gli enti morali venivano contrapposti a quelli fisici), ogni titolarità di diritto (semplice o composita²⁸). In questo contesto maturò la nozione dell'ente collettivo come pura creazione intellettuale e legale. L'artificialità della costruzione concettuale aveva perso ogni connotato o fondamento naturalistico. Nella concezione di Savigny e von Gierke (solo per citare alcuni autorevoli esponenti della pandettistica tedesca) la personalità era ricondotta al soggetto di diritto "creato" artificialmente dall'ordinamento e abilitato ad operare nelle relazioni giuridiche (ridotte per lo più al campo patrimoniale), centrale appariva il ruolo della volontà e l'inquadramento formale dell'ente. Tale impostazione è stata paradossalmente qualificata come teoria della realtà o della verità metafisica della persona giuridica.²⁹

Com'è evidente, nel percorso sommariamente tratteggiato la nozione di persona è stata alterata e sfigurata. L'associazione di Sinibaldo a Savigny, pur autorevolmente sostenuta in passato,³⁰ è quantomai ingannevole e fuorvian-

²⁶ Cfr. T. HOBBS, *Elementi di filosofia. Il corpo - L'uomo* (a cura di A. Negri), Torino 1986, pp. 629-631.

²⁷ Il CIC 17 recepisce largamente la *persona moralis* di derivazione giusnaturalistica. Con un esasperato tecnicismo quel codice qualificava come *personae* molti uffici o istituti: *persona Apostolicae Sedis*, *persona seminarii*, *persona dioecesis*, *persona paroeciae*, cfr. anche G. LO CASTRO, *Persona giuridica nel diritto canonico, Digesto delle discipline privatistiche*, XIII, Torino 1995, p. 421.

²⁸ Tanto l'individuo tanto l'ente associativo s'inquadravano nella categoria della *persona moralis*.

²⁹ Cfr. in merito G. LO CASTRO, *Il soggetto e i suoi diritti nell'ordinamento canonico*, Milano 1985, pp. 119-125, 135-142.

³⁰ Cfr. l'opera del Ruffini (*supra* nt. 17), ma anche le tesi di O. von Gierke (*Giovanni Althusius e lo sviluppo storico delle teorie politiche giusnaturalistiche. Contributo allo studio della sistematica del diritto*, Torino 1943, pp. 135-160), per qualche rilievo critico: CAMPITELLI, *Cum collegium...*, pp. 125-126.

te. La base ontologica supposta e irrinunciabile nella speculazione medievale è stata soppiantata dal formalismo e logicismo legale. L'antica *persona ficta* è stata perciò snaturata e svuotata di contenuto. La dissociazione tra metafisica e scienza giuridica si è rivelata quantomai pernicioso e insidioso. Nell'uso della nozione di *persona iuridica* non si può dunque ignorare il sistema di pensiero che l'ha generata e i rischi che comporta.

3. LA RICEZIONE CODICIALE DELLE CATEGORIE CIVILISTICHE

La formalizzazione della soggettività giuridica è in larga parte estranea alla tradizione ecclesiale. La scienza canonica classica non aveva elaborato una sistemazione teorica e normativa dell'imputazione unitaria di diritti e di obblighi collettivi. La progressiva configurazione classificatoria del sistema (emblematico è il passaggio dalla personalità morale del codice del 1917 a quella giuridica del codice del 1983) più che un'acquisizione endogena appare come un *appiattimento secolaristico* e *lato sensu* patrimonialistico del modello vigente.³¹ La fissazione di un quadro chiaro e unitario di riferimento chiaramente ha il vantaggio della razionalità e organicità della regolamentazione. La ricezione della figura della persona giuridica tuttavia non pare indolore: oltre a ingenerare equivoci di natura concettuale, comporta il non troppo recondito rischio di una concezione autoritaria e accentratrice dei fenomeni associativi (visione concessiva della soggettività³²).

Il *codice giovanneo-paolino* ha compiuto un indubbio affinamento e perfezionamento tecnico del disposto, ha cercato di correggere l'exasperato formalismo definitorio e l'impronta autoritaristica del sistema, ma *ha* anche *enfaticizzato la portata della nozione*.³³ Com'è noto, le direttive portanti della riforma sono state la depurazione della denominazione e la promozione dell'autonoma privata. L'anacronistica persistenza del can. 100 § 1 CIC 17 (can. 113 § 1 CIC 83) è indicativa peraltro della resistenza al superamento dell'imperfetto schema apologetico e dell'implicita accettazione della logica concessiva *ex auctoritate ecclesiastica* della personalità.³⁴ Mentre nel codi-

³¹ «Più di un dubbio abbiamo avanzato, nei primi paragrafi di questo capitolo, circa la correttezza metodologica di un'impostazione che assume acriticamente problemi, e categorie concettuali volte a risolverli, da contesti culturali estranei alla tradizione giuridica canonica» (LO CASTRO, *Il soggetto e i suoi diritti...*, p. 142).

³² Rileva ad es. A. Gauthier: «La concessione della personalità giuridica. Anche qui il Codice ha provato di non entrare troppo nelle questioni dottrinali, ma la filosofia soggiacente ha lasciato delle tracce nel testo» (*Le persone giuridiche nel Codice del 1983*, «Angelicum», 69 [1992], p. 113).

³³ Si potrebbe dire provocatoriamente che diminuisce il ricorso alla logica della personalità ma aumenta il rilievo sistematico della figura.

³⁴ Cfr. D. ALBORNOZ, *La nozione di personalità morale della Chiesa cattolica nel Codice di Diritto Canonico*, «Salesianum», [I] 70 (2008), pp. 423-461, [II] 71 (2009), pp. 79-110.

ce piano-benedettino la personalità emergeva nell'intitolazione del Libro II senza esplicitare l'autonoma valenza classificatoria della personalità morale, pur richiamata ripetutamente – e non sempre in maniera pertinente – nel corpo della trattazione in riferimento a singoli uffici (ad es. in riferimento al parroco, al Romano Pontefice), nel CIC vigente la personalità giuridica funge da elemento sistematico di immediato rilievo.³⁵ La regolamentazione, com'è noto, ha innovato abbastanza significativamente la precedente disciplina. L'impianto normativo sembra tra l'altro indebitamente supporre che l'attribuzione di personalità esaurisca il fenomeno della soggettività (circostanza smentita dalla legittimità di soggetti non personificati³⁶). La formulazione del disposto del can. 113 § 2 si richiama insomma alla teoria della realtà: «subiecta scilicet in iure canonico obligationum et iurium quae ipsarum indoli congruunt».³⁷ Il riferimento all'indole o natura propria è subordinata alla strumentalità del conferimento (la realtà voluta dal legislatore³⁸). Il Codificatore in definitiva non solo ha dato ingresso alla categoria civilistica ma ha recepito la logica binaria (e in parte positivistica) di stampo secolare.

Il CCEO, dal canto suo, ha una conformazione meno sistematica e definitiva rispetto al CIC. Il disposto del can. 920 ha opportunamente eliminato l'infelice riferimento alla personalità morale *ex ordinatione divina* della Chiesa e della Sede Apostolica, ma non ha mutato il contenuto dell'espressione: «soggetti nel diritto canonico di diritti e di doveri che corrispondono alla loro indole». *Ad mentem Legislatoris* resta dunque adombrata l'identità tra personalità e soggettività giuridica.³⁹ La personalità giuridica appare ridimensionata nella sua portata ed estensione ma non nella consistenza strutturale e ordinamentale. L'attenuazione dell'iniziativa privata esalta peraltro il processo autoritaristico di creazione.⁴⁰ L'attribuzione della qualifica formale prevale sul riconoscimento della realtà aggregativa.

Lo scarsissimo ricorso alla nozione nella legislazione dimostra peraltro la "sovrastrutturalità" della figura e la carente pregnanza della qualifica.⁴¹ Gli enti o i centri di imputazione sovrapersonali canonici assumono insomma

³⁵ Lib. I, Tit. VI. Le persone fisiche e giuridiche, Cap. II. Le persone giuridiche. La nuova dizione inoltre è più presente nel dettato codiciale rispetto al passato (72 volte).

³⁶ Cfr. can 310.

³⁷ È molto indicativa della *ratio* adottata la stessa impostazione della disposizione: «Nella Chiesa, oltre alle persone fisiche, ci sono anche le persone giuridiche, ...».

³⁸ Cfr. L. NAVARRO, *Considerazioni riguardo al ruolo della personalità giuridica nell'ordinamento canonico*, in *Escritos en honor de Javier Hervada (Ius Canonicum 1999)*, pp. 129-131.

³⁹ Il Tit. XIX. *De personis et de actis iuridicis* nel Cap. I non si discosta dalla sistematica latina, cfr. anche P.V. PINTO, *Commento cc. 920-921*, in ID. (a cura di), *Commento al Codice dei Canonici delle Chiese Orientali*, Città del Vaticano 2001, pp.790-791.

⁴⁰ Com'è noto, nel CCEO non esistono persone giuridiche private.

⁴¹ L'unico riferimento presente ad es. nella cost. ap. *Pastor bonus* è relativo alla rappresentanza processuale (art. 129 § 1) e conferma la strumentalità dell'accezione del termine.

caratterizzazioni specifiche e ben definite *in Ecclesia* più che *in ordine iuridico positivo*. Ciò non significa affatto indifferenza o poca rilevanza dei fenomeni aggregativi o esponenziali nel popolo di Dio, la *conspiratio ad unum* della *communio fidelium* esalta anzi l'istanza collettiva e la condivisione di mezzi e di fini.⁴² La dottrina della personalità resta comunque una risorsa tecnica per l'applicazione di una disciplina unitaria ed un connotato estrinseco alla scienza canonica.

L'introduzione delle persone morali o giuridiche, benché abbastanza recente, ha ricevuto una certa attenzione nella dottrina più risalente (fine '800 inizio '900). Lo Castro ha descritto con molto acume le *posizioni dei diversi autori*.⁴³ L'insigne studioso, senza sottacere l'originalità e particolarità di ciascuno, ha sintetizzato la speculazione della canonistica nelle teorie "finzionistica" (Stutz e Toso), "realista" (il 'secondo' Vermeersch, Wernz-Vidal, Michiels) ed "eclettica" (Hanig, Lammeyer, Gillet), con la netta prevalenza della tesi della realtà o della verità.⁴⁴ Il *vulnus* delle sistemazioni menzionate consiste però nell'ignorare le motivazioni e le giustificazioni sottese alla dottrina secolare della soggettività e nell'assumere l'approccio logico-formale giusnaturalistico-razionalistico anziché quello ontologico e metafisico classico. La precedente discussione sulla "natura" delle persone morali si è poi spostata nel postconcilio e, soprattutto, con l'emanazione del codice vigente sui problemi classificatori e disciplinari. L'esegesi e la spiegazione del sistema raramente affrontano la questione fondamentale. Anche le riserve palesate in genere non investono la ragion d'essere della costruzione normativa.⁴⁵ Il semplice ridimensionamento strumentale o tecnico-funzionale non ci paiono tuttavia risolutori e appaganti concettualmente e praticamente.

4. LE CARENZE E L'AMBIGUITÀ DEL RIFERIMENTO PERSONALISTICO

Al di là dell'insidiosità ed equivocità dei presupposti ideologici del modello secolare, l'espressione stessa "persona giuridica" appare *confusa e inadeguata*.

⁴² Non è casuale che le prime formulazioni siano nate in ambito canonico. Rilevando la peculiarità del modello ecclesiale, Ruffini poteva affermare con una certa confusione mentale: «Soggetto normale di diritti non è qui pertanto la persona naturale ma la fittizia» (*supra* nt. 17).

⁴³ LO CASTRO, *Il soggetto e i suoi diritti...*, pp. 116-142; cfr. pure con un inquadramento minimamente diverso P. TOCANEL, *Il concetto di persona giuridica collegiale presso la canonistica moderna*, «Apollinaris», 93 (1990), pp. 164-167.

⁴⁴ La denominazione risulta equivoca perché dà consistenza ad una mera costruzione concettuale.

⁴⁵ Lombardía (*Lezioni...*, pp. 187-193) e Navarro (*Considerazioni...*, pp. 137-138) ad es. parlano di figura o soluzione tecnica, preoccupandosi più del regime e della garanzia della liberalità del sistema che della logica formale adottata dal Legislatore.

Entrambi i termini della dizione risultano impropri e insufficienti. La denominazione di *persona* è erronea e ingannevole.⁴⁶ La qualificazione *giuridica* non è specificante dell'ipotesi. Tale locuzione insomma risulta infelice e inadatta: né descrive correttamente il fenomeno, né lo circoscrive.

In seguito esamineremo le riserve di ordine logico e semantico, giova però precisare che il problema non è tanto nominale e convenzionale quanto concettuale e contenutistico. L'idea di un genere unitario (specificato fisicamente o giuridicamente) è equivoca e sviante perché confonde il fondamento ontologico con la relazionalità obbligatoria e suppone l'artificialità ed eteronimia della creazione della soggettività. La giustificazione teorica della sistemazione normativa non a caso viene sovente rapportata alla *teoria dell'astrazione*.⁴⁷ Riteniamo convenga coltivare invece un approccio giusrealista che non faccia della metafisica una mera esercitazione formale.

4. 1. *Un'applicazione impropria e fuorviante*

Illustrando la problematica terminologica (*problemata terminologiae*) Coccopalmerio rilevava l'inanità della pretesa qualificatoria assunta dagli schemi della nuova codificazione: «Hoc praeciso sensu, etiam personae *physicae* appellari possent, et quidem deberent, personae *iuridicae*. Verum adhuc probe notetur: conceptus subiecti obligationum et iurium uti talis ab ordinamento recogniti iam continetur in ipsa voce "personae" (cf. can. 87 C.I.C.: "persona, cum ... officiis et iuribus"). Hoc proinde sensu denominatio "persona iuridica" est *clare repetitio*: non datur persona nisi iuridica, persona est subiectum iuridicum». ⁴⁸ La critica al progetto non si limitava però all'aspetto nominale, affrontava soprattutto la questione sostanziale (*problemata substantiae*). L'Autore esprimeva severe riserve sulla distinzione e, a maggior ragione, sull'esclusione dalla categoria legale (persona giuridica) delle persone morali ed esprimeva sentiti timori sul fatto che l'intenzionale limitazione dell'ambito della personalità al riconoscimento ordinamentale rispondesse ad un'impostazione velatamente positivista («*conceptionem tendentialiter*

⁴⁶ L'ente collettivo non è una persona ma un insieme di persone. La formulazione del can. 115 § 1 svela l'effettiva consistenza dell'ente: persona è sempre e soltanto l'individuo componente l'aggregazione.

⁴⁷ È abbastanza espressiva di quest'impostazione la definizione del Michiels di *entia idealia seu rationis, cum fundamento in re* (*Principia generalia de personis in Ecclesia*, Parisiis-Tornaci-Romae 1955, pp. 549-564). Anche Tocanel aderisce a quest'ordine di idee: «La teoria dell'astrazione sembra più conforme alla tesi fondamentale della filosofia cristiana circa la formazione dei concetti universali, che non sono enti fittizi, ma vengono estratti dalle cose reali» (*Persona giuridica collegiale...*, p. 167). Ci sembra però improprio individuare un autonomo soggetto ontologico della personalità giuridica come fanno questi autori.

⁴⁸ COCCOPALMERIO, *De persona iuridica...*, pp. 388-389 (il riferimento infratestuale riporta la formulazione del can. 87 del CIC 17).

positivisticam»).⁴⁹ La nozione di persona giuridica veniva insomma ritenuta inadeguata tanto per l'effettiva valenza classificatoria quanto per la strutturazione del disposto, invocando soprattutto il rispetto del diritto di associazione dei fedeli auspicato dal Concilio.

Cocopalmerio rilevava già in fase redazionale una certa incongruenza tra la *ratio* e l'ispirazione della riforma legislativa e il contenuto della regolamentazione. Le obiezioni però, come ricordato, non mutarono troppo l'impianto del provvedimento. In merito all'analisi succintamente riportata spicca la sensibilità per la promozione del fenomeno associativo e la lucida individuazione del possibile contrasto tra idealità e prassi nella previsione del sistema canonico;⁵⁰ non convince invece l'opzione a suo tempo proposta (usare la qualifica normativa di persone morali o non-fisiche) e soprattutto una concezione non avulsa dalla teoria della soggettività. Il noto canonista non esce troppo dalla logica dell'attribuzione *ex auctoritate* della personalità («*agnitio Ecclesiae exigitur*»). Risulta ricercata e un po' formale la distinzione tra esistenza ed efficacia della titolarità giuridica.⁵¹ L'analisi non sembra ad esempio minare i presupposti della formulazione del can. 87 allora vigente.⁵² Lo svolgimento dell'argomentazione dimostra peraltro quanto all'epoca la convinzione della necessità del controllo sociale e l'irrinunciabilità del ricorso al modello antropomorfo per l'imputazione unitaria delle relazioni giuridiche fosse radicato anche nelle menti più aperte.

La *nozione di persona* ci pare invero *intrinsecamente inadeguata* ad indicare un insieme organizzato di individui. La concezione di Boezio (*individua substantia rationalis naturae*), ben nota ai pensatori medievali, suppone appunto il riferimento singolare e sostanziale del concetto. La specifica acquisizione semantica dell'espressione coincide in larga parte con l'approfondimento teologico.⁵³ La penetrazione faticosamente raggiunta comunque illumina

⁴⁹ *Ibid.*, p. 399.

⁵⁰ L'accentramento e l'autoritarismo disciplinare contrasterebbero con la liberalità e il pluralismo a livello teorico. Lo Castro, commentando i presupposti teorici della codificazione precedente, non del tutto mutati nell'impianto vigente, rilevava una certa incongruenza dottrinale: «Fu pertanto difesa, ad un tempo, una concezione autoritaria e accentratrice dell'ordinamento ecclesiale, che subordinava al volere dell'autorità l'esistenza delle persone giuridiche e l'intero fenomeno della soggettività giuridica, e una visione pluralistica e liberale dell'organizzazione statale, per favorire l'esplicazione della *libertas Ecclesiae* nella specifica materia» (*Persona giuridica nel diritto canonico*, p. 421).

⁵¹ Si introduce un indebito stacco tra il piano ontologico e quello deontologico.

⁵² «Baptismate homo constituitur in Ecclesia Christi persona cum omnibus christianorum iuribus et officiis, nisi, ad iura quod attinet, obstat obex, ecclesiasticae communionis vinculum impediens, vel lata ab Ecclesia censura».

⁵³ Cfr. G. MASPERO, *Uno perché Trino. Breve introduzione al trattato su Dio*, Siena 2011, pp. 88-100.

pure la portata della dignità umana.⁵⁴ L'immagine divina presente nella creatura è indissociabile dunque dall'eccellenza di essere e dalla titolarità essenziale di diritti.⁵⁵ Nonostante l'etimologia del termine,⁵⁶ la personalità non può essere una maschera o uno schermo per interpretare o conformare la realtà, implica il riconoscimento della dignità dell'essere intelligente. Il *nomen iuris* allora non è che l'espressione di uno stato ontologico del soggetto non estrapolabile o fruibile da parte del legislatore. La supposizione della *persona ficta* intendeva appunto stabilire un parallelismo disciplinare ma non individuare e, ancor meno, creare un'effettiva omogeneità sostanziale. La nozione classica di *universitas personarum* d'altronde disgiunge espressamente i singoli componenti dalla considerazione della totalità dei rappresentati.⁵⁷ La dottrina moderna della personalità si fonda sull'inversione tra rilevanza giuridica e consistenza metafisica.⁵⁸ Il supporto della supposta 'teoria realista' della persona giuridica risiede nella *confusione tra il piano logico o deontologico e quello ontologico*.

Orbene a noi pare che in ambito umano il termine persona sia univoco e non ambiguo: significa unicamente la partecipazione dell'atto di essere nella creatura razionale. La *presunta giuridificazione* del concetto è insidiosa e perniciosa perché introduce una *dissociazione tra essere e dover essere*. L'equiparazione formale tra realtà diverse falsa insomma la determinazione dell'*ipsa res iusta*. La soggettività di diritti è implicita e intrinseca all'essere umano, ma la relazionalità giuridica non è in grado di forgiare una doverosità originaria e autosufficiente. La persona in pratica è sempre giuridica (*non datur persona nisi iuridica*), l'ente giuridico però non è necessariamente persona, anche se si fonda nondimeno sull'elemento personale.⁵⁹ L'applicazione metaforica (*persona ficta*) e, ancor più, quella reale (*subiectum ideale*⁶⁰) della personalità

⁵⁴ L'affermazione conciliare: «In realtà solamente nel mistero del Verbo incarnato trova vera luce il mistero dell'uomo. (...) Cristo ... svela anche pienamente l'uomo a se stesso e gli manifesta la sua altissima vocazione» (GS 22) ha più pregnanza di quanto sembri. Non a caso al di fuori dell'ambito cristiano si stenta a trovare un riconoscimento pieno della personalità umana.

⁵⁵ A proposito dell'estensione della dignità cfr. J. HERVADA, *La dignidad y la libertad de los hijos de Dios*, in ID., *Vetera et nova. Cuestiones de derecho Caónico y afines (1958-2004)*, Pamplona 2005, pp. 747-752.

⁵⁶ Cfr. http://it.wikipedia.org/wiki/Persona_%28filosofia%29#Etimologia.

⁵⁷ Le persone rappresentano solo la specificazione della natura o logica dell'insieme. La somma o la sintesi degli interessi delle persone coinvolte comunque non dà luogo a una persona diversa e distinta. Le persone procreano altri esseri umani e costituiscono società o associazioni, ma non creano certo improbabili tecno-persone.

⁵⁸ Lo statuto ontologico della persona è fonte di giuridicità e non viceversa.

⁵⁹ La persona nella sfera sociale ha sempre rilievo giuridico, ma il giuridico non implica l'attribuzione di una consistenza irrealistica.

⁶⁰ Cfr. F.X. WERNZ - P. VIDAL, *Ius canonicum*, II, Romae 1943, pp. 29-44. A nostro giudizio, come vedremo tra poco, sarebbe meglio parlare di teoria idealista piuttosto che realista.

tradiscono in definitiva uno stravolgimento dell'ordine giuridico, il presupposto diviene conseguenza della formalità scientifica coltivata.

4. 2. *L'equivocità della concezione volontaristica della giuridicità*

Il dato più critico relativo alla concettualizzazione della persona giuridica riguarda comunque l'accezione di giuridicità assunta: non preoccupa tanto l'infelice o equivoca dizione quanto l'*ideologia sottostante alla costruzione* (soprattutto in ambito civilistico). La scienza canonica, in modo particolare a cavallo tra ottocento e novecento, ha cercato di giustificare e difendere la rispondenza e validità delle proprie categorie, senza però discostarsi troppo dai presupposti della *teoria generale secolare*. Sembra quasi paradossale che la dottrina maggioritaria venga conosciuta come tesi della realtà o della verità metafisica della personalità quando contrasta con i più elementari principi del realismo metafisico. Il supposto realismo ci pare invero un *idealismo mascherato*: l'idea o il pensiero infatti conforma e modula la realtà. La logica formale scolastica (la distinzione tra *entia realia* e *rationalia*) non basta insomma a individuare la consistenza dell'ente.⁶¹ La debolezza dell'argomentazione emerge soprattutto quando attraverso l'adozione della categoria della personalità morale si intendono disgiungere i fenomeni sostanziali "naturali" dalle realtà formali "positive".⁶² Si palesa allora l'accentuazione convenzionale e autoritativa del centro di imputazione.

Il limite principale consiste nel fatto che la giuridicità immanentistica ha la pretesa di assorbire l'essenza del fenomeno (identificando soggettività e personalità). Nell'accentuazione politico-economica moderna la *persona civilis* è diventato quasi prototipo e modello di umanità, la cultura in pratica finisce col soppiantare il dato naturale. La soggettività di diritto viene ricondotta così alla capacità di volere e di disporre. Lo spiccato *volontarismo* del sistema mercantilistico esalta al contempo l'individualismo e il centralismo statale. La volontà del singolo diviene espressione di libertà e di potere nella sfera sociale.⁶³ L'accentramento pubblicistico induce peraltro a selezionare e vagliare gli interessi collettivi: decisiva è la conformità con il modello e la procedura stabiliti. La formalità e legittimità dell'ente prevale sulla natura e sull'autonomia del supposto. L'*universitas* non è più il riconoscimen-

⁶¹ In *rerum natura* esistono le persone associate e le attività collettive ma non un soggetto astratto e artificiale.

⁶² La *mens* dei codificatori risulta abbastanza chiara dal motivo dell'originaria esclusione dell'attuale can. 113 § 1: «Haec Ecclesiae, sicut et Societatis civilis, personalitas proprie iuridica non est, cum sibismetipsis concedere non valent qualitatem quam ipsa haec concessio supponit» («Communicationes», 9 [1977], p. 240), cfr. anche GAUTHIER, *Le persone giuridiche...*, pp. 108-114.

⁶³ La concezione illuministica riportò in auge la teoria della *persona ficta* ma su altre basi (cfr. BIROCCHI, *Persona giuridica...*, pp. 419-420).

to dell'unitarietà di un complesso di relazioni, diviene l'attribuzione di una specifica qualifica esteriore e astratta.⁶⁴ Il complesso, così come la singola persona, sarebbe insomma giuridico nella misura in cui risponde ai requisiti fissati dal legislatore.

L'ambito canonico, come ripetutamente ricordato, non è rimasto insensibile a questo scivolamento dalla persona, al soggetto, alla capacità riflessa nella prospettiva ordinamentale secolare. Il ruolo dell'autorità nella *mens* del Codificatore diviene non a caso caratterizzante nella conformazione dell'istituto. Il riduzionismo intervenuto è abbastanza evidente nella stessa motivazione proposta dai redattori del nuovo codice: «In priore Codice, a. 1917, vocabantur personae morale. Rectius autem vocantur personae iuridicae, quia revera in ordine iuridico positivo Ecclesiae uti subiecta obligationum et iurium canonicorum constituuntur».⁶⁵ Il riferimento all'ordine giuridico-positivo e l'attribuzione autoritativa di soggettività paiono dunque elementi integranti la figura normativa. Ci siamo già soffermati sui rischi e le insufficienze impliciti nell'equiparazione della personalità alla soggettività, conviene esaminare brevemente anche l'aspetto autoritativo. La pretesa creazione o costituzione delle persone tradisce una visione manipolativa e tecnocratica del dover essere. Coccopalmerio già rilevava che la creazione del diritto da parte della società anziché delle persone denota un approccio larvatamente positivistico e attribuiva una funzione dichiarativa e non costitutivo all'*agnitio Ecclesiae*. Al di là dell'eccessiva rilevanza data dall'Autore all'approvazione *ab auctoritate*, ci pare che l'idea stessa di *creatio iuris* denoti una visione antropocentrica e funzionalistica del fenomeno sociale.⁶⁶ La capacità di creare soggettività cui si rapporterebbe il diritto di associazione è il tipico portato della concezione razionalistica, ove lo schema legale è frutto della costruzione intellettuale. Sta di fatto che in buona parte della dottrina e dei commentatori l'atto previo dell'autorità è assunto come elemento *sine qua non* della legittimità dell'ente collettivo nella Chiesa. La concezione concessiva e abilitativa da parte della gerarchia dell'agire in comune menoma l'originarietà e pregnanza della *condicio communionis et libertatis* dei fedeli.⁶⁷ Il conferimento di personalità diviene così lo strumento attuativo o direttivo della volontà del superiore. È inutile rilevare che ogni indebita

⁶⁴ Lo Castro parla insistentemente di una capacità generale, astratta, assoluta, preventiva ad indicare il processo di astrazione concettuale intervenuto (*Il soggetto e i suoi diritti...*, pp. 159-171).

⁶⁵ «Communicationes», 9 (1977), p. 240.

⁶⁶ In questo senso non ci pare rispondente l'aforisma '*personae creant personam*' riportato da Coccopalmerio (*De persona iuridica...*, p. 395) con cui si giustifica il diritto di associazione. In una visione profondamente giusrealista C.J. Errázuriz M., riferendosi all'aspetto dinamico, parla più propriamente di configurazione del fenomeno giuridico (*Il diritto e la giustizia nella Chiesa. Per una teoria fondamentale del diritto canonico*, Milano 2000, pp. 213-240).

⁶⁷ Cfr. J. HERVADA, *Diritto costituzionale canonico*, Milano 1989, pp. 110-131.

accentuazione dell'aspetto volontaristico conduce ad una deriva di tipo soggettivistico.

La *teoria della persona giuridica* a ben vedere recepisce la deviazione del soggetto dal suo orizzonte ontologico e della giuridicità dall'oggettività e naturalità del presupposto.⁶⁸

5. LA SPECIFICITÀ DEGLI ENTI TRANSPERSONALI «IN ECCLESIA»

Al di là della fallacia e insidiosità appena rilevata, il concetto di persona giuridica è *poco espressivo e qualificante*. L'emulazione della speculazione giuridica secolare non conduce certo ad un'adeguata penetrazione del *mysterium Ecclesiae*, porta all'appiattimento e all'uniformazione logica del modello. La dottrina più sagace ha rilevato almeno un paio di limiti evidenti nella ricezione codiciale della teorizzazione civilistica: un *cedimento alla logica patrimonialistica secolare* e la *sminuente equiparazione normativa* delle diverse realtà canoniche.

L'elaborazione storica della persona giuridica, come abbiamo già accennato, risponde principalmente alle crescenti esigenze commerciali e integra la capacità patrimoniale sopraindividuale. Lo stato di diritto liberale, che è stato il terreno di coltura della teoria degli enti morali, era impostato appunto sull'aver e sulla proprietà. Il maggiore, se non unico, ambito di effettiva incidenza della nozione nel sistema ecclesiastico è proprio quello patrimoniale.⁶⁹ Senza sminuire l'importanza dei beni temporali nella missione della Chiesa, la "patrimonializzazione" dell'apparato normativo costituisce un deprecabile impoverimento della natura e della valenza dello *ius canonicum*.⁷⁰ L'adozione o sussunzione di una categoria implicitamente economicistica non aiuta quindi a chiarire le peculiarità della giuridicità ecclesiale. Errázuriz parla appunto di «*essenziale connessione tra personalità giuridica e questioni patrimoniali*»⁷¹ e riserva esplicitamente e programmaticamente ogni relativa considerazione all'ambito patrimoniale piuttosto che ai soggetti ecclesiali di diritto.⁷²

⁶⁸ Nel diritto nella Chiesa si dovrebbe a rigore parlare di un presupposto soprannaturale che però non nega o contraddice quello naturale.

⁶⁹ P. Lombardía ha ben illustrato la prevalenza, se non l'esclusività, della funzione patrimonialistica della figura (*Persona jurídica pública y privada en el ordenamiento canónico*, «Apolinaris», 93 [1990], pp. 144-147), anche A. M. Punzi Nicolò rileva la spiccata valenza patrimoniale dell'istituto (*Persone giuridiche. II. Diritto canonico*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, xxvi, Roma 1991, p. 2).

⁷⁰ È stata aspramente e giustamente criticata in dottrina la scelta del CIC del 1917 di ricomprendere nel Lib. III. *De rebus*, accanto ai beni temporali, il culto e il magistero. La giustizia nella Chiesa si riferisce principalmente alla dimensione giuridica dei beni salvifici.

⁷¹ Cfr. *Corso fondamentale...*, p. 362.

⁷² «Tuttavia, a nostro parere non si può estendere tale tecnica all'insieme dell'attività istitu-

L'applicazione di una tecnica classificatoria formale e astratta conduce anche all'*incongruente accostamento e livellamento delle disparate fattispecie* ricomprese nell'unica specie. La personalità giuridica è una nozione sintetica e complessiva, ma proprio perciò omologante e semplificante. L'unico conclamato risultato pratico della qualifica (l'autonomia patrimoniale del soggetto) non riesce minimamente ad esprimere il principio di aggregazione dell'insieme. La portata riduttiva dell'accezione è allora sminuente della varietà dei soggetti ecclesiali e assimila in maniera improbabile e poco convincente enti necessari e primari ed enti volontari ed eventuali.⁷³ L'applicazione dell'espressione alla Chiesa nel suo complesso non solo ha ingenerato critiche e manifestato evidenti limiti,⁷⁴ ma si presenta molto incerta e problematica da un punto di vista costituzionale.⁷⁵

La spiccata valenza pubblicistica e comunitaria del popolo di Dio dà particolare rilievo ai fenomeni aggregativi,⁷⁶ basti solo pensare all'influenza della *communio ecclesiarum* nel *mysterium Ecclesiae*.⁷⁷ La specificità e singolarità della *ratio* dei diversi corpi sociali è motivo di dubbia riconducibilità o riferibilità ad un modello unitario. La mutua immanenza tra universale e particolare;⁷⁸ la necessaria incorporazione organica del fedele in una circoscrizione ecclesiastica e l'appartenenza a raggruppamenti di circoscrizioni; l'iniziativa pubblica e privata, complementare e sussidiaria, gerarchica e carismatica, ecc. che sono iscritte nel disegno divino e nella liberalità della *lex gratiae* poco tollerano inquadramenti formali limitanti e restrittivi.⁷⁹ Il pluri-centrismo autonomistico ed esperienziale tradizionale sembra più rispondente e confacente del monismo regolamentare attuale. In tale chiave ci sembra più rispondente non incasellare i soggetti collettivi in uno schema legale predefinito ma cercare di cogliere la fisionomia propria di ciascuno, facendo ricorso ove del caso e nella misura dell'effettiva utilità all'autonomia patrimoniale.

zionale (e anche associativa) della Chiesa, esigendo la personalità canonica per atti che nulla hanno a che fare con l'essere o meno un soggetto autonomo dal punto di vista patrimoniale. Di conseguenza, ci pare preferibile spostare la trattazione sulle persone giuridiche, pubbliche e private, all'ambito dei beni patrimoniali della Chiesa» (*ibid.*, p. 362).

⁷³ «Il secondo negativo corollario della criticata concezione della personalità consiste nell'indebita equiparazione, quanto alla funzione 'ordinatrice' dell'ordinamento da loro svolta, nell'unico concetto di persona-soggetto di diritto, della Chiesa, delle persone fisiche e di tutti gli altri centri di imputazione di effetti giuridici diversi dagli individui singoli» (Lo CASTRO, *Il soggetto e i suoi diritti...*, p. 164). ⁷⁴ Cfr. *supra* § 3.

⁷⁵ Cfr. HERVADA, *Diritto costituzionale canonico*, pp. 50-56.

⁷⁶ Cfr. *supra* nt. 42. Nell'ordinamento ecclesiale vi è indubbiamente una prevalenza dell'elemento sociale rispetto a quello individuale.

⁷⁷ Cfr. CONGREGAZIONE PER LA DOTTRINA DELLA FEDE, lett. *Communio notio*, 22.v.1992, nn. 8-9, «AAS», 85 (1993) pp. 842-844.

⁷⁸ Cfr. *ibid.*, nn. 9 e 14, pp. 843-844, 846-847.

⁷⁹ Nella Chiesa occorre sottolineare anche il possibile cumulo di potestà e di giurisdizioni.

Da un punto di vista ermeneutico nella generica categoria degli *enti transpersonali* (che trascendono cioè i singoli individui) sembra fondamentale distinguere le *realtà gerarchiche* da quelle *associative*.⁸⁰ Mentre l'autonomia del fedele non può che costituire entità associative, l'istituzionalità della Chiesa dà luogo a comunità gerarchiche e organi collegiali.⁸¹ Da un altro punto di vista, Lombardía riconduceva le collettività organizzate di persone alla costituzione divina della Chiesa, al diritto di associazione e all'organizzazione giuridica umana.⁸² Particolarmente acuta si rivela anche la distinzione tra enti necessari e fondamentali: la diversa stringenza non incide sull'irrinunciabilità della facoltà di agire collettivamente.⁸³ Sta di fatto che la configurazione di svariati centri d'imputazione di relazioni giuridiche *in Ecclesia* non solo è piuttosto articolata e complessa ma è connessa agli stessi principi costituzionali di uguaglianza, varietà e istituzionalità nella strutturazione e organizzazione del popolo di Dio.⁸⁴ La socialità sovraperonale oltretutto non interessa tanto il profilo giusprivatistico quanto l'assetto generale della comunità salvifica. L'insufficienza della categoria civilistica e patrimonialistica della persona giuridica deriva dall'esigenza di non compromettere con pretese omologanti e semplificanti l'originalità e atipicità del *mysterium Ecclesiae sub specie iuris*.

6. DALLA QUESTIONE NOMINALE A QUELLA SOSTANZIALE

L'analisi compiuta non ha condotto ad una nozione alternativa o suppletiva. Al di là della generica espressione di enti transpersonali o sovrapersonali (gerarchici o meno), si stenta a trovare una dizione chiara ed univoca: «*La soggettività canonica, sia legata alla Chiesa come istituzione che dipendente dall'autonomia dei fedeli, emana dalla stessa realtà della Chiesa come istituzione e da quell'autonomia intraecclesiale dei fedeli, senza necessità di ulteriori qualifiche formali*». ⁸⁵ La sensazione di una certa provvisorietà e insoddisfazione defi-

⁸⁰ La specificazione delle *universitates* ha inteso superare la problematica distinzione tra corporazioni e istituzioni. Interessanti sono i rilievi di A. M. Punzi Nicolò a proposito degli enti di struttura e degli enti di libertà (*Gli enti nell'ordinamento canonico. 1. Gli enti di struttura*, Padova 1983; *Libertà e autonomia negli enti della Chiesa*, Torino 1999). È significativa tra l'altro l'intitolazione di un paragrafo del primo volume citato: «La visione monistica del fenomeno degli enti ecclesiastici e i suoi limiti. Le classificazioni più frequenti in dottrina e la loro scarsa costruttività» (pp. 113-121).

⁸¹ Cfr. ERRÁZURIZ, *Corso fondamentale...*, pp. 291-296.

⁸² Cfr. LOMBARDÍA, *Persona jurídica en sentido lato...*, pp. 141-142.

⁸³ «Junto a estos entes, que podríamos calificar de necesarios, habría otros que sólo pueden ser considerados fundamentales en cuanto posibilidades, ya que lo fundamental no es la existencia de los entes en cuanto tales, sino el derecho de constituirlos: ejemplo típico son las asociaciones, ya que la necesidad de su tutela se deriva del derecho personal de asociación, fundado según el Vaticano II, en el mismo Derecho natural» (*ibid.*, 138).

⁸⁴ Cfr. HERVADA, *Diritto costituzionale canonico*, pp. 34-40.

⁸⁵ ERRÁZURIZ, *Corso fondamentale...*, p. 362 (il corsivo è dell'A.).

nitoria è in realtà lo scontato esito dell'abbandono di una logica teoretico-formale dogmatica. Non pare si possa costruire una sistemazione degli enti canonici generale e uniformante, si ricadrebbe altrimenti nella moderna teoria della soggettività. La tradizione canonica insegna peraltro che l'enucleazione della spettanza non è stata il frutto di un'operazione astratta ma di un approccio pragmatico e aperto.⁸⁶ La riappropriazione dei contenuti e del metodo dell'impostazione sapienziale classica induce a considerare le *universitates* come una imputazione unitaria di atti e di rapporti.⁸⁷ L'elaborazione della persona giuridica invece, soprattutto nell'accezione accentratrice, ha molto a che vedere con la "creazione del soggetto di diritto" come chiusura di un circolo ermeneutico latamente positivistico.⁸⁸

Già all'epoca, Lombardía distingueva opportunamente la *quaestio substantialis*, la *quaestio technica* e la *quaestio systematica* nell'approccio al tema.⁸⁹ Centrale e decisiva appare dunque la difesa della natura e della libertà dell'azione dei soggetti comunitari. Occorre però chiarire che le nozioni giuridiche adottate e la sistematica seguita non sono puramente funzionali e convenzionali, hanno un non trascurabile ruolo euristico e interpretativo.⁹⁰ La legislazione e la sua gestazione infatti registra ed enfatizza il paradigma scientifico di riferimento. L'ampia discussione in merito alle persone giuridiche evidenzia le incertezze progettuali del quadro normativo e il profondo influsso della mentalità secolare. In questa linea non risulta pienamente soddisfacente e rassicurante considerare l'opzione codiciale come un mero espediente tecnico e circoscriverne la rilevanza alla qualifica formale.⁹¹ Nella scelta normativa sono presenti indirizzi di politica legislativa che condizionano l'ermeneutica del dato: il modello canonico del conferimento di personalità, ancorché abbia cercato di recepire le istanze conciliari, è ancora fortemente legato all'ottica gerarcologica e accentratrice precedente. Nell'uso di concetti e denominazioni impropri resta dunque in ombra la portata educativa e formativa della disciplina ecclesiale. Preme sottolineare che il riconoscimento di

⁸⁶ La problematica applicazione della qualifica tradizionale di 'collegium' alle diocesi e alle parrocchie, sottolineata da Onclin (cfr. GAUTHIER, *Le persone giuridiche...*, pp. 114-115), motivò l'individuazione normativa del genere *universitas personarum*.

⁸⁷ Lo Castro addita come soluzione ermeneutica il passaggio «dalla teoria del soggetto alla teoria dell'atto», considerando l'unitaria regolazione degli atti e delle relazioni più dell'astratta costituzione di un soggetto (*Persona giuridica...*, pp. 420-422; nella stessa linea *Il soggetto e i suoi diritti...*, pp. 65-171).

⁸⁸ L'impostazione deduttiva del diritto soggettivo richiederebbe appunto la predeterminazione di un soggetto e un oggetto per la completezza formale del modello.

⁸⁹ Cfr. LOMBARDÍA, *Persona jurídica en sentido lato...*, pp. 161-162.

⁹⁰ «Deinde, quaestio technica, scilicet: de notionibus illis iuridicis, ad instar instrumentorum technicorum, quae adhibendae sunt ad tuitionem naturae et libertatis talium entium» (*ibid.*).

⁹¹ Cfr. LOMBARDÍA, *Lezioni...*, pp. 182-193; NAVARRO, *Persone e soggetti...*, pp. 12-13.

soggettività non è una forma o una figura, ma una spettanza e appartenenza della *communio fidelium*. Un'ottica autenticamente realista porta appunto a valutare e promuovere il bene solidale e a non confondere il sostrato reale (l'insieme organizzato di persone) con l'idea e l'astrazione legale.

In questa sede non abbiamo affrontato problematiche specifiche della soggettività collettiva canonica (basti pensare agli enti esponenziali di interessi diffusi, ai soggetti senza personalità o alla responsabilità nell'organizzazione ecclesiastica), ma solo l'*ambiguità del concetto di personalità giuridica*. Le perplessità in merito alla denominazione peraltro non si riducono solo ad una contestazione di carattere nominalistico o terminologico ma coinvolgono le premesse e il contenuto della nozione. La parabola compiuta dall'istituto d'altronde ci pare indicativa e rivelatrice dell'evoluzione registrata nel pensiero giuridico moderno. La miglior ricostruzione dei fenomeni comunitari nella Chiesa può risultare dunque un concorso stimolante e provocatorio della *razionalità canonica* all'intera scienza giuridica contro il positivismo, il tecnicismo e l'astrattismo diffusi.⁹²

Il *problema di fondo* è eminentemente *culturale*. Il tema delle persone giuridiche mette a nudo un punto cruciale dell'apporto canonico al dibattito giuridico contemporaneo. L'ottica costitutiva e concessiva della personalità è una forte remora all'affermazione dei presupposti del realismo giuridico. Se nel fronte secolare l'insufficiente percezione della soggettività umana mette a repentaglio il fondamento di tutto il sistema giuridico,⁹³ nell'ambito ecclesiale l'attribuzione di personalità minaccia solo la coerenza e rispondenza dell'apparato. Ciò non di meno, specie in una prospettiva dialogica, comparativistica ed esemplare,⁹⁴ sembra quantomai opportuno superare restrizioni mentali e schemi inadeguati. La pretesa esclusività della personalità morale,⁹⁵ l'equivoca formulazione del can. 96, la stessa usuale dizione "soggetti senza personalità" tradiscono la dipendenza da una concezione erronea e fuorviante di personalità. Alla base della costruzione della persona giuridica c'è, come abbiamo accennato, la teoria del soggetto di diritto e la signoria

⁹² Lo Castro rileva un persistente accentuato tecnicismo e autoritarismo nella stessa impostazione canonica.

⁹³ La legalizzazione del crimine dell'aborto e tutte le manipolazioni sull'essere umano dimostrano la fragilità del presupposto dei sistemi secolari contemporanei (cfr. J. HERRANZ, *Il diritto dell'uomo alla vita*, in ID., *Giustizia e pastorale nella missione della Chiesa*, Milano 2011, pp. 35-70).

⁹⁴ «Ma il compito della Chiesa, e il merito storico di essa, di proclamare e difendere in ogni luogo e in ogni tempo i diritti fondamentali dell'uomo non la esime, anzi la obbliga ad essere davanti al mondo "speculum iustitiae". La Chiesa ha al riguardo una propria e specifica responsabilità» (GIOVANNI PAOLO II, *Discorso alla Rota Romana*, 17.II.1979, «AAS», 71 [1979], p. 423).

⁹⁵ «La Chiesa cattolica e la Sede Apostolica sono persone morali in forza della stessa disposizione divina» (can. 113 § 1).

del volere: individualistica prima, autoritaristica e ordinamentale dopo. La priorità del soggetto non è logica o deontologica ma ontologica e sostanziale. Fino a che la scienza canonica non si libererà dai vincoli del tecnicismo secolare e della costituzione autoritativa del fenomeno aggregativo difficilmente potrà contribuire efficacemente alla riscoperta della verità sull'uomo e sul diritto.

ACTIO E IUS:
L'EVOLUZIONE DEL CONCETTO DI AZIONE
NELL'ORDINAMENTO CANONICO
TRA IL CODICE DEL 1917 E IL CODICE DEL 1983

FABIANA FALCONE

ABSTRACT: Nel solco dell'evoluzione segnata dalla prima codificazione canonica e condizionata, per certi aspetti, dagli apporti e dalle tensioni della processualistica civile, emerge il progressivo configurarsi di un'idea di *actio*, non più identificata, ma pensata in funzione del diritto, quale domanda processuale rispondente a un'esigenza di giustizia metagiuridica, in ragione del fine salvifico proprio dell'ordinamento canonico (can. 1752).

PAROLE CHIAVE: Azione, diritto, processo, giustizia, tutela.

ABSTRACT: The essay shows the progressive emergence of a concept of *actio* conceived according to the right.

This procedural instrument is examined during the evolution characterized by the first codification of canon law and influenced by the debates of the civil trial doctrine.

In this perspective, the action responds to a demand for Justice in harmony with the goal of the souls salvation typical of the canonical order (c. 1752).

KEYWORDS: Action, Right, Process, Justice, Protection.

SOMMARIO: 1. L'*actio* come *ius*: cenni introduttivi. — 2. Linee di sviluppo del concetto di *actio* nel processo di codificazione del 1917: il canone 1667. 2.1. *Elaborazione della categoria di actio nel Votum Noval (1907) e nel Votum Many (1907)*. 2.2. *Il canone 1667 nella sistematica del Codex del 1917*. — 3. Il problema della natura dell'*actio* nel dibattito della scienza giuridica civile e canonica coeva al *Codex* del 1917. — 4. L'azione nel controverso rapporto concettuale tra *actio* e *ius*. — 5. La crisi della visione unitaria del diritto nella scienza giuridica secolare e suoi riflessi sulla concezione dell'*actio*. — 6. Il problema della tutela giuridica alla luce della dialettica pubblico e privato nell'ordinamento canonico. — 7. Trasformazione del concetto di azione verso una moderna visione del processo. Note conclusive.

1. L'ACTIO COME IUS: CENNI INTRODUTTIVI

IL problema del concetto di azione, che tuttora tiene acceso il dibattito della dottrina contemporanea, ha radici risalenti già al processo romano antico, sebbene fonti storiche testimonino l'uso del termine in epoche ancora più datate.

L'evoluzione che l'*actio* ha conosciuto nel corso degli sviluppi del processo romano (*legis actiones*, *cognitiones extra ordinem* e processo *per libellum*), offre elementi importanti all'interprete per orientarsi nel fitto panorama dottrinale che si è sviluppato intorno alla *vexata quaestio* della natura di questo strumento processuale.

È stato rilevato come già in età arcaica il termine *actio* si fosse affermato nella pratica processuale a denotare "l'atto con cui il soggetto faceva affermazione di diritto nei confronti dell'avversario e mirava ad ottenere immediata soddisfazione della lesione giuridica che assumeva di aver subito o, almeno, a promuovere un giudizio capace di rendere certo, e non più controvertibile, quanto affermato".¹

Dall'*actio* si distingueva l'*agere*, con cui si voleva indicare l'agire secondo determinate regole formali come compiere riti sacrificali, recitare in teatro o svolgere le proprie ragioni in giudizio. La differenziazione dei due termini, rese ancora più evidente come l'*actio*, originariamente, si concretizzasse nella recitazione di formule predisposte accompagnate da gesti rituali (come toccare l'oggetto della *vindicatio* con una festuca o mettere la mano sulla spalla dell'avversario).

Sebbene fosse indiscusso tra gli storici che il senso processuale fosse divenuto rapidamente, non tanto il più diffuso, quanto "il solo che avesse nel campo giuridico un sicuro valore tecnico",² l'*actio* da subito era venuta ad assumere una gamma di significati e di sfumature spesso difficilmente individuabili. Era *actio* sia l'insieme di atti concatenati l'uno all'altro con cui ciascuno mirava ad ottenere soddisfazione del diritto asserito, sia il mezzo di tutela, sia il procedimento complessivamente considerato. Inoltre, nella pratica processuale *actio* non indicava soltanto l'atto, o complesso di atti, consistente nella pronuncia di formulari, bensì anche il *modello* di quell'atto. In tal modo l'azione si affermò come strumento di cui gli interessati potevano servirsi per conseguire i risultati auspicati: per questo ciascun atto concreto doveva trovare corrispondenza in un modello prestabilito – che assunse forme e denominazioni diverse nelle successive tappe dell'evoluzione del processo romano – e, solo in quanto tale, acquistava il valore di mezzo di tutela offerto dall'ordinamento giuridico.

La previsione di formulari e rituali tipici per adire la via giudiziaria avrebbe posto ben presto il problema del *se* o *quando* un soggetto di diritto potesse avvalersene, determinando contestualmente l'affermarsi sulla scena processuale di un sistema che cominciava a percepire l'*agere* come *ius*. Eppure, per lungo tempo questa possibilità non venne coscientemente avvertita e solo

¹ Cfr. G. PUGLIESE, *Actio e contestatio litis*, in *Apollinaris*, 1979, p. 80 ss.; ID., *Azione (diritto romano)*, «Nuov.mo Dig. it.», 2 (1958), p. 24-29; R. ORESTANO, *Azione*, «Enc. Dir.», 4 (1959), p. 838 ss. e 82.

² G. PUGLIESE, *op. cit.*, p. 87; ID., *Azione*, *cit.*, p. 24 ss.

successivamente – come evidenziano alcuni autori – nel linguaggio dei giuristi più evoluti dell'età repubblicana apparvero locuzioni – come *actionem habere*, *actionem competere*, *actione teneri* – che lasciarono trasparire il configurarsi di un'idea di *actio* avvertita come *ius*.

Tuttavia, il rafforzarsi nella prassi giudiziaria di questo diverso significato, se rappresentava una presa di coscienza rispetto all'esistenza di un diritto a far valere le proprie ragioni, non corrispondeva ancora ad un concetto sufficientemente comprensivo di azione, di cui era sintomo anche il perdurare di tanti schemi quanti erano i *iura quaesita*.

L'im maturità del concetto emergeva altresì dalla circostanza, messa in luce da alcuni studiosi, per cui nel processo romano poteva essere titolare dell'*actio* solo chi avanzasse una domanda legittima, al punto che – è stato sostenuto – chi agiva, affermando diritti o situazioni di fatto riconosciute non sussistenti, si riteneva agisse illegittimamente, ciò lasciando presupporre una valutazione a priori nel merito.³

Questa interpretazione avrebbe portato più tardi, nelle rielaborazioni della dottrina tedesca (XVII sec.), a individuare nell'*actio* l'equivalente romano di "pretesa"⁴ (*Anspruch*), inteso come "il diritto di chiedere l'eliminazione della violazione di un diritto primario".⁵ In realtà, alcuni autori hanno evidenziato che il Windscheid avesse riscontrato nell'*Anspruch* una figura originariamente distinta sia dal diritto sottostante (che ne sarebbe solo il fondamento) sia dall'*actio* (condizionata alla mancata realizzazione dell'*Anspruch*).⁶

Di fatto però, proprio l'indefinitezza di quel concetto avrebbe portato la dottrina successiva a rielaborare la categoria fino ad affermarne la coincidenza con l'*actio* e di questa con il diritto soggettivo, con le intuibili ripercussioni non solo sul piano dogmatico, ma anche sul piano pratico, allorché si tentò di applicare tale figura al sistema di diritto romano. L'esperimento portò a risultati controversi: alcuni autori identificarono l'*actio* con l'*Anspruch* (Wlaskak, Rabel e Wenger); altri ammisero l'esistenza di un collegamento – ma non di una coincidenza – tra azione e pretesa (Bekker, Betti, Mitteis); altri ancora negarono all'*Anspruch* una propria autonomia concettuale, perché

³ G. PUGLIESE, *op. cit.*, p. 26-27 e 179-185.

⁴ Rispetto alla traduzione del termine *Anspruch*, secondo l'accezione "potere di pretendere", cfr. G. PUGLIESE, *op. ult. cit.*, p. 249-255.

⁵ Sebbene la paternità del concetto di *Anspruch* venga generalmente attribuita al Windscheid, già per Savigny questa pretesa in potenza – ovvero prima dell'iniziativa del soggetto leso – sarebbe esistita solo come semplice possibilità, germe di un'obbligazione vera e perfetta, ma convertibile in autentica obbligazione solo all'atto di iniziativa: F. C. SAVIGNY, *Sistema del diritto romano attuale*, (trad. it. a cura di V. SCIALOJA), Torino, 1892, p. 5 ss.

⁶ B. WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette* (trad. it. a cura di C. FADDA e P. E. BENSÀ), Torino, 1902, p. 191-197; ID., *Polemica intorno all'actio*, Firenze, 1954, in part. Cap. II.

non chiaramente riscontrabile nel sistema diritto romano, nel cui ambito, pertanto, l'applicazione poteva ritenersi solo supposta.⁷

In linea con quest'ultimo orientamento, una parte degli storici rigettò l'interpretazione che vedeva coincidenti nel diritto romano *actio*, pretesa e diritto soggettivo, sulla base della convinzione che la stessa connessione fra *actio* – come schema di atto – e *actio* – come *ius* – stesse a dimostrare come nel processo romano l'*actio* fosse intesa in termini di *agere posse*, ovvero quale concreta possibilità di agire.

In questa direzione si giunse a ritenere che l'*actio* romana non poteva essere considerata come l'equivalente del diritto soggettivo, poiché “stava al posto del diritto soggettivo”⁸ e, come tale, non rappresentava né un diritto o potere verso il magistrato, né la semplice liceità di compiere un atto processuale. Al contrario, significava fattiva possibilità di far valere un diritto attraverso il processo – sia pure con i limiti imposti dalla tipicità delle *actiones* –, possibilità che si concretizzava nella titolarità a promuovere l'iniziativa processuale per ottenere una pronuncia atta a soddisfare il proprio interesse verso l'avversario, potere a cui faceva riscontro la soggezione dell'avversario soccombente (*actione teneri*).

È proprio in quest'ultima accezione, assunta dall'*actio* romana, che può essere rintracciata la matrice da cui si svilupperà, nel solco dell'evoluzione segnata dalla prima codificazione canonica e condizionata, per certi aspetti, dagli apporti e dalle tensioni della processualistica civile, un moderno significato di *actio* canonica, che porterà a elaborare, nel sistema del 1983, un concetto di azione pensato, e regolamentato, in termini di *strumento* di tutela, che non più si identifica, ma costituisce esso stesso un *diritto*.

In questo orizzonte interpretativo il tentativo è quello di ricercare e delineare quei tratti caratterizzanti, prodotto degli sviluppi sincronici della scienza giuridica canonica e civile, che hanno contribuito a maturare l'idea dell'*azione* in funzione di *diritto*, nella più generale opera di revisione che ha interessato l'impianto normativo ad essa sotteso, portando, sotto il profilo giudiziale, alla predisposizione di tutto un apparato di garanzie volto a rendere effettiva la tutela giuridica che l'ordinamento canonico riconosce ai soggetti che vivono e operano al suo interno. Ciò sul presupposto, comune, al diritto secolare come al diritto canonico, per cui l'attuazione del diritto, a cui l'*azione* è preordinata e che si realizza attraverso il processo, è puramente strumentale a guidare un determinato gruppo sociale verso il perseguimento del fine proprio da esso stesso individuato come tale, fine che nell'ordinamento

⁷ Su questa posizione radicale si pone G. PUGLIESE, *op. ult. cit.*, p. 254 ss.; ivi, a p. 251 ss., le tesi degli autori richiamati nel testo.

⁸ G. PUGLIESE, *Azione*, cit., p. 28 ss.; cfr. anche J. OCHOA, *Actio e contestatio litis nel processo canonico*, «Apollinaris», 1979, p. 106-109.

canonico, non si esaurisce nel giuridico ma si completa di una valenza metagiuridica.⁹

2. LINEE DI SVILUPPO DEL CONCETTO DI ACTIO
NEL PROCESSO DI CODIFICAZIONE DEL 1917: CANONE 1667

2. 1. *Elaborazione della categoria di actio nel Votum Noval (1907)
e nel Votum Many (1907)*

L'idea romana di *actio*, sintetizzata per i canonisti nel celebre brocardo di Celso, e le sue rielaborazioni ad opera dei primi glossatori,¹⁰ corroborate dall'influsso delle molteplici interpretazioni e applicazioni della dottrina civilista, concorsero al delinarsi nell'impianto del 1917 di una struttura *sui generis* dell'azione – in quanto improntata all'espletamento del fine istituzionale della Chiesa (la *salus animarum*) – e formalizzata nel dettato del canone 1667 – “*quodlibet ius non solum actionem munitur, nisi aliud expresse cautum sit, sed etiam exceptione, quae semper competit et est suapte natura perpetua*”-, dove l'esercizio dell'azione trovava il suo corretto bilanciamento nel riconoscimento di un corrispondente diritto di eccezione.¹¹

Il processo, che condusse, nel corso dei lavori di codificazione del 1917, alla formulazione del canone 1667, fu il prodotto di un serrato dibattito tra i Consultori, rivolto all'individuazione dei caratteri e dei limiti dell'azione, il cui travaglio, di cui è indice la molteplicità dei *Vota* e degli *Schemata* predisposti, esprimeva la preoccupazione e la complessità dell'elaborazione di uno strumento che si mostrasse adeguato a garantire l'accesso alla giustizia nella Chiesa.

La rilevanza che l'azione venne ad acquisire, sin dall'inizio, all'interno del progetto del Libro “*De processibus*” del 1917 emerge dal principio contenuto nel canone 134 [137] del *Votum* di Noval, inserito in apertura del Titolo “*De iudiciis in genere*”, dove *actiones* ed *exceptiones*, ammesse dal diritto canonico, venivano considerate l’“*obiectum iudicii*”.¹²

La centralità dell'azione rispetto al giudizio – manifestata nel canone 134 –

⁹ J. HERVADA, *Fin y características del ordenamiento canónico*, «Ius canonicum», 1962, p. 42-43.

¹⁰ Cfr. J. OCHOA, *op. cit.*, pp. 108-109; G. OERSTERLE, *Actiones et causae “de statu personarum” in iure processuali C.J.C.*, «Apollinaris» 15 (1942), p. 39-51.

¹¹ Nei verbali della Commissione incaricata di redigere il CIC del 1917 viene riportato l'orientamento che intendeva attribuire all'eccezione un carattere più ampio del mero diritto di convenire in giudizio, sebbene ricondotto a casi isolati e non pacifici in dottrina, come la situazione, venuta all'attenzione dei Consultori, dello scomunicato che, pur avendo il diritto di agire, di fatto, non è nelle condizioni di poterlo esercitare. Cfr. i verbali della Consulta del 16 maggio 1907 riportati in J. LLOBELL – E. DE LEÓN- J. NAVARRETE, *Il libro “De processibus” nella codificazione del 1917. Studi e documenti*, Milano, 1999, pp. 986-987.

¹² Can. 134 [137] del Voto NOVAL del 1907, in J. LLOBELL, *op. cit.*, p. 403.

fu il perno del sistema proposto da Noval, il quale avvertì l'esigenza di tradurre in norma la preoccupazione che venisse munito di azione ogni diritto comunque inteso ("etiam nimius strictum, seu ex mera aequitate profluens"), salvo il caso di diritto controverso, valutabile di volta in volta davanti al foro ecclesiastico competente.¹³ Uguale garanzia questi proponeva rispetto all'esercizio dell'eccezione, concepita non solo come diritto di rispondere in giudizio ma anche come mezzo di difesa, quando si trattasse di diritto destituito dell'azione (can. 135 [138]), purché non fosse espressamente proibito.¹⁴

Il Voto di Many (1907) muoveva, invece, da un presupposto diverso – ricondotto dagli interpreti al Regolamento di Gregorio IX – che vedeva "quodlibet iudicium, in re contentiosa, munitur aliqua actione reali, aut personali, aut mixta".¹⁵ Il canone conteneva, in chiusura, una precisazione relativa alle cause criminali, che recepiva l'esigenza di alcuni Consultori di chiarire che anche il giudizio penale dovesse ritenersi fondato sull'*actio criminalis* (can. 40).

Dal confronto fra i testi proposti emergeva come diverso fosse il soggetto dell'azione per i due Consultori: il primo (Noval), intendeva "quodlibet ius" munito di azione; il secondo (Many), attribuiva a "quodlibet iudicium" la capacità di dar luogo ad un'azione.

È evidente come queste costruzioni celassero differenti concezioni dell'*actio* e del processo, l'una più legata all'aspetto sostanziale, l'altra al dato processuale.

Gli *Schemata* che ne scaturirono, se da un lato mostravano unità di vedute nel riferire l'azione a "quodlibet ius",¹⁶ dall'altro, ben rispecchiavano le incertezze emerse in sede di lavori in ordine a due specifiche problematiche: quella delle appropriate limitazioni da apporre all'esercizio dell'azione e quello dell'opportunità – da più parti contestata benché mantenuta fino allo Schema 3 (1908) – di una specifica regolamentazione dell'*actio* nell'ambito dei giudizi criminali.

¹³ Il can. 135[138] - Pars I, Tit. *De actionibus et exceptionibus* - del Voto NOVAL del 1907 recitava: "§1. Nisi aliter statutum sit, actione munitur quodlibet ius, etiam nimius strictum, seu ex mera aequitate profluens, quod controversum constituat causam ad forum Ecclesiae spectantem sive exclusive sive cumulative cum foro societatis civilis. §2 Et si aliquod ius actione destituatur, potest tamen defendi per modum exceptionis, quae non sit espresse prohibita": J. LLOBELL, *op. cit.*, p. 403.

¹⁴ Cfr. a proposito il canone 137 [140] del Voto NOVAL del 1907, che enumerava tassativamente i casi in cui il giudizio non poteva essere proposto né con azione né con eccezione. Cfr. J. LLOBELL, *op. cit.*, p. 403.

¹⁵ Can. 40 del Voto MANY del 1907 (riportato in J. LLOBELL, *op. cit.*, p. 419).

¹⁶ Cfr. can. 1 dello *Schemata* 1 del 1907, Tit. "De actionibus et exceptionibus", Voto DE LAI (in J. LLOBELL – E. DE LEÓN – J. NAVARRETE, *op. cit.*, p. 439).

Cfr. nei verbali della Consulta del 16 maggio 1907 la proposta di DE LAI di inserire come principio di apertura del canone quello secondo cui "ogni diritto dà l'azione", proposta accolta con consenso dai Consultori (in J. LLOBELL, *op. cit.*, pp. 986-987).

Lo *Schema* 1 del 1907 (can. 1) riconosceva la possibilità di agire a tutela di ogni diritto dovuto (“*vel exceptionem ad repellendam actionem*”),¹⁷ ma ponendo una condizione in negativo che ne consentiva l’esercizio solo quando non fosse espressamente proibito dai sacri canoni. Il principio, in linea con la posizione di Noval (“*nisi aliter statutum sit*”), si discostava dalla scelta di Many di non porre limitazioni all’esercizio dell’azione.¹⁸

Nei verbali della Commissione si legge una significativa diversità di vedute sugli Schemi proposti tra i Consultori, alcuni dei quali (Lega e Ojetti), rispetto al Voto di Noval, suggerivano di spostare *in incipit* il canone 135, così esprimendo l’esigenza di una maggior chiarezza di redazione e centralità del tema; altri (Ojetti), invece, contestavano al Voto di Many e di De Lai l’utilità della precisazione relativa all’*actio criminalis*, ritenendo il testo incompleto laddove non ne forniva una definizione esatta, inoltre sostenendo l’inopportunità di una regolamentazione specifica dei giudizi penali, sul presupposto che nelle cause criminali non si avrebbe un’*actio* in senso proprio.¹⁹

Particolarmente dibattuta restava, dunque, la disciplina dell’*actio criminalis*, che nello *Schema* 1 veniva attuata “*ad reum per canonica remedia coerendum*” (can. 1); nel Voto di Many veniva concepita come fondamento del giudizio criminale benché in funzione dell’emendazione del reo (can. 40),²⁰ mentre da Noval era ricompresa nella previsione generale (can. 135).²¹

¹⁷ Cfr. can. 1 dello *Schemata* 1 del 1907, Tit. “*De actionibus et exceptionibus*”, Voto DE LAI (in J. LLOBELL, *op. cit.*, p. 439).

¹⁸ Il can. 1 dello *Schema* 1, 1907 (*Votum C. DE LAI*), Pars I “*De iudiciis in genere*” riportato in J. LLOBELL, *op. cit.*, p. 439, prevedeva: “§ 1. *Quodlibet ius, nisi expresse a sacris canonibus prohibeatur, actionem iudicalem tribuit ad persequendum quod sibi debetur, vel exceptionem ad repellendam actionem.* § 2. *In criminalibus actiones sunt comparatae ad reum per canonica remedia coerendum*”.

¹⁹ Nei verbali della Consulta del 16 maggio 1907 si legge l’obiezione sollevata a Many da Ojetti, che propone di cancellare “tutto il canone, come appartenente al trattato dottrinario, non al codice, mancando pure il concetto dell’azione criminale che dovrebbe essere espressa”; cfr. J. LLOBELL, *op. cit.*, p. 986-987.

²⁰ Il can. 40 § 2 del Voto MANY, Tit. IV “*De actionibus et exceptionibus*” quanto all’*actio criminalis* prevedeva: “*Pariter, in causis criminalibus, fundatur iudicium actione criminali, qua reus impetitur, ut poenas a iure statutas ad obtinendam propiam ipsius emendationem et ad tollendum publicum scandalum, solvat*”. Così riportato in J. LLOBELL, *op. cit.*, p. 419.

²¹ È singolare come il rinvio alla disciplina dell’*actio criminalis*, che si riscontra negli Schemi successivi (vedi il can. 40 § 2 del Voto MANY: “*Pariter, in causis criminalibus, fundatur iudicium actione criminali, qua reus impetitur, ut poenas a iure statutas ad obtinendam propiam ipsius emendationem et ad tollendum publicum scandalum, solvat*”), si ritrovi anche nello *Schema* 3 (1908), dove, sebbene si fosse giunti all’elaborazione di un principio assai vicino alla formulazione definitiva del can. 1667, sopravviveva in toto il capoverso dedicato alle azioni nei giudizi criminali (vedi il can. 1 [97] *Schema* 3 (1908): “§ 1. *Quodlibet ius, nisi a sacris canonibus aliter cautum sit, actione vel exceptione munitur.* § 2. *In criminalibus actiones sunt comparatae ad reum per canonica remedia coerendum*”). Cfr. J. LLOBELL, *op. cit.*, p. 419 e p. 709.

2. 2. *Il canone 1667 nella sistematica del Codex del 1917*

I diversi orientamenti emersi in sede di lavori di redazione, riflesso di altrettante teorie sull'azione mutate anche dalle incertezze della processualistica civile, trovarono approdo nel *Codex* del 1917 in una formula che riconosceva ad ogni diritto adeguata tutela processuale attraverso lo strumento dell'azione salvo diversa statuizione (can. 1667), garanzia resa effettiva dal legislatore attraverso la previsione di un ampio apparato di azioni tipiche disciplinate nei canoni 1668-1671.

Va notato che nel testo adottato dalla Commissione incaricata veniva, invece, tralasciato il discusso richiamo all'*actio criminalis* che, inglobata da un punto di vista di disciplina sostanziale nella previsione generale del canone 1667, trovava specifica collocazione in tema di *accusatio*²² all'interno della parte dedicata al giudizio criminale (can. 1934-1938).

A conclusione delle dispute sollevate dalla questione nel corso dei lavori di codificazione, può dunque sostenersi che con l'espressione *actio criminalis* il legislatore avesse voluto riferirsi alla facoltà di perseguire in giudizio l'autore di un delitto perché a suo carico fosse inflitta o dichiarata una pena, individuandone le caratteristiche – rispetto all'*actio civilis* – nella *pubblicità* (nella misura in cui essa tendeva alla riparazione del danno che il delitto ha cagionato alla comunità), nella *personalità* (in quanto rivolta solo alla persona che delinque) e nella *necessarietà* (poiché essendo ispirata al pubblico interesse *deve* essere esercitata).

A differenza del Codice del 1983, dove la trattazione dell'azione è stata ridotta a pochi canoni, benché idonei a tracciare le linee guida che ne garantiscono l'effettivo esercizio al di là delle tipicità; il legislatore del 1917, definita l'azione al canone 1667, scendeva subito in un dettagliato esame delle azioni tipiche esperibili a tutela di chi riteneva fosse leso un suo diritto.²³

Di fronte a questa scelta sistematica, la dottrina dell'epoca avvertì l'esigenza di ricostruire una disciplina generale, ricavandola per deduzione dalle precisazioni dettate di volta in volta per le singole tipologie di azioni. Si individuaronò nell'*actio* i tre elementi fondamentali: del soggetto (attivo e passivo); della *causa petendi*; e dell'oggetto (*petitum*), rispetto al quale si distingueva tra oggetto immediato (coincidente con la statuizione del giudice attraverso la quale si attuava la volontà della legge) e oggetto mediato (ovvero il bene al cui conseguimento era coordinata l'attuazione della legge).²⁴

²² Per un approfondimento rispetto alla disciplina dell'*actio-accusatio* nei giudizi criminali cfr. F. X. WERNZ – P. VIDAL, *Ius Canonicum – De processibus*, Tomus VI, Roma, 1928, p. 672 ss.

²³ Per un elenco esaustivo del copioso apparato di azioni tipiche previste dal CJC 1917 cfr. J. NOVAL, *Comm. Cod. Iur. Can. – De Processibus*, Romae, MCMXX, p. 195 ss.

²⁴ F. ROBERTI, *De Processibus*, I, Romae, 1941, p. 60 ss.

Da questi elementi si differenziavano, per funzionalità, le condizioni dell'azione e i presupposti processuali.

Nelle condizioni dell'azione la dottrina ricomprese quei requisiti necessari per l'accoglimento della domanda, e quindi attinenti al provvedimento di merito, tra i quali erano annoverati la correlazione tra il fatto e la norma o, come meglio è stato detto in sede civilistica, la "coincidenza oggettiva fra fattispecie reale e legale";²⁵ la *legitimatatio ad causam* attiva e passiva; e, infine, l'interesse processuale ad agire (e a contraddire in giudizio). Rispetto a quest'ultimo requisito va notato che alcuni autori distinguevano l'interesse processuale, diretto al conseguimento del bene che è oggetto della pretesa,²⁶ da quello sostanziale, identificato con la volontà di conseguire quel bene attraverso l'intervento degli organi giudiziari (in tal senso si è parlato di *misura* dell'azione).

La dottrina più radicale, intendendo il diritto d'azione come diritto soggettivo *concreto*, in quanto rivolto ad ottenere un determinato provvedimento giurisdizionale, focalizzò a tal punto l'attenzione sulla necessaria sussistenza di queste condizioni per la corretta esperibilità dell'azione, da affermare che la mancanza di una sola di esse avrebbe impedito il sorgere del diritto all'azione.²⁷

La dottrina era peraltro unanime nel ritenere che i presupposti processuali – quali la giurisdizione e la competenza dell'organo giudiziario, la capacità di essere parte e la capacità processuale – condizionassero soltanto la costituzione e lo svolgimento del rapporto processuale, senza andare a incidere sul contenuto sostanziale della domanda.

3. IL PROBLEMA DELLA NATURA DELL'ACTIO NEL DIBATTITO DELLA SCIENZA GIURIDICA CIVILE E CANONICA COEVA AL CODEX DEL 1917

Il canone 1667, se per un verso offriva tutela ampia e generalmente condivisa riconoscendo la possibilità di agire in via giudiziale per la protezione dei propri diritti, senza restrizioni che non fossero espressamente previste dal legislatore; dall'altro, non aveva risolto, né poteva risolvere, la diatriba intorno al significato e alla natura dell'*actio*.

La complessità del problema – com'è stato evidenziato da più parti – derivava, e deriva, dall'universalità²⁸ di questa categoria, che trascendendo i sin-

²⁵ P. CALAMANDREI, *Relatività del concetto d'azione* (1939), ora in *Studi sul processo civile*, 1939, p. 5-9.

²⁶ F. DELLA ROCCA, *Il diritto d'azione nell'ordinamento canonico*, «Acta Congr. Intern. Iur. Can.», Romae, 1953, p. 76-87; pubbl. anche in Id., *Saggi di diritto processuale canonico*, Padova, 1961, p. 178-181.

²⁷ F. LIUZZI, *Azione*, «Enc. Catt.», 2 (1949), p. 582-594.

²⁸ Cfr. S. SATTA, *Azione (in generale)*, «Enc. Dir.», 4 (1959), p. 822-825.

goli ordinamenti positivi ne rappresenta il comune denominatore, mostrandosi così malleabile ad assumere, sul piano pratico processuale, le forme più diverse che l'uno o l'altro ordinamento positivo hanno ritenuto di doverle attribuire sulla base delle proprie specificità.

Con questa sensibilità viene esaminata la vasta e corposa elaborazione dottrinale che si è venuta formando intorno al concetto di azione, quale risposta della scienza giuridica al tentativo di ricercare una categoria univoca, che fosse definita, applicabile e riconoscibile dai diversi ordinamenti positivi.

In tale panorama scientifico il tentativo svolto in questa sede, non è pertanto quello di fornire soluzioni, ma di rielaborare i tratti caratterizzanti di quelle costruzioni, per comprendere se e quali influenze e/o contributi esse abbiano apportato alla delineazione di un concetto di azione canonica concepita in termini di *diritto*, al fine di poter svolgere un'analisi quanto più consapevole dello strumento predisposto dal legislatore.

Va subito evidenziato che la più autorevole dottrina tedesca, ispirandosi agli apporti della scienza giuridica dell'epoca, aveva individuato nell'*actio* due diverse accezioni. In un primo significato, mutuato della definizione di Celso, l'*actio* veniva a coincidere con il *ius agendi*, rappresentando la possibilità di agire in giudizio per far valere il diritto dovuto di fronte all'avversario (*actio* in senso soggettivo o *in actu primo*). In senso sostanziale, il termine si riferiva al diritto d'agire, tanto nei giudizi contenziosi quanto nei giudizi criminali (dove, come si è detto, si mostrava sotto forma di *accusatio*).²⁹

In termini processuali, invece, *actio* indicava l'atto propulsivo del processo, che si concretizzava con la presentazione della domanda da parte dell'attore (*actio* in senso oggettivo o *in actu secundo*). Sotto il profilo pratico l'*actio* veniva a identificarsi, quindi, con il *ius invocandi in iudicium*, manifestandosi come fattivo esercizio del diritto di agire davanti l'autorità pubblica a tutela dei propri diritti, che fossero controversi o violati. Secondo questa accezione, fondamento dell'*actio* processuale non poteva che essere il diritto stesso, oggetto della pretesa avanzata davanti al giudice: l'azione determinava, in tal modo, l'instaurarsi di una relazione giuridica fra le parti contendenti potenzialmente produttiva di mutue obbligazioni e basata sulla pretesa avanzata al giudice nei confronti della controparte.

Seppure già in germe, come è stato sottolineato,³⁰ il problema dell'azione affiorò in tutta la sua complessità con la teorizzazione dei diritti soggettivi ad opera della filosofia giusnaturalista del XVIII sec., che, ponendo al centro del sistema l'individuo – che da *obiectum* diviene *subiectum iuris* – impose

²⁹ F. X. WERNZ - P. VIDAL, *op. cit.*, pp. 214-230.

³⁰ Per un'analisi in chiave storico-filosofica cfr. R. ORESTANO, *Azione, diritti soggettivi, persone giuridiche: scienza del diritto e storia*, Bologna, 1978, p. 17-33.

l'affermarsi di una concezione soggettivistica destinata ad incidere profondamente sulla sistematica giuridica, dove il diritto veniva ad identificarsi con i "predicati" del soggetto, e sulla disciplina dell'azione, rispetto alla quale si era aperta la disputa intorno al controverso rapporto tra azione e diritto sottostante.

Questa nuova concezione produsse un proliferare di teorie, che, ribaltando i termini del rapporto tra *actio* e *ius*, intesero l'azione ora come *pertinenza* (Puctha) ora come *funzione* (Coviello) ora come *posizione* (Redenti) del diritto soggettivo, attributi che trovavano tutti il loro comune denominatore nel riconoscere all'azione valore in quanto proiezione del diritto sostanziale, che rimaneva *il diritto* per eccellenza nella sua potenza di realizzazione e, quindi, esistente ancor prima della sua violazione.³¹

Questo proliferare di teorie irruppe altresì fra la scienza giuridica canonica, dove nel solco delle più diverse teorie, una parte della canonistica (Wernz-Vidal), riprendendo la distinzione tra *actio* come *ius agendi* e come *ius invocandi in iudicium*, cercò la soluzione della controversa questione proprio nelle differenti accezioni attribuite all'*actio*. In questa direzione si affermò che se l'*actio*, come strumento processuale, doveva intendersi, sia pure per esigenze di diritto pratico, certamente distinta dal diritto fatto valere in giudizio, lo stesso non poteva dirsi con altrettanta sicurezza per l'*actio* intesa come *ius agendi*, sul presupposto che ogni facoltà insita nel diritto soggettivo non potesse da questo essere distinta. Del resto, tale circostanza sarebbe stata confermata, secondo questa teoria, dall'esistenza di diritti privi della tutela attuabile mediante l'azione (es. can. 1017), come dalla presenza di azioni in cui non sempre vi era coincidenza con i *iura quaesita* (come accadeva nelle obbligazioni condizionate) o al contrario dall'esistenza di azioni prive di diritti sottostanti (come nel caso delle azioni declaratorie negative, miranti unicamente ad ottenere certezza giuridica).³²

Sulla base di questo ragionamento di fondo, la dottrina prevalente riconobbe all'azione una fisionomia autonoma rispetto al diritto controverso, ritenendo minoritaria la posizione che identificava l'*actio* con il diritto controverso, per lo più ricondotta alla necessità di rimuovere gli ostacoli inerenti l'esercizio dell'azione per difenderne l'integrità.³³

Tuttavia, non mancò chi, richiamandosi alle categorie tipiche della processualistica civile, tentò di identificare l'*actio* canonica con il diritto soggettivo, pur celando tale coincidenza dietro il riconoscimento dell'azione come mezzo necessario e sufficiente a promuovere, anche in campo giudiziario, la

³¹ Per un'efficace sintesi delle diverse posizioni richiamate cfr. R. ORESTANO, *Azione, diritti soggettivi, persone giuridiche*, cit., p. 785-831.

³² F. WERNZ, *op. cit.*, pp. 217-218; V. SCIALOJA, *Esercizio e difesa de' diritti*, Roma, 1894, § 1-7.

³³ F. ROBERTI, *op. cit.*, p. 61.

realizzazione del fine istituzionale della Chiesa. Ciò in quanto “l’evidente natura secondaria del diritto d’azione nei confronti del diritto primario, con cui esso è, di regola, teleologicamente collegato”,³⁴ si rifletteva – secondo questa teoria – anche nel rapporto tra azione e pretesa, al cui interno il carattere di sussidiarietà dell’azione, rispetto al diritto primario fatto valere, si giustificava in ragione della specifica posizione in cui veniva a trovarsi il diritto di azione nell’ordinamento canonico, dove “più che in ogni altro ordinamento il diritto soggettivo processuale ha natura astratta o meglio ideale, anche se può riferirsi, quanto al rapporto sostanziale dedotto, a pretese o diritti aventi contenuto patrimoniale”.³⁵

Questa dottrina, applicando all’*actio* canonica le caratteristiche proprie della volontà e dell’interesse – evidentemente mutate dalla teorizzazione dei diritti di Jellinek³⁶ –, individuò il carattere specifico dell’azione proprio nella relazione fra i due termini. Non solo. In questa logica, la peculiarità del rapporto primario, e di quelli da esso derivanti (l’uno rivolto verso gli organi giudiziari, l’altro relativo al diritto dedotto in giudizio), acquistando valore proprio alla luce delle specificità dell’ordinamento canonico, portò questa dottrina ad intendere il diritto del singolo verso l’organo giudiziario come *diritto-dovere*. Ciò sul presupposto che la caratteristica *incoercibilità* del diritto, che si verificava a livello processuale, trasposta sul piano morale, doveva tradursi in *autocoercibilità*, dando luogo ad un profilo di “doverosità”³⁷ dispiegabile nella direzione di un diritto-dovere alla domanda, a cui doveva corrispondere un analogo diritto-dovere di risposta da parte dell’organo giudiziario adito.

Nonostante le discordanze, dalla dottrina maggioritaria, l’azione continuò ad essere enucleata come un diritto soggettivo a sé stante, più o meno interamente svincolato dall’oggetto. Sull’affermazione di tale indipendenza, del resto, aveva influito non poco il dibattito della processualistica, in particolare la distinzione introdotta da Windscheid fra “pretesa” e “azione”, insieme alla considerazione che la sentenza di rigetto della domanda dell’attore non comportava l’inesistenza del diritto d’agire, ma del solo diritto sostanziale avanzato.³⁸ Inoltre, ricalcando ancora una volta la nota distinzione fra azio-

³⁴ F. DELLA ROCCA, *Saggi di diritto processuale canonico*, Padova, 1961, p. 181.

³⁵ F. DELLA ROCCA, *Il diritto d’azione nell’ordinamento canonico*, «Acta Congr. Intern. Iur. Can.», Romae, 1953, p. 181, pubblicato anche in Id., *Saggi di diritto processuale canonico*, cit., p. 178-181. Secondo l’autore la specificità dell’ordinamento in cui si trova ad operare caratterizza a tal punto l’azione da segnarne il passaggio dalla posizione di sussidiarietà a quella di “auto-sufficienza” rispetto al diritto sottostante, costituendo la *ratio peccati* l’elemento preminente e “vivificatore” dei singoli principi o istituti che entrano in gioco con l’esercizio dell’azione.

³⁶ Cfr. G. JELLINEK, *Sistema dei diritti pubblici soggettivi*, Milano, 1912, § xx e xx e in part. p. 392-399.

³⁷ F. DELLA ROCCA, *op. cit.*, p. 76-87.

³⁸ Cfr. le tesi di B. WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, cit., Cap. III e p. 191-195.

ne in senso sostanziale e in senso formale, nelle nuove posizioni soggettivistiche l'*actio* in senso formale cominciò ad essere considerata come entità distinta e diversa, ovvero autonoma, e dunque come *diritto d'agire*, capace di una varietà estrema di costruzioni strettamente connesse agli sviluppi del dogmatismo giuridico.

4. L'AZIONE NEL CONTROVERSO RAPPORTO CONCETTUALE TRA ACTIO E IUS

Il problema dell'elaborazione del concetto d'azione nelle scienze giuridiche contemporanee presenta aspetti comuni al diritto civile e al diritto canonico, in quanto si propone l'obiettivo di definire scientificamente il valore di una categoria essenziale del diritto – che renda effettiva la tutela prevista dall'ordinamento –; categoria mutevole per il mutare del modo in cui la scienza giuridica ricostruisce e valuta i dati della realtà concreta con gli elementi della realtà normativa, prospettando una propria visione del diritto.

In questa visione storicista del diritto³⁹ va interpretato il tentativo di risolvere il rapporto *actio-ius*, sollevando il problema della possibilità di qualificare l'azione come diritto soggettivo.

Seguendo questa lettura, la dottrina più autorevole ha parlato di *relatività* del concetto di azione, alcuni autori riconducendo la disputa sul concetto di azione al più ampio dibattito sulla natura dello Stato, sui suoi fini e sui suoi compiti;⁴⁰ altri, intravedendo in questo dibattito “la proiezione nel campo processuale di un travaglio che si svolge nella realtà sociale, in cui il problema fondamentale dei rapporti tra Stato e cittadino non ha ancora, e forse non potrà mai avere, soluzione unica ma una pluralità di soluzioni pratiche provvisorie e spesso contraddittorie”.⁴¹

Accentuando l'aspetto processualistico, quest'orientamento riconduceva l'azione, prima ancora che all'una o all'altra costruzione dogmatica, alla realtà pratica del diritto, ravvisando in essa il carattere “di limite o condizione della giurisdizione”⁴² e così affermandone la natura di diritto soggettivo pubblico alla protezione giudiziale. Su questa linea, altri, attribuendo all'azione una propria autonomia rispetto al diritto sottostante, le riconoscevano carattere di diritto potestativo nel senso di “potere giuridico capace di rendere incondizionata la volontà della legge rispetto alla sua attuazione ovvero di porre in essere la condizione per l'attuazione della volontà della legge”.⁴³

Sotto la spinta convergente dei più diversi elementi introdotti dalle nuove concezioni di stampo soggettivistico, si andò intrecciando una fitta rete

³⁹ Cfr. *contra* F. DELLA ROCCA, *op. ult. cit.*, pp. 177-178.

⁴⁰ A. PEKELIS, *Azione (Teoria moderna)*, «Nuov. Dig. It.», 2 (1937), p. 91 ss.

⁴¹ P. CALAMANDREI, *op. cit.*, p. 4 e 7.

⁴² *Ibidem*.

⁴³ Cfr. G. CHIOVENDA, *Saggi di diritto processuale civile*, Roma, 1930, p. 6.

di teorie, che se da un lato mettevano in luce sempre più la mutevolezza dell'azione, dall'altro concorrevano al diffondersi fra i giuristi di un'incertezza di fondo, che interessò tutti gli aspetti della disciplina, dall'individuazione del momento genetico a quello della funzione, della direzione, del contenuto, della natura dell'azione, fino al punto che ogni nuovo concetto finì per mettere in discussione tutti gli altri, seguendo un inarrestabile processo a catena.

In primo luogo, si discusse circa l'individuazione del momento genetico dell'azione. Sulla questione si distingueva la posizione di coloro che intendevano il diritto d'agire intrinseco al diritto soggettivo, quale naturale manifestazione generale del diritto di personalità e libertà spettante ad ogni uomo (Kohler); da chi sosteneva che la pretesa (*Anspruch*) nascesse solo al momento della lesione del diritto soggettivo (Windscheid) ovvero soltanto dal fatto dell'avvenuta proposizione della domanda (Bülow).⁴⁴ È intuibile come ciascuna di queste concezioni, con tutte le sfaccettature che ne facevano da corollario, incisero significativamente sulla visione dei più diversi aspetti del diritto d'azione.

Ancora più complesso si presentò il dibattito circa l'individuazione del contenuto dell'azione, rispetto al quale, muovendo dalla tesi tradizionale di una sostanziale coincidenza tra azione e diritto sottostante, ci si spinse fino a ridurre la questione del contenuto ad un problema di carattere puramente processuale.⁴⁵

Non mancò neppure chi, riportando il dibattito sul piano positivisticò, tentò di risolvere il problema dell'azione nel "problema della domanda" ritenendo che qualunque teoria si accogliesse sull'azione e sui rapporti fra diritto sostanziale e processo non era dato porre da parte l'indagine di carattere pratico sul se l'attuazione del diritto obiettivo ovvero lo scopo della giurisdizione potesse essere perseguito d'ufficio o su istanza di parte;⁴⁶ o, all'opposto, chi vide nell'azione un concetto extra-processuale, concependola come atto di volontà con cui si sollecitava l'attività dell'organo giudiziario (Guasp).⁴⁷

Sulla natura dell'azione si può dire che tutta la gamma delle possibili affermazioni è stata percorsa: dall'idea giusnaturalista dell'azione come diritto soggettivo, si parlò ora di diritto *privato*, perché attinente all'uomo in quanto tale e non in quanto *civis* (Hasse); ora di diritto potestativo per eccellen-

⁴⁴ Sulle tesi di KOHLER, WINDSCHEID e BÜLOW vedi le rielaborazioni di B. WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, cit., Cap. III.

⁴⁵ Cfr. a riguardo G. JELLINEK, *Sistema dei diritti pubblici soggettivi*, Milano, 1912, § XX e XX; G. CHIOVENDA, *op. cit.*, p. 3-101; N. COVIELLO, *op. cit.*, p. 479-487.

⁴⁶ Cfr. V. ANDRIOLI, *Commento al Codice di Procedura Civile*, Napoli, 1954, p. 110 ss.

⁴⁷ Sulla tesi qui citata di GUASP e le sue confutazioni cfr. B. WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, cit., Cap. III.

za;⁴⁸ e, talora, di capacità concessa dal diritto pubblico di azionare norme di quel diritto a tutela dell'interesse individuale.⁴⁹

Le polemiche non si placarono neppure quando lo sviluppo della scienza processuale raggiunse un punto di congiunzione nel riconoscere all'azione una propria autonomia rispetto al diritto sostanziale, allorché le dispute si sono spostate verso il problema della definizione del carattere concreto o astratto da riferire all'azione.⁵⁰

La complessità del panorama dottrinale prospettato lascia emergere non solo la centralità del tema, ma anche tutta la responsabilità avvertita dalla dottrina, sia civile sia canonica, nel tentativo di elaborare uno strumento giuridico che, per la sua versatilità, è alla continua ricerca della collocazione sistematica sua propria per meglio esplicitare quella funzione introduttiva alla giustizia, che è condizione necessaria di ogni ordinamento giuridico.

Del resto questa consapevolezza emergerà in maniera incisiva, in ambito canonistico, nel periodo di transizione tra i due Codici, quando – nell'attuazione dei Principi direttivi formulati dal Sinodo del 1967 per la revisione del *Codex* del 1917 – si porrà all'attenzione della scienza giuridica canonica l'esigenza di prevedere, accanto alla teorizzazione dei diritti soggettivi, la predisposizione di strumenti giuridici adeguati a rendere efficace il sistema di tutela dei diritti previsto dal legislatore;⁵¹ ciò nella convinzione che “non si dà diritto sostanziale (amministrativo o di qualsivoglia altra natura), che non sia accompagnato da concreti strumenti processualistici, atti a farlo valere”.⁵²

In questa prospettiva, la *possibilità* di accesso al processo giudiziario per mezzo dell'*actio* – nel significato di diritto ad un provvedimento emesso da un organo materialmente e formalmente indipendente dal contraddittorio – apparirà come elemento costitutivo del diritto soggettivo,⁵³ il cui

⁴⁸ Cfr. G. CHIOVENDA, *op. cit.*, p. 47-70.

⁴⁹ Cfr. la teoria di G. JELLINEK, *op. cit.*, p. 364-380 e p. 392.

⁵⁰ Per un approfondimento cfr. G. CHIOVENDA, *op. cit.*, p. 3-101; P. CALAMANDREI, *op. cit.*, p. 7-20.

⁵¹ In questa prospettiva va letta la proposta dei Padri sinodali di modificare il sistema giudiziario canonico reintroducendo l'*actio* contenzioso-amministrativa affermatasi nel corso dei secoli nell'ordinamento canonico come *appellatio extraiudicialis* e prevista dai primi progetti del CIC 1917. Cfr. LLOBELL J., *Il sistema giudiziario canonico di tutela dei diritti. Riflessioni sull'attuazione dei principi 6° e 7° approvati dal Sinodo del 1967*, in J. CANOSA (a cura di), *La ricezione giuridica del Concilio Vaticano II. Studi sui «Principia quae Codicis Iuris Canonici recognitionem dirigant»*, Milano, 2000, p. 501-546.

⁵² G. LO CASTRO, *Presentazione* a E. LABANDEIRA, *Trattato di diritto amministrativo canonico*, Milano, 1994, p. VIII.

⁵³ In tal senso è significativa l'affermazione fatta da A. del Portillo nella fase redazionale dei *Principia*: «*tutela efectiva iurium subiectivorum necessario postulat (...) via[m] iudicial[em], quae numquam negari debet; in dubio, praesumenda est immediata actio iudicialis*». Cfr. «*Communicationes*», 1 (1969), p. 100 ss.

concetto, in ambito canonico, per le specifiche connotazione di cui riveste, supera l'impostazione positivista tipica di molti ordinamenti statuali.⁵⁴

5. LA CRISI DELLA VISIONE UNITARIA DEL DIRITTO
NELLA SCIENZA GIURIDICA SECOLARE E SUOI RIFLESSI
SULLA CONCEZIONE DELL'ACTIO

Poiché nel sistema giusnaturalista gli elementi del diritto vennero in considerazione come predicati del soggetto, il sistema dei diritti soggettivi fu concepito dalla dottrina essenzialmente come sistema di diritto privato: tale concezione portò a sganciare il diritto *privato* – inteso civilisticamente come sistema dei diritti soggettivi – dal diritto *pubblico* – concepito come l'insieme delle norme di organizzazione dell'ordinamento politico –.

La crisi della visione unitaria del *ius*, che fin allora aveva inglobato entrambe le branche del diritto (che cominciano a far capo a fondazioni diverse, l'una basata sugli attributi originari della persona, l'altra sulle prerogative dello Stato), portò la dottrina a chiedersi se la qualifica di *ius*, attribuita all'*actio* dalla celebre definizione di Celso, sulla quale era stata imperniata la successiva disciplina dell'azione, potesse ritenersi adeguata e sufficiente a caratterizzarla. Si discusse, perfino, se non fosse più corretto parlare di *legitima facultas* o di *potestas iure tributa* o addirittura di mero *factum*.

Sul punto la scienza giuridica si divise. La dottrina tedesca rimase per lo più legata ad una visione privatistica del sistema dei diritti soggettivi che si rifletteva sulla concezione dominante dell'azione come diritto soggettivo; atteggiamento questo ricondotto dagli interpreti – secondo una ricostruzione in chiave storico-politica – all'ambiente intellettuale proprio della classe dei giuristi tedeschi, ai quali “lo Stato aveva tolto la rappresentanza del popolo nella sua funzione creativa del diritto”.⁵⁵ In questo contesto l'integrità e l'autonomia dogmatica del diritto privato si pose per i privatisti come conquista imprescindibile in termini giuridici, politici e sociali, tanto da spingere esponenti insigni a intravedere nel “diritto privato il fondamento del diritto pubblico e, quindi, dello Stato”,⁵⁶ convinzione questa che acquistò contorni tanto radicali da portare alla progressiva esclusione della materia processuale dalle trattazioni privatistiche.

Il primo tentativo di saldatura dei privatisti, ad opera del Savigny, si fondava su un concetto di *pubblico*, inteso come “diritto avente ad oggetto lo Stato

⁵⁴ Cfr. in tal senso J. I. ARRIETA, *I diritti dei soggetti nell'ordinamento canonico*, «Fidelium Iura», 1 (1991), p. 20-23; ID., *Diritto soggettivo*. 2) *Diritto canonico*, «Enc. Giur.», 11, Roma, 1989, p. 1-8.

⁵⁵ A. PEKELIS, *op. cit.*, p. 38-39.

⁵⁶ Cfr. R. SOHM, *Institutionen. Geschichte und System des Römischen Privatrechts*, Berlin, 1949, cit. in PEKELIS A., *op. cit.*, p. 39.

ossia la manifestazione organica del popolo”, e di *privato*, concepito come “l’insieme dei rapporti giuridici in cui ciascun individuo esplica la sua vita”.⁵⁷ In questo delicato equilibrio l’azione non veniva in rilievo come una classe speciale di diritti, ma come *modificazione* dei diritti stessi, che interveniva quando, in seguito a una lesione, essi entravano in uno *stato di difesa*, presentandosi sotto un diverso aspetto: il diritto nello “stato di difesa” rappresentava un *momento*, nel processo della vita dei diritti, e non un diritto in sé.⁵⁸ Dalla violazione di un diritto sarebbe nato, dunque, tra offeso e offensore un rapporto avente per contenuto la facoltà di chiedere la riparazione della lesione, rapporto (qualificato *diritto d’agire*) che Savigny collocò nel sistema di diritto privato e che distinse dall’azione – in senso formale –, intesa come effettiva attività dell’offeso a far valere il suo diritto d’agire e, in quanto tale, attinente al diritto pubblico.

Questa costruzione non prese subito piede nella scienza giuridica tedesca, sebbene fosse avallata dalla più lungimirante corrente filosofica che aveva insistito sulla circostanza che solo la *possibilità* di dare la prova di un diritto soggettivo poteva determinarne il passaggio dallo stato di esistenza in sé a quello della sua posizione nella realtà.⁵⁹

Nel panorama giuridico italiano, pur venendo per lo più accolta l’idea dell’autonomia dell’azione rispetto al diritto avanzato, diffusasi tra la scienza giuridica tedesca, alcuni giuristi attribuirono all’azione carattere privatistico, intendendola rivolta, non contro lo Stato, ma *di fronte* all’avversario, sul quale si riteneva non gravasse alcun obbligo processuale rispetto alla proposizione dell’azione stessa, la quale “si esaurisce con il proprio esercizio che è tutto nella volontà del titolare dell’azione perché può contare sull’attuazione della legge”.⁶⁰ Questa originale concezione, elaborata da Chiovenda, portò a riconoscere nell’azione non più un diritto alla pretesa, ma il diritto *potestativo* per eccellenza, intendendo per diritto potestativo “quello che si esaurisce in una facoltà o meglio in una potestà”, e in quanto tale è “il diritto mezzo per eccellenza”⁶¹ capace di coordinarsi a un diritto reale come a un diritto personale, e potenzialmente idoneo a dar luogo, a sua volta, a un nuovo diritto potestativo.⁶²

Il carattere pubblicistico dell’azione fu altrettanto energicamente sostenuto da coloro che – rappresentando l’orientamento prevaletto – considerava-

⁵⁷ F. C. SAVIGNY, *op. cit.*, p. 1886 ss.; cfr. anche S. SATTA, *Ultime tendenze della teoria dell’azione*, «Riv. Intern. Fil. Dir.», 1940, p. 78.

⁵⁸ F. C. SAVIGNY, *op. cit.*, p. 1890 ss.

⁵⁹ Cfr. la tesi di G. W. F. HEGEL *Filosofia del diritto*, trad. di A. TURCHIARULO, Napoli, 1848, p. 73-78 e p. 241-242.

⁶⁰ Cfr. G. CHIOVENDA, *op. cit.*, p. 15-20.

⁶¹ *Ibidem*.

⁶² Sul concetto di *actio* come potere *giuridico* vedi G. CHIOVENDA, *op. cit.*, pp. 3-101. Cfr. anche P. CALAMANDREI, *op. cit.*, p. 7-20; E. BETTI, *Ragione ed azione*, «Riv. Dir. Proc. Civ.», 1932, I, p. 205 ss.

no l'*actio* rivolta *contro* lo Stato.⁶³ Tra le altre si distinse la tesi di Carnelutti il quale, sul presupposto che l'azione, in quanto diritto soggettivo autonomo, fosse volta a proteggere l'interesse – non già al diritto sostanziale dedotto in giudizio – ma alla giusta composizione della lite, attribuì all'azione carattere di diritto soggettivo *pubblico*, in ragione del fatto che tale interesse sarebbe spettato alla parte non *uti singulus* ma *uti civis*.⁶⁴

Da questi si distaccava il Satta, il quale, precorrendo le tappe che nell'evoluzione della sistematica avrebbe condotto ad una visione unitaria del processo, vide nell'azione un semplice potere di carattere astratto, quale mezzo di tutela volto ad accompagnare e assistere il diritto soggettivo nel suo percorso, diretto unicamente ad invocare ed ottenere tutela giuridica.⁶⁵

6. IL PROBLEMA DELLA TUTELA GIURIDICA ALLA LUCE DELLA DIALETTICA PUBBLICO E PRIVATO NELL'ORDINAMENTO CANONICO

La discrasia venutasi a determinare fra pubblico e privato negli ordinamenti civili ebbe significative ricadute anche nell'ordinamento canonico, dove si pose il problema di definire in che termini si bilanciassero il rapporto tra pubblico e privato, al fine di comprendere quanto spazio l'ordinamento stesso fosse in grado di riservare al diritto soggettivo e all'azione che lo tutelava.

Se appaiono comprensibili gli sviluppi che, nello storico susseguirsi di forme di stato e di governo, hanno portato negli ordinamenti civili all'alternarsi della prevalenza di una dimensione sull'altra, la questione assume risvolti problematici quando si analizzi tale dinamica all'interno dell'ordinamento canonico.⁶⁶

Benché sin dal diritto canonico classico prevalesse l'idea che l'utilità pubblica fosse da anteporre a quella privata,⁶⁷ idea coltivata anche dalla scienza giuridica medievale – che riteneva la privata *utilitas* da preferire a quella pubblica solo in quanto potesse contenere anche l'utilità pubblica –, sulla prevalenza dell'una posizione sull'altra il dibattito è rimasto aperto.

La diversità di soluzioni prospettate derivava soprattutto dalle contrastanti letture date ai termini della relazione, con le intuibili ripercussioni sul sistema di tutela dei diritti.⁶⁸

⁶³ In tal senso F. CARNELUTTI, *Sistema di diritto processuale civile*, Padova, 1936, p. 30 ss.; per un'efficace sintesi delle diverse posizioni cfr. A. PEKELIS, *op. cit.*, p. 42-45.

⁶⁴ Cfr. F. CARNELUTTI, *op. cit.*, p. 34-52.

⁶⁵ In tal senso S. SATTA, *op. ult. cit.*, p. 823.

⁶⁶ Cfr. la tesi di S. PUGLIATTI, *Diritto pubblico e diritto privato*, «Enc. dir.», XII (1964), p. 696-697, cit. in G. LO CASTRO, *Il mistero del diritto. III. L'uomo, il diritto, la giustizia*, Torino, 2012, p. 106.

⁶⁷ Cfr. F. CALASSO, *Ius publicum e ius privatum nel diritto comune classico*, in *Studi in memoria di F. Ferrara*, I, Milano, 1943, pp. 75 e ss., cit. in G. LO CASTRO, *op. ult. cit.*, p. 103.

⁶⁸ Rispetto ai dubbi sollevati della partizione pubblico-privato circa la valenza comunione-

Ciò era immediatamente evidente esaminando la posizione di quella parte della dottrina che, vedendo nella *salus animarum* la finalità assorbente di tutto l'ordinamento canonico, in cui bene comune e bene del singolo coincidevano, aveva sostenuto che esso era tutto pubblico, fino a dire che la giuridicità ecclesiale sarebbe scaturita necessariamente dal rapporto di ciascuna situazione con tale finalità.⁶⁹

Applicando il principio al sistema di tutela dei diritti, quest'orientamento vide l'*actio* non quale forma di tutela del pregiudizio sofferto dal soggetto, bensì come il mezzo che più era sembrato idoneo al legislatore a soddisfare l'interesse dalla repressione del peccato, benché lo strumento più adeguato a tal fine, si è detto, fosse già presente nell'ordinamento e dovesse essere ricercato piuttosto nella *denunciatio evangelica*. Sulla base di questo ragionamento, ritenendo pure il foro interno attinente alla sfera dell'utilità pubblica, se e in quanto fosse volto ad evitare le condizioni oggettive di peccato in adempimento alla finalità ultima della Chiesa, questa teoria giunse alla conclusione che ogni norma dell'ordinamento canonico – e dunque l'ordinamento stesso – non poteva che avere natura pubblica. Ciò con la conseguenza, non sottovalutabile, che, date le premesse, in un sistema così strutturato “il diritto soggettivo e la sua tutela venivano ad esser quasi lettera morta”.⁷⁰

Il limite di questa impostazione fu intravisto da parte di un ampio settore dottrinale nella pubblicizzazione di tutti i beni giuridici ecclesiali, che non solo negava assiologicamente l'esistenza dell'autonomia privata e di veri diritti *erga omnes*, ma rendeva altresì improponibile qualsiasi rapporto giuridico diretto tra i fedeli, in quanto tali, senza la mediazione dei sacri pastori quali rappresentanti del bene pubblico. Inoltre, la *salus animarum*, pur costituendo il fine ultimo della Chiesa terrena, era opera della misericordia divina e, per ciò stesso, “esulava dal concetto di bene dovuto e trascendeva i parametri della giustizia giuridica ecclesiale, anche se era ad essa indirizzata”.⁷¹

Infatti, finché si continuò ad assumere come criterio della distinzione tra pubblico e privato l'*utilitas*, la posizione dell'individuo, *uti singuli*, non pote-

ale del processo canonico cfr. J. LLOBELL, *Pubblico e privato: elementi di comunione nel processo canonico*, in *La giustizia nella Chiesa: fondamento divino e cultura processualistica moderna*, in *Atti del 28° Congr. Naz. dell'Ass. Can. It. (Cagliari, 9-12 settembre 1996)*, SCV, 1997, p. 22-38.

⁶⁹ P. FEDELE, *Il problema del diritto soggettivo e dell'azione in relazione al problema della distinzione tra pubblico e privato nell'ordinamento canonico*, in *Acta Congr. Intern. Iur. Can.*, Roma, 1950, p. 116-126.

⁷⁰ Così P. FEDELE, *op. cit.*, p. 123-126.

⁷¹ Inoltre, si obiettò che la tesi della natura pubblica del foro interno non prendeva in considerazione il fatto che la *salus animarum*, pur costituendo il fine ultimo della Chiesa terrena, era opera della misericordia divina e, per ciò stesso, “esulava dal concetto di bene dovuto e trascendeva i parametri della giustizia giuridica ecclesiale, anche se era ad essa indirizzata”. Cfr. in tal senso J. LLOBELL, *op. ult. cit.*, p. 15.

va che apparire quella di soggezione ad un fine – la repressione del peccato e la salvezza dell'anima – di natura esclusivamente pubblicistica, rispetto al quale la tutela giuridica poteva realizzarsi soltanto con riferimento all'uomo pensato *uti universi*.⁷²

Il nuovo orientamento, maturato dagli apporti del Vaticano II, mise in luce come questa impostazione, fondata sull'esclusiva dimensione pubblicistica del diritto e sull'irrelevanza dell'individuo – che ha ragione di venire in considerazione solo pensato come facente parte di un tutto –, se poteva essere efficace sul piano normativo trovava il proprio limite sul piano della quotidianità dell'esperienza giuridica, dove ad essere protagonista era l'uomo e il suo essere persona.

La via d'uscita dal circuito in cui “il pubblico è il tutto sostanziale e il privato l'inconsistente sostanziale ovvero quello che il pubblico gli consente di essere”,⁷³ venne rintracciata nel tentativo di concepire la dimensione privata come autonoma, nel significato di non pubblica ovvero di “non riducibile ad essa, ma con essa coordinabile sulla base di un principio che trascende entrambe”.⁷⁴

Al contrario, il punto di arrivo nella dialettica pubblico-privato doveva portare a maturare l'idea di una “composizione sinergica della realtà umana”,⁷⁵ dove i due termini del rapporto non si contrapponevano, in senso inversamente proporzionale, ma si coordinavano in maniera direttamente proporzionale nella misura in cui “il privato tanto più si affermava quanto più entrava in relazione con la dimensione che lo trascende, quanto più si pubblicizza; e il pubblico tanto più cresceva nel suo significato, quanto più esso era reso funzionale all'uomo”.⁷⁶ Ciò diveniva possibile solo quando per un verso, si cominciava a prendere coscienza dell'originarietà della persona umana con il patrimonio giuridico che le era proprio, dall'altro si penetrava nell'idea del “trascendimento della persona individuale nella realtà ultraindividuale, che è la società, al di fuori della quale non si dà persona, né diritto, né giustizia”.⁷⁷

Questo ragionamento, se risultava applicabile agli ordinamenti civili, tanto più era a ritenersi valido nel diritto canonico dove l'originarietà della persona umana si affermava e rilevava ancor prima, e al di fuori, della propria appartenenza confessionale, benché al suo interno veniva ad arricchirsi di caratteri peculiari, comportanti diritti e doveri propri per i cristiani, con l'incorporazione al Popolo di Dio attraverso il battesimo (can. 96).⁷⁸

⁷² Cfr. P. FEDELE, *op. cit.*, p. 126; ID., *Introduzione al diritto canonico*, Roma, 1979, p. 20-23.

⁷³ G. LO CASTRO, *op. cit.*, p. 126.

⁷⁴ *Ibidem*.

⁷⁵ Così G. LO CASTRO, *op. ult. cit.*, p. 107.

⁷⁶ *Ibidem*, p. 114.

⁷⁷ LO CASTRO G., *op. ult. cit.*, p. 107; e J. LLOBELL, *op. ult. cit.*, p. 14-22.

⁷⁸ Per l'approfondimento di questi temi cfr. LO CASTRO G., *Il soggetto e i suoi diritti nel-*

In adempimento a questo fine, che è quello della promozione e della tutela della persona, va letto il superamento dell'antitesi fra pubblico e privato in una superiore *sintesi*,⁷⁹ in cui i due elementi confluiscono a rappresentare aspetti del medesimo disegno divino.

In questa visione – è stato affermato – poco importerà sapere se e quali partizioni siano da ascrivere all'ambito del pubblico o del privato, ma come in questa sintesi si articola l'idea di uomo. Dalla risposta a questa domanda, che, lungi dall'essere univoca, potrà essere diversa da ordinamento a ordinamento, dipenderà il peso dato alla tutela della persona e ai mezzi predisposti per attuarla.

7. TRASFORMAZIONE DEL CONCETTO DI AZIONE

VERSO UNA MODERNA VISIONE DEL PROCESSO. NOTE CONCLUSIVE

Il divario tra azione e diritto soggettivo, tra pubblico e privato, accentuato anche da una notevole difformità di visioni sulla valenza di quei concetti, poneva l'esigenza anche in ambito civilistico di creare un ponte di congiunzione tra i due sistemi, soggettivo e oggettivo, perché tornassero intercomunicanti.

Il passaggio, o meglio il ritorno, da un sistema di tipo soggettivo a quello di tipo oggettivo, se aveva nuovamente favorito la frantumazione del problema in altrettante sfaccettature, aveva contestualmente dato la spinta verso una visione unitaria del diritto che andava progressivamente acquisendo una forma sempre più definita, inserendosi nelle elaborazioni della scienza giuridica come dato concettuale che portava a considerare il processo, non più come elemento a sé stante, ma come aspetto particolare della funzione giurisdizionale, che si affermava in sé unica ed omogenea, quale che fosse l'oggetto in cui si esercitava.

In questa progressiva tendenza all'unificazione anche il problema dell'azione veniva significativamente trasformandosi.

L'interesse della scienza giuridica si spostò dal piano formalistico al piano sostanziale, tradottosi nel superamento delle vecchie classificazioni che, se continuavano ad interessare le possibili manifestazioni dell'esercizio, non riguardavano più l'azione in sé, a cui veniva riconosciuta fisionomia univoca.

Al di là dei punti di arrivo delle diverse teorie,⁸⁰ talvolta estremizzati, co-

l'ordinamento canonico, Milano, 1985, cap. v.; ID., *Persona fisica nel diritto canonico*, in *Dig.* (IV ed.), vol. XIII civile, Torino, 1996, p. 384-392; ID., *Fedeli del Popolo di Dio*, in *Dig.* (IV ed.), vol. VIII civile, Torino, 1993, p. 233-247; ID., *Il mistero del diritto. II. Persona e diritto nella Chiesa*, Torino, 2011, Parte II, p. 99 ss..

⁷⁹ G. LO CASTRO, *Pubblico e privato*, cit., p. 116-117.

⁸⁰ Quale indice della complessità dell'elaborazione di una sistematica sintetica si riporta, una per tutte, l'elaborazione del Satta, il quale, muovendo dall'assunto per cui l'azione proces-

mune denominatore divenne il valore *ontologico*⁸¹ attribuito all'azione, che veniva considerata e trattata come se avesse una concreta corrispondenza, quale entità fisica, nella realtà.

Questa posizione, lontano dal voler rappresentare *la* soluzione, rendeva ancora più evidente come l'azione si ponesse quale dato della realtà, storicamente determinato e determinabile, in quelle esperienze giuridiche che lo avevano espresso e reso operante nel mutevole atteggiarsi delle più varie concezioni e formulazioni. In questa visione, "la maglia rotta nella rete", per usare un'espressione montaliana, era la presa di coscienza che il problema dell'azione comportasse un numero indefinito di soluzioni, tutte valide se e in quanto si fosse disposti di volta in volta ad accogliere lo schema ordinante di una determinata realtà politica e normativa, e perciò anche idonee ad essere private di significato non appena si riteneva di non poter accettare una sola delle premesse che ne erano alla base. *Species ad genus*, questa conclusione può estendersi, come è stato del resto rilevato dalla più recente dottrina, ai sistemi processuali nel loro complesso, i quali, seppure considerati nella loro singolarità come prototipi di strutture tipizzate di un determinato modello giudiziario, sono soggetti tuttavia nella prassi a variabili che li allontanano dal paradigma ideale.⁸²

Pure in ambito canonistico il passaggio da una concezione formalistica del processo – che aveva portato sino all'esaltazione delle categorie processuali considerate bastevoli a se stesse, nella persuasione che il diritto si affermi *nel* processo piuttosto che *mediante* il processo – ad una concezione sostanziale del giudizio e del processo che ad esso conduce – nel sotteso significato di tensione alla realizzazione del connaturale bisogno dell'uomo a che la Giustizia si realizzi nella quotidianità dell'esperienza giuridica⁸³ – comporterà una significativa trasformazione del concetto di azione.

Si tratta di un'evoluzione di significato che troverà la propria *ratio* in mutamento di concezione che, coinvolgendo l'intero impianto normativo del

suale costituirebbe la forma necessaria di esercizio della domanda, quale mero fatto alla cui base starebbe il diritto soggettivo, ribaltò poi la posizione iniziale, individuando nell'azione non un diritto ma il diritto stesso (che non ha altro contenuto se non l'azione stessa), per approdare ad una concezione in cui l'azione non poteva essere intesa se non in una integrale visione dell'ordinamento giuridico, della quale costituiva un momento centrale, al punto da ritenere che solo in ragione dell'azione poteva parlarsi di giuridicità dell'ordinamento. In tal senso cfr. S. SATTA, *op. ult. cit.*, p. 800 ss.

⁸¹ Rispetto al significato dell'azione come "oggetto sostanziale", cfr. R. ORESTANO, *op. cit.*, p. 80-83.

⁸² In tal senso E. MARTINELLI, *L'azione penale nell'ordinamento canonico. Uno studio di diritto comparato*, Torino, 2011, cap. v, p. 149 ss..

⁸³ Per un approfondimento cfr. G. LO CASTRO, *Il mistero del processo e del giudizio*, «Il Dir. Eccl.», 2001, pp. 123-144. Cfr. anche per una riflessione più ampia G. LO CASTRO, *Il mistero del diritto*. 1. *Del diritto e della sua conoscenza*, Torino, 1997, in part. Parte I.

1983, porterà, nella riscoperta attenzione rivolta alla *persona* quale soggetto nella Chiesa,⁸⁴ ad interpretare la già consolidata formula – “*quodlibet ius actione munitur*” (can. 1491) – nel significato di garanzia di giustizia per *chiunque* (can. 1476), in ragione della tutela che l’ordinamento riconosce non solo al *christifidelis* (can. 221), in forza della sua connotazione sacramentale, ma *in primis* alla persona per il fatto stesso di *essere*.

In soluzione di continuità con gli sviluppi e gli apporti della scienza giuridica canonica come civile, oltre che nel superamento dei limiti di quelle teorie che pure hanno rappresentato un *momento* ineludibile e fondativo del moderno diritto, il legislatore del nuovo Codice è giunto a tutelare attraverso l’esercizio dell’azione non solo il diritto previo, che è oggetto della pretesa (la quale potrebbe anche essere disattesa dalle risultanze processuali), ma anche la *possibilità*, intesa nei termini di potenzialità, di chiedere al giudice l’accertamento di una determinata situazione di incertezza giuridica, indipendentemente dall’esito e dalla prevedibilità del giudizio stesso.

In questo significato di *funzione del diritto*, nell’evoluzione che coinvolge il processo, l’*actio* canonica è giunta ad acquisire sempre più il valore di una *variabile*, vaso contenitore mutevole e capace di sempre nuove e multiformi esigenze di giustizia, nel preminente perseguimento e in consonanza con lo spirito comunionale della Chiesa.

⁸⁴ Cfr. G. LO CASTRO, *Il mistero del diritto. II. Persona e diritto nella Chiesa*, Torino, 2011, in part. Parte II, p. 99 ss.

APOSTASÍA Y TRATAMIENTO JURÍDICO DE LOS DATOS DE CARÁCTER PERSONAL. LA EXPERIENCIA JURÍDICA EUROPEA*

MONTSERRAT GAS AIXENDRI

ABSTRACT: En los últimos años se han producido en diversos países de Europa campañas para apostatar de la Iglesia católica, solicitando la cancelación de datos personales de los Libros de bautismos. De este modo, un acto de significado y trascendencia eminentemente religiosa como es la apostasía, ha pasado a adquirir relevancia ante del Derecho del Estado. Los modos de resolver este conflicto han sido distintos según los países. El artículo hace algunas reflexiones sobre un conflicto entre el derecho de libertad religiosa y el derecho a la protección de datos personales que es sólo aparente y analiza las soluciones aportadas por los órganos jurisdiccionales, centrándose sobre todo en España e Italia, donde el conflicto ha adquirido mayores proporciones. Se hace referencia también al Derecho alemán y a la legislación canónica sobre protección de datos, aspecto a menudo ignorado al tratar esta cuestión.

PALABRAS CLAVE: Apostasía, protección de datos personales, libertad religiosa, derecho a la intimidad.

ABSTRACT: In the last years in diverse countries of Europe have been taken place some campaigns to apostatize of the catholic Church, asking for the the cancellation of personal information of the Books of baptisms. An act of religious meaning such is apostasy, has acquired relevancy before the Law of the State. The ways of solving this conflict have been different according to the countries. The article makes some reflections on the conflict between the right of freedom of religion and the right of protection of personal information. The Author sustains that the conflict is only apparent and analyzes the solutions contributed by the jurisdictional organs, focusing specially in Spain and Italy, where the conflict has acquired major proportions. It alludes also to the German Law and Canon Law on protection of personal data.

KEYWORDS: Apostasy, Protection of Personal Information, Freedom of Religion, Right to the Intimacy.

* El presente trabajo se ha realizado como parte de la actividad del Grup Interuniversitari Drets Culturals i Diversitat (GIDD), Grupo de Investigación dirigido por la Profesora Francisca Pérez-Madrid, reconocido por la Generalitat de Catalunya como «Grup de Recerca Emergent» y dotado de financiación para el período 2009-2013 (Convocatòria d'ajuts per donar suport a les activitats dels grups de recerca de Catalunya, SGR 2009. Núm. de expediente: 2009 SGR 267).

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Los términos del debate en España: 2.1 Los Libros de bautismos, ¿ficheros o registros?; 2.2 La autonomía organizativa de la Iglesia. 3. La protección de datos de las confesiones religiosas en otros ordenamientos jurídicos europeos: 3.1 Italia; 3.2 Alemania. 4. Derecho a la intimidad y tutela de datos personales en el Derecho canónico. 5. Libertad religiosa y derecho a la protección de datos personales. 6. Conclusiones.

1. INTRODUCCIÓN

EN los últimos veinte años se han producido en diversos países de Europa campañas para apostatar de la Iglesia católica, solicitando la cancelación de datos personales de los Libros de bautismos. De este modo, un acto de significado y trascendencia eminentemente religiosa como es la apostasía (que supone el total rechazo de las creencias profesadas por una determinada confesión), ha pasado a adquirir relevancia ante del Derecho del Estado, al intentar tutelarlos a través de la normativa sobre protección de datos personales.¹

En Francia y Bélgica se verificaron las primeras solicitudes de cancelación de datos de los Libros de bautismos, principalmente por parte de católicos que posteriormente transitaron a los Testigos de Jehová y también de algunos miembros de grupos racionalistas y laicistas.² En 1994 la Conferencia Episcopal Francesa promulgó un Directorio en el que se determinaba la imposibilidad de cancelar los datos de los Libros de bautismos.³ Aunque Francia es uno de los países pioneros en la regulación de la protección de datos,⁴ no se han producido sobre esta cuestión intervenciones del organismo garante de la protección de datos (como sí ha ocurrido en Italia y en España),

¹ Un estudio amplio de la apostasía como acto jurídico y su relevancia ante del Derecho del Estado y ante los ordenamientos religiosos, puede verse en M. GAS AIXENDRI, *Apostasía y libertad religiosa. Conceptualización jurídica del abandono confesional*, Granada 2012.

² Cfr. A. BORRAS, *Questions Theologiques à propos des sorties de l'Eglise catholique*, «L'Année Canonique» 48 (2006), 46-47; F. MARTZ, *Le droit de quitter l'Eglise*, «Praxis juridique et Religion» 7 (1990), 159-174. Se ha tratado de campañas mediáticas de protesta, ante algún pronunciamiento pontificio o bien ante visitas del Papa a Francia. Cfr. J. PASSICOS, *L'acte formel. À propos des demandes de radiation de baptême et de sortie de l'Eglise*, «L'Année Canonique» 39 (1997), 51. Recientemente se han registrado otras campañas de abandono de la Iglesia católica: el diario belga La Meuse, de 27-11-2010 señalaba que en 2010 se registraron unas 1.000 solicitudes de cancelación en la diócesis de Bruselas, unas 450 en Tournai y algo más de 100 en la de Namur.

³ Cfr. *Directoire canonique et pastoral pour les actes administratifs des sacrements*, Éditions Paroiss-Services 1994. El procedimiento a seguir prevé enviar al interesado acuse de recibo de la petición y la anotación de la petición al margen del acta de bautismo.

⁴ Cfr. T. GARCÍA-BERRIO, *Informática y libertades. La protección de datos personales y su regulación en Francia y España*, Murcia 2003, 165.

sino de la jurisdicción ordinaria. Así, una reciente sentencia del TGI (Tribunal de Grande Instance) de Coutances (Manche, Normandía), de 6 de octubre de 2011, ordenaba la cancelación del dato del bautismo, fundamentando la decisión en el art. 9 del Código civil, sobre el derecho al respeto de la vida privada. La decisión parece considerar únicamente los derechos individuales (no precisamente el de libertad religiosa), sin considerar los posibles derechos de la confesión religiosa.⁵

El fenómeno se extendió a Italia en 1999, dando lugar a intervenciones del Garante Privacy (órgano para la tutela de datos personales en Italia) y también de los tribunales de justicia.⁶ Aunque las solicitudes aisladas de *sbattezzo* (literalmente, “desbautizo”) son de vieja fecha en ese país, lo novedoso es que las más recientes han sido realizadas al amparo de la legislación sobre protección de datos personales.⁷ Por su parte, en España se verificaron entre los años 2005 y 2009 alrededor de 1.500 solicitudes de cancelación de datos personales de los Libros parroquiales de bautismos ante las autoridades eclesiásticas competentes.⁸ La mayor parte de los solicitantes a quienes fue denegada la petición de cancelación, interpusieron reclamación ante la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) por incumplimiento de la normativa vigente en esta materia.⁹

Por razones metodológicas, limitaremos las referencias de Derecho comparado al ámbito europeo. Conviene señalar, sin embargo, que el conflicto ha empezado a extenderse a algunos países de América latina, muy probablemente por influencia española. Siguiendo el mismo patrón europeo, se han promovido en algunos países campañas para apostatar de la Iglesia cató-

⁵ La sentencia afirma que el hecho de haber sido bautizado en la Iglesia católica constituye una información íntima sobre el individuo, protegida por el art. 9 del Código civil, ordenando al Obispo la cancelación del dato del bautismo en el plazo de 30 días, por ejemplo, poniendo encima tinta negra indeleble. No se ha podido consultar el texto original de la decisión. Hay referencias a la misma en diversas webs promovidas por movimientos laicistas.

⁶ La primera resolución al respecto por parte del Garante Privacy es del 9 de septiembre de 1999. El *provvedimento* puede consultarse en la web institucional (www.garanteprivacy.it).

⁷ En “L’Avvenire d’Italia” de 9-11-1958 se podía leer un artículo titulado “*Sbattezzarsi*”, firmado por L. Bedeschi, en el que se comentaba la solicitud de Aldo Capitini al Arzobispo de Perugia solicitando ser borrado de los registros parroquiales. Cfr. A. MORONI, *Il mutamento di confessione religiosa nell’ordinamento italiano*, Napoli 1963, 21.

⁸ El número de solicitudes puede parecer considerable, pero si se tiene en cuenta el número total de fieles católicos en España (más de 40 millones), la cifra resulta más bien poco relevante. Una descripción completa del conflicto en España puede encontrarse en: F. PÉREZ-MADRID, *Protección de datos personales y apostasía*, “Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado” 19 (2009), 4. Véase también B. GONZÁLEZ MORENO, *El derecho fundamental a la protección de datos personales: su contenido y límites respecto al bautismo y la apostasía*, «Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado» 19 (2009), 3.

⁹ Ley Orgánica 15/1999, de protección de datos personales, de 13 de diciembre (LOPD).

lica al amparo en las leyes de protección de datos personales (denominadas leyes de “Hábeas Data”). Desde el punto de vista de los conflictos jurídicos ocasionados, consideramos destacables dos sentencias del Tribunal Constitucional de Perú sobre esta problemática. La primera, de 17 de abril de 2007 (STC 1004-2006-PHD/TC), declara improcedente una solicitud de “hábeas data” (acción constitucional dirigida a solicitar la corrección de datos en los registros públicos). El Tribunal Constitucional considera que “mediante la acción constitucional de hábeas data no se puede exigir que se emita algún Decreto Arzobispal mediante el cual se considere a un miembro de la iglesia católica en apostasía y cisma, ya que ésta tiene por objeto la protección de los derechos constitucionales (...) y en la demanda lo que se pretende es obligar a una autoridad eclesiástica a que excluya el nombre de un feligrés de un archivo bautismal”. La segunda, de 12 de septiembre de 2011 (STC 00928-2011-PA/TC), declara infundado un recurso contra el Obispado de Callao por el que se pretendía exigir “excomulgar de la fe católica” a un menor mediante el mecanismo de la Apostasía regulado en el Código de Derecho Canónico, disponiendo que la parroquia donde había sido bautizado anotase dicha excomunión.

2. LOS TÉRMINOS DEL DEBATE EN ESPAÑA

2. 1. *Los Libros de bautismos, ¿ficheros o registros?*

El conflicto en España ha sido resuelto a favor de la Iglesia, al considerar que los Libros de bautismos no son ficheros de datos personales.¹⁰ La Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de septiembre de 2008 sostiene que no cabe aceptar que esos datos personales (al menos el nombre y apellidos del bautizado y el hecho mismo de su bautismo) estén recogidos en los Libros de Bautismo como un conjunto organizado, tal y como exige la Ley Orgánica de Protección de Datos (LOPD), sino que “son una pura acumulación de éstos que comporta una difícil búsqueda, acceso e identificación en cuanto no están ordenados ni alfabéticamente, ni por fecha de nacimiento, sino sólo por las fechas de bautismo, siendo absolutamente necesario el conocimiento previo de la Parroquia donde aquel tuvo lugar, no resultando además accesibles pa-

¹⁰ La Audiencia Nacional avaló en un principio la tesis de que los Libros de bautismos, “en la medida en que recogen datos de carácter personal -al menos el nombre y apellidos del bautizado y el hecho mismo de su bautismo- con arreglo a criterios preestablecidos que permiten su tratamiento, tienen la consideración de fichero y están sujetos, en cuanto tales, a la legislación en materia de protección de datos” (Sentencia de 10-10-2007, FJ 2). En consecuencia, ordenaba que el Arzobispado efectuase nota marginal en las partidas de bautismo, haciendo constar que el interesado había ejercitado el derecho a la cancelación del dato del bautismo. Con sentencia de 19 de septiembre de 2008, el Tribunal Supremo anuló el fallo de la Audiencia Nacional.

ra terceros distintos del bautizado, que no podrían solicitar ajenas partidas de bautismo”. La misma sentencia afirma que no cabe apreciar ninguna inexactitud de datos en los Libros de bautismos, puesto que se recoge un dato histórico cierto, a no ser que se acredite la falsedad del bautismo. Cuando se solicita la cancelación de ese hecho, “no se está pretendiendo que se corrija una inexactitud sino que en definitiva se está intentando y solicitando un sistema nuevo y diferente de registro de nuevos datos personales”.¹¹

Para saber en qué medida los Libros de bautismos pueden estar sujetos a las normas de protección de datos habría que preguntarse en primer lugar qué entiende el ordenamiento jurídico de la Iglesia católica por Libros parroquiales y cuál es su función.¹² Los Libros parroquiales de bautizados, matrimonios y defunciones se rigen por el Código de Derecho Canónico, que establece reglas para su gestión.¹³ Estos libros recogen los hechos que determinan el estado canónico de los fieles de la Iglesia como consecuencia de la recepción de un sacramento y cumplen una función eminentemente registral. El propio Código denomina en diversas ocasiones “registros” tanto al Libro de bautismos como al de matrimonios.¹⁴ En el año 2010 la Conferencia Episcopal Española publicó las Orientaciones acerca de los libros sacramentales y parroquiales,¹⁵ en las que se afirma de manera inequívoca que “los libros sacramentales no son ficheros, en el sentido del artículo 3 b) de la Ley Orgánica 15/1999 de Protección de Datos de Carácter Personal, por lo que no hay que comunicar su existencia al Registro General de Protección de Datos” (n. 5).

Como es bien conocido, al desaparecer el Imperio romano, fue la Iglesia quien asumió el llevar constancia de los hechos sociales más importantes pa-

¹¹ STS 19-09-2008, FJ 4.

¹² Sobre la cuestión más amplia de los archivos, registros y ficheros de la Iglesia, véase J. M. FERNÁNDEZ CANTÓN (Ed.), *Los archivos de la Iglesia en España*, León 1978; C. MOLETTE, *Archives, archivistes e Nouveau Code*, «L'Année Canonique» 28 (1984), 101-115; G. FELICIANI, *Il regime giuridico degli archivi ecclesiastici*, «Archiva Ecclesiae» 30-31 (1997-1998), 115 ss.; S. PALESE, *Negli archivi la memoria delle istituzioni ecclesiastiche*, en E. BOAGA-S. PALESE-G. ZITO (a cura di), *Consegnare la memoria. Manuale di archivistica ecclesiastica*, Prato 2003, 13-51; G. BONI, *Gli archivi della Chiesa cattolica. Profili ecclesiasticistici*, Torino 2005. Por parte de la Santa Sede, véase Pontificia Comisión para los Bienes Culturales de la Iglesia, Carta Circular de 2-02-1997 sobre “La función pastoral de los archivos eclesiásticos”, que puede consultarse en la web oficial www.vatican.va.

¹³ Habrán de estar anotados con exactitud y deberán guardarse con diligencia (c. 535.1 CIC); qué tipo de anotaciones deberán hacerse y los contenidos de las certificaciones y las partidas de bautismo (c. 535.2 CIC); los certificados sobre el estado canónico de los fieles deberán llevar la firma del párroco y el sello parroquial (c. 535.3 CIC); los libros no deben ir a parar a manos extrañas y deberán ser revisados por el Obispo diocesano en tiempo de visita (c. 535.4 CIC).

¹⁴ Cfr. cc. 1121.1 y 1122.1 CIC.

¹⁵ Cfr. Conferencia Episcopal Española, “Orientaciones acerca de los libros sacramentales y parroquiales”, xcv Asamblea General, 23 de abril de 2010.

ra la condición jurídica de las personas. La Revolución Francesa secularizó estos registros creando el moderno Registro civil.¹⁶ Con anterioridad a la constitución de éste, los registros parroquiales constituyen en muchos países el asiento de todas las partidas de nacimiento y de las actas de matrimonio. Es precisamente de su intangibilidad de donde deriva la validez de los datos que contienen, por ser rigurosamente históricos y no disponibles por el titular.¹⁷ Por este motivo se puede predicar de los Libros parroquiales las mismas funciones que se adjudican al Registro civil. En primer lugar tienen una función *probatoria* privilegiada, ya que las anotaciones constituyen la prueba ordinaria de haber recibido los sacramentos del bautismo, el matrimonio o la confirmación. En segundo lugar, tienen una función de *constancia y publicidad* de los hechos inscritos. Las anotaciones de estos libros son indispensables para las funciones institucionales de la Iglesia, ya que implican la adquisición de un *status* jurídico en la comunidad eclesial (por ejemplo, la anotación del bautismo es necesaria para el conferimiento de los restantes sacramentos).¹⁸

La Dirección General de Asuntos Religiosos del Ministerio de Justicia en Nota de 6 de julio de 2000 reconocía que “la Iglesia Católica no posee *ficheros* de sus miembros, ni *relación* alguna de ellos” y que “el aparecer reflejado en el asiento del Registro Bautismal no es identificable con la pertenencia a la Iglesia Católica”. El hecho de que una persona se considere o no católico es distinto de si fue o no bautizado, dato que no prejuzga las creencias posteriores de las personas ni su pertenencia a la Iglesia, de modo que el asiento registral de bautismo no es prueba de la condición de católico. Los Libros de bautismos son registros fehacientes del hecho histórico del bautismo recibido y no un fichero de altas y bajas de los miembros de la Iglesia. La Iglesia no posee ficheros de sus miembros porque sería una medida contraria a su naturaleza, y esta práctica no encuentra apoyo en el Ordenamiento canónico.¹⁹ Esto no significa que las entidades de la Iglesia católica puedan tener ficheros de datos de los fieles para el desarrollo de sus actividades propias. La mayoría de los mismos permanecen en el ámbito exclusivo de la Iglesia; otros en cambio pueden trascender a la esfera civil (por ejemplo, en materia fiscal, laboral o de protección de datos, etc.) y están sometidos a las leyes de protección de datos.²⁰

¹⁶ Cfr. J. CASTÁN, *Derecho civil español común y foral*, tomo 1, vol. 2º, Madrid 1984, 508.

¹⁷ Cfr. B. GONZÁLEZ MORENO, *El derecho fundamental a la protección de datos personales*, cit., 36.

¹⁸ Cfr. V. RESTA, *La protezione dei dati personali di interesse religioso dopo l'entrata in vigore del Codice del 2003*, en www.olir.it, septiembre 2005.

¹⁹ Cfr. J. OTADUY, *Iglesia Católica y Ley española de protección de datos: falsos conflictos*, “*Ius Canonicum*” 95 (2008), 136.

²⁰ En España, la AEPD tiene registrados entre los de titularidad privada numerosos fiche-

2. 2. *Los límites de la autonomía de la Iglesia*

Diversos obispos fundamentaron su negativa a someter las anotaciones de los Libros de bautismos a la legislación sobre protección de datos, en la autonomía organizativa y funcional de la Iglesia. Según las autoridades eclesásticas, el derecho fundamental a la protección de datos, estaría limitado por el derecho fundamental de libertad religiosa en su vertiente institucional, que implica la autonomía de la Iglesia para establecer sus propias formas de organización y funcionamiento.²¹

En primera instancia, la Audiencia Nacional consideró legítimo que quien se sintiese inquietado por el contenido del asiento registral del Libro de bautismos, quisiera dejar constancia de su oposición a ser considerado como miembro de la Iglesia; este hecho, según el Tribunal, no puede considerarse ni desproporcionado ni constitutivo de una restricción intolerable de la autonomía de la Iglesia para organizarse libremente.²² En cambio, para el Tribunal Supremo, la llevanza de sus libros y su intangibilidad debe considerarse una manifestación del derecho fundamental de libertad religiosa de la Iglesia, de modo que una Administración integrada en el Estado, como es la Agencia de Protección de Datos, no podría cursarle órdenes que fuesen contrarias a sus propias normas de funcionamiento.²³ El Estado puede amparar el derecho constitucional a la protección de datos personales, pero el modo de desarrollar el ejercicio de ese derecho está limitado por lo dispuesto en el Acuerdo sobre Asuntos Jurídicos entre la Santa Sede y el Estado español. Así, la AEPD podría ordenar que se efectuara la anotación de que se ha ejercitado el derecho de cancelación, pero debería dejar a la Iglesia, sobre la base de su libertad de organización dimanante del derecho de libertad religiosa, la posibilidad de decidir dónde y cómo se debe efectuar tal anotación.²⁴

Sobre este punto, Martínez-Torrón ha recordado que el respeto de la autonomía de las comunidades religiosas, así como de la libertad religiosa de

ros pertenecientes a entidades de la Iglesia católica, tanto diócesis como parroquias y otras entidades. Existen también ficheros de miembros, pero no de la Iglesia católica sino de varias Iglesias evangélicas.

²¹ Sobre el principio de autonomía, cfr. entre otros, G. ROBBERS (ed.), *Church autonomy: a comparative survey*, Frankfurt am Main 2001; M. J. ROCA, *Derechos fundamentales y autonomía de las Iglesias*, Madrid 2005; J. FORNÉS, *El refuerzo de la autonomía de las confesiones en los Acuerdos españoles con confesiones religiosas minoritarias*, "Ius Canonicum" 68 (1994), 525-551; J. MARTÍNEZ-TORRÓN, *Autonomy and self-determination of religious groups*, paper presentado en el Congreso "Comparative Approaches to Regulating Religion and Belief: State Authority and the Rule of Law", celebrado en Beijing, 17 al 19 de Octubre de 2004, *pro manuscripto*.

²² Sentencia 10-10-2007, FJ 6.

²³ Cfr. STS 19-09-2008, FJ 1.

²⁴ *IBIDEM*, FJ 2.

los individuos requiere que las limitaciones a estos derechos persigan un propósito legítimo y estén establecidas explícitamente por la ley. La autonomía es para los grupos lo que la libertad religiosa es para los individuos y reflejan la verdadera esencia del derecho a la libertad religiosa en su dimensión colectiva.²⁵ Para Roca, la cuestión estaría en determinar cómo y en qué medida el Estado puede imponer limitaciones legítimas a la autonomía de las Iglesias o de las comunidades religiosas. El concepto de *orden público* es la clave para determinar dichos límites.²⁶ ¿Está el orden público en peligro cuando la Iglesia deniega a un ciudadano la cancelación del dato registral del bautismo? Creemos que sería muy difícil justificar tal peligro. A juicio de Pérez-Madrid, la anotación obligatoria ordenada por la AEPD viola la autonomía de la Iglesia Católica, en la medida en que se arroga la competencia para decidir qué asientos han dejado de ser necesarios en una materia que corresponde decidir a la propia confesión. Cuando la Administración ordena registrar asientos que constituyen meras voluntades y que desnaturalizan la inscripción original de los archivos de la Iglesia Católica, está interviniendo en un aspecto esencial del derecho a la libre organización, sin que quepa alegar como justificación la protección del orden público.²⁷

Hay que considerar finalmente que la AEPD, en un Informe Jurídico a propósito del acceso a los Libros bautismales para fines de investigación histórica, mantiene el criterio de la intangibilidad de los mismos y de la autonomía de la Iglesia en su gestión.²⁸ No deja de ser paradójico que la Agencia preserve el régimen jurídico canónico y se remita a la autoridad eclesiástica competente para el acceso y la reproducción de datos históricos de bautismo, y ordene en cambio una actuación administrativa específica cuando se trata de datos actuales, al margen del criterio de la misma autoridad eclesiástica.²⁹

3. LA PROTECCIÓN DE DATOS DE LAS CONFESIONES RELIGIOSAS EN OTROS ORDENAMIENTOS JURÍDICOS EUROPEOS

3. 1. Italia

El Estado italiano promulgó en 1996 la primera Ley de protección de datos.³⁰ Esta norma no hacía explícitas referencias a su aplicación a los entes

²⁵ Cfr. J. MARTÍNEZ-TORRÓN, *Autonomy and self-determination of religious groups*, cit., 11 ss.

²⁶ Cfr. M.J. ROCA, *Derechos fundamentales y autonomía de las Iglesias*, cit., 106-111.

²⁷ Cfr. F. PÉREZ-MADRID, *Protección de datos personales y apostasía*, cit., 30-31.

²⁸ Informe Jurídico 0378/2008, accesible en el portal de la AEPD.

²⁹ Cfr. B. GONZÁLEZ MORENO, *El derecho fundamental a la protección de datos personales*, cit., 33.

³⁰ Se trata de la Ley n. 675/1996 de 31 de diciembre, sobre “*Tutela delle persone e di altri soggetti rispetto al trattamento dei dati personali*”.

religiosos, suscitando incertidumbre jurídica respecto a la efectiva sujeción de éstos a dichas normas.³¹ Sobre la base de esta ley se produjeron las primeras solicitudes de tutela al *Garante Privacy* para obtener la efectiva cancelación de los datos de los Libros de bautismos. Los recursos fueron declarados infundados en cuanto los datos no habían sido tratados en violación de la Ley, ni se trataba de datos no actualizados, inexactos o incompletos. Según el Garante, no es posible borrar de la vida de un sujeto los rastros de un acontecimiento realmente sucedido, como es el bautismo; ni la Iglesia, al igual que otras entidades, puede eliminar los rastros de un acontecimiento que la ha afectado, sin modificar la representación de la propia realidad.³²

Los bienes jurídicos en contraste serían el derecho individual a una correcta representación de la propia identidad y a la protección de los datos personales por una parte,³³ y la autonomía de la Iglesia en el desarrollo de sus actividades institucionales por otra; todos ellos constitucionalmente reconocidos en Italia. Tanto el Garante como la jurisprudencia y la mayor parte de la doctrina han considerado la autonomía de la Iglesia como el principal argumento por el que han sido rechazadas las solicitudes de cancelación del dato del bautismo, a diferencia de España, donde, como hemos visto, la autonomía confesional no ha sido tomada en consideración a la hora de juzgar estas peticiones.³⁴ En efecto, la correcta conservación de estos documentos

³¹ La doctrina defendió el principio de autonomía en cuanto expresión del derecho fundamental de libertad religiosa colectiva y la independencia del ordenamiento jurídico de la Iglesia católica, reconocidos en el art. 7.1 de la Constitución italiana y en los Acuerdos de febrero de 1984 entre el Estado italiano y la Santa Sede. Cfr. S. BERLINGÒ, *Si può essere più garantisti del Garante? A proposito delle pretese di "tutela" dai registri del battesimo*, «Quaderni di Diritto e Politica Ecclesiastica» 1/2000, 295 ss.; V. RESTA, *La protezione dei dati personali di interesse religioso*, cit., 2 ss.

³² Tal observación revelaría la voluntad de la Autoridad de tener en cuenta las exigencias de la Iglesia, en cuanto el dato en cuestión no afecta sólo al sujeto que recibe el bautismo, sino también a la vida de otros individuos, además de a la específica misión de la Iglesia. Cfr. S. BERLINGÒ, *Si può essere più garantisti del Garante?*, cit., 321-322. Sobre la cuestión vid. G. DALLA TORRE, *Registro dei battesimi e tutela dei dati personali: luci ed ombre di una decisione*, «Giustizia civile» 1 (2001), 235-241; D. MILANI, *Il trattamento dei dati sensibili di natura religiosa tra novità legislative e interventi giurisprudenziali*, «Il Diritto Ecclesiastico» 1 (2001), 286-287.

³³ Más específicamente se invoca un hipotético "*diritto all'oblio*" (*right to be let alone* o derecho al olvido) por el cual se solicita el borrado material de sus datos del Libro de bautismos. Este derecho, reconocido explícitamente en algunas de las leyes sobre protección de datos, como por ejemplo la francesa (*droit à l'oubli*) no significa un derecho a la eliminación de datos, sino a la limitación en el tiempo de conservación de datos personales almacenados en la memoria de los ordenadores, sin que esto signifique que pasado ese tiempo deban borrarse o destruirse, sino que deben simplemente permanecer anónimos. Cfr. T. GARCÍA-BERRIO, *Informática y libertades*, cit., 347.

³⁴ Hay una Decisión del Tribunal de Padova, de 29-05-2000, que decide el recurso interpuesto ante la primera resolución del Garante. Ha sido publicada en «Quaderni di Diritto e Politica Ecclesiastica», 3/2000, 874-876. Cfr. V. RESTA, *Il trattamento dei dati sensibili di natura*

forma parte de las actividades institucionales de la Iglesia.³⁵ La resolución del Garante de 9 de septiembre de 1999 afirma que el tratamiento de determinados datos, entre ellos el del bautismo, forma parte de ese ámbito de autonomía. Este reconocimiento no implica sin embargo admitir que el Estado italiano haya abdicado en la verificación de las garantías en cuanto al respeto de los derechos fundamentales por parte de las confesiones religiosas.³⁶ Por otra parte, la misma resolución reconocía como legítima la aspiración del interesado de ver correctamente representada la propia imagen en relación a sus convicciones, pero consideraba que ésta puede ser adecuadamente satisfecha a través de medidas distintas de la cancelación, como por ejemplo la simple anotación al margen del dato contenido en el registro; en otros casos se podrá adjuntar a las actas la propia motivación.³⁷ En esta línea, posteriores resoluciones del Garante han ordenado a entidades de la Iglesia introducir las anotaciones marginales de abandono de la Iglesia, suscitando dudas acerca de la naturaleza jurídica de tales resoluciones así como sobre el tipo de vinculación que pueden producir sobre los órganos eclesiales.³⁸

Este modo de enfocar la tutela de la privacidad está en directa relación con la evolución del derecho a la intimidad en los últimos decenios, pasando de una concepción del derecho construida bajo el esquema del derecho de propiedad y expuesta a las insidias de la arbitrariedad del dominio por parte del sujeto interesado, a un derecho a la autodeterminación informativa, en el que se da relieve no sólo al individuo, sino también a los intereses de terceros.³⁹ La doctrina habla de una técnica de “tutela constructiva” que se traduce en el derecho a la integración de los datos. Así, el calificativo de “católico” en cuanto dato constitutivo de la personalidad derivado de la recep-

professionale: questioni ancora aperte dopo l'emanazione del Codice in materia di protezione dei dati personali, «Il Diritto Ecclesiastico», 2-3 (2005), 577.

³⁵ El registro y la conservación del dato del bautismo constituye una función exclusivamente interna de la Iglesia. Cfr. V. RESTA, *La protezione dei dati personali di interesse religioso*, cit., 10.17.

³⁶ Cfr. V. RESTA, *La protezione dei dati personali di interesse religioso*, cit., 10; F.D. BUSNELLI-E. NAVARRETTA, *Battesimo e nuova identità atea: la legge 675/1996 si confronta con la libertà religiosa*, «Quaderni di Diritto e Politica Ecclesiastica» 3 (2000), 861-864.

³⁷ Sobre esta cuestión cfr. S. RODOTÀ, *Privacy e costruzione della sfera privata. Ippotesi e prospettive*, «Politica del Diritto» 1991, 525-543, para quien el derecho de autodeterminación informativa no puede traducirse en un poder absoluto del sujeto de seleccionar las informaciones que le afectan y con las cuales pretende presentarse en público.

³⁸ Estas decisiones han cuestionado la soberanía e independencia de la Iglesia y sus relaciones con el Estado italiano: cfr. V. RESTA, *La protezione dei dati personali di interesse religioso*, cit. 22-23.

³⁹ Cfr. S. RODOTÀ, *Persona, riservatezza, identità. Prime note sistematiche sulla protezione dei dati personali*, «Rivista critica di diritto privato» (1997), 592; S. BERLINGÒ, *Si può essere più garantisti del Garante?*, cit., 298.

ción del bautismo en la Iglesia, no sería susceptible de una absoluta libertad de disposición por parte del titular. La gestión de este aspecto debe ser actuada mediante un sistema de ponderación de valores desde una óptica relacional, ya que el hecho histórico de la recepción del bautismo no produce consecuencias sólo en el sujeto que lo recibe, sino también en la Iglesia y en sus miembros, que son portadores de intereses en relación al bautizado que decide abandonar la Iglesia. De hecho, el derecho a la identidad no queda lesionado siempre y cuando no se impida el surgir de una nueva identidad (atea o marcada por otro tipo de creencias).⁴⁰

En el año 2003 entró en vigor un nuevo *Codice in materia di protezione dei dati personali*.⁴¹ El art. 181.6 dispone que las confesiones religiosas que a su entrada en vigor hayan adoptado las medidas de garantía indicadas en el art. 26.3, a) pueden continuar realizando su actividad de tratamiento de datos en el respeto de dichas normas.⁴² La doctrina ha interpretado que la exención establecida por la norma se refiere al conjunto de la actividad de tratamiento de los datos personales, en el respeto de las reglas de tutela establecidas por las confesiones, atendiendo al principio de autonomía de éstas.⁴³ En efecto, resultaría paradójico considerar a las confesiones exentas de las disposiciones más gravosas previstas para el tratamiento de los datos sensibles y al mismo tiempo someterlas al complejo de obligaciones previstas para el tratamiento de los datos comunes.⁴⁴ Así lo ha interpretado también la Conferencia Epis-

⁴⁰ Cfr. A. PERLASCA, *L'abbandono della Chiesa cattolica e libertà religiosa. Implicazioni canoniche e di diritto ecclesiastico*, «Quaderni di Diritto Ecclesiale» 20 (2007), 77-78.

⁴¹ Decreto legislativo 196/2003, publicado en el Suplemento n. 123 de la «Gazzetta Ufficiale» el 29-07-2003.

⁴² Se excluyen de la aplicación de la norma sobre el tratamiento de los datos sensibles los “datos relativos a los miembros de las confesiones religiosas y a los sujetos que tienen contactos regulares con dichas confesiones en relación a las finalidades de tipo exclusivamente religioso, efectuado por los correspondientes organismos, es decir, por entidades religiosas civilmente reconocidas, siempre y cuando los datos no sean comunicados o difundidos fuera de esas confesiones. Éstas determinarán idóneas garantías en relación a los tratamientos efectuados, en el respeto de los principios indicados al respecto con autorización del Garante”.

⁴³ El respeto de la autonomía interna explicaría que este régimen sea de aplicación en el tratamiento interno de los datos, es decir, en el desarrollo de las propias actividades institucionales. De este modo el Estado reconoce la soberanía de tales sujetos en el propio orden, a la vez que mantiene su competencia siempre que tales datos salgan del ámbito de la confesión. Cfr. V. RESTA, *La protezione dei dati personali di interesse religioso*, cit., 13; R. TERRANOVA, *Buona fama e riservatezza: il trattamento dei dati personali tra diritto canonico e diritto dello Stato*, «Il Diritto ecclesiastico» 1 (2001), 304. En contra de esta opinión mayoritaria, cfr. N. COLAIANNI, *Banche dati e libertà religiosa*, «Quaderni di Diritto e Politica Ecclesiastica» 1/1994, 33.

⁴⁴ Cfr. S. BERLINGÒ, *Si può essere più garantisti del Garante*, cit., 309; V. MARANO, *La protezione dei dati personali fra diritto statutale e “garanzie” confessionali*, «Ius Ecclesiae» 1 (2006), 79; V. RESTA, *La protezione dei dati personali di interesse religioso*, cit. 15. En el mismo sentido, cfr. F. D. BUSNELLI-E. NAVARRETTA, *Battesimo e nuova identità atea*, cit., 858.

copal italiana en una nota difundida tras la entrada en vigor del *Codice*.⁴⁵ La aplicación de esta disposición estaría supeditada al cumplimiento de los requisitos mencionados en la norma: el tratamiento de datos debe realizarse en relación a las actividades de carácter religioso y debe ser efectuado por organismos que tengan personalidad jurídica civil; por último, los datos deben mantenerse en el ámbito de la entidad y no ser comunicados o difundidos fuera de ella, ya que a nivel externo esos datos asumirían nuevamente la potencialidad de ser utilizados con fines discriminatorios.⁴⁶ En todo caso, el Estado tendría el deber de tutelar el respeto de los derechos inviolables de la persona en cuanto al tratamiento de sus datos personales efectuado por las confesiones religiosas.⁴⁷ Sería por tanto coherente interpretar las actuaciones del Garante en esta cuestión como actividad de control del cumplimiento de los principios fundamentales de la protección de datos personales.⁴⁸

Este planteamiento supone un punto de equilibrio entre la soberanía del Estado y la autonomía de las confesiones, en una materia que ha sido considerada por los autores como “res mixta” y podría ser en un futuro objeto de específicos acuerdos entre Estado e Iglesia.⁴⁹ Por otra parte, los desarrollos del principio de laicidad imponen una reconstrucción coherente con el contenido positivo de la libertad religiosa y de la laicidad, con el papel reconocido a las instituciones religiosas en relación a las exigencias de las personas y con los límites impuestos a las competencias estatales en materia religiosa.⁵⁰ La *Corte Costituzionale* italiana corrobora esta idea al considerar que la

⁴⁵ Nota sobre “Privacy, protezione dei dati personali ed enti della Chiesa cattolica: prime indicazioni alla luce del “Codice in materia di protezione dei dati personali”. El texto íntegro de la nota se encuentra en la web oficial de la Conferencia Episcopal (www.chiesacattolica.it)

⁴⁶ Cfr. V. RESTA, *Il trattamento dei dati sensibili di natura confessionale*, cit., 577. El uso ilegítimo de los datos personales estaría sometido a las normas estatales si tiene relevancia civil. Si los efectos son exclusivamente en el ámbito confesional, se produciría, según la doctrina, una especie de compresión del derecho hasta que no se produjese una ruptura con el grupo religioso de pertenencia: G. NAPOLITANO, *La banca dati dell'associazione*, «Politica del Diritto» 2 (1993), 339.

⁴⁷ Cfr. V. MARANO, *La protezione dei dati personali fra diritto statutale e “garanzie” confessionali*, cit., 79; F. D. BUSNELLI-E. NAVARRETTA, *Battesimo e nuova identità atea*, cit., 858. Hasta el momento el Estado italiano no ha establecido un procedimiento sobre el juicio de idoneidad en relación a las normas confesionales en esta materia. Cfr. V. RESTA, *La protezione dei dati personali di interesse religioso*, cit. 29 ss.

⁴⁸ En este sentido S. BERLINGÒ, *Si può essere più garantisti del Garante?*, cit., 314-315 y 319; F. D. BUSNELLI-E. NAVARRETTA, *Battesimo e nuova identità atea*, cit., 861; D. MILANI, *Il trattamento dei dati sensibili di natura religiosa tra novità legislative e interventi giurisprudenziali*, cit., 287.

⁴⁹ Cfr. A. VITALONE, *Buona fama e riservatezza in diritto canonico*, «Ius Ecclesiae» 14 (2002), 271.

⁵⁰ Cfr. C. MIRABELLI, *Prospettive del principio di laicità*, «Quaderni di Diritto e Politica Ecclesiastica» 2/2001, 334. Sobre el principio de laicidad positiva, véanse las intervenciones de R. Navarro-Valls en A. RUIZ MIGUEL-R. NAVARRO-VALLS, *Laicidad y Constitución*, Madrid 2009.

laicidad del Estado no implica indiferencia ante las religiones, sino garantía del Estado para la salvaguarda de la libertad de religión en un régimen de pluralismo confesional y cultural.⁵¹

3. 2. Alemania

El peculiar sistema germánico en materia de relaciones del Estado con las Iglesias favorece el contacto entre ambas instancias, al configurarse estas últimas como corporaciones de Derecho público, ya que se genera entre ellas un flujo de informaciones que afecta directamente a la protección de datos personales.⁵² El sistema alemán de impuestos eclesiásticos prevé la transmisión de datos concernientes a la religión de pertenencia de los empleados de los empresarios a los órganos estatales encargados de la recaudación.⁵³ Las autoridades estatales tienen derecho a informarse sobre la pertenencia a una determinada confesión religiosa de los ciudadanos, si de ello dependen derechos o deberes o lo requiere la ley con fines estadísticos.⁵⁴ Por otra parte, se reconoce a las Iglesias el acceso a las instituciones públicas (hospitales, establecimientos penitenciarios, etc.) con el fin de conocer quiénes pertenecen a la respectiva confesión para ofrecer sus servicios pastorales.⁵⁵ A la vez, el sistema registral de las Iglesias está estrechamente ligado al estatal: cuando una persona se traslada de domicilio, las autoridades estatales envían información sobre el cambio de residencia a la Iglesia de pertenencia. En las escuelas públicas, a excepción de las escuelas libres no confesionales, la enseñanza de la religión es obligatoria; por este motivo, se informa a las confesiones sobre la religión a la que pertenecen los estudiantes. También es frecuente la comunicación entre confesiones religiosas, por lo que se refiere a la celebración de matrimonios mixtos o en caso de cambio de confesión.⁵⁶

En Alemania existen normas sobre protección de datos desde 1977 (Ley sobre la protección de las informaciones).⁵⁷ Las confesiones religiosas que son

⁵¹ Cfr. S. BERLINGÒ, *Si può essere più garantisti del Garante?*, cit., 309.

⁵² Cfr. G. ROBBERS, *Estado e Iglesia en la República Federal de Alemania*, en IDEM (ed.), *Estado e Iglesia en la unión Europea*, Madrid 1996, 61.

⁵³ El empresario debe tener conocimiento de la confesión religiosa a la que pertenecen sus empleados para poder realizar la detracción del impuesto. La administración estatal debe conocer también a qué confesión pertenece para destinar el importe del impuesto a dicha comunidad religiosa.

⁵⁴ Art. 136 cpv WRV iVm art. 140 GG.

⁵⁵ Art. 141 WRV iVm Art. 140 GG.

⁵⁶ Cfr. G. ROBBERS, *La tutela giuridica delle informazioni della Chiesa nella Repubblica Federale Tedesca*, «Quaderni di Diritto e Politica Ecclesiastica» 1/1994, 12-13. Este régimen sigue vigente en la ley de protección de datos, en la que se autoriza a las corporaciones públicas, incluidas las confesiones religiosas que hayan previsto medidas suficientes de protección de datos, al tratamiento y transmisión entre ellas de datos dentro del cumplimiento de sus finalidades (arts. 14 y 15).

⁵⁷ Cfr. *Ibidem*, 7. En el año 1990 se promulgó una Ley federal específica en materia de

corporaciones de derecho público no están sujetas a estas leyes. Este planteamiento se considera el más coherente con el derecho de autonomía y autogobierno que la Constitución alemana les garantiza. En efecto, la doctrina estima que una aplicación generalizada de dichas leyes a las confesiones limitaría injustamente su autonomía de organización y la administración de sus actividades internas. La Ley federal de 1990 no preveía explícitamente exenciones a la misma, ya que se consideró innecesaria tal medida: durante la fase de discusión, incluso las propuestas que pretendían someter a las Iglesias a la norma, aceptaban que esta aplicación debería ser subsidiaria respecto a las normas internas de éstas en materia de protección de datos.⁵⁸ Se aceptaba además la facultad de autorregulación de las Iglesias para la protección de los datos concernientes a las actividades meramente internas.⁵⁹

La Ley de 2003 tampoco prevé explícitamente exenciones a su aplicación. Esta norma establece distintos regímenes para entes públicos y privados: el artículo 15(3) prevé para las confesiones religiosas que hayan tomado “medidas suficientes en materia de protección de datos”, el mismo régimen que para las corporaciones públicas. Las normas confesionales deberán en todo caso respetar el principio constitucional de la protección de datos, que vincula no sólo a los órganos estatales sino también a las confesiones religiosas.⁶⁰ Éstas, en base a su derecho de autorregulación podrán establecer modalidades particulares de aplicación del principio.⁶¹ La doctrina alemana ha asumido además que las normas federales en materia de protección de datos no se aplican a las confesiones siempre que el tratamiento de los datos se realice en el desarrollo de sus actividades institucionales (pertenencia a la comunidad, cuestiones relativas al culto, al ejercicio de cargos y otras funciones análogas de organización interna de las confesiones).⁶²

protección de datos personales; posteriormente los Länder han emanado leyes regionales en esta materia. En 2003 se promulgó una nueva Ley federal de protección de datos que incorpora los principios de la Directiva 95/46/CE (*Federal Data Protection Act* de 14-01-2003, Publicada en el n. 1 de la Gaceta Oficial de 2003, 66). La Ley ha sufrido algunas enmiendas en agosto de 2009.

⁵⁸ Tanto la Iglesia Evangélica Alemana como la Iglesia católica han dictado normas específicas en esta materia a partir de 1977. La Iglesia católica estableció en 1977 normas sobre protección de datos; la Iglesia Evangélica dictó ese mismo año las primeras normas en esa materia, modificadas en 1984 y en 1993. Cfr. V. PIGNEDOLI, *Privacy e libertà religiosa*, Milano 2001, 178.

⁵⁹ Cfr. U. DAMMANN, *Die Anwendung des neuen Bundesdatenschutzgesetzes auf die öffentlich-rechtlichen Religionsgesellschaften*, NVwZ 1992, 1148, citado por G. ROBBERS, *La tutela giuridica delle informazioni della Chiesa nella Repubblica Federale Tedesca*, cit., 9.

⁶⁰ Art. 2 cpv. 1 iVm art. 1 cpv 1 GG.

⁶¹ Cfr. G. ROBBERS, *Estado e Iglesia en la República Federal de Alemania*, cit., 62.

⁶² Cfr. U. DAMMANN, *Die Anwendung des neuen Bundesdatenschutzgesetzes*, cit., 1049. Se trata de la interpretación más restrictiva, que según otros autores no tiene suficientemente en

4. DERECHO A LA INTIMIDAD Y TUTELA DE DATOS PERSONALES EN EL DERECHO CANÓNICO

Tanto en Italia como en Alemania se ha tomado en consideración la autonomía de las Iglesias en todo lo referente al tratamiento y a la gestión de datos personales, siempre que dicho tratamiento se realice en ejercicio de las actividades institucionales y no salga propiamente del ámbito confesional. En ambos países se tiene en cuenta el hecho de que las confesiones hayan establecido sus propias normas internas para la protección de los datos personales de sus fieles. Será oportuno examinar brevemente estas normas confesionales, aunque nos limitaremos a la Iglesia católica, por ser la única institución religiosa implicada en estos conflictos, tanto en Italia como en España.⁶³

La Iglesia tutela también el derecho a la intimidad y los datos que obran en sus archivos. Tal protección debe considerarse una “res mixta”, ya que afecta tanto al derecho estatal como al ordenamiento canónico.⁶⁴ El vigente Código de Derecho Canónico reconoce expresamente el derecho de la persona a la buena fama y a la intimidad en el c. 220, considerándolo un derecho natural que ostentan todas las personas y no sólo los bautizados.⁶⁵ La *intimitas* en sentido estricto es aquello que pertenece al ámbito específicamente personal, del fuero interno; en un sentido amplio incluye todas aquellas realidades que no forman parte de lo público y notorio, lo que pertenece a la esfera puramente privada de las personas.⁶⁶ La esfera de libertad determinada por este derecho es considerada un ámbito de inmunidad ante la jerarquía y ante los demás fieles y está constituida por las actuaciones de exclusiva responsabilidad del fiel en el específico desarrollo de las actividades propias de los miembros de la comunidad eclesial.⁶⁷

cuenta el alcance del principio constitucional de autonomía de las iglesias. Cfr. G. ROBBERS, *La tutela giuridica delle informazioni della Chiesa nella Repubblica Federale Tedesca*, cit., 9-10.

⁶³ Otras confesiones religiosas presentes en España han ido estableciendo criterios y normas de actuación al respecto, siguiendo los pasos de la Iglesia católica. Un buen ejemplo es el documento emanado en la 56 Asamblea General de la FIEDE (Federación de Iglesias Evangélicas Independientes de España) “Protección de datos en el ámbito de las Iglesias y Entidades religiosas Evangélicas”, disponible en el sitio web oficial: www.fieide.org

⁶⁴ Cfr. A. VITALONE, *Buona fama e riservatezza in diritto canonico*, cit., 271.

⁶⁵ Sobre el derecho a la intimidad en el ordenamiento canónico cfr. D. CENALMOR, *Comentario al c. 220* en “Comentario Exegético al Código de Derecho Canónico”, vol. II, Pamplona 1996, 137-142; A. SOLFERINO, *I diritti fondamentali del fedele: il diritto alla buona fama e all'intimità*, en R. BERTOLINO-S. GHERO-G. LO CASTRO (a cura di), *Diritto “per valori” e ordinamento costituzionale della Chiesa*, Torino 1996, 372-382. En cuanto a su consideración como derecho natural, cfr. A. DEL PORTILLO, *Fieles y laicos en la Iglesia. Bases de sus respectivos estatutos jurídicos*, Pamplona 1969, 155-156.

⁶⁶ Cfr. D. CENALMOR, *Comentario al c. 220*, cit., 141.

⁶⁷ Cfr. J. HERVADA-P. LOMBARDÍA, *El Derecho del Pueblo de Dios*, vol. I, Pamplona 1970, 299-300.

Por otra parte, el ordenamiento canónico tutela derechos específicos relacionados con la intimidad, como el derecho de acceso a los archivos así como la reserva en las certificaciones, mediante las disposiciones universales y también a través de normas particulares.⁶⁸ El tratamiento de los datos (su adquisición, conservación y utilización) que están en poder de la Iglesia católica y sus instituciones, son necesarios para el desarrollo de sus actividades institucionales. Naturalmente, tales actividades deberán desarrollarse en el respeto del derecho fundamental a la intimidad, teniendo en cuenta el eventual interés del sujeto a una no utilización de los mismos.⁶⁹

Algunas Conferencias Episcopales de países europeos han dictado normas particulares sobre protección de datos personales. Ya se ha dicho que la Iglesia católica en Alemania tiene una regulación propia sobre protección de datos personales desde el año 1977. En España, a raíz de las reclamaciones ante la AEPD, la Conferencia Episcopal Española publicó Orientaciones sobre el modo de proceder en caso de declaración de abandono formal de la Iglesia católica o de solicitud de cancelación de la partida de bautismo.⁷⁰ En el año 2010 ha establecido unas Orientaciones acerca de los libros sacramentales y

⁶⁸ Cfr. D. MILANI, *La tutela dei dati personali nell'ordinamento canonico: interessi istituzionali e diritti individuali a confronto*, en www.olir.it, marzo 2005, 9 ss. En cuanto a las normas canónicas, cfr. los cc. 487-491 y 428 CIC por lo que se refiere a la custodia y derecho de acceso a los archivos diocesanos; cc. 535.1 y 4, 555.1 y 3 CIC en relación a los archivos parroquiales; el c. 487.2 CIC reconoce el derecho a recibir copia auténtica de los documentos que se refieran a su estado personal. La Conferencia Episcopal Italiana ha definido con precisión las garantías a través de diversas disposiciones: *Delibera* de la Asamblea General n. 18 de 6-09-1984, sobre las certificaciones de bautismo y matrimonio de hijos adoptivos; *Schema-tipo di regolamento degli Archivi ecclesiastici italiani*, aprobado por el Consejo Episcopal Permanente en la sesión de 27-03-1995 y el Decreto General 1285/99 de 20 de octubre, sobre "*Disposizioni para la tutela del derecho a la buena fama y a la privacidad*". Por su parte, la Conferencia Episcopal Española ha publicado las ya mencionadas "Orientaciones acerca de los libros sacramentales y parroquiales" en la 95ª Asamblea Plenaria, con fecha 23 de abril de 2010.

⁶⁹ Cfr. R. TERRANOVA, *Buona fama e riservatezza*, cit., 301. Cabría distinguir entre el derecho a la conservación de los datos por parte de la institución eclesial competente, en cuanto datos relativos a la celebración de los sacramentos y al estado de las personas, y el derecho del fiel a que sus datos puedan ser utilizados sólo con autorización de la autoridad competente: cfr. A. MONTAN, *Gli atti sacramentali com atti giuridici*, en *L'atto giuridico nel Diritto canonico*, Città del Vaticano 2002, 63.

⁷⁰ Las primeras orientaciones se dieron con ocasión de la promulgación de la LOPD en el año 1999, seguidas de otras en el año 2005. Con posterioridad se publicaron unas "Orientaciones sobre el modo de proceder en caso de declaración de abandono formal de la Iglesia católica o de solicitud de cancelación de la partida de bautismo", xci Asamblea plenaria de la Conferencia Episcopal, 3-7 de marzo de 2008. Finalmente en 2010 se publicaron unas nuevas Orientaciones acerca de los libros sacramentales y parroquiales (23 de abril de 2010). Las *Orientaciones*, como su propio nombre sugiere, no constituyen norma jurídica. La competencia legislativa permanece intacta en manos de los obispos en sus diócesis, que podrán, si lo estiman oportuno, tomar como referencia para la regulación de la materia las disposiciones de la Conferencia Episcopal.

parroquiales que han sido ya mencionadas.⁷¹ Pero no puede afirmarse que haya en España una normativa específica sobre protección de la privacidad y de los datos personales, como determinación de las normas universales del Código de Derecho Canónico.

Es en Italia donde se han dado normas más específicas, con posterioridad a la Directiva europea del año 1995, en esta materia. En el año 1999 la Conferencia Episcopal promulgó un Decreto General sobre “*Disposiciones para la tutela del derecho a la buena fama y a la privacidad*”, con el objetivo de armonizar y coordinar el ordenamiento canónico vigente en ese país con los desarrollos del derecho estatal e internacional en materia de privacidad, en el respeto de la recíproca autonomía.⁷² Si bien se trata de una disposición aplicable sólo en Italia, el estudio de algunos aspectos de su contenido resulta de interés en cuanto refleja una determinada interpretación y aplicación del derecho a la protección de datos en el ámbito de la Iglesia católica y en relación a sus actividades específicas. La normativa se dirige a garantizar que la adquisición, conservación y utilización de los datos personales relativos a los fieles, a las entidades eclesiales y a las personas que entran en contacto con dichos sujetos, se desarrollen en el pleno respeto del derecho de la persona a la buena fama y a la intimidad reconocidos en el Código de Derecho Canónico.⁷³ El aspecto que resulta más relevante para la cuestión que estamos estudiando es la decisión del legislador canónico de establecer un régimen diverso para los registros y para los ficheros de datos personales, según se verá a continuación, atendiendo a la distinta finalidad y naturaleza jurídica de ambos tipos de documentos.

a) Régimen de los registros eclesiales: el artículo 2 del Decreto General establece el concepto canónico de “registro”, entendido como “el volumen en el que se anotan, en sucesión cronológica y con índices, la efectiva celebración de los sacramentos u otros hechos; los datos contenidos en los regis-

⁷¹ Cfr. “Orientaciones acerca de los libros sacramentales y parroquiales” en la xcv Asamblea Plenaria, con fecha 23 de abril de 2010. Concretan aspectos prácticos sobre las anotaciones, la llevanza, la conservación y el acceso a los libros sacramentales. Estas orientaciones han sido objeto de normas específicas de carácter diocesano e interdiocesano. Véase, a título de ejemplo el desarrollo en algunas diócesis andaluzas: Asamblea de Obispos del Sur, “Reglamento marco de los Archivos de la Iglesia en Andalucía” de 22 de enero de 2008; Obispos de la Provincia Eclesiástica de Granada, “Normas complementarias sobre Archivos parroquiales y su funcionamiento en las salas de consulta”, de 4 de Noviembre de 2011. Estas normas han sido promulgadas en cada una de las diócesis.

⁷² Decreto General 1285/99 de 20 de octubre, “*Disposiciones para la tutela del derecho a la buena fama y a la privacidad*”. Sobre esta norma cfr. D. MOGAVERO, *Diritto alla buona fama e alla riservatezza e tutela dei dati personali. Nota al Decreto generale della Conferenza Episcopale Italiana; Disposizioni per la tutela del diritto alla buona fama e alla riservatezza, 20 ottobre 1999*, «Ius Ecclesiae» 2 (2000), 589-610; C. REDAELLI, *Il Decreto generale della CEI sulla privacy*, «Quaderni di Diritto Ecclesiale» 14 (2001), 310-329.

⁷³ Decreto General 1285/99, Art. 1.

tros pueden ser también recopilados en un “archivo magnético”, que no será sustitutivo de los registros, debiéndose observar las disposiciones del art. 3.2 del mismo Decreto, relativas a los archivos eclesiales. Respecto al derecho de acceso a los registros, el artículo 2.5 establece que cualquier persona tiene el derecho de pedir y obtener, personalmente o mediante procurador, certificados, extractos o copias de sus datos personales; se excluyen los datos que no pertenezcan al peticionario, que quedan bajo secreto. El art. 2.6 reconoce expresamente por primera vez un derecho a la corrección de los datos personales “si resultan erróneos o no actualizados” y el art. 2.7 declara “el derecho de solicitar la inscripción en los registros de anotaciones congruentes”.⁷⁴ La petición debe ser presentada por escrito, y la anotación hecha al margen del acta constituye parte integrante de la misma. El responsable de los registros debe comunicar por escrito al solicitante que se ha realizado la anotación. En caso de denegación, la petición debe ser anotada y conservada en un apéndice del registro correspondiente; el responsable del registro debe dar comunicación escrita al interesado, que podrá renovar la petición ante el Ordinario diocesano.

El art. 2.8 prescribe que la transmisión de los datos contenidos en los registros sólo se permite a petición de la persona interesada o bien con su consentimiento expreso y por escrito. Finalmente, el art. 2.9 establece que “la petición de cancelación de datos registrados es inadmisiblesi se refieren a la celebración de los sacramentos o atienen al estado de las personas. Tal solicitud debe ser anotada en el registro y se obliga al responsable a no utilizar los datos a no ser con la autorización del Ordinario diocesano”. La *ratio* de esta medida viene dada por la indispensabilidad de la conservación de tales datos para el desarrollo de las actividades institucionales de la Iglesia.⁷⁵

b) Los ficheros de datos personales (*elenchi* y *schedari*): los ficheros de datos personales constituyen los instrumentos ordinarios de recogida y de gestión de los datos necesarios para el desarrollo de las actividades institucionales, instrumentales y promocionales de los sujetos sometidos al Ordenamiento canónico. Dichos sujetos tienen derecho a poseer listados con los datos necesarios para la preparación, desarrollo y documentación de las actividades institucionales; la gestión y custodia de los datos personales debe efectuarse asegurando la tutela de la privacidad de los datos contenidos en esos archivos. La cancelación de los datos personales, solicitada por escrito por parte del sujeto interesado al responsable, debe ser siempre atendida y comporta la transferencia de los mismos al archivo del ente para que sean custodiados a título de documentación. El art. 4.5 determina que el uso de los datos

⁷⁴ Se percibe un claro influjo de las normas estatales italianas, concretamente de la Ley 675/ 1996. Cfr. D. MILANI, *La tutela dei dati personali nell'ordinamento canonico*, cit., 17.

⁷⁵ Cfr. R. TERRANOVA, *Buona fama e riservatezza*, cit., 310.

personales contenidos en los ficheros de datos está sujeto, en el respeto de la estructura y de la finalidad de los entes eclesiásticos, a las específicas leyes del Estado Italiano, en el sentido establecido en el art. 7.3 del Acuerdo de febrero de 1984.⁷⁶

Este análisis nos permite señalar, por una parte, que la noción canónica de registro es distinta de la de fichero de datos personales, de ahí que se haya establecido un régimen distinto para cada caso y se excluya la posibilidad de cancelar datos de los registros, mientras tal operación está prevista para los ficheros. En segundo lugar, esta regulación pone de manifiesto que la Iglesia, en un sistema concordatario muy semejante al español, considera sometidos a la legislación estatal sobre la materia todos los ficheros de datos personales en posesión de las entidades eclesiásticas. Este sería el motivo por el que se establece un régimen jurídico diverso para los registros y para los ficheros de datos personales: los primeros, en cuanto documentos destinados exclusivamente a las actividades institucionales de la Iglesia (actividades de religión y de culto), estarían sometidos únicamente al ordenamiento canónico, en posición de independencia respecto a la concurrente normativa estatal civil y penal; los ficheros de datos en cambio, estarían sujetos a un régimen mixto en el que, en función de su finalidad, podrían estar sometidos además a las leyes estatales en materia de protección de datos, puesto que pueden estar conectados con la realización de actividades no exclusivamente institucionales.⁷⁷

5. LIBERTAD RELIGIOSA Y DERECHO A LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES

Es significativo que la mayor parte de los que han solicitado la tutela estatal de protección de datos ha ignorado el procedimiento previsto en el ordenamiento canónico para apostatar, es decir, para realizar el acto formal de abandono de la Iglesia, ejerciendo el derecho fundamental de libertad religiosa. Por otra parte, nadie ha denunciado un uso ilegítimo del tratamiento informático de sus datos por parte de la Iglesia católica, ni ha alegado una vulneración del derecho fundamental al honor o a la intimidad personal o

⁷⁶ Se indica que las actividades diversas de las religiosas y de culto, desarrolladas por los entes eclesiásticos, están sujetas, en el respeto de la estructura y finalidad de tales entes, a las leyes del Estado que se refieren a tales actividades y al régimen tributario previsto por las mismas.

⁷⁷ Cfr. A. VITALONE, *Buona fama e riservatezza in diritto canonico*, cit., 268-169; D. MILANI, *La tutela dei dati personali nell'ordinamento canonico*, cit., 17-18; D. MOGAVERO, *Diritto alla buona fama e alla riservatezza e tutela dei dati personali*, cit., 600. El art. 4 del Decreto distingue la mera tenencia de los datos (redacción, gestión y custodia) y su uso: en el primer caso, los ficheros se regulan por el Derecho canónico, en el segundo, están sometidos al régimen estatal común.

familiar. Uno de los aspectos que suscita mayor perplejidad, por las consecuencias contradictorias a que ha dado lugar, es la constatación de que los datos personales de los apóstatas, que con tanto celo se ha intentado proteger de un eventual tratamiento antijurídico, figuran ahora en todos los ficheros y bases de datos de jurisprudencia y sus nombres y apellidos son del dominio público.⁷⁸ Datos especialmente protegidos como son las creencias (el rechazo de una fe religiosa, en este caso) son accesibles ahora en periódicos digitales, reseñas de prensa en internet o notas de agencia y se han incorporado, de hecho, a fuentes accesibles al público, según la terminología legal, produciéndose una vulneración directa del derecho fundamental a la protección de datos personales. Lo cual pone de manifiesto que no se perseguía la protección de la intimidad, sino realizar una campaña mediática con otros propósitos, legítimos quizá, pero distintos de los amparados por la legislación sobre protección de datos.⁷⁹

No existe pues un conflicto real entre el derecho a la intimidad y el derecho de salida de una confesión religiosa, o entre el derecho del individuo a la protección de sus datos y la libertad religiosa en su dimensión colectiva. Se ha intentado utilizar inadecuadamente una norma que regula un aspecto del derecho a la intimidad como instrumento para ejercitar un derecho distinto, el derecho de abandonar la Iglesia católica. Este derecho forma parte integrante del derecho de libertad religiosa, tutelado por el Estado. Pero el acto de salida o apostasía es en sí un acto de naturaleza religiosa, que debe ser regulado por la propia confesión religiosa. Así lo ha hecho la Iglesia católica, al prever la figura del acto formal de abandono.⁸⁰ El aparente conflicto surge

⁷⁸ Cfr. B. GONZÁLEZ MORENO, *El derecho fundamental a la protección de datos personales*, cit., 7.

⁷⁹ Los organismos estatales con funciones tan importantes como las desempeñadas por las Agencias de protección de datos no deberían prestarse a lo que son de hecho prácticas abusivas.

⁸⁰ La Santa Sede ha dado en el año 2006 directrices sobre las formalidades requeridas para realizar el abandono de la Iglesia católica. Posteriormente, a nivel particular algunas Conferencias Episcopales y Diócesis han especificado algunos aspectos más. Cfr. PONTIFICIO CONSEJO PARA LOS TEXTOS LEGISLATIVOS, *Carta circular sobre el "actus formalis defectionis ab Ecclesia Catholica*, 13 marzo 2006 (Prot. N° 10279/2006), «Communicationes» 38 (2006), 180-182. CONFERENCIA EPISCOPAL ESPAÑOLA, *Orientaciones sobre el modo de proceder en caso de declaración de abandono formal de la Iglesia católica o de solicitud de cancelación de la partida de bautismo*, XCI Asamblea plenaria de la Conferencia Episcopal, 3-7 de marzo de 2008. La canonística ha tratado ampliamente sobre esta cuestión. Véase, por ejemplo: J. PASSICOS, *L'acte formel*, cit., 51-57; P. ETZI, *L'atto giuridico formale aspetti canonici (cann. 1086 § 1; 1117; e 1124 del CIC*, «Revista Española de Derecho Canónico» 57 (2000), 691-720; F. R. AZNAR GIL, *El acto formal de defección de la Iglesia Católica. Carta circular del Consejo Pontificio para los Textos Legislativos (13 marzo 2006). Texto y comentario*, «Revista Española de Derecho Canónico» 63 (2006), 125-196; M. MOSCONI, *L'abbandono pubblico o notorio della Chiesa cattolica e in particolare l'abbandono con atto formale*, «Quaderni di Diritto Ecclesiale» 20 (2007), 38-41; F. MARTI, *Quali novità riguardo all'atto formale di defezione dalla Chiesa cattolica di cui*

en todo caso de la elección de un cauce inadecuado de tutela y por tanto su resolución debe ir en la dirección de ejercitar cada derecho fundamental por las vías previstas por el ordenamiento jurídico. No cabe trasladar al ordenamiento jurídico o a las instituciones un problema que es del propio interesado y sólo él debe resolver.⁸¹

6. CONCLUSIONES

La cuestión suscitada no pone de manifiesto un conflicto de libertad religiosa, sino en todo caso una cuestión acerca de la autonomía de las confesiones religiosas en la gestión de sus archivos y registros y más de fondo, un auténtico conflicto de jurisdicciones entre la Administración del Estado y los órganos de la Iglesia católica.

En España el debate no ha quedado cerrado, ya que el pronunciamiento del Tribunal Supremo se ha limitado a negar que los Libros de bautismos sean archivos de miembros, sin afrontar la cuestión sobre cuál es su naturaleza jurídica. Los Libros parroquiales, según se ha podido ver, son registros de los sacramentos administrados. La correspondencia funcional entre estos libros y el Registro Civil es exacta. Atendiendo a su naturaleza el ordenamiento canónico hace una neta distinción entre registros y ficheros, atribuyéndoles diverso régimen jurídico en aras a la protección de datos. Los Libros bautismales concuerdan mejor con la legislación registral que con la legislación sobre protección de datos, basada en el concepto de fichero.⁸² Es precisamente de su intangibilidad de donde deriva la validez de los datos que contienen, por ser rigurosamente históricos y no disponibles por el titular, por eso el concepto mismo de “cancelación de los datos” es ajeno a la esencia de los registros. De ahí que la mencionada sentencia del Tribunal Superior de Coutances de octubre de 2011 en la que se ordena a las autoridades eclesiásticas competentes “tachar con tinta negra” el dato del bautismo recibido resulte, cuanto menos, inquietante.

Ni los Libros parroquiales son ficheros, ni los registros incluidos en ellos son datos personales, sino hechos históricos de carácter indeleble y como tales sólo dan lugar al derecho de integración a través de anotación margi-

al c. 1117, 1086 §1 e 1124? Un commento alla Lettera Circolare del PCTL del 13 marzo 2006, «Ius Ecclesiae» 19 (2007), 247-268.

Sobre las diversas modalidades en que puede darse la apostasía en el Ordenamiento canónico, véase M. GAS AIXENDRI, *Apostasía y libertad religiosa*, cit., 14-26.

⁸¹ Cfr. J. OTADUY, *Iglesia Católica y Ley española de protección de datos: falsos conflictos*, cit., 119.

⁸² Cfr. M. BLANCO, *Cuestiones litigiosas en el ámbito civil: Consecuencias jurídicas de la apostasía*, en A. MONTOYA MELGAR, *Cuestiones actuales de la jurisdicción en España*, Madrid 2009, 1251.

nal.⁸³ En España, la AEPD ha tenido dificultad en aplicar el concepto de cancelación, determinando una medida que no está prevista en la ley como es la anotación marginal. El concepto de fichero y el de registro son distintos y como tales hay que tenerlos y tratarlos.⁸⁴ Habría que plantearse qué ocurriría si en el futuro la Iglesia decidiera informatizar tales registros:⁸⁵ ¿pasarían entonces por ese simple hecho de carácter puramente formal a considerarse ficheros sometidos a las normas estatales sobre protección de datos?

En Italia el *Garante Privacy* se ha pronunciado claramente a favor de la autonomía de la Iglesia en la gestión de sus archivos y registros, si bien es cierto que en ese país existe una normativa canónica específica en materia de protección de datos. En virtud de la autonomía de la Iglesia, los poderes públicos deberían abstenerse de dar instrucciones a sus órganos en materias de exclusiva relevancia canónica, evitando una cierta instrumentalización del ordenamiento jurídico.⁸⁶ La experiencia jurídica italiana es un ejemplo práctico de respeto de la autonomía de las confesiones religiosas, no ya simplemente en las cuestiones organizativas internas, sino también en el reconocimiento de la efectiva tutela de los derechos de sus fieles por parte del ordenamiento confesional. Lo mismo ocurre en Alemania, donde las confesiones religiosas que son corporaciones de derecho público tienen normas propias en materia de protección de datos personales, y las normas estatales no son de aplicación a los registros y archivos de la Iglesia católica y de sus instituciones.

En la ya mencionada sentencia del Tribunal Constitucional de Perú, de 12 de septiembre de 2011, el Alto Tribunal concluye que la negativa de modificar el registro del bautismo no constituye lesión alguna al derecho constitucional a la libertad religiosa en tanto no representa restricción ni coacción alguna que afecte la libre autodeterminación de las creencias, puesto que “el bautizado católico tiene plena libertad para ejercer su derecho de cambiar de religión o de creencias, sin necesidad de formalizar el apartamiento de la Iglesia católica” (n. 11). Por otra parte, considera que “la formalización del abandono de una confesión religiosa es una cuestión interna de cada confesión, en este caso de la Iglesia católica, por lo que acceder al pedido

⁸³ Cfr. V. PIGNEDOLI, *Privacy e libertà religiosa*, cit., 206.

⁸⁴ Si se aplicase estrictamente el argumento de que son ficheros, los Libros de bautismos estarían prohibidos por aplicación del artículo 7.4 de la Ley Orgánica 15/1999. Si fueran ficheros, no bastaría ordenar la cancelación del dato sino que todos ellos serían ilegales. Cfr. B. GONZÁLEZ MORENO, *El derecho fundamental a la protección de datos personales*, cit., 22-23.

⁸⁵ Las “Orientaciones acerca de los libros sacramentales y parroquiales” de 23 de abril de 2010 parecen excluir por el momento la informatización: “Los libros, en soporte de papel, podrán ser libros ordinarios de registro, o bien editados con esta finalidad. En todo caso se excluyen los libros formados por impresos editados y cumplimentados por ordenador” (n. 10).

⁸⁶ Cfr. *Ibidem*, 41-42.

de los recurrentes de ordenar la anotación del acto formal de abandono en la partida de bautismo de su menor hijo, implicaría una vulneración de la libertad religiosa –en su dimensión colectiva o asociada (artículo 2º, inciso 3, de la Constitución)– de la Iglesia católica; representaría una transgresión del Estado a su laicidad o aconfesionalidad consagrada en el artículo 50º de la Constitución (...) y afectaría la independencia y autonomía que reconocen a dicha Iglesia tanto la Constitución (artículo 50º) como el tratado internacional que contiene el Acuerdo entre el Estado peruano y la Santa Sede de 1980 (artículo 1º)” (n. 17).⁸⁷

En España el Tribunal Supremo no ha entrado a enjuiciar esta cuestión, pero cabría pensar que si la Conferencia Episcopal Española emanase una normativa particular sobre protección de datos, de modo paralelo a como se ha hecho en otros países, quedaría reforzada la capacidad de la Iglesia para gestionar sus registros con plena autonomía. Así, en el hipotético caso en que además -o en lugar de- ejercer el derecho de abandono de la Iglesia, el fiel pretendiera una protección de sus datos personales, la tutela de tal derecho podría solicitarse ante las autoridades eclesiásticas, para que estableciera las medidas oportunas conforme al ordenamiento jurídico canónico.

No basta con afirmar la autonomía confesional, sino que hay que contar con el diálogo y la coordinación, en el respeto del principio de cooperación, especialmente necesarios en una materia que, como ésta, tiene manifiestos puntos de contacto entre Estado e Iglesia, pudiéndose considerarse una auténtica “res mixta”, que además está en pleno desarrollo normativo.⁸⁸ Estamos de acuerdo con quien afirma que la vía más adecuada para superar conflictos y malos entendidos siempre es la misma: el diálogo y la negociación, y no entablar “guerras” jurisdiccionales que agotan energías que deberían dedicarse a resolver los conflictos reales.⁸⁹

⁸⁷ STC 00928-2011-PA/TC.

⁸⁸ Cfr. V. MARANO, *La protezione dei dati personali fra diritto statutale e “garanzie” confessionali*, cit., 77.80; A. BETTETINI, *Sulla relazione fra religione, diritto canonico e diritto politico in una società dopo-moderna*, «Il Diritto Ecclesiastico», 1 (2003), 926. En los Acuerdos entre el Estado Italiano y la Santa Sede ha quedado instituida la llamada “regla de la bilateralidad” (art. 13.2) como principio-guía para la disciplina de los supuestos en los que esté implicado el sentimiento religioso de los ciudadanos-fieles. Una regla sin duda importante y susceptible de fecundos desarrollos.

⁸⁹ Cfr. J. OTADUY, *Iglesia Católica y Ley española de protección de datos: falsos conflictos*, 139.

IL MATRIMONIO: COMPRENSIONE PERSONALISTICA E ISTITUZIONALE

ANDRZEJ PASTWA

ABSTRACT: Lo studio è un tentativo di visione sintetica dell'istituzione del matrimonio percepita con gli occhi del teologo-canonista. Il titolo rivela la metodologia di esposizione adottata, e nella fattispecie un approccio alla questione citata che, da un lato rifiuta per programma gli schemi di pensiero "positivistici" e dall'altro, evidenzia il legame stretto tra il diritto e l'insegnamento della Chiesa. Conseguentemente, partendo dal presupposto che i parametri dell'istituzione fanno riferimento al fondamento antropologico-etico della „norma personalistica” (K. Wojtyła) percepisce la matrimoniale “unione dei due” attraverso il prisma del logion: Gen 2, 24. Il postulato della “definizione delle fonti”, fortemente accentuato in tale occasione, con la premessa che lo accompagna di coerenza e complementarietà delle fonti ecclesiastiche *de matrimonio* imponeva nella presente presentazione di premettere ai contenuti essenziali concernenti la struttura del matrimonio canonico le osservazioni sulla genesi biblica dell'istituzione menzionata.

PAROLE CHIAVE: Istituzione del matrimonio, fonti magisteriali *de matrimonio*, antropologia e teologia del matrimonio, matrimonio nel diritto canonico

ABSTRACT: This presentation is an attempt at a synthetic perception of the marriage institution by a theologian-canonist. The title reveals the assumed methodology of exposition, which means that they reveal such an approach to the mentioned issue that, on the one hand, rejects “positivist” frames of mind, while on the other hand enhances the close relationship between the law and Church teaching. Consequently, with the premise that the parameters of the marriage institution refer to the anthropological-ethical foundation of a “personalistic norm” (K. Wojtyła), the author perceives the marital “unity of the two” through the logion of Genesis 2.24. The incidentally, but distinctly emphasized demand for “source locating”, together with the accompanying assumption of coherence and complementarity of the ecclesiastic *de matrimonio* sources, required that in this presentation the essential contents pertaining to the structure of the canonical marriage be preceded by comments on the biblical origin of the mentioned institution.

KEY WORDS: Marriage Institution, Magisterial Sources on Marriage, Anthropology and Theology of Marriage, Marriage in Canon Law.

LA definizione del matrimonio come *intima communitas vitae et amoris*¹ del Concilio Vaticano II, e successivamente, durante la riforma dello *ius matrimoniale* del codice, l'elaborazione dell'equivalente giuridico di questo concetto: *consortium totus vitae*² – possono essere sicuramente considerati una risposta adeguata del Magistero ecclesiastico ai “segni del tempo”.³ Oggi sappiamo già che non si trattava solo della promozione della dignità del matrimonio e della famiglia così necessaria al mondo contemporaneo. L'opera iniziata dai padri del Concilio è in grande parte realizzata attraverso l'esposizione della Costituzione *Gaudium et spes*⁴ e viene poi portata a compimento nella dottrina matrimoniale delle due grandi codificazioni: del Codice di Diritto Canonico (1983) e del Codice dei Canoni delle Chiese Orientali (1990). Tutto ciò testimonia il tentativo di operare una rivalutazione sistematica delle scienze del matrimonio e del loro ripensamento ideologico.⁵

Non bisogna spiegare che sarebbe un errore unire l'approccio “programmistico” degli autori della riforma, che diviene parte dell'*aggiornamento* del Concilio ecumenico, a qualsiasi segno della condotta di discontinuità o di rottura con la Tradizione.⁶ Tanto nell'opera di codificazione, quanto negli studi sull'istituzione del matrimonio – condotti parallelamente dai teologi e dai canonisti – lo scopo era quello di unificare attraverso una nuova sintesi teologica le sue disperse e spesso incoerenti aree.⁷ Benedetto XVI ha giustamente definito l'adeguamento dell'approccio scientifico con l'espressione “ermeneutica del rinnovamento nella continuità”.⁸

1. I PRINCIPI METODOLOGICI

L'indicazione essenziale menzionata dal supremo legislatore ecclesiastico davanti ai giudici del Tribunale della Rota Romana nel 2007 durante l'udienza per l'inaugurazione del nuovo anno giuridico – e nel suo aspetto universale rivolta a tutto il mondo della canonistica⁹ – bene evidenzia il ruolo che svol-

¹ CONCILIO VATICANO II, *La costituzione pastorale sulla Chiesa nel mondo contemporaneo* “*Gaudium et spes*” [più avanti: GS], n. 48,1.

² *Codice di Diritto Canonico* [più avanti: CIC], can. 1055 § 1; *Codice dei canoni delle Chiese orientali* [più avanti: CCEO], can. 776 § 1.

³ Vedi GS, nn. 4-9.

⁴ *Ibid.*, nn. 47-52.

⁵ Tale tesi costituisce la base della monografia – A. PASTWA, *Istotne elementy małżeństwa. W nurcie odnowy personalistycznej*, Katowice 2007.

⁶ BENEDICTUS XVI, *Allocutio ad Tribunal Rotae Romanae in inauguratione Anni Iudicialis* (27 I 2007), «Acta Apostolicae Sedis» [più avanti: AAS] 99 (2007), p. 87.

⁷ Cfr. W. KASPER, *Teologia del matrimonio cristiano*, Brescia 1985², p. 8.

⁸ BENEDICTUS XVI, *Allocutio ad Tribunal Rotae Romanae...* (27 I 2007), p. 90; cfr. IDEM, *Allocutio ad Sacrae Rotae Romanae Tribunal, occasione inaugurationis Anni Iudicialis*, AAS 104 (2012), p. 106.

⁹ A. PASTWA, *Walor współczesnych prawno-instytucjonalnych narzędzi poszukiwania*

ge la metodologia nello studio scientifico del matrimonio.¹⁰ Per esaudire la raccomandazione papale è difficile non sottoporre la riflessione, intrapresa in tal sede, sull'istituzione del matrimonio al rigore di un approccio metodologico sulla questione. Occorre tentare di abbozzare i criteri che saranno impiegati nella metodologia di un siffatto studio.¹¹ Qui di seguito ne verranno dunque “definiti” e brevemente trattati i quattro principi epistemologico-metodologici.

1. 1. *L'affermazione della coerenza e della complementarità delle fonti ecclesiastiche de matrimonio*

La dottrina matrimoniale della Chiesa è fortemente radicata nella Rivelazione dell’“inizio”. Già nelle prime pagine dell’Antico Testamento che proclamano: “maschio e femmina li creò”,¹² tale istituzione occupa un ruolo centrale all’interno dell’ordine naturale creato da Dio in modo da formare le condizioni per la realizzazione della persona¹³ – secondo l’“immagine di Dio” che sta nella sua costituzione ontica. Appare ragionevole il tentativo di antropogenesi teologica secondo il quale il mondo intero creato di materia e di esseri viventi, in conformità alla volontà del Dio Triunico, serve alla realizzazione dell’aspetto “legato alla comunione”¹⁴ della persona, nonché all’unione di un individuo con una persona dell’altro sesso ed alla costituzione della comunione di persone. Un vero e proprio sigillo su una tale interpretazione della Rivelazione sul matrimonio quale istituzione naturale, e nello stesso tempo, sacramento primordiale¹⁵ viene posto da Cristo, riferendosi all’“inizio” (nell’evangelico dialogo con i farisei),¹⁶ che nella sua sostanza si riduce all’appello di guardare all’“unità dei due” maschio e femmina con lo sguardo del Creatore, cioè nella verità dell’“immagine e somiglianza

prawdy w procesie o nieważność małżeństwa. W nurcie “hermeneutyki odnowy zachowującej ciągłość”, «Prawo Kanoniczne» 55,1 (2012), p. 69-78.

¹⁰ Cfr. J. HUBER, *Der Begriff “foedus” in Nummer 48 der Pastoralkonstitution “Gaudium et spes”, in: Rezeption des Zweiten Vatikanischen Konzils in Theologie und Kirchenrecht heute. Festschrift für Klaus Lüdicke zur Vollendung seines 65. Lebensjahres*, hg. D.M. MEIER, P. PLATEN, H.J.F. REINHARDT, F. SANDERS, Essen 2008, pp. 278-279.

¹¹ I limiti del presente studio non consentono di delineare una descrizione più complessa del metodo di studio dell’istituzione del matrimonio.

¹² Cfr. Gen 1, 27. Qui vale la pena di rimandare al memorabile ciclo di catechesi sul matrimonio di Giovanni Paolo II intitolato “Uomo e donna lo creò” (pronunciate negli anni 1981-1984) – GIOVANNI PAOLO II, *Uomo e donna lo creò: catechesi sull’amore umano*, Roma 1995⁴.

¹³ Cfr. Z. GROCHOŁOLEWSKI, *La legge naturale nella dottrina della Chiesa*, «Ius Ecclesiae» [più avanti: IE] 20 (2008), pp. 31-54.

¹⁴ Vedi A. PASTWA, *“Przymierze miłości małżeńskiej”. Jana Pawła II idea małżeństwa kanonicznego*, Katowice 2009, pp. 32-41.

¹⁵ GIOVANNI PAOLO II, *Uomo e donna lo creò...*, p. 91.

¹⁶ Mt 19, 3-9.

di Dio”.¹⁷ *Una caro*,¹⁸ un rilevante *locus theologicus* dal Libro della Genesi,¹⁹ che rende perfettamente la natura del matrimonio, è stato per secoli oggetto della riflessione magisteriale tanto teologica quanto giuridico-canonica.²⁰

Non entrando nei dettagli dell'esposizione dottrinale del Concilio Vaticano II *de matrimonio* – magari solo ricordando che un altro concetto biblico, quello dell'“alleanza” costituisce una chiave ermeneutica per un'interpretazione adeguata della teologia conciliare del matrimonio²¹ – diciamolo in modo chiaro: tutto il patrimonio ideologico di questo magistero, e successivamente, del magistero papale, costituiscono l'approvazione dell'importanza del logion: Gn 2, 24. Da un lato la biblica *una caro* è la conferma del ruolo essenziale della sessualità umana nella costituzione e nella realizzazione personale ed interpersonale dell'unità matrimoniale (e familiare).²² Dall'altro, la relazione carnale, nel suo contesto complessivo e personale-umano,²³ è un veicolo di sacramentalità.²⁴ Basta ricordare che da un punto di vista cristologico la logica del sacramento del matrimonio si presenta come logica Incarnazione del Figlio di Dio.²⁵ È tramite il Corpo di Cristo resuscitato che si compie la più grande unità dei coniugi: la comunione nello Spirito – come professato da S. Paolo: “chi si unisce al Signore forma con lui un solo spirito”.²⁶ E dunque *una caro* – “intima comunità di vita e di amore coniugale”, formata da un reciproco dono dell'uomo e della donna, attraverso la forza del sacramento si apre per Cristo, con Cristo e in Cristo al carattere radicale della grazia.²⁷ Essa prosegue fino alla partecipazione nella natura divina,

¹⁷ GIOVANNI PAOLO II, *Lettera apostolica “Mulieris dignitatem”* (15 VIII 1988) [più avanti: MD], n. 10.

¹⁸ Gen 2, 24.

¹⁹ Cfr. O. FUMAGALLI CARULLI, *Il matrimonio canonico tra principi astratti e casi pratici*, Milano 2008, p. 20.

²⁰ Cfr. E. VITALI, S. BERLINGÒ, *Il matrimonio canonico*, Milano 2007³, pp. 3-5.

²¹ Vedi A. PASTWA, “Sacramentalitas” *czwartym dobrem małżeństwa?*, in : “*Ars boni et aequi*”. *Księga pamiątkowa dedykowana Księdzu Profesorowi Remigiuszowi Sobańskiemu z okazji osiemdziesiątej rocznicy Urodzin*, ed. J. Wroczeński, H. Pietrzak, Warszawa 2010, pp. 391-395.

²² Cfr. G. CANDELIER, *Sexualité et personnalité*, «Revue de droit canonique» 39 (1989), pp. 147-149.

²³ I padri del Concilio hanno indicato molto chiaramente che la vocazione al matrimonio è legata alla realizzazione integrale del concetto biblico di *una caro* non tanto su un piano puramente materiale (“unità della carne”), ma soprattutto su quello spirituale (“unità delle persone”).

²⁴ O.H. PESCH, *Ehe im Blick des Glaubens*, in: *Christlicher Glaube in moderner Gesellschaft*, hg. F. BÖCKLE, F.-X. KAUFMANN, K. RAHNER, B. WELTE, Bd. 7, Freiburg-Basel-Wien 1981, pp. 25-29.

²⁵ Vedi A. SCOLA, *La logica dell'Incarnazione come logica sacramentale: avvenimento ecclesiale e libertà*, in: *Wer ist die Kirche? Symposium zum 10 Todesjahr von Hans Urs von Balthasar*, Einsiedeln 1999, pp. 99-135.

²⁶ 1 Cor 6, 17.

²⁷ CONCILIO VATICANO II, *La costituzione dogmatica sulla Chiesa “Lumen gentium”* [più avanti: LG], n. 11.

prima di giungere ad un riferimento duraturo alla trinitaria Unità delle tre Persone divine.²⁸

E ancora un'osservazione: parlando del rinnovamento dello studio sul matrimonio nel codice "latino" e "orientale" pensiamo alla storica concretizzazione della Rivelazione, effettuatasi nelle frasi normative. Il frutto della riforma compiuta dello *ius matrimoniale* – che "programmaticamente" presuppone la coerenza delle fonti, e più precisamente, la continuità della tradizione canonica nella concezione di *una caro* – istituzione di diritto divino – sono norme che vanno viste come diritto "vivo" (cioè radicate nella vita ecclesiastica e che descrivono la pratica della fede). Infatti, oltre all'invisibile assistenza dello Spirito Santo, questo diritto comprende un altro importante elemento visibile di carattere cognitivo e che serve a formare il contributo umano. I suoi tratti distintivi sono: il modo contemporaneo di pensare, i modelli cognitivi funzionanti oggi e quello che può essere chiamato ambiente socio-culturale.²⁹

1. 2. *Il superamento del dualismo tra la dimensione naturale del matrimonio e la realtà spirituale del sacramento*

La conferma della coerenza e della complementarietà delle fonti del *de matrimonio* – evidente al meglio nel paradigma *una caro* che è sempre attuale nella dottrina matrimoniale della Chiesa cattolica – non solo non annulla, ma addirittura, presuppone uno sviluppo della dottrina. Ricordiamo brevemente: il rinnovamento conciliare dello studio cattolico sul *de matrimonio* eseguito nell'ambito della corrente personalistica è stato espresso nella reintegrazione dei suoi segmenti dispersi e soprattutto nel superamento definitivo dei dualismi distruttivi che deformano sia l'immagine dell'essere umano (dicotomia: spirito – corpo) sia la visione dello spazio e della sua realizzazione nella comunione del matrimonio (le dicotomie: *eros* – *agape*; istituzione naturale – sacramento). Il Concilio ha scoperto di nuovo il valore della persona nella propria interezza, rifiutando qualsiasi forma di alterazione dell'antropologia di carattere dualistico o manicheistico. Al contempo, esso ha proclamato l'unica via nel suo genere per la realizzazione dell'uomo, propria della dignità di *persona humana* ossia il superamento di se stesso nel dono personale verso il *communio personarum*: l'unità dell'uomo e della donna nel matrimonio.³⁰

In questo luogo vale la pena di sottolineare decisamente che l'amore coniugale (*multiformis dilectio*)³¹ – tanto sul piano teologico quanto giuridi-

²⁸ Cfr. A. SCOLA, *La logica dell'Incarnazione...*, p. 126.

²⁹ Cfr. R. SOBAŃSKI, *Metodologia prawa kanonicznego*, Katowice 2004, p. 43.

³⁰ Vedi A. PASTWA, "Przymierze miłości małżeńskiej"..., pp. 41-51.

³¹ GS, n. 49.

co³² – rimane una chiave di lettura per una rinnovata concezione del matrimonio di natura personale.³³ Non diversamente che attraverso l'amore, la biblica *una caro* serve a rivelare il vero significato della sessualità nella creazione dell'imminente contenuto *foedus irrevocabile*.³⁴ Allo stesso tempo, essa mostra tutta la dimensione umanistica dell'"unità dei due" e dei suoi attributi inalienabili: la totalità, l'esclusività, l'intimità, l'autonomia, la storicità, nonché l'apertura nel senso sociale e culturale.³⁵

La percezione conciliare del matrimonio – proprio attraverso l'amore – permette di capire in che modo quel rapporto profondo tra l'uomo e la donna *una caro*, nonché istituzione dell'amore coniugale,³⁶ attualizza il segno in cui si esprime e realizza la Chiesa. Si giunge in tal modo ad una constatazione rilevante: la definizione della natura del matrimonio canonico non può più (soprattutto dopo il Vaticanum II) prescindere dal fatto che l'atto costitutivo d'amore dell'alleanza coniugale è un atto ecclesiastico che dà vita alla realtà sacrale e sacramentale – la "Chiesa domestica".³⁷ Le conclusioni giuridico-canoniche che derivano dalla cosiddetta teologia "alta" del matrimonio, le si devono a papa Giovanni Paolo II che, nel discorso alla Rota Romana nel 2003, ha spiegato in modo autorevole che l'essenza naturale del matrimonio è legata in modo inscindibile ed inalienabile alla sua dimensione religiosa.³⁸

³² Seguendo tale ottica si verifica la veracità dell'intuito che eminenti canonisti hanno espresso nella prima tappa della riforma dello *ius matrimoniale* del codice – vedi dec. del 30 x 1970 c. FAGIOLO, *Rotae Romanae Decisiones* [più avanti: RRD] 62 (1970), pp. 978-990; V. FAGIOLO, *Amore coniugale ed essenza del matrimonio*, in: *L'amore coniugale*, «Annali di dottrina e giurisprudenza canonica», vol. 1, Città del Vaticano 1971, pp. 179-185; S. LENER, *L'oggetto del consenso e l'amore nel matrimonio*, in: *L'amore coniugale*, pp. 125-177.

³³ Nel 1970 LUIGI DE LUCA sulla base degli insegnamenti del *Vaticanum II* ha dichiarato il cambiamento del paradigma: non più l'aspetto sessuale ma l'amore coniugale (*multiformis dilectio*) è l'elemento che caratterizza la società matrimoniale distinguendola da altri tipi di comunità (*societas*) – L. DE LUCA, *La Chiesa e la società coniugale*, "Il diritto ecclesiastico" [più avanti: DrE] 81,1 (1970), pp. 269-271, 274. Questo pensiero è stato messo in luce e delineato giuridicamente da Norbert Lüdecke che, riferendosi all'amore coniugale quale principio etico-strutturale del matrimonio ha formulato la tesi che lo *specificum* che distingue il matrimonio dalle altre comunità non è la sessualità ma la totalità – N. LÜDECKE, *Eheschließung als Bund. Genese und Exegese der Ehelehre der Konzilskonstitution "Gaudium et spes" in kanonistischer Auswertung*, "Forschungen zur Kirchenrechtswissenschaft", hg. H. MÜLLER, R. WEIGAND, Bd. 7, Würzburg 1989, p. 960.

³⁴ CIC, can. 1057 § 2; CCEO, can. 817 § 1.

³⁵ Cfr. J. M. SERRANO RUIZ, *El derecho a la comunidad de vida y amor conyugal como objeto del consentimiento matrimonial: aspectos jurídicos y evolución de la jurisprudencia de la S. Rota Romana*, «Ephemerides iuris canonici» [più avanti: EIC] 32 (1976), p. 37.

³⁶ Vedi F. GIL HELLÍN, *El lugar propio del amor conyugal en la estructura del matrimonio según la "Gaudium et spes"*, «Anales Valentinus» 6 (1980), pp. 1-35.

³⁷ CONCILIO VATICANO II, *La costituzione dogmatica sulla Chiesa "Lumen gentium"*, n. 11; IOANNES PAULUS II, *Allocutio ad Sacrae Romanae Rotae Tribunalis Praelatos Auditores, Officiales et Advocatos coram admissos* (28 I 1982), AAS 74 (1982), p. 451, n. 5.

³⁸ È significativo il passaggio di questo discorso: "occorre riscoprire la dimensione tra-

In un contesto più ampio, i due discorsi roteali nel 2001³⁹ e nel 2003⁴⁰ del magistero speciale – significativi se analizzati insieme⁴¹ – rappresentano le fondamenta salde per la realizzazione del sempre attuale compito della canonistica, che consiste nel superamento del dualismo tra la dimensione naturale del matrimonio e la realtà spirituale del sacramento.

1. 3. *La percezione dell'institutum matrimonii nel rapporto immanente con l'“infrastruttura personale” del matrimonio*

La definizione del codice della “comunità di tutta la vita”⁴² presenta il matrimonio come una realtà personale, interpersonale ed allo stesso tempo sovraperonale. In una data comunità, profilata in modo unico secondo un comune progetto di condivisione del destino matrimoniale,⁴³ coesistono in armonia elementi personali e istituzionali⁴⁴ riuniti nell'ambito della *substantia matrimonii*. Solamente tale rapporto tra l'uomo e la donna, stabilito nell'alleanza coniugale, e da una parte regolato da Dio con dei diritti immutabili,⁴⁵ dall'altra parte sempre originale nella sua concretezza dinamico-esistenziale, riesce a identificare pienamente l'istituzione.⁴⁶ Ha ragione Pedro-Juan Viladrich, stimato esperto di diritto matrimoniale, quando sottolinea che ogni singola “comunità di tutta la vita” per natura (*suapte natura*) racchiude in sé due dimensioni. La prima è quella del progetto oggettivo del matrimonio, cioè istituzionale (“il vincolo unico ed indissolubile proteso al bene dei coniugi e alla procreazione ed educazione della prole”), la seconda dimensione riguarda il progetto soggettivo del matrimonio di due persone (“il modo in cui i fini soggettivi, in armonia singolare con quelli oggettivi o istituzionali, costituiscono una personalissima biografia coniugale”).⁴⁷ “I co-

scendente che è intrinseca alla verità piena sul matrimonio e sulla famiglia, superando ogni dicotomia tendente a separare gli aspetti profani da quelli religiosi, quasi che esistessero due matrimoni: uno profano ed un altro sacro” – IOANNES PAULUS II, *Allocutio ad Romanae Rotae iudices* (30 I 2003), AAS 95 (2003), p. 394, n. 3.

³⁹ IDEM, *Allocutio ad Romanae Rotae tribunal* (1 II 2001), AAS 93 (2001), pp. 358-365.

⁴⁰ IDEM, *Allocutio ad Romanae Rotae...*, pp. 393-397.

⁴¹ Vedi P. MONETA, *L'esclusione del sacramento e l'autonomia della fattispecie*, in: *Matrimonio e Sacramento*, “Studi Giuridici”, vol. 65, Città del Vaticano 2004, pp. 82-89.

⁴² CIC, can. 1055 § 1; CCEO, can. 776 § 1.

⁴³ Vedi A. PASTWA, “*Consortium totius vitae*” (can. 1055 § 1). *Terminologiczna recepcja nauki Soboru Watykańskiego II o małżeństwie*, “Śląskie Studia Historyczno-Teologiczne” [più avanti: SSHT] 38,2 (2005), pp. 354-366.

⁴⁴ Vedi A. MENDONÇA, *The Theological and Juridical Aspects of Marriage*, «Studia canonica» [più avanti: SCan] 22 (1988), pp. 265-304. ⁴⁵ GS, n. 48.

⁴⁶ Cfr. K. LÜDICKE, *Matrimonial Consent in Light of a Personalist Concept of Marriage: On the Council's New Way of Thinking about Marriage*, SCan 33 (1999), p. 489.

⁴⁷ P.-J. VILADRICH, *Comentario al c. 1098*, in: *Comentario exegético al Código de Derecho canónico*, Pamplona 2002³, vol. 3/2, p. 1295.

niugi [qui dovrebbe essere piuttosto: i nubendi – A.P.] scelgono uno l'altro – aggiunge il canonista – influenzati dalle qualità che considerano importanti secondo tale dimensione biunivoca della comunità, ossia seguendo il comune progetto complessivo della vita matrimoniale”.⁴⁸

Nell'ottica personalistica così delineata la tesi secondo la quale le qualità e gli scopi del matrimonio⁴⁹ – formalmente istituzionali – sono in realtà sempre (!) personali⁵⁰ assume il valore di verità. È significativo che nella definizione romana di Modestino⁵¹ reinterpreta in modo personalistico il *consortium totius vitae*, serve a mettere in evidenza in modo radicale la forza del principio strutturale del matrimonio, cioè quello dell'*amor/Caritas*. Tale principio colloca l'alleanza coniugale in stretto rapporto con l'ontico *compositum* della persona umana, con la sua dinamicità e intenzionalità.

Non può essere tralasciata un'importante circostanza: il concetto di “interpersonalità” elaborato nella giurisprudenza rotale post-conciliare, e successivamente, nella dottrina canonistica che ha rilevato almeno tre difetti del modello di matrimonio promossi dal pre-conciliare *ius*-contrattualismo corporale. In primo luogo l'incapacità di esprimere il vero valore della relazione personale matrimoniale in entrambe le “sfere” *fieri* e *facto esse* del matrimonio; per secondo, l'inadeguatezza della formula contrattuale della relazione Cristo-Chiesa alla base del matrimonio sacramentale (Cristo non ha stipulato un contratto con la Chiesa, ma è la Chiesa ad esser stata istituita da Egli);⁵² e per terzo, il completo “dileguarsi” di limiti netti dell'istituzione del matrimonio nelle affermazioni quali: il contratto è la causa efficiente del matrimonio quando è stipulato in conformità alle condizioni implicate dall'istituzione.⁵³

1. 4. *La scoperta della logica di sovrapposizione delle prospettive matrimonium in fieri e matrimonium in facto esse*

Sarebbe un equivoco interpretare oggi il contenuto del concetto biblico *una caro* secondo un'antica “matrice” ontologico-istituzionale.⁵⁴ Allo stesso mo-

⁴⁸ *Ibid.*

⁴⁹ Vedi C. BURKE, *Die Zwecke der Ehe: institutionelle oder personalistische Sicht?*, “Monitor ecclesiasticus” 120 (1995), pp. 449-478.

⁵⁰ Cfr. J.M. SERRANO RUIZ, *L'esclusione del “consortium totius vitae”*, in: *La simulazione del consenso matrimoniale canonico*, «Studi Giuridici», vol. 22, Città del Vaticano 1990, p. 113.

⁵¹ *Nuptiae sunt coniunctio maris et foeminae et consortium omnis vitae, divini et humani iuris communicatio* – Dig. 23, 2, 1.

⁵² W. AYMANS, *Gleichsam häusliche Kirche. Ein kanonistischer Beitrag zum Grundverständnis der sakramentalen Ehe als Gottesbund und Vollzugsgestalt kirchlicher Existenz*, “Archiv für katholisches Kirchenrecht” 147 (1978), p. 429.

⁵³ N. LÜDECKE, *Eheschließung als Bund...*, p. 854.

⁵⁴ È pienamente concepibile l'obiezione di Klaus Lüdicke e Norbert Lüdecke nei con-

do del concetto di *unio carnalis*⁵⁵ finito nel dimenticatoio (per cedere il “posto” all’interpretazione conforme all’antropologia cristiana: *una sola vita humana*⁵⁶), andrebbe sottoposto alla revisione il concetto tradizionale secondo il quale l’oggetto specifica il consenso coniugale (cioè la relazione nei suoi aspetti di fedeltà, indissolubilità ed accettazione del figlio), mentre il soggetto-persona, esprimendo il proprio consenso, si impegna a svolgere il ruolo solo di quello che “dà il permesso”.⁵⁷ Eppure alla luce degli insegnamenti del Vaticano II il matrimonio è soprattutto un dono tra persone (e in secondo luogo un dono di diritti⁵⁸). Ne consegue che la dimensione personale del consenso appare come legata internamente al contenuto personale della “comunità di tutta la vita”.⁵⁹ Dato che l’atto costitutivo del matrimonio si realizza in modo assoluto nella sfera personale, sia per i soggetti stessi, e ancora di più per la loro reciproca donazione e accettazione dell’alleanza, allora i diritti e gli obblighi nel matrimonio non possono essere separati in nessun modo dalle persone. Sembra legittimo precisare: la conclusione della corrente personalistica nella dottrina matrimonialistica della Chiesa è la di-

fronti della riproduzione meccanica dei vecchi schemi concettuali, e soprattutto contro la persistenza della concezione del vecchio *finis primarius* come unico fine istituzionale del matrimonio – K. LÜDICKE, *Die Ehezwicke im nachkonziliaren Eherecht – Wunsch und Wirklichkeit*, “De processibus matrimonialibus” [più avanti: DPM] 3 (1996), pp. 44-45; N. LÜDECKE, *Eheschließung als Bund...*, pp. 932-933.

⁵⁵ La comprensione del logion *una caro* nell’insegnamento dei Padri del Concilio supera notevolmente lo spazio limitato dei referenti suggerito nell’esposizione “contrattualistica” del codice del 1917 nella norma relativa al completamento del matrimonio (can. 1015 § 1).

⁵⁶ Cfr. J.M. SERRANO RUIZ, *L’esclusione del “consortium totius vitae”...*, p. 113, nota 54; P.A. BONNET, *Das Wesen der Ehe und das Bonum Coniugum – eine Perspektive*, DPM 6 (1999), p. 28.

⁵⁷ Si tratta di un presupposto cruciale per la concezione contrattuale del matrimonio, secondo il quale l’oggetto formale rappresenta uno scambio obbligatorio di diritti e obblighi nel contratto di matrimonio.

⁵⁸ G. DELÉPINE, “*Communio vitae et amoris coniugalis*”. *Le courant personnaliste du mariage dans l’évolution jurisprudentielle et doctrinale de la Rote 1969-1980*, «Revue de droit canonique» 33 (1983), p. 79.

⁵⁹ La prevalenza del concetto di *traditio et acceptatio personarum*, su quello di *traditio et acceptatio iurium* nell’alleanza matrimoniale rappresenta un postulato essenziale per i canonisti che promuovono la concezione personalistica del matrimonio. È caratteristico un discorso di Javier Hervada, rappresentante di spicco di tale corrente (stimato canonista dell’Università di Navarra a Pamplona): “Non vi è dubbio che i contraenti devono volere il matrimonio, ma come devono volerlo? con un atto di volontà diretto ad istituirlo o con un atto di volontà ordinato all’altro contraente, a prenderlo come coniuge? [...] A me sembra [...] che ciò che vogliono e devono volere i contraenti sia la persona dell’altro nella sua coniugalità” – J. HERVADA, *Studi sull’essenza del matrimonio*, Milano 2000, pp. 287-288. Infatti, l’atto di consenso coniugale va percepito nella sua semplicità e unicità: l’intenzione del dono personale dell’uomo e della donna (nella loro coniugalità) è volontà di una reciproca donazione e accettazione – con tutto ciò che esse implicano, cioè con tutti i diritti e gli obblighi nel matrimonio – H. FRANCESCHI, *La giurisprudenza di merito sull’esclusione della prole nel recente volume delle decisioni rotali dell’anno 1995*, «Quaderni dello Studio Rotale» 11 (2001), p. 101.

mostrazione dell'immanenza che si verifica tra l'evento *fieri* e la realtà costituita *facto esse* dell'istituzione del matrimonio; le due dimensioni personale ed interpersonale sono legate tra loro e si fondono reciprocamente.⁶⁰

2. LA STRUTTURA DEL MATRIMONIO CANONICO – OGGETTIVA, CIOÈ ISTITUZIONALE E PERSONALISTICA

“La tradizione della Chiesa afferma con chiarezza l'indole naturalmente giuridica del matrimonio, cioè la sua appartenenza per natura all'ambito della giustizia nelle relazioni interpersonali. In quest'ottica, il diritto s'intreccia davvero con la vita e con l'amore; come un suo intrinseco dover essere”.⁶¹ Quest'eccezionale frammento dell'insegnamento di Benedetto XVI sull'istituzione del matrimonio – percepito dalla “posizione” del personalismo cristiano appare, non a caso, una seconda volta⁶² nel discorso di apertura del nuovo anno giuridico nel 2011 del Tribunale della Rota Romana. L'aspetto più importante emerso nella sua prima “apparizione” del 2007 – nel discorso rotale che oso affermare finora più importante pronunciato dall'attuale pontefice – può essere rintracciato nella critica della visione positivista della sopracitata istituzione. Vengono pronunciate delle dichiarazioni significative: “Per il positivismo, la giuridicità del rapporto coniugale sarebbe unicamente il risultato dell'applicazione di una norma umana formalmente valida ed efficace. In questo modo, la realtà umana della vita e dell'amore coniugale rimane estrinseca all'istituzione «giuridica» del matrimonio. Si crea uno iato tra diritto ed esistenza umana che nega radicalmente la possibilità di una fondazione antropologica del diritto”.⁶³ Benedetto XVI conclude il suo discorso con le seguenti parole: “In quest'ottica l'idea del «matrimonio in facto esse» oscilla tra relazione meramente fattuale e facciata giuridico-positivista, trascurando la sua essenza di vincolo intrinseco di giustizia tra le persone dell'uomo e della donna”.⁶⁴

Il contesto dottrinale del discorso del 2007 e di quasi tutti i discorsi rotali finora esistenti di Benedetto XVI rimane lo stesso. La verità sul matrimonio è una sola: il sistema del diritto canonico – conforme agli insegnamenti del Vaticanum II – protegge e promuove il matrimonio come istituzione del diritto naturale con i suoi tratti fondamentali – proprietà essenziali:

⁶⁰ I promotori della tendenza personalistica nella giurisprudenza rotale, Lucien Anné e José María Serrano Ruiz, hanno elevato quel principio al livello di paradigma nella concezione rinnovata del matrimonio canonico – vedi dec. del 25 II 1969 C. ANNÉ, RRD 61 (1969), p. 183, n. 13; dec. 4 III 1977 C. SERRANO, Rotae Romanae Decisiones 69 (1977), p. 79, n. 4.

⁶¹ BENEDICTUS XVI, *Allocutio ad Tribunal Rotae Romanae...* (27 I 2007), p. 90.

⁶² IDEM, *Allocutio Ad sodales Tribunalis Rotae Romanae* (22 I 2011), AAS 103 (2011), p. 109.

⁶³ IDEM, *Allocutio ad Tribunal Rotae Romanae...* (27 I 2007), p. 89.

⁶⁴ *Ibid.*, p. 91.

l'unità e l'indissolubilità di cui fanno parte insieme al *fnes matrimonii*: il bene dei coniugi nonché la procreazione e l'educazione della prole – “nella definizione reale del matrimonio nel giudizio cattolico”.⁶⁵ Quello che bisogna qui evidenziare, il principale tratto distintivo di tale istituzione giuridica: l'indissolubilità del vincolo coniugale non può essere considerata un obbligo giuridico imposto dall'esterno dalla volontà del Legislatore.⁶⁶ Semmai quando parliamo di un'istituzione di diritto naturale – come la definisce bene Paolo Bianchi – pensiamo all'istituzione giuridica, e allo stesso tempo, allo stato di vita iscritto nella natura delle cose – secondo la natura ontica della persona umana.⁶⁷ In questa prospettiva si vede chiaramente che la proprietà di indissolubilità corrisponde alle “esigenze più profonde dell'amore autentico, che non può che essere la donazione totale di sé e, dunque, «per sempre». Ne risulta l'artificiosità dell'apparente contrapposizione fra le esigenze dell'amore e quelle dell'istituto giuridico matrimoniale”.⁶⁸ Per tale ragione Benedetto XVI mette in rilievo nella sopraccitata allocuzione rotale del 2007: “L'indissolubilità del matrimonio non deriva dall'impegno definitivo dei contraenti, ma è intrinseca alla natura del «potente legame stabilito dal Creatore». I contraenti si devono impegnare definitivamente proprio perché il matrimonio è tale nel disegno della creazione e della redenzione. E la giuridicità essenziale del matrimonio risiede proprio in questo legame, che per l'uomo e la donna rappresenta un'esigenza di giustizia e di amore”.⁶⁹

Non appare difficile oggi individuare una corrente nella dottrina canonistica che seguendo quasi precisamente tali principi conduce uno studio approfondito, sull'istituzione del matrimonio e sulla sua struttura – inteso in modo oggettivo, cioè istituzionale, e allo stesso tempo, personale. L'approvazione di una “sana” tradizione canonistica e anche la convergenza con il magistero *de matrimonio* del Concilio Vaticano II – restano i principali tratti distintivi della concezione personalistica “pamplonese” del matrimonio. Il suo promotore maggiore Javier Hervada, con un metodo scientifico coe-

⁶⁵ R. SOBAŃSKI, *Wyznaczniki kanonicznego prawa małżeńskiego*, in: *Małżeństwo w prawie świeckim i w prawie kanonicznym*, ed. B. CZECH, Katowice 1996, p. 185. Aggiungiamo che il sopraccitato eminente canonista polacco elenca – più ampiamente – tra gli indici del canonico diritto matrimoniale anche la sacramentalità. Essa pervade tutto il matrimonio cristiano e come tale non dovrebbe essere ridotta al piano di *proprietas matrimonii* – *ibid.*, p. 185.

⁶⁶ Vedi A. PASTWA, *Vinculum perpetuum (can. 1134)*, in: *Małżeństwo na całe życie?*, ed. R. SZTYCHMILER, J. KRZYWKOWSKA, Olsztyn 2011, pp. 219-236; IDEM, “*Indissolubilitas... quae ratione sacramenti peculiarem obtinet firmitatem*” (can. 1056). *Uwagi o relacji nierozzerwalność – sakrament małżeństwa*, SSHT 44,2 (2011), pp. 590-606.

⁶⁷ P. BIANCHI, *Quando il matrimonio è nullo? Guida ai motivi di nullità matrimoniale per pastori, consulenti e fedeli*, Milano 1998, p. 99.

⁶⁸ *Ibid.*, pp. 99-100.

⁶⁹ BENEDICTUS XVI, *Allocutio ad Tribunal Rotae Romanae...* (27 I 2007), p. 89.

rente, basato sui principi elaborati dalla "scuola di Navarra",⁷⁰ ha portato con successo alla definizione e all'approfondimento sistematico di tutti i segmenti del sistema tomistico del diritto matrimoniale: (essenza – fini – proprietà⁷¹). Il tratto caratteristico di tale progetto idealistico è rappresentato dall'unione programmatica di *vetera et nova*.⁷² Il più importante *novum* che il canonista spagnolo mette in rilievo è il valore inestimabile dell'amore coniugale nella decodificazione e nella descrizione della struttura giuridica del matrimonio canonico⁷³ – soprattutto nell'accentuazione della dimensione dell'amore dei genitori.⁷⁴

2. 1. *L'essenza del matrimonio*

La chiave per comprendere l'istituzione del matrimonio da parte della corrente dell'Università di Navarra è rappresentata dall'"unità nella natura sessuale" – un concetto conseguentemente legato dai canonisti spagnoli collegano di conseguenza, cioè ad un campo di ricerca nevralgico, ossia quello dell'essenza del matrimonio. La sopracitata costruzione concettuale non va trattata come risultato di una riflessione astratta di carattere speculativo. Tuttavia le fonti fondamentali della dottrina matrimoniale vanno a legittimare il suo realismo "personalistico",⁷⁵ ossia tutto il patrimonio del pensiero patristico, nonché le idee sublimi di Tommaso d'Aquino. Soprattutto queste ultime contengono la tesi secondo la quale attraverso l'incarnazione metafisica e giuridica del concetto biblico di *una caro*⁷⁶ si rivela l'"unità nella natura". La collocazione paradigmatica di questo significativo *locus theologicus* deter-

⁷⁰ Si vedano le note su questa scuola – R. SOBAŃSKI, *Szkoły kanonistyczne*, Warszawa 2009, pp. 95-104. Agli studi di rilievo sul matrimonio appartengono soprattutto tutte le opere di Javier Hervada, e anche di altri rappresentanti della "scuola di Navarra" che hanno esplorato e approfondito diversi aspetti del pensiero "matrimoniale" del citato canonista – J. HERVADA, *Los fines del matrimonio. Su relevancia en la estructura jurídica matrimonial*, Pamplona 1960; J. HERVADA, P. LOMBARDÍA, *El Derecho del Pueblo de Dios. Hacia un sistema de Derecho canónico*, vol. 3/1, *Derecho Matrimonial*, Pamplona 1973; A. DE LA HERA, *Relevancia jurídico canónica de la cohabitación conyugal*, Pamplona 1966; E. MOLANO, *Contribución al estudio sobre la esencia del matrimonio*, Pamplona 1977; P.J. VILADRICH, *La agonía del matrimonio legal*, Pamplona 1984.

⁷¹ Vedi più ampiamente – A. PASTWA, *Istotne elementy małżeństwa...*, pp. 275-312.

⁷² Notiamo che il canonista ha dato lo stesso titolo all'edizione delle sue opere raccolte in due volumi – J. HERVADA, *Vetera et Nova. Cuestiones de Derecho Canónico y afines (1958-1991)*, Pamplona 1991.

⁷³ IDEM, *Diálogos sobre el Amor y el Matrimonio*. Pamplona 1975²; J. HERVADA, P. LOMBARDÍA, *El Derecho del Pueblo de Dios...*, pp. 93-105. In questo ambito è difficile tralasciare il contributo idealistico dell'altro rappresentante di spicco della "scuola spagnola" – P.J. VILADRICH, *Amor conyugal y esencia del matrimonio*, «Ius canonicum» [più avanti: «IusCan»] 12 (1972), no 23, pp. 269-313

⁷⁴ J. HERVADA, P. LOMBARDÍA, *El Derecho del Pueblo de Dios...*, p. 96.

⁷⁵ Vedi F. PUIG, *La esencia del matrimonio a la luz del realismo jurídico*, Pamplona 2004.

⁷⁶ J. HERVADA, P. LOMBARDÍA, *El Derecho del Pueblo de Dios...*, pp. 23-31.

mina così tutta la concezione del matrimonio di Javier Hervada⁷⁷ che, riferendosi alla formula del codice *totius vitae consortium*,⁷⁸ non esita a sostenere la seguente tesi: ogni interpretazione di questa formula che non armonizza con *una caro* resta inadeguata e costituisce una potenziale fonte di errore.⁷⁹

Come allora intendere l'essenza del matrimonio (*essentia matrimonii*) in relazione all'atto costitutivo del consenso matrimoniale (*consensus matrimonialis*)? La più importante ottica del *matrimonium in facto esse* nella matrimonialistica della "scuola pamplonese" menzionata contiene il postulato, secondo il quale tale istituzione naturale (l'"unità nella natura sessuata") deve essere letta come vincolo di giustizia⁸⁰ tra due persone di sesso opposto nella loro reciproca condizione matrimoniale di ("essere marito", "essere moglie"), ovvero, in poche parole – come vincolo giuridico di natura istituzionale ancorato nello *ius naturale*.⁸¹

In questo modo si rivela lo *specificum* che distingue il matrimonio da altre comunità umane, e al contempo, uno dei pilastri della concezione del matrimonio così presentata. È la sessualità nella differenziazione bipolare tra spirituale e carnale nella struttura ontologica dell'essere umano rappresentata dalla mascolinità e dalla femminilità. La coniugalità di tali identità si rivela solo ed esclusivamente nella loro complementarietà naturale o più precisamente nelle forze innate unificatrici e operative dell'*inclinationes naturales* (l'inclinazione della struttura maschile e femminile)⁸² – riprese ed integrate nell'amore.⁸³ Dalla dialettica di complementarietà sessuale deriva il mutuo appartenersi: la moglie si concede al marito e lo riceve come se si trattasse della sua persona (e viceversa). Questa comune ed intima appartenenza e compartecipazione realizza il potenziale umano della procreazione: nell'unità matrimoniale i nubendi offrono uno all'altro il dono di apertura

⁷⁷ La raccolta del patrimonio scientifico del canonista porta un titolo simbolico – J. HERVADA, *Una caro. Escritos sobre el matrimonio*, Pamplona 2000.

⁷⁸ CIC, can. 1055 § 1; CCEO, can. 776 § 1.

⁷⁹ J. HERVADA, *Obligaciones esenciales del matrimonio*, «IusCan» 31 (1991), p. 66.

⁸⁰ Cfr. C.J. ERRÁZURIZ, *La capacità matrimoniale vista alla luce dell'essenza del matrimonio*, IE 14 (2002), pp. 636-637.

⁸¹ Proprio qui si rivelano il "personalismo" e il "razionalismo" dell'approccio di Javier Hervada verso il diritto stesso: la legge matrimoniale (*una "lex matrimonii", que es ley natural*) in quanto realtà relazionale è immanentemente/geneticamente legata all'ordine personale (*conforme a la estructura ontológica de la persona humana*), la cui causa determinante è la naturale diversità del sesso – J. HERVADA, *Obligaciones esenciales del matrimonio...*, p. 72.

⁸² J. HERVADA, P. LOMBARDÍA, *El Derecho del Pueblo de Dios...*, p. 26.

⁸³ L'amore coniugale, di cui si parla, nasce in uno stretto rapporto con l'ontologia della persona umana. Ciò significa che il diritto naturale definisce l'"ordine dell'amore" (*una ley natural que rige el dinamismo de la comunicación amorosa conyugal*). In altre parole l'*amor conyugalis* si afferma nella condizione personale dei coniugi, cioè nel senso e nella finalità della struttura maschile e femminile – J. HERVADA, *Obligaciones esenciales del matrimonio...*, pp. 69-70.

alla procreazione (ed all'educazione della prole⁸⁴). E qui è bene precisare: la forza della comunione che risiede nella complementarietà della sessualità umana permette di instaurare "la comunità di tutta la vita", in cui l'uomo e la donna non appartengono più solo a se stessi perchè con l'atto di consenso matrimoniale hanno stabilito uno specifico modo coniugale di essere e di convivere nella comunità di destino (*consortium*), ossia una mutua appartenenza risultante dalla giustizia.⁸⁵

E così nell'opinione dei rappresentanti della "scuola pamplonese" si scopre il nervo stesso del sistema giuridico del matrimonio e delle fondamenta autentiche dell'istituzione del matrimonio canonico. Il vincolo giuridico, come afferma Pedro-Juan Viladrich, rappresenta il nucleo sostanziale del matrimonio.⁸⁶ Tale vincolo a titolo di giustizia è un principio formale che conferisce l'identità matrimoniale a tutti gli elementi della struttura di *matrimonium canonicum*, ovvero alla comunità di destino e di biografia (*consortium*), alle sue proprietà essenziali, ai suoi fini e alla sua dimensione sacramentale.⁸⁷ Nel giudizio del canonista spagnolo la natura di questo vincolo sostanziale può essere colta nel migliore dei modi quando esso venga messo in dubbio in un atto di volontà che esclude direttamente tale vincolo: o il nubendo (uomo o donna) vuole mantenere la libertà della vita da celibe/nubile, respinge l'obbligo della vita "di marito" (o "di moglie"), e di conseguenza rifiuta il principio del legame giuridico della vita matrimoniale, oppure tale principio viene compromesso dall'esclusione radicale dell'uguaglianza coniugale delle parti, trasformando il matrimonio in un rapporto di dominio:⁸⁸ il nubendo (uomo o donna) annulla la dimensione paritaria della mutua appartenenza e del co-possesto privando completamente l'altra parte del diritto di co-progettazione, co-decisione e cooperazione nelle questioni matrimoniali;⁸⁹ oppure viene a mancare quel principio fondamentale del matrimonio (un vincolo di giustizia o giuridico) quando una delle parti (oppure entrambe) respinge il carattere sessuale della relazione, cioè esclude l'accettazione del dono dell'altra persona nella sua mascolinità/femminilità. In tal caso si avrebbe a che fare con uno "scambio" del matrimonio con l'amicizia platonica, con una società economica oppure con una finzione "ad uso" d'ufficio.⁹⁰

2. 2. Il consenso matrimoniale

Anche un abbozzo sintetico dell'istituzione del matrimonio canonico non può prescindere da un riferimento al principio sistemico essenziale, accan-

⁸⁴ P.-J. VILADRICH, *Il consenso matrimoniale. Tecniche di qualificazione e di esegesi delle cause canoniche di nullità (cc. 1095-1107 CIC)*, Milano 2001, p. 347.

⁸⁵ Cfr. *ibid.*, pp. 348-349.

⁸⁶ *Ibid.*, p. 349.

⁸⁷ *Ibid.*, pp. 349-350.

⁸⁸ *Ibid.*, p. 354-355.

⁸⁹ Cfr. K. LÜDICKE, *Matrimonial Consent...*, pp. 489-492.

⁹⁰ Cfr. P.-J. VILADRICH, *Il consenso matrimoniale...*, pp. 358-359.

to allo *ius connubii*, di *ius matrimoniale* che identifica la ragione fondante del matrimonio. Il consenso matrimoniale (*actus essentialiter amorusus*⁹¹) – ritenuto un atto di alleanza dell’amore coniugale⁹² nell’esposizione conciliare – è un atto consapevole e volontario di dedizione personale e di accogliimento dell’uomo e della donna⁹³ che coinvolge tutta la loro capacità di amare.⁹⁴ Non senza ragione i sostenitori della corrente personalistica richiamano l’attenzione sulla definizione di questo atto nella Costituzione *Gaudium et spes* con la nozione *consensus personalis*.⁹⁵ L’uso di questo concetto da parte dei padri del Concilio può essere interpretato come un vero e proprio manifesto dell’abbandono “programmistico” delle categorie concettuali neoscolastiche – un richiamo al rifiuto di una visione statica ed inadeguata della volontà-consenso.⁹⁶ A sua volta il messaggio positivo legato a questa decisione magisteriale diventa di facile lettura: tale formula conciliare, ricca semanticamente, impone di interpretare l’atto consensuale di volontà matrimoniale come un *actus humanus*,⁹⁷ e soprattutto come *actus amoris*.

Secondo Javier Hervada della conclusione del matrimonio decide l’“irrevocabile consenso personale”,⁹⁸ cioè una decisione definitiva dell’uomo e della donna di istituire una piena relazione d’amore. Seguendo questa impostazione, il *consensus matrimonialis* si presenta come “una decisione di amare” perché la fonte dell’alleanza dei nubendi è l’amore della scelta, radicato nella volontà.⁹⁹ Di conseguenza, bisogna accettare che “il matrimonio, avendo la sua ragione nel libero atto di consenso, suppone un amore che rimane dominato dalla volontà. [...] Tale amore – capace di impegnarsi – si impegna effettivamente nel consenso matrimoniale”.¹⁰⁰ In questo modo si rivela un’evidente identità dei requisiti di giustizia nel matrimonio con l’imperativo dell’amore dovuto¹⁰¹ che ha la sua origine nell’atto di consenso matrimoniale (*compromiso de amor*). L’amore coniugale, restando in stretto rapporto con l’ontologica struttura della persona umana, stabilisce sul piano

⁹¹ U. NAVARRETE, *Structura iuridica matrimonii secundum Concilium Vaticanum II. Momentum iuridicum amoris coniugalis*, Roma 1994², p. 146. ⁹² GS, n. 48.

⁹³ CIC, can. 1057 § 2; CCEO, can. 817 § 1.

⁹⁴ J. HERVADA, *Diálogos sobre el Amor...*, p. 118.

⁹⁵ GS, n. 48.

⁹⁶ Vedi S. VILBEGGIANTE, *L’ amore coniugale e il consenso matrimoniale canonico (Lettera aperta a Pio Fedele)*, EIC 46 (1990), p. 95.

⁹⁷ In questo modo assumono maggiore importanza le parole della Costituzione *Gaudium et spes*: *amor [coniugalis], utpote eminenter humanus, cum a persona in personam voluntatis affectu dirigatur, totius personae bonum complectitur* – GS, n. 49. ⁹⁸ GS, n. 48.

⁹⁹ J. HERVADA, *Diálogos sobre el Amor...*, pp. 74-76.

¹⁰⁰ IDEM, *Obligaciones esenciales del matrimonio...*, pp. 70-71.

¹⁰¹ Si noti a questo punto che l’idea del matrimonio canonico di Javier Hervada si avvicina probabilmente di più agli insegnamenti di Giovanni Paolo II sull’argomento – vedi A. PA-STWA, “Przymierze miłości małżeńskiej” ..., pp. 104-110.

immanente l'ordinamento giuridico del matrimonio canonico: *Lex matrimonii est lex amoris coniugalis*.¹⁰²

In tale prospettiva la tesi clamorosa elaborata dalla "scuola di Navarra", secondo la quale l'oggetto del consenso matrimoniale sono i nubendi nella loro coniugalità,¹⁰³ consegue fondamenta salde. Non si può sopravvalutare l'importanza di questa constatazione,¹⁰⁴ soprattutto se mettiamo in rilievo *in extenso* il suo valore epistemologico. Aprendo un orizzonte cognitivo-interpretativo più ampio, questa constatazione dimostra l'insufficienza dell'ottica *esse* del matrimonio, affinché la direzione analizzata di ricerche sullo *ius matrimoniale* "si ritrovi" pienamente nella corrente di rinnovamento personalistico del Vaticanum II. Nonostante la collocazione della presente affermazione di Javier Hervada (insieme alle basi teoriche) al centro del rinnovato studio sul matrimonio non lasci dubbi, il concetto biblico di *una caro*, interpretato attraverso il prisma del "principio personalistico", e di conseguenza, secondo l'ermeneutica del "dono della persona" sembra essere comunque qualcosa di più della sola "unità nelle nature".¹⁰⁵ Non è dunque senza significato il fatto che in un accordo armonioso dei due aspetti del matrimonio canonico: *in fieri* e *in facto esse*,¹⁰⁶ l'amore svolge un ruolo importante. È proprio nel contesto di *amor coniugalis* che si delineano il prisma e la tanto desiderata predilezione dell'ottica dell'alleanza dell'amore coniugale.

2. 3. *Le proprietà del matrimonio*

Tutto il magistero conciliare e post-conciliare è testimone della verità secondo la quale l'amore coniugale è soprattutto pieno e come tale deve rimanere fedele ed esclusivo fino alla morte.¹⁰⁷ Così due proprietà essenziali dell'istituzione del matrimonio: l'unità e l'indissolubilità conseguono un valore indi-

¹⁰² J. HERVADA, P. LOMBARDÍA, *El Derecho del Pueblo de Dios...*, pp. 128-129.

¹⁰³ J. HERVADA, *Studi sull'essenza...*, pp. 287-289; cfr. J. FORNÉS, *Derecho matrimonial canónico*, Madrid 1990, pp. 100-103; J.I. BAÑARES, *Comentario al c. 1057*, in: *Comentario exegetico...*, vol. 3/2, pp. 1064-1065.

¹⁰⁴ Vedi J. CARRERAS, *L'antropologia e le norme di capacità per celebrare il matrimonio (I precedenti remoti del canone 1095 CIC '83)*, IE 4 (1992), pp. 134-135; R. BERTOLINO, *Matrimonio canonico e bonum coniugum. Per una lettura personalistica del matrimonio cristiano*. Torino 1995, pp. 91-92; C. BURKE, *L'oggetto del consenso matrimoniale. Un'analisi personalistica*, Torino 1997, p. 47.

¹⁰⁵ J. HERVADA, *Studi sull'essenza...*, p. 275. Nel giudizio di Joan Carreras l'affermazione secondo la quale l'oggetto del consenso matrimoniale sono l'uomo e la donna nella loro "coniugalità" – anche se è vero – comporta il rischio di un'opinione errata come se l'oggetto del consenso fossero la "mascolinità" e la "femminilità" stesse – J. CARRERAS, *L'antropologia...*, pp. 134-135.

¹⁰⁶ Cfr. P.J. VILADRICH, *Matrimonio y sistema matrimonial de la Iglesia. Reflexiones sobre la misión del Derecho matrimonial canónico en la sociedad actual*, «IusCan» 27 (1987), no 54, pp. 531-

534.

¹⁰⁷ Cfr. PAOLO VI, *L'enciclica "Humanae vitae"* (25 VII 1968), n. 9.

scutibilmente fondamentale.¹⁰⁸ L'unità (un uomo e una donna) e l'indissolubilità (per tutta la vita) sono le proprietà essenziali del vincolo matrimoniale. Avendo le proprie fondamenta nella natura della persona umana, esse devono essere considerate come esigenze immanenti della verità sul matrimonio. Pedro-Juan Viladrich chiama le proprietà essenziali del matrimonio "modi di unire caratteristici del vincolo matrimoniale"; eppure, "questo modo di unire – uno con una per tutta la vita – nasce dall'essenza stessa del vincolo coniugale".¹⁰⁹ Molti elementi fanno pensare al fatto che non si debba accentuare troppo le differenze tra tali proprietà soprattutto perché "l'unità e l'indissolubilità sono, in realtà, come due facce della stessa moneta. La rottura dell'indissolubilità colpisce sempre l'unità, perché il «per tutta la vita» non è altro che l'unità tra gli sposi vista dal lato della sua temporalità. In questo senso, l'indissolubilità è la pienezza biografica dell'unità".¹¹⁰

La "comunità di tutta la vita" può essere costituita solamente da due persone di sesso opposto: un uomo e una donna che portano nel matrimonio tutta la specifica ricchezza personale (non solo biologica) in correlazione alla loro specificità sul piano umano. L'indice della proprietà dell'unità matrimoniale è il richiamo alla dimensione naturale di entrambi i sessi: la mascolinità e la femminilità,¹¹¹ non diversamente che sul principio della loro dignità uniforme.¹¹² Siccome la mutua appartenenza dei coniugi dalla giustizia per sua natura esclude terze persone, il vincolo matrimoniale è unico ed esclusivo (identifica l'unità di un solo uomo con una sola donna) e completo (racchiude tutti gli aspetti di completamento sessuale dell'uomo e della donna); ciò implica il tratto *totalitas* che stigmatizza¹¹³ questa specifica relazione di persone nella loro coniugalità. È opportuno affermare dunque che l'unità e la totalità del vincolo sono una fonte di esclusività e fedeltà tra i coniugi¹¹⁴ nel sistema tomistico chiamata "proprietà dell'unità",¹¹⁵ e ancora prima nel sistema di Sant'Agostino "bene della fedeltà".¹¹⁶

¹⁰⁸ Vedi M.C. FORCONI, *Antropologia cristiana come fondamento dell'unità e dell'indissolubilità del patto matrimoniale*, Roma 1994.

¹⁰⁹ P.-J. VILADRICH, *Il consenso matrimoniale...*, p. 383.

¹¹⁰ *Ibid.*, 384. Un'opinione simile, anche dalla posizione personalistica, è sostenuta da J.M. SERRANO RUIZ, *L'ispirazione conciliare nei principi generali del matrimonio canonico*, in: *Matrimonio canonico fra tradizione e rinnovamento*, Bologna 1991², pp. 58-62.

¹¹¹ Cfr. J.I. BAÑARES, *El matrimonio: amor, derecho y vida de fe*, Madrid 2008, pp. 29-36.

¹¹² Cfr. CIC, can. 1135; CCEO, can. 777. Il Concilio Vaticano II accentua fortemente "l'uniforme dignità personale della donna e dell'uomo". Secondo i Padri del Concilio è fondamentale che proprio tramite questa parità può essere messa in piena luce "l'unità del matrimonio, confermata dal Signore" GS, n. 49.

¹¹³ N. LÜDECKE, *Eheschließung als Bund...*, s. 960; IDEM, *Der Ausschluss des "bonum coniugum"*. *Ein Ehenichtigkeitsgrund mit Startschwierigkeiten*, DPM 2 (1995), p. 143.

¹¹⁴ P.-J. VILADRICH, *Il consenso matrimoniale...*, p. 389.

¹¹⁵ STh, III /Suppl./, q. 65, a. 1.

¹¹⁶ S. AUGUSTINUS, *De bono coniugali*, 1, 14 / PL 40, 388.

Se all'essenza del dono della persona appartiene la sua irrevocabilità, allora il reciproco dono personale dell'uomo e della donna nell'atto di alleanza matrimoniale dovrebbe essere integrale e perciò definitivo. Proprio quel paradigma antropologico¹¹⁷ è la base dell'autorevole spiegazione della proprietà di indissolubilità del matrimonio da parte di Giovanni Paolo II: "Certo, il vincolo è causato dal consenso, cioè da un atto di volontà dell'uomo e della donna; ma tale consenso attualizza una potenza già esistente nella natura dell'uomo e della donna. Così la stessa forza indissolubile del vincolo si fonda sull'essere naturale dell'unione liberamente stabilita tra l'uomo e la donna".¹¹⁸ Un'opinione simile è espressa da Pedro-Juan Viladrich quando dice che quanto il consenso matrimoniale attiva il potenziale dell'"unità dei due", tanto il vincolo matrimoniale attualizza – in base a quel potenziale – la loro capacità di unirsi incessantemente nel corso di tutta la loro vita. Proprio questo significa che il vincolo coniugale indissolubile è ancorato alla complementarietà naturale dell'uomo e della donna.¹¹⁹

Cristo ha elevato tutta la realtà matrimoniale a sacramento.¹²⁰ Di conseguenza, lo stesso rapporto naturale del matrimonio (il consenso, il vincolo, le proprietà e i fini) rappresenta per i coniugi battezzati una partecipazione speciale in Cristo, vale a dire la partecipazione alla sua "condizione" di Sposo della Chiesa. Gli sposi ricevono una grazia sacramentale speciale per essere segno efficace del rapporto sponsale tra Cristo e la Sua Chiesa attraverso la realizzazione della vocazione all'amore coniugale.¹²¹ In questo modo, la realtà naturale del matrimonio, in virtù del sacramento, diventa l'unica via nel suo genere alla consacrazione e alla salvezza.¹²² Di conseguenza, il frutto del "matrimonio nel Signore"¹²³ è la dimensione sacramentale dell'unità e dell'indissolubilità del vincolo nel matrimonio cristiano.¹²⁴ Cristo concede al matrimonio la capacità "di significare la pienezza «unica e indissolubile» del dono con il quale Cristo-Sposo si dona alla Sua Chiesa e la accetta con

¹¹⁷ Vedi J.I. BAÑARES, *El matrimonio...*, pp. 13-26.

¹¹⁸ IOANNES PAULUS II, *Allocutio ad Romanae Rotae tribunal* (1 II 2001), p. 362, n. 5.

¹¹⁹ P.-J. VILADRICH, *Il consenso matrimoniale...*, pp. 408-409.

¹²⁰ Cfr. CIC, can. 1055 § 1; CCEO, can. 776 § 2; vedi J. BAÑARES, *Comentario al c. 1056*, in: *Comentario exegetico al Código de Derecho canónico*, Pamplona 2002³, vol. 3/2, pp. 1057-1058; T. RINCÓN PÉREZ, *La sacramentalidad del matrimonio y su expresión canónica*, Madrid 2001, pp. 12-19.

¹²¹ "Nel testo paolino l'analogia della relazione sponsale va contemporaneamente in due direzioni, che compongono l'insieme del «grande mistero» («*sacramentum magnum*»). L'alleanza propria degli sposi «spiega» il carattere sponsale dell'unione di Cristo con la Chiesa; ed a sua volta questa unione, come «grande sacramento», decide della sacramentalità del matrimonio quale alleanza santa dei due sposi, uomo e donna" – MD, n. 23.

¹²² Vedi A. SARMIENTO, *Al servicio del amor y de la vida: el matrimonio y la familia*, Madrid 2006, pp. 35-68.

¹²³ 1 Cor 7, 39.

¹²⁴ CIC, can. 1056; CCEO, can. 776 § 3.

fedeltà incondizionata ed amore eterno”.¹²⁵ Vale la pena infine di citare le parole di Giovanni Paolo II: “in virtù della sacramentalità del loro matrimonio, gli sposi sono vincolati l’uno all’altra nella maniera più profondamente indissolubile”.¹²⁶ Il diritto canonico esprime questa verità attraverso un principio immutabile nella tradizione ecclesiastica secondo il quale il matrimonio sacramentale (tra due battezzati) non può mai essere sciolto dopo essere stato compiuto.¹²⁷

2. 4. *La finalità del matrimonio*

La prospettiva etica del principio strutturale (dell’amore) permette di mettere in piena luce la finalità dell’“unità dei due” da un punto di vista istituzionale, quale potenziale appartenente all’uomo (al marito) e alla donna (alla moglie),¹²⁸ cioè radicata nella loro natura personale *vis unitiva et operativa*¹²⁹ dall’irripetibile dimensione storico-dinamica.¹³⁰ Giovanni Paolo II insegna nel già citato frequentemente dai canonisti discorso rotale del 2001: “L’ordinazione alle finalità naturali del matrimonio – il bene dei coniugi e la procreazione ed educazione della prole – è intrinsecamente presente nella mascolinità e nella femminilità. Quest’indole teleologica è decisiva per comprendere la dimensione naturale dell’unione. In questo senso, l’indole naturale del matrimonio si comprende meglio quando non la si separa dalla famiglia. Matrimonio e famiglia sono inseparabili, perché la mascolinità e la femminilità delle persone sposate sono costitutivamente aperte al dono dei figli. Senza tale apertura nemmeno ci potrebbe essere un bene dei coniugi degno di tal nome”.¹³¹

È difficile tralasciare il fatto che le parole papali, a quasi 20 anni di distanza dalla promulgazione del Codice di Diritto Canonico, continuano a sottolineare in modo evidente l’unitarismo della finalità del matrimonio.¹³² Proprio

¹²⁵ P.-J. VILADRICH, *Il consenso matrimoniale...*, p. 386.

¹²⁶ GIOVANNI PAOLO II, *Esortazione apostolica “Familiaris consortio”* (22 XI 1981) [più avanti: FC], n. 13.

¹²⁷ IDEM, *Allocutio ad Romanae Rotae iudices et administratos* (21 I 2000), AAS 92 (2000), pp. 353-354, n. 6-7.

¹²⁸ “Dato che l’uomo e la donna sono dotati di una struttura ontologica naturale, il cui dinamismo è sottomesso ai fini naturali, il vero amore coniugale consiste nell’amore dell’altro secondo questa struttura naturale e secondo questi fini. In questo modo l’autentico amore coniugale si estende sui fini” – J. HERVADA, *Obligaciones esenciales del matrimonio...*, s. 72.

¹²⁹ STh I, q. 20, a. 1.

¹³⁰ Vedi J. HERVADA, *Libertad, naturaleza y compromiso en la sexualidad humana*, “Persona y Derecho” 19 (1988), pp. 100-103.

¹³¹ IOANNES PAULUS II, *Allocutio ad Romanae Rotae...* (1 II 2001), p. 361, n. 5.

¹³² La tesi promossa con forza sull’esistenza della direzione “unitaria” del matrimonio, in quanto legato naturalmente in un’unità complementare, è uno degli indici dell’idea del matrimonio canonico “di Pamplona” – vedi A. PASTWA, *Istotne elementy małżeństwa...*, pp.

tale lettura istituzionale del *fines matrimonii* corrisponde perfettamente alla loro collocazione “nell’orbita” del già citato principio strutturale.¹³³ Allora, la dinamica naturale del dono d’amore delle persone nell’alleanza coniugale, che rivela una doppia direzione della “comunità di tutta la vita” – precisata nei canoni 1055 § 1 CIC e 776 § 1 CCEO: *ordinatio ad bonum coniugum* e *ordinatio ad bonum prolis* – esprime in realtà sempre l’*ordinatio ad familiam*.¹³⁴ Javier Hervada nota che “l’uomo concepisce la dimensione della paternità potenziale e la donna la dimensione della maternità potenziale. Infatti, l’apertura verso i figli consiste nell’amare l’altra persona come futuro padre o futura madre”.¹³⁵

Pedro-Juan Viladrich sottolinea bene l’adeguatezza della presentazione unitaria dei fini istituzionali del matrimonio proposta dai canonisti della “scuola di Navarra”. Egli ritiene infatti che appunto l’approccio per eccellenza personalistico alla problematica dei *fines* sia legato al riconoscimento del legame interno ed indissolubile che si manifesta tra due finalità dell’*institutum matrimonii*. Oggi sarebbe impensabile ridurre un vero matrimonio – nel discorso teologico o giuridico-canonico – al semplice scambio contrattuale in cui viene trascurato il bene dei coniugi. In modo del tutto simile, un’immagine fallace del consorzio di tutta la vita sarebbe costituita da ogni presentazione della relazione coniugale interpersonale che “amputi” la con-naturale dimensione di paternità – che comporta l’essere un uomo, nonché di quella di maternità – che comporta l’essere una donna.¹³⁶ In questo contesto Juan Ignacio Bañares nota giustamente che l’indirizzamento al bene dei coniugi e alla procreazione ed educazione della prole deve essere considerato come *ordinationes essentiae matrimonii*. Da questo punto di vista, “il bene dei coniugi” non può essere identificato come bene individuale di ogni parte (del marito e della moglie), ma come bene mediato attraverso il concetto di *consortium*¹³⁷ – nella comprensione della comune identità biografica

275-318. È nota l’affermazione di Pedro-Juan Viladrich: “La finalità non è altro che la stessa essenza del consorzio coniugale vista in dimensione dinamica: è il matrimonio stesso in azione” – P.-J. VILADRICH, *Il consenso matrimoniale...*, p. 362.

¹³³ Paolo Moneta nota giustamente come il tratto caratteristico degli insegnamenti del *de matrimonio* di Giovanni Paolo II è lo sforzo di mettere a fuoco una realtà ricca e complessa del matrimonio intorno alla verità sull’amore coniugale – P. MONETA, *Il bonum prolis e la sua esclusione*, in: *Prole e matrimonio canonico*, «Studi Giuridici», vol. 62, Città del Vaticano 2003, pp. 92-93.

¹³⁴ Cfr. J. CARRERAS, *Il “bonum coniugum”*, oggetto del consenso matrimonial, IE 6 (1994), pp. 155-156; H. FRANCESCHI, *Il “bonum prolis” nello stato di vita matrimoniale e le conseguenze canoniche in caso di separazione o di nullità matrimoniale*, in: *Prole e matrimonio...*, p. 31.

¹³⁵ J. HERVADA, *Libertad, naturaleza y compromiso...*, p. 73.

¹³⁶ Cfr. P.-J. VILADRICH, *Il consenso matrimoniale...*, pp. 365-366.

¹³⁷ Cfr. J. BAÑARES, *Comentario al c. 1055*, in: *Comentario exegetico...*, p. 1047. *En efecto, no se trata de dos piezas aisladas o superpuestas, sino de una única realidad – el consorcio constituido por ambos cónyuges – que contiene y se desarrolla en dos dimensiones: la relación propia de los esposos,*

di due persone. In altre parole, non può esistere una vera ordinazione al “bene dei coniugi” in opposizione alla “procreazione ed educazione della prole” richieste dalla giustizia – da un lato, e dall’altro – la comunità matrimoniale (*consortium*) nel suo dinamismo finalistico non è in grado di attualizzare l’ordinatio alla procreazione ed educazione della prole in disaccordo con il requisito della giustizia del bene dei coniugi.¹³⁸ “Il bene coniugale apporta il modo matrimoniale di orientarsi alla procreazione ed educazione dei figli e quest’ultima apporta al bene coniugale una apertura ad una fecondità oggettiva [...]. Il bene coniugale dà alla procreazione umana una radice personalizzata e un ambito di vita personalizzante per tutti i suoi membri, che è l’intima comunione d’amore degli sposi come nucleo che è alla base e che irradia l’intimità familiare. L’ordinazione alla procreazione ed educazione dei figli dà alla comunione amorosa coniugale la sua apertura alla fecondità umana reale ed oggettiva: i figli”.¹³⁹

Alla fine non può mancare un importante chiarimento: la riflessione sulla finalità istituzionale del matrimonio culmina nella dimostrazione della vocazione universale dei coniugi/genitori alla perfezione (santità) e soprattutto alla verità che gli sposi cristiani sono “strumenti” e “trasmettitori” della grazia di Dio – prima nelle relazioni come coniugi e genitori, e poi, nelle relazioni con il loro prossimo. Tale assioma personalistico sta dietro la definizione “conciliare” del matrimonio-famiglia quale “intima comunità di vita e di amore”¹⁴⁰ e anche alla base dell’esposizione che si riconduce a tale definizione nell’esortazione apostolica *Familiaris consortio* nonché di quella delle sfere realizzative dei coniugi-genitori cristiani¹⁴¹ nella sorveglianza, rivelazione e trasmissione dell’amore.¹⁴² È questa l’immagine della finalità integrata del matrimonio cristiano che intendevano i Padri del Concilio¹⁴³ come insegnato nella Costituzione dogmatica sulla Chiesa: “i coniugi cristiani, in virtù del sacramento del matrimonio, col quale significano e partecipano il mistero di unità e di fecondo amore che intercorre tra Cristo e la Chiesa, si aiutano a vicenda per raggiungere la santità nella vita coniugale; accettando ed educando la prole, essi hanno così, nel loro stato di vita e nella loro funzione, il proprio dono in mezzo al popolo di Dio”.¹⁴⁴

procurando cada uno el bien del otro, exige la donación y aceptación íntegra de la dimensión sexual de cada uno de ellos, y en consecuencia la de su paternidad o maternidad potencial; a su vez, la ordenación del consorcio a la generación y educación de la prole, debe realizarse de modo conyugal: como quien – por título de justicia – se debe al otro en la integridad de su dimensión sexual – ibid., p. 1048.

¹³⁸ Cfr. P.-J. VILADRICH, *Il consenso matrimoniale...*, p. 365.

¹³⁹ *Ibid.*, p. 366.

¹⁴⁰ GS, n. 48.

¹⁴¹ J. CARRERAS, *Il “bonum coniugum”...*, pp. 155-156.

¹⁴² FC, n. 17.

¹⁴³ J. BAÑARES, *Comentario al c. 1055*, in: *Comentario exegetico...*, p. 1048.

¹⁴⁴ LG, n. 11.

PER UN DIRITTO DI FAMIGLIA DELLA CHIESA: I RAPPORTI TRA GENITORI E FIGLI

ILARIA ZUANAZZI

ABSTRACT: Esiste un diritto di famiglia nell'ordinamento canonico? Nonostante la scarsità e frammentarietà delle norme dei codici in ordine alle conseguenze giuridiche del matrimonio, è possibile far emergere un sistema organico di diritto sulla base dell'insegnamento del Magistero e di altri documenti ricognitivi dell'antropologia giuridica cristiana sulla famiglia. Con questo metodo, l'articolo ricostruisce un corpo essenziale di norme che regolano i rapporti tra genitori e figli nella Chiesa.

PAROLE CHIAVE: Diritto di famiglia, comunità di persone, genitori, figli, procreazione, educazione.

ABSTRACT: Is there a family law in the canon law? Despite the small size and fragmentation of the rules in the codes on the legal consequences of marriage, is possible bring out a comprehensive system of law based on the teachings of the Magisterium and other documents that reveal the juridical and christian anthropology on family. With this method, the article reconstructs an essential set of rules governing the relationship between parents and children in the Church.

KEYWORDS: Family Law, Community of Persons, Parents, Children, Procreation, Education.

SOMMARIO: 1. Il diritto di famiglia nell'ordinamento canonico. - 2. Principi antropologici e giuridici nei rapporti tra genitori e figli. - 3. La funzione dei genitori nella famiglia: a) L'investitura soggettiva; b) La struttura intrinsecamente doverosa. 4. Lo status dei figli minori. - 5. L'educazione come ministero familiare.

1 . IL DIRITTO DI FAMIGLIA NELL'ORDINAMENTO CANONICO

IL disegno divino sul consorzio di vita coniugale e il valore della famiglia per l'esistenza delle persone e per l'organizzazione della società civile e di quella religiosa sono stati rivalutati e approfonditi da numerosi interventi del magistero della Chiesa.¹ Si è messa in luce, in particolare, la relazione essenziale tra la famiglia e l'istituzione ecclesiale: quale nucleo germinale

¹ Pio XI, lettera enciclica *Casti connubii*, 31 dicembre 1930; CONCILIO VATICANO II, costituzione dogmatica su la Chiesa, *Lumen gentium*, nn. 11 e 35; costituzione pastorale sulla Chiesa nel mondo contemporaneo, *Gaudium et spes*, n. 48; decreto sull'apostolato dei laici, *Apostolicam actuositatem*, n. 11; GIOVANNI PAOLO II, esortazione apostolica *Familiaris consortio*, 22 dicembre 1981; ID., Lettera alle famiglie, *Gratissimam sane*, 2 febbraio 1994.

della comunità umana, la famiglia è la cellula primigenia di edificazione del popolo di Dio, il luogo vivente dove si realizzano le prime relazioni di comunione interpersonale e il soggetto primario della missione di evangelizzare, di santificare e di testimoniare la carità.²

Nonostante l'importanza riconosciuta alla famiglia, nei codici di diritto canonico non si trova un corpo organico di norme che disciplinino i rapporti familiari. A fronte di una vasta e puntuale regolamentazione del momento costitutivo del matrimonio, scarse e frammentarie sono le disposizioni dedicate agli effetti giuridici del consorzio nuziale, ossia ai rapporti dei coniugi tra loro e con i figli: alle sintetiche disposizioni contenute nel titolo sul matrimonio³ si aggiungono pochi altri canoni sul ruolo dei genitori, sparse in varie parti dei codici.⁴ La prevalenza del *matrimonium in fieri* sul *matrimonium in facto esse* è un portato della tradizione canonica, che tendeva a considerare le conseguenze sul piano delle relazioni familiari di competenza della morale o della filosofia, mentre solo pochi aspetti erano ritenuti rilevanti per il diritto. Questa impostazione, che nel quadro del sistema classico dell'*utrumque ius* finiva per lasciare la disciplina giuridica degli effetti del matrimonio allo *ius civile*, quanto meno per i profili patrimoniali o *mere civiles*,⁵ non può essere ritenuta ancora valida in epoca attuale, a seguito, da un lato, della progressiva secolarizzazione del diritto degli Stati, che conduce a regolare i rapporti familiari secondo principi non sempre coerenti all'antropologia cristiana, e, dall'altro, alla crescente presa di coscienza nella Chiesa della necessità di dare un corretto orientamento all'assetto e al ruolo della famiglia.

L'esiguità delle norme recepite nei codici, del resto, non impedisce di configurare nell'ordinamento canonico un sistema di diritto familiare. La famiglia, in effetti, è una struttura antropologica essenziale il cui valore precede qualsiasi riconoscimento giuridico positivo e si fonda sui valori intrinseci alla natura della persona umana e alla qualità delle relazioni interpersonali

² Si ricorda soprattutto la dottrina sulla famiglia come "chiesa domestica" (*Lumen gentium*, n. 11; *Apostolicam actuositatem*, n. 11), che sottolinea la corrispondenza sostanziale, nell'essere e nell'agire, tra la famiglia e la Chiesa, additando il nucleo domestico come la struttura costitutiva primaria dell'istituzione ecclesiale. Sul tema, si veda C. ROCCHETTA, *Teologia della famiglia. Fondamenti e prospettive*, Bologna, 2011, 423-456.

³ Cann. 1134-1140 CIC. Ancora meno sono i canoni nel CCEO, ove gli effetti del matrimonio sono condensati nel solo can. 777, relativo ai rapporti tra coniugi, mentre le conseguenze relative ai figli sono oggetto di rinvio indiretto nel can. 783, § 1, 1°, in merito alla preparazione degli sposi alle nozze.

⁴ Sono disposizioni dedicate principalmente al diritto e dovere dei genitori di educare e di guidare i figli nella formazione umana e religiosa: nel libro II, sullo statuto dei laici (can. 226, § 2 CIC); nella parte sul *munus docendi* (cann. 774; § 2; 793, § 1; 796, § 2; 797-799 CIC; cann. 618, 627, §§ 1 e 3; 628, § 2 CCEO); nell'ambito del *munus sanctificandi* (cann. 835, § 4; 867, § 1; 868; 890; 914 CIC; cann. 681, § 1; 686, § 1 CCEO).

⁵ Can. 1059 CIC; can. 780, § 1 CCEO.

all'interno della comunità di vita domestica.⁶ Pure nella dimensione specificatamente ecclesiale, per il suo ruolo ministeriale *ad aedificationem Ecclesiae*, si può ritenere che la famiglia sia un'istituzione fondamentale, presupposta dall'assetto costitutivo dell'organizzazione salvifica risalente alla volontà stessa del Fondatore. I principi e le regole basilari che discendono dal progetto divino sono enunciate in diverse fonti dell'ordinamento canonico, principalmente nei documenti del Magistero che illustrano la dottrina cristiana sulla famiglia, tanto nella conformazione naturale, quanto nell'elevazione sacramentale.⁷ Sulla base dei pronunciamenti ricognitivi del diritto divino, quindi, risulta possibile riordinare le norme sui rapporti familiari, integrando le lacune del corpo legislativo, per delineare in modo più completo il quadro del diritto canonico della famiglia.

Non è possibile in questa sede trattare l'interezza dei principi e delle norme relative alla comunità di vita familiare, ma si è scelto di esaminare un ambito più circoscritto, vale a dire i rapporti tra genitori e figli, per cercare di ricostruire in modo organico una parte del diritto della famiglia della Chiesa.⁸

2. PRINCIPI ANTROPOLOGICI E GIURIDICI DEI RAPPORTI TRA GENITORI E FIGLI

Il quadro assiologico che ispira e conforma il sistema del diritto di famiglia della Chiesa si basa sulla concezione della famiglia come una comunità di persone, animata dalle dinamiche di comunione che si ispirano alla logica del dono di sé.⁹

Il matrimonio dà vita al primo nucleo, con la coppia degli sposi che danno e accettano reciprocamente se stessi nel patto di amore coniugale.¹⁰ La stessa logica del dono di sé li conduce a donare, oltre se stessi, la vita a nuove

⁶ Per una ricostruzione del sistema giuridico della famiglia a partire dai principi dell'antropologia giuridica cristiana, si veda H. FRANCESCHI - J. CARRERAS, *Antropología jurídica de la sexualidad. Fundamentos para un Derecho de Familia*, Caracas, 2000.

⁷ A. CASIRAGHI, *Il diritto di famiglia nel nuovo Codice di diritto canonico*, in *Le nouveau Code de droit canonique*, Ottawa, 1986, II, 853-879; F. CASTAÑO, *Famiglia e rapporti familiari nel diritto della Chiesa*, in *La famiglia e i suoi diritti nella comunità civile e religiosa*, Città del Vaticano, 1987, 86-89; P. BIANCHI, *Il "diritto di famiglia" della Chiesa*, «Quaderni di diritto ecclesiale», 7 (1994), 287; S. GHERRO, *Famiglia nel diritto canonico*, in *Digesto delle discipline privatistiche*, 8 (1992), 218; J. I. ARRIETA, *La posizione giuridica della famiglia nell'ordinamento canonico*, in *Ius ecclesiae*, 7 (1995), 552; S. BERLINGÒ, *Il diritto "familiare" nell'ordinamento canonico*, in *Studi in onore di F. Finocchiaro*, I, Padova, 2000, 126-129; E. VITALI, *Riflessioni sui rapporti familiari nell'esperienza giuridica ecclesiale*, «Il diritto ecclesiastico», (2005), 860.

⁸ Per un'esposizione più ampia del tema, sia consentito il rinvio a I. ZUANAZZI, *L'ordinatio ad educationem proles del matrimonio canonico*, Napoli, 2012.

⁹ *Familiaris consortio*, n. 18; *Gratissimam sane*, n. 7. La definizione si trova recepita nel *Catechismo della Chiesa cattolica*, n. 2205.

¹⁰ *Familiaris consortio*, n. 21.

creature.¹¹ La paternità e la maternità umane non si esauriscono nella sola generazione fisica della prole, ma, quali dimensioni essenziali della persona, sono anch'esse "a immagine e somiglianza di Dio", nel senso che partecipano e riflettono, nello spirito che le anima e nelle modalità di esercizio, il modello dell'amore divino.¹² Poiché la natura della creatura umana è di un "essere in relazione", l'unico modo degno di dare la vita è attraverso una donazione d'amore tra l'uomo e la donna, e l'unico luogo adatto ad accogliere la prole è la famiglia fondata sul matrimonio.¹³ La filiazione, invero, non è un fenomeno meramente biologico, ma si costituisce e si sviluppa sulla base delle relazioni interpersonali che si instaurano nel quadro della comunione familiare con i genitori, i fratelli e gli altri parenti.¹⁴

I rapporti tra genitori e figli si caratterizzano per un dinamismo di reciprocità che esprime l'intima struttura solidale del gruppo familiare.¹⁵ I genitori accolgono la nuova creatura come la vuole Dio, cioè "per se stessa", rispettando la sua dignità di persona unica e irripetibile, e aiutandola a crescere nella pienezza della sua formazione umana.¹⁶ I figli, da parte loro, riconoscono nel padre e nella madre coloro che li introducono nell'esistenza, che costruiscono l'ambiente di vita e di affetto adatto a far maturare integralmente la loro personalità, che nel dare la testimonianza del dono di sé trasmettono la verità dell'amore umano. Il rispetto, l'onore e l'obbedienza che i figli portano ai genitori in risposta alle loro attenzioni è il contributo specifico che danno alla costruzione della comunione familiare.¹⁷ Gli uni e gli altri, genitori e figli, riconoscono come valore fondamentale per la realizzazione e il benessere della propria persona il vivere gli uni per gli altri, ossia l'«essere insieme» come famiglia.¹⁸

Questa sinergia oblativa che costituisce la causa efficiente della comunione familiare risulta anche, per ciò stesso, la regola fondamentale che impronta i rapporti tra i componenti la comunità perché la famiglia possa corrispondere autenticamente alla sua natura.¹⁹ L'amore nel matrimonio si radica, del resto, su di una precisa assunzione di responsabilità nel patto nuziale: la

¹¹ *Familiaris consortio*, n. 14.

¹² *Gratissimam sane*, n. 6.

¹³ PONTIFICIO CONSIGLIO PER LA FAMIGLIA, *Famiglia e procreazione umana*, studio del 6 giugno 2006, in *Il Regno Documenti*, 15 (2006), 487, n. 5.

¹⁴ *Familiaris consortio*, n. 15. Sul rapporto di filiazione come relazione interpersonale costitutiva dell'identità della persona si veda J. CARRERAS, *La giurisdizione della Chiesa sulle relazioni familiari*, in *La giurisdizione della Chiesa sul matrimonio e sulla famiglia*, a cura di J. Carreras, Milano, 1998, 18-19; ID., *La dimensione giuridica del matrimonio e della famiglia*, in *Il concetto di diritto canonico. Storia e prospettive*, a cura di C. Errázuriz e L. Navarro, Milano, 2000, 202-203; H. FRANCESCHI *Il "bonum proles" nello stato di vita matrimoniale e le conseguenze canoniche in caso di separazione o di nullità matrimoniale*, in *Prole e matrimonio canonico*, Città del Vaticano, 2003, 37.

¹⁵ *Gratissimam sane*, n. 15.

¹⁶ *Gratissimam sane*, nn. 9 e 11.

¹⁷ *Familiaris consortio*, n. 21.

¹⁸ *Gratissimam sane*, n. 15.

¹⁹ *Familiaris consortio*, n. 37.

donazione d'amore tra gli sposi, pur libera all'origine, una volta manifestata nell'incontro delle volontà, qual è il consenso matrimoniale, genera l'impegno a rispettare quanto promesso. Nei confronti della prole, è lo stesso patto d'amore tra coniugi, con lo scambio reciproco della dimensione di potenziale paternità e maternità, che fa sorgere il dovere di fondersi nell'atto di amore che genera la vita e il dovere di continuare a generare i figli nel tempo fino alla loro formazione come persone umane complete. Il dovere di amore costituisce pertanto il germe in cui sono racchiusi e da cui si sviluppano tutti i complessi compiti di dedizione disinteressata dei genitori, a servizio del bene del figlio. Da parte dei figli, infine, il dovere di amare e di rispettare il padre e la madre sorge proprio in risposta al dono d'amore da loro ricevuto.²⁰

La delineata struttura ontologica della famiglia, come comunità di persone unite dall'amore, assume rilevanza sotto il profilo giuridico, in quanto costituisce il dover essere dei rapporti familiari, ordinati *ab intrinseco* a costituire, mantenere e promuovere la comunione interpersonale tra i diversi membri del gruppo. La logica di comunione risulta pertanto il criterio deontico che caratterizza la giuridicità intrinseca delle posizioni soggettive e dei rapporti di diritto familiare nell'ordinamento canonico e che li qualifica in modo del tutto peculiare rispetto alla disciplina prevista dagli ordinamenti civili.²¹

Nei sistemi secolari, infatti, le relazioni familiari risentono di una impostazione individualistica che tende a considerare e a proteggere più i diritti delle persone nella famiglia, piuttosto che a valorizzare la struttura giuridica unitaria del nucleo familiare, considerato nel suo insieme e nei rapporti reciproci tra i suoi componenti.²² Le posizioni giuridiche dei singoli sono regolate in modo assoluto, con riguardo all'interesse di ciascuno al benessere individuale, senza tenere conto della loro collocazione nell'ambito familiare e dei legami con gli altri membri della famiglia. Questa evoluzione emerge soprattutto nei rapporti tra i coniugi, ove le rispettive situazioni giuridiche sono configurate come pretese alla propria felicità e possono essere rivendicate anche in contrasto e in opposizione alle esigenze dell'altro. Pure nei rapporti tra genitori e figli, tuttavia, si palesa questa impronta individualistica, quantunque la disciplina sia sbilanciata a favore dei figli, quando siano minori.²³ Se nella posizione dei genitori si sottolinea il ruolo di responsabi-

²⁰ *Gratissimam sane*, n. 15.

²¹ La diversa impostazione tra il sistema familiare canonico e quello civile viene sottolineata da J. I. ARRIETA, *La posizione giuridica della famiglia*, cit., 560; J. CARRERAS, *La dimensione giuridica del matrimonio*, cit., 192; S. BERLINGÒ, *Il diritto "familiare" nell'ordinamento canonico*, cit., 13; E. VITALI, *Riflessioni sui rapporti familiari nell'esperienza giuridica ecclesiale*, cit., 855.

²² F. D'AGOSTINO, *Diritti della famiglia e diritti dei minori*, in *I figli: famiglia e società nel nuovo millennio*, a cura del Pontificio Consiglio per la famiglia, Città del Vaticano, 2001, 109.

²³ Sul tema si vedano P. VERCELLONE, *Potestà dei genitori*, in *Trattato di diritto di famiglia*, II, *Filiazione*, a cura di G. Collura - L. Lenti - M. Mantovani, Milano, 2002, 937-985, e la nuova

lità nei confronti dei figli, nella posizione del minore si tiene conto esclusivamente del suo interesse, per configurare una serie di diritti che possono essere esercitati indipendentemente dal contesto familiare e dalle funzioni dei genitori, anzi, possono persino essere fatti valere anche a scapito o in contrasto con la posizione dei genitori.

Nell'ordinamento giuridico della Chiesa, per converso, le posizioni giuridiche all'interno della famiglia sono strutturate intrinsecamente secondo la visione personalistica che considera l'essere umano realizzato solo nella condivisione di se stesso con gli altri.²⁴ La dimensione attiva del diritto a perseguire i propri interessi risulta necessariamente correlata con la dimensione simmetrica del dovere di accogliere e di rispettare l'altro.²⁵ I rapporti reciproci tra coniugi e tra genitori e figli risultano così contrassegnati dal principio di comunione, per cui il bene di ciascuno si realizza nel bene comune e tutti sono corresponsabili nel conservare e favorire il bene di tutti.

3. LA FUNZIONE DEI GENITORI NELLA FAMIGLIA

I genitori collaborano all'opera del Creatore nel donare la vita ai figli e nel condurli alla piena maturazione. I due aspetti del generare e dell'educare la prole costituiscono un binomio inscindibile nella complessa funzione parentale di formare nuove persone umane. Un impegno che riveste un'importanza fondamentale non solo per la vita dei figli e dei genitori, ma per l'esistenza e lo sviluppo della società civile e della comunità ecclesiale, in quanto è diretto a far crescere le membra vive che le compongono. Si può così motivatamente ritenere che la funzione dei genitori abbia una rilevanza pubblica nella strutturazione del popolo di Dio e che sia da considerare un vero e proprio *munus*, quale partecipazione specifica alla missione istituzionale della Chiesa.²⁶

a. *L'investitura soggettiva*

La posizione giuridica soggettiva di cui sono titolari i genitori per l'esercizio del *munus parentum* è una situazione giuridica complessa, che combina insieme la capacità di esercitare l'incarico con la responsabilità di adempierlo

edizione dell'opera in *Trattato*, cit., II, Milano, 2011², 1209-1352; P. STANZIONE – G. SCIANCALEPORE, *Minori e diritti fondamentali*, Milano, 2006, 17-98; M. DOGLIOTTI, *La potestà dei genitori*, in *Diritto civile*, I, 2, *La famiglia*, diretto da N. Lipari e P. Rescigno, Milano, 2009, 561-612.

²⁴ *Gratissimam sane*, n. 14.

²⁵ La dimensione comunitaria dei diritti all'interno della famiglia è sottolineata nella *Carta dei diritti della famiglia*, 22 ottobre 1983, *Preambolo*, a.

²⁶ La nozione di *munus* viene richiamata in numerosi documenti, con riferimento all'opera educativa dei genitori. Qui se ne parla in senso più esteso, con riferimento all'interesse della funzione genitoriale.

correttamente. La connessione intrinseca tra la dimensione dell'*agere licere* e quella dell'*obligatio agendi* è evidenziata dall'uso dell'endiadi diritto-dovere per definire il compito dei genitori nei riguardi dei figli, in particolare quello di educarli.²⁷ Il dover essere della funzione è messo ancora maggiormente in risalto dall'uso di aggettivi qualificativi che esaltano il carattere impegnativo delle situazioni giuridiche ad esso pertinenti.²⁸

L'obbligo dei genitori di curare i figli viene denominato "gravissimo", un termine che implica la responsabilità più alta nel rispettare questa incombenza, sia sotto il profilo morale, sia sotto il profilo giuridico, con la previsione di sanzioni anche penali.²⁹ Dal profilo attivo, il ruolo dei genitori è definito come un diritto "essenziale", perché connesso intrinsecamente alla trasmissione della vita umana. Entrambe le situazioni giuridiche sono qualificate come primarie, inalienabili e insostituibili: primario, o originale, significa che spetta ai genitori a titolo principale e prioritario rispetto ad altre agenzie educative; insostituibile e inalienabile vogliono dire, invece, che non possono essere trasmessi interamente ad altri soggetti.

Il diritto-dovere di prendersi cura dei figli, pertanto, appartiene in forma essenziale alla posizione ontologica dell'essere genitori e, in quanto consustanziale allo *status* individuale, rientra nei diritti-doveri fondamentali della persona e del fedele che sono protetti dall'ordinamento ecclesiale come esigenze inviolabili di giustizia. In posizione simmetrica a questa condizione di responsabilità dei genitori, peraltro, si configura il diritto dei figli a ricevere dal padre e dalla madre tutte le attenzioni morali e materiali necessarie e adeguate a promuovere una formazione piena e integrale, quale esigenza fondamentale connessa alla stessa dignità dell'essere persona.³⁰

Pure nel diritto secolare viene riconosciuta la funzione essenziale dei genitori nella crescita dei figli, ma il sistema delle relazioni familiari prevede una protezione prevalente dei diritti dei figli minori, rispetto ai diritti dei genitori. Il valore fondamentale della funzione dei genitori viene al contrario ribadito dalla Santa Sede nelle precisazioni apposte alla sua adesione alla Convenzione internazionale sui diritti del fanciullo, ove si sottolinea come

²⁷ Can. 226, § 2; can. 793, § 1; can. 1136 CIC; can. 627, § 1; can. 783, § 1, 1° CCEO. I codici prendono in considerazione il diritto-dovere di educare, ma la qualificazione giuridica è estensibile alla complessità delle attenzioni di cura materiale e morale dei figli.

²⁸ *Divini illius Magistri*, n. 33; *Gravissimum educationis* n. 3 e n. 6; *Familiaris consortio*, n. 36; *Carta dei diritti della famiglia*, art. 5.

²⁹ Si vedano le repressioni penali per i delitti di aborto (can. 1398 CIC; can. 1450, § 2 CCEO), omicidio, in cui rientra l'infanticidio (can. 1397 CIC; 1450, § 1 CCEO), lesioni gravi (can. 1397 CIC; can. 1451 CCEO), battesimo o educazione dei figli in una religione acattolica (can. 1366 CIC; can. 1439 CCEO).

³⁰ *Gravissimum educationis*, n. 1; *Convenzione internazionale sui diritti del fanciullo*, approvata il 20 novembre 1959 dell'Assemblea generale delle Nazioni Unite e revisionata nel 1989, principio settimo e art. 27.

i diritti dei bambini vadano interpretati nel contesto della famiglia e nel rispetto dei diritti primari e inviolabili dei genitori.³¹ L'appunto rispecchia la peculiare concezione canonica dei rapporti familiari, contrassegnata dalla mutua implicazione tra le posizioni giuridiche dei genitori e quelle dei figli, per cui i diritti dei figli si ritengono pienamente realizzati se trovano adeguata attuazione anche i diritti dei genitori.³²

Applicando i principi dell'antropologia cristiana, anche il titolo costitutivo dell'investitura dei genitori presenta una qualificazione specifica. Diversamente da quanti ritengono che i diritti e i doveri nei riguardi dei figli sorgano successivamente al patto matrimoniale, con la nascita concreta della prole,³³ occorre sottolineare la connessione intrinseca e inscindibile tra unione sponsale e procreazione. Invero, a differenza della normativa civilista, in cui la generazione di figli viene lasciata alle scelte di autonomia individuale e non costituisce elemento essenziale del connubio, il matrimonio canonico è ontologicamente ordinato alla nascita e all'educazione della prole: i figli non sono estranei al rapporto sponsale, ma sono anzi il coronamento e il perfezionamento del dono d'amore reciproco tra il marito e la moglie. È nell'atto fondativo del matrimonio, quindi, che l'uomo e la donna, nello scambiarsi reciprocamente la dimensione personale di fecondità maschile e femminile, assumono contestualmente il ruolo di potenziale paternità e maternità.

Se i genitori non sono uniti in matrimonio, il compito di provvedere alla crescita e all'educazione dei figli sorge dal fatto di averli generati, ma se sono sposati assumono già con il patto sponsale un'abilitazione essenziale a divenire padre e madre. Ancora prima della nascita effettiva della prole, il titolo costitutivo della funzione dei genitori trova fondamento radicale

³¹ Aderendo alla Convenzione internazionale sui diritti del fanciullo, il 20 aprile 1990, la Santa Sede ha allegato una Dichiarazione e tre Riserve, circa il significato da attribuire al testo di alcune disposizioni. In particolare, la seconda di queste riserve precisa come gli articoli della Convenzione dedicati alla libertà di espressione (art. 13), di religione (art. 14), di associazione (art. 15), alla protezione della vita privata (art. 16) e al diritto di educazione (art. 28), devono essere interpretati «*de façon à sauvegarder les droits primordiaux et inaliénables des parents*». Sul tema si vedano G. FILIBECK, *Un regard sur la Convention relative aux droits de l'enfant (CDE) dans l'optique du Saint-Siège*, in *L'année canonique*, 36 (1994), 183-192; J.-P. DURAND, *La religion de l'enfant en droit canonique. Réflexion à la suite de l'adhésion du Saint-Siège à la Convention internationale relative aux droits de l'enfant*, in *L'année canonique*, 36 (1994), 193-220; J. ADOLPHE, *The Holy See, Parental Rights and the Convention on the Rights of the Child*, in *Il Ius divinum nella Vita della Chiesa*, a cura di J.I. Arrieta, Venezia, 2010, 1317-1327.

³² *Carta dei diritti della famiglia*, preambolo, E.

³³ La tesi è stata sostenuta, prima della nuova normativa, da O. FUMAGALLI CARULLI, *Il matrimonio canonico dopo il Concilio. Capacità e consenso*, Milano 1978, 80 e da C. GULLO, *Sulla nullità del matrimonio per incapacità di educare la prole*, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, 9 (1980), 1091. Dopo il codice del 1983 è ripresa da M. E. CASELLATI ALBERTI, *L'educazione dei figli nell'ordinamento canonico*, cit., 162-163 e P. PELLEGRINO, *Il consenso matrimoniale nel codice di diritto canonico latino*, Torino, 1998, 238.

nell'assunzione volontaria, con il consenso matrimoniale, dell'impegno di formare una famiglia.³⁴

Il fondamento di questi diritti e doveri nel patto d'amore coniugale, inoltre, fa sì che le relazioni giuridiche, consolidate nell'alveo della solidarietà nuziale, non abbiano valenza solo bilaterale, ossia tra il figlio e il genitore preso isolatamente, bensì plurilaterale, tra il figlio e i genitori insieme e tra i genitori tra di loro. I diritti-doveri nei confronti del figlio sono diritti-doveri reciproci tra i coniugi, esigibili mutuamente sulla base dell'alleanza sponsale.³⁵ La violazione degli obblighi nei confronti dei figli, pertanto, costituisce nel contempo anche una violazione dei doveri nati dal matrimonio nei confronti del coniuge.³⁶

Il nesso tra lo *status* di coniugati e l'idoneità a svolgere la funzione di genitori emerge, del resto, dalla constatazione che solo nella famiglia fondata sul matrimonio si consolidano quelle relazioni interpersonali stabili e significative che consentono ai figli di acquisire la propria identità personale e sociale.³⁷ La preferenza per la famiglia legittima, quale luogo ideale per provvedere al bene della prole, risulta anche il criterio interpretativo della normativa canonica in ordine alla filiazione.³⁸ Il codice latino, infatti, conserva il canone sui doveri dei genitori verso i figli nella parte dedicata agli effetti del matrimonio, sottolineando in tal modo come il consorzio di vita coniugale sia il contesto che legittima non solo la condizione del figlio, ma anche la funzione dei genitori. Analogo significato si può attribuire al permanere della distinzione tra figli legittimi e figli illegittimi:³⁹ dato che la normativa non prevede più alcuna differenza di trattamento nei rapporti con i genitori,⁴⁰ l'accentuazione data allo *status* di figlio legittimo tra gli effetti del matrimonio vale a evidenziare come questa sia la condizione preferenziale,

³⁴ In questo senso, si vedano: P. A. BONNET, *Ministerialità dei laici genitori*, «Quaderni di diritto ecclesiale», 2 (1989), 350-353; A. STANKIEWICZ, *L'esclusione della procreazione ed educazione della prole*, in *La simulazione del consenso matrimoniale canonico*, Città del Vaticano, 1990, 168; C. CARRODEGUAS NIETO, *La exclusión de la educación de la prole*, in *Revista española de derecho canónico*, 54 (1997), 107; H. FRANCESCHI *Il "bonum prolis" nello stato di vita matrimoniale*, cit., 36-44; S. GHERRO, *Diritto canonico*, II, *Diritto matrimoniale*, Padova, 2012³, 225-227; A. VANZI, *L'incapacità educativa dei coniugi verso la prole come incapacità ad assumere gli oneri essenziali del matrimonio (can. 1095, 3°)*, in *Periodica de re canonica*, 95 (2006), 628.

³⁵ La mutualità dei diritti-doveri, come esigenze di giustizia tra i coniugi, è posta in luce da P. J. VILADRICH, *Il consenso matrimoniale*, Milano, 2001, 364.

³⁶ Si veda la possibilità per un coniuge di chiedere la separazione, qualora l'altro coniuge sia responsabile di comportamenti pregiudizievoli al bene dei figli (can. 1153, § 1 CIC; can. 864, § 1 CCEO).

³⁷ *Familiaris consortio*, n. 15.

³⁸ F. SALERNO, *Gli effetti del matrimonio canonico: stato coniugale canonico e sue vicende*, in *Matrimonio canonico fra tradizione e rinnovamento*, Bologna, 1985, 258-262.

³⁹ Cann. 1137 e 1139 CIC.

⁴⁰ Sul codice del 1917, che stabiliva norme discriminatorie a danno dei figli illegittimi, si veda l'analisi di P. BIANCHI, *Il "diritto di famiglia" della Chiesa*, cit., 288-289.

quella che garantisce i presupposti migliori per maturare l'identità di figlio all'interno della comunità familiare.⁴¹

Benché connessi, quanto all'origine, al patto sponsale, i diritti e i doveri dei genitori verso i figli sono inalienabili e inestinguibili e quindi non vengono meno neppure se dovesse cessare il rapporto coniugale per separazione o per dichiarazione di nullità del matrimonio.⁴² I codici prevedono che nel caso in cui sia disposta la separazione degli sposi, siano date le disposizioni opportune per provvedere al sostentamento e all'educazione dei figli.⁴³ Quantunque in epoca odierna i coniugi si rivolgano generalmente ai tribunali civili per chiedere la pronuncia della separazione ed è quindi il giudice statale a regolarne gli effetti anche nei riguardi dei figli, non si può ritenere che i provvedimenti in materia siano indifferenti per l'ordinamento canonico, dato che permane la competenza dell'autorità ecclesiastica a valutarne la conformità con i principi di diritto divino che reggono il nucleo fondamentale della funzione genitoriale.⁴⁴

Finalità analoga di sanzionare la responsabilità dei genitori verso i figli ha la norma introdotta nei codici vigenti a riguardo della sentenza di nullità del matrimonio.⁴⁵ In questo caso, si prevede che sia il giudice canonico, nella sentenza che definisce il giudizio, ad ammonire i coniugi circa gli obblighi nei confronti della prole.

b. *La struttura intrinsecamente doverosa*

L'investitura nel *munus* di genitori implica l'assunzione di una posizione di autorità, che si manifesta tanto nell'impostare e nel gestire la vita familiare, quanto nel guidare l'esistenza e la crescita dei figli.⁴⁶ Sono i genitori, infatti, a decidere di dare alla luce i figli, a determinare il loro *status* e il loro domicilio,⁴⁷ a scegliere le condizioni migliori per provvedere alle loro esigenze

⁴¹ J. CARRERAS, *La dimensione giuridica del matrimonio e della famiglia*, cit., 203; H. FRANCESCHI, *Il "bonum prolis" nello stato di vita matrimoniale*, cit., 36. Come conseguenza di questo assunto, si deve riconoscere il diritto del figlio a nascere da un matrimonio legittimo (P. BIANCHI, *Il "diritto di famiglia" della Chiesa*, cit., 289).

⁴² H. FRANCESCHI, *Il "bonum prolis" nello stato di vita matrimoniale*, cit., 54-64; F. FALCHI, *Educazione religiosa della prole e separazione dei coniugi. Dallo jus decretalium al codice del 1983*, in «*Iustitia et iudicium*». *Studi di diritto matrimoniale e processuale canonico in onore di A. Stankiewicz*, Città del Vaticano, 2012, II, 1179-1188.

⁴³ Can. 1154 CIC; can. 865 CCEO.

⁴⁴ A norma del can. 1692, § 1 CIC (can. 1378, § 1 CCEO), la separazione personale dei coniugi può essere definita con decreto del vescovo diocesano oppure, su disposizione di questi, dal tribunale diocesano. Il riconoscimento della giurisdizione civile è condizionata al requisito che la sentenza del giudice statale non sia contraria al diritto divino (can. 1692, § 2 CIC; can. 1378, § 2 CCEO).

⁴⁵ Can. 1689 CIC; can. 1377 CCEO.

⁴⁶ *Carta dei diritti della famiglia*: diritto di formare una famiglia (art. 1 a); diritto di decidere la nascita dei figli (art. 3); diritto di guidare le scelte religiose della famiglia (art.7).

⁴⁷ Si vedano le disposizioni riguardanti la fissazione del domicilio (cann. 104-105, § 1 CIC; cann. 914-915, § 1 CCEO) e l'iscrizione al *ritus* (can. 111, § 1 CIC; can. 29, § 1 CCEO).

materiali e morali, per assicurare il loro benessere e per promuoverne lo sviluppo psico-fisico equilibrato.⁴⁸

Questo ruolo nella conduzione dell'indirizzo familiare compete in pari modo al padre e alla madre e viene da loro esercitato congiuntamente.⁴⁹ La volontà della madre ha pari rilevanza di quella del padre nell'assumere le decisioni che concernono i figli: solo in assenza di un indirizzo comune tra i genitori, i codici prevedono criteri suppletivi che definiscono lo *status* del figlio minorenni ora in riferimento al padre,⁵⁰ ora in riferimento alla madre.⁵¹

L'ambito della funzione dei genitori si presenta ampio e complesso, in quanto si estende in tutti gli aspetti della vita familiare e riguarda tutti i profili dell'esistenza e della crescita dei figli. Le competenze in esso ricomprese risultano in gran parte neppure precisate dal diritto e non sarebbe nemmeno possibile prevederle tutte integralmente, data la vastità e l'eterogeneità delle fattispecie materiali che ricadono nell'orbita dell'azione dei genitori. Nonostante tuttavia l'indeterminatezza delle situazioni giuridiche e delle forme di espressione, sono tutte attribuzioni intrinsecamente doverose, in quanto sono emanazione concreta del diritto-dovere di provvedere al bene dei figli e quindi sono necessariamente ordinate a conformarsi alle esigenze intrinseche della funzione parentale. Una conformazione doverosa che trova maggiore intensità di traduzione nell'ordinamento canonico, in rapporto alla peculiare impostazione della famiglia e al dovere primario dei genitori, che è quello di realizzare una comunità di persone animata dalla logica del dono di sé, condizione essenziale per poter promuovere la crescita umana più completa dei figli.⁵²

Nel contesto della sopraesposta struttura doverosa del *munus* si inquadra pure il nucleo essenziale della posizione di autorità dei genitori, che consiste nella titolarità di poteri decisori nei riguardi dei figli.⁵³ I genitori, infatti, possono sostituirsi al figlio e determinare per suo conto le modalità concrete di impostare non solo le azioni di vita quotidiana ma anche le scelte più impegnative della sua esistenza, quelle che indirizzano la sua vocazione futura. Queste competenze direttive, tuttavia, non costituiscono poteri liberi e incondizionati, dato che sono strettamente correlate alla responsabilità dei

⁴⁸ I minori sono sottoposti alla potestà dei genitori, eccetto per le cose per le quali sono esenti per legge divina o per diritto canonico (can. 98 § 2 CIC; can. 910, § 2 CCEO).

⁴⁹ Al matrimonio conseguono eguali diritti e doveri tra gli sposi (can. 1134 CIC; can. 777 CCEO).

⁵⁰ Can. 111, § 1 CIC; can. 29, § 1 CCEO.

⁵¹ Can. 101 CIC.

⁵² *Gravissimum educationis*, n. 3; *Familiaris consortio*, n. 37; *Carta dei diritti della famiglia*, preambolo, E; *Catechismo della Chiesa cattolica*, n. 2223.

⁵³ La nozione di autorità, come posizione complessiva di prevalenza, ha un'estensione più ampia del concetto più specifico di potestà, che fa riferimento alla titolarità di poteri imperativi e vincolanti nei confronti dei destinatari.

genitori di prendersi cura della prole, con sguardo attento al suo interesse.⁵⁴ Sono poteri, quindi, ordinati e definiti *ab intrinseco* dalla natura stessa delle attribuzioni, che sono tenute *ex se* a rispettare peculiari esigenze di rettitudine e di correttezza.

Il primo criterio ordinativo interno è dato dal rapporto di congruenza con l'obiettivo specifico della funzione. Le decisioni prese dai genitori nei riguardi dei figli devono risultare coerenti, nei contenuti e nei metodi, al fine di promuovere la formazione umana integrale della prole. Non possono, quindi, essere considerate legittime quelle scelte che siano moralmente illecite⁵⁵ o che implicino il pericolo di arrecare un danno alla salute fisica o spirituale dei figli. Pure le condotte di indifferenza o di incuria, che erano tollerate in passato in base a un diverso modo di intendere le attenzioni da prestare all'infanzia,⁵⁶ alla luce del sistema familiare attuale sono da ritenere in contrasto con il dovere fondamentale dei genitori di prendersi carico della protezione piena e completa della vita dei minori, come una responsabilità personale e diretta che non può essere trasferita ad altri soggetti, quanto meno non nell'interesse dell'esistenza e del percorso formativo dei figli.

Il principio di coerenza alla destinazione della funzione richiede, ancora, che le decisioni prese dai genitori nei riguardi dei figli rientrino nell'ambito degli interventi formativi, di indirizzo cioè dello sviluppo maturativo dei figli, e non travalichino i confini di questa competenza. Non possono quindi essere considerate legittime le intromissioni dei genitori volte a prendere per conto e al posto dei figli decisioni sulla condizione individuale che impegnano la loro esistenza futura,⁵⁷ in quanto si tratta di scelte che devono essere assunte personalmente dai diretti interessati, una volta che abbiano raggiunto la capacità necessaria a esercitare il diritto fondamentale a eleggere il loro stato di vita.⁵⁸

Un altro criterio ordinativo che informa la struttura deontica della funzione dei genitori, infine, è il rispetto della dignità personale del figlio e delle situazioni giuridiche ad essa pertinenti.⁵⁹ La relazione tra genitori e figli,

⁵⁴ Pure negli ordinamenti civili, la potestà parentale non è più considerata alla stregua di un diritto assoluto e illimitato del padre di famiglia, ma viene configurata come una situazione giuridica di potere finalizzata all'adempimento di un dovere (*potestas-functio*).

⁵⁵ I figli non sono tenuti a obbedire ai genitori *in rebus illicitis* (*Catechismo della Chiesa cattolica*, cit., n. 2217).

⁵⁶ Si pensi all'esposizione o all'abbandono dei bambini, che in Europa fino al XIX secolo erano fenomeni sociali abbastanza diffusi. Sull'evoluzione storica della concezione dell'infanzia e delle responsabilità genitoriali, si rinvia a I. ZUANAZZI, *L'ordinatio ad educationem proles*, cit., 56-96.

⁵⁷ Per l'analisi della normativa precedente, che riconosceva poteri di ingerenza ai genitori sulla scelta dello stato di vita dei figli, si veda I. ZUANAZZI, *L'ordinatio ad educationem proles*, cit., 67-67-87; 99-106.

⁵⁸ Can. 219 CIC, can. 22 CCEO.

⁵⁹ *Familiaris consortio*, n. 26; *Catechismo della Chiesa cattolica*, n. 2222.

infatti, non può essere intesa come un rapporto di soggezione passiva degli uni al dominio assoluto degli altri. Per essere veramente formativa della persona, l'autorità parentale deve essere impostata su di un rapporto bilaterale di mutuo rispetto e di dedizione reciproca, secondo le dinamiche della comunione d'amore interpersonale.⁶⁰

4. LO STATUS DEI FIGLI MINORI

Il dialogo di mutuo rispetto si sviluppa naturalmente nel tempo, seguendo le fasi di crescita dell'età dei figli e l'evoluzione delle loro capacità e delle loro esigenze. Se nel corso della prima infanzia i genitori provvedono ai bisogni materiali e spirituali dei figli dirigendo quasi integralmente la loro esistenza, con il progredire della maturazione delle facoltà critiche ed elettive dei figli, devono lasciare loro una sfera gradualmente sempre più ampia di autonomia, perché assumano, un po' per volta, la responsabilità delle scelte che riguardano la loro persona e prendano in mano il loro destino. Con lo sviluppo psico-fisico dei figli, pertanto, avviene un arretramento dei poteri direttivi dei genitori e un'estensione, per converso, della capacità dei figli di agire da soli.⁶¹

Nei rapporti tra genitori e figli la distinzione fondamentale è tra maggiori e minori di età. Con la maggiore età si consegue il pieno esercizio dei propri diritti⁶² e il raggiungimento di questa condizione viene fissato ai diciotto anni, in conformità all'analogia evoluzione prevista dalle legislazioni civili.⁶³ I minorenni, invece, sono di regola soggetti alla potestà dei genitori nell'esercizio dei propri diritti, ma se sono dotati di un sufficiente grado di discernimento possono compiere determinati atti.⁶⁴ In proposito, occorre tuttavia valutare se abbiano o non abbiano superato l'età infantile. L'*infans*, ossia il bambino al disotto dei sette anni, è considerato privo dell'uso della ragione

⁶⁰ *Familiaris consortio*, n. 21.

⁶¹ Come per il diritto della famiglia anche lo *status* dei minori non trova nella legislazione codiciale una trattazione organica e completa. Sul tema si vedano: P. A. BONNET, *Minore (diritto canonico)*, in *Enciclopedia giuridica*, xx (1990); J-P. DURAND, *La religion de l'enfant en droit canonique. Réflexion à la suite de l'adhésion du Saint-Siège à la Convention internationale relative aux droits de l'enfant*, in *L'année canonique*, 36 (1994), 193-220; A. DE FUENMAYOR, *Ad cann.* 97-98, in *Comentario exegetico al Código de derecho canónico*, Pamplona, 1996, I, 723-727; G. DALLA TORRE, *Diritto alla vita e diritto dei minori nell'ordinamento canonico*, in *Tutela della famiglia e diritto dei minori nel codice di diritto canonico*, Città del Vaticano, 2000, 68-75; R. COPPOLA, *La tutela dei minori nel diritto canonico processuale e penale*, *ivi*, 77-88.

⁶² Can. 98, § 1 CIC; can. 910, § 1 CCEO. Per il compimento di determinati atti, peraltro, la maggiore età non basta e si richiede una maturazione ulteriore: professione religiosa perpetua (can. 658, 1° CIC); incorporazione perpetua e definitiva in un istituto secolare (can. 723, § 3 CIC); diaconato e presbiterato (can. 1031, §§ 1-2 CIC; can. 759, § 1 CCEO).

⁶³ Can. 97, § 1 CIC; can. 909, § 1 CCEO.

⁶⁴ Can. 98, § 2 CIC; can. 910, § 2 CCEO.

e quindi non responsabile dei propri atti.⁶⁵ Si tratta di una presunzione *iuris et de iure* per quanto concerne la subordinazione alle leggi ecclesiastiche,⁶⁶ mentre per l'applicazione del diritto divino è considerata una presunzione solo *iuris tantum*: risulta così possibile dimostrare nel caso concreto che il fanciullo, nonostante la tenera età, abbia comunque la maturità necessaria per esercitare alcuni diritti.⁶⁷ Questa estensione della capacità del bambino nelle materie di diritto divino corrisponde del resto alla tendenza generale dell'ordinamento ecclesiale di interpretare in modo favorevole alla persona e di proteggere il più ampiamente possibile i suoi diritti in tutto ciò che attiene alla meta suprema della *salus animarum*.

Al compimento dei sette anni, si suppone, secondo la tradizione canonica, che il fanciullo consegua l'uso di ragione, ma la presunzione è solo *iuris tantum*, per cui potrebbe essere vinta dalla prova contraria.⁶⁸ Nell'esercizio dei suoi diritti il minore *infantia egressus* risulta ancora sottoposto all'autorità dei genitori, ma l'aver raggiunto l'età della ragione, quanto meno nel grado minimo, lo rende capace di compiere personalmente quegli atti per i quali possiede un'adeguata facoltà di discernimento. Alcune ipotesi di capacità d'agire del minore uscito dall'infanzia sono previste dal diritto positivo,⁶⁹ ma pure a prescindere da fattispecie espresse, si può ritenere come principio generale di diritto naturale che il minore sia da considerare capace di esercitare autonomamente i diritti di cui sia in grado di comprendere il significato e le conseguenze. Sono, in linea generale, quei diritti personali⁷⁰ per i quali l'ordinamento considera sufficiente un conveniente uso della ragione, tra i quali rientrano i diritti fondamentali della persona e del fedele, soprattutto i

⁶⁵ Can. 97, § 2 CIC; can. 909, § 2 CCEO. Per il can. 1478, § 1 CIC (can. 1136, § 1 CCEO), i minori stanno in giudizio tramite i genitori. Se il giudice reputa che ci sia un conflitto con i diritti dei genitori o che i genitori non possano tutelare adeguatamente i diritti dei figli, i minori stanno in giudizio tramite un tutore o un curatore nominato dal giudice (can. 1478, § 2 CIC; can. 1136, § 2 CCEO).

⁶⁶ Can. 11 CIC; can. 1490 CCEO.

⁶⁷ In base alla normativa latina, può ricevere i sacramenti per i quali non è stabilita un'età precisa, ma un proporzionato uso di ragione: confermazione (can. 891 CIC), eucarestia e confessione (can. 914 CIC), unzione degli infermi (can. 1004, § 1 CIC). Nella tradizione orientale, la condizione dell'*infans* è diversa, in quanto, normalmente, il sacramento della confermazione è conferito insieme al battesimo (can. 695, § 1 CCEO). Per l'eucarestia e la confessione, la partecipazione degli *infantes* è regolata dalle prescrizioni liturgiche di ciascuna chiesa *sui iuris* (can. 710 CCEO).

⁶⁸ Cann. 97, § 2 e 11 CIC; cann. 909, § 2 e 1490 CCEO.

⁶⁹ Può acquistare un proprio quasi domicilio (can. 105, § 1 CIC; can. 914, § 1 CCEO); per ricevere il battesimo è equiparato all'adulto (can. 852, § 1 CIC; can. 682, § 1 CCEO); nelle cause spirituali o annesse alle spirituali può agire senza il consenso dei genitori, ma prima dei 14 anni deve stare in giudizio tramite un curatore (can. 1478, § 3 CIC; can. 1136, § 3 CCEO).

⁷⁰ Non i diritti patrimoniali, per i quali l'ordinamento canonico rinvia al diritto civile (can. 1290 CIC; can. 1034 CCEO).

diritti a ricevere i mezzi di grazia.⁷¹ Sono invece esclusi i diritti per i quali si richiede un'età più elevata, anche se, per alcuni, non sia necessario il compimento della maggiore età ma si possano esercitare a un'età inferiore.⁷²

Nonostante sia ritenuto responsabile delle sue azioni, il bambino in età evolutiva è comunque considerato bisognoso di una protezione speciale che salvaguardi le esigenze del suo cammino di formazione. Per questo, la normativa attuale, in modo rafforzato rispetto al codice piano benedettino, prevede una difesa maggiore del minore dalle conseguenze pregiudizievoli per il suo *status* giuridico. Si vedano, in questo senso, le disposizioni speciali previste nell'ambito del diritto penale⁷³ e del diritto processuale.⁷⁴

Come si evince da quanto sopraesposto, nell'ordinamento canonico la tutela della personalità dei figli minori e la loro capacità di esercitare i diritti personali viene riconosciuta con un'estensione anche più ampia rispetto ai sistemi giuridici secolari. Nondimeno, questa autonomia dei figli dai genitori deve essere in ogni caso ricompresa nel quadro dei rapporti di comunione interpersonale sussistenti nella famiglia. Nella stessa Convenzione internazionale sui diritti del fanciullo si proclama il diritto e il dovere dei genitori di impartire direttive e consigli, per guidare i figli nell'esercizio dei loro diritti

⁷¹ Il diritto dei fedeli a ricevere i beni spirituali è sancito nel can. 213 CIC (can. 16 CCEO). Ne sono espressione specifica le disposizioni che riconoscono a chi abbia l'uso di ragione di ricevere la confermazione (can. 889, § 2 CIC); l'eucarestia (can. 913, § 1 CIC); la confessione (can. 914 CIC); l'unzione degli infermi (can. 1004, § 1 CIC); le indulgenze (can. 994 CIC); di formulare voti (can. 1191, § 2 CIC); di scegliere la chiesa dove celebrare le esequie (can. 1177, § 2 CIC); di scegliere il luogo della sepoltura (can. 1180 CIC).

⁷² Sono richiesti 14 anni per il passaggio a una chiesa rituale diversa da quella dei genitori (cann. 111, § 2 e 112, § 1, n. 3 CIC; cann. 29, § 1 e 34 CCEO); per agire personalmente nelle cause spirituali o annesse alle spirituali (can. 1478, § 3 CIC; can. 1136, § 3 CCEO); per testimoniare (can. 1550, § 1 CIC; can. 1231, § 1 CCEO), ma il giudice, se lo ritiene opportuno, può autorizzare con decreto a sentire i minori di 14 anni. Occorrono invece 16 anni per essere padrino del battesimo (can. 874, § 1, n. 2 CIC). Per il matrimonio, la capacità è distinta tra femmine, per le quali bastano i 14 anni, e maschi, per i quali si richiedono i 16 anni (can. 1083, § 1 CIC; can. 800, § 1 CCEO).

⁷³ Il minore di sedici anni non è passibile di alcuna pena (can. 1323, 1° CIC; nel can. 1413, § 1 CCEO il limite è abbassato ai quattordici anni); dopo i sedici anni, il ragazzo non è tenuto alle pene *latae sententiae* (can. 1324, § 3 CIC), ma solo a quelle *ferendae sententiae*, tuttavia la sanzione deve essere mitigata o sostituita con una penitenza (can. 1324, § 1, n. 4 CIC). Nel CCEO si prevede invece che il minore tra i quattordici e i diciotto anni «*puniri potest tantummodo poenis, quae privationem alicuius boni non includunt, nisi Episcopus eparchialis vel iudex in casibus specialibus aliter melius consuli posse censet eiusdem emendationi*» (can. 1413, § 2 CCEO).

⁷⁴ Nelle cause contenziose in cui sono coinvolti i minori è necessario avvalersi del patrocinio tecnico (can. 1481, § 3 CIC; can. 1139, § 3 CCEO), ad eccezione delle cause matrimoniali, nelle quali i minori che hanno compiuto 14 anni possono difendersi da soli (can. 1478 CIC; can. 1136 CCEO); i termini per proporre la *restitutio in integrum* non decorrono per tutto il tempo in cui la persona lesa sia di età minore (can. 1646, § 3 CIC; can. 1327, § 3 CCEO).

ti.⁷⁵ Ancor più nel diritto canonico la funzione dei genitori richiede di essere rispettata dai figli nel contesto del dovere di onore reciproco che informa la logica di solidarietà familiare. Nelle questioni in cui sono soggetti alla potestà dei genitori, i figli sono tenuti a obbedire al padre e alla madre, purché le loro richieste siano motivate da ragioni attinenti al bene della prole o al bene comune della famiglia.⁷⁶ Nelle questioni in cui possono fare scelte autonome, i figli devono comunque osservare un rapporto di confidenza e di riguardo verso le indicazioni dei genitori, anche se non siano vincolati da un vero e proprio dovere di obbedienza. Una riverenza nei confronti dei genitori che nasce dal rapporto d'amore che li unisce e che non viene meno neppure con il compimento della maggiore età.

5. L'EDUCAZIONE COME MINISTERO FAMILIARE

L'ambito delle funzioni dei genitori che viene maggiormente preso in considerazione e regolato dall'ordinamento canonico riguarda il diritto e il dovere di educare i figli.⁷⁷

Nei codici si accoglie una nozione "integrale" di educazione, diretta a favorire lo sviluppo armonico e integrale della persona in tutte le sue dimensioni, fisiche, intellettuali, morali e spirituali, e in tutti gli ambiti di espressione, individuale e sociale.⁷⁸ Secondo questa accezione complessa, nella formazione spirituale dei figli è da ricomprendere anche la trasmissione della fede e l'introduzione alla pratica religiosa.⁷⁹ L'educazione ai valori religio-

⁷⁵ Art. 5; art. 14.

⁷⁶ *Catechismo della Chiesa cattolica*, n. 2217.

⁷⁷ Sul tema si vedano: L. MACARIO, *L'educazione dei figli nella prospettiva pedagogica della Chiesa*, in *La famiglia e i suoi diritti nella comunità civile e religiosa*, Città del Vaticano, 1987, 249-275; P. A. BONNET, *La ministerialità dei laici genitori*, «Quaderni di diritto ecclesiale», 2 (1989), 341-362; M. E. CASELLATI ALBERTI, *L'educazione dei figli nell'ordinamento canonico*, Padova, 1990; P. CIARAPICA, *L'«obbligo gravissimo» dell'educazione dei figli: dal can. 226 a una progettualità educativa genitoriale*, «Apollinaris», 78 (2005), 765-811; P. LOJACONO, *La tutela della personalità dei minori nell'ordinamento canonico tra il dovere dei genitori di fornire loro un'educazione "integrale" e l'esigenza di prevenire e reprimere i crimini sessuali commessi dai chierici*, in *Il diritto di famiglia e delle persone*, 38 (2009), 1382-1414; I. ZUANAZZI, *L'ordinatio ad educationem proles del matrimonio canonico*, cit., 185-208.

⁷⁸ La nozione di "educazione integrale" viene delineata nell'enciclica *Divini illius Magistri* di Pio XI (n. 57) e ripresa nella dichiarazione *Gravissimum educationis*, n. 1. Il testo conciliare viene recepito quasi *ad litteram* nel can. 795 CIC. Il can. 629 CCEO contiene una formulazione diversa, ma sostanzialmente conforme. La nozione di educazione integrale viene riportata nel can. 1136 CIC e nel can. 783, § 1, 1° CCEO.

⁷⁹ Al diritto e dovere di educare religiosamente i figli fanno esplicito riferimento i cann. 226, § 2; 793, § 1 e 1136 CIC; cann. 618, 627, § 1 e 783, § 1, 1° CCEO. Sull'educazione religiosa in famiglia, oltre agli autori citati *supra* (nota 77), si vedano: P. PICOZZA, *L'obbligo dell'educazione religiosa della prole e la libertà religiosa*, in *La Chiesa dopo il Concilio*, II/2, Milano, 1972, 1079-1101; Id., *L'esclusione dell'obbligo dell'educazione della prole*, in *Prole e matrimonio canonico*, Città del Vaticano, 2003, 277-291; F. PETRONCELLI HÜBLER, *Diritti e doveri della famiglia nell'educazione*

si non rappresenta un'aggiunta accessoria delle responsabilità educative, ma ne costituisce parte integrante e necessaria, in quanto coltiva e arricchisce un aspetto essenziale della persona, vale a dire l'apertura al senso metafisico dell'esistenza e la vocazione al fine soprannaturale. Un'educazione priva dell'afflato religioso verrebbe a negare un bisogno fondamentale nello sviluppo della personalità dei figli, impedendo loro di avere piena consapevolezza del valore della propria esistenza e privandoli della possibilità di godere di autentica libertà nell'assumere le scelte decisive della propria vita.

Il diritto-dovere di educare i figli, quindi, abbraccia anche il diritto-dovere di impartire un'educazione religiosa. È un obbligo imposto ai genitori nell'interesse della prole a ricevere una formazione integrale, nel corpo e nello spirito. È un diritto peraltro dei genitori, rivendicabile nei confronti di altri soggetti, di scegliere quale orientamento religioso promuovere nel figlio, in conformità alle proprie convinzioni personali.⁸⁰

La responsabilità di iniziare i figli al senso religioso dell'esistenza grava su tutti i genitori, battezzati o non battezzati;⁸¹ per i genitori cattolici, peraltro, l'obbligo si specifica nel dovere di dare un'educazione cattolica.⁸² La funzione naturale viene così assunta nella dimensione ecclesiale e acquista

cristiana, in *Monitor ecclesiasticus*, 112 (1987), 101-111; F. G. MORRISSEY, *The Rights of Parents in the Education of their Children (canons 796-806)*, «*Studia canonica*», 23 (1989), 429-444; M. QUINLAN, *Parental Rights and Admission of Children to the Sacraments of Initiation*, «*Studia canonica*», 25 (1991), 385-401; G. EINSERING, *Il diritto del minore all'educazione cristiana nella Chiesa*, «*Fidelium iura*», 2 (1992), 85-109; A. MONTAN, *L'educazione cattolica nell'ordinamento della Chiesa (cann. 793-821)*, «*Apollinaris*», 68 (1995), 51-89; D. A. BARTON, *Education and catechesis of children: rights of parents and rights of bishops*, «*Canon Law Society*» of America *Proceedings of the sixty-second Annual Convention*, 62 (2000), 63-92; P. A. BONNET, *Educazione nella fede, educazione alla fede e magistero della Chiesa*, in *Quaderni di diritto e politica ecclesiastica*, 9 (2001), 101; A. M. PUNZI NICOLÒ, *Dimensione familiare del munus docendi*, in *Parola di Dio e missione della Chiesa. Aspetti giuridici*, Milano, 2009, 133-152; J. A. ARAÑA, *Munus docendi e libertà di educazione*, *ivi*, 287-299; M. E. CAMPAGNOLA, *La trasmissione della fede in famiglia*, *ivi*, 315-328; D. BIANCHINI, *Educazione del senso religioso dei minori, con particolare riferimento alle famiglie in difficoltà*, in *Educazione e religione*, Città del Vaticano, 2011, 61-86; G. BONI, *Il ruolo attivo del laicato nel munus docendi. I laici educatori nella Chiesa di oggi*, *ivi*, 122-138.

⁸⁰ Il diritto di educare religiosamente i figli come espressione del diritto di libertà religiosa dei genitori è proclamato nella dichiarazione conciliare *Dignitatis humanae*, n. 5. Anche nella *Carta dei diritti della famiglia* si afferma il diritto dei genitori di scegliere l'educazione religiosa da impartire ai figli (articoli 5 a e 7). Il principio di libertà nell'orientamento religioso è affermato come diritto di ogni persona, nel can. 748, § 2 CIC.

⁸¹ Il testo del can. 226, § 2 CIC può essere diviso idealmente in due parti, l'una rivolta a tutti i genitori («*Parentes, cum vitam filiis contulerint, gravissima obligatione tenentur et iure gaudent eos educandi*»), l'altra ai genitori cristiani («*ideo parentum christianorum imprimis est christianam filiorum educationem secundum doctrinam ab Ecclesia traditam curare*»).

⁸² Alcuni canoni parlano di educazione "cristiana" (cann. 226, § 2 CIC; can. 835, § 4 CIC). Più precisamente, il can. 793, § 1 CIC prescrive che i genitori cattolici diano ai figli un'educazione "cattolica".

una valenza e un contenuto ulteriori, quale ministero specifico dei genitori cattolici, che partecipano nel modo loro proprio alla missione di salvezza della Chiesa.

È opportuno tuttavia sottolineare come l'educazione cristiana non possa essere considerata un supplemento ulteriore al dovere di formare umanamente i figli, a guisa di un insegnamento che si viene a sovrapporre agli ammaestramenti in altri ambiti. I due obiettivi, ossia il perfezionamento umano e l'orientamento religioso, non sono separati ma risultano strettamente correlati a comporre il contenuto di un processo educativo unitario, diretto a formare individui cristiani maturi. È la stessa educazione integrale della persona che deve essere cattolicamente ispirata secondo la corretta antropologia cristiana, così da trasmettere ai figli valori umani insieme a valori cristiani.

La funzione dei genitori di educare cristianamente la prole riveste un'importanza fondamentale e insostituibile non solo per i figli, ma per l'intera comunità ecclesiale, in quanto è diretta a promuovere la crescita dei componenti il popolo di Dio. Il magistero ha sempre sottolineato la rilevanza essenziale del ruolo dei genitori nell'edificazione della Chiesa, e, nel quadro della rinnovata comprensione del valore della famiglia quale "chiesa domestica", è stato rivalutato il ruolo formativo dei genitori, quale partecipazione essenziale e specifica alla missione di salvezza. I genitori cattolici, per il loro compito educativo, sono investiti di «un vero e proprio "ministero"»,⁸³ che si caratterizza per alcuni elementi specifici.

Il primo aspetto qualificante riguarda il titolo dell'abilitazione: per svolgere questo compito costitutivo della comunità ecclesiale, i genitori cristiani ricevono una "nuova e specifica" investitura con il sacramento del matrimonio.⁸⁴ In aggiunta al battesimo, che conferisce una capacità generica per tutti i fedeli a contribuire alla missione della Chiesa, il sacramento del matrimonio consacra gli sposi a svolgere una funzione propria e peculiare, connessa al loro ruolo di genitori, e li abilita a realizzarla secondo il modello della pedagogia divina.

Il ministero dei coniugi-genitori cattolici, inoltre, si caratterizza anche per le modalità del tutto originali di esercizio del sacerdozio comune: è nel vivere lo stato di vita coniugale, allargato alla dimensione familiare con i figli, che gli sposi attuano il loro specifico contributo all'edificazione della Chiesa.⁸⁵ Sono le stesse dinamiche di dedizione interpersonale vissute autenti-

⁸³ *Familiaris consortio*, n. 38.

⁸⁴ *Familiaris consortio*, n. 38; esortazione apostolica *Christifideles laici*, n. 62.

⁸⁵ La peculiarità dell'impegno degli sposi genitori viene evidenziata nei codici in diversi canoni: nei diritti-doveri dei laici (can. 226, § 1 CIC; can. 407 CCEO), nel *munus sanctificandi* (can. 835, § 4 CIC) e nel *munus docendi* (can. 627, § 1 CIC).

camente nei rapporti familiari che esprimono e realizzano nel quotidiano la missione di salvezza nelle tre dimensioni di annuncio profetico, dialogo con Dio e servizio all'uomo.⁸⁶

In tutti gli ambiti in cui si distingue tradizionalmente la missione ecclesiale, vale a dire il *munus docendi*, il *munus sanctificandi* e il *munus regendi*, il magistero del concilio Vaticano II e la normativa giovanneo-paolina hanno riconosciuto il ruolo importante e insostituibile del padre e della madre nell'introdurre, preparare e guidare i figli a partecipare in pienezza alla comunione ecclesiale.

L'impegno dei genitori, peraltro, assume connotazioni e competenze diverse in rapporto all'evoluzione dell'età dei figli e alla loro progressiva acquisizione di una sempre maggiore autonomia *in rebus spiritualibus*. Finché i figli sono infanti, spetta ai genitori provvedere interamente alle loro esigenze, anche sotto il profilo spirituale. Mano a mano che i figli raggiungono una facoltà di discernimento adeguata a compiere determinate scelte, acquisiscono anche la capacità di esercitare autonomamente i loro diritti e quindi di assumere proprie decisioni pure nell'ambito dell'orientamento religioso.⁸⁷ Con il crescere della maturità dei figli, quindi, il ruolo dei genitori si modifica in una funzione di guida e di supporto, diretta ad aiutare e a consigliare, senza pretendere di imporre, ma, al contrario, rispettando la loro fondamentale libertà di autodeterminarsi, anche eventualmente in dissenso con gli orientamenti dei genitori.

Alla nascita del bambino, i genitori cattolici hanno il dovere di provvedere a farlo battezzare entro le prime settimane di vita.⁸⁸ L'amministrazione del battesimo è condizionata all'impegno dei genitori di educare il figlio nella religione cattolica: a tal fine è necessario che ricevano una debita istruzione che li prepari a svolgere il loro ruolo di testimoni della fede.⁸⁹ La previsione del dovere preciso dei genitori di attivarsi per celebrare il battesimo dei figli, fa sì che, per quanto riguarda gli infanti, il diritto a ricevere il primo sacramento d'ingresso alla vita cristiana sia configurabile in via principale nei confronti dei genitori.⁹⁰ Il dovere imposto ai genitori nell'interesse del figlio costituisce peraltro un loro diritto fondamentale nei confronti di altri sog-

⁸⁶ *Familiaris consortio*, n. 50.

⁸⁷ Anche il minore è titolare del diritto di libertà religiosa, che può esercitare autonomamente quando ne abbia la capacità.

⁸⁸ Can. 867, § 1 CIC. Nel codice orientale si prevede che i genitori facciano battezzare i figli «*quam primum secundum legitimam consuetudinem*» (can. 686, § 1 CCEO).

⁸⁹ Cann. 851, 2° e 867, § 1 CIC; can. 686, § 2 CCEO. Possono tuttavia verificarsi delle situazioni critiche, nelle quali i genitori, pur chiedendo il battesimo, non offrano sufficienti garanzie di allevare cristianamente i figli. Il parroco può comunque amministrare il sacramento se rilevi la "fondata speranza" che il bambino sia educato nella religione cattolica (can. 868, § 1 CIC; can. 681, § 1 CCEO).

⁹⁰ Can. 213 CIC; can. 16 CCEO.

getti. La libertà di scegliere la religione di appartenenza, infatti, è un diritto personale che può essere anticipato dai genitori per il beneficio spirituale del figlio, finché questi non abbia raggiunto la capacità critica necessaria per esercitarlo autonomamente, ma nessun altro è legittimato a sostituirsi ai genitori nel prendere questa decisione.⁹¹

Dopo che i figli abbiano raggiunto l'uso della ragione, la decisione di conferire il battesimo non può essere presa unilateralmente dai genitori, ma deve rispettare la volontà dei diretti interessati. I minori *infantia egressi* hanno infatti il diritto di chiedere autonomamente il battesimo e se sono debitamente preparati hanno il diritto di riceverlo, persino senza il consenso dei genitori.⁹² Il coinvolgimento dei minori è ancora più necessario per l'amministrazione degli altri sacramenti, per i quali il conferimento del mezzo di grazia presuppone che il ricevente abbia una discrezione di giudizio idonea a comprendere il valore dell'atto, e, dato che possiedono l'uso della ragione, possono essere loro stessi a chiederne direttamente la celebrazione.⁹³

Quantunque non possano sostituirsi alla volontà dei figli, i genitori conservano nondimeno un ruolo importante nella partecipazione dei fanciulli alla vita sacramentale. Il padre e la madre hanno il dovere, in collaborazione con i pastori, di curare che i figli siano adeguatamente preparati a ricevere i sacramenti e che li ricevano nel tempo opportuno.⁹⁴ Spetta inoltre ai genitori di stimolare i figli perché si accostino frequentemente ai sacramenti e partecipino assiduamente alla sacra liturgia.⁹⁵ È compito ancora dei genitori fare in modo che i figli seguano la vocazione ricevuta da Dio, per realizzare il loro originale cammino di santificazione.⁹⁶

Pure nella funzione di annuncio evangelico le competenze dei genitori accompagnano la crescita dei figli e seguono modalità graduate alla loro pro-

⁹¹ Una limitazione al diritto dei genitori di scegliere l'iniziazione religiosa dei figli si trova nondimeno espressa nella norma che considera lecito, nel caso di pericolo di morte, battezzare il figlio di cattolici o di acattolici, anche contro la volontà dei genitori (can. 868, § 2 CIC). Il CCEO non prevede, invece, la possibilità di amministrare il battesimo contro la volontà dei genitori (can. 681, § 4). Tale norma solleva, peraltro, rilievi critici, in quanto si pone in contrasto con i diritti fondamentali della persona e del fedele, quali la libertà religiosa, da un lato, e il diritto dei genitori di educare i figli secondo le proprie convinzioni religiose, dall'altro. Sul tema si veda M. RIVELLA, *Battezzare i bambini in pericolo di morte anche contro la volontà dei genitori* (can. 868, § 2), in *Quaderni di diritto ecclesiale*, 9 (1996), 66-75; G. BONI, *Il ruolo attivo del laicato nel munus docendi*, cit., 129-131.

⁹² Can. 852, § 1 CIC; can. 682, § 1 CCEO.

⁹³ Si vedano i requisiti di età per i vari sacramenti illustrati *supra*, § 4.

⁹⁴ Can. 890 CIC: confermazione; can. 914 CIC: eucarestia e penitenza; can. 1001 CIC: unzione degli infermi.

⁹⁵ Questo dovere rientra tra i compiti della famiglia che devono essere sostenuti dal parroco (can. 528, § 2 CIC).

⁹⁶ *Familiaris consortio*, n. 53. La promozione delle vocazioni è riconosciuta come un dovere della famiglia (can. 233, § 1 CIC; can. 329, § 1, 1° CCEO).

gressione di capacità. Fin dalla più tenera età della prole, padre e madre sono tenuti a formare i figli “nella fede e nella pratica cristiana” con la parola e soprattutto con l’esempio.⁹⁷ Sono i genitori i primi araldi della parola di Dio, i primi educatori alla preghiera e al dialogo con Dio.⁹⁸ La trasmissione ai figli dei valori della fede avviene principalmente nella testimonianza coerente, nel vivere concretamente le virtù cristiane negli avvenimenti dell’esistenza quotidiana.⁹⁹ Via via che i figli crescono e la loro preparazione richiede l’approfondimento delle verità di fede con un insegnamento più sistematico, possono essere i genitori a fare da catechisti, se ne hanno la competenza,¹⁰⁰ oppure collaborano con altri formatori qualificati perché i figli raggiungano livelli gradualmente più elevati di conoscenza delle scienze sacre.

Nel *munus regendi*, infine, il dovere dei genitori è una specificazione del dovere comune dei fedeli di animare l’ordine delle realtà temporali,¹⁰¹ una missione che si svolge secondo le connotazioni tipiche dei rapporti familiari, ossia come dedizione d’amore.¹⁰² L’ufficio regale viene quindi perseguito dai genitori creando una comunità d’amore che educa i figli all’accoglienza e al rispetto di ciascuno e diffonde a raggiera il suo servizio d’amore alle persone in cerchi sempre più estesi: nell’ambito del gruppo familiare, *ad intra* della comunità ecclesiale, *ad extra* nella realtà secolare.¹⁰³

Risulta così evidente, da quanto sopra esposto, l’importanza che riveste la funzione dei genitori di formare cristianamente i figli, sia per lo sviluppo integrale dei fanciulli, sia per l’edificazione del popolo di Dio.¹⁰⁴ Da qui, l’invito ai pastori di sostenere le famiglie e di promuovere il *munus* dei genitori di educare i figli nella vita cristiana.¹⁰⁵ Da qui, ancora, la sollecitazione a preparare adeguatamente gli sposi a svolgere consapevolmente le responsabilità dei genitori nei confronti della prole.¹⁰⁶

⁹⁷ Can. 774, § 2 CIC; can. 618 CCEO.

⁹⁸ *Gravissimum educationis*, n. 3; *Familiaris consortio*, nn. 52 e 60.

⁹⁹ *Familiaris consortio*, n. 51.

¹⁰⁰ Il can. 776 CIC invita il parroco a promuovere la catechesi familiare.

¹⁰¹ Can. 225, § 2 CIC; can. 401 CCEO.

¹⁰² *Familiaris consortio*, n. 63.

¹⁰³ *Familiaris consortio*, n. 64.

¹⁰⁴ Tanta è la sua rilevanza pubblica, che la coerenza dell’educazione familiare alla missione della Chiesa viene sanzionata da una precisa disposizione penale: can. 1063, 1° CIC; can. 783, § 1, 1° CCEO.

¹⁰⁵ Cann. 528, § 2; 529, § 1; 1064, 4° CIC; cann. 628, § 2 e 783, § 3 CCEO.

¹⁰⁶ Can. 1063, 1° CIC; can. 783, § 1, 1° CCEO.

RASSEGNA DI BIBLIOGRAFIA

Note bibliografiche

LA DICHIARAZIONE DI STATO LIBERO DEI FEDELI ORTODOSSI NEL FORO DELLA CHIESA CATTOLICA. UN PROBLEMA ECUMENICO?*

I. INTRODUZIONE

SECONDO l'insegnamento della Chiesa cattolica il matrimonio valido tra i battezzati è un sacramento e non può essere sciolto da nessuna potestà umana e per nessuna causa, eccetto la morte. Questo principio non è stato ideato da un uomo ma ha il suo fondamento nel diritto divino. Perciò nessuno lo può negare e non è possibile alcuna eccezione al medesimo. Il matrimonio è costituito dal reciproco consenso delle persone abili a contrarlo, espresso nella forma prevista dalla legge. Intanto la prassi della Chiesa ortodossa rivela una diversa percezione degli stessi principi fondamentali. Fin tanto che i fedeli ortodossi contraggono matrimoni fra di loro la Chiesa cattolica non può intervenire nella legge a cui essi sono soggetti. Il problema appare invece quando sorge la necessità di dichiarare lo stato libero dei fedeli ortodossi nei confronti della Chiesa cattolica. Si dovrebbe allora, nello spirito della stima per la disciplina orientale, rispettare i principi che li muovono? In che modo è possibile constatare che i fedeli ortodossi che erano prima uniti dal matrimonio nella loro Chiesa o solo da un'unione civile, sono di stato libero?

La risposta a queste domande viene data da Urszula Nowicka, professoressa straordinaria presso la Facoltà di Diritto Canonico dell'Università Cardinale Stefan Wyszyński di Varsavia.¹ Il suo libro, risultato dei suoi interessi di ricerca in materia di diritto matrimoniale delle Chiese Orientali cattoliche e di diritto matrimoniale della Chiesa ortodossa, è uno studio del tutto originale, che ha un proprio valore conoscitivo ed anche applicativo. Si tratta

* A proposito di una monografia di URSZULA NOWICKA, *Stwierdzenie stanu wolnego wiernych prawosławnych na forum Kościoła katolickiego* [Dichiarazione di stato libero dei fedeli ortodossi nel foro della Chiesa cattolica], Wydawnictwo Uniwersytetu Kardynała Stefana Wyszyńskiego w Warszawie [Casa Editrice Università Cardinale Stefan Wyszyński di Varsavia], Warszawa 2012, pp. 424.

¹ U. Nowicka è autrice di numerosi studi, tra l'altro: *Szafarz sakramentu małżeństwa. Studium historyczno-prawne* [Il ministro del sacramento del matrimonio. Studio storico-giuridico], Wrocław 2007, pp. 200.

di un tentativo, ben riuscito, di risolvere una serie di problemi e difficoltà riguardanti la determinazione dello stato civile dei credenti appartenenti alla Chiesa ortodossa che si uniscono in matrimonio con fedeli della Chiesa cattolica.

All'Autrice interessa dunque la problematica della determinazione dello stato libero (la non sussistenza di impedimenti matrimoniali al vincolo coniugale) di un fedele appartenente alla Chiesa ortodossa, quando vuole sposarsi con una persona cattolica nella Chiesa cattolica. In altre parole, si tratta della valutazione del matrimonio dei fedeli ortodossi, nel caso in cui il fedele ortodosso vuole sposare un cattolico, con la condizione che vi sia una dichiarazione di stato libero del primo (nel foro della Chiesa cattolica si deve quindi valutare lo stato personale del credente ortodosso).

II. STRUTTURA, FONTI, CONTESTO ECUMENICO

Absolutamente appropriata è la struttura del libro, basata su tre parti dedicate in ordine a: I. Questioni introduttive (due capitoli: 1/ La dottrina cattolica ed ortodossa in relazione al sacramento del matrimonio; 2/ Ambito di competenza della Chiesa cattolica sul matrimonio dei fedeli ortodossi); II. Sentenze di divorzio ortodosse e relative conseguenze nel foro della Chiesa cattolica (due capitoli: 3/ L'istituzione del divorzio nella Chiesa ortodossa; 4/ Procedura per la determinazione dello stato libero dei fedeli ortodossi dopo il divorzio religioso); III. La situazione giuridica dei fedeli ortodossi legati precedentemente con un contratto civile (due capitoli: 5/ Matrimoni civili dei fedeli ortodossi; 6/ Procedura per la determinazione dello stato libero dei fedeli ortodossi uniti precedentemente con un contratto civile). Si può dunque affermare che, mentre la prima parte ha un carattere introduttivo, in cui il tema sostanziale riguarda il principio dell'indissolubilità del matrimonio (nella dottrina cattolica e ortodossa), le altre due trattano le circostanze specifiche che causano i dubbi e le difficoltà nello stabilire – nel foro canonico – lo stato libero dei fedeli ortodossi.

Degne di nota sono le fonti, a cui è risalita U. Nowicka nella preparazione del suo lavoro, che sono: i Codici di Diritto Canonico; gli scritti dei Padri della Chiesa; i numerosi documenti pontifici, conciliari e sinodali; i documenti della Segnatura Apostolica (consultati presso il relativo Archivio),² e i documenti pubblicati da tale tribunale (dichiarazioni, lettere e sentenze); le sentenze e i decreti della Rota Romana; i documenti di altri dicasteri della Curia Romana; i documenti della Conferenza dell'Episcopato di: Polonia, Italia, Spagna e Stati Uniti d'America; i documenti delle Chiese ortodosse; e

² Si tratta delle 15 Lettere indirizzate alla Segnatura Apostolica, 8 Decreti e 7 Lettere dello stesso Tribunale degli anni 1971-2008.

infine gli atti giuridici civili relativi alle Chiese ortodosse. Imponente è anche l'ampio riferimento alla letteratura canonistica e teologica, normalmente in lingua straniera.

Nel dettagliato discorso condotto dalla Nowicka, l'accompagna un delicato contesto di natura ecumenica, che testimonia una visione molto matura della realtà di cui si occupa. Non occorre aggiungere che si concentra sempre su una idea principale per determinare – in termini sostanziali e procedurali – lo stato libero di un fedele ortodosso, quando intende sposarsi con un credente della Chiesa cattolica nel suo foro.

III. CONTENUTO

1.

La prima parte del libro – “Questioni introduttive”³ – contiene innanzitutto la presentazione della dottrina cattolica e l'insegnamento ortodosso sul sacramento del matrimonio, in cui si fanno notare soprattutto le differenze che compaiono nella dottrina delle due Chiese.⁴ Il mostrare, a sua volta, l'ambito di competenza della Chiesa cattolica sul matrimonio di fedeli ortodossi, ha lo scopo di giustificare la tesi secondo cui la Chiesa cattolica è competente ad accertare lo stato libero dei medesimi fedeli ortodossi.

La prima questione sollevata nel libro è l'autorità della Chiesa sul matrimonio: si fa chiarimento sia sui temi riguardanti le leggi delle Chiese ortodosse in relazione ai propri seguaci, che sui diritti della Chiesa cattolica di decidere sui matrimoni dei fedeli ortodossi, e dunque su coloro che non sono a lei soggetti. Entrambi i concetti sono stati trattati a fondo, e le argomentazioni dell'Autrice sono convincenti e contengono interessanti conclusioni, tra cui, l'indicazione della legge di Dio come elemento che fa sì che la Chiesa cattolica, dopo tutto, non riconosce il modo di procedere delle Chiese ortodosse, per quanto riguarda le condizioni richieste per la validità del matrimonio e per l'annullamento di tale unione.

La perspicacia dell'Autrice ha fatto sì che non fossero omesse le questioni relative alla reale portata del citato articolo 3 § 2 della *Dignitas connubii*. Effettua qui un'analisi completa, piena di arte giuridica, dell'articolo suddetto della DC (insieme alla clausola *salvo art. 114*), dimostrando una considerevole dose di senso critico riguardo a interpretazioni non autorizzate, e ammettendo infine che, al di là del più comprensibile interesse giuridico del caso – qual è l'intenzione di contrarre matrimonio di un acattolico (tra cui un fedele or-

³ U. NOWICKA, *Dichiarazione*, op. cit., pp. 27-125.

⁴ L'autrice tratta le questioni sostanziali per la problematica del suo libro: prima di tutto il modo di intendere il principio dell'indissolubilità e il problema dell'applicazione pratica nella Chiesa cattolica e quelle ortodosse.

todosso) con una parte cattolica –, il giudice ecclesiastico è competente nel riconoscimento della pratica di nullità del matrimonio di un acattolico, ogni qual volta esso presenti un importante e convincente interesse giuridico.

Nella continuazione del capitolo, il lettore viene a conoscenza della questione del matrimonio dei fedeli ortodossi di fronte al giudice della Chiesa cattolica. Si tratta dunque del diritto, di un fedele ortodosso, di rivolgere al tribunale della Chiesa cattolica la richiesta di risoluzione di un caso matrimoniale, ed anche le competenze di un dato tribunale di accogliere questo tipo di istanza. Entrambe le questioni sono trattate dall'Autrice nel contesto dei cambiamenti portati nel campo dell'ecumenismo dal Decreto del Concilio Vaticano II *Unitatis redintegratio*, tenendo anche presente i principi della legge di Dio, e prendendo in considerazione le norme generali processuali o le decisioni della Segnatura Apostolica.

2.

Nella seconda parte dell'elaborato – “Sentenze di divorzio ortodosso e loro effetti nel foro della Chiesa cattolica”⁵ –, dopo aver trattato l'istituzione del divorzio nella Chiesa ortodossa, l'Autrice concentra la sua attenzione sulle cause di divorzio, e sulla procedura delle sue deliberazioni in alcune Chiese ortodosse (Patriarcato di: Mosca, Serbia, Romania, Bulgaria; Chiese Autocefale di: Cipro, Grecia, Polonia, Albania, Ceca e Slovacchia, America). Avvicinando a sua volta il lettore al principio ecclesiastico di *oikonomia*, indica altri motivi (oltre all'adulterio) per sentenziare il divorzio e contrarre un nuovo matrimonio. Nonostante le difficoltà per definire tale *oikonomia*, chiarisce che si tratta di ordini disciplinari emessi dall'autorità competente, grazie a cui si permette – in maniera temporanea ed eccezionale – la non osservanza della legge stabilita dall'autorità superiore; l'obiettivo di questa istituzione è quello di proteggere il bene comune, il mantenimento della pace nella Chiesa, l'unità tra le autorità ecclesiastiche e civili, il bene dell'ecumenismo e la cooperazione cristiana.

Soffermandosi poi sull'istituzione del matrimonio reiterato (dopo il divorzio), l'Autrice affronta la tematica degli impedimenti matrimoniali nelle rispettive Chiese ortodosse, in cui sono vigenti differenti elenchi di tali impedimenti. Accenna al fatto che la sentenza di divorzio non legittima ancora (*ipso facto*) di risposarsi, e che l'assenso ad una nuova unione matrimoniale è solo un atto di misericordia del vescovo. Rileva inoltre che, mentre inizialmente il permesso per contrarre un nuovo matrimonio lo poteva ricevere solo la parte innocente, attualmente è anche concesso alla parte colpevole. L'assenso viene concesso solo al secondo e al terzo matrimonio, mentre viene fatta una totale opposizione nel contrarre un quarto.

⁵ U. NOWICKA, *Dichiarazione*, op. cit., pp. 129-249.

L'ulteriore lettura del libro consente di venire a conoscenza della procedura relativa all'accertamento di stato libero dei fedeli ortodossi dopo il divorzio religioso. Si tratta di un processo giudiziario, nel corso del quale si deve determinare se il matrimonio delle parti ortodosse, risolte nella loro Chiesa attraverso il divorzio, è stato validamente contratto: giacché lo stesso sacerdote della Chiesa cattolica, che effettua l'indagine prematrimoniale (della parte ortodossa divorziata e della parte cattolica), non è competente nel determinare lo stato libero della parte ortodossa. Particolarmente importante qui è la questione, se un divorzio ottenuto nella Chiesa ortodossa può a volte esaurire il carattere di vera nullità del matrimonio, secondo la legge della Chiesa cattolica.

Riferendo il problema della inadeguatezza dei documenti della Chiesa ortodossa in materia di stato libero, l'Autrice discute e analizza – con la sua peculiare perspicacia e chiarezza – la Dichiarazione della Segnatura Apostolica del 20 ottobre 2006, relativa alla possibilità di permettere ai fedeli della Chiesa ortodossa in Romania, di contrarre un altro matrimonio nella Chiesa cattolica. Pregevole è l'aver illustrato il problema con casi concreti, esaminati nei tribunali della Chiesa cattolica.

La necessità di un processo giudiziario nel tribunale cattolico, è discusso dalla Nowicka nella seconda parte del capitolo (criteri per la determinazione della nullità dei matrimoni di acattolici; nullità di matrimoni di fedeli ortodossi nella giurisprudenza della Rota Romana). In riferimento ai succitati criteri, evidenzia una lacuna giuridica esistente nel CIC: la mancanza di una disposizione di legge che permetterebbe ai coniugi ortodossi l'applicazione dei diritti, a cui sono soggetti;⁶ segnala una proposta interessante di U. Navarrete;⁷ analizza i cann. 781 e 780 § 2 CCEO, e gli artt. 4 § 1 e 2 del § 2 della Istruzione *Dignitas connubii*. Giustamente l'Autrice ha rilevato che la Chiesa cattolica può prendere in considerazione tali norme (come sopra indicato) e applicarle, senza assumerle assolutamente come proprie. Per quanto riguarda la nullità dei matrimoni dei fedeli ortodossi nella giurisprudenza rotale, la presentazione e la valutazione delle relative risoluzioni dei turni rotali (tra cui il caso Jarawan del 10 marzo 1989, a titolo di simulazione totale) merita un particolare riconoscimento.

La sezione successiva, sulla questione della nullità del matrimonio nella Chiesa ortodossa (possibilità di sussistenza di sentenze ortodosse deliberanti la nullità di un matrimonio; eventuale procedura per il riconoscimento delle sentenze ortodosse nel foro canonico), fornisce la risposta alla domanda su come trattare, nel foro della Chiesa cattolica, la parte ortodossa (che ha

⁶ Cfr. can. 1059 CIC e can. 780 CCEO.

⁷ Cfr. U. NAVARRETE, *Competentia Ecclesiae in matrimonium baptisatorum eiusque limites*, «Periodica» 67 (1978), s. 101.

intenzione di contrarre matrimonio con la parte cattolica), qualora presenta al parroco cattolico non il documento ottenuto dalla Chiesa ortodossa del divorzio, o anche le fotografie della benedizione del legame contratto precedentemente nella sua Chiesa, ma la sentenza di annullamento del matrimonio precedentemente contratto, rilasciato dall'autorità competente della propria Chiesa. Nella tematica ampiamente trattata sulla possibilità stessa dell'esistenza delle sentenze accennate nella Chiesa ortodossa, l'Autrice sottopone a forte critica lo stato della legislazione delle Chiese orientali acattoliche in materia di matrimonio, in particolare nell'ambito delle singole Chiese. Presenta in seguito la risoluzione alla questione di nullità del matrimonio nel Patriarcato Serbo (*Regolamento del matrimonio*) e nella Chiesa Autocefala di Cipro (*Carta della Chiesa Cipro*), e discute poi gli impedimenti matrimoniali, e le cause per il divorzio nella Chiesa ortodossa, confrontandole con le cause di nullità note nella normativa della Chiesa cattolica. Questa è una parte molto importante del lavoro, per risolvere il problema del riconoscimento delle sentenze ortodosse, nel foro della Chiesa cattolica, giudicanti la nullità del matrimonio.

Confrontando i vari impedimenti matrimoniali e i vizi (intesi in senso ampio) del consenso matrimoniale in entrambi i sistemi, la Nowicka si è assunta un compito estremamente difficile (se non uno dei più difficili contenuti nel libro), "aprendosi abilmente un varco" nella selva di sfumature e sottigliezze di una materia così complessa. Il livello di difficoltà aumenta, in molti casi, per la mancanza di uniformità nelle varie Chiese ortodosse; a volte è difficile determinare la forza effettiva di tale leggi. Nonostante tutto, l'Autrice cerca sempre di indicare quale valore giuridico hanno le rispettive sentenze delle autorità competenti delle Chiese orientali acattoliche, quando si tratta della possibilità di riconoscerle nel foro della Chiesa cattolica. Rivolge inoltre la massima attenzione sulla necessità di mantenere ogni cautela nel valutare una data sentenza ortodossa.

Nel presentare, a sua volta, l'applicazione di un'eventuale procedura per il riconoscimento delle sentenze ortodosse nel foro canonico, la Nowicka fa generalmente riferimento alla decisione della Segnatura Apostolica del 1991, emessa in risposta alla richiesta di uno dei vescovi, di dispensa dal processo giudiziario in merito al matrimonio di due acattolici dell'est. La Segnatura Apostolica, dopo essersi consultata con il Pontificio Consiglio per i Testi Legislativi, non ha fornito la dispensa dal processo giudiziario.⁸ Consapevole delle non poche difficoltà nel riconoscere l'efficacia delle decisioni ortodosse nel foro della Chiesa cattolica, l'Autrice fornisce una serie ben adeguata di indicazioni per situazioni di questo tipo. Il riconoscimento automatico, nel foro canonico, dei contenuti di tutti i certificati, prodotti da parte ortodossa,

⁸ Cfr. *Supremum Signaturae Apostolicae Tribunal, Decretum*, 7 I 1991, Prot. 22343/90 VT.

costituisce, per la Nowicka, un grave rischio di violazione della legge di Dio circa l'indissolubilità del matrimonio. E giustamente osserva che una situazione leggermente diversa si verifica quando la parte ortodossa presenta non un semplice certificato, ma una decisione con la motivazione, i verbali con le procedure effettuate, e ancor più gli atti processuali completi, anche se ciò non significa il riconoscimento acritico di una concreta sentenza ortodossa nel foro canonico. Indispensabile sarebbe qui la partecipazione di un giudice della Chiesa cattolica, anche se allora diverrebbe possibile il postulato di rinuncia alla necessità di un appello formale da parte ortodossa del proprio matrimonio, e l'applicazione di una procedura simile a quella che è prevista presso la Corte d'Appello. Il giudice ecclesiastico, aggiunge giustamente l'Autrice, avrebbe allora il compito di studiare la pratica e la disciplina di una data Chiesa ortodossa in una determinata materia, e quindi affermare se il giudizio emesso nel tribunale ortodosso (sentenza di divorzio) si può approvare (come si approva una positiva sentenza del tribunale di primo grado), oppure se decidere che il caso debba essere risolto in un procedimento ordinario (allora la sentenza emessa in tale forma richiederebbe la conferma da parte del tribunale della corte suprema). Tale posizione dell'Autrice è da considerarsi inequivocabilmente corretta.⁹

3.

Infine, la terza parte dell'elaborato – “Situazione giuridica dei fedeli ortodossi legati precedentemente con un contratto civile”¹⁰ – si occupa dei casi in cui la parte ortodossa, al fine di contrarre matrimonio con una parte cattolica, presenta al sacerdote cattolico un documento di divorzio civile inerente un matrimonio civile stipulato in precedenza. Si parte qui dal presupposto che l'evoluzione, che si è realizzata in quest'ambito, si può conoscere meglio attraverso la giurisprudenza della Rota Romana, tenendo pure conto delle relative disposizioni della Istruzione *Dignitas connubii*.

In un passaggio dedicato ai matrimoni civili dei fedeli ortodossi, tali unioni vengono prima mostrate nel contesto di *ritus sacer* nel matrimonio in Oriente. Così il lettore viene a conoscenza prima di tutto del significato della benedizione sacerdotale degli sposi nella tradizione delle Chiese. Successivamente l'Autrice pone tale domanda: il matrimonio può essere valido anche se non è sacramentale? Cercando di rispondere a questo interrogativo,

⁹ Per quanto riguarda l'efficacia delle dichiarazioni ortodosse nel foro della Chiesa cattolica U. Nowicka sottolinea le due questioni fondamentali: 1) la conoscenza della posizione e della disciplina delle singole Chiese riguardo alla causa secondo cui si pronuncia la sentenza sul matrimonio; 2) la possibilità della conoscenza non solo la sentenza stessa ma anche le ragioni e i modi che hanno avuto l'influsso sulla sua emanazione (U. NOWICKA, *Dichiarazione*, *op. cit.*, p. 246.

¹⁰ *Ibidem*, pp. 253-356.

sottolinea che nelle Chiese ortodosse è estraneo il principio, presente nella Chiesa cattolica, della identità e inseparabilità del contratto e del sacramento nei battezzati. In relazione al parere di alcuni autori (tra cui J. Prader), Lei afferma che, secondo la dottrina ortodossa, è possibile distinguere tra il matrimonio valido naturalmente e il matrimonio sacramentale; il matrimonio civile può quindi essere considerato come un matrimonio naturale. Tale punto di vista è confermato dal documento dal titolo *La dottrina sociale della Chiesa Ortodossa Russa*, dell'anno 2000.

Nell'ultima parte del capitolo, l'Autrice affronta il problema centrale della necessità della forma canonica nei matrimoni ortodossi dal punto di vista giuridico della Chiesa cattolica. Ella afferma che, prima del Concilio Vaticano II, i matrimoni contratti fra credenti ortodossi senza l'osservanza del rito sacro erano riconosciuti – nella giurisprudenza rotale – come validi; ma la nullità dei matrimoni contratti solo civilmente era riconosciuta, nei tribunali della Chiesa cattolica, non a titolo della mancanza del *ritus sacer*, ma per altri titoli. Nel valutare, prima del Concilio Vaticano II, l'inesistente – di fatto – problema sulla nullità dei matrimoni dei fedeli ortodossi, stipulato in forma civile, l'Autrice dimostra in modo convincente le ragioni di questo stato di cose. E in questo passaggio, il lettore nota come la Nowicka si muova in maniera molto disinvolta, sia nell'ambito della giurisprudenza rotale che nella letteratura canonistica. Sottolinea quindi che, dopo il Concilio Vaticano II, quando nel Decreto *Unitatis redintegratio* è apparsa la dichiarazione che “le Chiese d'Oriente [...] hanno potestà di regolarsi secondo le proprie discipline” (n. 16), la situazione è cambiata radicalmente: nel valutare la validità dei matrimoni dei fedeli ortodossi si doveva ora tener conto della necessità – e ciò per la validità del legame – del rito sacro, il che significava la nullità del solo matrimonio civile. Tuttavia, ogni caso doveva essere trattato separatamente. All'Autrice non è passata inosservata la tendenza emergente volta a dare una nuova interpretazione al can. 90 § 2 del *Motu proprio* di Pio XII, *Crebrae allatae sunt*, del 1949, secondo cui da tale disposizione non risulta affatto che gli acattolici non sono vincolati da alcuna forma di validità del loro matrimonio, ma risulta unicamente che non li lega una forma cattolica. Tuttavia, il CIC del 1983, anche se non ha specificato in modo esplicito la posizione della Chiesa cattolica nei confronti della forma canonica dei fedeli ortodossi (e giustamente!), nel can. 1127 fa indirettamente capire che la Chiesa cattolica si riferisce alla comprensione e al rispetto del *ritus sacer*. Tuttavia, non vi è alcuna indicazione nel CIC su come valutare, nel foro canonico, i matrimoni ortodossi per quanto concerne la forma di contrarre una tale unione. Ciò è stato fatto tuttavia nell'articolo 4 § 1, n. 2 dell'Istruzione *Dignitas connubii*, anche se – secondo l'Autrice – questa non è una chiarificazione pienamente soddisfacente. In base a tale disposizione, quando il giudice ecclesiastico deve esaminare la nullità di un matrimonio di acattolici battezzati

– per quanto riguarda la forma del matrimonio – dovrebbe ricordare che la Chiesa cattolica riconosce qualsiasi forma prescritta o permessa dalla normativa nella Chiesa o nella Comunità ecclesiale, a cui appartenevano le parti nel momento dell'unione matrimoniale, a condizione che il matrimonio sia stato contratto nel rito sacro, se almeno una delle parti apparteneva ad una qualche Chiesa orientale acattolica.

Per quanto riguarda un fedele ortodosso, che ha contratto matrimonio civile e poi ha ottenuto il divorzio, ma vuole poi sposarsi nella Chiesa cattolica, non è difficile ammettere, come fa l'Autrice, che questa unione civile non sarà – in linea di principio – trattata come un matrimonio valido (non vi è un ostacolo del vincolo matrimoniale). Affermando ciò, aggiunge che la causa non è più così chiara, nel caso in cui è necessario istruire un processo competente per stabilire lo stato libero di un fedele ortodosso sposato precedentemente con un'unione civile. Tuttavia, siccome la disposizione sopracitata *Dignitas connubii* (art. 4 – § 1) testualmente recita: “Ogni qual volta il giudice ecclesiastico deve *pronunciarsi sulla nullità di matrimonio* di coniugi acattolici battezzati [...]”, sembra indicare la necessità di condurre un'inchiesta giudiziaria. Su tale questione (la procedura per la determinazione di stato libero di fedeli ortodossi precedentemente uniti da matrimonio civile) è dedicata la sezione successiva.

Innanzitutto l'Autrice fa riferimento alle soluzioni precedenti (necessità di approvazione della sentenza di primo grado da parte della Segnatura Apostolica; necessità di risolvere i casi attraverso il processo ordinario o il processo con rito abbreviato; dispensa dal processo giudiziario della Segnatura Apostolica); e poi introduce il lettore alle decisioni attuali del suddetto Tribunale della Sede Apostolica.

Sulla base delle deduzioni dell'Autrice, in generale si può dire che le risoluzioni della Segnatura Apostolica attualmente vigenti nell'ambito della procedura, di cui si parla, sono state precedute da una significativa evoluzione di vedute: da soluzioni rigorose a sempre più miti, terminando anche con le dispense (concesse a volte) dallo svolgimento dei procedimenti giudiziari. Un dettagliato rendiconto delle varie fasi di questa evoluzione, costituisce uno dei temi più interessanti ed importanti del lavoro, in cui sono presentate una serie di sentenze della Segnatura Apostolica, che formano l'*iter procedendi* nelle cause di nullità dei matrimoni, dei fedeli ortodossi, contratti senza osservare il rito sacro. Punto di partenza sono qui le sentenze del suddetto tribunale del 28 novembre 1970 e del 23 novembre 1974, che hanno fissato il principio di trattare un tale tipo di questioni attraverso il processo ordinario; e anche la conferma di giudizio positivo della Segnatura Apostolica. Ma solamente pochi anni dopo (nel 1976) il suddetto Tribunale Apostolico ha rinunciato alla necessità di approvare le risoluzioni dei tribunali di livello inferiore, e addirittura ha riconosciuto la possibilità di procedere in tali casi con pro-

cedimento breve. In maniera interessante è stata presentata qui la risposta della Segnatura Apostolica del 10 maggio 1976, accordata al vescovo M.

Successivamente l'attenzione del lettore è attirata da un ampio discorso dell'Autrice sulla situazione sorta dopo l'autentica interpretazione del can. 1086 CIC, del 1983, da parte della Pontificia Commissione per l'Interpretazione Autentica del Codice di Diritto Canonico del 26 giugno 1984. Il suddetto dicastero aveva allora affermato (in risposta alle questioni sollevate) che per determinare lo stato libero di coloro i quali – essendo tenuti a mantenere la forma canonica – hanno contratto matrimonio di fronte ad un funzionario civile o ad un ministro di culto acattolico, non è necessario un processo documentale (in base al can. 1686 CIC) ma solo un esame prematrimoniale (secondo i cann. 1066-1067 CIC). La domanda che è emersa dopo tale risposta – se ciò si può applicare anche in riferimento all'accertamento dello stato libero dei fedeli ortodossi in precedenza legati solo da contratto civile –, ha incontrato tuttavia (nonostante un parere diverso di autorità, nel campo del diritto delle Chiese orientali, come D. Salachas o V. J. Pospishil) una risposta negativa da parte della Segnatura Apostolica, che ha giudicato che il *responsum* sopra citato, della Pontificia Commissione per l'Interpretazione Autentica del Codice di Diritto Canonico, non ha cambiato nulla nel caso di fedeli ortodossi, e nel modo di dichiarare il loro stato libero (dopo che hanno precedentemente stipulato un contratto civile). Una tale posizione, del Supremo Tribunale, è stata principalmente motivata dal fatto che i canoni del nuovo CIC valgono solo per la Chiesa latina, e quindi la risposta della Pontificia Commissione per l'Interpretazione autentica del Codice di Diritto Canonico si riferisce solo alla Chiesa latina. Tuttavia completamente diverso era stato il parere della Congregazione per il Culto Divino e la Disciplina dei Sacramenti, formulato il 29 maggio 1990, in risposta alla questione posta dall'arcivescovo M., relativa alla procedura per l'annullamento di un matrimonio civile di una persona battezzata nella Chiesa ortodossa: la Congregazione ha dichiarato che in tal caso è possibile adottare o il processo documentale (dal can. 1686 CIC), o l'indagine prematrimoniale (cann.1066-1067 CIC). Tuttavia, la posizione della Segnatura Apostolica rimase allora invariata.

Un cambiamento di posizione del Supremo Tribunale è avvenuto gradualmente, quando, in taluni casi specifici, il tribunale ha iniziato – dal decreto del 3 gennaio 2007 – a concedere dispense dalla necessità di svolgere il processo (per giusto e ragionevole motivo). L'accurata e approfondita analisi del decreto condotta dall'Autrice, consente una corretta comprensione della decisione della Segnatura Apostolica, che permette al Vescovo di stabilire lo stato libero del fedele ortodosso durante l'esame prematrimoniale (la dispensa dalla necessità di mantenere le norme del processo ordinario o documentale è stata concessa con la condizione che, se durante l'esame prematri-

moniale sorgesse qualche dubbio, la questione venga sottoposta al tribunale competente). Allo stesso modo, sono state presentate altre decisioni del Supremo Tribunale; gli eterogenei meandri (e le relative cause) collegati con la sua mutevole posizione, rivelano la complessità della problematica.

Le risoluzioni correnti della Segnatura Apostolica, definite dalla Nowicka come “opinione permanente”, hanno trovato la propria espressione nel continuo mantenimento della propria posizione, da parte del tribunale stesso. Tuttavia, il già citato decreto del 3 gennaio 2007, la Segnatura Apostolica (previa consultazione con le Congregazioni per il Culto Divino e la Disciplina dei Sacramenti, e per la Dottrina della Fede) lo trasmise successivamente ai vescovi, in risposta alle loro domande, ed inoltre venne pubblicato nei “Periodica” del 2008. Riflettendo su tale posizione, in seguito delle proprie argomentazioni, l’Autrice richiama l’attenzione sui tre seguenti importanti momenti (mentre indica i motivi citati dal Supremo Tribunale): 1) sufficienza delle indagini prematrimoniali (le ragioni di tale sufficienza sono: la presunzione di validità dell’atto giuridico; la mancanza di presunzione di validità del matrimonio contratto senza rispettare i requisiti giuridici; la presa in considerazione del canone 781 n. 2 CCEO, e dell’articolo 4 § 1, n. 2 dell’Istruzione *Dignitas connubii*; l’analogia in rapporto all’interpretazione autentica del canone 1686 CIC del 26 giugno 1984); 2) autorità competente per determinare lo stato libero (l’Ordinario del luogo; il parroco dopo la consultazione con l’Ordinario del luogo); 3) situazioni che richiedono di rinviare il caso in tribunale (quando durante l’esame prematrimoniale esistessero dei dubbi, oppure un tal matrimonio non poteva essere contratto *cum ritu sacro* a causa di un grave ostacolo; quando una delle parti non era battezzata; quando insorgesse ancora un qualsiasi altro dubbio). In particolare il terzo aspetto (situazioni particolari) sembra essere il più interessante, a cui l’Autrice ha anche dedicato maggiori attenzioni, soprattutto per quanto riguarda la questione se il matrimonio non può essere contratto nel rito sacro a causa di un serio problema. Si tratta infatti di quell’inconveniente grave (*grave incommodum*), che funge da ostacolo nel contrarre il matrimonio *cum ritu sacro*. La Nowicka riporta qui diverse posizioni di giudizio della Segnatura Apostolica, e di alcuni rappresentanti della dottrina.

Ponendo una serie di domande sulla comprensione di tale *grave incommodum*, e analizzando la posizione dei rappresentanti della dottrina, l’Autrice si chiede se – nonostante l’assenza della forma straordinaria nella Chiesa ortodossa – si può privare i fedeli del diritto, per contrarre un matrimonio naturale, che gli spetta per natura stessa, e considerare non validi i matrimoni da loro contratti anche nel caso di omissione del *ritus sacer* per motivi indipendenti dalla loro volontà. Essa rileva che nella dottrina la maggior parte dei suoi rappresentanti ritiene che – nonostante l’importanza che assume

per gli ortodossi – la benedizione del sacerdote non può essere un obbligo derivante dalla legge di Dio (tale elemento è il consenso matrimoniale), ma proviene solamente dalla legge ecclesiastica. Quindi, nel caso di mancata raggiungibilità di un sacerdote, e dell'ottenimento della sua benedizione, la legge naturale deve prevalere sulla legge puramente umana. Segnala allo stesso tempo il parere di F. Aznar Gil,¹¹ che consentirebbe l'uso della forma straordinaria nella Chiesa ortodossa, oppure di M. Á. Ortiz,¹² che sostiene che la mancanza della forma straordinaria nelle Chiese ortodosse è la conferma della separazione esistente nella teologia ortodossa tra il matrimonio e il sacramento; così quando non c'è la possibilità di chiedere al sacerdote di benedire gli sposi, allora i fedeli hanno il diritto di contrarre un matrimonio naturale. Cita anche le significative *Animadversiones*, aggiunte alla già accennata sentenza della Segnatura Apostolica del 28 novembre 1970, in base alle quali, nella risoluzione di una questione, i tribunali dovrebbero valutare le circostanze di ogni caso e, soprattutto, se davvero è stata omessa la benedizione del sacerdote, e se (in caso affermativo) non fosse ciò provocato dall'impossibilità di raggiungere il sacerdote.

La perspicacia della Nowicka la obbliga a tenere in considerazione anche la Nota (n. 7) del Pontificio Consiglio per l'Interpretazione dei Testi Legislativi, del 13 maggio 2003, in relazione ai matrimoni civili dei fedeli ortodossi contratti in Kazakistan ai tempi in cui esisteva l'URSS. La valutazione, in questo documento, del caso di matrimoni tra ortodossi, nella situazione di impossibilità di rivolgersi ad un sacerdote, è stata trattata nel contesto degli insegnamenti del Concilio Vaticano II e della citata sentenza del Supremo Tribunale del 28 novembre 1970. In tale Nota è stato menzionato l'*usus* di questo tribunale, che è il riconoscimento della disciplina delle Chiese ortodosse e il loro diritto di governarsi con le proprie norme, ma anche l'applicazione, ai matrimoni degli acattolici orientali, della legge della Chiesa cattolica, per quanto riguarda la forma straordinaria. Tuttavia, una lettura più attenta delle Note indica una soluzione leggermente diversa: la risoluzione del caso citato (matrimoni in Kazakistan) dipende dal tribunale, che riconoscerà la nullità del matrimonio; se sarà un tribunale della Chiesa cattolica, o un tribunale della Chiesa cattolica orientale (a comprova è fornito il testo del canone 781, n. 2 CCEO, e, in mancanza di un equivalente, nel CIC; nel frattempo l'Istruzione *Dignitas connubii* è entrata in vigore quasi due anni dopo la pubblicazione delle Note!).

Il Pontificio Consiglio per l'Interpretazione dei Testi Legislativi ha ricono-

¹¹ Cfr. F. R. AZNAR GIL, *Derecho matrimonial canónico*, t. 3: *Cánones 1108-1165*, Salamanca 2003, p. 83.

¹² Cfr. M. Á. ORTIZ, *La validità del matrimonio civile celebrato da battezzati nella Chiesa ortodossa*, «*Ius Ecclesiae*» 17 (2005), n. 1, p. 330-331.

sciuto che, se secondo la legge delle Chiese orientali acattoliche non si può validamente unirsi in matrimonio senza la benedizione di un sacerdote, il tribunale competente della Chiesa cattolica orientale, riferendosi alla legge acattolica e applicandola sulla base del can. 781, n. 2 CCEO, è costretto a dichiarare nullo il matrimonio, anche nel caso in cui – secondo il can. 832 CCEO – vi è l'impossibilità (fisica o morale) di rivolgersi ad un sacerdote. Tuttavia, secondo il Pontificio Consiglio, la situazione è diversa nel caso in cui la questione giunge al competente tribunale della Chiesa cattolica latina. Il giudice – a causa della mancanza nel CIC di un canone analogo a quello del can. 781, n. 2 CCEO – è obbligato a procedere sia secondo le regole stabilite dal Supremo Tribunale, sia utilizzando l'analogia, di cui al can. 19 CIC. Il giudice, allora, vista la disciplina delle Chiese ortodosse in una situazione ordinaria di un matrimonio, dovrebbe contemporaneamente applicare al matrimonio per i fedeli ortodossi la legge della Chiesa cattolica riguardo alla forma straordinaria, e quindi sentenziare la nullità del matrimonio solamente nel caso in cui non ci fosse una grave difficoltà nel raggiungere il sacerdote e ricevere la sua benedizione.

Citando la posizione del Pontificio Consiglio, U. Nowicka, come altri autori, conclude che la validità / nullità di un matrimonio dipenderebbe dal tribunale (o della Chiesa cattolica orientale o della Chiesa cattolica latina) a cui è stata presentata la causa, e ciò può suscitare un considerevole stupore. Ma aggiunge subito che la posizione attuale del suddetto organo della Santa Sede deve essere integrata (“aggiornata”), tenendo in considerazione l'art. 4 § 1, n. 2, pubblicato due anni dopo l'Istruzione *Dignitas connubii*, la cui norma ha colmato un vuoto giuridico preesistente. Se dunque, osserva l'Autrice, il Pontificio Consiglio, adottando tale posizione, si era avvalso appunto del can. 781, n. 2 CCEO, si deve supporre che attualmente – quando una analoga disposizione (art. 4 § 1, n. 2 DC) è in vigore anche nella Chiesa latina –, dovrebbe pure essere applicata una soluzione, basata sul suo contenuto, non solo da parte del tribunale cattolico della Chiesa orientale, ma anche da parte del tribunale cattolico della Chiesa latina. L'Autrice trae la giusta conclusione che se la Nota fosse stata rilasciata già al momento dell'entrata in vigore dell'art. 4 § 1, n. 2 DC, anche i tribunali della Chiesa latina avrebbero indicato una soluzione escludente l'applicazione della legge della Chiesa cattolica nella forma straordinaria, in rapporto ai matrimoni dei fedeli ortodossi. Secondo la posizione del Pontificio Consiglio, rileva successivamente la Nowicka, questa applicazione perde il suo significato in confronto al principio del rispetto e della considerazione dei propri diritti delle Chiese ortodosse, le quali non prevedono tali regole. Da ciò, quindi, si dovrebbe affermare che, nel valutare la validità / nullità del matrimonio civile dei fedeli ortodossi, non necessariamente si dovrebbe prendere in considerazione ed esaminare la loro situazione, in cui si trovavano al momento della decisione

di omettere la benedizione del sacerdote (cioè se si è verificata l'impossibilità di raggiungere il sacerdote).¹³

L'Autrice rileva successivamente che nel n. 7 delle Note, è possibile scorgere il riconoscimento della possibilità di contrarre matrimonio da parte dei fedeli ortodossi senza la benedizione del sacerdote (sulla base del consenso coniugale); tanto più che il documento spiega che, nei casi analizzati, la validità di un matrimonio non dipende dall'atto civile, ma dal fatto che le parti abbiano espresso il consenso matrimoniale valido (persino nella convinzione che il matrimonio da loro contratto senza un sacerdote non sarà valido nel foro ecclesiastico). Inoltre, continua l'Autrice, il Pontificio Consiglio affronta anche la questione del riconoscimento dei matrimoni contratti senza la benedizione del sacerdote come validi, tuttavia non dal punto di vista sacramentale (cosa che l'Autrice considera giusta). Ricorda anche che nel n. 8 delle Note è sottolineato che, nel valutare i matrimoni dei fedeli della Chiesa ortodossa, il giudice del tribunale della Chiesa cattolica ha l'obbligo di prendere in considerazione, tra l'altro, le ambiguità sia nelle questioni teologiche che giuridiche, in relazione al matrimonio sacramentale di acattolici orientali, considerando tuttavia la legge di Dio.

In relazione alle proposte di M. Á. Ortiz, la Nowicka ritiene che la soluzione migliore dei problemi sarebbe ammettere che, visto che il legislatore prevede la risoluzione di eventuali nullità di matrimoni civili di fedeli ortodossi nel foro giudiziario (quindi non presuppone *a priori* la sua nullità), e se non vi è dubbio che le parti hanno volutamente omesso il *ritus sacer* – anche se avrebbero potuto facilmente riceverlo –, una tale unione non deve essere presa in considerazione nel foro della Chiesa cattolica; allora lo stato libero delle parti contraenti lo può confermare l'Ordinario del luogo o il parroco, dopo una consultazione con l'Ordinario, durante l'esame prematrimoniale. Se tuttavia, ricorda l'Autrice, come indicato nella sopracitata risposta della Segnatura Apostolica del 3 gennaio 2007, durante l'esame prematrimoniale rimane il dubbio se il matrimonio non potesse essere contratto nel sacro rito senza grave difficoltà, la questione dovrebbe essere sottoposta al tribunale competente.

Si può senz'altro essere pienamente d'accordo con le conclusioni – derivanti da tale argomento – dell'Autrice: 1) Vi è piena conformità delle suddette risposte del Tribunale Supremo dal can. 1060 CIC e dal can. 779 CCEO (“nel dubbio, il matrimonio deve essere considerato valido”). Ciò significa

¹³ Questo tipo di parere è quindi contrario alla prassi seguita dalla Segnatura Apostolica, come l'Autrice indica ad esempio nelle due sentenze sopra citate. Significativo è il fatto che il Pontificio Consiglio, nelle proprie soluzioni, non fa riferimento del tutto alla questione della legge naturale, che è alla base della *ius connubii* di ogni persona; richiama comunque l'attenzione sulla benedizione del sacerdote.

che il matrimonio civile dei fedeli ortodossi di regola non è valido, e non si applica ad esso la presunzione di validità (dei suddetti canoni), e non bisogna dimostrarlo nel foro giudiziario. Se, invece, sorgesse un tale dubbio, a causa delle possibili circostanze che giustificano l'uso della forma straordinaria, allora – ai sensi delle raccomandazioni della Segnatura Apostolica – si dovrebbe rimandare il caso al tribunale competente; tale raccomandazione indica che in questo caso si ammette la possibilità della validità del matrimonio civile. 2) Sebbene la Segnatura Apostolica non prenda posizione direttamente, e non giudichi la validità dei matrimoni civili dei fedeli ortodossi contratti *sine ritu sacro* in una situazione di gravi difficoltà (per raggiungere il sacerdote), vietando solo l'uso di vie amministrative (durante l'esame prematrimoniale) per determinare lo stato libero delle parti contraenti, tuttavia questa disposizione sembra certamente implicare la possibilità di applicazione del diritto della Chiesa cattolica, circa la forma straordinaria, anche ai matrimoni di questi fedeli ortodossi, e questo rimane in conformità con la prassi del Supremo Tribunale, di cui si è accennato sopra.

Per quanto riguarda poi il caso in cui sorga un dubbio nell'ambito dell'appartenenza alla Chiesa ortodossa (o se almeno una delle parti della Chiesa acattolica orientale era effettivamente battezzata al momento del matrimonio), la Nowicka indica che la Segnatura Apostolica, in questo caso, prescrive di sottoporre la questione al competente tribunale ecclesiastico.

IV. VALUTAZIONE FINALE

In conclusione, è il caso di affermare che lo studio monografico di Ursula Nowicka è un lavoro molto prezioso. Avendo una buona conoscenza delle questioni giuridiche della Chiesa cattolica latina e delle Chiese orientali cattoliche, come anche delle Chiese orientali acattoliche, ha presentato abilmente la questione a cui era interessata, riconoscendo la sua importanza cognitiva, ma anche applicativa (sia nell'ambito ecumenico, che pastorale e giudiziario). Disponendo di un buon bagaglio scientifico (si è rivelata qui molto importante la ricerca laboriosa negli archivi della Segnatura Apostolica e della Rota Romana, così come l'ampia conoscenza della letteratura in oggetto), con appropriata acutezza ha colto tutti gli intrecci del complesso problema, disponendoli in un insieme coerente e logico. Il suo discorso, accuratamente documentato, lo conduce dinamicamente, mostrando al lettore – con chiarezza e trasparenza – sempre nuovi ambiti di problematiche che compongono la totalità delle tematiche intraprese. E lo fa con una gran dose di critica in relazione alle opinioni e posizioni riferite, non tralasciando le questioni particolarmente difficili; su molti quesiti si permette di esprimere il proprio punto di vista. Utilizzando strumenti metodologici pertinenti, riesce – in determinate sezioni del libro – a mantenere la necessaria disciplina

nel loro uso. Il quadro è completato dall'uso di un buon linguaggio giuridico e di uno stile enunciativo facile per il lettore.

La riflessione dell'Autrice, che ha soprattutto la dimensione pratica, permette di constatare che la dichiarazione dello stato libero dei fedeli ortodossi nel foro della Chiesa cattolica, sebbene non abbia il carattere *stricte* ecumenico, dovrebbe essere considerato nel contesto ecumenico. Si tratta infatti della ricerca della verità sui matrimoni degli stessi ortodossi, contratti nella loro Chiesa.

Sicuramente non è esagerato affermare che il libro di Urszula Nowicka non solo merita un pieno riconoscimento, ma anche una completa raccomandazione a tutti coloro che si occupano *ex professo* – e non solo nell'attività giudiziaria – del diritto canonico matrimoniale, e anche ai sacerdoti e ai teologi del matrimonio.

WOJCIECH GÓRALSKI

LA QUESTIONE DEL METODO NEL DIRITTO CANONICO. IL RINNOVARSI DI UNA SFIDA*

L'INTRODUZIONE AL DIRITTO CANONICO di Libero Gerosa, che si articola in due volumi, il primo *Teologia del diritto ecclesiale* ed il secondo *Istituzioni generali*, non è il frutto di una mente erudita e, come spesso accade, solitaria, ma si presenta come una «ipotesi di lavoro» condivisa. In essa si esprime quella comunità scientifica tra maestro e allievi che sola consente un vero progresso nella scoperta del vero. In questo senso la collaborazione di Stefano Violi al primo tomo ed Andrea Stabellini al secondo non solo conferisce un valore aggiunto a quest'opera ma propone un esempio che se fosse seguito incrementerebbe senz'altro l'autenticità di ogni esperienza universitaria. Del resto chi non ha accusato il colpo della rievocazione da parte di Benedetto XVI dei suoi anni a Regensburg in cui l'esperienza di *universitas* – «cioè del fatto che noi, nonostante tutte le specializzazioni, che a volte ci rendono incapaci di comunicare tra di noi, formiamo un tutto e lavoriamo nel tutto dell'unica ragione con le sue varie dimensioni» – diventava «esperienza viva» proprio «stando insieme anche nella comune responsabilità per il retto uso della ragione»?¹ Chi non ne ha avvertito l'urgenza innanzi tutto in quel primo rapporto che fiorisce nell'*universitas* e che è quello tra maestro e allievo?

Quanto alla struttura dell'opera mi pare rifletta in modo chiaro l'intenzione del suo autore, e cioè che «la giovane disciplina scientifica», che egli chiama «teologia del diritto canonico», non sia «semplicemente una scienza introduttiva, diversa dal diritto canonico vero e proprio», quanto piuttosto «un modo nuovo ed innovativo, fondato sull'ecclesiologia conciliare, per concepire ed applicare le leggi della Chiesa».²

Se così non fosse innanzitutto non si spiegherebbe la proposta didattica che caratterizza la trattazione delle istituzioni generali in cui viene offerta allo studente la disciplina istituzionale già schematizzata. Per inciso, si tratta di una proposta assai originale, anche se non esente da rischi, perché come

* A proposito del volume di L. GEROSA, *Introduzione al diritto canonico*, Città del Vaticano, Libreria editrice Vaticana, 2012.

¹ BENEDETTO XVI, Incontro con i rappresentanti della scienza nell'Aula Magna dell'Università di Regensburg, 12 settembre 2006.

² L. GEROSA, *Introduzione al diritto canonico*, Città del Vaticano, Libreria editrice Vaticana, vol. 1, 9.

ognuno sa la schematizzazione è un lavoro eminentemente personale ed è opportuno che, anche di fronte ad modello ben costruito, rimanga tale.

In secondo luogo, nemmeno ci si darebbe ragione del titolo dei due volumi, peraltro puntualmente illustrato nel primo capitolo delle istituzioni. Infatti visti i presupposti metodologici e la coerenza con i quali vengono sviluppati nell'intera opera, ci si sarebbe attesi piuttosto una *Introduzione alla teologia del diritto canonico*.

Il titolo prescelto invece esprime tutta la pretesa contenuta nell'ipotesi di lavoro e cioè che per fare diritto canonico occorre fare teologia del diritto canonico. Questo *leit motiv* che guida l'opera ha il merito di riproporre all'attenzione sia dell'esperto come del lettore occasionale la grande questione del metodo che tanta passione ha suscitato nei protagonisti della nostra disciplina nel corso del '900.

Per una valutazione complessiva di quel dibattito non si può prescindere dalla recentissima rivisitazione di Giorgio Feliciani nel suo contributo *Esperienze canonistiche nella Università italiana del secolo xx*, anche perché la vicenda italiana non solo ha avuto un'eco, come si vedrà, ben oltre i confini della penisola, ma riflette pienamente i termini essenziali del problema.³ A tale contributo quindi senz'altro rinvio. Mi limito in questa sede a sottolineare quei passaggi che permettono di cogliere la portata e le implicazioni dell'ipotesi che Libero Gerosa ha fatto sua.

Non si può infatti dimenticare innanzitutto che «il fattore principale e determinante il diritto di cittadinanza acquisito nelle Università italiane» da parte della nostra disciplina nelle Facoltà di Giurisprudenza a partire dal 1936, dopo l'esordio del 1924 nell'Università Cattolica, è senz'altro costituito dal fatto che i suoi cultori e docenti «avevano adottato una impostazione metodologica nuova ed originale».⁴ Si tratta della metodologia di quella che sarà poi chiamata la scuola italiana del diritto canonico. Per comprenderne la portata innovativa nel contesto culturale in cui essa venne ad affermarsi – pensiamo all'impostazione confessionistica quando non decisamente curialista dei docenti da cui era impartito l'insegnamento nelle Università del Regno d'Italia o alla mancanza di formazione giuridica di tanti canonisti dell'epoca appartenenti al mondo ecclesiastico⁵ – basta ricordare quell'affermazione ormai nota di Vincenzo Del Giudice per il quale: «una 'questione del metodo nello studio del diritto canonico' non esiste; né esiste la questione dell'applicazione, più o meno limitabile, di concetti di altri diritti al

³ G. FELICIANI, *Esperienze canonistiche nella Università italiana del secolo xx*, in *Stato, Chiese e pluralismo confessionale*, rivista telematica, 16 gennaio 2012.

⁴ Ivi, 2.

⁵ Si veda ampiamente al riguardo S. BERLINGÒ, *L'insegnamento del diritto canonico nelle Università Statali Italiane. Lo statuto epistemologico di una canonistica laica*, in *Quaderni di diritto ecclesiale*, 10 (1997).

diritto canonico». ⁶ Esiste invece «la questione, o meglio l'esigenza che anche il diritto canonico sia studiato col metodo proprio degli ordinamenti giuridici: il quale, del resto, non è che il procedimento solito, imposto dalla logica formale per l'intendimento d'ogni ordinamento di leggi e di dettami». ⁷ Nello stesso senso Orio Giacchi riteneva che «se, come non può non farsi, si concepisce l'ordinamento della Chiesa come ordinamento giuridico, non mi sembra dubbio che la meta principale, se non l'unica, alla quale deve tendere la scienza canonistica è quella stessa meta che deve essere raggiunta dalla scienza giuridica ogni volta che essa si ponga a studiare un determinato ordinamento: una costruzione completa ed armonica di tale ordinamento che ne offra il sistema». ⁸ Non dettaglio qui tutte le sfumature e le implicazioni di questo postulato che peraltro si declinano non senza diversità di accenti nella riflessione di ciascuno dei protagonisti di questo dibattito. ⁹ In ogni caso non si deve dimenticare che questa impostazione dottrinale vede la luce in un contesto culturale in cui «la giuridicità del diritto canonico era ancora duramente contestata con una serie di argomentazioni che andavano dalla mancanza di statualità, all'assenza di coazione e persino di intersubbieltività». ¹⁰ I canonisti italiani, quindi «se volevano ottenere e legittimare il reinserimento della loro materia nelle pubbliche Università, dovevano necessariamente impegnarsi a dimostrare che il diritto canonico presentava tutti quei caratteri che fanno considerare giuridici gli ordinamenti statuali». ¹¹ Ed in questo tentativo si vedono costretti da un lato a collocare tutto ciò che riguarda la natura propria ed esclusiva di quell'*unicum* che è il diritto canonico nella storia dell'esperienza giuridica fuori dalla sfera giuridica ¹² e dall'altro a

⁶ V. DEL GIUDICE, *Sulla questione del metodo nello studio del diritto canonico*, «Il diritto ecclesiastico», 50 (1939), 230-231.

⁷ *Ibidem*.

⁸ O. GIACCHI, *Diritto canonico e dogmatica giuridica moderna*, in Idem, *Chiesa e Stato nell'esperienza giuridica*, a cura di O. Fumagalli Carulli, vol. 1, Milano, Giuffrè, 1981, 71. Infatti, secondo il maestro della Cattolica, dal punto di vista giuridico formale «non vi è alcuna effettiva differenza tra diritto canonico e diritti laici, ed è anche questa una delle ragioni per affermare la necessità di usare, per lo studio del diritto della Chiesa, lo stesso metodo che si deve usare nello studio dei diritti laici, come si devono usare le stesse regole fisiche per la costruzione degli edifici sacri e di quelli profani», Giacchi, *Il consenso nel matrimonio canonico*, Milano, Giuffrè, 1968, 7 in nota.

⁹ Illuminanti in tal senso i rilievi sulle divergenze tra d'Avack e Giacchi in C. FANTAPPIÈ, *Pietro Agostino d'Avack: dal confronto con la canonistica curiale all'autonomia scientifica del diritto canonico*, in *Metodo, fonti e soggetti del diritto canonico*, a cura di J. I. Arrieta, G. P. Milano, Città del Vaticano, Libreria Editrice Vaticana, 1999, 164-166.

¹⁰ FELICIANI, *Esperienze canonistiche nella Università italiana del secolo xx*, cit., 6.

¹¹ *Ibidem*.

¹² Cfr. al riguardo P. A. D'AVACK, *Legittimità, contenuto e metodologia del diritto canonico*, in *Il diritto ecclesiastico*, 89 (1968), p. 1, 15 e Giacchi, *Diritto canonico e dogmatica*, cit., 104. Per i due maestri italiani la differenza tra diritto della chiesa e diritto dello Stato va ricondotta «a un fattore essenzialmente metagiuridico, cioè al fatto che, mentre l'ordinamento statale cos-

dimostrare che «le tanto enfatizzate “peculiarità” del diritto della Chiesa non costituiscono nulla di singolare nel campo dell’esperienza giuridica», fino a paragonare il riferimento alla *salus animarum* con il limite dell’ordine pubblico.¹³ Non manca tuttavia in questo travaglio il riconoscimento della necessità di prestare adeguata attenzione alla realtà sostanziale della Chiesa. In particolare D’Avack ritiene che la scienza canonistica trovi «il suo compito e la sua giustificazione anche nella riflessione del mistero della Chiesa»,¹⁴ il che non implica affatto una sua trasformazione «in scienza teologica» quanto piuttosto che lo studio di tale ordinamento debba essere fatto non solo con senso giuridico, ma anche con senso teologico, cioè con il sussidio non solo dei concetti e strumenti propri della scienza del diritto, ma anche delle nozioni e dei mezzi peculiari alla teologia dogmatica e morale»: è evidente, a suo avviso, «che il canonista debba avere una personale formazione e sensibilità non solo giuridica ma anche al tempo stesso teologica».¹⁵

Questi postulati debbono però, nel pieno degli anni ’60, misurarsi con l’evento tanto imprevisto quanto epocale del Concilio Vaticano II. Il Concilio, di cui celebriamo i cinquant’anni, evidenziando la natura sacramentale e misterica della Chiesa, riscopre l’irriducibilità ontologica del popolo di Dio rispetto a qualunque altra società. È inevitabile la crisi del postulato della Chiesa come *societas perfecta*, che, adeguatamente rivisitato, costituiva il presupposto fondamentale delle teorie metodologiche della scuola italiana.¹⁶ Si apre così una fase nuova caratterizzata dalla riflessione critica e dal

tituisce la forma e l’organizzazione nel campo del diritto di una società civile e temporale, voluta e creata dai consociati stessi, quello canonico viceversa rappresenta l’immagine e la struttura giuridica di una società religiosa, fondata dalla stessa volontà divina» (d’Avack); ovvero «anche per il diritto della chiesa (...) lo “spirito” a cui esso si informa è un elemento di grandissimo valore sostanziale ma è un elemento metagiuridico e, per così dire, “politico”», di cui il giurista tiene conto solo in parte quando deve «interpretare norme dubbie o nell’indagare quale sia la “ratio” di una singola disposizione o nel salire a principi generali» (Giacchi). Merita tuttavia d’essere sottolineata la posizione originale di Pio Fedele, il quale nel suo celebre *Discorso generale sull’ordinamento canonico*, si discosta energicamente da queste posizioni attribuendo alla finalità ultima del diritto della Chiesa una tale rilevanza da far dubitare ad Arturo Carlo Jemolo della compatibilità stessa di una tale concezione con il concetto di diritto. Cfr. P. FEDELE, *Discorso generale sull’ordinamento canonico*, Padova, CEDAM, 1941, A. C. JEMOLO, *Recensione*, in *Archivio di diritto ecclesiastico*, 3 (1941), 123-127.

¹³ V. in proposito P.A. D’AVACK, *Corso di diritto canonico, I. Introduzione sistematica al diritto della Chiesa*, Giuffrè, 1956, 170-171.

¹⁴ P.A. D’AVACK, *Legittimità, contenuto e metodologia*, cit., pp. 36-37.

¹⁵ Ivi, 40-41.

¹⁶ Infatti «il ripensamento della Chiesa su se stessa», come ha sottolineato Angela Punzi Nicolò, imponeva «uno sforzo costruttivo della dottrina» che si realizzasse in «una metodologia e una sistematica canonistica nuove ed originali», A. M. PUNZI NICOLÒ, *La scuola canonistica romana di fronte al tornante storico del Concilio Vaticano II*, in *Metodo, fonti e soggetto*, cit., 341.

confronto con altre scuole che dà vita ad un dibattito serrato, senza sconti e molto ricco. In questo alveo culturale matura l'ipotesi di lavoro di Eugenio Corecco, che è al centro dell'attenzione di Libero Gerosa e quindi anche della nostra riflessione.

Il problema sollevato da Corecco a Pamplona, nel corso del III Congresso internazionale di diritto canonico, riguarda, come sappiamo, l'elemento principale della *definitio classica* della *lex canonica*, che dopo il Concilio Vaticano II, a suo dire, non si può più definire come *ordinatio rationis* ma come *ordinatio fidei*.¹⁷ È la prima volta che in campo cattolico viene messa in discussione la definizione di legge tomista.¹⁸

Particolarmente efficace mi è parsa la contestualizzazione da parte di Gerosa dell'intervento di Corecco. Una contestualizzazione tanto necessaria per comprendere la radicalità della sfida del futuro vescovo di Lugano, che l'autore vi si sofferma in due snodi assai significativi della sua opera, mettendone a fuoco dapprima la centralità nel dibattito postconciliare sul metodo scientifico della canonistica¹⁹ e poi facendo sua quella definizione di *lex canonica* nella parte istituzionale.²⁰

L'intervento di Corecco nasce dunque dalla consapevolezza acuta del passaggio dal regime culturale della cristianità a quello della modernità. Come sottolinea Gerosa: «la cultura di cristianità, al cui interno san Tommaso ha elaborato una definizione di legge valida per tutte le sue diverse forme (divine ed umane) di realizzazione, era caratterizzata dal movimento pendolare tra realismo e volontarismo, tra *ratio* e *voluntas*, entrambe d'origine divina e come tali aperte all'idea di mistero. Nella cultura moderna, invece, questo movimento viene interrotto dapprima dall'eliminazione di ogni nesso fra ragione e senso religioso della vita, fra ragione e mistero, e poi dalla conseguente opposizione tra *ratio* e *fides*». ²¹ Del resto «la proposta di Eugenio Corecco di sostituire nella definizione classica di legge canonica la *ratio* con la *fides* appare come un ulteriore possibile sviluppo della definizione di Tommaso d'Aquino, sviluppo in cui si tiene finalmente conto in modo realistico che la distinzione tra ragione e fede, tra filosofia e teologia è ormai diventata una netta separazione nella cultura moderna». ²²

Ben si avvede peraltro l'autore della necessità di spiegare ulteriormente la radicalità della nuova definizione di *lex canonica* che decide di adottare. Occorre infatti precisare che Eugenio Corecco non ha formulato la sua pro-

¹⁷ V. E. CORECCO, *Intervento*, in *La norma en el derecho canónico, Actas del III Congreso Internacional de derecho canónico*, Pamplona, 10-15 de octubre de 1976, Pamplona, Ediciones Universidad de Navarra, S. A., 1979, 1232-1238.

¹⁸ Cfr. GEROSA, *Introduzione al diritto canonico*, cit., vol. I, 190.

¹⁹ GEROSA, *Introduzione al diritto canonico*, cit., vol. I, 186-197.

²⁰ Ivi, vol. II, 64-67.

²¹ Ivi, vol. I, 190.

²² Ivi, 191.

posta come una definizione ma come un'ipotesi di lavoro, atta a permettere alla canonistica post-conciliare di cogliere con maggior precisione, la *quidditas* della legge canonica. La verifica della validità di quest'ipotesi non può dunque dimenticare il principio aristotelico-scolastico secondo cui «*particularia non pertinent ad perfectionem intelligibilium*»;²³ e che «la sostituzione della *ratio* con la *fides* appare, in fondo, un ultimo possibile sviluppo della definizione di san Tommaso, in cui si tiene finalmente conto in modo realistico dei dati prodotti dalla modernità». ²⁴ Infine «dall'invito a considerare la legge canonica come disposizione della fede e non come ordine della ragione non si può dedurre che la *lex canonica* non abbia nulla a che vedere con la ragione e tanto meno che possa essere irragionevole, ma che la legge canonica – essendo la principale fonte di conoscenza del diritto canonico la rivelazione trasmessa dal magistero – non è un prodotto della ragione, bensì un frutto della fede, la quale però, non opera mai contro la ragione correttamente intesa ma, anzi, ne valorizza il ruolo specifico nel processo di formazione storica della concreta norma positiva». ²⁵ Tuttavia mentre nello schema interpretativo delle diverse posizioni metodologiche del postconcilio, contenuto nel primo volume, la posizione di Corecco viene sintetizzata con la formula: la canonistica è una «disciplina teologica con metodo teologico»;²⁶ nella parte istituzionale l'autore precisa ulteriormente il suo pensiero circa lo statuto epistemologico del diritto canonico, definendolo «disciplina teologica con metodo canonistico». ²⁷

Quest'ultimo peraltro si configurerebbe come giuridico e teologico: «è giuridico in quanto analizza le norme che regolano i rapporti intersoggettivi nella vita della Chiesa, con gli strumenti propri del diritto: *persona giuridica, diritti-doveri, validità e liceità degli atti, ecc.*»;²⁸ «è teologico, in quanto, colui che lo pratica (il canonista), consapevole per la natura dell'oggetto – della relazione stretta, necessaria, tra la norma e l'essenza divino-umana della Chiesa, per la quale essa viene emanata, dirigerà sempre il momento normativo a quello fondativo. Il metodo del diritto canonico deve quindi concludersi con un rimando continuo al fondamento teologico, nella certezza che il canone non è pienamente interpretato se non si giunge a cogliere il riverbero della verità ultima che lo genera, cosicché la giuridicità di *persona giuridica, diritti-doveri, validità e liceità degli atti, ecc.* assume una fisionomia "ecclesiale"». ²⁹

Torna dunque la categoria della giuridicità a connotare la specificità del metodo.

E qui sembra più che mai opportuna la rievocazione di Feliciani nel saggio sopracitato in cui ha voluto confidare come «in una conversazione privata

²³ Ivi, vol. II, 64.

²⁴ *Ibidem.*

²⁵ Ivi, 65.

²⁶ Ivi, vol. I, 182.

²⁷ Ivi, vol. II, 8.

²⁸ *Ibidem.*

²⁹ *Ibidem.*

il futuro vescovo di Lugano avesse rilevato la non indifferente ambiguità di tutto il relativo dibattito, a causa della mancanza di una definizione certa e universalmente accettata di cosa si dovesse precisamente intendere per metodo giuridico e per metodo teologico». ³⁰ D'altro canto questa riflessione privata sembra riecheggiare quella pubblica di Hart che osserva nel suo *The Concept of law*: «poche questioni riguardanti la società umana sono state poste tanto insistentemente e sono state risolte da pensatori seri in modi tanto diversi, strani e perfino paradossali, come la questione “che cosa è il diritto?”. Non esiste una così ampia letteratura dedicata alla risoluzione del problema “che cosa è la chimica” oppure “che cosa è la medicina?” come quella rivolta alla soluzione della questione “che cosa è il diritto?”. Nessuno ha mai pensato che sia davvero illuminante o importante (...) dichiarare che ciò che normalmente è considerato una parte caratteristica e fondamentale della chimica, come ad esempio lo studio degli acidi, in realtà, non faccia parte per nulla della chimica stessa. Eppure nei confronti del diritto affermazioni a prima vista strane come questa, non solo sono state fatte, ma sono state sostenute con eloquenza e passione, come se fossero rivelazioni a lungo nascoste a causa di grossolani travisamenti della sua natura». ³¹

Dunque questa interrogazione continua – che Hart chiama «persistent question» ³² – circa il proprio statuto epistemologico caratterizza la scienza giuridica in quanto tale e la colloca in una posizione del tutto originale nell'intero dibattito epistemologico.

Ma vi è di più.

E cioè il contesto così ben descritto da Gerosa in cui è maturata l'ipotesi di lavoro in questione, dal 1976 ad oggi, si è radicalizzato al punto da mostrare la vera posta in gioco e forse anche la sola via d'uscita.

Il dato da cui Corecco è partito, come abbiamo visto, il fatto cioè che la ragione moderna aveva del tutto perduto i connotati della ragione così come la concepiva Tommaso d'Aquino – come avrebbe potuto la legge canonica trovare nell'ordine di una ragione positivista l'elemento principale della sua definizione? – si è aggravato proprio nell'ambito della scienza giuridica.

È difficile nel contesto attuale negare la riduzione di matrice positivista dell'esperienza giuridica secolare, in tutti i suoi ambiti. Richiamo soltanto una delle più recenti e molteplici espressioni di questo disagio, quella del filosofo Paolo Rossi, recentemente scomparso, sul Corriere della Sera del 6 giugno 2011: «non me ne importa niente della prova dell'esistenza di Dio. Però, come Monod, ho questo sasso sullo stomaco: non accetto volentieri l'idea che il carnefice e la vittima scompaiano insieme nel nulla».

³⁰ FELICIANI, *Esperienze canonistiche nella Università italiana del secolo XX*, cit., 17.

³¹ H. L. A. HART, *The Concept of Law*, Clarendon Press, Oxford, 1994², 1 (trad. It. *Il concetto di diritto*, Einaudi, Torino, 2002, 3-4).

³² *Ibidem*.

In questa situazione dunque in cui anche il diritto degli Stati patisce gli esiti di una concezione positivista della natura e della ragione, l'unica strada mi sembra quella indicata da Benedetto XVI e cioè che la ragione si apra nuovamente «al linguaggio dell'essere».³³ Infatti, secondo l'immagine efficacissima consegnata nel discorso al Parlamento Federale tedesco, «la ragione positivista, che si presenta in modo esclusivista e non è in grado di percepire qualcosa al di là di ciò che è funzionale, assomiglia agli edifici di cemento armato senza finestre, in cui ci diamo il clima e la luce da soli e non vogliamo più ricevere ambedue le cose dal mondo vasto di Dio»: ³⁴ «bisogna tornare a spalancare le finestre, dobbiamo vedere di nuovo la vastità del mondo, il cielo e la terra ed imparare ad usare tutto questo in modo giusto». ³⁵

Questo richiamo potente rivolto a tutti mi pare particolarmente suggestivo per noi, cioè ci sfida a ripensare l'intero percorso culturale sin qui rievocato secondo una prospettiva nuova e forse liberante.

Di fronte alle peculiarità del diritto canonico la scuola canonistica italiana, permeata dalla dogmatica giuridica di matrice positivista, non aveva esitato a relegarle in una non meglio precisata sfera metagiuridica.

Dinnanzi alle gravi riduzioni e fratture che caratterizzano la cultura moderna, Eugenio Corecco ha voluto affermare l'irriducibilità della legge canonica ad un ordine razionale chiuso al linguaggio dell'essere tanto da abbandonare il riferimento stesso a quell'ordine, appoggiandosi del tutto all'*ordinatio fidei*, che come egli ben sapeva fiorisce come dono di grazia al culmine di un uso vero della ragione umana.

Ora io mi chiedo se l'insistenza sulla natura teologica del diritto canonico renda davvero giustizia allo statuto epistemologico di questa disciplina e corrisponda realmente alla sua vocazione nell'attuale contesto culturale.

Cadute in una crisi profonda quelle che Paolo Grossi ha felicemente chiamato le «mitologie giuridiche della modernità»³⁶ non vi è più alcun bisogno né che il diritto canonico, ricattato da un malcelato complesso di inferiorità, si riduca ad essere cortigiano di categorie dogmatiche che hanno ormai rivelato quanto meno la loro insufficienza, né di relegarlo, per preservarne la fisionomia, al di fuori del grande dibattito giuridico.

Il primo esito di quest'ultima operazione culturale non sarebbe altro che l'emarginazione totale dalle Facoltà giuridiche contro la quale avevano coraggiosamente combattuto con metodi discutibili finché si vuole ma con grande passione e onestà intellettuale i maestri della scuola italiana. D'altro canto se il vero statuto fosse quello di una disciplina teologica non si dovrebbe far altro che accettarne con coerenza, a testa alta, l'esilio. Una sorte cui in-

³³ BENEDETTO XVI, *Discorso al Reichstag di Berlino*, 22 settembre 2011.

³⁴ *Ibidem.*

³⁵ *Ibidem.*

³⁶ Cfr. P. GROSSI, *Mitologie giuridiche della modernità*, Giuffrè, Milano, 2007.

vece dovremo forse rassegnarci non tanto per aver consapevolmente aderito all'uno o all'altro postulato metodologico, ma per ragioni assai meno nobili.

Io credo però che una via d'uscita vi sia. Mentre urge a tutti i livelli il tempo della riscoperta di una sana giuridicità – pena il convivere per sempre con il sasso sullo stomaco del Professor Rossi – il diritto canonico, così come è stato concepito ed è cresciuto nella bimillennaria sapienza giuridica della Chiesa, può costituire un utilissimo momento comparativo.³⁷

Proprio la grande differenza tra il diritto secolare e il diritto canonico, il fatto cioè che quest'ultimo, come sottolinea lo stesso Gerosa, sia mezzo e mai fine nella Chiesa,³⁸ la sua essenziale «strumentalità ad uno scopo trascendente» non lo emargina dal mondo giuridico quanto piuttosto tende a favore lo sviluppo di «una mentalità giuridica» originalissima.³⁹

Essa matura all'insegna di almeno due diffidenze, mai del tutto smentite, nemmeno all'indomani della codificazione: quella verso «la dimensione giuridica come pura orditura logica» e «il gusto delle costruzioni sistematiche» ovvero «edificazioni giuridiche che si cristallizzano in sistema»;⁴⁰ quella verso «la riduzione del diritto a legge».⁴¹ Si tratta di «una mentalità empirica, che privilegia il particolare, che privilegia le circostanze di un atto, le circostanze in primo luogo umane ma anche quelle contestuali»;⁴² che, conseguentemente, «concepisce la regola giuridica come naturalmente elastica»,⁴³ funzionale come è alla *salus animarum*, «il principio che è da leggersi scritto a inchiostro simpatico dietro ogni canone».⁴⁴ Insomma è «la multiformità del paesaggio offerta dal diritto della Chiesa che va recuperata»:⁴⁵ le irrinunciabili, preziosissime implicazioni teologiche pastorali liturgiche non devono impedirci di afferrare ed offrire all'intero dibattito giuridico «il vivace messaggio metodologico» del diritto canonico.⁴⁶

Come del resto aveva già intuito Eugenio Corecco nel 1990: «il metodo giuridico – in quanto espressione della razionalità umana – non può essere applicato al diritto secolare prescindendo completamente dal confronto con il diritto canonico, senza correre il rischio di cadere in un mero positivismo giuridico, incapace di rispettare la dimensione trascendente della persona umana».⁴⁷

CHIARA MINELLI

³⁷ L'importanza di questo filone di ricerca trova ampia documentazione nella recentissima ed imponente opera collettanea a cura di M. SCHMOECKEL, O. CONDORELLI, F. ROUMY, *Der Einfluss der Kanonistik auf die europäische Rechtskultur*, 3 bd., Böhlau Verlag, Wien Köln Weimar, 2012.

³⁸ GEROSA, *Introduzione al diritto canonico*, cit., vol. II, 8.

³⁹ Cfr. P. GROSSI, *Diritto canonico e cultura giuridica*, «Quaderni fiorentini», 32 (2003), 379.

⁴⁰ *Ibidem*.

⁴¹ *Ibidem*.

⁴² *Ivi*, 382.

⁴³ *Ibidem*.

⁴⁴ *Ivi*, 389.

⁴⁵ *Ivi*, 386.

⁴⁶ *Ibidem*.

⁴⁷ E. CORECCO, *L'apporto della teologia all'elaborazione di una teoria generale del diritto*, in *Scienza giuridica e diritto canonico*, a cura di R. Bertolino, Torino 1990, 41.

Recensioni

EDUARDO BAURA, *Parte generale del diritto canonico. Diritto e sistema normativo*, Pontificia Università della Santa Croce – Facoltà di diritto canonico – Subsedia canonica 8, EDUSC, Roma 2013, pp. 440.

IL volume dell'illustre canonista della Pontificia Università della Santa Croce qui recensito è certamente frutto e coronamento di numerosi anni di generoso impegno scientifico e didattico. Esso esordisce con una frase che compendia efficacemente l'intento programmatico ed insieme la chiave interpretativa delle oltre quattrocento pagine in cui esso si dipana: «La scienza del diritto canonico è [...] la "iusti atque iniusti scientia" (Dig. 1.1.10) nella Chiesa, vale a dire la conoscenza scientifica di ciò che è giusto ed ingiusto nei rapporti interpersonali all'interno del Popolo di Dio. Il canonista è, dunque, l'esperto della giustizia nell'ambito della Chiesa. /Va subito avvertito che l'oggetto materiale della scienza giuridica non è la legge né il sistema normativo, ma il diritto, inteso come la cosa giusta, ciò che è di un soggetto e perciò gli è dovuto, cioè l'oggetto della virtù della giustizia» (p. 15). È proprio attraverso questa lente che l'Autore avvia gradualmente gli studenti – cui principalmente si indirizza (cfr. *Premessa*) – alla comprensione della 'parte generale' del diritto della Chiesa, conducendo in essa gli elementi comuni e le nozioni basilari sottostanti a tutte le branche della scienza giuridica canonica. Elencando succintamente i contenuti – ma solo per sommi capi, data la loro estensione –, riscontriamo che si procede anzitutto dall'idea di diritto quale

oggetto della giustizia e dalla determinazione della relazione giuridica, per illustrare in seguito i fattori che costituiscono, modificano o estinguono il diritto medesimo: si enucleano così i fatti giuridici e si focalizza l'efficacia dell'agire umano, ci si sofferma sul concetto e le esplicazioni di responsabilità giuridica e quindi sulla considerazione del tempo come fattore giuridico e sulla sua computazione, per giungere alla delineazione ed analisi dell'atto giuridico canonico; ci si volge, poi, alla norma giuridica ed al sistema normativo della Chiesa, e quindi alla disamina della legge in tutti i suoi molteplici aspetti e le sue vicende, dalla promulgazione alla cessazione, ed infine della consuetudine.

Temi, dunque, 'classici', coi quali normalmente e tralaticciamente si schiudono da sempre le trattazioni dei manuali sui quali si sono formate generazioni di giuristi, seppure sovente toccati fuggacemente e senza interrogarsi sulla loro 'fondamentalità': ma ora, proprio su questi stessi temi cruciali, lo sguardo è animato da un'ottica critica, costruttivamente critica, diretta, proprio attraverso una perseverante attenzione alla fisionomia squisitamente *giuridica* degli argomenti scandagliati e cioè alla prospettiva, centrale ed assorbente, dei diritti e dei correlativi doveri di giustizia, ad oltrepassare, sindacandone difetti e contraddizioni, le visioni plasmate da quella fuorviante concezione normativista del diritto che ha allungato la sua ombra su una parte non esigua della produzione scientifica. Secondo il positivismo giuridico normativista il diritto coincide con la norma positiva e dunque l'arte' del giurista s'incardina intorno alla legge

anziché intorno al giusto: «Il positivismo giuridico prende le mosse da una visione nominalista della realtà che nega la natura dell'uomo e le sue intrinseche esigenze di giustizia, e da una filosofia che considera la giustizia dipendente da solo ciò che è "positivamente" stabilito dall'autorità, il che porta ad identificare il diritto con la norma (normativismo). /Risulta evidente l'incompatibilità del positivismo giuridico con una concezione cristiana della realtà, ma è facile che perfino nella scienza canonistica si insinuino la mentalità positivista o quanto meno quella normativista» (p. 16). Scopo di Baura è, dunque, quello di dimostrare come questa impostazione, ampiamente dominante negli ultimi secoli, abbia falsato e pregiudicato una corretta visione della realtà giuridica ed una esauriente conoscenza del diritto, anche canonico: si deve, invece, necessariamente guardare alle esigenze di giustizia presenti nei rapporti interpersonali, derivanti dalla dignità umana e dalla condizione di battezzati, nonché dalla costituzione della Chiesa. Così anche nel metodo esegetico, a lungo utilizzato per l'insegnamento del diritto canonico nelle Facoltà ecclesiastiche, s'annida l'insidia di confondere il diritto con la legge e, a sua volta, la legge con la volontà del legislatore, obnubilando l'oggetto vero di tale scienza che è il giusto e l'ingiusto: anzi in tale deviazione potrebbe rinvenirsi la matrice, rimarca l'Autore, dell'atteggiamento antiggiuridico che si è diffuso in epoca postconciliare in alcuni circoli ecclesiali. Ma pure adottando il metodo sistematico, che l'Autore predilige, occorre cautela, poiché anche in esso, attese talune sue 'ascendenze civilistiche', potrebbe celarsi il rischio di subire l'influsso del positivismo largamente allignato nella cultura giuridica contemporanea;

esso può essere scongiurato solo, ribadisce Baura, ponendo al centro della ricerca non l'ordinamento giuridico (cfr. p. 159 ss.), non la *voluntas legislatoris*, ma lo *ius*, i principi di giustizia sottesi alla vita ecclesiale.

Forte di queste solide premesse e guidato da tali saldi intendimenti, l'Autore si addentra nella vastità della materia: senza poter qui descrivere nel dettaglio la pluralità di oggetti approfonditi che abbiamo sopra sinteticamente enumerato, ci preme far risaltare alcune connotazioni costanti della trattazione che l'arricchiscono e la rendono più eloquente ed avvincente.

Anzitutto lo sviluppo delle varie problematiche percorre non di rado una traiettoria simile: posta una definizione la si spiega e la si giustifica estesamente, introducendo eventuali tipologie e classificazioni, senza peraltro mai assolutizzarle, rinserando la realtà in rigidi compartimenti stagni, e senza «cadere in un certo "narcisismo concettuale", prodotto del mito razionalista» (p. 116); si investigano dunque tutti i risvolti, anche quelli più minuti, si registrano e si confutano quindi gli errori in cui si può incorrere adoperando appunto concettualizzazioni imprecise od equivoche, e si perviene infine ad esplicitare le ripercussioni concrete di argomentazioni apparentemente solo teoriche con una proficua esemplificazione pratica, sovente su casi controversi e delicati. Dalla tersa linearità dei discorsi, ove ogni passaggio viene accuratamente delucidato, traspare una consolidata esperienza di docenza; così come dall'inoltrarsi disinvolto nelle quotidiane vertenze con cui la canonistica deve confrontarsi, scendendo dall'«empireo» della pura speculazione, trapela – ci sembra – una frequentazione da parte dell'Autore dell'ambiente

curiale con le sue molteplici incombenze. Proprio in quest'ultima sede Baura ha modo di affrontare anche *quaestiones* oggi accesamente dibattute nella canonistica od il cui appianamento appare di speciale urgenza nella compagine ecclesiale, sunteggiandole asciuttamente ma nondimeno incisivamente. Così, per limitarci a qualche esempio, allorquando tratteggia il ruolo capitale impersonato dalla giurisprudenza, Baura indugia sulla necessità che essa venga pubblicata in maniera autentica e completa, segnalando con lucidità i gravi inconvenienti di una prassi sul punto insoddisfacente (p. 218 ss.). Del pari, nella lezione relativa alla promulgazione della legge canonica, si rimprovera la macchinosità della modalità di pubblicazione prevista (sugli *Acta Apostolicae Sedis*) e si additano le anomalie che in questi ultimi tempi hanno contrassegnato proprio la pubblicazione di alcuni provvedimenti, destando perplessità ed incertezza giuridica, formulando dunque l'augurio di una revisione al fine di meglio garantire pubblicità, ufficialità, celerità (p. 272 ss.). Altro ganglio di scottante attualità è quello afferente all'interpretazione autentica e segnatamente all'attività affidata al Pontificio Consiglio per i testi legislativi, stanti alcune palesi incoerenze tra disposizioni normative (tra l'altro in apparenza difficilmente conciliabili tra loro) e la prassi ordinariamente seguita (p. 350 ss.). Ma gli esempi si potrebbero moltiplicare. Tra l'altro l'Autore, oltre a ribattere – a volte con accenti vivacemente, ma sempre garbatamente e comunque motivatamente, polemici (ad esempio a proposito delle prelature personali: pp. 345-346) – ad opinioni dottrinali, non lesina, talora, censure all'anteriore ma altresì al vigente *Codex Iuris Canonici*, appuntandone alcune carenze

e manchevolezze redazionali (anche in correlazione con il *Codex Canonum Ecclesiarum Orientalium*, valutandone le difformità testuali; sui collegamenti tra i due cfr. p. 249 ss.): e comunque, sempre, dinanzi a deludenti opzioni giuridiche, non rispettose della giustizia, vera stella polare, Baura non si esime dal proporre suggerimenti ed auspicare mutamenti di rotta. Con ciò si comprova la fecondità dell'approccio realista che permette di 'leggere' in una luce rinnovata, appunto *sub ratione iustitiae*, tematiche tradizionali: così – anche qui solo a titolo indicativo – contestare la riduzione del diritto al diritto soggettivo non è, per l'Autore, un'esercitazione intellettuale ma mira a condannare la mentalità distorta che tale confusione ha causato con l'appendice di ingiustizie di cui la storia è testimone (p. 52); del pari «liberarsi dall'idea razionalista del diritto divino» (p. 167) è ineludibile per pervenire ad una compiuta decodificazione del sistema normativo della Chiesa; ancora, nella determinazione del soggetto passivo della legge canonica, «Il modo di risolvere gli eventuali problemi di dubbio sull'applicabilità o meno di una legge non può fermarsi in un gioco formale di logica normativa, ma deve badare soprattutto ai principi di giustizia sottostanti, quali sono l'uguaglianza dinanzi alla legge e la necessità di preservare il fine legittimo perseguito dalla legge» (p. 318).

Costellano il libro, inoltre, rapidi ma densi *excursus* storici – sulla parabola evolutiva delle fonti canonistiche, sulle mutazioni dal diritto romano e sulle interrelazioni col medesimo, e dunque sugli apporti specifici della canonistica divenuti patrimonio condiviso (ad esempio in ordine alla volontà negoziale), sul processo nomogenetico, ecc. –, ovvero si rievocano le correnti di pensiero più

significative in merito a certi nodi disputati – così, occupandosi del fenomeno della codificazione, se ne perlustrano i presupposti dottrinali ed altresì ideologici, misurandone la compatibilità con lo *ius Ecclesiae* (p. 229 ss.) –. Tali digressioni non sono oziose, ma si rivelano preziose per inquadrare meglio origine e svolgimenti della questione indagata. Va notato al riguardo che l'estrema concisione e l'elementarità di notizie, destinate principalmente ad un pubblico di studenti e non a canonisti esperti, non si risolvono mai in approssimazioni infedeli o in semplificazioni ambigue. Così, se alcune parti nelle quali si sunteggiano in poche frasi tematiche assai ostiche e complicate (come la configurazione e vigenza del principio di legalità penale) potrebbero sembrare troppo riassuntive o banali e scontentare 'palati' canonistici raffinati ed esigenti, occorre non dimenticare che, come ammoniva Francesco De Sanctis, «la semplicità è compagna della verità come la modestia è del sapere» (*Saggi critici*, Napoli, 1866). Con tratti di grande nitore l'Autore affronta in maniera sobria ed assai chiara problematiche travagliatissime, come quella dei nessi tra foro interno e foro esterno, ovvero tra diritto e morale, precetti/doveri giuridici e precetti/doveri morali, oppure ancora tra diritto e pastorale. E se la spiegazione è ovviamente assonante con il complessivo disegno ricostruttivo del lavoro, apprezzabilmente, peraltro, Baura non trascura di soffermarsi anche sulle posizioni dottrinali diverse e contrastanti con quella da lui appoggiata (ad esempio sulle tesi della scuola canonistica di Monaco di Baviera): al riguardo, se era inevitabile, per brevità e per il genere di pubblicazione, limitarsi ad una replica essenziale, si deve però lamentare incidentalmente – pur com-

prendendo le ragioni addotte da Baura (p. 11) – come fosse preferibile, nel pur scarno apparato bibliografico che segue ogni Lezione, concedere un qualche, sia pur minimo, spazio anche ad opere di rilievo riconducibili ad orientamenti differenti, rinviando ad esse lo studioso interessato (almeno di quegli Autori che sono citati nel corso dell'esposizione). Del pari forse, laddove si riportano interventi magisteriali (ad esempio allocuzioni pontificie alla Rota romana), era opportuno almeno menzionarne la data al fine di consentire un agevole reperimento al lettore.

Assai pregevoli, nel corso di tutta l'opera, i continui confronti e parallelismi con la scienza giuridica secolare e con l'«ambito civile», i quali non sono condotti per mera erudizione accademica, ma, con coscienza vigile, per cogliere suggestioni e segnatamente per stigmatizzare i fraintendimenti – e dunque le «ingiustizie» – di frequente indotti dalle categorie e dagli schemi impiegati, intrisi di formalismo e di positivismo (cfr. ad esempio le riflessioni riguardo all'invalidità dell'atto giuridico [p. 106 ss.; 286 ss.], alle lacune di legge ed alle fonti suppletive ed altresì ai «principi generali del diritto» [p. 201 ss.], ove anche acute puntualizzazioni avverso usuali distinzioni terminologiche; penetranti anche le obiezioni a certe asserzioni sul principio di irretroattività della legge [p. 297 ss.]). Anche se sommessamente rileviamo come, in alcuni casi, al di sotto di una terminologia correntemente utilizzata dai giuristi ci pare non si collochi sempre una visione normativista, né consapevole né inconsapevole, con tutte le sue implicazioni, ma solo un adeguarsi a convenzioni linguistiche pacificamente accettate ed universalmente fruite: certo è importante svelarne l'intrinseca

incongruenza laddove ciò effettivamente avvenga, e l'Autore vi si accinge con serietà e rigore, come nel paragrafo in cui si sferzano i vizi ermeneutici in cui incorrono quei canonisti, «vicini ad una concezione volontarista della legge», che restano talora ottusamente attaccati alla lettera ed al «senso delle parole», sordi al «senso della verità» nella realtà oggetto di ordinazione (p. 343 ss.).

Ed infatti, lo sforzo di individuare e denunciare, in tutte le loro proiezioni, le 'deformazioni' cagionate dal normativismo giuridico nell'interpretazione del diritto, anche e soprattutto nella canonicistica, ci sembra possa rappresentare il filo rosso che attraversa e scandisce tutte le sezioni in cui è strutturata quest'opera, connesse tra loro in una trama armonica di rimandi interni. Tanto che un osservatore superficiale potrebbe essere sconcertato dinanzi alla riproposizione e reiterazione, in ogni contesto lumeggiato, degli esiti invece derivanti da un retto 'accostamento realista' al diritto, proteso alla valenza deontica dell'essere delle cose: ma ad una ricognizione più sottile emerge come ogni ragionamento non sia sterilmente ripetitivo, ma al contrario consenta di approdare a soluzioni del tutto originali (come, per fare un solo esempio, su alcuni discussi profili della consuetudine) e comunque aggiunga una tessera nuova a quel mosaico che vede il giurista adempiere il suo alto compito di 'scoprire' la giustizia insita in ogni caso che gli si prospetta dinanzi. E se pure quest'ultimo, come assume Baura, non deve occuparsi dell'efficacia 'politica' di una legge (p. 283), nondimeno, scandagliandone le conseguenze giuridiche, finirà per giudicare se essa è utile o no al bene della società, non sottraendosi dall'avanzare proposte *de iure condendo*.

In conclusione, come speriamo sia emerso da queste poche righe, il volume di Eduardo Baura si caratterizza per una architettura potente, intimamente coesa, la quale denota una notevole capacità di sintesi che non disdegna però la penetrazione analitica e minuziosa laddove indispensabile, disegnando una panoramica a tutto tondo del diritto canonico. Se dunque la 'parte generale' dovrebbe assolvere un compito propedeutico per introdurre agli altri settori della scienza giuridica, 'astraendo' quegli elementi in tutti sussistenti e ricorrenti – sempre avendo cura di evitare le derive del dogmatismo, anch'esso portato del normativismo, che fa perdere di vista la realtà delle cose –, invero la lettura del libro, proprio attraverso l'articolazione delle questioni che vengono sviscerate, palesa come questa disciplina possa essere meglio afferrata in tutte le sue dimensioni solo quando si possieda una più matura cognizione dell'intero universo del diritto canonico. Proprio per questo consigliamo con convinzione questo volume, soprattutto a chi è persuaso che la genuina funzione del giurista (tanto, invero, nella società civile quanto nella Chiesa) sia eminentemente 'prudenziale', dovendo egli – che non deve essere meccanico applicatore, né, tanto meno, supino servitore della norma – piegarsi ad esaminare il caso concreto per rintracciare il *suum*, il diritto di ognuno (*iuris-dictio*), per svelare quelle esigenze di giustizia (naturale e dell'economia salvifica) che sono insite appunto nella realtà «la quale rimane sempre come punto fermo di riferimento» (p. 346).

GERALDINA BONI

GERALDINA BONI, *La canonizzazione dei santi combattenti nella storia della Chiesa*, Libreria Editrice Vaticana, Città del Vaticano 2012, pp. 182.

UN militare può essere canonizzato? La domanda con cui abbiamo appena introdotto la nostra recensione al libro di Geraldina Boni non indica la riconoscenza più o meno vaga dell'importanza di un personaggio. Con le parole del professore Giuseppe Dalla Torre, che scrive la prefazione a questo studio, possiamo formulare la *quaestio* in termini più concreti: un combattente può essere indicato dalla Chiesa come modello imitabile e, addirittura, da imitare (cf. p. 7)? La professoressa di giurisprudenza di Bologna offre una risposta in questo suo lavoro, pregevolmente editato dalla Libreria Editrice Vaticana.

Perché fare un'indagine sulla possibilità o, in termini più 'soft', sull'opportunità di canonizzare cristiani che si sono dedicati al mestiere delle armi? La ragione è manifestata dall'Autrice quando afferma che vuole offrire una motivazione che aiuti a rispondere a certi luoghi comuni che esistono oggi nella Chiesa, in concreto, ad «una sensibilità spiccatamente improntata al pacifismo ad ogni costo, 'fondamentalista', come si è argutamente etichettato, volto cioè al rigetto indiscriminato e tetragono di ogni conflitto armato ed all'esecrazione di ogni uomo combattente» (p. 16). Guardando tale mentalità, che non condivide, l'Autrice si domanda: «la Chiesa cattolica può ancora proporre come santo e quindi come archetipo all'imitazione dei fedeli un individuo che ha partecipato ad uno scontro armato, eventualmente uccidendo suoi simili, o costretto (si pensi alla coscrizione ed alla

mobilitazione obbligatoria) o addirittura nell'assolvimento di una professione spontaneamente scelta (militare di carriera)? Oppure questo 'suggerimento di santità' rischia di non essere compreso ed anche di essere pungentemente biasimato da chi esalta la pace ad oltranza, ripudiando in ogni caso l'uso della forza militare, e quindi condanna senza appello il soldato per scelta?» (pp. 16s). Da quanto esposto possiamo, quindi, affermare che in questo libro si articolano due grandi verità: da una parte, l'azione pacificatrice della Chiesa nel mondo e, dall'altra, la chiamata universale alla santità sancita autorevolmente dal Concilio Vaticano II nel capitolo V della Costituzione dogmatica *Lumen gentium*.

La sua risposta si articola, come indica il titolo stesso del libro, in un percorso storico e, se vogliamo precisare ancora di più, nel terreno della storia giuridica. Infatti, l'Autrice descrive così la sua intenzione: «su questa storia intendiamo intrattenerci nella convinzione che essa celi ammaestramenti non preteribili, da non disperdere ed anzi da presidiare con cura: una storia che si indagherà prestando precipua attenzione agli aspetti squisitamente giuridici, alle norme di differente tipologia che si intrecciano nello *ius Ecclesiae* per disciplinare questo settore apparentemente secondario e residuale e che invece si rivela ricco di profonde implicazioni anche per l'uomo contemporaneo» (p. 23).

La ricerca dell'Autrice si svolge in dieci capitoli. Nel primo, che funge da introduzione, si fissano i termini dell'indagine e si presentano le premesse; in quelli successivi si segna il percorso storico fino ai nostri giorni. Il capitolo 2 si occupa dei soldati nell'esercito romano e costata che sin dall'inizio esistevano opinioni diverse sulla vita militare; in

esso si offre la sistemazione dottrinale di Agostino e di Tommaso (pp. 40s) e si conferma che nel magistero non esistono pronunciamenti dottrinali né canonici che proscrivano indiscriminatamente ai fedeli di votarsi alla carriera militare (p. 42). L'Autrice finisce questo capitolo affermando che «indubbiamente in quei tempi (ed invero assai a lungo) era soprattutto da parte di chierici e monaci che veniva carburata la fucina dei santi (non senza peraltro eccezioni o comunque propensioni mutevoli a seconda delle zone e delle culture): ma che non si trattasse di un monopolio rigido lo disvelano appunto i santi militari, laici che dunque – insieme invero a molti altri che si santificarono pur ed anzi proprio gestendo le cose temporali – potevano senza remore aspirare agli onori degli altari senza nulla dismettere della propria 'secolarità'» (p. 47). Perciò, nell'opinione della Boni, l'*aequalitas inter christifideles quoad dignitatem et actionem* che è stata sancita nel secondo capitolo della Costituzione dogmatica *Lumen gentium* non è una novità in senso stretto (p. 48).

Nel terzo capitolo l'Autrice studia i santi combattenti dell'epoca tardoantica e dei primi secoli medievali, sia in Oriente che in Occidente. Poi, nel quarto, si presenta la santità dei re e dei principi, nonché dei santi vescovi *defensores civitatis*. Qui lo studio si fonda molto sul lavoro di Vauchez (*La santità nel Medioevo*). La santità di tali vescovi è caratterizzata principalmente dalle loro qualità di governo e non tanto dai loro doni e dalle loro virtù soprannaturali (p. 82). In seguito, nel capitolo quinto, si tratta delle Crociate e delle cosiddette "guerre sante", analizzando anche la figura del re Luigi IX di Francia (p. 94). Nel capitolo successivo, il sesto, l'Autrice si dedica allo studio della canonizzazione ponti-

ficia (cominciata nell'epoca medioevale) e alle ripercussioni di questa riserva pontificia delle canonizzazioni. Rileviamo che «tra il 1253 e il 1481 non fu canonizzato nessun servo di Dio morto di morte violenta» (p. 110), per cui si tratta di un'epoca in cui non si prendono tanto in considerazione i martiri. Il titolo del capitolo settimo serve quasi per sintetizzare ciò che allora capitava: "La professione militare come parentesi, provvisoria eppur rilevante, nella vita del santo" (pp. 123-128). L'indagine prosegue già in epoca moderna con il capitolo dedicato all'assistenza spirituale ai militari, cioè, la santità dei cappellani militari.

I due ultimi capitoli si dedicano alla conclusione del percorso, cercando di offrire una risposta alla domanda che presiede tutto lo studio. Il nono tratta delle perplessità sui santi 'guerrieri' nel xx secolo, per i quali sembrava esistere una quasi 'irregolarità' (termine usato dall'Autrice) per la beatificazione e canonizzazione. Si sa infatti che alcuni dei papi del secolo xx hanno manifestato di non voler beatificare o canonizzare uomini che hanno combattuto. Da questo dato alcuni hanno dedotto una sorta di irregolarità, emersa da una decisa opzione ecclesiale a favore della pace. È di notevole interesse l'analisi delle mentalità dell'epoca, degli argomenti contro la beatificazione dei militari, e la risposta della professoressa Boni alle pretese di stabilire una sorta di 'irregolarità' per i soldati: «l'irregolarità che tralaticciamente involgeva unicamente gli *ordinati in sacris*, i quali non potevano in alcun modo maneggiare le armi, finirebbe per ripercuotersi precipuamente sui militari, necessariamente non chierici, essendo deputati proprio all'uso di quelle. In qualche modo – quasi per una strana eterogenesi dei fini – con una norma sif-

fatta li si 'clericalizzerebbero': e questo proprio dopo le perentorie asserzioni del Vaticano II e del magistero ad esso susseguente circa la dignità ecclesiale del laicato» (p. 147). L'Autrice, dopo un percorso poggiato sul magistero di Giovanni Paolo II e di Benedetto XVI, conclude che «solo un'indebita contraffazione del genuino pensiero cristiano può denunciare come opposti ed incongruenti gli appelli molteplici ed instancabili dei pontefici e delle autorità ecclesiastiche alla pace ed alla concordia, al rispetto della vita ed alla protezione dei diritti umani inalienabili, da una parte, e la beatificazione o la canonizzazione di combattenti dall'altra» (p. 152).

L'ultimo capitolo, dedicato al militare, santo laico, alla luce delle acquisizioni del Concilio Vaticano II sulla vocazione universale alla santità, sviluppa ulteriormente l'argomento. Fondandosi sulla Costituzione pastorale *Gaudium et spes*, n. 79, l'Autrice ritiene che «si potrà asserire senza tema di smentite che la vita militare è stata in passato e può essere ancora 'luogo' e strumento di santità per quei laici che, dediti al servizio della patria, espletano la loro professione nelle file dell'esercito come ministri della sicurezza e della libertà dei popoli» (p. 158). La professoressa Boni prende anche in esame i testi magisteriali più recenti, sempre alla luce della chiamata universale alla santità, e cita Giovanni Paolo II, un pontefice che è anche stato Padre conciliare, il quale affermava che «la santità non come ideale teorico, ma come via da percorrere nella sequela fedele di Cristo, è un'esigenza particolarmente urgente ai nostri tempi. Oggi la gente si fida poco delle affermazioni verbali e delle dichiarazioni enfatiche, ma vuole i fatti, per cui guarda con interesse, con attenzione ed anche con ammirazione

ai testimoni. Si potrebbe dire addirittura che l'auspicata mediazione tra la Chiesa e il mondo moderno, perché veramente riesca, esige testimoni che sappiano trasfondere la perenne verità del Vangelo nella propria esistenza ed insieme ne facciano strumento di salvezza per i propri fratelli e sorelle» (p. 163).

Le ultime pagine dello studio sono dedicate alla considerazione di alcune Cause di beatificazione e canonizzazione più recenti, come quella di Francesco Faà di Bruno e Felice Prinetti, tutte e due italiani del secolo XIX, o quella del beato Carlo d'Asburgo, ultimo imperatore austriaco (cf. pp. 171-175). L'Autrice si sofferma, brevemente, sulla Causa di San Nuno de Santa Maria Álvares Pereira, comandante supremo dell'esercito portoghese prima di diventare religioso carmelitano. Citando Massimo Introvigne (cf. p. 176), l'Autrice trasmette una certa insofferenza della diplomazia spagnola nei confronti della canonizzazione di questo militare portoghese ma, da quanto ci risulta, non è esistita nessuna ostruzione indebita durante l'iter del Processo di canonizzazione nella Congregazione delle Cause dei Santi.

Il libro non ha una conclusione e, per la stesura, si può apprezzare che si tratta di un grande studio storico convenientemente corredato di corpose note in calce, e pensato per un pubblico specializzato. Forse – e qui il "forse" è d'obbligo, visto che l'Autrice non ha aggiunto una conclusione vera e propria – il lettore potrà concludere che si trova davanti a un materiale molto utile per dimostrare con fondatezza che la canonizzazione dei santi militari non solo non è in contraddizione con il richiamo alla pace di cui la Chiesa è stata portavoce durante gli ultimi cento anni ma, addirittura, è consona con la dottrina del più recente

concilio della Chiesa cattolica e con la vita della Chiesa dei primi secoli.

MIGUEL DE SALIS

LAURA DE GREGORIO (a cura di), *Le confessioni religiose nel diritto dell'Unione europea*, il Mulino, Bologna 2012, pp. 266.

IL volume curato da Laura De Gregorio raccoglie un insieme di 15 studi che illustrano, ciascuno con una differente prospettiva giuridica, lo status delle confessioni religiose nel diritto dell'Unione europea. I contributi, presentati nell'ambito del Convegno organizzato presso l'Istituto Sturzo dal Centro Studi sugli Enti Ecclesiastici (Roma, 8-9 ottobre 2010), sono preceduti dall'introduzione del Direttore del Cesen Giorgio Feliciani, da una premessa della Curatrice Laura de Gregorio e dal messaggio dell'allora Cardinale Segretario di Stato Tarcisio Bertone ai partecipanti. Nel suo complesso, il volume rappresenta «la continuazione e lo sviluppo della riflessione iniziata con il convegno, svoltosi presso l'Università Cattolica del Sacro Cuore nel maggio 1999, su 'Chiese, associazioni, comunità religiose e organizzazioni non confessionali nell'Unione europea'» (Feliciani) e pertanto si inserisce coerentemente tra gli altri della collana 'Religione e società. Studi, testi, ricerche di diritto e storia raccolti da Francesco Margiotta Broglio'.

L'*Introduzione* (pp. 7-12) di Giorgio Feliciani e la *Premessa* (pp. 13-17) di Laura De Gregorio pongono i presupposti e definiscono il perimetro giuridico della riflessione.

Il Trattato di Lisbona ha riconosciuto l'«identità e il contributo specifico» delle «chiese», delle «associazioni» e «comunità religiose» così come delle «organiz-

zazioni filosofiche e non confessionali» prevedendo di mantenere con esse «un dialogo aperto, trasparente e regolare» e impegnando l'Unione a *rispettare e a non pregiudicare* «lo status di cui godono in virtù del diritto nazionale» (art. 17 Trattato sul funzionamento dell'Unione europea-Tfue). Ciononostante, il Consiglio delle conferenze dei vescovi d'Europa ha già da tempo denunciato la «tendenziale privatizzazione e marginalizzazione dall'ambito pubblico dell'esperienza religiosa» (*Premessa*, p. 13). È poi «evidente» l'allarme «della Santa Sede» per una legislazione comunitaria potenzialmente lesiva dell'«identità dei singoli popoli europei che il cristianesimo ha contribuito a formulare, incrementando così i processi di secolarizzazione» (*Introduzione*, p. 10). Non è quindi un caso che oggi le chiese si domandino «quali spazi concreti» e «quali prospettive» vi siano per le confessioni religiose «nell'attuale contesto europeo» perché la religione «non si riduca a mero 'fatto privato', ma continui ad essere 'realtà pubblica' affrancata dai poteri dello Stato, ma non relegata al regno dell'interiorità e di un'invisibile spiritualità» (*Premessa*, p. 15). Interrogativi che devono essere più opportunamente riconsiderati nel quadro giuridico delineato dal Trattato sull'Unione Europea (Tue): il principio di attribuzione (cfr. art. 5, comma 2 Tue: «[...] l'Unione agisce esclusivamente nei limiti delle competenze che le sono attribuite [...]»), di sussidiarietà (cfr. art. 5, comma 3 Tue: «[...] nei settori che non sono di sua competenza esclusiva l'Unione interviene soltanto se gli obiettivi [...] non possono essere conseguiti in misura sufficiente dagli Stati membri [...] ma possono [...] essere conseguiti meglio a livello di Unione») e di proporzionalità (cfr. art. 5, comma 4 Tue:

«[...] il contenuto e la forma dell'azione dell'Unione si limitano a quanto necessario per il conseguimento degli obiettivi trattati»).

Cesare Mirabelli, (*'Primato» del diritto comunitario anche sulle Costituzioni?'*, pp. 23-32), rilegge l'esperienza giuridica del xx secolo alla luce della «revisione di un dogma, dell'idea di completezza dell'ordinamento». Un cambiamento dovuto a una «forma di pluralismo» che ha trovato realizzazione da un lato, nei principi di «sovranazionalità» e nella «costruzione di un impianto concettuale per la nascita [...] di un ordinamento sovranazionale in Europa» e, dall'altro, nel principio 'autonomista' e nell'«affermazione delle autonomie funzionali o autonomie sociali». Si è così determinato il passaggio dal concetto di «gerarchia delle fonti» a quello di «competenza delle fonti». Su questo rinnovato «sfondo istituzionale, giuridico e anche culturale» il principio del «primato del diritto comunitario» fondato sugli artt. 11 e 117 della Costituzione italiana, dovrebbe essere declinato nei termini più appropriati della «prevalenza». «Il primato» implica infatti «l'idea di sopra e sotto ordinazione», mentre invece «l'idea che dovrebbe affiorare è quella di complementarità». Non solo, il 'primato' del diritto sovranazionale sarebbe circoscritto alle materie di competenza comunitaria, ma «la forza delle norme derivanti dai trattati» è «quella della legge ordinaria che ad essi dà esecuzione», quindi sottoposta alle disposizioni costituzionali. Secondo Mirabelli si può dunque affermare che «il primato del diritto comunitario non è totale, perché riguarda solamente gli ambiti attribuiti [...] a quell'ordinamento, e non è assoluto, perché soffre comunque di un limite eventuale e possibile nella salvaguardia dei diritti fonda-

mentali e dei principi supremi dell'ordinamento costituzionale».

Francesco Margiotta Broglio (*'Confessioni e comunità religiose o «filosofiche» nel Trattato di Lisbona'*, pp. 33-42), denuncia invece «la campagna politica», «in corso in molti paesi Ue», «diretta a indebolire, se non eliminare, la c.d. "preminenza del diritto europeo'». Anche l'art. 17 Tfu rappresenta l'occasione perduta «di innovare la condizione giuridica di chiese e comunità religiose». «La questione religiosa» -afferma Margiotta Broglio- è stata infatti impostata «sulla falsariga dei sistemi nazionali» invece di «battere la strada, già con successo battuta, degli atti internazionali sui diritti umani. Si è così finito con l'avallare una «poco congrua parificazione tra comunità religiose e indefinibili comunità filosofiche» e per mortificare «l'originalità dell'ordinamento comunitario». È inoltre «palese» la contraddizione insita nell'art. 17 Tfu: «non appare evidente», afferma Margiotta Broglio, «quale potrà essere l'oggetto del dialogo se i commi 1 e 2 della medesima disposizione riservano [...] alle legislazioni nazionali la tradizionale materia ecclesiastica». Starà quindi alle comunità religiose «cessare di riposare sugli allori» dei «nazionalismi costituzionali» e raccogliere la sfida «del confronto positivo con una Unione europea laica, sempre più multi-etnica e pluralista». A loro volta, «gli Stati membri e la Commissione europea dovranno [...] vegliare affinché un'insensata concezione dell'indispensabile laicità dell'Unione non si trasformi in una vera e propria delegittimazione del fattore religioso».

Come Margiotta Broglio, anche Piotr Mazurkiewicz (*'Competenze dell'Unione europea in materia religiosa'*, pp. 43-48) avverte che «se da una parte l'Ue non

ha competenze nelle politiche interne in materia di religione, dall'altra la promozione dei diritti dell'uomo, tra cui il diritto alla libertà di religione, è un compito imposto alle istituzioni europee nell'ambito dei rapporti esterni». Il «dialogo» invocato dall'art. 17 Tfu è necessario procedere in primo luogo ad una definizione della «controparte», cioè le «chiese» e le «associazioni e comunità religiose». Tuttavia, nell'incertezza del dato normativo, il dialogo assume «varie forme»: dalla nomina «di un funzionario responsabile per i rapporti con le chiese e le comunità religiose»; ai «seminari di dialogo organizzati congiuntamente da Comece, Cec-Kek e Bepa»; alle «visite delle delegazioni episcopali alle istituzioni europee»; alla «nomina di uno dei vicepresidenti del Parlamento a responsabile dei rapporti con le chiese e le confessioni religiose».

Richard Puza, approfondisce il problema degli *'Effetti dell'ordinamento comunitario sullo status delle confessioni religiose nei paesi dell'Unione europea'* (pp. 49-62). Secondo Puza l'obbligo dell'Unione di rispettare lo status nazionale delle confessioni religiose, non può far «ritenere che tutte le regolamentazioni aventi valore di legge [...] sulle quali si basano i diritti delle comunità religiose siano protette dagli effetti del diritto europeo», ma neppure che tutte le «ripercussioni» delle prescrizioni comunitarie sulle chiese debbono «essere ritenute inammissibili». Tali ripercussioni si riscontrano su diversi piani giuridici: «il piano del diritto degli Stati membri, quello del diritto dei trattati e del diritto secondario, il piano dei diritti fondamentali e quello della relativa giurisprudenza». Quindi «l'«europeizzazione» del diritto ecclesiastico» avverrà: «attraverso il ruolo unificante della Corte europea

dei diritti dell'Uomo e la tutela del diritto alla libertà religiosa»; «attraverso di altri ordinamenti giuridici vicini, al fine di chiarire, ad esempio, la posizione giuridica dell'islam»; «attraverso la legislazione dell'Unione europea»; «attraverso il diritto ecclesiastico europeo».

L'analisi di Duarte Da Cunha su *'Il Consiglio delle conferenze dei vescovi d'Europa (CCEE)'* (pp. 63-68) mostra come la creazione del Consiglio delle conferenze dei vescovi d'Europa (1971) risponda ad una prospettiva di comunione ecclesiale promuovendo «i legami necessari fra le conferenze episcopali così da aiutare ognuna di esse ad affrontare meglio i problemi contemporanei». Nell'ambito specifico della pastorale e della nuova evangelizzazione le priorità del Ccee sono il «dialogo ecumenico», la «pastorale dei migranti», la «catechesi», l'«insegnamento di religione nelle scuole», il «dialogo interreligioso» e l'«islam in Europa», la «libertà religiosa», la «pastorale sociale», la «famiglia», nella «bioetica», i «rapporti Chiesa-Stato», gli «strumenti di comunicazione sociale».

Gianni Long ricorda che *'La Conferenza delle chiese europee (KEK) e l'attuazione del trattato di Lisbona'* (pp. 69-83) è un organismo che comprende chiese di tutti i paesi d'Europa «anche quelli non membri dell'Ue» sorto «nel contesto dell'Europa divisa dalla guerra fredda che aveva spezzato l'unità di chiese «sorelle» da secoli». Nell'aprile 2010, in collaborazione con la Comece, la KEK ha elaborato un documento sui soggetti e sulle procedure di attuazione del dialogo tra istituzioni politiche europee e comunità religiose dell'art. 17 Tfu. Nel luglio dello stesso anno, il *presidium* della KEK ha inoltre prodotto un secondo documento chiedendo, tra altre cose, che per le iniziative che ne modificano lo

status, le chiese siano coinvolte «sin dall'inizio nella procedura» e la nomina di «responsabili per il dialogo nelle istituzioni».

Con il presupposto del ritorno della religione nella sfera pubblica «oltre ogni proclamazione della 'morte di Dio'», lo studio di Aldo Giordano *'Confessioni religiose e Consiglio d'Europa'* (pp. 85-93), prende in considerazione il Consiglio d'Europa di Strasburgo «che con i suoi 47 paesi rappresenta la 'grande Europa'». Fondato nel 1949, il Consiglio d'Europa «è la prima organizzazione 'europea' che si è occupata del problema delle libertà individuali e collettive, private e pubbliche, di religione o convinzione». L'Autore ricorda che presso questo organismo, la Santa Sede «ha lo statuto di osservatore permanente dal 1970».

Marta Cartabia dedica le proprie riflessioni a *'I nuovi diritti'* (pp. 95-117) riconoscendo all'Europa «una posizione di avanguardia nell'ambito di questa cultura giuridica dei diritti individuali». Sono portati ad esempio il 'diritto al figlio', correlato alla pratica della fecondazione assistita, e il «diritto delle unioni omosessuali al riconoscimento giuridico di un'unione di tipo familiare. Secondo l'analisi di Marta Cartabia i 'nuovi diritti' si presentano come implicazioni del diritto alla «privacy e del principio di non discriminazione» - quindi non ancora come diritti «autonomi» e tendenzialmente «privi di limitazioni», così da sottrarsi al «bilanciamento complessivo con i vecchi diritti». Proprio qui la Cartabia intravede il rischio che, per una eterogenesi dei fini, i diritti umani, nati come «baluardo della persona umana contro le degenerazioni del potere», finiscano «anche inavvertitamente per promuovere [...] semplici interessi di alcuni gruppi più influenti».

Mauro Rivella, *'Enti e beni'* (pp. 119-128), denuncia il tentativo «ricorrente e persistente» di «mettere in discussione il modo di operare degli enti ecclesiastici, asserendo di fronte agli organi comunitari che essi godrebbero nel nostro paese di 'privilegi fiscali'». Tra le norme italiane «sotto accusa», sono indicate «l'abbattimento al 50% dell'Ires, l'esenzione dall'Ici e la presunzione assoluta di non commercialità, di cui all'art. 149, comma 4 Tuir». Con un esame dettagliato delle disposizioni richiamate, Rivella ritiene «paradossale» che il merito «indubbio» di svolgere attività socialmente utili possa alla fine penalizzare gli enti ecclesiastici e «ancora più triste» sarebbe «invocare strumentalmente l'intervento delle autorità europee, per ottenere a Bruxelles ciò che non si riesce a conseguire a Roma».

Lo studio di Andrea Perrone, *'Enti non profit e diritto dell'Unione europea'* (pp. 129-139), prende in esame la giurisprudenza della Corte di giustizia in materia di enti non profit e le sue ricadute sui diritti nazionali. Per il principio di attribuzione la competenza in materia appartiene agli Stati membri. Nondimeno, Perrone ricorda che essa deve «essere esercitata nel rispetto del diritto comunitario, osservando, in particolare, il principio di non discriminazione e la disciplina in materia di concorrenza». Applicando la disciplina della concorrenza, la Corte di giustizia ha ritenuto applicabile alla materia delle agevolazioni fiscali «il divieto di aiuti di Stato anche agli enti non profit» quando gli stessi «presentino caratteristiche tali da poter essere considerati come imprese» pur perseguendo fini «di interesse pubblico e di utilità sociale». Proprio alla luce di tale divieto si giustifica, in Italia, «la modifica introdotta alla norma sull'esenzione dell'Ici per gli immobili destinati allo svolgimento di

«attività assistenziali, previdenziali, sanitarie, didattiche, ricettive, culturali, ricreative e sportive», esenzione ora «subordinata» all'accertamento della natura non esclusivamente commerciale delle attività suddette.

Tra i *'Profili laburistici'* (pp. 141-162) del diritto ecclesiastico europeo Matteo Corti distingue «l'impatto del diritto dell'Unione europea sulle condizioni dei lavoratori appartenenti a confessioni religiose» e «l'influsso di tale diritto sui rapporti di lavoro dei dipendenti da organizzazioni confessionali». Quanto al primo profilo, Corti registra una «tendenza espansiva del diritto di uguaglianza» già nel periodo precedente il Trattato di Amsterdam e la direttiva 2000/78/Ce. Quest'ultima ha poi vietato «qualsiasi discriminazione diretta e indiretta» in ragione dell'appartenenza religiosa del lavoratore. Quanto invece al secondo profilo, attinente ai rapporti professionali con organizzazioni di tendenza cioè «organizzazioni pubbliche o private la cui etica è fondata sulla religione», l'art. 4 §2 della direttiva prevede una deroga al principio antidiscriminatorio consentendo «una differenza di trattamento basata sulla religione o sulle convinzioni personali» a condizione che le convinzioni «rappresentino un requisito essenziale, legittimo e giustificato per lo svolgimento dell'attività lavorativa».

Sul tema, molto attuale, de *'L'incidenza del diritto comunitario sulla fiscalità degli enti e delle confessioni religiose'* (pp. 163-188) Marco Miccinesi premette che «il diritto comunitario è penetrato nell'osatura degli ordinamenti fiscali nazionali per via mediata, grazie all'opera interpretativa della Corte di giustizia» che ha tradotto nella materia tributaria «i valori cardinali del mercato unico (libertà, non discriminazione, concorrenza)». Nel

tempo, la giurisprudenza della Corte e la prassi della Commissione europea hanno definito «i presupposti applicativi della disciplina sugli aiuti»: 1) «qualificazione come impresa del soggetto beneficiario» e «vocazione al mercato»; 2) «selettività delle misure finanziarie considerate»; 3) «potenziale anticoncorrenzialità» ovvero «l'attitudine degli aiuti a provocare effetti distorsivi sugli scambi e sulle condizioni di concorrenza nel mercato interno». In relazione a questi presupposti, sostiene Miccinesi, «l'attività contraddistinta da finalità religiose» è irriducibile alla nozione generica di impresa, né provoca alterazione della concorrenza. Anche «la selettività non offre sostegni certi per desumere il carattere anticomunitario delle agevolazioni fiscali agli enti religiosi». Quindi Miccinesi valuta l'insieme delle agevolazioni fiscali previste dall'ordinamento italiano in favore degli enti ecclesiastici: per concludere che nessuna di queste può considerarsi illegittimo aiuto di stato in quanto «eccentrica, illogica, sproporzionata» rispetto «allo specifico fine sociale che il legislatore ha inteso promuovere».

Nel saggio *'Matrimonio e famiglia. Limiti di competenza e profili di rilevanza dell'ordinamento comunitario'* (pp. 189-203) Venerando Marano constata che «il rigore» del principio di attribuzione dell'art. 5 TUE «risulta tuttavia 'affievolito' dall'effettività di un'esperienza giuridica» dove gli interventi dell'Unione europea, sebbene indiretti, sono sempre più numerosi e penetranti. Tra gli interventi «a carattere normativo», vengono indicati gli artt. 7 e 9 della Carta di Nizza, rispettivamente sul diritto al rispetto della propria «vita familiare» e sul «diritto a sposarsi e a costituire una famiglia [...] secondo le leggi nazionali che ne disciplinano l'esercizio». Ad avviso dell'Autore, il

rinvio alle legislazioni nazionali sembra scongiurare una «rilettura eversiva» del tradizionale modello matrimoniale eterosessuale. Vi sono poi interventi «giuridicamente non vincolanti», come le risoluzioni del Parlamento europeo «sulla parità dei diritti per gli omosessuali» le quali invece rivelano «il rischio di una forzatura interpretativa» che «potrebbe comportare un 'aggiramento' dei limiti di competenza del legislatore comunitario». Del resto, osserva Marano, forti aperture verso le coppie omosessuali hanno dimostrato anche «recenti indirizzi giurisprudenziali» delle Corti europee. In ultima analisi, conclude Marano, «la recente evoluzione dell'ordinamento comunitario in materia di matrimonio e famiglia può essere compendiatanellaformulaantinomicaincompetenza formale / incidenza sostanziale».

Le riflessioni di Carlo Cardia su *'Il problema della scuola'* (pp. 205-244) si sviluppano attraverso «i due grandi temi tradizionali del rapporto che intercorre tra religione e scuola, quello del pluralismo scolastico e l'altro dell'insegnamento religioso nella scuola pubblica». Cardia riscontra una «diversità europea» nell'«influenza» incombente sulla «storia dell'istruzione» di «due principi contrastanti»: il principio liberale classico del nord Europa «favorevole alla libertà della scuola» e il principio laico dei paesi latini «ostile alle scuole private soprattutto se confessionali (e cattoliche)». «Rispetto a questo sviluppo contrastato» una prima svolta è rappresentata dall'elaborazione delle carte internazionali dei diritti umani, e una seconda, dai trattati e dalle convenzioni europee. Le «scuole europee» inizialmente finalizzate «all'istruzione dei figli di appartenenti al personale delle Comunità europee» sono valorizzate come «primo esempio

di scuola plurilingue multiculturale». Quanto invece al tema dell'insegnamento religioso nelle scuole pubbliche Cardia registra tre tendenze: 1) «la novità più rilevante consiste certamente nella reintroduzione dell'insegnamento religioso in quasi tutti i paesi *ex-comunisti*»; 2) in altri ordinamenti, la previsione dell'insegnamento religioso «in alternativa obbligatoria» con un corso di etica o filosofia; 3) la tendenza a «trasformare l'insegnamento religioso in un modulo pluriconfessionale con priorità alla tradizione cristiana». Nel complesso «la tendenza europea generale» è «di carattere conservativo», ma «si apre al pluralismo confessionale».

Manlio Frigo (*'Beni culturali e diritto dell'Unione europea'*, pp. 245-265) ritiene «sostanzialmente impregiudicate le prerogative degli Stati membri» in ordine alla nozione e alla protezione dei beni culturali. D'altra parte, rileva Frigo, «l'espressione 'bene culturale' non compare in alcuna disposizione dei trattati» che si occupano «esclusivamente dei beni culturali mobili» e «prevalentemente in modo indiretto». Molto utile è quindi l'art. 4 della Convenzione Unesco 2005 che parla di beni o servizi che «incarnano o trasmettono delle espressioni culturali indipendentemente dal loro valore commerciale». Il Codice italiano dei beni culturali afferma (art. 64-bis) che «con riferimento al regime della circolazione internazionale, i beni costituenti il patrimonio culturale non sono assimilabili a merci». Nel Codice si parla anche di «beni culturali di interesse religioso appartenenti ad enti e istituzioni della Chiesa cattolica o di altre confessioni religiose». Per la disciplina, il Codice (art. 9) dispone l'osservanza «delle leggi applicabili e delle intese concluse con la chiesa cattolica e le altre confessioni re-

ligiose». «Anche i beni culturali di interesse religioso» conclude Frigo, «devono considerarsi soggetti all'applicazione delle norme [...] dell'Unione europea in materia di circolazione dei beni culturali» e «in caso di contrasto tra norma nazionale e diritto dell'Unione europea» il «principio del primato (o preminenza) del diritto comunitario» è un principio «ormai pacifico».

Come molti dei contributi che raccoglie, l'opera curata da Laura de Gregorio si colloca, nel suo complesso, in un orizzonte culturale, politico e giuridico che va ben oltre la ricostruzione dello *status* giuridico delle confessioni religiose nel diritto dell'Unione europea. Del resto non potrebbe essere diversamente se, come osservano tutti o quasi tutti gli Autori, le competenze dell'Unione europea negli ambiti giuridici esaminati è ancora molto limitata. Il volume presenta infatti almeno altri due livelli di lettura. Il primo dei quali è la narrazione del processo di costruzione europea attraverso l'analisi dell'evoluzione della disciplina sovranazionale delle realtà confessionali in rapporto alle rivendicazioni e alle resistenze degli ordinamenti nazionali sovrani. Il secondo è l'interpretazione degli equilibri tra Europa politica ed Europa religiosa, cattolica in particolare, e delle loro proiezioni future.

GABRIELE FATTORI

OMBRETTA FUMAGALLI CARULLI, *Matrimonio ed enti tra libertà religiosa e intervento della Stato. Con un saggio di Alessandro Perego*, Vita e Pensiero, Milano 2012, pp. 304.

IL titolo, oltre a mettere in evidenza l'oggetto materiale e formale dell'opera, permette anche di coglierne l'attualità; il

matrimonio religioso riconosciuto civilmente e gli enti ecclesiastici sono infatti, nell'odierno contesto italiano, le due *res mixtae* che – a fronte di una normazione apparentemente priva di punti controversi – prestano maggiormente il fianco a critiche, resistenze e “ritorni al passato” (spesso enfatizzati e perseguiti anche da una creativa giurisprudenza statale), di cui spesso si percepisce un'eco anche nel più ampio dibattito pubblico, con le conseguenti (e purtroppo inevitabili) semplificazioni giornalistiche. Si pensi, per esempio, ad alcuni recenti casi di mancata delibazione di sentenze dichiarative della nullità matrimoniale ovvero al dibattito sul trattamento tributario da riservarsi agli enti ecclesiastici. Ciò che è in gioco non è solo la libertà istituzionale dello Stato da una parte e della Chiesa dall'altra (entrambe le libertà protette dall'art. 7 Cost.) ma, in ultima analisi (soprattutto in ambito matrimoniale), la libertà religiosa del cittadino-fedele, anch'essa garantita costituzionalmente. L'opera che presentiamo si muove dunque in quest'ottica: verificare in concreto come si intreccino queste libertà nei due settori individuati, ricercando i nessi – a volte pacifici, a volte segnati da tensioni e criticità – tra il diritto ecclesiastico statale e il diritto delle confessioni (anzitutto il diritto proprio della Chiesa cattolica), assumendo come punto prospettico la libertà religiosa di ogni cittadino.

L'opera, come si sottolinea nella premessa, si rivolge anzitutto agli studenti universitari, ma si segnala anche ad un più vasto pubblico, specialistico e meno specialistico; il primo avrà modo di confrontarsi con approfondimenti e ragionate prese di posizione, con le quali l'Autrice entra nel vivo del dibattito mai sopito tra i cultori della materia (si pensi al tema della riserva di giurisdizione ec-

clesiastica); il secondo, agevolato dalla consueta chiarezza espositiva dell'Autrice, potrà scoprire le radici giuridiche e politiche dei due istituti spesso sottoposti all'attenzione dell'opinione pubblica.

Il libro si apre con un ampio e articolato saggio intitolato "Il matrimonio religioso nel crocevia delle libertà" che occupa circa metà volume. Vengono poi ripubblicati due brevi saggi: il primo – "Il diritto di associazione nella Chiesa" – è la traduzione italiana della relazione tenuta al Simposio Internazionale di Pamplona del 4 novembre 2009; il secondo – "Enti e beni: principi e fonti del diritto canonico" – riproduce la relazione di apertura al Corso di formazione su "Gestione, amministrazione e controllo degli enti ecclesiastici" organizzato presso l'Università Cattolica del Sacro Cuore nell'anno 2005. Questi due saggi – nei quali per sommi capi si presentano sul piano fondativo-ecclesiologico alcuni dei valori in gioco in materia di enti ecclesiastici (la libertà di associazione nella Chiesa, il diritto nativo di possedere beni per conseguire i fini suoi propri) – costituiscono un'utile premessa allo studio posto in appendice, dal titolo "Gli enti ecclesiastici tra dato normativo e diritto vivente", scritto da Alessandro Perego, collaboratore dell'Autrice e dottorando in Giurisprudenza presso l'Università degli Studi di Padova.

Finalità del primo saggio – cui dedicheremo maggiore spazio in questa recensione – è studiare come il matrimonio, nato nell'ordinamento di una confessione religiosa, assuma rilevanza nell'ordinamento dello Stato. L'esame, svolto nei primi capitoli, dell'evoluzione storica, giuridica e politica dell'istituto fino alla normativa vigente permette di cogliere il passaggio dall'esclusivismo giuridico statale dell'età liberale (in cui viveva l'obbligo del matrimonio civile,

mentre quello religioso era relegato a mero fatto privato) all'ampio riconoscimento della libertà religiosa del fedele, al quale – stabilisce il Concordato lateranense – è permesso di sposarsi davanti al ministro cattolico, garantendo al matrimonio così celebrato l'efficacia civile mediante la trascrizione. Pari libertà viene poi riconosciuta ai fedeli delle altre confessioni – seppur limitatamente alla sola scelta del rito religioso (mentre il regime sostanziale è quello del matrimonio civile) – nella Legge n. 1159/1929 sui culti ammessi e nelle successive Intese firmate a norma dell'art. 8 Cost. L'Autrice evidenzia come il sostanziale automatismo originariamente previsto dal Legislatore concordatario, che prevedeva una mera presa d'atto formale da parte dello Stato sia in sede di trascrizione del matrimonio religioso che in sede di deliberazione della sentenza di nullità, viene gradualmente eroso per via dottrinale e giurisprudenziale. È in particolare la Corte Costituzionale a partire dagli anni '70 che ridimensiona lo spazio di libertà matrimoniale del fedele ed introduce un *vulnus* di non poco conto nell'architettura concordataria nel momento in cui, ritenendo legittima l'estensione del divorzio ai matrimoni concordatari, colloca l'indissolubilità, che per la Chiesa è proprietà essenziale del matrimonio, tra i suoi effetti civili passibili di cessazione.

Questa tendenza ad un graduale (ma sembra fin'ora inesorabile) recupero di sovranità statale in materia di matrimonio concordatario, a discapito della libertà del fedele sulla base di un'errata concezione di laicità, emerge anche allo studio della disciplina vigente, condotto nei capitoli successivi del saggio. Ciò è particolarmente evidente in tema di deliberazione: pur restando fermo il divieto di

riesame nel merito (esplicitamente previsto dal Protocollo Addizionale all'Accordo di revisione concordataria del 1984), il controllo della Corte di appello sul rispetto dell'ordine pubblico sostanziale si fa gradualmente più pervasivo. L'indeterminatezza semantica dell'espressione "ordine pubblico" e la poca attenzione alla «specificità dell'ordinamento canonico» (al quale pure ci si riferisce nel citato Protocollo) hanno condotto via via ad un numero sempre maggiore di casi in cui la delibazione viene negata; esempio emblematico è la nota sentenza 20 gennaio 2011 n. 1343 della sez. I Cass. che ha ritenuto non delibabile la sentenza di nullità intervenuta dopo una ventennale convivenza. La Fumagalli Carulli sottopone a serrata critica la sentenza, evidenziando come, con questo ragionamento, si finirebbe per introdurre il matrimonio di fatto, facendo dipendere il persistere degli effetti giuridici del rapporto coniugale dal mero fatto della (più o meno lunga) convivenza e non dall'esistenza di un matrimonio valido nell'ordinamento in cui era sorto. Di fronte a queste tendenze restrittive avallate da diverse Corti d'appello, ciò che l'Autrice auspica è un chiarimento in sede bilaterale volto a chiarire in cosa consista quella «specificità dell'ordinamento canonico» che deve agire da principio-guida nel procedimento di delibazione.

Prima di esaminare nell'ultimo capitolo il matrimonio degli acattolici, lo studio della disciplina concordataria vigente si conclude con l'analisi di tre silenzi presenti nell'art. 8 dell'Accordo di revisione concordataria – circa la trascrizione ritardata, la trascrizione *post mortem* e la riserva di giurisdizione – sull'interpretazione dei quali vi sono contrasti. L'ultimo silenzio appare certamente quello più problematico: a partire da esso infat-

ti, parte della dottrina e della giurisprudenza, sottolineando che il nuovo Accordo tace sulla riserva di giurisdizione (esplicitamente prevista invece nell'art. 34 del Concordato lateranense che riservava le cause di nullità matrimoniali ai tribunali della Chiesa), conclude per il venir meno dell'esclusività della giurisdizione canonica. In realtà già prima della revisione concordataria non erano mancate voci che avevano addirittura inteso denunciare l'incostituzionalità di tale riserva. La soluzione della controversia, sottolinea l'Autrice, va ricercata alla luce del c.d. "logico corollario", lucidamente esposto nella sentenza della Corte costituzionale n. 18/1982 (che dichiarò legittima la riserva di giurisdizione) e ribadito in un'altra sentenza (la n. 421/1993), posteriore all'Accordo di revisione concordataria: secondo tale corollario, se il negozio matrimoniale nasce nell'ordinamento canonico che ne regola la validità secondo proprie norme, allora è logicamente coerente che a giudicare della sua validità sia il giudice ecclesiastico. Tra l'altro, nota l'Autrice, la tesi che sostiene la fine della riserva conduce ad effetti assurdi se si esamina il problema relativo a quale legge sostanziale il giudice italiano dovrebbe applicare, se quella canonica o quella civile. Nel primo caso, applicando la normativa canonica, egli si troverebbe a giudicare dell'esistenza di un sacramento; nel secondo caso, applicando la legge civile, si valuterebbe un negozio secondo norme diverse rispetto a quelle in base alle quali lo stesso ha avuto origine.

Il secondo saggio, molto più breve, approfondisce sinteticamente il diritto di associazione nella Chiesa, riconosciuto come diritto proprio di ogni fedele dal can. 215. Il suo fondamento è da rinvenire non solo sul piano antropologico (a

partire dalla natura sociale dell'uomo), ma più in profondità sul piano ecclesio-logico, alla luce della rinnovata visione proposta dal Vaticano II della Chiesa-Popolo di Dio. Le forme associative diventano dunque espressione e segno della comunione che vige nella Chiesa di Cristo. Come logica conseguenza, tale diritto deve necessariamente essere esercitato in conformità allo spirito e alle finalità della comunione ecclesiale. L'Autrice segnala poi alcune tensioni che meritano maggiore approfondimento, la prima proviene dal proliferare dei movimenti ecclesiali laicali che pone nuove domande sia sul piano pastorale che del diritto, in relazione ad esempio alla verifica dei criteri di ecclesialità e al rapporto da ridefinire tra movimenti e parrocchie. L'altra tensione, più antica e sempre presente, è tra autorità (che non deve trasformarsi in invadenza) e libertà (che non deve degenerare in anarchia). È necessario dunque un corretto bilanciamento tra i diritti-doveri della gerarchia e dei fedeli, nell'ottica della corresponsabilità e del dovere primario di conservare sempre, nel proprio agire, la comunione con la Chiesa (can. 209 § 1).

Nel terzo breve saggio si presentano rapidamente i principi e le fonti normative canoniche relative alle persone giuridiche pubbliche e private nella Chiesa e ai beni ecclesiastici. Il saggio può essere considerato propedeutico alla lettura dello studio, molto più ampio, di Alessandro Perego che chiude il volume. Dopo aver delineato l'identità dell'ente nel suo ordinamento di origine, l'Autore identifica lo speciale regime giuridico degli enti ecclesiastici civilmente riconosciuti, a partire dalle fonti normative concordatarie che ne definiscono il contenuto. Viene poi ripercorso l'iter attraverso il quale un ente ecclesiastico viene

riconosciuto nell'ordinamento statale; momento particolarmente importante (e, per alcuni aspetti, critico) è la verifica del fine di religione o di culto, presupposto fondamentale per il riconoscimento. Circa la natura giuridica degli enti ecclesiastici civilmente riconosciuti, l'Autore riprende e condivide la dottrina di Giuseppe Dossetti, secondo la quale essi costituiscono un *tertium genus* non essendo assimilabili né alle persone pubbliche né a quelle private, pur essendoci diverse affinità con queste ultime. Segue un ultimo capitolo dedicato agli enti delle confessioni diverse dalla cattolica.

Concludendo, i saggi pubblicati nel volume mostrano, nei due ambiti del matrimonio e degli enti ecclesiastici, i punti fermi ormai acquisiti ma anche le tensioni ancora presenti nel lungo cammino che ha come meta il pieno riconoscimento da parte dello Stato della libertà religiosa del fedele. Procedere in questo cammino, osserva la Fumagalli Carulli, richiede un concetto di "laicità collaborativa" (già per altro riconosciuto nell'art. 1 dell'Accordo di revisione concordataria), che costituisce il fondamento di quel "buon governo" di cui è allegoria il celebre affresco del Lorenzetti posto in copertina.

FRANCESCO CATOZZELLA

ANNA GIANFREDA, *Diritto penale e religione tra modelli nazionali e giurisprudenza di Strasburgo (Italia, Regno Unito e Francia)*, Università Cattolica del Sacro Cuore – Sede di Piacenza – Coll. del Dipartimento di Scienze Giuridiche, 7, Giuffrè, Milano 2012, pp. xvi-324.

IL volume che mi accingo a presentare rappresenta il lavoro dottorale, notevol-

mente ampliato, della Dott.ssa A. Gianfreda dell'Università Cattolica del Sacro Cuore, la quale prende in esame le legislazioni di Italia, Regno Unito e Francia con riferimento alla tutela penale del fenomeno religioso. La scelta di questi tre modelli, molto differenti tra loro da molteplici punti di vista, è dettata dal fatto che essi, proprio per la loro diversità, rappresentano tre "casi scuola" utili a comprendere compiutamente le diverse modalità di tutela penalistica del fenomeno religioso. Chiarisco subito uno dei temi centrali del volume, per fare meglio comprendere al lettore il contenuto complessivo dell'opera: il lavoro intende analizzare le diverse legislazioni penali nazionali in tema di tutela *della* religione da un lato e dall'altro di tutela *dalla* religione. Con il primo tipo di norme, quelle di tutela *della* religione, l'A. intende tutte quelle norme che hanno la specifica funzione di tutelare penalmente le differenti istituzioni religiose ed i contenuti di fede delle diverse religioni. Con il secondo tipo di norme, quelle di tutela *dalla* religione, si intendono, invece, tutte quelle norme di più recente emanazione, che hanno lo scopo di tutelare il c.d. diritto alla diversità che potrebbe essere leso da condotte ideologicamente o religiosamente motivate (cfr. p. XIII).

Fatta questa necessaria premessa iniziale, possiamo quindi passare all'analisi del contenuto del presente volume, il quale è suddiviso in tre parti: la prima, dedicata all'analisi comparatistica dei differenti modelli nazionali di tutela penale *della* religione e del loro parziale superamento; la seconda, che analizza i rapporti intercorrenti tra la giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo [=CEDU] e le singole legislazioni nazionali degli Stati presi in esame; la terza, dedicata alla tutela penale

dalla religione ed ai possibili sviluppi in chiave europea di una tutela siffatta.

Il primo capitolo parte quindi con una sintetica descrizione storico-giuridica dell'evoluzione della tutela penale del fenomeno religioso nei tre diversi ordinamenti giuridici, fino ad arrivare alla attuale crisi dei tradizionali modelli di tutela giuridica del fenomeno religioso, dettata, secondo l'A., dalla nuova sensibilità per la tutela dei diritti umani. Si passa quindi all'analisi delle principali fattispecie aventi ad oggetto la tutela penale *della* religione nei tre differenti ordinamenti: in Italia i reati di vilipendio e bestemmia; la *blasphemy offence* in Regno Unito; l'*injure* e la *diffamation* nell'ordinamento francese.

Il passo successivo è rappresentato dalla evoluzione dei tre differenti modelli giuridici di riferimento, nel tentativo di un superamento dei modelli di tutela tradizionale e in direzione di un modello di tutela più attento a quella che è stata la riflessione sui diritti umani e sul principio di eguaglianza e laicità. In Italia l'entrata in vigore della L. 85/2006, che ha modificato il codice penale in materia di reati di opinione, estendendo la tutela penale del sentimento religioso a tutte le confessioni religiose. In Gran Bretagna l'abrogazione della *blasphemy offence*, con conseguente estensione della tutela a tutte le confessioni e superamento della relazione tra offesa e contenuti della fede oggetto dell'offesa. In Francia la lettura giurisprudenziale dei reati di *injure* e *diffamation* nell'ottica di una specifica visione di laicità dello Stato, non priva, tuttavia, di contraddizioni. Il capitolo si chiude con una breve disamina relativa ai nuovi ambiti di applicazione delle norme penali in materia di tutela della religione: i *media* e lo *sport*.

Il secondo capitolo analizza il rapporto intercorrente tra la CEDU ed i modelli nazionali esaminati nel primo capitolo. Tale analisi è svolta seguendo alcune fondamentali sentenze pronunciate dalla CEDU sul tema, ed offre al lettore una ottima occasione per ripercorrere alcuni casi trattati dalla Corte, che spesso hanno suscitato notevole interesse anche da parte dell'opinione pubblica europea. L'A. si destreggia alla perfezione tra le varie pronunce, offrendo una lettura sistematica della giurisprudenza della Corte che, nel tempo, non sempre è stata lineare. Si percepiscono con grande chiarezza le molte problematiche sollevate dal fenomeno religioso e dalla necessità di una tutela penale di esso a livello europeo, il cui nodo centrale rimane quello dei limiti e del difficile equilibrio tra tutela del sentimento religioso (di singoli come di gruppi) e tutela della libertà di espressione. L'analisi della giurisprudenza della CEDU fa emergere la difficoltà di individuare "un sistema europeo di tutela penale della religione" per cui la Corte "più che elaborare un proprio modello europeo abbia oscillato periodicamente nell'adesione ai singoli modelli nazionali, traendo da essi gli spunti interpretativi di volta in volta più utili a dirimere nel concreto le questioni conflittuali" (p. 141); l'A. offre successivamente una efficace sintesi delle posizioni assunte dalla Corte nel corso del tempo, proprio per evidenziare tale difficoltà. Accanto alla analisi giurisprudenziale, un ricco apparato di note dà conto anche del dibattito dottrinale introno ai temi di volta in volta sottoposti all'esame della CEDU.

Infine, nel terzo capitolo, preso atto di tale mancata unitarietà in merito alla tutela penale della religione, l'A. si interroga circa un possibile modello europeo di

tutela penale dalla religione. In questo senso si passa dallo studio delle fattispecie criminose su ricordate, a quella affatto differente di odio religioso. Anche in questo caso viene seguito lo schema proprio della precedente trattazione: l'analisi della specifica normativa penale nei tre diversi paesi e la tutela offerta dalla CEDU. In questo caso la fattispecie esaminata si intreccia inevitabilmente con quella analoga di odio razziale: l'A. delinea con chiarezza i confini tra le due fattispecie e coglie le similitudini tra i due differenti reati, spesse volte nel caso concreto concorrenti fra loro.

Come acutamente evidenziato dall'A., al termine della sua disamina, "se... nelle pronunce sulla tutela penale della religione, il ricorso al "diritto straniero" degli Stati membri della Convenzione serviva al riconoscimento del margine di apprezzamento nazionale, nelle sentenze sulla tutela penale dalla religione esso rappresenta la base di partenza per una lettura autonoma, ma calata nella realtà nazionale, delle circostanze di fatto e di diritto attinenti alla vicenda controversa" (p. 291). Tale considerazione, tuttavia, non porta ancora a poter affermare l'esistenza di un modello europeo unitario di tutela penale dalla religione, sebbene nel secondo caso è innegabile una maggiore unitarietà giurisprudenziale da parte della CEDU.

Il volume si conclude con alcune considerazioni in merito alle possibili alternative alla tutela penalistica in ordine alla gestione dei conflitti legati all'intolleranza religiosa, che rappresentano una inevitabile conseguenza delle società pluraliste quale è quella europea oggi.

Penso di fare un sincero complimento all'A. del presente volume se dico che la lettura di alcune parti del Suo lavoro, mi ha quasi fatto dimenticare che si tratta-

va di un testo giuridico, a motivo della piacevole prosa utilizzata in grado di far rivivere tutta la vivacità di certi dibattiti pubblici relativi alle tematiche oggetto del lavoro.

COSTANTINO-M. FABRIS

ALEJANDRO GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ (COORD.), *El Ius Commune y la formación de las instituciones de Derecho Público*, Tirant lo Blanch, Valencia 2012, pp. 262.

“IL diritto comune non è e non può essere la prosecuzione in terreno medievale dell’antico diritto romano: perché il suo contenuto sono i fatti del tempo medievale, che grazie ai tramiti della consuetudine e dell’equità divengono fonte anche formale. Ed è per questo che ‘glossatori’ e ‘commentatori’ sono sostanzialmente assai poco glossatori e commentatori; sono assai poco dei romanisti e il diritto comune è assai poco diritto romano ammodernato. Il diritto comune è insomma un grande fatto di civiltà medievale, forse il più grande; in questa civiltà va collocato, in questa va capito” (P. GROSSI, *L’ordine giuridico medievale* [Roma 2006] 228). Quest’affermazione fondamentale del Grossi si completa -anche nello stesso autore e in tanti altri - con quella che ribadisce l’influsso del diritto canonico nella formazione di questo *ius commune*.

Bisogna, però dire che, questo influsso del diritto canonico non deve ritenersi limitato soltanto all’utilizzo delle sue fonti proprie (il *Corpus Iuris Canonici* principalmente [cf. *Ibid.* 227]), ma deve essere riferito anche allo sviluppo d’istituzioni civili il cui assetto specifico è unicamente comprensibile alla luce delle istituzioni ecclesiastiche regolate nel

diritto canonico. Il contributo che si presenta in questo libro curato da Alejandro González-Varas si muove principalmente in questa linea di riflessione sui fondamenti canonici di alcune istituzioni tipicamente medievali.

Prima di fare un breve commento sui contenuti del libro è giusto apprezzare una pubblicazione con queste caratteristiche nell’ambito universitario spagnolo, dove l’interesse per la storia giuridica medievale è assai povero se paragonato con quello di altri paesi europei, nonostante gli sforzi di Aquilino Iglesias e Alfonso Castro con le due eccellenti riviste che dirigono (*Initium* e *Anneus* rispettivamente).

Gli otto capitoli del libro sono frutto di uno studio promosso dalla *Asociación Interdisciplinar de Derecho Público*, e possono dividersi in due gruppi principali.

Il primo sarebbe composto da quelli che studiano singole istituzioni civili medievali per sottolineare la loro dipendenza originaria su aspetti concreti della legislazione o la scienza canonica. Così quello di María José Roca sul Tribunale Superiore del Sacro Impero, quello di Alejandro González-Varas sulle *Cortes de Castilla* o quello di María del Mar Martín sulla condizione giuridica della donna nella Spagna medievale. Questi tre studi adoperano una metodologia tendenzialmente comparativa fra il diritto canonico e le attuazioni civili per poi stabilire il nesso di dipendenza.

Gli altri studi sono di natura prevalentemente descrittiva, sia di processi storici (come l’influsso del diritto canonico sul *Common Law*, di Zoila Combalía), sia di questioni propriamente canoniche (i principi che ispirano il governo collegiale [Andrea Bettetini], l’evoluzione e organizzazione del patrimonio ecclesiastico [Santiago Bueno], il rapporto

fra processo canonico e verità [Faustino Martínez]), sia infine del cambiamento di paradigma realizzatosi nei secoli XVIII e XIX con la codificazione (Paloma Durán).

Nessuno degli autori è propriamente uno storico, ma si tratta di docenti consapevoli dell'interesse della storia per la corretta comprensione di qualsiasi branca della scienza giuridica. In questo senso lo sforzo da loro compiuto deve valutarsi come una prima analisi delle questioni presentate, ancora suscettibili di ulteriori approfondimenti.

Non resta che augurare che gli studi sulla storia del diritto medievale, e quindi, sul diritto comune e sull'influsso del diritto canonico nella formazione delle istituzioni giuridiche europee, continuino a farsi strada in Spagna, seguendo questo passo iniziale compiuto nell'opera appena descritta.

NICOLÁS ÁLVAREZ
DE LAS ASTURIAS

DOMINIQUE LE TOURNEAU, *La dimension juridique du sacré*, Wilson et Lafleur, Montréal 2012, pp. 450.

DOPO la pubblicazione dell'opera *diritti e doveri fondamentali dei fedeli e dei laici nella Chiesa*, in cui l'argomento è analizzato alla luce degli insegnamenti del Concilio Vaticano II e del realismo giuridico proposto da Javier Hervada, l'autore pubblica ora nella medesima prospettiva uno studio sulla dimensione giuridica del sacro. Questo include non solo i sacramenti, ma anche tutti i beni salvifici, in particolare i sacramentali, la liturgia delle ore, i funerali, gli edifici sacri, la musica sacra, i luoghi e gli oggetti sacri che vengono analizzati dall'autore attraverso il prisma della loro dimensione giuridica, cioè come cose dovute in

giustizia nella Chiesa, rilevando in tutto il libro le numerose implicazioni pastorali.

L'Autore fornisce gli elementi fondamentali per superare il rigorismo rubricistico che ha caratterizzato il periodo antecedente il Concilio. Si propone l'obiettivo di ritrovare una concezione metafisica del diritto e il suo vero significato, esulando così da una "concezione normativa stretta". Soprattutto, l'Autore si propone di superare una mentalità positivista e di fornire una visione più positiva e aperta della liturgia. Propone una alternativa al positivismo, fondata sul realismo giuridico di Hervada. Analizza i sacramenti e i sacramentali come *res iustae*, vale a dire un bene dovuto in una relazione tra due soggetti che si incontrano in un rapporto di complementarità. In questo senso, la dimensione giuridica della liturgia non si presenta come un insieme di norme che regolano il culto pubblico, ma consiste nell'insieme dei beni dovuti nella Chiesa.

L'impostazione giuridica, proposta da Hervada nel suo articolo *le radici sacramentali del diritto canonico*, è il fondamento teorico per spiegare come i sacramenti e le altre cose sacre possano essere considerati beni giuridici: la grazia, che è un dono gratuito di Dio, diventa un bene dovuto in giustizia da parte del depositario della grazia, vale a dire la Chiesa, quando si "materializza" nei suoi canali, e in particolare nei sacramenti, che agiscono *ex opere operato* per i meriti oggettivi di Cristo. In un certo modo, è perché la realtà spirituale si "materializza" che esiste un vero diritto nella Chiesa. Così, la grazia può essere ripartita e può diventare *res iusta*. Questo è un bene che può essere conferito solo attraverso le mani del sacerdote.

Così “materializzata”, la grazia è data per mezzo dei sacramenti, mezzi salvifici lasciati in eredità da Cristo alla Chiesa affinché tutti i fedeli possano riceverli per trarne i frutti di salvezza.

Questi costituiscono beni giuridici in due modi: in primo luogo, producono effetti giuridici che comportano diritti e obblighi (ciò che l'Autore ha esposto ampiamente nella sua monografia *diritti e doveri fondamentali dei fedeli e dei laici nella Chiesa*); in secondo luogo, costituiscono oggetto di rapporti giuridici, essendo “ciò che appartiene a qualcuno come *sum*, il “suo”, e che deve essere conferito o corrisposto da qualcun altro”. Ora, in questo libro, l'Autore analizza la seconda dimensione, in relazione ai rapporti di giustizia che sussistono tra coloro che agiscono in nome di Cristo nelle azioni sacre e coloro che necessitano dei sacramenti per inserirsi nella Chiesa o per sviluppare la propria vocazione all'interno del popolo di Dio. Tiene conto del fatto che le azioni liturgiche richiedono la partecipazione dei fedeli. Questa realtà non deve intendersi come una sorta di concessione da parte della gerarchia, ma concretamente deve considerarsi come l'esercizio di un diritto, in modo che i laici possono chiedere i sacramenti ai loro ministri come un vero diritto. Queste *res iustae* costituiscono dei diritti di tutti i fedeli senza eccezione, a causa della fondamentale uguaglianza che sussiste tra tutti i membri della Chiesa in virtù del loro battesimo.

Egli spiega come questo rapporto di giustizia non si stabilisce tra Dio e l'uomo, ma tra coloro che hanno il deposito dei beni salvifici, vale a dire principalmente i ministri sacri che fanno parte della gerarchia ecclesiastica, e dall'altra parte i fedeli destinatari dei beni salvifici. Tuttavia, non si tratta propriamente

di un diritto al sacramento, ma di un diritto all'aiuto dei ministri che amministrano i sacramenti.

Il libro è diviso in tre parti. Una prima parte, storica, permette di situare la riforma conciliare nel suo contesto al fine di valorizzare meglio le sue innovazioni, e quindi superare l'ermeneutica della discontinuità nell'interpretazione e nell'applicazione del Concilio Vaticano II. Si tratta sinteticamente della formazione delle norme liturgiche dall'inizio della Chiesa, fino ad arrivare al Concilio e alla riforma liturgica successiva.

Una seconda parte è interamente dedicata al rapporto tra la dimensione giuridica del sacro e il diritto canonico. Vi è soprattutto spiegato il valore della norma liturgica e l'applicazione del realismo giuridico nell'ambito del “sacro”.

Dopo avere collocato la liturgia nel suo contesto storico e metodologico, l'Autore prosegue la sua analisi e dedica una terza parte allo studio sistematico dei diritti e dei doveri dei fedeli in materia liturgica. Tuttavia, non sofferma la sua attenzione sui requisiti di validità, liceità e fruttuosità dei sacramenti (che considera come già noti al lettore), ma mostra e analizza come ogni sacramento sia *res iusta* nella Chiesa. Situa così, ogni sacramento in una prospettiva di giustizia e richiama l'attenzione su alcune problematiche attuali: il diritto dei bambini al battesimo, la partecipazione delle donne al servizio dell'altare, la comunione dei divorziati risposati, la sede della confessione, “l'ordinazione” delle donne, ecc. mostrando quindi le implicazioni pastorali. Lo studio si conclude con un capitolo dedicato alla sacramentalità della Chiesa.

Questa prospettiva realistica dei sacramenti permette non solo di superare

il normativismo liturgico che ha preceduto il Concilio Vaticano II, ma anche il fenomeno dell'anti-legalismo, che negli anni successivi il Concilio, ha contrapposto più volte il diritto alla carità nella Chiesa. Lo studio mostra come le disposizioni giuridiche della Chiesa sui sacramenti e sui sacramentali hanno un autentico valore pastorale e non costituiscono un ostacolo alla sua azione. È quindi un aiuto a comprendere il significato della norma che facilita una più libera adesione e quindi rendere a Dio un vero e proprio culto, adesione che non è una obbedienza puramente esterna e fredda alle disposizioni della Chiesa, ma che è interiore. Così, ci aiuta a capire, come dice l'Autore, che la *Lex gratiae* è essenzialmente una legge di libertà.

Lo studio sarebbe stato incompleto se l'Autore non avesse collocato questi diritti e doveri dei fedeli nel contesto della comunione ecclesiale. Infatti, è soltanto in questo contesto che possono esprimersi in maniera autentica i veri doveri giuridici ecclesiali tra tutti i battezzati.

BÉNÉDICTE BERNARD

MAGISTRI HONORII, *Summa 'De Iure Canonico tractaturus'*: R. WEIGAND - P. LANDAU - W. KOZUR (eds); S. HAERING - H. HALLERMANN - K. MIETHANER-VENT - M. PETZOLT (cols.). Tomo 1 (Monumenta Iuris Canonici. Series A-5/I; Biblioteca Apostolica Vaticana; Città del Vaticano 2004), xxx + 430. Tomo 2 (Monumenta Iuris Canonici. Series A-5/II; Biblioteca Apostolica Vaticana; Città del Vaticano 2010), pp. lxxxii + 486. Tomo 3 (Monumenta Iuris Canonici. Series A-5/III; Bi-

blioteca Apostolica Vaticana; Città del Vaticano 2010), pp. xiv + 336.

PER gli studiosi della storia del diritto canonico le tre serie di *Monumenta Iuris Canonici* sono associati sia al nome di Stephan Kuttner sia alla garanzia di qualità e rigore critico. Si sa infatti che i *Monumenta* della Biblioteca Apostolica Vaticana sono il luogo specifico di pubblicazione di quelle opere che, seguendo i criteri rigorosi di "filologia giuridica" proposti anni fa dal Kuttner, sono state prodotte dai suoi discepoli immediati e dagli altri che continuano l'*elánce* della sua proposta metodologica.

A Kuttner si deve principalmente l'identificazione di una scuola anglo-normanna di decretisti, fra le cui opere spiccherebbero la *Summa Lipsiensis* "*Omnis qui iuste iudicat*", la *Summa quaestionum* "*De questionibus decretalibus tractaturi*" del Maestro Honorio e la *Summa* "*De iure canonico tractaturus*", che posteriormente Rudolf Weigand identificò anche come scritta dal Maestro Honorio (vid. S. KUTTNER - E. RATHBONE, "Anglo-norman canonists in the Twelfth Century. An Introductory Study", *Traditio* 7 [1949-51] 279-358 = *Gratian and the Schools of Law, 1140-1234* [London 1983] 278-358 *cum Retractationes*, 23-38; R. WEIGAND, "Bemerkungen über die Schriften und Lehren des Magister Honorius", in S. KUTTNER - K. PENNINGTON [cur.], *Proceedings of the Fifth International Congress of Medieval Canon Law. Salamanca* [Città del Vaticano 1980] 195-212).

Weigand prese l'iniziativa per editare criticamente le tre summenzionate opere della scuola anglo-normanna, incominciando il lavoro con l'aiuto di una piccola équipe di collaboratori. Dopo la sua scomparsa nel 1998, Peter Landau e Waltraud Kozur hanno presso la dire-

zione del progetto e altri ricercatori si sono progressivamente aggiunti. Oggi possiamo vedere completata l'edizione della *Summa "De iure canonico tractatus"* e disponiamo pure del primo volume dell'edizione critica della *Summa "Ominis qui iuste iudicat" sive Lipsiensis* (MIC Serie A-7 [2007]).

La *Summa "De iure canonico tractatus"* si conserva soltanto nel manoscritto di Laon, Bibliothèque municipale 371^{bis}, anche se non completa. Delle Cause 32, 34 e 36 soltanto si conservano frammenti e, le principali parti che mancano (Cause 12, 23-26 e *De Consecratione*), si completano nello stesso manoscritto con la *Summa Lipsiensis*. Per la Causa 30, abbiamo un secondo testimone nel manoscritto della Biblioteca Apostolica Vaticana, Reg. lat. 1061. I criteri di edizione sono quelli stabiliti da Kuttner (cf. *Traditio* 15 [1959] 452-464 e *Traditio* 26 [1970] 432). Come compete a un lavoro di edizione critica, la fissazione del testo si completa con l'elaborazione degli *Apparatus criticus* e *apparatus fontium*.

La *Summa "De iure canonico tractatus"* è in stretto rapporto con l'altra opera del Maestro Honorio (la *Summa questionum*) e il senso di alcune delle affermazioni contenute nella prima si chiariscono soltanto alla luce di quanto è detto nella seconda (il che ci fa augurare il pronto completamento del progetto iniziale, che com'è stato detto include anche l'edizione di quest'altra opera di Honorio).

Il metodo di Honorio combina l'esposizione sistematica (classica nelle *Summae super decretum*) con la tecnica dialettica delle *quaestiones*. Nel suo commento al Decreto, si serve sia delle opinioni di altri decretisti (fra cui Gandulphus e Johannes Faventinus principalmente), sia di glossatori (Johannes Basianus) che

delle decretali del nuovo diritto pontificio, prese la maggior parte dal *Appendix Concilii Lateranensis*. L'ultima decretale citata (JL 16036) risale al novembre del 1187, il che serve per datare la *Summa* fra il 1188-1190. Il luogo di composizione più probabile è il Nord della Francia (cf. vol. 2, xxvii-xlv; si veda anche R. WEIGAND, "The Transmontane Decretists", in W. HARTMANN - K. PENNINGTON [cur.], *The History of Medieval Canon Law in the Classical Period, 1140-1234* [Washington D. C. 2008] 198-199).

Le difficoltà proprie di questo tipo di lavori si possono intuire dallo spazio di tempo trascorso da quando s'iniziano a quando finalmente si pubblicano. Per ridurre i tempi, gli editori pubblicarono un primo volume nel 2004, che includeva le Distinzioni e la Causa prima, con i rispettivi indici. Là si presentava il progetto completo come in tre volumi ognuno con testo critico e indici. Nel terzo si sarebbero pubblicati i *prolegomena* e gli indici integrati di tutti e tre volumi (cf. vol. 1, xii-xiii). Il progresso dei lavori ha invece finalmente consentito agli editori di pubblicare contemporaneamente i volumi 2 e 3, introducendo per ciò dei cambiamenti nella distribuzione annunciata. Nel volume 2 si possono trovare sia i *prolegomena* sia tutto il testo critico che non era stato ancora pubblicato, mentre che il volume 3 è stato riservato per gli indici di tutta l'opera. Risulta in questo modo una distribuzione curiosa (il luogo idoneo per i *prolegomena* sarebbe il volume 1 dove adesso avanzano gli indici parziali), ma che come si diceva, si spiega per la complessità del lavoro e il desiderio (certamente da apprezzare) di offrire i risultati ottenuti il prima possibile.

Lo studio veramente scientifico del diritto canonico e delle sue istituzioni

soltanto sarà possibile quando lo studio delle fonti sia fatto in modo critico. Quest'affermazione sintetizza la convinzione fondamentale di Kuttner e giustifica il lavoro di tanti studiosi fino ai nostri giorni. È anche l'affermazione fondamentale per capire il valore della presente edizione e il motivo che spinge ad incoraggiare gli editori a continuare il loro faticoso lavoro fino a che possano concludere il progetto completo, così come fu ideato da Weigand.

NICOLÁS ÁLVAREZ
DE LAS ASTURIAS

LINA PANELLA, ERSILIAGRAZIA SPATAFORA (a cura di), *Studi in onore di Claudio Zanghi*, Volume IV, Giappichelli, Torino 2011, pp. 702.

QUESTO volume è parte di una imponente opera, in 5 tomi, pubblicata in onore del prof. Claudio Zanghi, Ordinario di "Organizzazione Internazionale" e "Diritto delle Comunità europee" nella Facoltà di Scienze Politiche dell'Università di Roma "La Sapienza" dal 1994 al 2011. L'eminente giurista siciliano che, dal 1964 al 1984 è stato anche consigliere giuridico presso il Ministero degli Affari Esteri, ha fra l'altro rappresentato l'Italia nel negoziato nell'ambito del Comitato internazionale per l'iniziativa di pace sui "Luoghi Santi" (Trieste, Malta, Castellan, Creta, Madrid).

Il quarto volume degli *Studi in onore di Claudio Zanghi* si compone di due Parti: la prima, meno consistente, dedicata al diritto dello spazio, la seconda, di quasi 600 pagine, di carattere "miscelaneo".

I saggi in italiano inclusi nella *Parte I* sono quelli di Gabriella Arrigo, *Dalla cooperazione al coordinamento spaziale internazionale: un sistema in continua evoluzio-*

ne (pp. 1-20), Nicoletta Bini, *La disciplina relativa alla distribuzione dei dati del sistema di Osservazione della Terra COSMO-SkyMed e comparazione con le normative di altri Paesi* (pp. 21-36), Ornella Ferrajolo, *Il trattato "incompiuto". L'accordo sulla luna del 1979 e altre norme internazionali rilevanti per l'uso delle risorse naturali nello spazio esterno* (pp. 51-66), Sergio Marchisio, *L'accordo sugli astronauti del 1968: tempo di revisione?* (pp. 67-82) e Mariagrazia Spada, *Sicurezza nello spazio aereo e suborbitale: riassetto del sistema di Chicago e dell'I.C.A.O.* (pp. 83-103).

Uno dei saggi dedicati al diritto dello spazio è in lingua inglese, dedicato da Juan Manuel Faramiñán Gilbert e Carmen Muñoz Rodriguez al tema: *The Commercialisation of the International Space Station* (pp. 37-50).

La *Parte II* miscelanea, che occupa la *magna pars* della pubblicazione, si compone di ben 32 saggi. Nell'impossibilità di considerarli tutti, se ne segnalano solo cinque, fornendone anche un sintetico riassunto.

Il primo è quello del prof. Giovanni Barberini, già ordinario di Diritto ecclesiastico e Diritto canonico nella Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Perugia, dedicato alla *Santa Sede potenza non politica. Riflessioni sull'origine e sul significato dell'art. 24 del Trattato lateranense* (pp. 113-135). L'interesse per tale studio nasce dal favore che il Governo italiano mostrò per la partecipazione della Santa Sede alla Conferenza di Helsinki per i diritti umani del 1973-1975. Barberini riflette sul contenuto di questa clausola del trattato del Laterano del 1929 alla luce dell'importanza storica avuta dall'iniziativa tenutasi ormai quarant'anni orsono nella capitale della Finlandia, a partire dall'invito che gli Stati membri del Patto di Varsavia avevano

assunto per riunire tutti gli Stati europei, grandi e piccoli, a differente sistema sociale e politico, compresi gli Stati Uniti e il Canada, al fine di individuare i principi e le regole capaci di assicurare la sicurezza politico-militare e la cooperazione in Europa. Nel 1929, stipulando il trattato lateranense, che poneva fine in modo definitivo e irrevocabile alla Questione romana, contestualmente alle garanzie fornite dallo Stato italiano, la Santa Sede assumeva nell'art. 24 alcuni impegni di natura politica e giuridica, dichiarando, fra l'altro, «che Essa vuole rimanere e rimarrà estranea alle competizioni temporali fra gli Stati ed ai Congressi internazionali indetti per tale oggetto, a meno che le parti contendenti facciano concorde appello alla sua missione di pace, riservandosi in ogni caso di far valere la sua potestà morale e spirituale».

Il secondo saggio di particolare interesse è quello Fabrizio Battistelli, Professore ordinario di sociologia presso la Facoltà di Sociologia dell'Università "La Sapienza" e direttore del Dipartimento Innovazione e Società - DIeS del medesimo Ateneo, intitolato *Le operazioni di supporto alla pace tra politica e società* (pp. 207-228). Autore di numerosi studi sulla sicurezza internazionale e interna (cfr., da ultimo, *La fabbrica della sicurezza*, Franco Angeli, Milano, 2008), Battistelli dedica la parte centrale del suo studio ai temi dell'evoluzione delle operazioni di supporto alla pace e dell'ambiente e ruolo dei *peacekeepers*. In riferimento alla politica internazionale degli ultimi due decenni, egli ricorda quindi le conseguenze geopolitiche dell'implosione del sistema sovietico, cioè la fine dell'assetto bipolare e l'insorgere della minaccia del terrorismo fondamentalista, ed anche gli sviluppi istituzionali che, pur avendo una portata più limitata, costituiscono co-

munque novità significative della nostra epoca, tra cui sono senza dubbio da annoverare le operazioni di supporto della pace, correntemente note come *peacekeeping*. Descrivendo un'attività complessa, in continua evoluzione e (in quanto caratterizzata da una preponderante valenza politica) spesso controversa, il concetto stesso, rileva Battistelli, non si presenta come lineare né univocamente utilizzato. Come è evidente dalla sua etimologia, il termine *peacekeeping* indica, nell'ambito di una pluralità di azioni finalizzate all'instaurazione e al consolidamento della pace, quella specificamente mirante a "mantenere" tale stato, mentre nell'uso prevalente (mediatico e spesso anche politico) di frequente esso finisce per designare qualunque attività realizzata da un contingente militare in missione in un teatro di crisi. Il saggio argomenta quindi il perché un tale uso non sia corretto confondendo concetti collegati tra loro ma, fra loro, profondamente differenti.

Terzo contributo da segnalare è quello Andrea Bixio, Professore ordinario di Sociologia nella Facoltà di Scienze Politiche e Sociali dell'Università "La Sapienza", dedicato al tema *Nuova statualità e sistema dei tribunali internazionali* (pp. 229-236). Si tratta di una riflessione sul problema della giurisdizionalizzazione del "nuovo ordine globale", in particolare alla luce del recente volume del prof. Sabino Cassese, intitolato *I tribunali di Babele. I giudici alla ricerca di un nuovo ordine globale* (Donzelli Editore, Roma, 2009). In premessa, Bixio rileva e descrive il processo in atto negli ultimi anni di vera e propria rivoluzione nelle scienze giuridiche, nell'ambito della riformulazione e delimitazione delle varie discipline. Non che le vecchie ripartizioni perdano, a seguito di tale processo,

del tutto la loro rilevanza e il proprio significato ma, a causa delle odierne, profonde trasformazioni degli assetti sociali ed istituzionali, si assiste ad uno sviluppo del pluralismo degli ordinamenti diretto a mettere in crisi il primato dello Stato sia al suo interno che all'esterno e dunque le partizioni tradizionali fra pubblico e privato, nazionale e sovranazionale.

Sotto questo secondo profilo si produce quindi una nuova forma degli ordinamenti cosiddetti internazionali e un inedito sviluppo di un nuovo ordine globale, risultante dall'instaurarsi di un complesso molto vasto di legami fra i vari ordinamenti che ne fanno parte. Tutto ciò, conclude Bixio sulla base della lezione di Cassese, dà luogo al consolidarsi di un nuovo ordine e all'affermarsi di due importanti fenomeni: lo sviluppo di un diritto amministrativo globale (amministrativizzazione) e la sempre maggiore rilevanza dell'attività delle diverse giurisdizioni che fanno capo ai più differenti ordinamenti (giurisdizionalizzazione).

Il quarto saggio di particolare interesse è quello di Giuseppe Brienza, dottore di ricerca in diritto internazionale alla "Sapienza", intitolato *Diritto naturale e diritti umani: il dibattito suscitato da John Finnis e la teoria neoclassica* (pp. 237-264). Si tratta di una sintesi e sistematizzazione delle discussioni e approfondimenti suscitati in ambito dottrinale, filosofico e geopolitico sul rapporto fra legge naturale e diritti umani, a partire dal saggio di John Mitchell Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, pubblicato in Inghilterra nel 1980. In tale opera, oggetto di numerose riedizioni e traduzioni in questi ultimi trent'anni soprattutto nel mondo iberoamericano, il filosofo del diritto dell'università di Oxford focalizza un tema, come quello del diritto na-

turale, da sempre inficiato da dure contrapposizioni fra laici e cattolici. Finnis si preoccupa giustamente di sottolineare l'interdisciplinarietà dei relativi assunti, che viaggiano infatti continuamente dalla filosofia alla geopolitica passando per il terreno giuridico e le molteplici analisi della bioetica. In tal senso, come evidenzia Brienza, in Italia, è il filosofo del diritto Francesco Viola, dell'Università di Palermo, a diffondere la rivisitazione finnisiana del rapporto fra scuola giusnaturalistica e scienza giuridica contemporanea, alla luce del rinnovamento degli studi di San Tommaso d'Aquino e delle contemporanee acquisizioni dalle scuole "neo-tomistiche".

Concludiamo la presente rassegna dei contenuti della *Parte II* degli Studi in onore di Claudio Zanghì con il saggio del filosofo della politica Gian Franco Lami (1946-2011), dedicato a *Il 'diritto di asilo', tra esuli e immigrati* (pp. 425-437). In esso si analizza l'attuale «venir meno delle certezze di base del nostro essere-insieme e della nostra stessa identità di cittadini», come frutto «di una malandata conduzione politica "democratica", quindi, il prodotto di una politica fallita, insieme con il fallimento della classe di governo che l'ha incarnata» (p. 425). Ad avviso del compianto filosofo politico dell'Università "La Sapienza", l'odierna crisi politica e finanziaria dell'Occidente trae origine dalla «caduta di fiducia dei sistemi costitutivi di ordine, fondati sul formalismo progettuale e programmatico della ragione – e potremmo aggiungere: della ragione, che giunge a noi dall'illuminismo, attraverso il liberalismo ottocentesco. Gli effetti di tale processo, nell'arco degli ultimi due secoli, hanno condotto a un personalismo individualistico ed egoistico, la cui prima ripercussione si è avuta nell'atomi-

stico abbandono dell'uomo alle logiche di profitto del "mercato globale". Una via risolutiva, quale – a suo modo – ci fa intravedere anche l'Enciclica [*Caritas in veritate*, del 29 giugno 2009] di Benedetto XVI, può essere cercata nel recupero dell'idea di bene comune, al cui giusto fine deve indirizzarsi tanto lo spirito dell'individuo, quanto lo spirito di un popolo» (p. 437).

GIUSEPPE TAVERNA

ANTONIO PÉREZ-RAMOS, CATALINA PONS-ESTEL TUGORES, MARCOS GONZÁLEZ SÁNCHEZ, *Patología del consentimiento matrimonial. Rota Romana: Jurisprudencia 1990-2005*, Comares, Granada 2011, pp. 178.

NELLA Chiesa, la dimensione giuridica e quella pastorale sono inscindibili: l'attività giuridica è *natura sua* pastorale poiché cerca l'ordine di giustizia *intraecclesiale* voluto dallo stesso Cristo, e costituisce pertanto una peculiare partecipazione alla sua missione di Pastore. A sua volta, l'attività pastorale comporta sempre una dimensione di giustizia (cfr. Giovanni Paolo II, Discorso alla Rota 18-I-1990, n. 4). In questo contesto va collocata ogni riflessione sull'esercizio della potestà di giudicare affidata ai tribunali, e in modo particolare alla Rota Romana, che è foro universale di appello.

Nel discorso dell'anno 1998, Giovanni Paolo II sottolineava quel particolare *officium caritatis et unitatis* che viene affidato alla Rota. In effetti, oltre alla perfetta aderenza agli insegnamenti della Chiesa, le sentenze rotali sono un punto di riferimento per tutti i tribunali ecclesiastici inferiori in quanto tra di esse ci deve essere una coerenza sostanziale che serva appunto da guida. I criteri co-

muni in esse contenuti devono ispirare tutta l'attività processuale nella Chiesa, quale vera *dottrina legale*.

Queste considerazioni ci servono a contestualizzare l'opera che presentiamo, un insieme di giurisprudenza e magistero pontificio sulla validità del matrimonio canonico partendo dalle principali patologie del consenso. Il libro offre agli operatori del diritto spunti per una riflessione sempre più aderente alla verità e di conseguenza più attenta ai diritti dei fedeli e agli altri beni protetti dall'ordinamento canonico. Tra questi spicca il vincolo matrimoniale, oggetto della stragrande maggioranza delle sentenze rotali. La giurisprudenza rotale deve pertanto garantire una fedeltà ogni volta maggiore alla dottrina della Chiesa circa l'essenza del matrimonio.

Gli autori, docenti di Diritto canonico e Diritto ecclesiastico presso l'Università delle Isole Baleari e l'Università Autonoma di Madrid, si propongono di fornire uno strumento di lavoro utile nell'interpretazione e nell'applicazione delle norme canoniche che regolano la validità del matrimonio. Insieme a questo, l'opera rende più facile il lavoro agli operatori dei tribunali ecclesiastici di lingua castigliana, offrendo loro la sinopsi di un'ampia selezione di sentenze rotali e la traduzione ufficiale di alcune allocuzioni di Papa Giovanni Paolo II alla Rota Romana raccolti in un unico e pratico libro.

Il volume è diviso in tre parti. La prima contiene una presentazione generale della ricerca, includendo l'introduzione, alcuni "appunti" sui canoni 1055 e 1057 CIC; e infine, offre una visione d'insieme sulla patologia del consenso matrimoniale.

La seconda parte corrisponde al nucleo della ricerca, dove gli autori – con indubbia perizia – realizzano un lavoro

di grande interesse nel raccogliere la sintesi di una selezione di sentenze della Rota Romana emanate dall'Alto Tribunale tra gli anni 1990 e 2005. Si è scelto un periodo sufficientemente ampio per poter identificare le recenti tendenze giurisprudenziali sui capi di nullità del matrimonio. In primo luogo prendono in considerazione le sentenze riguardanti l'incapacità (c. 1095), suddividendole a seconda della causa che provoca l'incapacità: la mancanza di libertà interna, l'omosessualità, la *zelotipia*, il disturbo narcisista della personalità, l'immaturità affettiva, le tossicodipendenze, l'alcolismo, i disturbi dell'alimentazione (anoressia, bulimia), e infine altre cause d'incapacità non assumibili nella precedente classifica. In secondo luogo si fa riferimento alle patologie legate ai vizi nell'intelletto (cc. 1097 a 1100 CIC). Poi vengono riportate le sentenze più significative riguardanti la simulazione del consenso (c. 1101 CIC), suddivise in: esclusione dell'indissolubilità, della prole, della fedeltà, del "matrimonium ipsum", del sacramento e infine, altre non classificabili nella precedente divisione.

Gli autori includono in una sezione le principali sentenze riguardanti l'esclusione "del sacramento". Sarebbe stato utile tralasciare per questa volta l'abitudine rotale di utilizzare l'espressione "bene del sacramento" sia per le fattispecie di esclusione dell'indissolubilità (seguendo la divisione agostiniana dei *bona matrimonii*), sia per quelle in cui invece si valuta l'esclusione della sacramentalità del matrimonio (vale a dire, della dimensione soprannaturale del matrimonio dei cristiani). Le sentenze riferite all'esclusione della dignità sacramentale sono solo tre, mentre le altre sarebbero da riportare al paragrafo sull'esclusione dell'indissolubilità.

Infine, vengono sintetizzate le principali sentenze riguardanti la condizione (c. 1102 CIC), il metus (c. 1103 CIC). Un secondo paragrafo di questa parte seconda fa riferimento ad un ristretto numero di sentenze "atipiche" riferite ai canoni 1095, 219 e 1096 CIC.

Nella parte terza del libro si approfondiscono i tre "settori" della giurisprudenza più problematici (incapacità, errore e simulazione) alla stregua del pensiero del compianto canonista e Cardinale Urbano Navarrete, riportando in seguito sentenze e decreti rotali "di merito", e giurisprudenza "de Ritu" e sul difetto di forma nel matrimonio.

In Annesso, e seguendo uno stretto ordine cronologico vengono riportati i discorsi di Papa Giovanni Paolo II all'Alto Tribunale tra il 1984 (il primo dopo la promulgazione del CIC) e il 2005. L'opera si chiude con due Indici, uno dei Ponenti delle sentenze e l'altro cronologico di tutte le sentenze sintetizzate nel lavoro.

In queste allocuzioni di Giovanni Paolo II alla Rota si coglie molto spesso l'intenzione di trattare i grandi temi che riguardano il disegno divino su ogni matrimonio, sottraendolo a dibattiti incentrati su questioni che interesserebbero solo (o quasi) i tribunali della Chiesa. Il Papa propone uno dei compiti più urgenti e primari nell'odierna cultura secolarizzata: quello di *riscoprire* cos'è il matrimonio, non solo per i cristiani ma per tutti, poiché il matrimonio (l'istituto matrimoniale) è uno solo, con una sostanza e valore universali, e che è cellula fondante della società, non solo di quella ecclesiale ma dell'intera comunità umana.

Il presente lavoro offre a quanti lavorano nell'ambito dei tribunali della Chiesa e, in generale a tutti gli studiosi del Di-

ritto canonico, un prezioso strumento utile per svolgere il lavoro con maggiore sintonia col *sentire della Chiesa*, espresso dal suo magistero ordinario e dalla giurisprudenza di un tribunale della Sede Apostolica, e per ciò con maggiore sensibilità per i diritti dei fedeli, cercando il loro bene umano ed spirituale, fine ultimo di tutto l'operare dell'Ordinamento canonico (cfr. c. 1752 CIC).

MONTSERRAT GAS-AIXENDRI

IVAN SANTUS, *Il contributo della Santa Sede al Diritto Internazionale, dal diritto d'ingerenza alla responsabilità di proteggere la dignità umana*, Cedam, Padova 2012, pp. xxv + 526.

L'ORDINAMENTO internazionale presenta spesso uno scollamento tra valori e principi dichiarati e la vita reale, mostrando un senso di inadeguatezza ad affrontare le situazioni critiche. Il testo, ponendo l'interrogativo fondamentale sulla considerazione della dignità umana, si presenta come un interessante strumento che intende rilevare come la voce della Santa Sede abbia contribuito a mantenere viva e reale l'attenzione alla persona al di là di ogni singolo interesse di parte. Considerando i diversi punti di tensione che le relazioni infrastatali presentano, l'Autore, addetto della Nunziatura Apostolica in Taipei, fa percepire come il nodo centrale della questione sia rappresentato dal termine giustizia: se ogni Stato ha diritto a vedere garantita la propria sicurezza, è anche vero che ogni azione non deve essere lesiva della dignità umana. Non esiste infatti una sicurezza prevalente, né un diritto che sovrasti l'altro, ma si richiede una necessaria composizione di interessi e posizioni differenti a cui non

basta il primato delle regole e della legalità. Sicurezza, responsabilità di proteggere e dignità umana rappresentano le coordinate per "governare" i diversi processi delle dinamiche sociali e delle relazioni internazionali: lotta alla povertà, rispetto dei diritti fondamentali, adeguamento di risposta degli organismi internazionali non sono soltanto delle strategie, ma possono concretizzarsi se sono il frutto di una sana reciprocità vissuta come vera uguaglianza tra le persone e tra gli Stati a cui fa da sfondo una fraternità intesa come principio capace di tradursi in regole: la solidarietà e l'assistenza, il dovere di cooperare e l'obbligo di risolvere pacificamente i conflitti, il rispetto degli impegni assunti e la tutela dei beni considerati comuni, sono alcune delle possibili applicazioni che affiorano dai contributi di questo prezioso studio.

In questo panorama, si dimostra come la Santa Sede svolga un capillare e diffuso lavoro di informazione e sensibilizzazione per aiutare ogni soggetto della Comunità internazionale a comprendere meglio il valore della dignità umana e il dovere sociale di difendere e proteggere ogni vita, nelle situazioni in cui vengono meno i diritti fondamentali dell'uomo. La Santa Sede opera, infatti, per diffondere un umanesimo che sappia guardare alla vita come il dono più alto che Dio abbia fatto all'uomo. A tale riguardo, afferma Benedetto XVI: «L'uomo è veramente creato per ciò che è grande, per l'Infinito. Qualsiasi altra cosa è insufficiente. Sant'Agostino aveva ragione: "il nostro cuore è inquieto sino a quando non riposa in Te". Il desiderio della vita più grande è un segno del fatto che ci ha creati Lui, che portiamo la sua "impronta". Dio è vita, e per questo ogni creatura tende alla vita; in modo unico e speciale la persona umana, fat-

ta ad immagine di Dio, aspira all'amore, alla gioia e alla pace» (BENEDETTO XVI, *Messaggio per la 26ª Giornata Mondiale della Gioventù*, n. 1).

Il primo capitolo del presente libro, di carattere introduttivo, è un'esposizione della dottrina internazionale sul rapporto tra la sovranità dello Stato e il dovere di rispettare i diritti fondamentali naturali. Quando la Comunità internazionale è scossa da gravi violazioni dei diritti fondamentali dell'uomo, è necessaria una decisa correzione di tali situazioni affinché si possa ristabilire un'esistenza libera e dignitosa. Non basta condannare i comportamenti criminosi, si deve affermare ed attivare, attraverso una programmazione illuminata delle politiche degli Stati, la responsabilità di proteggere la dignità umana, così come dichiarava Mons. D. Mamberti, Segretario per i Rapporti con gli Stati, intervenendo, il 6 dicembre 2011, al Consiglio ministeriale dell'O.S.C.E.: «Nel corso degli anni, l'O.S.C.E. si è ritagliata impegni notevoli a favore della difesa delle libertà fondamentali e dei diritti umani. Questi impegni restano ancora validi e necessitano di una articolazione più chiara per poter fungere da piattaforma per un programma positivo per la pace. È la dignità della persona umana a motivare il desiderio della nostra Organizzazione di operare per la realizzazione efficace di tutti i diritti umani» (*L'Osservatore Romano*, giovedì 8 dicembre 2011, p. 2).

Viene quindi presentato un breve *excursus* storico sull'apporto della Dottrina Cristiana alla formazione del principio della dignità umana, mostrando la profonda correlazione tra diritto naturale e diritto internazionale, dove quest'ultimo riconosce come suo criterio fondante la dignità della persona umana.

Il secondo capitolo, partendo dal con-

retto giuridico di ingerenza umanitaria e scorrendo passo dopo passo la sua genesi e il suo sviluppo, evidenzia le due caratteristiche peculiari del diritto-dovere d'ingerenza umanitaria: emergenza e provvisorietà. Si sottolinea poi il fatto che le modalità di attuazione dell'ingerenza umanitaria, sono strettamente collegate a criteri di legittimità più volte richiamati dalle diverse dichiarazioni dell'Assemblea Generale delle Nazioni Unite e del Consiglio di Sicurezza. Questo aspetto vuole rilevare come il diritto-dovere di ingerenza è strettamente legato alle situazioni in cui sono seriamente minacciati i diritti fondamentali dell'uomo e dove la dignità umana è calpestata da interessi estranei alle finalità proprie dello Stato.

Il terzo capitolo prende in esame in modo approfondito la Responsabilità di proteggere, quale espressione della progettualità di una giustizia duratura che tende a mantenere una giusta proporzione tra la dignità umana e gli interessi degli Stati. Considerare la giustizia come criterio veritativo dei rapporti internazionali permette di mantenere una stabilità ed un equilibrio anche qualora la situazione muti, evidenziando la presenza di riferimenti fondamentali che non si possono disattendere. In questa direzione si esprimeva Mons. A. P. Lebeaupin, intervenendo a nome della Santa Sede in occasione del dibattito generale della Conferenza di Revisione dello Statuto di Roma della Corte Penale Internazionale, nel giugno 2010: «La giustizia è la virtù che riconosce la necessità delle persone di dare a Dio e al prossimo ciò che è loro dovuto e che esige che ognuno rispetti i diritti dell'altro e stabilisca nelle relazioni umane l'armonia che promuove l'equità nei confronti delle persone e del bene comune (*Catechismo della Chiesa*

cattolica, n. 1807). Questa giustizia non si basa soltanto su determinazioni legali o strumenti giuridici, ma piuttosto sulla legge morale, che riconosce la dignità intrinseca della persona umana» (*L'Osservatore Romano*, domenica 6 giugno 2010, p. 2). Il concetto di Responsabilità di proteggere è in questo senso strettamente collegato al concetto di sicurezza umana, dove la dignità di ogni singola persona diviene il fulcro per ogni decisione. Per questo motivo il tema della sovranità deve essere riconsiderato nella logica dell'azione comune e non più in una logica difensiva o espansiva, così come ricorda il Cardinale T. Bertone: «La pace di fatto nasce e si rafforza proprio quando i diritti umani vengono osservati e rispettati integralmente. È convinzione della Santa Sede che quando la promozione della dignità della persona costituisce il principio-guida a cui ci si ispira, quando la ricerca del bene comune rappresenta l'impegno predominante, allora vengono posti solidi e durevoli fondamenti all'edificazione della pace. Quando invece i diritti umani sono ignorati o disprezzati, quando il perseguimento di interessi particolari prevale ingiustamente sul bene comune, allora vengono inevitabilmente seminati i germi dell'instabilità, della ribellione e della violenza» (*L'Osservatore Romano*, giovedì 10 maggio 2007, p. 4). Non si può parlare di Responsabilità di proteggere senza richiamare il fondamento che giustifica l'esercizio di tale responsabilità. Dimenticare la dignità dell'uomo è spesso motivo d'incapacità a trovare la sintonia necessaria per attuare i processi di protezione. La responsabilità esprime così il primo compito della sovranità come capacità di proteggere la popolazione, di monitorare le violazioni contro la dignità umana e di impegnarsi a ricostruire e

mantenere le condizioni necessarie per uno sviluppo equilibrato.

Il quarto capitolo, che costituisce il cuore dell'opera, attraverso un'analisi approfondita degli interventi e delle dichiarazioni della Santa Sede, dimostra come la voce della Chiesa rappresenta un richiamo per ogni uomo e quindi, a maggior ragione, per coloro che governano i popoli, affinché non si perda mai di vista la Verità e il vero bene dell'uomo. In questa prospettiva si presenta l'azione della Santa Sede quale fenomeno che contribuisce a produrre incisive trasformazioni sia nell'ordinamento internazionale come all'interno degli Stati stessi. Il primo Osservatore Permanente della Santa Sede presso l'U.N.E.S.C.O., il Nunzio a Parigi Angelo Giuseppe Roncalli, futuro Giovanni XXIII, nella Messa di apertura dei lavori della sessione tenutasi tra il 12 novembre e il 10 dicembre 1952, pronunciò un'omelia sulle finalità dell'organizzazione e sulla partecipazione della Santa Sede, affermando che: «*Déjà l'unité de l'Eglise catholique répandue à travers le monde entier est en elle-même un facteur de rapprochement des Etats dans une plus grande unité culturelle et politique [...] Notre présence veut être quelque chose de sérieux, d'encourageant, d'édificateur. [...] nous voyons vraiment introduits dans le courant de l'histoire: mais non pour la subir, non pour la laisser nous renverser, mais pour la diriger vers la salut et non vers le naufrage du monde*» (A.G. RONCALLI, *Souvenirs d'un Nonce, Cahiers de France (1944-1953)*, Roma, 1963, pp. 110-112). La presenza della Santa Sede nella Comunità internazionale può essere riassunta nell'immagine del ponte, un ponte tra l'idea della pace e la realizzazione della giustizia. Non è casuale che Colui che governa la Chiesa universale sia chiamato Pontefice, infatti lo stesso termi-

ne richiama la Sua attività e l'azione di tutta la Chiesa. Il Pontefice ha il compito primario di creare ponti tra Dio e l'uomo e di conseguenza costruire ponti tra gli uomini, in questo senso: «L'opera della Santa Sede in materia di pace e di guerra si sviluppa essenzialmente su tre direttrici: 1) dottrinale, ossia sul piano dell'insegnamento morale; [...] 2) di animazione ed orientamento della pubblica opinione; [...] 3) di azione diretta presso i centri decisionali di Governo e Organizzazioni internazionali, sia come forza morale di riconosciuto valore e di dimensioni mondiali, sia come membro pacificamente ammesso della Comunità internazionale. [...] La pace ha vari presupposti, o condizioni indispensabili. In particolare, la vera pace non può mai essere edificata senza una vera giustizia, nella quale le immense risorse del mondo sono utilizzate per tutti i popoli e per il bene dell'umanità» (A. CASAROLI, *Tra esigenze ideali e realismo tensione costante verso la pace*, 19 novembre 1983, in: *L'Osservatore Romano*, domenica 20 novembre 1983, pp. 9-11).

Lo studio propone un superamento del dibattito, spesso arido e inconcludente, sulla contrapposizione tra i principi del Diritto internazionale, indirizzandosi ad una prospettiva in cui l'aspetto morale interagisca con l'aspetto giuridico, intrecciandosi e proponendo un'etica del Diritto internazionale. Più di tutti Giovanni Paolo II ha auspicato che i richiami etici assumano una forza giuridica, in quanto non è possibile accettare di lasciar morire intere popolazioni senza far nulla, ricordando che l'uso della forza è sempre e comunque l'ultima istanza possibile a cui ricorrere per la difesa della dignità umana: «La vita umana è sacra perché, fin dal suo inizio, comporta "l'azione creatrice di Dio" e rimane

per sempre in una relazione speciale con il Creatore, suo unico fine. [...] Accade purtroppo che la necessità di porre l'aggressore in condizione di non nuocere comporti talvolta la sua soppressione. In tale ipotesi, l'esito mortale va attribuito allo stesso aggressore che vi si è esposto con la sua azione, anche nel caso in cui egli non fosse moralmente responsabile per mancanza dell'uso della ragione» (*Evangelium vitae*, nn. 53, 55). Per la Chiesa stare nella storia non è una scelta, è una condizione esistenziale che deve offrire all'uomo una buona prospettiva di vita. La scelta della Chiesa è proporre una fede capace di ispirare uno stile con cui stare dentro il mondo, costruendo nella Comunità internazionale forme di collaborazione e coordinamento tra tutti i soggetti coinvolti, i quali, convinti della gravità del momento presente e della rispettiva ed individuale responsabilità, mettano in opera secondo lo stile personale, col contributo alle decisioni economiche e politiche e col proprio impegno sui piani nazionali e internazionali, le misure ispirate alla solidarietà e alla valorizzazione della dignità umana.

L'autorità morale della Santa Sede, sostenuta e incrementata dalle centinaia di migliaia di persone che quotidianamente in nome della Chiesa operano e spendono la propria vita per la dignità dell'uomo, trova il suo fondamento nell'"amore del Redentore" e partendo da Esso: «Contribuisce ad estendere il raggio d'azione della giustizia e dell'amore all'interno di ciascuna nazione e tra le nazioni. Predicando la verità evangelica e illuminando tutti i settori dell'attività umana con la sua dottrina e con la testimonianza resa dai cristiani, rispetta e promuove anche la libertà politica e la responsabilità dei cittadini» (*Gaudium et*

Spes, n. 76). La Santa Sede propone una svolta culturale e un cambio di pensiero che sappiano creare un'autentica società dell'amore fondata in Dio, perché quando l'uomo smarrisce il senso di Dio, smarrisce anche se stessa. La Santa Sede, attraverso tanti uomini e donne di buona volontà, giovani, laici, sacerdoti e persone consacrate, è fortemente impegnata a difendere e promuovere i diritti fondamentali dell'uomo.

Concludendo, si può affermare che il presente studio pone in evidenza come i richiami continui della Santa Sede al rispetto della dignità umana altro non mirano che a sollecitare l'effettiva responsabilità di coloro che, governando, possono decidere della sorte di molte altre persone. In questa azione la Santa Sede esplicita la propria responsabilità di proteggere, suscitando nelle coscienze l'interrogativo sulla verità dell'uomo. La ripercussione concreta di tale attività è visibile nelle condizioni più o meno

umane che vengono determinate dalle scelte dei diversi ordinamenti giuridici. Con la sua ricerca, don Ivan Santus mette in rilievo l'interessante correlazione tra Risoluzioni delle Nazioni Unite ed interventi della Santa Sede, offrendo un grande contributo alla comunità scientifica in un ambito specifico e che spesso è incapace di focalizzare cosa si intenda per valori fondamentali e per dignità della persona. La speranza che il testo possa contribuire positivamente ad un fecondo dibattito nel campo accademico si fonda sulla genuinità di quest'opera, che illustra il reale valore della presenza della Santa Sede nell'ordinamento internazionale. All'Autore l'augurio più sincero perché possa continuare nello studio appassionato del diritto della Comunità internazionale *nella sua responsabilità di proteggere la dignità umana*, concorrendo ad aggiornare la materia anche con una nuova edizione del volume.

FERNANDO CHICA ARELLANO

DOCUMENTI

ATTI DI BENEDETTO XVI

*Lettera Apostolica motu proprio data "Intima Ecclesiae natura" sul servizio della carità, 11 novembre 2012, «AAS» 104 (2012) 996-1004.**

PROEMIO

« L'INTIMA natura della Chiesa si esprime in un triplice compito: annuncio della Parola di Dio (*kerygma-martyria*), celebrazione dei Sacramenti (*leiturgia*), servizio della carità (*diakonia*). Sono compiti che si presuppongono a vicenda e non possono essere separati l'uno dall'altro » (Lett. enc. *Deus caritas est*, 25).

Anche il servizio della carità è una dimensione costitutiva della missione della Chiesa ed è espressione irrinunciabile della sua stessa essenza (cfr. *ibidem*); tutti i fedeli hanno il diritto ed il dovere di impegnarsi personalmente per vivere il comandamento nuovo che Cristo ci ha lasciato (cfr. Gv 15,12), offrendo all'uomo contemporaneo non solo aiuto materiale, ma anche ristoro e cura dell'anima (cfr. Lett. enc. *Deus caritas est*, 28). All'esercizio della diakonia della carità la Chiesa è chiamata anche a livello comunitario, dalle piccole comunità locali alle Chiese particolari, fino alla Chiesa universale; per questo c'è bisogno anche di un'«organizzazione quale presupposto per un servizio comunitario ordinato» (cfr. *ibid.*, 20), organizzazione articolata pure mediante espressioni istituzionali.

A proposito di questa diakonia della carità, nella Lettera enciclica *Deus caritas est* segnalavo che «alla struttura episcopale della Chiesa [...] corrisponde il fatto che, nelle Chiese particolari, i Vescovi quali successori degli Apostoli portino la prima responsabilità della realizzazione» del servizio della carità (n. 32), e notavo che «il Codice di Diritto Canonico, nei canoni riguardanti il ministero episcopale, non tratta espressamente della carità come di uno specifico ambito dell'attività episcopale» (*ibidem*). Anche se «il Direttorio per il ministero pastorale dei Vescovi ha approfondito più concretamente il dovere della carità come compito intrinseco della Chiesa intera e del Vescovo nella sua Diocesi» (*ibidem*), rimaneva comunque il bisogno di colmare la suddetta lacuna normativa in modo da esprimere adeguatamente, nell'ordinamento canonico, l'essenzialità del servizio della Carità nella Chiesa ed il suo rap-

* Vedi alla fine del documento il commento di J. MIÑAMBRES, *Connotati giuridici del servizio della carità organizzato*.

porto costitutivo con il ministero episcopale, tratteggiando i profili giuridici che tale servizio comporta nella Chiesa, soprattutto se esercitato in maniera organizzata e col sostegno esplicito dei Pastori.

In tale prospettiva, perciò, col presente Motu Proprio intendo fornire un quadro normativo organico che serva meglio ad ordinare, nei loro tratti generali, le diverse forme ecclesiali organizzate del servizio della carità, che è strettamente collegata alla natura diaconale della Chiesa e del ministero episcopale.

È importante, comunque, tenere presente che «l'azione pratica resta insufficiente se in essa non si rende percepibile l'amore per l'uomo, un amore che si nutre dell'incontro con Cristo» (*ibid.*, 34). Pertanto, nell'attività caritativa, le tante organizzazioni cattoliche non devono limitarsi ad una mera raccolta o distribuzione di fondi, ma devono sempre avere una speciale attenzione per la persona che è nel bisogno e svolgere, altresì, una preziosa funzione pedagogica nella comunità cristiana, favorendo l'educazione alla condivisione, al rispetto e all'amore secondo la logica del Vangelo di Cristo. L'attività caritativa della Chiesa, infatti, a tutti i livelli, deve evitare il rischio di dissolversi nella comune organizzazione assistenziale, divenendone una semplice variante (cfr. *ibid.*, 31).

Le iniziative organizzate che, nel settore della carità, vengono promosse dai fedeli nei vari luoghi sono molto differenti tra di loro e richiedono un'appropriata gestione. In modo particolare, si è sviluppata a livello parrocchiale, diocesano, nazionale ed internazionale l'attività della «Caritas», istituzione promossa dalla Gerarchia ecclesiastica, che si è giustamente guadagnata l'apprezzamento e la fiducia dei fedeli e di tante altre persone in tutto il mondo per la generosa e coerente testimonianza di fede, come pure per la concretezza nel venire incontro alle richieste dei bisognosi. Accanto a quest'ampia iniziativa, sostenuta ufficialmente dall'autorità della Chiesa, nei vari luoghi sono sorte molteplici altre iniziative, scaturite dal libero impegno di fedeli che, in forme differenti, vogliono contribuire col proprio sforzo a testimoniare concretamente la carità verso i bisognosi. Le une e le altre sono iniziative diverse per origine e per regime giuridico, pur esprimendo egualmente sensibilità e desiderio di rispondere ad un medesimo richiamo.

La Chiesa in quanto istituzione non può dirsi estranea alle iniziative promosse in modo organizzato, libera espressione della sollecitudine dei battezzati per le persone ed i popoli bisognosi. Perciò i Pastori le accolgano sempre come manifestazione della partecipazione di tutti alla missione della Chiesa, rispettando le caratteristiche e l'autonomia di governo che, secondo la loro natura, competono a ciascuna di esse quali manifestazione della libertà dei battezzati.

Accanto ad esse, l'autorità ecclesiastica ha promosso, di propria iniziativa, opere specifiche, attraverso le quali provvede istituzionalmente ad

incanalare le elargizioni dei fedeli, secondo forme giuridiche e operative adeguate che consentano di arrivare più efficacemente a risolvere i concreti bisogni.

Tuttavia, nella misura in cui dette attività siano promosse dalla Gerarchia stessa, oppure siano esplicitamente sostenute dall'autorità dei Pastori, occorre garantire che la loro gestione sia realizzata in accordo con le esigenze dell'insegnamento della Chiesa e con le intenzioni dei fedeli, e che rispettino anche le legittime norme date dall'autorità civile. Davanti a queste esigenze, si rendeva necessario determinare nel diritto della Chiesa alcune norme essenziali, ispirate ai criteri generali della disciplina canonica, che rendessero esplicite in questo settore di attività le responsabilità giuridiche assunte in materia dai vari soggetti implicati, delineando, in modo particolare, la posizione di autorità e di coordinamento al riguardo che spetta al Vescovo diocesano. Dette norme dovevano avere, tuttavia, sufficiente ampiezza per comprendere l'apprezzabile varietà di istituzioni di ispirazione cattolica, che come tali operano in questo settore, sia quelle nate su impulso dalla stessa Gerarchia, sia quelle sorte dall'iniziativa diretta dei fedeli, ma accolte ed incoraggiate dai Pastori del luogo. Pur essendo necessario stabilire norme a questo riguardo, occorreva però tener conto di quanto richiesto dalla giustizia e dalla responsabilità che i Pastori assumono di fronte ai fedeli, nel rispetto della legittima autonomia di ogni ente.

PARTE DISPOSITIVA

Di conseguenza, su proposta del Cardinale Presidente del Pontificio Consiglio «Cor Unum», sentito il parere del Pontificio Consiglio per i Testi Legislativi, stabilisco e decreto quanto segue:

Art. 1

§ 1. I fedeli hanno il diritto di associarsi e d'istituire organismi che mettano in atto specifici servizi di carità, soprattutto in favore dei poveri e dei sofferenti. Nella misura in cui risultino collegati al servizio di carità dei Pastori della Chiesa e/o intendano avvalersi per tale motivo del contributo dei fedeli, devono sottoporre i propri Statuti all'approvazione della competente autorità ecclesiastica ed osservare le norme che seguono.

§ 2. Negli stessi termini, è anche diritto dei fedeli costituire fondazioni per finanziare concrete iniziative caritative, secondo le norme dei cann. 1303 CIC e 1047 CCEO. Se questo tipo di fondazioni rispondesse alle caratteristiche indicate nel § 1 andranno anche osservate, *congrua congruis referendo*, le disposizioni della presente legge.

§ 3. Oltre ad osservare la legislazione canonica, le iniziative collettive di carità a cui fa riferimento il presente Motu Proprio sono tenute a seguire nella

propria attività i principi cattolici e non possono accettare impegni che in qualche misura possano condizionare l'osservanza dei suddetti principi.

§ 4. Gli organismi e le fondazioni promossi con fini di carità dagli Istituti di vita consacrata e Società di vita apostolica sono tenuti all'osservanza delle presenti norme ed in essi deve anche seguirsi quanto stabilito dai cann. 312 § 2 CIC e 575 § 2 CCEO.

Art. 2

§ 1. Negli Statuti di ciascun organismo caritativo a cui fa riferimento l'articolo precedente, oltre alle cariche istituzionali ed alle strutture di governo secondo il can. 95 § 1 CIC, saranno espressi anche i principi ispiratori e le finalità dell'iniziativa, le modalità di gestione dei fondi, il profilo dei propri operatori, nonché i rapporti e le informazioni da presentare all'autorità ecclesiastica competente.

§ 2. Un organismo caritativo può usare la denominazione di "cattolico" solo con il consenso scritto dell'autorità competente, come indicato dal can. 300 CIC.

§ 3. Gli organismi promossi dai fedeli ai fini della carità possono avere un Assistente ecclesiastico nominato a norma degli Statuti, secondo i cann. 324 § 2 e 317 CIC.

§ 4. Allo stesso tempo, l'autorità ecclesiastica tenga presente il dovere di regolare l'esercizio dei diritti dei fedeli secondo i cann. 223 § 2 CIC e 26 § 3 CCEO, onde venga evitato il moltiplicarsi delle iniziative di servizio di carità a detrimento dell'operatività e dell'efficacia rispetto ai fini che si propongono.

Art. 3

§ 1. Agli effetti degli articoli precedenti, s'intende per autorità competente, nei rispettivi livelli, quella indicata dai cann. 312 CIC e 575 CCEO.

§ 2. Trattandosi di organismi non approvati a livello nazionale, anche se operanti in varie diocesi, per autorità competente si intende il Vescovo diocesano del luogo dove l'ente abbia la sua sede principale. In ogni caso, l'organizzazione ha il dovere di informare i Vescovi delle altre diocesi ove operasse, e di rispettare le loro indicazioni riguardanti le attività delle varie entità caritative presenti in diocesi.

Art. 4

§ 1. Il Vescovo diocesano (cfr. can. 134 § 3 CIC e can. 987 CCEO) esercita la propria sollecitudine pastorale per il servizio della carità nella Chiesa particolare a lui affidata in qualità di Pastore, guida e primo responsabile di tale servizio.

§ 2. Il Vescovo diocesano favorisce e sostiene iniziative ed opere di servizio al prossimo nella propria Chiesa particolare, e suscita nei fedeli il fervore della carità operosa come espressione di vita cristiana e di partecipazione alla missione della Chiesa, come segnalato dai cann. 215 e 222 CIC e 25 e 18 CCEO.

§ 3. Spetta al rispettivo Vescovo diocesano vigilare affinché nell'attività e nella gestione di questi organismi siano sempre osservate le norme del diritto universale e particolare della Chiesa, nonché le volontà dei fedeli che avessero fatto donazioni o lasciti per queste specifiche finalità (cfr. cann. 1300 CIC e 1044 CCEO).

Art. 5

Il Vescovo diocesano assicuri alla Chiesa il diritto di esercitare il servizio della carità, e curi che i fedeli e le istituzioni sottoposte alla sua vigilanza osservino la legittima legislazione civile in materia.

Art. 6

È compito del Vescovo diocesano, come indicato dai cann. 394 § 1 CIC e 203 § 1 CCEO, coordinare nella propria circoscrizione le diverse opere di servizio di carità, sia quelle promosse dalla Gerarchia stessa, sia quelle rispondenti all'iniziativa dei fedeli, fatta salva l'autonomia che loro competesse secondo gli Statuti di ciascuna. In particolare, curi che le loro attività mantengano vivo lo spirito evangelico.

Art. 7

§ 1. Le entità di cui all'art. 1 § 1 sono tenute a selezionare i propri operatori tra persone che condividano, o almeno rispettino, l'identità cattolica di queste opere.

§ 2. Per garantire la testimonianza evangelica nel servizio della carità, il Vescovo diocesano curi che quanti operano nella pastorale caritativa della Chiesa, accanto alla dovuta competenza professionale, diano esempio di vita cristiana e testimonino una formazione del cuore che documenti una fede all'opera nella carità. A tale scopo provveda alla loro formazione anche in ambito teologico e pastorale, con specifici curricula concertati con i dirigenti dei vari organismi e con adeguate offerte di vita spirituale.

Art. 8

Ove fosse necessario per numero e varietà di iniziative, il Vescovo diocesano stabilisca nella Chiesa a lui affidata un ufficio che a nome suo orienti e coordini il servizio della carità.

Art. 9

§ 1. Il Vescovo favorisca la creazione, in ogni parrocchia della sua circoscrizione, d'un servizio di «Caritas» parrocchiale o analogo, che promuova anche un'azione pedagogica nell'ambito dell'intera comunità per educare allo spirito di condivisione e di autentica carità. Qualora risultasse opportuno, tale servizio sarà costituito in comune per varie parrocchie dello stesso territorio.

§ 2. Al Vescovo ed al parroco rispettivo spetta assicurare che, nell'ambito della parrocchia, insieme alla «Caritas» possano coesistere e svilupparsi altre iniziative di carità, sotto il coordinamento generale del parroco, tenendo conto tuttavia di quanto indicato nell'art. 2 § 4.

§ 3. È dovere del Vescovo diocesano e dei rispettivi parroci evitare che in questa materia i fedeli possano essere indotti in errore o in malintesi, sicché dovranno impedire che attraverso le strutture parrocchiali o diocesane vengano pubblicizzate iniziative che, pur presentandosi con finalità di carità, proponessero scelte o metodi contrari all'insegnamento della Chiesa.

Art. 10

§ 1. Al Vescovo spetta la vigilanza sui beni ecclesiastici degli organismi caritativi soggetti alla sua autorità.

§ 2. È dovere del Vescovo diocesano assicurarsi che i proventi delle collette svolte ai sensi dei cann. 1265 e 1266 CIC, e cann. 1014 e 1015 CCEO, vengano destinati alle finalità per cui siano stati raccolti (cann. 1267 CIC, 1016 CCEO).

§ 3. In particolare, il Vescovo diocesano deve evitare che gli organismi di carità che gli sono soggetti siano finanziati da enti o istituzioni che perseguono fini in contrasto con la dottrina della Chiesa. Parimenti, per non dare scandalo ai fedeli, il Vescovo diocesano deve evitare che organismi caritativi accettino contributi per iniziative che, nella finalità o nei mezzi per raggiungerle, non corrispondano alla dottrina della Chiesa.

§ 4. In modo particolare, il Vescovo curi che la gestione delle iniziative da lui dipendenti sia testimonianza di sobrietà cristiana. A tale scopo vigilerà affinché stipendi e spese di gestione, pur rispondendo alle esigenze della giustizia ed ai necessari profili professionali, siano debitamente proporzionate ad analoghe spese della propria Curia diocesana.

§ 5. Per consentire che l'autorità ecclesiastica di cui all'art. 3 § 1 possa esercitare il suo dovere di vigilanza, le entità menzionate nell'art. 1 § 1 sono tenute a presentare all'Ordinario competente il rendiconto annuale, nel modo indicato dallo stesso Ordinario.

Art. 11

Il Vescovo diocesano è tenuto, se necessario, a rendere pubblico ai propri fedeli il fatto che l'attività d'un determinato organismo di carità non risponda più alle esigenze dell'insegnamento della Chiesa, proibendo allora l'uso del nome "cattolico" ed adottando i provvedimenti pertinenti ove si profilassero responsabilità personali.

Art. 12

§ 1. Il Vescovo diocesano favorisca l'azione nazionale ed internazionale degli organismi di servizio della carità sottoposti alla sua cura, in particolare la cooperazione con le circoscrizioni ecclesiastiche più povere analogamente a quanto stabilito dai cann. 1274 § 3 CIC e 1021 § 3 CCEO.

§ 2. La sollecitudine pastorale per le opere di carità, a seconda delle circostanze di tempo e di luogo, può essere esplicata congiuntamente da vari Vescovi vicini nei riguardi di più Chiese insieme, a norma del diritto. Se si trattasse di ambito internazionale, sia consultato preventivamente il competente Dicastero della Santa Sede. È opportuno, inoltre, che, per iniziative di carità a livello nazionale, sia consultato da parte del Vescovo l'ufficio relativo della Conferenza Episcopale.

Art. 13

Resta sempre integro il diritto dell'autorità ecclesiastica del luogo di dare il suo assenso alle iniziative di organismi cattolici da svolgere nell'ambito della sua competenza, nel rispetto della normativa canonica e dell'identità propria dei singoli organismi, ed è suo dovere di Pastore vigilare perché le attività realizzate nella propria diocesi si svolgano conformemente alla disciplina ecclesiastica, proibendole o adottando eventualmente i provvedimenti necessari se non la rispettassero.

Art. 14

Dove sia opportuno, il Vescovo promuova le iniziative di servizio della carità in collaborazione con altre Chiese o Comunità ecclesiali, fatte salve le peculiarità proprie di ciascuno.

Art. 15

§ 1. Il Pontificio Consiglio «Cor Unum» ha il compito di promuovere l'applicazione di questa normativa e di vigilare affinché sia applicata a tutti i livelli, ferma restando la competenza del Pontificio Consiglio per i Laici sulle associazioni di fedeli, prevista dall'art 133 della Cost. ap. *Pastor Bonus*, e quella

propria della Sezione per i Rapporti con gli Stati della Segreteria di Stato e fatte salve le competenze generali degli altri Dicasteri e Organismi della Curia Romana. In particolare il Pontificio Consiglio «Cor Unum» curi che il servizio della carità delle istituzioni cattoliche in ambito internazionale si svolga sempre in comunione con le rispettive Chiese particolari.

§ 2. Al Pontificio Consiglio «Cor Unum» compete parimenti l'erezione canonica di organismi di servizio di carità a livello internazionale, assumendo successivamente i compiti disciplinari e di promozione che corrispondano in diritto.

Tutto ciò che ho deliberato con questa Lettera apostolica in forma di Motu Proprio, ordino che sia osservato in tutte le sue parti, nonostante qualsiasi cosa contraria, anche se degna di particolare menzione, e stabilisco che venga promulgato mediante la pubblicazione sul quotidiano «L'Osservatore Romano», ed entri in vigore il giorno 10 dicembre 2012.

Dato a Roma, presso San Pietro, l'11 novembre 2012, ottavo Anno del Pontificato.

BENEDICTUS PP XVI

CONNOTATI GIURIDICI DEL SERVIZIO DELLA CARITÀ ORGANIZZATO

LA prima enciclica di Benedetto XVI (*Deus caritas est*, 25 dicembre 2005) sollevava la questione della mancanza di una normativa specifica sul servizio della carità episcopale nel Codice di Diritto canonico: «Il *Codice di Diritto Canonico*, nei canoni riguardanti il ministero episcopale, non tratta espressamente della carità come di uno specifico ambito dell'attività episcopale, ma parla solo in modo generale del compito del Vescovo, che è quello di coordinare le diverse opere di apostolato nel rispetto della loro propria indole (cfr. can. 394; *Codice dei Canoni delle Chiese Orientali*, can. 203)» (n. 32). La sottolineatura dell'enciclica indicava in questo modo la presenza nella legge universale di quel fenomeno giuridico che viene di solito denominato tecnicamente *lacuna legis* (il motu proprio la chiama «lacuna normativa» nel Proemio),¹ e che è contemplato dal legislatore canonico nel can. 19 CIC.

Il Papa stesso aggiungeva che il servizio della carità era stato preso in considerazione dall'ultimo *Direttorio per il ministero pastorale dei Vescovi* «*Apostolorum successores*», pubblicato nel 2004 dalla Congregazione per i Vescovi: «Recentemente, tuttavia, il *Direttorio per il ministero pastorale dei Vescovi* ha ap-

¹ Sull'argomento, vedi il recente E. BAURA, *Parte generale del Diritto canonico. Diritto e sistema normativo*, Roma 2013, p. 201-210.

profondito più concretamente il dovere della carità come compito intrinseco della Chiesa intera e del Vescovo nella sua Diocesi (cfr. nn. 193-198, 204-210) ed ha sottolineato che l'esercizio della carità è un atto della Chiesa come tale e che, così come il servizio della Parola e dei Sacramenti, fa parte anch'essa dell'essenza della sua missione originaria (cfr. *Ibid.*, 194, 205-206). Ma il contenuto di un "direttorio" non ha carattere di legge in senso "formale"; come ricorda il Codice non può innovare l'ordinamento perché i direttori «non derogano alle leggi» (can. 33 § 1 CIC).

Il motu proprio *Intima Ecclesiae natura* è venuto a colmare quella lacuna legale individuata all'inizio del pontificato: «col presente Motu Proprio intendo fornire un quadro normativo organico che serva meglio ad ordinare, nei loro tratti generali, le diverse forme ecclesiali organizzate del servizio della carità, che è strettamente collegata alla natura diaconale della Chiesa e del ministero episcopale» (*Proemio*).²

Tuttavia, la lettura e l'interpretazione del nuovo motu proprio non appare lineare e, per così dire, scontata, ma richiede degli approfondimenti di diversa natura che in queste pagine cercheremo di accennare, anche se molte volte non potremo risolvere i problemi che manifestano.

1. La nozione di "servizio della carità"

L'oggetto delle norme contenute nel motu proprio che commentiamo è costituito dal servizio della carità «soprattutto se esercitato in maniera organizzata e col sostegno esplicito dei Pastori» (*Proemio*). Questa determinazione pone il problema di comprendere cosa effettivamente sia il "servizio della carità" e quali specificità esso abbia nell'esercizio della funzione pastorale nella Chiesa, e più specificamente del ministero episcopale; e poi ricomprendere la sua portata giuridica.³

Al n. 19 della *Deus caritas est*, Benedetto XVI riferiva l'espressione "servizio della carità" al «servizio che la Chiesa svolge per venire costantemente incontro alle sofferenze e ai bisogni, anche materiali, degli uomini». Qualche paragrafo dopo, al n. 22, metteva questo "servizio della carità" nella vita della Chiesa allo stesso livello della Parola e i sacramenti, che costituiscono i beni della comunione ecclesiale (cfr. can. 205): «la Chiesa non può trascurare

² Un fatto banale di cronaca, la concomitanza della pubblicazione del motu proprio con l'apertura in Twitter di un profilo intestato al Pontefice (il documento è stato reso pubblico il primo dicembre 2012), ha fatto sì che la prima passasse quasi inosservata per i mezzi di comunicazione e molti fedeli.

³ Cfr. C. J. ERRÁZURIZ M., *La dimensione giuridica del servizio della carità (diakonia) nella Chiesa*, in J. MIÑAMBRES (cur.), *Diritto canonico e servizio della carità*, Milano 2008, p. 163-192; J. MIÑAMBRES, *La dimensione giuridica della carità nella missione della Chiesa*, «Euntes docete» 69 (2007) 197-210.

il servizio della carità così come non può tralasciare i Sacramenti e la Parola». Nel riassumere quanto detto, il Romano Pontefice scriveva le parole che danno inizio a questo motu proprio e che ribadiscono l'essenzialità del bene del "servizio della carità" per la vita e la missione della Chiesa: «l'intima natura della Chiesa si esprime in un triplice compito: annuncio della Parola di Dio (*kerygma-martyria*), celebrazione dei Sacramenti (*leiturgia*), servizio della carità (*diakonia*)».

Il Papa vedeva istituzionalizzato il "servizio della carità" in alcuni momenti della storia della Chiesa, tra i quali citava la "diaconia" egiziana: «verso la metà del IV secolo prende forma in Egitto la cosiddetta «*diaconia*»; essa è nei singoli monasteri l'istituzione responsabile per il complesso delle attività assistenziali, per il servizio della carità appunto» (n. 23). Particolarmente vivace è il racconto della testimonianza di Lorenzo, diacono della Chiesa di Roma, che distribuisce il denaro ai poveri e poi presenta questi alle autorità come il tesoro della Chiesa (n. 23).⁴ L'enciclica rammenta poi la figura di Giuliano l'apostata, che attribuiva alla preoccupazione dei cristiani per i poveri la loro popolarità, già nella prima metà del secolo IV (cfr. n. 24).

Il senso giuridico dell'espressione "servizio della carità" potrebbe essere quindi riferito alle situazioni di diritto e dovere che promanano dalla missione ricevuta dalla Chiesa di andare incontro alle necessità materiali degli uomini.⁵ In tale prospettiva, il servizio della carità comprenderebbe soltanto quelle attività che si rivolgono specificamente a lenire le sofferenze degli uomini e a risolvere i loro bisogni. Esso si esprimerebbe sia nel diritto e dovere di ciascun fedele di impegnarsi in queste attività individualmente, sia nella possibilità di riunire sforzi per affrontare in comune tali esigenze (diritto di associazione e di "fondazione"), sia anche nella necessità di organizzare tali attività da parte della gerarchia come manifestazione essenziale della missione della Chiesa.

Certamente, la missione della Chiesa comprende anche l'insegnamento della dottrina di Cristo e le opere di santificazione, specialmente attraverso la celebrazione della liturgia e in modo particolare dei sacramenti. Ed evidentemente, in un modo o nell'altro, tutte queste attività possono essere riferite alla carità. Ma, a nostro avviso, la nozione di "servizio della carità" adoperata in questo documento riguarda esclusivamente il soddisfacimento delle esigenze materiali (in senso ampio) della vita degli uomini.

⁴ «A lui, quale responsabile della cura dei poveri di Roma, era stato concesso qualche tempo, dopo la cattura dei suoi confratelli e del Papa, per raccogliere i tesori della Chiesa e consegnarli alle autorità civili. Lorenzo distribuì il denaro disponibile ai poveri e li presentò poi alle autorità come il vero tesoro della Chiesa».

⁵ Il termine "necessità materiali" deve essere comunque inteso in senso largo, comprendente anche, ad esempio, l'accompagnamento di persone sole o malate, ed altre attività simili.

Come dicevamo, il motu proprio *Intima Ecclesiae natura* si riferisce soprattutto alla dimensione organizzativa di quest'opera caritativa in capo all'ufficio episcopale. Per questo motivo, il testo delle norme non fa riferimento alla dimensione individuale dei diritti e degli obblighi di ciascun fedele in materia e tratta la possibilità di esercitare il diritto di associazione (e quelli correlati di riunione e di iniziativa apostolica) e di stabilire delle fondazioni in ambito caritativo, soltanto per quello che riguarda i rapporti di queste iniziative con la gerarchia.⁶

2. L'organizzazione del "servizio della carità"

Dalla prospettiva "gerarchica" o "pubblica" con cui viene affrontata la materia dal motu proprio, il punto di riferimento delle norme non può che essere l'autorità preposta alla funzione pastorale nella Chiesa, vale a dire, gli uffici cui viene attribuita in maniera stabile la presidenza della comunità ai diversi livelli.⁷ Il fatto che oggetto principale del documento sia l'ufficio episcopale non esclude il tradizionale coinvolgimento nel servizio della carità di tante espressioni della vita consacrata nella Chiesa, soggetti ai quali si applicano anche le presenti norme nei limiti della loro compatibilità con i carismi peculiari e con le proprie costituzioni o regole (cfr. art. 1 § 4).⁸

Il primo paragrafo del primo articolo della parte dispositiva del motu proprio descrive l'ambito soggettivo di applicazione della norma: «organismi che mettano in atto specifici servizi di carità», se «collegati al servizio di carità dei Pastori», oppure se intendono «avvalersi del contributo dei fedeli». Questi "organismi" possono essere corporazioni (§ 1) o fondazioni (§ 2). In realtà, esistono altri tipi di "organismi" che muovono nell'ambito caritativo, che non corrispondono esattamente né alla corporazione né alla fondazione; si pensi al primo "organismo" che è stato posto sotto la vigilanza del Pontificio Consiglio «Cor Unum», la *Caritas Internationalis*, che definisce se stessa come una confederazione. Ma anche altre iniziative di carità esulano dai limiti ristretti di quello che tradizionalmente è indicato con i termini "corporazione" e "fondazione" (parecchie ONG, organizzazioni non governative, si pongono come agenzie di coordinamento di sforzi di altri enti associativi e fondatizi per il raggiungimento di determinati scopi benefici soprattutto in

⁶ Per uno studio delle iniziative dei fedeli in questo ambito, cfr. L. NAVARRO, *Le iniziative dei fedeli nel servizio della carità. Fondamento e configurazione giuridica*, in J. MIÑAMBRES (cur.), *Diritto canonico e servizio della carità*, Milano 2008, p. 193-224.

⁷ L'intervento del Presidente di "Cor Unum" alla presentazione del motu proprio affrontava questo aspetto: R. SARAH, *Il Vescovo ministro della carità*, «L'Osservatore Romano» 2 dicembre 2012, p. 8.

⁸ In argomento, cfr. S. HAERING, *Servizio della carità e carismi degli Istituti religiosi*, in J. MIÑAMBRES (cur.), *Diritto canonico e servizio della carità*, Milano 2008, p. 225-242.

ambito internazionale). Pare che la norma del motu proprio, nell'utilizzo del termine "organismi", non presente nella legislazione universale canonica, intenda comprendere tutti i soggetti "collettivi" («le iniziative collettive di carità», art. 1 § 4) che possano essere inglobati nel "servizio della carità" inteso nel senso giuridico di cui abbiamo parlato sopra.

L'obiettivo della norma sembra essere quello di "organizzare" tutti quei soggetti appena descritti in modo che rappresentino veramente il "servizio di carità" della Chiesa. Perciò, le norme riguardano soprattutto gli enti con personalità giuridica pubblica, la cui caratteristica appunto è quella di agire *nomine Ecclesiae*. Certamente, fra gli "organismi" dell'art. 1 si ritroveranno anche delle persone giuridiche private, sia di tipo associativo che fondatizio, alle quali però dovrà essere applicata l'*Intima Ecclesiae natura* in modo congruente con la loro specificità.

Il "servizio della carità organizzato" fa quindi riferimento all'autorità della Chiesa. La disposizione dell'art. 3 § 1 richiama espressamente il can. 312 che, a sua volta, fa riferimento a tre autorità che possono erigere associazioni pubbliche: la Santa Sede, la Conferenza episcopale e il Vescovo diocesano. Rileva anche il § 2 dello stesso can. 312 (richiamato nel § 4 del primo art. del motu proprio), che richiede il consenso scritto del Vescovo diocesano per l'erezione di associazioni o di sezioni sorte nell'ambito della vita consacrata. È prevista anche la possibilità di organismi di carattere diocesano che agiscano in diverse diocesi senza raggiungere l'intero ambito della Conferenza episcopale: l'autorità competente sarà «il Vescovo diocesano del luogo dove l'ente abbia la sua sede principale» (art. 3 § 2). Un'ultima autorità potrebbe essere individuata nel riferimento dell'art. 9 ad alcuni obblighi dei parroci; tuttavia, l'eventuale intervento del parroco sembra disegnato più sulla scia di un accompagnamento ed incoraggiamento, con qualche ruolo nel coordinamento e nella vigilanza sulla trasmissione dell'insegnamento della Chiesa (cfr. art. 9 §§ 2 e 3), che non come un livello organizzativo vero e proprio: in nessun momento si pensa a iniziative ("organismi") di livello esclusivamente parrocchiale, tranne la Caritas⁹ o un "servizio" analogo (cfr. art. 9 § 1).

In alcuni casi («ove fosse necessario per numero e varietà di iniziative», art. 8), il legislatore prevede la possibilità di stabilire un ufficio stabile che, a nome del Vescovo, «orienti e coordini il servizio della carità» (art. 8). L'ufficio viene quindi a configurarsi come una specie di vicario episcopale per il "servizio della carità", anche se guardando all'origine storica di tale "servi-

⁹ Sull'argomento, cfr. G. DALLA TORRE, *La "Caritas": storia e natura giuridica*, in J. MIÑAMBRES (CUR.), *Diritto canonico e servizio della carità*, Milano 2008, p. 265-289; G.P. MONTINI, *Il caso Caritas. Nota sulla collocazione giuridica nella Chiesa*, «Quaderni di diritto ecclesiale» 17 (2004) 41-51; B. ROMA, *La carità, anima del diritto nella Chiesa, uno strumento per la sua realizzazione: la Caritas. Studio teologico-giuridico delle odierne espressioni della Caritas: italiana, diocesana, parrocchiale, internationalis*, Roma 1991.

zio” sembrerebbe particolarmente adeguato al ministero di un diacono,¹⁰ e ciò porrebbe la questione della riserva dell’ufficio di vicario episcopale ai presbiteri (cfr. can. 478).

3. *La protezione dell’identità “cattolica” e la gestione delle risorse*

Argomento importante della teologia e della disciplina sul “servizio della carità” è lo studio della specificità “cattolica” delle opere in cui tale servizio si esplica, il loro riferimento alla divinità, a Cristo, alla croce, che non può mancare se non a rischio di diventare “agenzia umanitaria” anziché Chiesa.¹¹ La preoccupazione si manifesta nel testo della parte dispositiva del motu proprio già dal primo articolo che richiama i “principi cattolici” come guida per l’attività delle iniziative collettive di carità (art. 1 § 3), ma si fa più stringente nella protezione della denominazione all’art 2 § 2 che esige il «consenso dell’autorità ecclesiastica competente» (can. 300), vale a dire, del Vescovo, della Conferenza episcopale o della Santa Sede, a seconda dell’ambito di riferimento dell’organismo, affinché l’iniziativa possa adoperare la denominazione di “cattolica”. Nei casi in cui «un determinato organismo di carità non risponda più alle esigenze dell’insegnamento della Chiesa» (art. 11), il Vescovo diocesano (o le altre autorità competenti: Conferenze episcopali o Santa Sede) è tenuto a rendere pubblico il fatto ai fedeli e a vietare l’uso della denominazione “cattolica” da parte dell’entità in questione.¹² Anche nella selezione degli operatori si cerca di proteggere l’identità cattolica degli organismi di “servizio della carità” mediante la prescrizione che richiede che si tenga presente la condivisione, o almeno il rispetto, dell’identità cattolica delle opere da parte dei candidati (art. 7 § 1). E perfino nella gestione economica delle entità di “servizio della carità” è fatto obbligo al Vescovo di «evitare che gli organismi caritativi accettino contributi per iniziative che, nelle finalità o nei mezzi per raggiungerle, non corrispondano alla dottrina della Chiesa» (art. 10 § 3).

Il motu proprio affida al Vescovo, e quindi anche alle Conferenze episcopali o alla Santa Sede in funzione dell’ambito di attività di ogni singola iniziativa (cfr. art. 10 § 5), la «vigilanza sui beni ecclesiastici degli organismi caritativi soggetti alla sua autorità» (art. 10 § 1). Si tratta invero della ripetizione

¹⁰ Non possiamo qui trattare le conseguenze di un eventuale affidamento stabile del “servizio della carità” ad un diacono, ma interessa ribadire che «il ministero della carità, anche se obbligo di tutti i ministri, è parte specifica del *carisma diaconale*» (CONGREGAZIONE PER I VESCOVI, *Direttorio per il ministero pastorale dei Vescovi “Apostolorum successores”* (2004), n. 195 d).

¹¹ Cfr. R. MINNERATH, *Ecco cosa qualifica l’identità cattolica degli organismi caritativi*, «L’Osservatore Romano» 21 febbraio 2013, p. 7.

¹² «L’insegnamento dottrinale e morale della Chiesa è direttamente interessato negli organismi caritativi. L’azione caritativa riguarda le questioni del rispetto della vita, della sessualità umana, del matrimonio, dell’educazione, del lavoro, della dipendenza (...)» (*ibid.*).

della norma del can. 1276 § 1 applicata agli organismi caritativi, con la peculiarità che il Codice attribuisce la competenza all'Ordinario, mentre il motu proprio che commentiamo la restringe al solo Vescovo diocesano (cfr. can. 134 CIC). Ad ogni modo, il compito di vigilare attribuito al Vescovo, riguarda soltanto i beni ecclesiastici, anche se poi il § 5 dello stesso art. 10 allarga il correlato obbligo di rendiconto annuale a tutte «le entità menzionate nell'art. 1 § 1», così comprendendo anche quelle che abbiano personalità giuridica privata e pertanto non siano titolari di beni ecclesiastici. In questo punto, l'applicazione delle norma dovrà contemperare l'esigenza di vigilanza sul "servizio della carità" da parte dell'autorità competente con la legittima autonomia di gestione dei beni non ecclesiastici. Forse sarà opportuno includere l'obbligo di rendicontazione negli statuti di entità che avranno personalità giuridica privata. Dal punto di vista dell'autorità, l'esigenza del rendiconto annuale rende adeguata la previsione, menzionata sopra, di un ufficio stabile per aiutare il Vescovo nei suoi compiti riguardo il "servizio della carità" (art. 8). Può essere affidata a questo ufficio la funzione di rivedere i rendiconti e di apportare i suggerimenti che tale esame possa sollevare. Inoltre, sarà di aiuto al Vescovo anche nell'organizzazione di eventuali collette (cfr. art. 10 § 2) e nel garantire che i beni così ottenuti siano destinati alle finalità per cui sono stati dati (*ibid.*).

Sarebbe auspicabile che gli organismi di "servizio della carità" previsti dalla norma, nel gestire i propri beni, anche quelli non ecclesiastici in senso tecnico, includessero negli statuti la previsione di fare quanto espresso dal can. 1287 § 2, vale a dire, la necessità di rendere "conto ai fedeli dei beni da questi stessi offerti". Trattasi di una esigenza di trasparenza nella gestione che aiuterebbe i fedeli a capire la destinazione delle offerte fatte a questi organismi e li renderebbe più consapevoli e corresponsabili nel "servizio della carità".

4. Cooperazione e coordinamento delle attività di "servizio della carità"

Nella globalizzazione caratteristica dell'era presente,¹³ il legislatore intende facilitare il coordinamento e la collaborazione tra le diverse istanze implicate nel servizio della carità. Da una parte, in senso negativo, intimando alle autorità coinvolte nell'organizzazione di tale servizio particolare attenzione per evitare «il moltiplicarsi di iniziative di servizio di carità a detrimento dell'operatività e dell'efficacia rispetto ai fini che si propongono» (art. 1 § 4). D'altra parte, in positivo, affidando al Vescovo il compito di «coordinare nella propria circoscrizione le diverse opere di servizio di carità» (art. 6) nel rispetto dell'autonomia di ciascuna, e la promozione della «cooperazione

¹³ Cfr. V. BUONOMO, *Globalizzazione e carità: questioni giuridiche*, in J. MIÑAMBRES (cur.), *Diritto canonico e servizio della carità*, Milano 2008, p. 345-375.

con le circoscrizioni ecclesiastiche più povere» (art. 12 § 1). A questo fine si prevede anche la collaborazione tra Vescovi di diverse diocesi (art. 12 § 2). Ma si garantisce in ogni caso «il diritto dell'autorità ecclesiastica del luogo di dare il suo assenso alle iniziative di organismi cattolici da svolgere nell'ambito della sua competenza» e il «dovere di Pastore di vigilare perché le attività realizzate nella propria diocesi si svolgano conformemente alla disciplina ecclesiastica» (art. 13). Infine, l'art. 14 prevede la promozione di attività in collaborazione con altre Chiese o Comunità ecclesiali.¹⁴

Il testo della norma incoraggia anche la collaborazione intradiocesana, tra Vescovo e parroci, nell'assicurare il servizio della carità e anche la coesistenza e lo sviluppo di «altre iniziative di carità» in ambito parrocchiale (art. 9 § 2), così come nella guida dei fedeli nel rispetto dell'insegnamento della Chiesa in questo ambito (art. 9 § 3).

5. Competenze del Pontificio Consiglio "Cor Unum"

La funzione generale del Pontificio Consiglio "Cor Unum" all'interno della Curia romana era stata descritta dall'art. 145 PB: «Il Consiglio esprime la sollecitudine della Chiesa Cattolica verso i bisognosi, perché sia favorita la fratellanza umana e si manifesti la carità di Cristo». L'art. successivo sviluppava questo compito generale adoperando i verbi "stimolare", "favorire e coordinare", "facilitare", "seguire" e "promuovere", verbi tutti che mettono in risalto il compito generale dei Pontifici Consigli di promuovere appunto l'azione pastorale in determinati settori, in questo caso nel settore del "servizio della carità" verso i bisognosi.

Nel 2004, il beato Giovanni Paolo II, in un documento con il quale conferiva nuovo assetto giuridico a *Caritas Internationalis* (la Lettera *Durante l'ultima cena*, del 16 settembre),¹⁵ affidava a "Cor Unum" il compito di "seguire ed accompagnare" la sua attività, di vigilare e coordinare l'attività dei membri della confederazione e di controllare prima della loro pubblicazione i "testi di orientamento" che *Caritas* intendesse emanare; il tutto per contribuire «a mantenere vivo lo spirito ecclesiale nella Confederazione» (cfr. n. 4 della Lettera).¹⁶ In questo documento, l'intervento di "Cor Unum" passava dalla promozione alla vigilanza e il controllo. Il 2 maggio 2012, la Segreteria di

¹⁴ La dimensione ecumenica del servizio della carità era già presente in CONGREGAZIONE PER I VESCOVI, *Direttorio per il ministero pastorale dei Vescovi "Apostolorum successores"* (2004), n. 197. Sull'argomento, cfr. J. OTADUY, *La collaborazione ecumenica ed interreligiosa nelle iniziative di carità*, in J. MIÑAMBRES (cur.), *Diritto canonico e servizio della carità*, Milano 2008, p. 291-317.

¹⁵ «AAS» 96 (2004) 929-931. Il testo della Lettera con un nostro commento, *Status giuridico-canonico di Caritas Internationalis*, «Ius Ecclesiae» 17 (2005) 293-302.

¹⁶ Cfr. G. DAL TOSO, *La relazione di "Caritas Internationalis" con il Pontificio Consiglio "Cor Unum" a seguito del chirografo "Durante l'ultima cena"*, in J. MIÑAMBRES (cur.), *Diritto canonico e servizio della carità*, Milano 2008, p. 403-408.

Stato promulgava un decreto generale, approvato *in forma specifica* da Benedetto XVI il 27 aprile dello stesso anno,¹⁷ che attribuiva a “Cor Unum” il «controllo e vigilanza» per l’intero ambito dell’attività istituzionale di *Caritas Internationalis* (art. 1 § 1).

Come si vede, in questa evoluzione normativa riguardante *Caritas Internationalis* vi è anche uno sviluppo della competenza di “Cor Unum”, che passa dalla “promozione” al “controllo e vigilanza”. Il motu proprio *Intima Ecclesiae natura* suppone un altro passo avanti nella stessa direzione di un coinvolgimento del Pontificio Consiglio nell’esercizio vicario della potestà esecutiva dell’ufficio primaziale, al pari di altri dicasteri della Curia. “Cor Unum” si conferma uno strumento di governo in senso proprio, oltre l’iniziale suo compito di promozione e incoraggiamento. Per questo motivo, oltre all’«erezione canonica di organismi di servizio di carità» assume anche «i compiti disciplinari (...) che corrispondano in diritto» (art. 15 § 2). E anche per ciò deve coordinarsi con il Pontificio Consiglio per i Laici e con la Sezione per i Rapporti con gli Stati della Segreteria di Stato (cfr. art. 15 § 1).

JESÚS MIÑAMBRES

¹⁷ «AAS» 104 (2012) 910-918.

Cari Componenti del Tribunale della Rota Romana!

È PER me motivo di gioia ritrovarvi in occasione dell'inaugurazione dell'anno giudiziario. Ringrazio il vostro Decano, Mons. Pio Vito Pinto, per i sentimenti espressi a nome di tutti voi e che contraccambio di cuore. Questo incontro mi offre l'opportunità di riaffermare la mia stima e considerazione per l'alto servizio che prestate al Successore di Pietro ed alla Chiesa intera, come pure di spronarvi ad un impegno sempre maggiore in un ambito certamente arduo, ma prezioso per la salvezza delle anime. Il principio che la *salus animarum* è la suprema legge nella Chiesa (cfr *CIC*, can. 1752) deve essere tenuto ben presente e trovare, ogni giorno, nel vostro lavoro, la dovuta e rigorosa risposta.

1. Nel contesto dell'*Anno della fede*, vorrei soffermarmi, in modo particolare, su alcuni aspetti del rapporto tra fede e matrimonio, osservando come l'attuale crisi di fede, che interessa varie parti del mondo, porti con sé una crisi della società coniugale, con tutto il carico di sofferenza e di disagio che questo comporta anche per i figli. Possiamo prendere come punto di partenza la comune radice linguistica che, in latino, hanno i termini *fides* e *foedus*, vocabolo, quest'ultimo, col quale il *Codice di Diritto Canonico* designa la realtà naturale del matrimonio, come patto irrevocabile tra uomo e donna (cfr can. 1055 § 1). Il reciproco affidarsi, infatti, è la base irrinunciabile di qualunque patto o alleanza.

Sul piano teologico, la relazione tra fede e matrimonio assume un significato ancora più profondo. Il vincolo sponsale, infatti, benché realtà naturale, tra i battezzati è stato elevato da Cristo alla dignità di sacramento (cfr *ibidem*).

Il patto indissolubile tra uomo e donna, non richiede, ai fini della sacramentalità, la fede personale dei nubendi; ciò che si richiede, come condizione minima necessaria, è l'intenzione di fare ciò che fa la Chiesa. Ma se è importante non confondere il problema dell'intenzione con quello della fede personale dei contraenti, non è tuttavia possibile separarli totalmente. Come faceva notare la Commissione Teologica Internazionale in un Documento del 1977, «nel caso in cui non si avverta alcuna traccia della fede in quanto

* Vedi alla fine del documento nota di M. GAS AIXENDRI, *Fede e intenzione nel matrimonio sacramento*.

tale (nel senso del termine “credenza”, disposizione a credere), né alcun desiderio della grazia e della salvezza, si pone il problema di sapere, in realtà, se l'intenzione generale e veramente sacramentale di cui abbiamo parlato, è presente o no, e se il matrimonio è contratto validamente o no» (*La dottrina cattolica sul sacramento del matrimonio* [1977], 2.3: *Documenti 1969-2004*, vol. 13, Bologna 2006, p. 145). Il beato Giovanni Paolo II, rivolgendosi a codesto Tribunale, dieci anni fa, precisò, tuttavia, che «un atteggiamento dei nubendi che non tenga conto della dimensione soprannaturale nel matrimonio può renderlo nullo solo se ne intacca la validità sul piano naturale nel quale è posto lo stesso segno sacramentale» (*ibidem*). Circa tale problematica, soprattutto nel contesto attuale, occorrerà promuovere ulteriori riflessioni.

2. La cultura contemporanea, contrassegnata da un accentuato soggettivismo e relativismo etico e religioso, pone la persona e la famiglia di fronte a pressanti sfide. In primo luogo, di fronte alla questione circa la capacità stessa dell'essere umano di legarsi, e se un legame che duri per tutta la vita sia veramente possibile e corrisponda alla natura dell'uomo, o, piuttosto, non sia, invece, in contrasto con la sua libertà e con la sua autorealizzazione. Fa parte di una mentalità diffusa, infatti, pensare che la persona diventi se stessa rimanendo “autonoma” ed entrando in contatto con l'altro solo mediante relazioni che si possono interrompere in ogni momento (Cfr *Allocuzione alla Curia Romana* [21 dicembre 2012]: *L'Osservatore Romano*, 22 dicembre 2012, p. 4). A nessuno sfugge come sulla scelta dell'essere umano di legarsi con un vincolo che duri tutta la vita influisca la prospettiva di base di ciascuno, a seconda cioè che sia ancorata a un piano meramente umano, oppure si schiuda alla luce della fede nel Signore. Solo aprendosi alla verità di Dio, infatti, è possibile comprendere, e realizzare nella concretezza della vita anche coniugale e familiare, la verità dell'uomo quale suo figlio, rigenerato dal Battesimo. «Chi rimane in me e io in lui, fa molto frutto, perché senza di me non potete fare nulla» (Gv 15, 5): così insegnava Gesù ai suoi discepoli, ricordando loro la sostanziale incapacità dell'essere umano di compiere da solo ciò che è necessario al conseguimento del vero bene. Il rifiuto della proposta divina, in effetti, conduce ad uno squilibrio profondo in tutte le relazioni umane (Cfr *Discorso alla Commissione Teologica Internazionale* [7 dicembre 2012]: *L'Osservatore Romano*, 8 dicembre 2012, p. 7), inclusa quella matrimoniale, e facilita un'errata comprensione della libertà e dell'auto realizzazione, che, unita alla fuga davanti alla paziente sopportazione della sofferenza, condanna l'uomo a chiudersi nel suo egoismo ed egocentrismo. Al contrario, l'accoglienza della fede rende l'uomo capace del dono di sé, nel quale soltanto, «aprendosi all'altro, agli altri, ai figli, alla famiglia... lasciandosi plasmare nella sofferenza, egli scopre l'ampiezza dell'essere persona umana» (*Discorso alla Curia Romana* [21 dicembre 2012]: *L'Osservatore Romano*, 22 dicembre 2012, p. 4).

La fede in Dio, sostenuta dalla grazia divina, è dunque un elemento molto importante per vivere la mutua dedizione e la fedeltà coniugale (*Catechesi all'Udienza generale* [8 giugno 2011] : *Insegnamenti VII/I* [2011], p. 792-793). Non s'intende con ciò affermare che la fedeltà, come le altre proprietà, non siano possibili nel matrimonio naturale, contratto tra non battezzati. Esso, infatti, non è privo dei beni che «provengono da Dio Creatore e si inseriscono in modo incoativo nell'amore sponsale che unisce Cristo e la Chiesa» (Commissione Teologica Internazionale, *La dottrina cattolica sul sacramento del matrimonio* [1977], 3.4: *Documenti 1969-2004*, vol. 13, Bologna 2006, p. 147). Certamente, però, la chiusura a Dio o il rifiuto della dimensione sacra dell'unione coniugale e del suo valore nell'ordine della grazia rende ardua l'incarnazione concreta del modello altissimo di matrimonio concepito dalla Chiesa secondo il disegno di Dio, potendo giungere a minare la validità stessa del patto qualora, come assume la consolidata giurisprudenza di codesto Tribunale, si traduca in un rifiuto di principio dello stesso obbligo coniugale di fedeltà ovvero degli altri elementi o proprietà essenziali del matrimonio.

Tertulliano, nella celebre *Lettera alla moglie*, parlando della vita coniugale contrassegnata dalla fede, scrive che i coniugi cristiani «sono veramente due in una sola carne, e dove la carne è unica, unico è lo spirito. Insieme pregano, insieme si prostrano e insieme digiunano; l'uno ammaestra l'altro, l'uno onora l'altro, l'uno sostiene l'altro» (*Ad uxorem libri duo*, II, IX: *PL* 1, 1415B-1417A). In termini simili si esprime san Clemente Alessandrino: «Se infatti per entrambi uno solo è Dio, allora per entrambi uno solo è il Pedagogo – Cristo –, una è la Chiesa, una la sapienza, uno il pudore, in comune abbiamo il nutrimento, il matrimonio ci unisce ... E se comune è la vita, comune è anche la grazia, la salvezza, la virtù, la morale» (*Pædagogus*, I, IV, 10.1: *PG* 8, 259B). I Santi che hanno vissuto l'unione matrimoniale e familiare nella prospettiva cristiana, sono riusciti a superare anche le situazioni più avverse, conseguendo talora la santificazione del coniuge e dei figli con un amore sempre rafforzato da una solida fiducia in Dio, da una sincera pietà religiosa e da un'intensa vita sacramentale. Proprio queste esperienze, contrassegnate dalla fede, fanno comprendere come, ancor oggi, sia prezioso il sacrificio offerto dal coniuge abbandonato o che abbia subito il divorzio, se – riconoscendo l'indissolubilità del vincolo matrimoniale valido – riesce a non lasciarsi «coinvolgere in una nuova unione ... In tal caso il suo esempio di fedeltà e di coerenza cristiana assume un particolare valore di testimonianza di fronte al mondo e alla Chiesa» (Giovanni Paolo II, Esort. ap. *Familiaris consortio* [22 novembre 1981], 83: *AAS* 74 [1982], p. 184).

3. Vorrei soffermarmi, infine, brevemente, sul *bonum coniugum*. La fede è importante nella realizzazione dell'autentico bene coniugale, che consiste semplicemente nel volere sempre e comunque il bene dell'altro, in funzione

di un vero e indissolubile *consortium vitae*. In verità, nel proposito degli sposi cristiani di vivere una vera *communio coniugal*is vi è un dinamismo proprio della fede, per cui la *confessio*, la risposta personale sincera all'annuncio salvifico, coinvolge il credente nel moto d'amore di Dio. "Confessio" e "caritas" sono «i due modi in cui Dio ci coinvolge, ci fa agire con Lui, in Lui e per l'umanità, per la sua creatura ... La "confessio" non è una cosa astratta, è "caritas", è amore. Solo così è realmente il riflesso della verità divina, che come verità è inseparabilmente anche amore» (*Meditazione alla prima Congregazione Generale del la XIII Assemblea Generale Ordinaria del Sinodo dei Vescovi* [8 ottobre 2012]: «L'Osservatore Romano», 10 ottobre 2012, p. 7). Soltanto attraverso la fiamma della carità, la presenza del Vangelo non è più solo parola, ma realtà vissuta. In altri termini, se è vero che «la fede senza la carità non porta frutto e la carità senza la fede sarebbe un sentimento in balia costante del dubbio», si deve concludere che «fede e carità si esigono a vicenda, così che l'una permette all'altra di attuare il suo cammino» (Lett. ap. *Porta fidei* [11 ottobre 2012], 14: «L'Osservatore Romano», 17-18 ottobre 2011, p.

4. Se ciò vale nell'ampio contesto della vita comunitaria, deve valere ancora di più nell'unione matrimoniale. È in essa, di fatto, che la fede fa crescere e fruttificare l'amore degli sposi, dando spazio alla presenza di Dio Trinità e rendendo la stessa vita coniugale, così vissuta, «lieta novella» davanti al mondo.

Riconosco le difficoltà, da un punto di vista giuridico e pratico, di enucleare l'elemento essenziale del *bonum coniugum*, inteso finora prevalentemente in relazione alle ipotesi di incapacità (cfr *CIC*, can. 1095). Il *bonum coniugum* assume rilevanza anche nell'ambito della simulazione del consenso. Certamente, nei casi sottoposti al vostro giudizio, sarà l'indagine *in facto* ad accertare l'eventuale fondatezza di questo capo di nullità, prevalente o coesistente con un altro capo dei tre «beni» agostiniani, la procreatività, l'esclusività e la perpetuità. Non si deve quindi prescindere dalla considerazione che possano darsi dei casi nei quali, proprio per l'assenza di fede, il bene dei coniugi risulti compromesso e cioè escluso dal consenso stesso; ad esempio, nell'ipotesi di sovvertimento da parte di uno di essi, a causa di un'errata concezione del vincolo nuziale, del principio di parità, oppure nell'ipotesi di rifiuto dell'unione duale che contraddistingue il vincolo matrimoniale, in rapporto con la possibile coesistente esclusione della fedeltà e dell'uso della copula adempiuta *humano modo*.

Con le presenti considerazioni, non intendo certamente suggerire alcun facile automatismo tra carenza di fede e invalidità dell'unione matrimoniale, ma piuttosto evidenziare come tale carenza possa, benché non necessariamente, ferire anche i beni del matrimonio, dal momento che il riferimento all'ordine naturale voluto da Dio è inerente al patto coniugale (cfr *Gen* 2,24).

Cari Fratelli, invoco l'aiuto di Dio su di voi e su quanti nella Chiesa si adoperano per la salvaguardia della verità e della giustizia riguardo al vincolo sacro del matrimonio e, per ciò stesso, della famiglia cristiana. Vi affido alla protezione di Maria Santissima, Madre di Cristo, e di san Giuseppe, Custode della Famiglia di Nazaret, silenzioso e obbediente esecutore del piano divino della salvezza, mentre imparto volentieri a voi e ai vostri cari la Benedizione Apostolica.

FEDE E INTENZIONE NEL MATRIMONIO SACRAMENTO

SOMMARIO: 1. Introduzione. 2. Rapporto tra fede e sacramento nel matrimonio. 3. Mancanza di fede e intenzione coniugale. 4. Il matrimonio dei non credenti nel CIC. 5. Il ruolo della fede nella piena realizzazione del matrimonio cristiano. 6. Conclusioni.

1. INTRODUZIONE

L'ULTIMO discorso pronunciato da Benedetto XVI – oggi Pontefice emerito – ai Prelati Uditori del Tribunale della Rota Romana, nel contesto dell'Anno della fede, intende commentare “alcuni aspetti del rapporto tra fede e matrimonio, osservando come l'attuale crisi di fede, che interessa varie parti del mondo, porti con sé una crisi della società coniugale, con tutto il carico di sofferenza e di disagio che questo comporta anche per i figli”.¹ Queste riflessioni del Pontefice ci offrono spunti di notevole interesse nel contesto della riflessione sulla rilevanza canonica della fede nel matrimonio cristiano.

La secolarizzazione delle società occidentali costituisce un fatto preoccupante per la Chiesa, più volte messo in rilievo dal suo predecessore, Giovanni Paolo II in simili discorsi.² Questo processo, caratterizzato dalla perdita del senso trascendente della vita conduce da una parte ad una segregazione del matrimonio cristiano secondo la quale esso diventerebbe un matrimonio diverso, speciale, destinato solo ad alcune persone particolarmente preparate, e per accedere al quale si dovrebbero esigere dei requisiti specifici di capacità o di consenso.³ Questo modo di vedere il matrimonio condurrebbe

¹ BENEDETTO XVI, *Allocuzione al Tribunale della Rota Romana*, 26 gennaio 2013, n. 1. Il testo integrale del discorso può trovarsi sulla pagina web ufficiale della Santa Sede: www.vatican.va

² Sono da rilevarsi i discorsi alla Rota in occasione dell'inaugurazione dell'anno giudiziario nel 2001 e 2003: GIOVANNI PAOLO II, *Allocuzione al Tribunale della Rota Romana*, 1 febbraio 2001, in «L'Osservatore Romano», 2-II-2001, 7; IDEM, *Allocuzione al Tribunale della Rota Romana* 30 gennaio 2003, «L'Osservatore Romano», 31-I-2003, 5

³ Su questo argomento, cf. M. GAS AIXENDRI, *Essenza del matrimonio cristiano e rifiuto della*

“inevitabilmente a voler separare il matrimonio dei cristiani da quello delle altre persone. Ciò si opporrebbe profondamente al vero senso del disegno divino, secondo cui è proprio la realtà creazionale che è un «mistero grande» in riferimento a Cristo e alla Chiesa”.⁴

D'altra parte, come viene a sottolineare il Pontefice emerito nel discorso che commentiamo, la secolarizzazione e la mancanza di un senso cristiano della vita e dei rapporti umani conduce non di rado ad una visione deformata del matrimonio e della famiglia così come sono disegnati *ab origine* nel progetto divino. Come avremo occasione di approfondire più avanti, il Pontefice, benché rivolga alla comunità scientifica un invito a “promuovere ulteriori riflessioni”, non intende cambiare indirizzo rispetto al magistero precedente sulla questione, ma piuttosto illustrare alcune possibili manifestazioni della mancanza di fede sulla retta intenzione matrimoniale.⁵

Occorre pertanto ribadire la continuità tra gli insegnamenti di Benedetto XVI ed il magistero di Giovanni Paolo II. Non avrebbe sostegno nella realtà una interpretazione delle parole del Pontefice nel discorso dell'anno 2013 come una “svolta” o un segno di discontinuità rispetto al magistero anteriore. Una tale interpretazione infatti si porrebbe in aperta contraddizione con l'“ermeneutica della continuità” auspicata dallo stesso Benedetto XVI.⁶ La continuità con il magistero di Giovanni Paolo II è chiara dal fatto della citazione di uno dei passi chiave del discorso alla Rota del 2003. Dobbiamo inoltre aggiungere che il discorso si pone anche in perfetta continuità con gli stessi insegnamenti di Benedetto XVI, concretamente nei discorsi alla Rota degli anni 2007, 2009 e 2011: nel primo accenna alla ricerca della verità sul matrimonio, la quale è essenzialmente quella “naturale”.⁷ Nel secondo, parlan-

dignità sacramentale. Riflessioni alla luce del recente discorso del Papa alla Rota, «Ius Ecclesiae» 13 (2001), 122-145.

⁴ GIOVANNI PAOLO II, *Allocuzione al Tribunale della Rota Romana*, 1 febbraio 2001, n. 8.

⁵ Già in un Incontro con il clero della Diocesi di Aosta il 25 luglio 2005, poco dopo l'inizio del pontificato, Benedetto XVI ebbe occasione di parlare sulla necessità di queste riflessioni: “quando sono stato Prefetto della Congregazione per la Dottrina della Fede ho invitato diverse Conferenze episcopali e specialisti a studiare questo problema: un sacramento celebrato senza fede. Se realmente si possa trovare qui un momento di invalidità perché al sacramento mancava una dimensione fondamentale non oso dire. Io personalmente lo pensavo, ma dalle discussioni che abbiamo avuto ho capito che il problema è molto difficile e deve essere ancora approfondito. Ma data la situazione di sofferenza di queste persone, è da approfondire”. Il testo originale può essere consultato sul sito web della Santa Sede: www.vatican.va.

⁶ Benedetto XVI ha parlato più volte di “ermeneutica della rottura e di “ermeneutica della riforma” nel senso che il magistero della Chiesa rappresenta sempre la continuità dell'unico soggetto-Chiesa, un soggetto che cresce nel tempo e si sviluppa, rimanendo però sempre lo stesso. Cf. Benedetto XVI, *Discorso alla Curia Romana in occasione degli auguri natalizi*, 22 dicembre 2005. Ha utilizzato questa terminologia in altre occasioni, come ad esempio nel *Discorso all'Assemblea Generale della Conferenza Episcopale Italiana*, 24 maggio 2012.

⁷ BENEDETTO XVI, *Allocuzione al Tribunale della Rota Romana*, 27 gennaio 2007: “Questo

do della capacità matrimoniale, mette in rilievo come questa vada misurata dagli elementi del matrimonio sul piano naturale.⁸ Nell'ultimo, a proposito della preparazione al matrimonio, ribadisce che le condizioni indispensabili per l'ammissione alla celebrazione del matrimonio canonico sono quelle della dimensione naturale del matrimonio.⁹

2. RAPPORTO TRA LA FEDE E SACRAMENTO NEL MATRIMONIO

“Sul piano teologico” afferma Benedetto XVI “la relazione tra fede e matrimonio assume un significato ancora più profondo. Il vincolo sponsale, infatti, benché realtà naturale, tra i battezzati è stato elevato da Cristo alla dignità di sacramento”.¹⁰ Questa “elevazione” non è stata mai interpretata dalla tradizione della Chiesa come “trasformazione” del vincolo coniugale in qualcosa di diverso, in una realtà che sarebbe solo percettibile da chi avesse la fede e rimarrebbe invece incomprensibile e addirittura irraggiungibile per chi non fosse credente. Riprendendo la distinzione tra fede e ragione, più volte illustrata e approfondita da Benedetto XVI, si potrebbe dire che il matrimonio – anche quello sacramentale – non è oggetto della fede ma della ragione e della volontà naturale dell'uomo e della donna.

sforzo si è sviluppato poggiando sull'indiscusso presupposto che il matrimonio abbia una sua verità, alla cui scoperta e al cui approfondimento concorrono armonicamente ragione e fede, cioè la conoscenza umana, illuminata dalla Parola di Dio, sulla realtà sessualmente differenziata dell'uomo e della donna, con le loro profonde esigenze di complementarietà, di donazione definitiva e di esclusività”.

⁸ BENEDETTO XVI, *Allocuzione al Tribunale della Rota Romana*, 29 gennaio 2009: “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. (...) 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”.

⁹ BENEDETTO XVI, *Allocuzione al Tribunale della Rota Romana*, 29 gennaio 2011: “Non bisogna mai dimenticare, tuttavia, che l'obiettivo immediato di tale preparazione è quello di promuovere la libera celebrazione di un vero matrimonio, la costituzione cioè di un vincolo di giustizia ed amore tra i coniugi, con le caratteristiche dell'unità ed indissolubilità, ordinato al bene dei coniugi e alla procreazione ed educazione della prole, e che tra battezzati costituisce uno dei sacramenti della Nuova Alleanza. (...) I fidanzati vengono posti in grado di scoprire la verità di un'inclinazione naturale e di una capacità di impegnarsi che essi portano inscritte nel loro essere relazionale uomo-donna. È da lì che scaturisce il diritto quale componente essenziale della relazione matrimoniale, radicato in una potenzialità naturale dei coniugi che la donazione consensuale attualizza. Ragione e fede concorrono a illuminare questa verità di vita, dovendo comunque rimanere chiaro che, come ha insegnato ancora il Venerabile Giovanni Paolo II, «la Chiesa non rifiuta la celebrazione delle nozze a chi è *bene dispositus*, anche se imperfettamente preparato dal punto di vista soprannaturale, purché abbia la retta intenzione di sposarsi secondo la realtà naturale della coniugalità» (*Allocuzione alla Rota Romana*, 30 gennaio 2003, n. 8: AAS 95 [2003], p. 397)”.

¹⁰ BENEDETTO XVI, *Allocuzione al Tribunale della Rota Romana*, 26 gennaio 2013, n. 1.

Ciononostante, Giovanni Paolo II mise in rilievo come “a partire dal Vaticano II, è stato frequente il tentativo di rivitalizzare l’aspetto soprannaturale del matrimonio anche mediante proposte teologiche, pastorali e canonistiche estranee alla tradizione, come quella di richiedere la fede quale requisito per sposarsi”.¹¹ In effetti, ribadisce Benedetto XVI, “Il patto indissolubile tra uomo e donna, non richiede, ai fini della sacramentalità, la fede personale dei nubendi; ciò che si richiede, come condizione minima necessaria, è l’intenzione di fare ciò che fa la Chiesa”.¹²

Nel sacramento del matrimonio gli stessi coniugi battezzati sono i ministri, i quali, esprimendo il consenso, se lo conferiscono l’un l’altro e al tempo stesso reciprocamente lo ricevono. Per l’esistenza del segno sacramentale, la Chiesa ha richiesto tradizionalmente nei ministri dei sacramenti l’intenzione di *fare ciò che fa la Chiesa*. Ma quale contenuto deve avere questa intenzione minima nel matrimonio, visto che i nubenti sono allo stesso tempo ministri e soggetti del sacramento? La Chiesa in ogni sacramento *fa* qualcosa di diverso, nel senso che prende elementi umani per esprimere realtà soprannaturali, per significare e realizzare la salvezza che Dio vi offre in essi. Nel matrimonio Dio ha preso una realtà già esistente nell’ordine della creazione, senza alterarne la sostanza né trasformarla in altra realtà: il vincolo matrimoniale è in sé atto a significare l’amore di Dio per l’umanità e perciò Cristo l’ha elevato *così com’è* all’ordine soprannaturale.¹³

Quando due battezzati si uniscono in matrimonio, il loro consenso – se è autentico – costituisce la donazione coniugale realizzata da due cristiani, la quale per volontà divina esprime visibilmente il mistero dell’unione sponsale di Cristo e la Chiesa. Il contenuto di “ciò che fa la Chiesa” nel sacramento del matrimonio, è ciò che fanno gli sposi cristiani in tale sacramento, vale a dire, donarsi e accettarsi reciprocamente nella loro dimensione coniugale per costituire il matrimonio. La *intentio faciendi quod facit Ecclesia* non implica dunque una *intentio sacramentalis* ma soprattutto una *intentio matrimonialis*,¹⁴ fermo restando che l’intenzione matrimoniale implica volere il matrimonio

¹¹ GIOVANNI PAOLO II, *Allocuzione al Tribunale della Rota Romana*, 1 febbraio 2001, n. 8.

¹² BENEDETTO XVI, *Allocuzione al Tribunale della Rota Romana*, 26 gennaio 2013, n. 1.

¹³ Cf. M. GAS AIXENDRI, *Ammissione al matrimonio sacramentale e fede dei nubenti*, in *Ammissione alle nozze e prevenzione della nullità del matrimonio*, a cura di M. A. Ortiz, Roma 2005, 266-267.

¹⁴ È irrilevante che i nubenti intendano esplicitamente *facere quod facit Ecclesia* o *facere quod facit Status*, perché – oltre il fatto che il matrimonio non lo fa né la Chiesa (istituzione) né lo Stato, ma loro stessi – ciò che *vuole la Chiesa* è il matrimonio così come è stato istituito da Dio, e ciò è per l’appunto quello che vuole qualsiasi persona che celebri un matrimonio valido, che sia credente o meno, che creda nell’istituzione divina – nel sacramento – o meno. Cf. J. HERVADA-P. LOMBARDÍA, *El Derecho del Pueblo de Dios. Hacia un sistema de Derecho canónico*, vol. III/1, Pamplona 1973, 270-271.

com'è nel *progetto divino* e cioè con un'inequivocabile dimensione trascendente, sacramentale tra battezzati.¹⁵

Il contenuto dell'intenzione minima necessaria per costituire il segno sacramentale diventa il criterio fondamentale d'ammissione alla celebrazione del matrimonio tra battezzati attraverso il concetto della *retta intenzione*. Giovanni Paolo II ha affrontato tale questione in un noto brano dell'Esortazione Apostolica *Familiaris consortio*. Lì viene appunto definito il contenuto della retta intenzione, la quale è intesa come "la decisione dell'uomo e della donna di sposarsi secondo il progetto divino, cioè di impegnare nel loro irrevocabile consenso coniugale tutta la loro vita in un amore indissolubile ed in una fedeltà incondizionata".¹⁶ Quali soggetti possono essere ammessi alla celebrazione del matrimonio sacramentale? Coloro che dimostrino di avere almeno la retta intenzione di sposarsi secondo la realtà naturale della coniugalità,¹⁷ la quale va misurata d'accordo con l'oggetto del consenso matrimoniale.

La dimensione sacramentale è intrinseca alla donazione coniugale, ma va collocata su un piano diverso, di modo che nel costituirsi il matrimonio attraverso la donazione coniugale, si realizzi il sacramento. Da questa prospettiva si può affermare che non faccia parte necessaria dell'oggetto del consenso volere in modo diretto ed espresso, oltre al coniugio, la sacramentalità, perché quest'ultima non sorge dal potere dei coniugi, ma di Cristo.¹⁸ È necessario dunque distinguere adeguatamente la *causa del segno* sacramentale – che è la volontà veramente matrimoniale – e la causa degli *effetti sacramentali*, che è la volontà salvifica di Cristo.¹⁹

Per non accogliere il progetto divino sul matrimonio facendo venir meno la rettitudine dell'intenzione occorrerebbe un atteggiamento attivo nei nubenti, di positivo rifiuto di ciò che la Chiesa celebra nel matrimonio, in modo che rigettassero di fatto lo stesso matrimonio cristiano.²⁰ Si giungerebbe così ad una negazione esplicita e formale di *ciò che la Chiesa intende compiere*

¹⁵ Cf. M. A. ORTIZ, *Sulla rilevanza della volontà contraria alla dignità sacramentale del matrimonio*, «Il Diritto Ecclesiastico», 110/II (1999), 367.

¹⁶ GIOVANNI PAOLO II, Esort. Ap. *Familiaris consortio* n. 68.

¹⁷ GIOVANNI PAOLO II, *Allocuzione al Tribunale della Rota Romana*, 30-1-2003, n. 8, 5.

¹⁸ Cf. P.-J. VILADRICH, *Il consenso matrimoniale. Tecniche di qualificazione e di esegesi delle cause canoniche di nullità (cc. 1095 a 1107)*, Milano 2001, pp. 279-280. Si tratta dell'argomento sul quale la tradizione canonica ha appoggiato la dottrina sull'irrelevanza dell'errore e sulla *intentione contraria* al sacramento quando esiste una vera volontà matrimoniale.

¹⁹ Cf. G. LO CASTRO, *Il «foedus matrimoniale» come «consortium totius vitae»*, in *Tre studi sul matrimonio*, Milano 1992, p. 19.

²⁰ «Quando, al contrario, nonostante ogni tentativo fatto, i nubendi mostrano di rifiutare in modo esplicito e formale ciò che la Chiesa intende compiere quando si celebra il matrimonio dei battezzati, il pastore d'anime non può ammetterli alla celebrazione». Esort. Ap. *Familiaris consortio*, n. 68.

quando si celebra il matrimonio dei battezzati:²¹ vale a dire, lo stesso matrimonio sacramentale, e non solo il suo essere sacramento.

3. MANCANZA DI FEDE E INTENZIONE CONIUGALE

Il punto nodale del discorso del Pontefice è prevalentemente volto a evidenziare come la carenza della fede “possa, benché non necessariamente, ferire anche i bene del matrimonio”. Vale a dire, quali possano essere le eventuali (non necessarie) conseguenze della mancanza (o addirittura assenza totale) della fede personale sul piano dell’intenzione coniugale e come possa la mancanza di fede proiettarsi sull’oggetto del consenso, il quale altro non è che il matrimonio sul piano naturale.

Il Papa prende come punto di partenza la necessità di “non confondere il problema dell’intenzione con quello della fede personale dei contraenti”, per poi affermare che “non è tuttavia possibile separarli totalmente”, ed illustra questa affermazione citando un celebre brano della Commissione Teologica Internazionale: “nel caso in cui non si avverta alcuna traccia della fede in quanto tale (nel senso del termine «credenza», disposizione a credere), né alcun desiderio della grazia e della salvezza, si pone il problema di sapere, in realtà, se l’intenzione generale e veramente sacramentale di cui abbiamo parlato, è presente o no, e se il matrimonio è contratto validamente o no”.²² Questo testo viene però immediatamente precisato e completato con un pronunciamento chiave del discorso del Beato Giovanni Paolo II alla Rota nel 2003, nel senso che “un atteggiamento dei nubendi che non tenga conto della dimensione soprannaturale nel matrimonio può renderlo nullo solo se ne intacca la validità sul piano naturale nel quale è posto lo stesso segno sacramentale”.²³ In questo modo rimane chiaro che l’esame della validità o meno del consenso matrimoniale dei non credenti non debba essere incentrato sul grado di fede dei contraenti, ma sull’oggetto reale del loro consenso. Tale oggetto, infatti, e proprio a causa della mancanza di fede, potrebbe in alcuni casi essere radicalmente viziato. Il discorso vuole sottolineare il pericolo che, là dove non vi sia una salda adesione alle verità della fede, si potrebbe verificare una deviazione dalla retta comprensione di ciò che il matrimonio è.

In quest’ottica Benedetto XVI individua nell’allocuzione alcune ipotesi meritevoli di considerazione, senza peraltro suggerire “alcun facile automa-

²¹ Cf. *ibidem*.

²² COMMISSIONE TEOLOGICA INTERNAZIONALE, *La dottrina cattolica sul sacramento del matrimonio* (1977), 2.3: *Documenti 1969-2004*, vol. 13, Bologna 2006, p. 145. Un commento alle *Propositiones* de la Commissione può trovarsi in G. BERTOLINI, *Intenzione coniugale e sacramentalità del matrimonio*, Padova 2008, 13-21.

²³ GIOVANNI PAOLO II, *Allocuzione al Tribunale della Rota Romana*, 30-1-2003, cit., n. 8, p. 5.

tismo tra carenza di fede e invalidità dell'unione matrimoniale". La validità o meno di ogni matrimonio dovrà essere valutata caso per caso, senza che si possano fare generalizzazioni o "equazioni matematiche" applicabili a tutte le situazioni soggettive di mancanza di fede.

Il Pontefice sottolinea come la carenza della fede possa condurre ad un rifiuto degli elementi essenziali del matrimonio. La cultura contemporanea è "contrassegnata da un accentuato soggettivismo e relativismo etico e religioso" e questo fatto "pone la persona e la famiglia di fronte a pressanti sfide". Infatti, "la chiusura a Dio o il rifiuto della dimensione sacra dell'unione coniugale e del suo valore nell'ordine della grazia" potrebbero "giungere a minare la validità stessa del patto qualora, (...) si traduca in un rifiuto di principio dello stesso obbligo coniugale di fedeltà ovvero degli altri elementi o proprietà essenziali del matrimonio". Per elementi o proprietà si intendono l'apertura della vita coniugale all'accoglienza della prole, la fedeltà, l'indissolubilità del vincolo, e per finire quell'altro elemento essenziale che si indica con l'espressione *bonum coniugum*. Su questo ultimo aspetto il Papa sottolinea il fatto che "la fede è importante nella realizzazione dell'autentico bene coniugale, che consiste semplicemente nel volere sempre e comunque il bene dell'altro, in funzione di un vero e indissolubile *consortium vitae*".²⁴

A proposito del *bonum coniugum* il Pontefice afferma che questo "assume rilevanza anche nell'ambito della simulazione del consenso", aggiungendo allo stesso tempo che "sarà l'indagine *in facto* ad accertare l'eventuale fondatezza di questo capo di nullità, prevalente o coesistente con un altro capo dei tre «beni» agostiniani, la procreatività, l'esclusività e la perpetuità. Non si deve quindi prescindere dalla considerazione che possano darsi dei casi nei quali, proprio per l'assenza di fede, il bene dei coniugi risulti compromesso e cioè escluso dal consenso stesso; ad esempio, nell'ipotesi di sovvertimento da parte di uno di essi, a causa di un'errata concezione del vincolo nuziale, del principio di parità, oppure nell'ipotesi di rifiuto dell'unione duale che contraddistingue il vincolo matrimoniale, in rapporto con la possibile coesistente esclusione della fedeltà e dell'uso della copula adempiuta *humano modo*".²⁵

Il rifiuto della proposta divina, in effetti, conduce ad uno squilibrio profondo in tutte le relazioni umane inclusa quella matrimoniale.

4. IL MATRIMONIO DEI NON CREDENTI NEL CIC

L'insieme della vigente disciplina canonica tratta il matrimonio prevalentemente nella sua dimensione coniugale naturale, proprio perché gli aspetti sostanziali del matrimonio cristiano sono gli stessi *dal principio*.²⁶ È vero che

²⁴ BENEDETTO XVI, *Allocuzione al Tribunale della Rota Romana*, 26 gennaio 2013, n. 2.

²⁵ *Ibidem*.

²⁶ Non manca però chi considera questo fatto una carenza e propone una rivalutazione del

la sacramentalità è presente in alcuni canoni del codice: da una parte, il matrimonio è collocato nel contesto della funzione di santificare della Chiesa, nel Libro IV del Codice latino, e proprio i due primi canoni – il 1055, chiave di volta di tutta la disciplina canonica sul matrimonio, ed il 1056 – fanno riferimento all'inseparabilità tra realtà naturale e sacramentale.²⁷ L'affermazione contenuta nel c. 1055 § 2 del CIC (tra battezzati non esiste vero matrimonio che non sia sacramento), costituisce una dichiarazione teologica che in qualche modo *condiziona* il soggetto battezzato: quando si vuole un *vero matrimonio* tra battezzati, si riceve il sacramento.²⁸ D'altra parte, dalla prospettiva dei capi di nullità del matrimonio, sono due i canoni che – esplicita o implicitamente – fanno riferimento alla dignità sacramentale del matrimonio: quello sul c.d. *errore determinante*²⁹ (c. 1099 CIC) e quello riguardante la simulazione (c. 1101 CIC), poiché è opinione comune tra gli autori che l'esclusione della dignità sacramentale possa giungere a intaccare la validità del matrimonio tra battezzati.³⁰

Ma nella definizione del consenso matrimoniale dei battezzati e del suo oggetto il c. 1057 CIC non accenna ad alcun elemento sacro e non considera per la validità altra intenzione che la donazione coniugale. Si potrebbe dire che per il Legislatore canonico “*solus consensus facit nuptias*” e per i battezzati “*solus consensus facit sacramentum*”.³¹ Né la sacramentalità né le disposizioni soprannaturali dei nubenti vengono considerate come elementi

sacramento anche sul piano giuridico canonico: cfr. E. CORECCO, *Il sacramento del matrimonio: cardine della costituzione della Chiesa*, in *Ius et Communio. Scritti di Diritto Canonico*, a cura di G. BORGONOVO E A. CATTANEO, Casale Monferrato 1997, pp. 564-591; J.M. SERRANO RUIZ, *L'ispirazione conciliare nei principi generali del matrimonio canonico*, Bologna 1991, pp. 50-55.

²⁷ A nostro avviso, e seguendo la stregua segnata dal Santo Padre nel presente discorso, come in quello del 1 febbraio 2001 citato, più che d'inseparabilità, bisogna parlare d'identità sostanziale, poiché come abbiamo visto in precedenza, il segno sacramentale altro non è che la stessa donazione coniugale.

²⁸ Cf. C. BURKE, *La sacramentalità del matrimonio: riflessioni canoniche*, in *Sacramentalità e validità del matrimonio nella giurisprudenza del Tribunale della Rota Romana*, Città del Vaticano 1995, p. 156.

²⁹ Il testo del c. 1099 CIC 1983 (come il c. 822 del CCEO) afferma: «*Error circa matrimonii unitatem vel indissolubilitatem aut sacramentalem dignitatem, dummodo non determinet voluntatem, non vitiat consensum matrimonialem*».

Sulla genesi del canone e la stesura finale proposta per il 1099, ed indirettamente per il 1101 § 2, cf. M. GAS AIXENDRI, *Relevancia canónica del error sobre la dignidad sacramental del matrimonio*, Roma 2001, pp. 33-39.

³⁰ Risparmiamo i riferimenti specifici alle diverse interpretazioni sulla considerazione di tale esclusione come totale (cioè dello stesso matrimonio) o parziale (di un elemento essenziale di esso): una sintesi riassuntiva si può trovare nella monografia citata *Relevancia canónica del error sobre la dignidad sacramental del matrimonio*, pp. 333 ss.

³¹ J. MIRAS, *Consentimiento y sacramentalidad. Reflejos de la sacramentalidad del matrimonio en la regulación jurídica del consentimiento en el CIC y en el CCEO*, «*Fidelium Iura*», 14 (2004), 145.

della capacità matrimoniale, né la loro mancanza rientra quale impedimento o circostanza limitante l'abilità per sposarsi.

Il Codice non prende in considerazione la fede personale dei nubenti tra i requisiti per accedere alla celebrazione canonica delle nozze né come requisito di capacità o come causa diretta di nullità. Il fatto che per sposarsi coloro che hanno rigettato notoriamente la fede abbiano bisogno di una licenza (c. 1071, 4 CIC) e che per alcuni anni (tra l'entrata in vigore del CIC 1983 ed il Motu Proprio *Omnia in mentem* del 2009) coloro che avessero abbandonato la Chiesa con un "atto formale" non siano stati soggetti alla forma canonica *ad valorem* non significa affatto che l'ordinamento canonico consideri la fede come requisito necessario per contrarre. A suo tempo il *Coetus* ritenne che non si poteva impedire di contrarre validamente anche a coloro che avendo rigettato la fede erano stati battezzati nella Chiesa e che doveva essere salvaguardato lo *ius connubii* di questi fedeli. Lo stesso criterio segue il Codice per quanto riguarda la disciplina dei *matrimonia mixta* i quali sono da considerarsi sacramentali, anche se alcune confessioni acattoliche notoriamente negano o non riconoscono la dignità sacramentale del vincolo coniugale.³²

La Chiesa non solo ammette al matrimonio gli apostati,³³ cioè coloro che rifiutano in modo esplicito e formale l'insieme della fede cattolica, ma – dall'anno 2009 – di nuovo li obbliga a contrarre secondo la forma canonica.³⁴ Questo fatto è coerente con l'impostazione dell'ordinamento canonico nei confronti dell'intenzione richiesta per la validità, la quale non presuppone la fede né alcuna traccia di fede, ma la retta volontà di sposarsi. E proprio perché la fede personale non è un requisito per l'ammissione al matrimonio sacramentale, il diritto della Chiesa riconosce la validità (salva ovviamente la prova del contrario) del matrimonio contratto dai battezzati non cattolici.

Se l'insieme della sistemazione giuridica del matrimonio nei Codici canonici non è impostata sulla dimensione soprannaturale ma sulla volontà di donarsi e accettarsi come coniugi è perché la validità del consenso dipende dall'intenzione veramente coniugale dei contraenti e non dalle loro disposizioni nei confronti della sacramentalità. Non ammettere alla celebrazione canonica chi – a causa della mancanza di fede – è imperfettamente preparato sul piano soprannaturale dimostrerebbe scarso rispetto per i diritti dei fedeli.

³² Cf. G. BERTOLINI, *Intenzione coniugale e sacramentalità del matrimonio*, cit., 32-35.

³³ Sulle conseguenze dell'abbandono formale della fede riguardo il matrimonio canonico, cf. M. GAS AIXENDRI, *Apostasía y libertad religiosa. Conceptualización jurídica del abandono confesional*, Granada 2012, 26-28.

³⁴ Con il Motu proprio *Omnia in mentem* del 26 ottobre 2009, Benedetto XVI ha deciso la soppressione della clausola *actus formalis defectionis ab Ecclesia catholica* dai canoni 1086 § 1, 1117 e 1124, per cui, anche chi avesse operato – ed è vero che spesso ciò avviene per concrete contingenze che poco hanno a che fare con autentici problemi di fede – siffatta defezione, è tenuto, *ad validitatem*, alla forma canonica.

Lo *ius connubii* è un diritto fondamentale radicato nella condizione di persona, e, nel contempo, un diritto intraecclesiale fondato sulla condizione di battezzato. Lo status di fedele non modifica nel battezzato i suoi diritti naturali, ma li proietta sul piano soprannaturale.³⁵ Lo *ius connubii* non cambia contenuto né ha un'ampiezza diversa rispetto a quello appartenente al non battezzato. I fedeli hanno diritto a contrarre un *vero* matrimonio; vale a dire, a contrarre il vincolo sacramentale, d'accordo con la loro condizione di battezzati.³⁶ E tale è la condizione storica del matrimonio, siano i nubenti credenti o meno, che abbiano adeguate disposizioni spirituali o meno. Richiedere per la validità del vincolo dei fedeli requisiti o attuazioni non esigibili ai non battezzati, equivarrebbe a stabilire una limitazione ingiustificata allo *ius connubii*, e collocare il fedeli in una posizione di svantaggio rispetto a chi fedele non è, fatto che contraddirebbe apertamente la logica dell'elevazione soprannaturale del matrimonio.³⁷

5. IL RUOLO DELLA FEDE NELLA PIENA REALIZZAZIONE DEL MATRIMONIO CRISTIANO

Se la fede personale non è un elemento essenziale per la costituzione del matrimonio cristiano, quale ruolo ha nella vita matrimoniale e familiare? Nell'Anno della fede Benedetto XVI si chiede giustamente quale rilievo attribuire a questa disposizione soprannaturale nel progetto di vita dei coniugi cristiani. Innanzitutto il Papa considera "la fede in Dio, sostenuta dalla grazia divina" come "un elemento molto importante per vivere la mutua dedizione e la fedeltà coniugale".³⁸

Il sacramento è concepito nella tradizione cristiana come dono per la santificazione degli sposi cristiani. La sacramentalità colloca il rapporto coniugale nel momento della redenzione, e lo restituisce alla sua originale grandezza sanando le ferite del peccato. Il matrimonio è segno e fonte di grazia, dono per realizzare in modo pieno la vocazione personale alla santità degli

³⁵ S. TOMMASO D'AQUINO, *Summa Theologiae*, II-II, q. 10, a. 10: «ius divinum quod est ex gratia, non tollit ius humanum quod est ex naturali ratione». Cf. J.I. BAÑARES, *Comentario al c. 1058*, in *Comentario Exegético al Código de Derecho Canónico*, vol. III, Pamplona 1996, pp. 1070-1071.

³⁶ Cf. T. RINCÓN-PÉREZ, *El derecho a contraer matrimonio de los católicos no creyentes*, in *El matrimonio cristiano*, in *Les Droits Fondamentaux du Chrétien dans l'Eglise et dans la Société*, Fribourg 1981, p. 268.

³⁷ La dottrina è unanime nello stabilire tre note essenziali agli impedimenti, quali limitazioni allo *ius connubii*: il loro carattere eccezionale; devono essere stabiliti in modo espresso; devono essere interpretati in senso stretto. Perciò anche la riserva di stabilirne di nuovi alla suprema autorità della Chiesa. Cf. Z. GROCHOLEWSKI, *L'esclusione della dignità sacramentale del matrimonio come capo autonomo di nullità matrimoniale*, «Monitor Ecclesiasticus», 121 (1996), p. 329.

³⁸ BENEDETTO XVI, *Allocuzione al Tribunale della Rota Romana*, 26 gennaio 2013, n. 2.

coniugi battezzati.³⁹ Aprendosi alla grazia di Dio per la loro risposta di fede personale, gli sposi cristiani possono “comprendere, e realizzare nella concretezza della vita anche coniugale e familiare, la verità dell’uomo quale suo figlio, rigenerato dal Battesimo”.⁴⁰

La grazia del matrimonio-sacramento potenzia e dispone perché la relazione con il coniuge assomigli al rapporto tra Cristo e la Chiesa e partecipi realmente di esso in tutte le circostanze – felici ed avverse – della loro esistenza. Innanzitutto l’accoglienza della fede rende l’uomo più capace di donarsi al coniuge e di aprirsi agli altri, ai figli, alla famiglia.⁴¹ L’amore degli sposi cristiani diventa “charitas” tramite la loro fede personale. “La fede fa crescere e fruttificare l’amore degli sposi, dando spazio alla presenza di Dio Trinità e rendendo la stessa vita coniugale, così vissuta, “lieta novella” davanti al mondo”.⁴² Perciò “la fede è anche importante nella realizzazione dell’autentico bene coniugale, che consiste semplicemente nel volere sempre e comunque il bene dell’altro, in funzione di un vero e indissolubile *consortium vitae*”. Ed è fuori dubbio che “nel proposito degli sposi cristiani di vivere una vera *communio coniugalis* vi è un dinamismo proprio della fede, per cui la *confessio*, la risposta personale sincera all’annuncio salvifico, coinvolge il credente nel moto d’amore di Dio”.⁴³

La grazia sacramentale agisce tramite la fede degli sposi anche nelle difficoltà dell’esistenza quotidiana di ogni famiglia. “I Santi che hanno vissuto l’unione matrimoniale e familiare nella prospettiva cristiana, sono riusciti a superare anche le situazioni più avverse, conseguendo talora la santificazione del coniuge e dei figli con un amore sempre rafforzato da una solida fiducia in Dio, da una sincera pietà religiosa e da un’intensa vita sacramentale. Proprio queste esperienze, contrassegnate dalla fede, fanno comprendere come, ancor oggi, sia prezioso il sacrificio offerto dal coniuge abbandonato o che abbia subito il divorzio, se – riconoscendo l’indissolubilità del vincolo matrimoniale valido – riesce a non lasciarsi «coinvolgere in una nuova unione ... In tal caso il suo esempio di fedeltà e di coerenza cristiana assume un particolare valore di testimonianza di fronte al mondo e alla Chiesa» (Gio-

³⁹ Il magistero ecclesiastico non ha riconosciuto solennemente questo insegnamento fino al Concilio Vaticano II (Const. Dogm. *Lumen gentium* 11; Const. Past. *Gaudium et spes*, 48). Precursore decisivo di questa dottrina nel xx secolo è stato San Josemaria Escrivà de Balaguer: cf. ad esempio, *Colloqui con Mons. Escrivà di Balaguer*, Milano 1968, n. 91: “Il matrimonio è fatto perché quelli che lo contraggono vi si santifichino e santifichino gli altri per mezzo di esso: perciò i coniugi hanno una grazia speciale, che viene conferita dal sacramento istituito da Gesù Cristo. Chi è chiamato allo stato matrimoniale, trova in esso, con la grazia di Dio, tutti i mezzi necessari per essere santo, per identificarsi ogni giorno di più con Gesù e per condurre verso il Signore le persone con cui vive”.

⁴⁰ BENEDETTO XVI, *Allocuzione al Tribunale della Rota Romana*, 26 gennaio 2013, n. 2.

⁴¹ Cf. *ibidem*.

⁴² *Ibidem*, n. 4.

⁴³ *Ibidem*, n. 3.

vanni Paolo II, Esort. ap. *Familiaris consortio* [22 novembre 1981], 83: AAS 74 [1982], p. 184)".⁴⁴

Il matrimonio è voluto da Dio come cammino personale della grande maggioranza degli uomini, cristiani e non, e per i battezzati diventa vocazione alla santità. Sotto questa luce, il valore sacramentale del matrimonio dei battezzati acquista pieno senso. L'elevazione alla dignità sacramentale, piechezza del disegno divino sul matrimonio, rappresenta una manifestazione dell'amore redentore di Dio, è essenzialmente un dono, non una carica né un ostacolo. La prospettiva della sacramentalità come dono per la santificazione degli sposi e della famiglia apre nuovi orizzonti nella comprensione del matrimonio cristiano. Esso, in effetti, senza cambiare la sua natura è stato costituito quale «segno sacro che santifica, azione di Gesù che pervade l'anima di coloro che si sposano e li invita a seguirlo, perché in Lui tutta la vita matrimoniale si trasforma in un cammino divino sulla terra».⁴⁵

6. CONCLUSIONI

La mancanza di fede, secondo la prevalente linea giurisprudenziale, è irrilevante ai fini di determinare la validità o meno del matrimonio cristiano, poiché non necessariamente comporta assenza di volontà matrimoniale.⁴⁶ Si deve sostenere che dove esiste autentica donazione tra gli sposi battezzati si realizza il segno sacramentale: tale vera unione coniugale è per ciò stesso sacramento, senza che i contraenti abbiano il potere di decisione sulla significazione soprannaturale del loro atto di donazione matrimoniale. La semplice determinazione di *non volere* la dimensione sacramentale non ha efficacia se non distrugge la stessa donazione atta a significare l'amore di Cristo alla Chiesa, vale a dire, la retta intenzione di sposarsi.

⁴⁴ *Ibidem*, n. 2.

⁴⁵ Il carattere santificante del matrimonio è uno degli insegnamenti più significativi del Concilio Vaticano II (cf. Cost. Past. *Gaudium et spes*, n. 48). Uno dei precursori di questa dottrina è stato San Josemaria Escrivá de Balaguer, giurista e maestro di spiritualità, che dall'inizio del suo lavoro pastorale, negli anni '30 dello scorso secolo, non solo insegnò che il matrimonio è realtà santa e cammino di santificazione per gli sposi, ma spinse migliaia di persone a prendere coscienza di questa profonda verità, cercando la propria santificazione nell'adempimento dei doveri coniugali e familiari.

⁴⁶ Sent. c. Staffa 5-VIII-1949, SRRD 41 (1949); c. Mattioli 27-II-1953, SRRD 45 (1953); c. Doheny 18-II-1959, SRRD 51 (1959); c. Doheny 10-VII-1959, SRRD 51 (1959); c. Rogers 8-XI-1962, SRRD 54 (1962); c. Pompedda 9-V-1970, SRRD 62 (1970); c. Fiore 17-VII-1973, SRRD 65 (1973); c. Serrano 18-IV-1986, RRD 78 (1986); c. Burke 23-VI-1987, RRD 79 (1987); c. Stankiewicz 19-V-1988, RRD 80 (1988); c. Pompedda 16-I-1995, RRD 87 (1995); c. Burke 18-V-1995, RRD 87 (1995); c. Gianecchini 18-XII-1996, «Monitor Ecclesiasticus» 4 (1998); c. Turnaturi 18-IV-2002, in A. 43/02; c. Caberletti 24-10-2003, in A. 49/04; c. Sciacca 28_XI-2003, in A. 117/03; c. Stankiewicz 27-II-2004, in A. 25/04; c. Boccafolo 6-V-2004, in A. 49/04; c. Uber 6-IV-2005, in A. 37/05; c. Turnaturi 21-VII-2005, in A. 87/05; c. De Angelis 10-III-2006, in A. 28/06; c. Bottone 12-V-2006, in A.56/06.

La retta intenzione implica l'accogliere il progetto divino sul matrimonio, il quale è realtà sacra dal momento della creazione. Così, il solo fatto di prescindere o "fare a meno" della dimensione trascendente del matrimonio non intacca di per sé la retta intenzione di sposarsi. Infatti, non di rado, i pastori riscontrano che la richiesta di celebrazione del matrimonio sacramentale viene fatta per motivi di carattere familiare o di costume sociale; tutto ciò non giustifica a priori un eventuale rifiuto di tali richieste. Meno ancora se si considera che è la Chiesa stessa chi – per motivi fondati – impone ai battezzati cattolici l'obbligo di sposarsi in forma canonica, senza escludere gli apostati e meno ancora coloro che non hanno la fede.⁴⁷ D'altra parte, "non si deve dimenticare che questi fidanzati, in forza del loro battesimo, sono realmente già inseriti nell'Alleanza sponsale di Cristo, con la Chiesa e che, per la loro retta intenzione, hanno accolto il progetto di Dio sul matrimonio e, quindi, almeno implicitamente, acconsentono a ciò che la Chiesa intende fare quando celebra il matrimonio".⁴⁸

È possibile dichiarare la nullità del matrimonio per mancanza di fede? Per quanto riportato finora, sembra chiaro, che se la fede non è un requisito per contrarre un valido matrimonio sacramentale, la sua mancanza non può diventare *di per sé* una causa di nullità del matrimonio. L'assenza – anche radicale – di fede non costituisce *a priori* un ostacolo affinché due battezzati – seguendo la loro *inclinatio naturalis* – possano volere un *vero matrimonio*, che per loro non sarà che sacramentale in virtù del battesimo ricevuto. La mancanza di fede non ha *necessariamente* ripercussioni nella sfera della volizione di un vero matrimonio. D'altronde, appare problematico il tentativo di *tradurre* la mancanza di fede in termini di *intenzione*, poiché si tratterebbe di un passaggio non giustificato dall'ordine intellettuale – la mancanza di fede – a quello volitivo, cioè dell'intenzione.

Questo è conseguenza del carattere *peculiare* del sacramento del matrimonio, per la cui ricezione ed amministrazione non occorre un atto di fede: essendo la medesima realtà naturale *elevata* alla dignità di segno salvifico, l'intenzione veramente matrimoniale è in sé stessa intenzione sacramentale, poiché l'atto di contrarre è l'atto proprio con il quale si costituisce il sacramento. L'elevazione non ha trasformato il matrimonio in un *oggetto soprannaturale* che si raggiungerebbe solo mediante la fede, o almeno presupporrebbe un minimo di fede: la realtà naturale del matrimonio, e la sua sostanza sul piano della donazione coniugale, rimane identica, allo stesso modo in cui è identico l'oggetto dell'atto di volontà che fa nascere il vincolo. La fede non è elemento di mediazione che dà la capacità per volere il matrimonio sacramentale, né la sua mancanza – pure quella più radicale – indica qualcosa di

⁴⁷ Cf. BENEDETTO XVI, Motu proprio *Omnium in mentem*, 26 ottobre 2009.

⁴⁸ GIOVANNI PAOLO II, Esort. Ap. *Familiaris consortio*, n. 68.

preciso sull'esistenza o meno di una vera volontà matrimoniale tra battezzati. Pertanto, la verifica delle conseguenze della miscredenza dei nubenti va accertata caso per caso.⁴⁹ Nella grande maggioranza dei casi, la mancanza di fede condurrà ad una situazione di ignoranza della dignità sacramentale, e pertanto d'indifferenza – e non di rifiuto – nella sfera dell'atto di volontà.⁵⁰

Tuttavia è possibile stabilire un qualche rapporto tra mancanza di fede e nullità del matrimonio? È fuori dubbio, che la mancanza di fede può avere – e avrà spesso – altre conseguenze *indirette* sulla validità del matrimonio, giacché l'allontanamento da Dio comporta una perdita del vigore e della chiarezza sul piano etico.⁵¹ Ed è proprio questo il suggerimento fatto nel discorso, senza cadere in alcun "facile automatismo tra carenza di fede e invalidità dell'unione matrimoniale", ma evidenziando come tale carenza possa, in taluni casi, ferire la valida costituzione del vincolo coniugale.

Il soggetto che si trova in questa situazione – chi ha ricevuto una formazione atea, laicista, ecc. –, non di rado possiede una concezione errata del matrimonio e lo concepisce come un rapporto che si configura secondo i desideri delle parti – solubile, non esclusivo – e che differisce sostanzialmente dal *progetto divino sul matrimonio*, vale a dire, dal *matrimonio quale realtà naturale*. Questo non significa supporre che soltanto colui che ha la fede possa comprendere il progetto divino sul matrimonio, appunto perché la *inclinatio* è *naturalis*, e non proviene da una determinata concezione religiosa del matrimonio.⁵²

Infine, occorre sottolineare la "trascendenza costitutiva di tutto ciò che appartiene all'essere della persona umana, ed in particolare alla sua relazionalità naturale secondo la distinzione e la complementarità tra l'uomo e la donna"⁵³ per rivalutare quanto di buono e di trascendente vi possa essere in un matrimonio meno fruttuoso, cioè nel matrimonio di colui che, malgrado sia *bene dispositus* sul piano della coniugalità, è imperfettamente preparato dal punto di vista soprannaturale.⁵⁴ Non si può infatti negare che "la fedeltà, come le altre proprietà, non siano possibili nel matrimonio naturale".⁵⁵ Ogni unione matrimoniale per il fatto di essere autentica donazione tra un uomo e una donna, esclusiva, fedele e feconda, è di per sé aperta alla comunione con l'altro, e alla trascendenza in quanto riflesso –immagine –

⁴⁹ Cf. M. A. ORTIZ, *Abbandono della Chiesa e forma del matrimonio*, in *La giurisdizione della Chiesa sul matrimonio e sulla famiglia*, a cura di J. Carreras, Milano 1998, pp. 183-184.

⁵⁰ Cf. C. BURKE, *La sacramentalità del matrimonio: riflessioni canoniche*, cit., pp. 149-150.

⁵¹ Cf. C. J. ERRÁZURIZ M., *La rilevanza canonica della sacramentalità del matrimonio e della sua dimensione familiare*, «*Ius Ecclesiae*», 7 (1995), p. 568.

⁵² Cf. sent. c. Burke, 18-III-1995, n. 3.

⁵³ GIOVANNI PAOLO II, *Allocuzione al Tribunale della Rota Romana*, 30-I-2003, n. 5, cit., pp. 4-5.

⁵⁴ Cfr. *ibidem*, n. 8, p. 5.

⁵⁵ Cf. BENEDETTO XVI, *Allocuzione al Tribunale della Rota Romana*, 26 gennaio 2013, n. 2.

del rapporto di comunione che è connaturale a Dio Uno e Trino. E questa stessa unione, in senso inverso, può essere il cammino per riscoprire e aprirsi all'azione di Dio.

MONTSERRAT GAS AIXENDRI

ATTI DELLA SANTA SEDE

SEGRETERIA DI STATO, *Accordo di base tra la Santa Sede e il Montenegro*, 24 giugno 2011.*

LA Santa Sede e il Montenegro, in seguito le Parti, – nell'intento di stabilire il quadro giuridico delle relazioni tra la Chiesa cattolica e lo Stato del Montenegro; – facendo riferimento, il Montenegro ai suoi principi costituzionali sulla libertà religiosa e la Santa Sede ai documenti del Concilio Vaticano Secondo e alle norme del Diritto Canonico; – considerando la pluriscolare presenza della Chiesa cattolica in Montenegro, nonché l'importanza della Convenzione tra Leone XIII e Nicolò I, Principe di Montenegro, del 18 agosto 1886; – tenendo presente il ruolo svolto dalla Chiesa cattolica in campo sociale, culturale e pedagogico; – richiamandosi ai principi internazionalmente riconosciuti sulla distinzione fra religione e Stato e sulla libertà di religione; hanno stabilito di comune accordo quanto segue:

Articolo 1

La Santa Sede e il Montenegro riaffermano che lo Stato e la Chiesa cattolica sono, ciascuno nel proprio ordine, indipendenti e autonomi, impegnandosi al pieno rispetto di tale principio nei loro rapporti e alla reciproca collaborazione per lo sviluppo integrale, cioè spirituale e materiale, dell'uomo e per la promozione del bene comune.

Articolo 2

1. Il Montenegro riconosce la personalità giuridica pubblica della Chiesa cattolica, in conformità ai propri principi costituzionali e al Diritto Canonico della Chiesa cattolica. 2. Il Montenegro riconosce anche la personalità giuridica pubblica di tutte le istituzioni ecclesiastiche che hanno tale personalità giuridica in conformità alle norme del Diritto Canonico della Chiesa cattolica. 3. L'Autorità ecclesiastica competente ha il diritto di erigere, modificare, abolire o riconoscere le persone giuridiche ecclesiastiche, secondo le norme del Diritto Canonico. Essa ne informa il competente organo dell'ammini-

* Vedi alla fine del documento nota di F. VECCHI, *Appunti sull'Accordo di Base del 24 giugno 2011 tra la Santa Sede e il Montenegro*.

strazione civile, per la relativa registrazione, secondo le norme civili. 4. La configurazione territoriale delle circoscrizioni ecclesiastiche non si estenderà oltre i confini del Montenegro.

Articolo 3

Il Montenegro garantisce alla Chiesa cattolica e alle sue persone giuridiche e fisiche la libertà di comunicare e di mantenere contatti con la Santa Sede, con le Conferenze Episcopali di altri Paesi, come pure con le Chiese particolari, istituzioni e persone sia all'interno dello Stato che all'estero.

Articolo 4

Nel rispetto del diritto alla libertà di religione, il Montenegro riconosce alla Chiesa cattolica il libero esercizio della sua missione apostolica, in particolare per quanto riguarda il culto divino, il governo, l'insegnamento e l'attività delle associazioni di cui all'Articolo 15.

Articolo 5

È diritto esclusivo della competente Autorità ecclesiastica regolare liberamente l'ordinamento ecclesiastico proprio, erigere, mutare e sopprimere province ecclesiastiche, arcidiocesi, diocesi, amministrazioni apostoliche, prelatore territoriali, abbazie territoriali, prelatore personali, parrocchie, istituti di vita consacrata e società di vita apostolica, nonché altre persone giuridiche ecclesiastiche.

Articolo 6

1. Spettano alla Chiesa cattolica tutte le nomine ecclesiastiche ed il conferimento degli uffici ecclesiastici, in conformità alle norme del Diritto Canonico. 2. La nomina, il trasferimento e la rimozione dei Vescovi competono esclusivamente alla Santa Sede. 3. Prima di pubblicare la nomina dei Vescovi Diocesani, la Santa Sede ne informerà il Governo del Montenegro, per cortesia e in modo riservato.

Articolo 7

1. Il Montenegro riconosce alla Chiesa cattolica la libertà di esercitare il culto. 2. Il Montenegro garantisce l'inviolabilità dei luoghi di culto: chiese, cappelle e rispettivi annessi. 3. Solo per motivi gravi e con l'esplicito accordo dell'Autorità ecclesiastica, si possono destinare tali luoghi ad altra finalità. 4. Le competenti Autorità del Montenegro non possono prendere provvedimenti di sicurezza nei luoghi menzionati senza previa autorizzazione dell'Autorità ecclesiastica competente, a meno che ciò fosse urgente per la difesa della vita e della salute, o per salvare dei beni di particolare valore ar-

tistico o storico. 5. In vista dell'esercizio del culto pubblico in luoghi diversi da quelli indicati al comma 2 (come nel caso di processioni, pellegrinaggi o altre attività), le Autorità ecclesiastiche ne informeranno le competenti Autorità del Montenegro, le quali provvederanno a garantire l'ordine pubblico e la sicurezza.

Articolo 8

Nel caso di una istruttoria su un chierico, un religioso o una religiosa, per eventuali reati contemplati dal Codice penale, le Autorità giudiziarie del Montenegro ne informeranno previamente le Autorità ecclesiastiche competenti.

Articolo 9

Il segreto della Confessione è sempre inviolabile.

Articolo 10

1. Per i cattolici in tutto il Paese, sono giorni liberi dal lavoro le domeniche e le seguenti ricorrenze religiose: a) Vigilia di Natale (24 dicembre); b) Natale e secondo giorno dell'Ottava di Natale (25 e 26 dicembre); c) Venerdì Santo; d) Lunedì di Pasqua; e) Solennità di Tutti i Santi (1° novembre). 2. Eventuali modifiche dei giorni non lavorativi, qualora se ne presentasse la necessità, saranno regolate di comune accordo tra le Parti.

Articolo 11

1. Le persone giuridiche ecclesiastiche hanno il diritto di acquistare, possedere, usufruire o alienare beni mobili e immobili, così come acquisire ed alienare diritti patrimoniali, secondo le norme canoniche e quelle della legislazione del Montenegro. 2. Le persone giuridiche di cui al comma 1, hanno il diritto di istituire fondazioni. Le loro attività, per quanto riguarda gli aspetti civili, si regolano secondo le norme legali del Montenegro. 3. I diritti su beni immobili di cui al comma 1 del presente articolo saranno intestati ovvero registrati a nome delle persone giuridiche ecclesiastiche in Montenegro. Per la costruzione o la ristrutturazione di edifici religiosi sarà rispettata la legislazione del Montenegro. I beni, che rappresentano il patrimonio culturale del Montenegro, non possono essere alienati o portati fuori dal Paese senza il consenso del Governo del Montenegro.

Articolo 12

1. La restituzione dei beni, incamerati o nazionalizzati senza compensazione adeguata, avverrà in conformità con la legge che regolerà la materia della re-

stituzione in Montenegro, previo accordo con l'Autorità ecclesiastica competente. 2. Per l'identificazione dei beni immobili da trasferire in proprietà ecclesiastica o da ricompensare adeguatamente, verrà stabilita una Commissione Mista, composta da rappresentanti delle Parti.

Articolo 13

1. La Chiesa cattolica ha il diritto di costruire chiese ed edifici ecclesiastici e di ampliare o modificare quelli già esistenti, secondo le leggi vigenti nel Montenegro. 2. Il Vescovo diocesano decide sulla necessità di costruire edifici ecclesiastici nel territorio della propria Diocesi, a norma del Diritto Canonico, e ne propone il luogo; e le Autorità competenti del Montenegro accetteranno le sue proposte, a meno che non vi siano ragioni obiettive di ordine pubblico contrarie. 3. Le competenti Autorità del Montenegro non prenderanno in considerazione le domande per la costruzione di edifici ecclesiastici cattolici prive di approvazione scritta del Vescovo diocesano, di cui al comma 2.

Articolo 14

1. Alla Chiesa cattolica sono garantite la libertà di possedere, stampare, pubblicare e divulgare libri, giornali, riviste, oltre che materiale audiovisivo, come pure qualsiasi altra attività connessa con la sua missione. 2. La Chiesa cattolica ha il diritto di istituire e di gestire in proprio radio e televisione, secondo le proprie norme e principi, nel rispetto delle leggi del Montenegro. 3. La Chiesa cattolica ha accesso anche ai mezzi di comunicazione pubblici (giornali, radio, televisione, internet).

Articolo 15

1. Il Montenegro riconosce il diritto dei fedeli cattolici di formare associazioni, in conformità alle norme canoniche, secondo gli scopi propri della Chiesa. Per quanto riguarda gli aspetti civili delle loro attività, tali associazioni si regolano in conformità alle norme legali del Montenegro. 2. Il Montenegro garantisce ai cattolici e alle loro associazioni ed istituzioni la piena libertà di azione e di attività pubblica, compresa la libertà di espressione per via orale o per iscritto.

Articolo 16

1. La Chiesa cattolica ha il diritto di erigere Seminari ed istituzioni educative di livello superiore per la formazione dei Sacerdoti e degli operatori di pastorale. 2. La questione delle altre istituzioni educative cattoliche sarà regolata da un futuro Accordo tra le Parti.

Articolo 17

Il Montenegro riconosce alla Chiesa cattolica il diritto alla cura pastorale dei fedeli cattolici membri delle Forze Armate e delle Forze dell'ordine pubblico, come pure di quanti soggiornano negli istituti penitenziari, negli ospedali, negli orfanotrofi ed in ogni istituto di assistenza medica e sociale di carattere pubblico o privato.

Articolo 18

1. Alla luce del principio della libertà di religione, il Montenegro riconosce il diritto fondamentale dei genitori all'educazione religiosa dei figli. 2. Tenendo presenti la configurazione multireligiosa del Paese, nonché il processo attualmente in corso di riforme legislative, la possibilità dell'insegnamento della religione cattolica nelle scuole pubbliche potrà essere regolata da un futuro Accordo tra le Parti.

Articolo 19

1. La Chiesa cattolica ha il diritto di organizzare liberamente istituzioni intese ad assicurare attività caritative ed assistenza sociale, in conformità alle rispettive norme civili. 2. Le istituzioni ecclesiastiche o le istituzioni che dipendono dalla Chiesa a scopo assistenziale-caritativo, si regolano in conformità ai propri statuti e godono degli stessi diritti e privilegi e dello stesso trattamento delle istituzioni statali fondate per le stesse finalità. 3. La Chiesa cattolica e il Montenegro si accorderanno sulla mutua collaborazione delle proprie istituzioni assistenziali-caritative. 4. Per quanto riguarda gli aspetti civili, le istituzioni di cui al comma 1 del presente Articolo si regoleranno secondo le norme legali del Montenegro.

Articolo 20

1. La Santa Sede e il Montenegro risolveranno di comune accordo, per via diplomatica, dubbi o difficoltà che potrebbero sorgere nell'interpretazione e nell'applicazione delle disposizioni del presente Accordo. 2. Le materie di comune interesse che richiedono soluzioni nuove o supplementari verranno trattate da un'apposita Commissione Mista, composta da rappresentanti delle Parti, la quale sottoporrà le sue proposte all'approvazione delle rispettive Autorità. Nel caso che una delle Parti consideri che siano radicalmente mutate le circostanze nelle quali si è stipulato il presente Accordo, così da rendere necessarie alcune modifiche, sarà dato inizio ai relativi negoziati al fine di aggiornarlo.

Articolo 21

Il presente Accordo, i cui testi italiano e montenegrino fanno medesima fede, è firmato in duplice esemplare e sarà ratificato secondo le norme procedurali proprie delle Parti. Esso entrerà in vigore al momento dello scambio degli strumenti di ratifica. Firmato in Vaticano, il 24 giugno 2011. Per la Santa Sede Tarcisio Card. Bertone Segretario di Stato di Sua Santità c' Tarcisio Card. Bertone.

APPUNTI SULL' ACCORDO DI BASE DEL 24 GIUGNO 2011
TRA LA SANTA SEDE E IL MONTENEGRO

ABSTRACT: Con l'Accordo di Base del 24 giugno 2011, la Repubblica del Montenegro è il quarto Paese dell'ex blocco jugoslavo dei cd. Balcani occidentali, dopo Croazia, Slovenia e Bosnia-Erzegovina, a stipulare un concordato con la Chiesa cattolica. Il patto, che fissa le condizioni minime a garanzia della libertà religiosa, risponde al progetto politico del Montenegro di favorire l'ingresso come nuovo Stato-membro dell'Unione Europea.

Anche la recente Costituzione democratica del 2007 conferma il nuovo corso inteso all'integrazione europea nel dichiarare il pieno riconoscimento e tutela dei principi di democrazia, dei diritti umani e delle minoranze etnico-religiose. Tuttavia, molto ancora deve essere tradotto sul piano delle leggi positive. L'Accordo, in ogni caso, ricuce una sospensione secolare dei rapporti concordatari con Roma e rivitalizza quel disegno sulla libertà dell'uomo che molto deve al dialogo ecumenico impostato da Giovanni Paolo II.

PAROLE-CHIAVE: Concordato, libertà religiosa, minoranze etnico-religiose, Montenegro, Balcani occidentali.

ABSTRACT: With the Base Agreement of 24 June 2011, the Republic of Montenegro is the fourth largest ex-Yugoslavia bloc of so-called Western Balkans, after Croatia, Slovenia and Bosnia and Herzegovina, to conclude a Concordat with the Catholic Church. The pact, which lays down the minimum conditions to guarantee religious freedom, responds to the political project of Montenegro, to facilitate the entry as a new EU member-State.

The recent democratic Constitution of 2007 confirms the new course to european integration in the state face the full recognition and protection of the principles of democracy, human rights and ethno-religious minorities. However, much still needs to be translated in terms of positive laws. The agreement, in any case, sews a secular suspension of concordat relations with Rome and revitalizes the design on man's freedom of faith who owes so much to ecumenical dialogue set by John Paul II.

KEYWORDS: Basic Agreement, Religious Freedom, Ethnic-Religious Minorities, Montenegro, Western Balkans.

SOMMARIO: - 1. Dinamiche concordatarie nel Montenegro: dal patto costantiniano-carolingio alla sperimentazione della soluzione pluralista dei diritti delle minoranze. - 2. L'Accordo di Base nel quadro di una rinnovata sensibilità legislativa verso i principi della libertà religiosa e della convivenza tra comunità etnico-religiose. - 3. Note di approfondimento su questioni aperte in via di regolamentazione. - 4. Il Concordato, fattore concorrente col più vasto progetto di stabilizzazione politico-regionale e d'inclusione istituzionale nell'Unione Europea. - 5. Conclusioni.

1.

DOPO Croazia (1996), Slovenia (2001) e Bosnia Erzegovina (2006), anche il Montenegro, tra gli Stati regionali dell'ex Repubblica Socialista Federativa di Jugoslavia, ha inteso firmare un Accordo concordatario con la Santa Sede, il 24 giugno 2011.¹

L'Accordo di Base, che insiste su intricati equilibri interconfessionali, va letto in una luce ben più articolata di quanto concederebbe un'interpretazione d'ordine storico, perché non si tratta solo di ricomporre antichi *vulnera* tra ortodossia e cattolicesimo:² tensioni che, in ogni caso, la diplomazia del principe Nicola Petrovic Njegos aveva, già in tempi lontani, provveduto a smorzare sul piano delle forme, almeno, attraverso il Concordato stipulato con Leone XIII nel 1886.³ Ma da lì bisogna ripartire, perché il Novecento, in con-

¹ Lo scambio degli strumenti di ratifica è avvenuto il 21 giugno 2012. A.A.S., CIV, 6 Iulii 2012, n.7, Typis Vaticanis, 2012, pp. 587-598. Volendo allargare l'orizzonte all'area geopolitica dei cd. Paesi dei Balcani occidentali, va aggiunta qui l'opzione concordataria esercitata dall'Albania, il 23 marzo 2002 (Accordo per il regolamento delle relazioni reciproche) ed il 3 dicembre 2007 (Accordo su questioni economiche e tributarie). I testi sono in JOSÈ T. MARTÍN DE AGAR, *I Concordati dal 2000 al 2009*, LEV, CdV, 2010, pp. 9 ss. e 14 ss. La cronaca degli avvenimenti e le dichiarazioni ufficiali reciprocamente rese tra le Parti contraenti sono consultabili in *L'Osservatore Romano*, 24-25 giugno 2011, CLI n.145, pp. 1-2 e 22 giugno 2012, CLII n.143, pp. 1-2.

² Dopo la conversione all'ortodossia dei cattolici montenegrini (xvi-xvii sec.) e l'estensione della Serbia tra le regioni cattoliche della Croazia del sud e dell'Albania del nord, la causa cattolica visse un'effimera primavera con la riunione alla Sede di Roma del suo episcopato, a metà del sec. xvii. Cfr. JANKO SIMRAK, *De relationibus Slavorum Meridionalium cum S.Sede*, Zagabria, 1926; KRUNOSLAV ST. DRAGANOVICH, *Montenegro*, in Enc. Catt., CdV, VIII (1952), coll.1363-1364. Notizie sull'unione serbo-montenegrina del primo Novecento e relativa bibliografia sono in FRANCESCO TOMMASINI, *Montenegro*, in Enc. Italiana, Treccani, Roma, xxiii (1934), pp. 748 ss. Scarsi aggiornamenti sono in *Montenegro*, Grande Dizionario Enciclopedico, UTET, Torino, XIII (1989), pp. 917 ss.

³ Convenzione fra Leone XIII e Nicolò I Principe di Montenegro (18 agosto 1886), in ANGELO MERCATI, *Raccolta di Concordati in materie ecclesiastiche tra la S. Sede e le autorità civili*, I, Tip. Poligl. Vat., CdV, 1953, pp. 1048-1050. Va osservato come l'architettura del sintetico accordo, nel riassumere tutte le libertà fondamentali su cui la Chiesa cattolica intendeva ottenere i titoli di riconoscimento giuridico, avesse come centro convergente l'autorità dell'Arcivescovo di Antivari il quale, secondo i canoni del tempo, era obbligato al giuramento di fedeltà nelle mani della potestà civile. Ulteriori notazioni sono in ROLAND MINNERATH, *L'Église catholique face aux États. Deux siècles de pratique concordataire, 1801-2010*, Cerf, Paris, 2012, pp. 53 e 432.

comitanza con le molteplici reincarnazioni di una Grande Serbia entro cui il Montenegro è stato a più riprese riassorbito,⁴ circoscrive un'epoca contraddistinta dall'evanescenza dei patti scritti e dei loro effetti: la traiettoria pattizia si sarebbe sviluppata a seguire dal concordato di papa Sarto del 24 giugno 1914, quasi immediatamente travolto dai gorgi della prima Grande Guerra,⁵ per procedere col virtuale Concordato jugoslavo del 1935,⁶ sino al negoziato in forma protocollare gravido delle prevenzioni e chiusure antireligiose imposte dalla dottrina comunista, stipulato nel 1966.⁷

Quello attuale è un quadro radicalmente mutato: la storia ha sepolto portati ideologici e sovvertito poli di influenza geografica e ha indicato la via dell'occidentalizzazione culturale attraverso le stringenti condizioni di adesione all'Unione Europea.⁸

La Costituzione del 19 ottobre 2007 ed il recente Concordato si sono trovati ad insistere su percorsi paralleli. La prima, come battistrada della democrazia, del riconoscimento del primato dei diritti della persona e delle minoranze, della convivenza ed autodeterminazione dei popoli.⁹ Il secondo,

⁴ Dopo l'annessione al Regno di Serbia-Croazia-Slovenia (1918), e dopo la breve stagione di indipendenza goduta sotto il protettorato italiano (1941), il Montenegro venne definitivamente annesso, alla fine del secondo conflitto mondiale, nella RSFJ (1945-2003).

⁵ AMEDEO GIANNINI, *I concordati postbellici*, I, Vita e Pensiero, Milano, 1929, p. 21; Vedi anche YVES DE LA BRIÈRE, *Concordats postérieurs a la grande guerre*, in *Dict. Droit Can.*, III, Paris, 1942, coll. 1439-1440.

⁶ Osserva YVES DE LA BRIÈRE, *Ult.op.cit.*, col.1439, che detto Concordato è rimasto sulla carta, non avendo mai ricevuto ratifica. Il fallimento si lega al ritiro di un progetto di legge che, sin dal 1937, aveva impegnato la Camera dei deputati di Belgrado sull'autorizzazione a ratificare il Concordato da parte del principe reggente Paolo di Jugoslavia. Gelosie confessionali ortodosse, ventate nazionaliste croate e portati laicisti di alcune frange parlamentari si coagularono in un'opposizione stringente che impose l'abbandono della questione concordataria. Il che comportò per il Montenegro la perpetuazione degli effetti del Concordato del 1886. Sul punto, GAETANO CATALANO, *Problematica giuridica dei Concordati*, Giuffrè, Milano, 1963, p. 71, n. 21. Cfr. anche ROLAND MINNERATH, *L'Église catholique cit.*, pp. 66 e 452.

⁷ *Enchiridion dei Concordati. Due secoli di storia dei rapporti Chiesa-Stato* (a cura di E. Lora), EDB, Bologna 2003, pp. 1335-1343. Nonché, Protocollo relativo alle conversazioni intercorse tra i Rappresentanti della S. Sede e i Rappresentanti del Governo della RSFJ (25 giugno 1966). Vedi ROLAND MINNERATH, *L'Église catholique cit.*, pp. 82, 172 e 452. Per uno sguardo allargato sulla cultura giuridica socialista del tempo, GIANMARIA AJANI, *Diritto dell'Europa Orientale*, in *Trattato di diritto comparato* (diretto da R. Sacco), UTET, Torino, 1996.

⁸ Con il *referendum* del 3 giugno 2006 il Montenegro ha deciso per l'indipendenza. La scissione, avvenuta in base al dettato della Costituzione federale, era stata preparata sin dal 1996 da una preventiva azione di allontanamento graduale dalla politica nazionalista della Serbia e di allentamento progressivo del legame istituito per Patto Federale, l'Unione Serbia-Montenegro, stretto nel 2003. La ridimensionata entità jugoslava aveva così perso l'originaria plusvalenza semantica, geografica e diplomatica, con la quale era nata nel 1928. Cfr. ANGELO MACCHI, *La repubblica di Serbia e Montenegro*, «La Civiltà Cattolica», 2004, III, p. 424.

⁹ Nel contesto balcanico il riconoscimento di tale diritto rischia di arrestarsi alla teoria, perché "ignoré par la Charte des Nations Unies, très attachée, tout au contraire, au principe

come autorevole strumento di risposta agli antagonismi etnici e confessionali – drammaticamente resi dal nazionalismo nell'area balcanica-, teso ad attrarre e rafforzare il collocamento del Montenegro nella comunità internazionale, europea ed euro atlantica.¹⁰

La proposizione concordataria nella regione conferma, inoltre, la tendenza al superamento dello schema pattizio di un'Europa carolingia e del modello costantiniano della questione cattolica, non più adattabile ad un contesto di sovranazionalità volto a ricondurre i particolarismi in un orizzonte di pancittadinanza delle diversità e delle minoranze.¹¹ Per altro verso l'Accordo di Base del 2011 resta uno strumento giuridico nelle mani dei suoi negoziatori. La sua potenzialità di integrazione culturale risente delle buone intenzioni degli interlocutori all'avvio di un dialogo, non meno che del favore congiunturale.¹²

Certo, rispetto al tradizionale modello concordatario, il canovaccio tipico delle materie miste che per la Chiesa sono la ragion d'essere all'avvio di un impegno negoziato, si sovrappone ai precetti etici infusi nella Carta costituzionale, interagendo con essa e con il disegno di un'Europa allargata ad Oriente.¹³ La nuova Costituzione prende atto di una composita realtà multietnica e multiconfessionale, tipica del mosaico balcanico di Stati-cerniera tra Oriente ed Occidente. In questo riconoscimento costituzionale, il Con-

de l'intégrité territoriale des États", portando con sé, per converso, effetti collaterali tutti da valutare, giacché: "Ce sont tous les États multinationaux qui s'en trouveraient fragilisés". Così, CHRISTINE DE MONTCLOS, *Le Vatican et l'éclatement de la Yougoslavie*, PUF, Paris, 1999, p. 67-68.

¹⁰ I segnali dell'azione di sostegno politico esercitato dalla Santa Sede sono chiari: il riconoscimento del Montenegro come soggetto-Stato internazionale (19 giugno 2006) e lo stabilimento di formali relazioni diplomatiche (16 dicembre 2006). Tali segnali sono esplicitati dal cardinal Bertone nel menzionato discorso in Vaticano laddove afferma che "la retta applicazione di quanto è stato pattuito andrà pure nell'interesse del Montenegro, perché oltre ad offrire un'immagine positiva a livello internazionale, contribuirà al superamento dei problemi ereditati dal passato".

¹¹ *Per una UE più dinamica e forte. Raccolta dei documenti del Gruppo dei 10, 2000-2007* (a cura di F. MONDELLO), Istituto L. Sturzo, Roma, 2007, pp. 161-162.

¹² Un sentimento diffuso in Serbia non cede dall'identificare l'Occidente con un cattolicesimo ostile, persino traditore dell'ortodossia. Sul punto: *Chiediamo stabilità. Intervista a Mons. Hocevar, Arcivescovo di Belgrado*, in *Il Regno. Attualità*, 2008/6, p. 168. La conclusione del concordato è da attribuire ad una felice congiuntura dei tempi nuovi, in cui concorrono assieme ordine politico (il disegno di integrazione europea) e confessionale (l'appoggio del Governo di Podgorica alla nuova Chiesa ortodossa autocefala montenegrina, favorevole al dialogo con Roma).

¹³ Il problema della stabilità istituzionale nella regione dei Balcani occidentali è talmente insidioso che i ricorsi alla Corte Internazionale di Giustizia e alla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo anziché allentare le tensioni hanno paradossalmente esacerbato gli animi delle opposte fazioni.

cordato trova un'ulteriore legittimazione giuridica – che negli Accordi di revisione italiani si limita al riconoscimento di principio dei rapporti concordatari ex art. 7 Cost. – giacché, oltre agli artt. 14 e 46 su cui viene impostata la natura dei rapporti istituzionali tra Stato e Chiesa, la Carta fondamentale enuncia uno specifico e ricchissimo terreno di dialogo e di garanzie giuridiche di natura ecclesiastica, il cui soggetto destinatario sono, in larga misura, le minoranze etniche.

La chiave del diritto ecclesiastico montenegrino si svolge così su una duplice traiettoria: il riconoscimento della libertà di pensiero, coscienza e religione e l'inquadramento della tutela delle minoranze etno-religiose nella categoria dei diritti umani. Ciò appare tradotto in due tipologie di norme tutelative: le une, intese a riconoscere le minoranze e attribuire loro una stabilità territoriale tale da relativizzare i tradizionali concetti giuspubblicistici di "nazionalità" e "cittadinanza";¹⁴ le altre, intese a confermare e proteggere, delle minoranze, l'elemento indentitario nelle sue variabili espressioni culturali e organizzatorie (art. 79 Cost.), sino a proclamare l'assoluto divieto di politiche assimilazioniste (art. 80 Cost.).¹⁵ In tal senso tra norme concordatarie e leggi statali interverrebbe una relazione inversa a quella tradizionale, per cui all'effetto tipico di "limitare la libertà d'azione delle parti contraenti" in virtù del riconoscimento di un terreno intermedio contrassegnato dall'area delle "*res mixtae*", la coincidente prospettiva antropologica tra Stato e Chiesa condurrebbe ad una collaborazione estensiva, sostenuta dalla condivisione di intenti.

Questo *idem sentire* che traspare dal discorso del cardinale Segretario di Stato Tarcisio Bertone ai plenipotenziari montenegrini nella cornice dei palazzi apostolici segnerebbe così un'era di nuova alleanza Stato-Chiesa, tale

¹⁴ Art. 12.3 (*Montenegrin citizenship*): "Montenegrin citizen shall not be expelled or extradited to other State, except in accordance with the international obligation of Montenegro".

Art. 16.2 (*Legislation*): "The law, in accordance with the Constitution, shall regulate: (...) the manner of exercise of the special minority right".

Art. 44.1 (*Right to asylum*): "A foreign national reasonably fearing from persecution on the grounds of his/her race, language, religion or association with a nation or a group or due to own political beliefs may request asylum in Montenegro"; Art. 44.2: "A foreign national shall not be expelled from Montenegro to where due to his race, religion (...)".

¹⁵ Art. 79 (*Protection of identity*): "Persons belonging to minority nations and other minority national communities shall be guaranteed the rights and liberties, which they can exercise individually or collectively with others, as follows: 4) The right to exercise, protect, develop and publicly express national, ethnic, cultural and religious particularities (...); 6) The right to establish religious associations, with the material support of the State; (...) 12) The right to establish and maintain contacts with the citizens and associations outside of Montenegro, with whom they have (...) religious beliefs".

Art. 80.1 (*Prohibition of assimilation*): "Forceful assimilation of the persons belonging to minority nations and other minority national communities shall be prohibited".

da conferire al vincolo negoziale più consistenti immunità dalle ingiurie del tempo.¹⁶

2.

La linea politico-legislativa adottata dal parlamento di Podgorica per il riconoscimento di garanzie sulla libertà religiosa trova nel dettato della Costituzione del 2007 un solido trampolino. L'inusitata ricorrenza, per un testo di legge fondamentale, del termine "religione" ne è una conferma eloquente.¹⁷ La via riformista intrapresa dal Paese balcanico si muove a passi decisi, ma il laboratorio normativo inteso a fissare le coordinate della libertà religiosa e della convivenza interconfessionale non ha ancora tradotto gli impulsi dei principi astratti sul terreno del diritto positivo. Ad oggi, infatti, è dato registrare solo una normativa generale di tutela contro ogni forma di discriminazione del cittadino (Legge 27 luglio 2010) e una legge sulle associazioni non-profit (1999), la quale rappresenta un pregevole sforzo di inquadramento del fenomeno organizzativo non-governativo abbracciante associazioni e fondazioni – anche straniere (art. 4) – intese a sostenere progetti filantropici, rispettivamente "of the accomplishment and promoting public interest" (art. 2) o "the accomplishing of public benefit goals" (art. 3).¹⁸

A fronte di tale penuria disciplinare, in sintonia con l'assenza di intese governative con le altre confessioni religiose di minoranza, la Costituzione del 2007 segna il punto di svolta per la costruzione del sistema normativo sulla libertà religiosa e il necessario antecedente cui ricondurre il recente Accordo di Base. La prima, più immediata, osservazione deducibile dal raffronto delle due Carte è nell'apparente contraddizione tra il principio di separazione (art. 14.1 Cost.) per il quale: "Religious communities shall be separated from the State" e la conclusione in via di fatto di un accordo concordatario con la Chiesa cattolica.¹⁹ Per afferrare la portata di quella disposizione la quale, in ogni caso, contempera la "separazione" con la "libertà" di tutti i riti,²⁰ sarà sufficiente riallacciarsi ai termini impiegati nell'art. 1 dell'Accor-

¹⁶ GAETANO CATALANO, *Problematica giuridica* cit., pp. 136-137.

¹⁷ Artt. 25.3; 44.2; 46; 48; 50; 55 e 79.1, 79.6, 79.12, Costituzione del Montenegro 19 ottobre 2007, in licodu.cois.it.

¹⁸ "Law of non-governmental organizations", (Official Gazette of the Republic of Montenegro, no. 27 of July 29, 1999). La legge non si occupa delle altre formule associative nelle quali vanno annoverate le "religious communities", stante la differente logica disciplinare che le governa: "... which are established by separate laws" (art. 5).

¹⁹ Sulla possibilità di attribuire a questa formula di principio un carattere non dogmatico, così da ritenere la stipula di concordati da parte di uno Stato separatista un evento non solo legittimo, ma persino un fattore di attenuazione della dichiarata natura formale, si rinvia a GAETANO CATALANO, *I concordati tra storia e diritto*, Rubbettino, Soveria Mannelli, 1992, p. 42.

²⁰ (Separation of the religious communities from the State). Art. 14.1: «Religious commu-

do di Base. Questo, nel dichiarare i rapporti intercorrenti tra le due Parti: "...ciascuno nel proprio ordine, indipendenti ed autonomi", dove la preferenza dell'espressione "ordine" a quella più impegnativa, perché connotata da elementi dogmatici, di "ordinamento giuridico", lascia supporre la necessità di garantirsi ampiezza operativa nei futuri sviluppi negoziali.²¹

A conferma di ciò, l'art. 1 prosegue introducendo il principio di bilanciamento della "reciproca collaborazione per lo sviluppo integrale (...) dell'uomo". Significativa è anche l'adozione dell'espressione estensiva del fenomeno associativo esprime le confessionalità di "religious communities", in luogo di "Chiese" o "confessioni".

Un secondo, principale, rilievo insiste sul forte legame tracciato dalla Costituzione montenegrina tra fenomeno religioso e sua garanzia d'esercizio ed espressione, e dimensione del fattore politico. Non è infatti casuale che la Parte II della citata Carta (*Human rights and liberties*) assegni alla religione una posizione chiave essenziale a comprendere il significato che fonde insieme etnie, convivenza e diritti politici delle minoranze. In questa prospettiva l'art. 46 Cost. (*Freedom of thought, conscience, and religion*), lungi dall'essere una duplicazione dell'art. 14, promuove un'ulteriore garanzia per la politica ecclesiastica e la promozione di una disciplina normativa confessionale di chiaro orientamento europeo, nel solco del riconoscimento dei diritti pubblici soggettivi, ed in linea con i principi esplicitati nella Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo.²²

Il Costituente ha avvertito la necessità di meglio circostanziare il principio della libertà di coscienza all'art. 48 (*Objection of conscience*), laddove si ricono-

nities shall be separated from the State». Art. 14. 2: «Religious communities shall be equal and free in the exercise of religious rites and religious affairs».

²¹ Sull'adozione dei concetti di "ordine", "sovranità", "indipendenza" si veda GAETANO CATALANO, *Sovranità dello Stato e autonomia della Chiesa nella Costituzione repubblicana*, Giuffrè, Milano, 1968, pp. 13 ss. Si notino le assonanze terminologiche tra la Legge fondamentale montenegrina e l'art. 7 Cost. italiana, nonché con gli accordi di revisione del 18 febbraio 1984, art. 1.

²² Ci basti il riferimento ex art. 46.1, alla tutela del proprio credo e al diritto, assai meno universalmente accetto, di poter mutare convinzione. Art. 46.1: «Everyone shall be guaranteed the right to freedom of thought, conscience and religion, as well as the right to change the religion or belief and the freedom to, individually or collectively with others, publicly or privately, express the religion or belief by prier, preaches, customs or rites». Sul fatto che nel precetto della libertà di mutamento del proprio credo riposi un elemento differenziatore basale tra le diverse modalità di concepimento culturale della categoria giuridica dei "diritti umani", cfr. FABIO VECCHI, *I diritti umani e la libertà di religione: riserve sulla presunta universalità di una categoria giuridica*, in *Lex Iustitia Veritas. Per Gaetano Lo Castro. Omaggio degli allievi*, Jovene, Napoli, 2012, pp. 431-469. Anche il diritto alla privatezza del proprio credo è riconducibile entro la cornice di questa tutela. Art. 46.2: «No one shall be obliged to declare own religious and other beliefs».

sce il relativo diritto: «Everyone shall have the right to objection of conscience» (art. 48.1) e lo si lega al più generale rispetto delle convinzioni religiose, con un'aperta censura verso le soluzioni di forza, chiara eco di dolorose e ancor recenti memorie di pulizia etnica: «No one shall be obliged, contrary to own religion or conviction, to fulfill a military or other duty involving the use of arms» (art. 48.2).

Va inoltre rilevato – ce lo suggerisce l'art. 46.3 Cost. in connessione con gli artt. 24 (*Limitation of human rights and liberties*) e 25.3 (*Temporary limitation of right and liberties*) – come il Costituente abbia contemplato alcune condizioni d'emergenza nella quali, in via temporanea, e sotto la giustificazione dell'urgenza di principi di maggior ampiezza (tutela della popolazione o dell'ordine pubblico), la libertà di religione e le garanzie sui diritti umani possano soffrire sospensioni.²³

Questo articolato corpo dispositivo ha a contrappeso, oltre che il citato art. 14 Cost., anche alcuni specifici principi da individuare nel generale divieto di censura (*Prohibition of censorship*), salvo si conformi ad un'azione preventiva mirata a scongiurare l'odio razziale e religioso (art. 50.2),²⁴ nonché l'azione di controllo e disinnescio di qualsivoglia organizzazione politica (ma anche di natura segreta e militare con fini sovversivi dell'ordine costituito, ex art. 55.2 Cost.) intesa, tra l'altro, ad instillare nel tessuto sociale ideologie intolleranti e di odio religioso e razziale (art. 55 Cost.).²⁵

Mi soffermerei, ancora, su due disposizioni: la libertà di associazione (*Freedom of associations*, art. 53.1 e 53.3 Cost.) che lo Stato garantisce e supporta

²³ Art. 46.3: «Freedom to express religious belief may be restricted only if so required in order to protect life and health of the people, public peace and order, as well as other rights guaranteed by the Constitution». A supporto del quale l'art. 24 dichiara: «Guaranteed human rights and freedoms may be limited only by the law, within the scope permitted by the constitution and to such an extent which is necessary to meet the purpose for which the limitation is allowed, in an open and democratic society». Ed, inoltre: art. 25.2: «The limitation shall not be introduced on the grounds of sex, nationality, race, religion, language, ethnic or social origin, political or other beliefs, financial standing or any other personal feature».

Art. 25.3: «There shall be no limitation imposed on the right to: life, legal remedy and legal aid; dignity and respect of a person; (...) freedom of thought, conscience and religion; entry into marriage».

Art. 25.4: «There shall be no abolishment of the prohibition of: inflicting or encouraging hatred or intolerance; discrimination (...)»

²⁴ «The competent court may prevent dissemination of information and ideas via the public media if required so to: (...) prevention of propagating racial, national and religious hatred or discrimination» (art. 50.2 Cost.)

²⁵ (Prohibition of operation and establishment). Art. 55: «The operation of political and other organization directed toward (...) violation of guaranteed freedoms and rights or instigating national, racial, and religious, and other hatred and intolerance shall be prohibited».

qualora sussista un adeguato interesse pubblico,²⁶ e l'art. 71.1 Cost. (*Marriage*) che rielabora una concezione di stampo naturalistico del rapporto matrimoniale da cui traspare una chiara eredità culturale filoconfessionale non favorente opzioni eterodosse come le unioni omosessuali, per concentrarsi su un'enunciazione tradizionalista del vincolo di coniugio.²⁷ Quest'ultimo precetto, tuttavia, non ha trovato cittadinanza nell'Accordo di Base che tace della disciplina matrimoniale, non avendo previsto né una specifica norma, né disposizioni di rinvio e facendo della cattolica Croazia, sino ad ora, l'unico Stato dell'ex blocco balcanico occidentale ad aver riconosciuto, all'art. 13 del suo Concordato, effetti civili al matrimonio canonico.²⁸

In questo contesto, dunque, Santa Sede e Governo di Podgorica hanno inteso costituire il "quadro giuridico" dei reciproci rapporti che ricalca, per contenuti e tecnica di formulazione, il modello ormai consolidato dalla diplomazia vaticana degli ultimi venticinque anni, dell'accordo-quadro o accordo-concordato nel modulo pattizio di trattato-legge, ossia di accordo-normativo o "*Vereinbarung*".²⁹

In esso sono infatti annoverati: la libertà e indipendenza della Chiesa cattolica nell'esercizio dell'apostolato e nella disciplina per via di intese applicative specifiche delle materie ivi concordate (art. 1); la libertà di culto e di missione nei campi pastorale (art. 4) e caritativo (art. 19); culturale (artt. 7.4 e 11.3); educativo (artt. 16.2 e 18); la gestione dei Seminari (art. 16); l'assistenza spirituale ai fedeli presenti nelle Forze Armate, nelle prigioni e ospedali (art. 17).

Questi settori disciplinari sono dominati dal prevalente impegno delle Parti, volto a "creare un diritto oggettivo comune", strutturato sull'individuazione di diritti e libertà da costruire progressivamente e sottoporre a riforme

²⁶ Art. 53.1: «The freedom of political, trade union and other association and action, without approval by the registration with the competent authority, shall be guaranteed».

Art. 53.3: «The State supports political and other association, when there is a public interest to do so».

²⁷ Art. 71: «Marriage may be entered into only on the basis of a free consent of a woman and a man». Si confronti qui la posizione ideologica della legislazione iugoslavo-titina (*Legge fondamentale sullo statuto giuridico delle comunità religiose*, n.22/1953) che, rigettando parimenti modelli liberal-borghesi, confermava la permanenza entro un quadro tradizionalista della concezione del rapporto matrimoniale, quale vincolo esclusivo tra uomo e donna. Cfr. GIUSEPPE OLIVERO, *Regime dei culti e Chiesa cattolica in Jugoslavia*, in *Diritto Ecclesiastico*, Giuffrè, Milano, 1967, P. I, p. 213.

²⁸ Accordo tra la Santa Sede e la Repubblica di Croazia circa questioni giuridiche (19 dicembre 1996), art. 13, in *Enchiridion dei Concordati* cit., pp. 1937-1939. Si confrontino l'Accordo tra la Santa Sede e la Slovenia su questioni giuridiche (25 maggio 2004), e il Basic Agreement tra Santa Sede e Bosnia-Erzegovina (25 ottobre 2007), in JOSÈ T. MARTÍN DE AGAR, *I Concordati* cit., rispettivamente, pp. 31 ss. e pp. 292 ss.

²⁹ FABIO VECCHI, *Aggiornamenti sull'impiego e sull'inquadramento iuris gentium dello strumento concordatario in inizio millennio*, in *Diritto e Religioni*, Anno IV, vol. 2, L. Pellegrini ed., Co-senza, 2009, pp. 337-366.

e aggiustamenti, anziché insistere sull'elemento puramente contrattualistico, che individua diritti e obblighi puntuali ma, per ciò stesso, circoscritti e limitati.³⁰ Attitudini e pregi di tale modello pattizio riposano sulle potenzialità di adeguarsi con gradualità ad ordinamenti impegnati in politiche riformiste che perfezionano la transizione da una forma di Stato ad altra. La casistica è ricca ed esempi non mancano anche in tempi recenti specie quando, come nel caso del Concordato brasiliano del 2004, siano nel guado del riformismo democratico,³¹ o quando, come nella vicenda montenegrina, venga in gioco non solo una radicale azione di revisione delle fondamenta giuridiche ma anche un progetto di adeguamento politico-legislativo a nuovi parametri culturali ed economici di riferimento, preludenti un disegno di integrazione di sistema. Si tratta di un allineamento "necessitato", in quanto non solo indicato, ma imposto dall'Europa comunitaria, così come viene esplicitamente dichiarato dall'art. 18.2 laddove evidenzia il "processo attualmente in corso di riforme legislative".

Nell'ormai compiuta emancipazione dal conio legale sovietico-balcanico che aveva il suo faro nella legislazione serba e nella transizione verso un modello culturale di ispirazione europea e liberale vanno quindi letti i molteplici rinvii dell'azione negoziale, propri di un Accordo-normativo, qui enunciati. Essi attengono allo svolgimento, precisazione in dettaglio e attuazione di una cospicua lista di materie miste individuate e riguardanti: le possibili modifiche al calendario dei giorni festivi (art. 12.1); l'istituzione e organizzazione di istituti scolastici (art. 16.2); l'attivazione dell'insegnamento religioso nelle scuole pubbliche (art. 18.2); l'organizzazione di enti caritativi e di assistenza sociale (art. 19.3): tutte materie in ordine alle quali le Parti hanno preferito la regolamentazione per via di futuri accordi, sulla base del principio di bilanciamento della "mutua collaborazione".³²

Il tono entusiastico con cui il cardinal Bertone salutava l'evento della ratifica negoziale,³³ aveva non casualmente insistito sulla opportuna definizione

³⁰ JOSÈ T. MARTÍN DE AGAR, *Passato e presente dei Concordati*, «Ius Ecclesiae», XII, Giuffrè, Milano (2000), p. 640.

³¹ FABIO VECCHI, *Il Concordato brasiliano del 2008: dal "separatismo privilegiario" al "pluralismo concordatario" nel modello pattizio di "Vereinbarung"*, «Ius Ecclesiae», XX/2, Serra, Pisa-Roma (2010), pp. 427-446.

³² Il duplice principio dell'autonomia ed indipendenza tra Stati e della reciproca collaborazione è riprodotto anche negli Accordi basici di Bosnia-Erzegovina (art. 1); Slovenia (art. 1.1) e Croazia (art. 1).

³³ Discorso del cardinale Bertone, Segretario di Stato del Santo Padre, giovedì, 21 giugno 2012. Non va, tra l'altro, sottovalutata la precisazione diplomatica con la quale l'alto porporato ha tenuto a ribadire le intenzioni della Chiesa cattolica a non lucrare, con la stesura di un Accordo mirato, posizioni di vantaggio unilaterale, ossia "che assolutamente non è nelle intenzioni della Santa Sede di ricercare privilegi per la Comunità cattolica con questo Accordo".

ne di un “quadro legale” (cfr. Prologo, 1 cpv. Accordo di Base) entro il quale consegnare il futuro della libertà religiosa dell’ormai residuale comunità cattolica montenegrina.³⁴ Ma il compiacimento della Curia risulta ben fondato, posto che gli accordi ivi ratificati sembrerebbero essere stati elevati a modello di base per un assetto, tutt’altro che scontato,³⁵ delle future “relazioni con le altre Comunità religiose”, ma anche per la volontà di sostegno legittimamente nel “principio di conformità alle norme legali del Montenegro”, frequentemente richiamato nel testo negoziale, come segno di un’effettiva volontà di fusione tra legge civile e norma canonica.

3.

Nel commento alle disposizioni negoziali risulterà preziosa la consultazione del precorso Concordato jugoslavo del 1935³⁶ e la legislazione confessionale di stampo socialista nel corso della successiva “normalizzazione” titina. La recente dichiarazione di indipendenza del Montenegro del 3 giugno 2006 non ha dissolto lo storico legame ombelicale con la Serbia, tuttora sussistente nella sovrapposizione di interessi tra i due Stati sovrani, di mutualità nelle classi dirigenti e di stili di vita.

Degno di speciale attenzione è l’art. 2 dell’Accordo di Base nel quale, oltre al riconoscimento della personalità giuridica pubblica della Chiesa cattolica e delle sue istituzioni, compreso l’esercizio delle connesse attività di erezione, modifica o abolizione dei suoi enti (artt. 2.1, 2.2 e 2.3), qualificate come “diritto esclusivo dell’Autorità ecclesiastica” (ex art. 5), all’art. 2.4 sancisce il rispetto dei confini territoriali civili: “La configurazione territoriale del-

³⁴ Attualmente la minoranza cattolica è composta da dalmati croati e italofoeni (questi ultimi riuniti nella Comunità Nazionale Italiana del Montenegro), riconducibili all’autorità religiosa dell’Arcivescovo di Antivari, gerarchicamente soggetto al Primate di Serbia e alla diocesi, e vescovo, di Cattaro, facente parte della Chiesa croata. I cristiani-ortodossi rappresentano la comunità confessionale maggioritaria, soggetta al metropolita del Montenegro della Chiesa ortodossa-serba. Dopo che il patriarcato serbo, nel 1920, aveva azzerato la chiesa ortodossa montenegrina, nel 1993 è stata rifondata come Chiesa autocefala, dissidente dalla serba e favorevole all’indipendenza del Montenegro. Tale conflitto tutto interno alla Chiesa ortodossa ha fatto del Montenegro un caso unico tra i Paesi dell’ex-Jugoslavia. V. ANTON SBUTEGA, *Religione: il xx secolo*, in www.montenegro.eu.

³⁵ Le tendenze confessionali alla disgregazione autonomista e ad irreparabili divisioni dell’episcopato ortodosso interessano i Balcani occidentali nel loro complesso. Per il Montenegro e la Macedonia queste sofferenze si sono tradotte in espressioni scismatiche. La Chiesa ortodossa serba ha cercato, invano, di opporre un collante di unità regionale, nel tentativo di fondare un’Eparchia autonoma ad Ocrida.

Sul punto, R. P., *Pavle e il successore*, in *Il Regno cit.*, 2009/2, p. 16; LORENZO PREZZI, *Irine dopo Pavle*, in *Il Regno cit.*, 2010/4, p. 94.

³⁶ Concordato tra Santa Sede e Regno di Jugoslavia (25 luglio 1935), in *Enchiridion dei Concordati cit.*, pp. 887 ss.

le circoscrizioni ecclesiastiche non si estenderà oltre i confini del Montenegro".³⁷

Il rilievo di simile disposizione è chiarito dal confronto con l'art. II del Concordato jugoslavo che, nell'elencare l'organigramma della gerarchia cattolica del Regno, con puntigliosa cura tracciava i confini giurisdizionali di singole diocesi e distretti soggetti ad amministrazione apostolica,³⁸ per sancire un principio di coincidenza stretta tra competenze giurisdizionali territoriali tale da evitare qualsivoglia ipotesi di dipendenza gerarchica non in linea col principio di residenzialità del Vescovo (art. II,6, cpv.2).³⁹ Il rispetto della demarcazione territoriale ecclesiastica coincidente con i confini politici dello Stato assume un nuovo significato all'indomani della riconquistata indipendenza politica con la Serbia, tenendo conto che i due Stati sovrani tuttora conservano molteplici vincoli speciali, tra i quali, peculiare è la costituzione di una Conferenza Episcopale Internazionale per i Balcani, insediata in Belgrado.⁴⁰ In tale contesto si comprendono le garanzie cui allude l'art. 3, sulla libertà di comunicazione della gerarchia ecclesiastica del Montenegro "con la Santa Sede e le Conferenze Episcopali di altri Paesi". La norma rivela la cura della Sede Apostolica per lo *status* dei fedeli cattolici distribuiti nella regione balcanica, da mantenere estranei a predeterminazioni politico-territoriali. Il destino degli equilibri e della stabilità della Chiesa cattolica si gioca oggi nell'interrelazione geografica dei contatti e sulla libertà della missione, nelle sue variabili di pastoralità e di culto (art. 4). A favorire questa posizione

³⁷ Analogamente, Accordo di Slovenia, art. 4.2.

³⁸ L'art. II.1 del Concordato jugoslavo contemplava anche l'organizzazione ecclesiastica nel Montenegro, in quanto: "La Provincia ecclesiastica di Split (*Spalatensis*) comprende la sede metropolitana di Split, ora ristabilita, a cui resta(no) unite le diocesi suffraganee di Kotor (*Cathoriensis*)... La diocesi di Kotor (...) conserva i confini attuali nelle frontiere del Regno di Jugoslavia". *Enchiridion dei Concordati* cit., pp. 887-889.

³⁹ Occorre rimarcare la cautela con cui la Santa Sede si è adattata alle circostanze, accettando per l'area Balcanica occidentale un criterio di corrispondenza flessibile tra confini politici e diocesani. Cfr. GIOVANNI BARBERINI, *I concordati di Giovanni Paolo II nell'Europa centrale e orientale*, in *QDPE*, 1999/1, Il Mulino, Bologna, p. 65, n. 20.

⁴⁰ La Conferenza Episcopale Internazionale per i Balcani dei Santi Cirillo e Metodio è stata approvata con statuto il 28 agosto 2006. Cfr. *Annuario Pontificio* cit., 2007, p. 1105.

Composta da nove vescovi, di cui due di rito orientale, è il caso specialissimo di una entità sovranazionale della Chiesa cattolica che raccoglie la diaspora della minoranza cattolica regionale dispersa tra Serbia, Macedonia e Montenegro, derogando totalmente ai rigori degli schemi ufficiali dei confini sovranazionali imposti, in ragione della presenza diffusa dei fedeli. "Una diocesi della Serbia e una del Montenegro appartengono alle province ecclesiastiche con sede in Croazia", così come una gran parte della città di Belgrado. Cfr. GIANFRANCO BRUNELLI (a cura di), *Il perdono e la speranza. Il ruolo dell'Europa nella riconciliazione dei Balcani*, in *Il Regno. Attualità*, 2012/6, p. 154.

La specialità di questi vincoli che uniscono confessionalmente i due Stati di Serbia e Montenegro, è replicata anche per l'unione sotto l'Esarcato Apostolico per i fedeli di rito bizantino, con sede a Novi Sad. *Annuario Pontificio* cit., 2004, p. 1054.

risponde la scelta di eleggere Sarajevo, in una logica di interterritorialità, a residenza del Nunzio apostolico per il Montenegro.⁴¹

L'Accordo ha poi sancito l'incompetenza piena dell'autorità statale circa l'organizzazione dell'ordinamento ecclesiastico a livello di uffici, istituzioni e persone giuridiche d'ambito territoriale, sottolineando tale limite con l'espressione di un "diritto esclusivo" dell'autorità ecclesiastica (art. 5), poi replicata per la nomina, trasferimento o rimozione dei Vescovi (art. 6.2).⁴²

Quanto alla libertà di culto, una miglior formulazione avrebbe aggiunto il carattere della "pubblicità" al suo esercizio che viene riconosciuto dallo Stato (art. 7.1). Tale libertà viene strettamente associata con i luoghi di culto, dei quali si riconosce e garantisce l'inviolabilità (art. 7.2). Si tiene anche conto delle specifiche esigenze rituali della popolazione, condensate nella menzione delle processioni, dei pellegrinaggi e delle altre forme di devozione collettiva, verso le quali si richiede l'informativa alla pubblica autorità, per supportarne lo svolgimento (art. 7.5).⁴³ La disciplina dei luoghi di culto rinvia alle disposizioni sulla tutela dei beni culturali di interesse religioso, la cui frammentaria e poco organica formulazione denuncia la scarsa attenzione per il tema. Da quelle disposizioni non risulta un rapporto paritario tra le Parti animato dal "principio di collaborazione": la tutela di detto patrimonio viene in gioco per giustificare eventuali provvedimenti amministrativi di sicurezza (art. 7.4), ovvero per sancire il divieto di alienazione o trasferimento all'estero, a titolo di prevenzione del depauperamento del patrimonio nazionale (art. 11.3).

A tale argomento si lega la questione, delicatissima, delle cd. "restituzioni" dei beni ecclesiastici nazionalizzati negli anni del comunismo (la cd. "Legge di Riforma agraria e di colonizzazione" del 1945).⁴⁴ Il fatto che si sia in-

⁴¹ *Annuario Pontificio* cit., 2012, p. 1321. Sarà utile ricordare le traversie sofferte dalla rappresentanza pontificia in terra serba nel pontificato di Pio XII, durante gli anni del socialismo reale: il nunzio apostolico, nel 1946, è degradato a "reggente" e, nel 1952, espulso l'incaricato d'affari, la rappresentanza apostolica è chiusa, per riaprire solo nel 1962.

⁴² È questo un indice dello spirito garantista dell'Accordo di Base che supera le aspettative legate a correlative norme dell'Accordo di revisione italiano del 1984 (artt. 2.1; 3.1 e 3.2), laddove si attribuiva alla Chiesa la "piena libertà" quanto ad organizzazione degli uffici e circoscrizioni, e circa la nomina dei titolari.

⁴³ Disposizioni simili sono contenute negli Accordi basici con Slovenia, art. 3.2; con Bosnia-Erzegovina, art. 7.5 e Croazia, art. 7.5.

⁴⁴ *Giornale Ufficiale della RSFY*, n.64/1945. Su tale legge di chiara matrice antireligiosa va però precisato che le autorità comuniste del tempo, pur nell'esaltazione ideologica, apporiarono correttivi e deroghe all'effetto di devastazione degli spogli che, se colpirono pesantemente le comunità religiose, serbarono tuttavia un occhio di riguardo per gli edifici e locali qualificati come "serventi" il culto. Cfr. GIUSEPPE OLIVERO, *Regime dei culti* cit., p. 217.

Di ben diverso tenore, il Concordato jugoslavo stabiliva un principio assai lungimirante ed

teso concludere entro un Accordo internazionale la materia e a sancirne l'impegno a risolvere la questione con una apposita legge di restituzione, rafforzata dalla previsione di un accordo applicativo con la Chiesa cattolica (art. 12.1), ha una speciale valenza di ordine politico. L'Accordo interessa non solo il Montenegro, ma tutti quegli Stati dell'ex-Jugoslavia (Croazia, Bosnia-Erzegovina e Serbia)⁴⁵ che attuarono incameramenti "lineari" dei beni delle Chiese, compresa la cattolica: nelle aspettative della UE, che ha posto qui una condizione ben precisa all'ottenimento della necessaria conferma allo *status* di membro nella Comunità Europea, la presa d'atto del problema delle nazionalizzazioni patrimoniali si conferma un passaggio obbligato e di non facile soluzione.⁴⁶ Suscita notevoli perplessità la previsione di un principio di compensazione per indennizzo, attraverso somme risarcitorie, obbligazioni o beni sostitutivi: "beni (...) da ricompensare adeguatamente" (art. 12.2) in alternativa, in caso di impossibilità, alla materiale restituzione dei beni confiscati.⁴⁷

La piena disponibilità a collaborare per la costruzione, ampliamento o modifica di edifici di culto è soggetta all'unica condizione che le richieste vengano prodotte dal Vescovo diocesano, munite della sua "approvazione scritta" (art. 13.3).⁴⁸ Il controllo dell'autorità statale è confermato all'art. 11.2 per il quale: "Per la costruzione e ristrutturazione di edifici religiosi sarà rispettata la legislazione del Montenegro"

L'Accordo pone in rilievo la disciplina di enti e associazioni cattoliche, stabilendo il riconoscimento della loro natura di persone giuridiche pubbliche

appropriato alla fusione dei gruppi etnici della regione balcanica. L' art. xvi, cpv.4 affermava la stabilità del titolo patrimoniale della confessione in rapporto alla mobilità del gruppo confessionale: "I beni e le istituzioni della Chiesa cattolica restano di proprietà della detta Chiesa, anche quando la popolazione, alla quale servono questi beni e istituzioni, passa a un'altra confessione religiosa". Non meno esplicita, la dichiarazione in allegato al menzionato concordato, con la quale il Dr. Auer significava al cardinale Pacelli tutte le attenzioni che il governo di Ljubljana avrebbe adoperato per non gravare la Mensa episcopale della città degli effetti della varata legge sulla Riforma agraria. Cfr. *Enchiridion dei Concordati* cit., rispettivamente a pp. 901 e 921.

⁴⁵ Per la Serbia si stima in 4 miliardi di euro il valore dell'ammontare dei beni da restituire alla Chiesa cattolica. Così, D.S., *Restituzioni*, in *Il Regno. Attualità*, Bologna, 2011/16, p. 554.

⁴⁶ Ad indice della delicatezza della questione sta il Protocollo addizionale del 25 ottobre 2007 con il quale il governo bosniaco ha inteso precisare la portata interpretativa dell'art. 10.3 dell'Accordo di Base e nel quale si rimetteva ad una futura legge sulle restituzioni l'intera disciplina, compresi i termini di restituzione. Cfr. JOSÈ T. MARTÍN DE AGAR, *I Concordati* cit., pp. 42-43.

⁴⁷ Malumori sono stati espressi per la Serbia, il cui Parlamento sta varando una "Legge sulla restituzione dei beni confiscati e dell'indennizzo", dalle varie anime confessionali interessate al provvedimento, cattolica, ortodossa-serba, Chiesa evangelica slovacca e comunità islamica ed ebraica. D.S., *Restituzioni*, *ibidem*.

⁴⁸ Analogamente, l'Accordo basico di Bosnia-Erzegovina, art. 11.3 e di Croazia, art. 11.3.

(artt. 2.1 e 2.2) e la facoltà dell'autorità ecclesiastica di amministrarle liberamente (art. 2.3) a norma del CIC. Non si parla esplicitamente, invece, di requisiti minimi (finalità statutarie connotanti di religione e di culto) per il riconoscimento da parte dello Stato. Basterà assolvere all'onere minimo dell'informativa affinché l'amministrazione civile provveda alla registrazione, quale evento finale di una procedura di controllo operata "secondo le leggi civili" e quindi rinviante alle leggi dello Montenegro (art. 2.3).

Alle persone giuridiche ecclesiastiche, organizzate e gestite in via "esclusiva" dalla Chiesa (ex art. 5), è riconosciuta la libertà patrimoniale (art. 11.1) e il diritto di istituire fondazioni (art. 11.2), nel rispetto delle leggi civili e canoniche. Analogo limite è richiesto ai fedeli cattolici ai quali è riconosciuto il diritto di costituire associazioni e istituzioni, verso le quali il Montenegro "garantisce (...) piena libertà di azione ed attività pubblica" (art. 15.2), ma dove si è avvertita la necessità di accennare ad un parametro di riferimento, con l'inserimento della formula "secondo gli scopi propri della Chiesa" (art. 15.1). È da notare poi che nell'Accordo non si fa mai cenno esplicito al regime tributario, anche ai fini delle esenzioni, cui sottoporre gli enti ecclesiastici, siano essi persone giuridiche, siano essi le specifiche associazioni caritativo-assistenziali, per le quali ultime si parla di equiparazione di diritti e privilegi alle istituzioni statuali aventi medesimi fini (artt. 19.1 e 19.4).

Anche lo sviluppo della disciplina sugli istituti di educazione religiosa è al centro d'attenzione della politica montenegrina in un sistema pluralista ispirato al principio di libertà religiosa. Non a caso, l'art. 18 dell'Accordo connota con l'attributo di "fondamentale" il diritto dei genitori all'educazione religiosa dei figli,⁴⁹ mentre all'art. 18.2 stabilisce che la materia sarà regolata da specifico accordo, tale da assicurarne l'insegnamento nelle scuole pubbliche, tenuto conto della "configurazione multireligiosa del Paese".

L'art. 18, nel suo insieme, opera una traslazione della sfera civilistica (il diritto familiare-privatistico dei genitori verso i figli) entro la dimensione pubblica. L'impostazione adottata risponde ad un impegno delle istituzioni statuali verso le esigenze religiose della comunità cattolica in un'ottica di integrazione e convivenza costruita attorno all'assicurazione dell'insegnamento scolastico. Si tratta di una disposizione di notevole entità, in linea col dettato costituzionale e con un'effettiva politica regionale di sostegno della pacifica convivenza etnica nella regione.

La problematicità della questione traspare anche da un secondo aspetto della materia dell'educazione religiosa, relativo all'erezione di seminari e altre simili istituzioni educative di orientamento cattolico di livello superiore. La soluzione del tema scottante – non a caso si parla di una "questione" delle istituzioni educative cattoliche, meritevole di una intesa *ad hoc* (art. 16.2) –,

⁴⁹ Così, anche l'Accordo basico con la Bosnia-Erzegovina, art. 16.1.

rappresenta un ulteriore punto di svolta nella transizione da un sistema in cui, a fronte di un divieto assoluto di erigere scuole pubbliche e private confessionali, anche la libertà di formazione del clero nei seminari era soggetta al soffocante controllo dello Stato.⁵⁰

Da segnalare, infine, il diritto alla cura pastorale dei fedeli, che lo Stato riconosce all'autorità ecclesiastica verso quanti sono a diverso titolo impegnati o inseriti nelle cd. "comunità separate" (Forze dell'ordine, militari,⁵¹ carceri, ospedali). La norma, che impiega una nozione allargata e comprensiva anche delle strutture di assistenza ricettiva, dagli orfanotrofi alle variabili tipologie di "istituti di assistenza medica e sociale" (art. 17), è impegnativa ma resta di puro principio, perché priva dell'esplicita menzione, qui quanto mai opportuna, di un accordo attuativo.

Lo *status* dei religiosi viene disciplinato con due differenti disposizioni: l'art. 8 assicura l'autorità ecclesiastica della previa informazione circa l'avvio di un'istruzione penale a carico di religiosi, anche se nulla dice quanto a minacce, ingiurie o condotte penalmente rilevanti di cui il religioso potrebbe essere vittima;⁵² l'art. 9 sancisce l'inviolabilità da parte dei magistrati del segreto confessionale.⁵³

4.

Quando nel 2003 l'allora Unione serbo-montenegrina decise di monitorare con un censimento la composita popolazione dell'entità federale, si intese orientare l'indagine sulla base di un criterio tutt'altro che scontato: ogni cittadino era chiamato a dichiarare la propria appartenenza culturale ad una "nazionalità".⁵⁴ Non interessa qui il dato statistico volto a comporre un profilo numerico-quantitativo della popolazione interpellata, quanto la giustapposizione tra due concetti giuridici che nel teatro balcanico assumono valenze strategiche che superano le identità serbo-montenegrina, croata, bosniaca, albanese, islamica: quello di "cittadinanza" e di "nazionalità".⁵⁵ In

⁵⁰ GIUSEPPE OLIVERO, *Regime dei culti* cit., p. 215. Analoghe osservazioni valgono per la riconquistata libertà di comunicazione a mezzo stampa, radio e televisione (art. 14).

⁵¹ L'accordo non prevede l'erezione di un Ordinariato militare.

⁵² L'art. XIII, cpv.4 del Concordato jugoslavo del 1935 contemplava sia la condotta attiva che passiva di reato, ma nel caso di religioso "funzionario ecclesiastico" o persino del Vescovo autore di reato, la condotta penalmente rilevante era circoscritta alle attività che potessero costituire una "minaccia per l'ordine pubblico".

⁵³ L'art. VII del Concordato jugoslavo del 1935 regolava molto dettagliatamente le immunità collegate allo *status* del religioso (spec. art. VII, cpv.3), contemplando oltre alla tutela del sacramento della confessione, anche le offese alla persona e le condizioni d'indosso dell'abitare.

⁵⁴ FEDERICO MALLONE, *Montenegro* (contributo del febbraio 2007), Centro Interdipartimentale di Ricerca sui Paesi Emergenti e in Transizione (CIRPET), Università di Torino, p. 7.

⁵⁵ Sulla rilevanza giuridica di tali concetti nell'ambito della libertà religiosa, là dove il

Montenegro, ma non solo, i significati semantici invertono i rispettivi ruoli cosicché l'identità nazionale non si ricava tanto dalla "cittadinanza", quanto, semmai dall'appartenenza religiosa.⁵⁶

Non è nuovo l'interrogativo dei giuristi sulla staticità dei menzionati concetti – tra essi, la popolazione – sui quali si è irrigidito il monolite dello Stato sovrano:⁵⁷ dubbi che la secessione pacifica del Montenegro dalla Serbia ha arricchito di un nuovo capitolo. Quello "strappo" si è compiuto entro il legittimo quadro di previsioni contemplate dalla costituzione federale del 2003, che fissavano un termine triennale minimo alla convocazione del *referendum* per l'indipendenza, ed è stato consolidato da una reciproca accettazione confirmatoria delle due Parti. In sé preso, quel divorzio consensuale rappresenta un evento di eccezionale rilievo non solo perché segna l'accogliamento indolore nella comunità internazionale di un nuovo soggetto-Stato, ma anche perché molto dice al giurista che si occupa di libertà religiosa e di diritti delle minoranze. I popoli balcanici raccolgono un crogiuolo di etnie che hanno reso l'intera regione un'entità virtuale, dai confini mobili, perché da sempre ne è stata mobile la sua gente e mobile il criterio di reciproca convivenza.

La concezione ormai "continentale" del diritto internazionale ed il nuovo quadro di un'Europa unita ed aperta all'adesione di ulteriori Stati-membri ha riproposto questioni antiche: il dogma dell'integrità territoriale, l'intangibilità dei confini, l'inquadramento geografico dei popoli e quel portato storico di Stato-nazione verso cui i concetti di cittadinanza e nazionalità afferivano come naturali corollari. È emersa una nuova concezione dei diritti dei singoli e dei gruppi in grado di cogliere le pulsioni garantiste delle minoranze autoctone e di sviluppare un sistema legale ispirato al pluralismo e alla differenza.⁵⁸

Il Concordato montenegrino del 2011, che nel contenuto è, rispetto all'omologo italiano, un accordo minore è, per altro verso, un rilevante precedente estensibile alle altre comunità confessionali. Ma è anche un autenti-

cittadino si pone in relazione dialettica con lo Stato, LUIGI DE LUCA, *Diritto ecclesiastico ed esperienza giuridica*, Giuffrè, Milano, 1976, p. 146.

⁵⁶ La centralità storica del nazionalismo slavo è ben approfondita da JOHN BINNS, *Le Chiese ortodosse*, San Paolo, Milano, 2005, pp. 198 ss.

⁵⁷ Si spinge a giudicare come "del tutto insoddisfacente" – e da chi scrive in buona parte condivisibile – la nozione di cittadinanza, intesa come dato di appartenenza di una popolazione costitutiva ad uno Stato di riferimento, ENRICO GROSSO, "Cittadinanza", in www.dirittiumani.utet.it, p. 1. Cfr. anche COSTANTINO MORTATI, *La rilevanza giuridica del concetto di nazione. Raccolta di scritti. IV. Problemi di politica costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1972, pp. 553 ss.; JURGEN HABERMAS, *Cittadinanza politica e identità nazionale. Riflessioni sul futuro dell'Europa*, in, *Morale, diritto, politica*, Einaudi, Torino, 1992.

⁵⁸ SIMONA MANCINI, *La secessione democratica del Montenegro*, in sito web www.coordina-mentoadiatico.it/index (2012), p. 2.

co metro di quelle ansie di inquadramento geografico alla cui logica non si è potuta sottrarre, ad esempio, l'organizzazione territoriale diocesana. Non solo. Il "principio di collaborazione" che anima i rapporti Stato-Chiesa cattolica risponde al medesimo criterio di orientamento auspicato dalla UE nella costruzione delle relazioni tra i Paesi dei cd. Balcani occidentali. Esso concorre a quell'auspicata distensione regionale che, già solo nel 2005, faceva temere all'UE l'incombere di una "instabilità acuta", incidente su tutti gli Stati dell'area ex-jugoslava, compresa l'allora entità federata serbo-montenegrina.⁵⁹ Quei paventati timori che si opponevano ad un avvio deciso del processo di integrazione europea, pronosticavano nei Balcani occidentali una tipologia "complessa e variamente articolata" di interventi da attuare attraverso specifici accordi di stabilizzazione.⁶⁰

La sorte dell'intervento europeo dipendeva largamente dalla ventilata secessione del Montenegro, specialmente per la necessaria attenzione da attribuire a criteri di natura costituzionale (il parallelismo della revisione costituzionale interessante le due repubbliche di Serbia e Montenegro). Considerato l'effetto domino insistente nella regione balcanica, il successo di quell'accordo poteva considerarsi il volano per risolvere la questione, ancor più grave, del Kosovo: questione verso la quale Belgrado avrebbe dovuto accettare una "linea autonomia-indipendenza" del Paese.⁶¹

Il ricollocamento democratico del Montenegro passa necessariamente attraverso l'adesione ai valori della democrazia e dello Stato di diritto, originariamente enunciati nei consessi internazionali e, in seguito, dall'UE per essere riassunti nel Trattato Costituzionale europeo di Roma del 2004,⁶² e nel

⁵⁹ Si allude al Documento n. 13, novembre 2005 della UE, in *Per una UE più dinamica* cit., p. 349.

⁶⁰ Si allude al cd. "Accordo di Stabilizzazione e Associazione" (ASA) firmato dal Montenegro, a Lussemburgo, il 15 ottobre 2007, ed entrato in vigore il 1 maggio 2010. Il 15 dicembre 2008 il Montenegro depositava la domanda di adesione all'UE. Il 17 dicembre 2010 il Consiglio Europeo confermava al Montenegro lo *status* di Paese candidato ed in data 19 dicembre 2011 ne avviava il processo di adesione. Infine, il 26 giugno 2012 il Consiglio confermava il parere favorevole della Commissione Europea sul soddisfacimento da parte del Montenegro dei criteri di adesione e dichiarava il *placet* all'avvio (per la data del 29 giugno 2012) dei negoziati di adesione.

Punto 12 del Documento n.13, novembre 2005 della UE, cit., p. 356, dove si precisava che: "Non si tratta soltanto di concorrere a perfezionare la costruzione di entità statuali fondate su libertà, democrazia, rispetto dei diritti fondamentali e Stato di diritto; si tratta, più in radice, di concorrere a stabilire condizioni minimali di convivenza civile, a partire da situazioni caratterizzate spesso dalla sistematica violazione dei più elementari principi". Cfr. *Per una UE più dinamica* cit., p. 356.

⁶¹ *Ult.loc.cit.*, pp. 357-358. È significativo il riconoscimento, da parte del Montenegro, dell'indipendenza del Kosovo, il 9 ottobre 2008.

⁶² *Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa*, Roma, 29 ottobre 2004. Detto documento precisava i valori di riferimento ispiratori dell'Unione (art. 1-2) ponendoli come ineludi-

riconoscimento di una legislazione garantista sui diritti dell'uomo, sulla scia delle direttive elaborate, sin dal suo nascere, dall'Unione Europea.⁶³

5.

Il Concordato montenegrino segna un ulteriore punto a favore dell'azione diplomatica della Santa Sede. Consegnate agli archivi storici le perdite orientali della politica concordataria pacelliana,⁶⁴ la caduta del muro di Berlino (1989) ha sancito la fine di un'ideologia, ma non di inveterate culture. L'enfatizzazione simbolica attribuita alla polverizzazione, sotto i picconi della rivolta, di quel confine artificiale di cemento e filo spinato, va dunque ridimensionata e ricondotta entro le logiche dei blocchi contrapposti e poco ha a che spartire con le attuali difficoltà con cui si confrontano i governi dei Paesi dei Balcani occidentali verso la stabilizzazione democratica e l'emancipazione dalle spire nazionaliste.⁶⁵

L'Europa resta in fiduciosa attesa ed osserva il quadro mobile della composta regione, le sue dinamiche politiche sostenute da progetti concertati⁶⁶ e riassunte nella cd. "Iniziativa Igman".⁶⁷ Rimane tuttora valido il monito

bili criteri di ammissibilità per i nuovi Stati membri (art. 1-58). A corollario di quei valori, si inseriva il principio del rispetto dello *status* delle Chiese e organizzazioni non confessionali (art. 1-52, 1). La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione (Parte II del Trattato), assumeva tra questi, la libertà di pensiero, di coscienza e di religione (art. 11-70). Va ricordato che tra i Paesi dell'ex-Jugoslavia, la Slovenia, con atto di adesione del 16 aprile 2003, è stato il primo ad ottenere lo *status* di "nuovo Stato membro".

⁶³ Tra gli altri, cfr. artt. 1 e 2, Regolam. CE n.975/1999 del Consiglio del 29 aprile 1999, (che fissa le modalità di attuazione delle azioni di cooperazione allo sviluppo, che contribuiscono all'obiettivo generale di sviluppo e consolidamento della democrazia e dello Stato di diritto nonché a quello del rispetto dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali; artt. 2 e 10 Direttiva 2004/83/CE del Consiglio, del 29 aprile 2004 (recante norme minime sull'attribuzione, a cittadini di paesi terzi o apolidi, della qualifica di rifugiato o di persona altrimenti bisognosa di protezione internazionale, nonché norme minime sul contenuto della protezione riconosciuta); art. 2 Regolam. CE n.1889/2006 del Parlamento Europeo e del Consiglio, del 20 dicembre 2006 (che istituisce uno strumento finanziario per la promozione della democrazia e dei diritti umani nel mondo); art. 10 Regolam. CE n.168/2007 del Consiglio, del 15 febbraio 2007 (che istituisce l'Agenzia dell'Unione Europea per i diritti fondamentali). Cfr. *Codice del Diritto Ecclesiastico* (a cura di S. Berlingò – G. Casuscelli), Giuffrè, Milano, 2009⁵, *passim*.

⁶⁴ GAETANO CATALANO, *I concordati* cit., p. 17.

⁶⁵ Ancora nella Conferenza CSCE di Budapest del dicembre 1994, Parte 8°, n. 27, si punta il dito sui rischi di un "nazionalismo aggressivo" che potesse strumentalizzare per i suoi scopi distorti anche la religione. Cfr. FRANCESCO FINOCCHIARO, *Diritto ecclesiastico* cit., p. 152.

⁶⁶ Si veda la cd. "Agenda di Salonicco per i Balcani Occidentali".

⁶⁷ Il consesso, nato nel 2000, è una rete di oltre 140 organizzazioni non governative facenti capo ai membri componenti di Serbia, Croazia, Bosnia-Erzegovina e Montenegro, ossia i Paesi firmatari dell'Accordo di Pace (cd. "triangolo") di Dayton che ha messo fine al conflitto bosniaco del 1995. La conferenza, autentico emblema dello spirito di riconciliazione regionale, si riunisce periodicamente con il fine di promuovere il processo di integrazione

rivolto all'Europa da Giuliano Amato per la rapida soluzione delle questioni costituzionali rimaste in sospeso, così da promuovere gli Stati balcanici "dallo stadio di protettorati e Stati deboli (*weak States*), a quello dell'integrazione europea".⁶⁸ Da parte sua, la Chiesa cattolica ha ottenuto il risultato prefisso: la firma del Concordato colma un vuoto che abbraccia un intero secolo e riassume le preoccupazioni di Giovanni Paolo II, il quale, pur non essendo mai fisicamente giunto in Montenegro nel suo infaticabile viaggio missionario, ha compreso quella terra nel suo vasto disegno sull'Europa Cirillo-metodiana dei "due polmoni", del duplice respiro – cattolico e ortodosso – nell'unica fede.⁶⁹

Occorre anche ribadire che la diplomazia vaticana ha, con questo Accordo di Base, offerto ulteriore prova della collaudata esperienza in campo di rapporti internazionali, dando forma ad un accordo che, sebbene mutilo di alcuni suoi elementi disciplinari tipici (il regime sul vincolo matrimoniale) e proiettato sulle potenzialità degli accordi applicativi di dettaglio per rafforzare la debolezza di taluni precetti (lo *status* dei religiosi; l'insegnamento religioso nei gradi superiori; la tutela dei beni patrimoniali della Chiesa; la cura pastorale dei fedeli nelle comunità separate), resta il risultato massimo ottenibile in un contesto culturale delicatissimo. Basti solo rammentare le ostilità dell'universo ortodosso e di singoli suoi esponenti⁷⁰ e le critiche, passate e recenti, verso un Occidente ingeneroso e ostile, sbrigativamente identificato *tout-court* con la Chiesa cattolica romana.

Anche per questo l'Accordo montenegrino ha inteso riaffermare l'idea di un diritto di libertà religiosa "allargata" – ma non dequalificata –, non solo nel senso di astenersi dall'accampare privilegi ma, all'opposto, di rendersi promotrice, la Chiesa stessa, di interessi generali di singoli e gruppi, travalicanti sia l'identità confessionale cattolica, sia gli egoismi nazionalisti.⁷¹

Si assiste così alla conferma di una chiara scelta di politica legislativa della

europea e il dialogo politico-culturale nella regione dei Balcani occidentali. V. FRANCESCO CHITTERICH, *Verso l'integrazione europea. La scommessa dei Balcani*, «L'Osservatore Romano», 20 ottobre 2011, CLI, n. 242, p. 2.

Balcani occidentali e Unione Europea. Unione Europea, Dossier n.3 (5 giugno 2008). Servizio affari internazionali del Senato. XVI legislatura.

⁶⁸ "I Balcani nel futuro dell'Europa". Rapporto della Commissione Internazionale sui Balcani, presieduta da G. Amato, 12 aprile 2005.

⁶⁹ BERNARD LECOMTE, *Giovanni Paolo II*, Baldini Castoldi Dalai, Milano, 2005, pp. 314 ss.

⁷⁰ Nikolaj Velimirovic, vescovo teologo russo riparato in Serbia dopo la Rivoluzione d'Ottobre fu l'artefice di una teologia nazionalista serba antioccidentale, anticomunista e radicalmente anticattolica. Ebbe un notevole epigono nel vescovo Amfilohije Radovic, sostenitore delle scelleratezze del leader politico Slobodan Milosevic, negli anni '80. V. ANTUN SBUTEGA, *Religione cit.*, p. 2.

⁷¹ DOMINIQUE MAMBERTI, *La protezione del diritto di libertà religiosa nell'azione attuale della Santa Sede*, «Ius Ecclesiae», Serra, Pisa-Roma, xx, 2008, p. 61.

Chiesa nel pontificato wojtyliano-ratzingeriano che fa dello strumento concordatario un ponte per la proiezione internazionale e interconfessionale, sino ad assurgere – al di fuori di rigide deleghe istituzionali – a fattore di rappresentanza dialogica del fattore religioso universale.

Occorre tuttavia mettere in guardia da un impiego improprio di portati normativi che, alle lunghe, potrebbe rivelarsi illusorio: il sostegno della Chiesa ai diritti umani, mirabilmente enunciato nel dettato conciliare, vale a patto che non ne sopravvaluti i contenuti dogmatici e non proclami la centralità della menzionata categoria concettuale nell'economia della sua missione salvifica. Ciò per due motivi, indicati l'uno dall'indole formale e, pur sempre, transitoria di quei precetti normativi e, quindi, dalla loro naturale relatività che, sul piano politico, non ne esclude mai il possibile decadimento; l'altro, dal fatto che una sovrapposizione troppo stretta con il precetto di una legge positiva, per quanto idealmente proiettato, snaturerebbe il carattere sovranaturale della *missio* istituzionale di cui la Chiesa visibile è, da sempre, autentico ed insuperato strumento.

FABIO VECCHI

GIURISPRUDENZA CIVILE

ITALIA, CORTE DI CASSAZIONE CIVILE, SEZIONE III, Sentenza 2 ottobre 2012, n. 16754, (Pres. Amatucci, Estensore Travaglino).*

Responsabilità civile - Causalità (nesso di) - Danno da nascita indesiderata - Soggetti legittimati a domandare il risarcimento - Persona nata con malformazioni - Genitori e fratelli della persona nata con malformazioni - Sussistenza.

NEL caso in cui il medico ometta di segnalare alla gestante l'esistenza di più efficaci test diagnostici prenatali rispetto a quello in concreto prescelto, impedendole così di accertare l'esistenza d'una malformazione congenita del concepito, il risarcimento spetta sia ai genitori del soggetto nato malformato, sia ai suoi fratelli. Il concepito, ancorché privo di soggettività giuridica fino al momento della nascita, una volta venuto ad esistenza, ha diritto ad essere risarcito da parte del sanitario con riguardo al danno consistente nell'essere nato non sano, e rappresentato dell'interesse ad alleviare la propria condizione di vita impeditiva di una libera estrinsecazione della personalità, a nulla rilevando né che la sua patologia fosse congenita, né che la madre, ove fosse stata informata della malformazione, avrebbe verosimilmente scelto di abortire.

... omissis...

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

1.

Nel febbraio del 1999 M. B. O. e M. O., in proprio e nella qualità di genitori esercenti potestà sulle figlie minori G., L. e M., convennero in giudizio dinanzi al tribunale di Treviso il ginecologo P. D. e la USSL 8 di X., esponendo:

- Che la signora B., appena consapevole del proprio stato di gravidanza, si era rivolta al dott. D. chiedendo di essere sottoposta a tutti gli accertamenti necessari ad escludere malformazioni del feto;
- Che la nascita di un bimbo sano era stata rappresentata al sanitario come condizione imprescindibile per la prosecuzione della gravidanza;

* A causa della notevole lunghezza della sentenza, non è possibile pubblicarne il testo integrale. Si riportano i brani identificati come maggiormente significativi. Vedi alla fine della sentenza, A. PALMONARI, *Brevi riflessioni sul diritto a non nascere*.

- Che il dott. D. aveva proposto e fatto eseguire alla gestante il solo “Tritest”, omettendo di prescrivere accertamenti più specifici al fine di escludere alterazioni cromosomiche del feto;

- Che nel settembre del 1996 era nata la piccola M., affetta da sindrome di Dawn.

...omissis...

2.

La corte di appello di Venezia, investita del gravame proposto dagli attori in prime cure, lo rigettò:

- *sul punto del ritenuto difetto di legittimazione attiva di M. O.*, facendo propri alcuni passi della motivazione della sentenza 14888/2004 con la quale questa Corte di legittimità aveva respinto una analoga richiesta, affermando il principio di diritto a mente del quale *verificatasi la nascita, non può dal minore essere fatto valere come proprio danno da inadempimento contrattuale l'essere egli affetto da malformazioni congenite per non essere stata la madre, per difetto di informazione, messa in condizione di tutelare il di lei diritto alla salute facendo ricorso all'aborto;*

- *con riferimento alla pretesa risarcitoria dei familiari*, fondata sul preteso inadempimento contrattuale del sanitario, ritenendo quest'ultimo del tutto esente da colpa.

Nel rigettare la detta pretesa, la corte lagunare osserverà, in particolare:

- che, nella specie, la sola indicazione del cd. “tritest” quale indagine diagnostica funzionale all'accertamento di eventuali anomalie fetali doveva ritenersi del tutto giustificata, alla luce dell'età della signora B. (al tempo dei fatti soltanto ventottenne) e dell'assenza di familiarità con malformazioni cromosomiche, onde l'esecuzione di un test più invasivo come l'amniocentesi (che la partoriente conosceva “per sentito dire”) avrebbe potuto essere giustificata soltanto da una esplicita richiesta, all'esito di un approfondito colloquio con il medico sui limiti e vantaggi dei test diagnostici, mentre non risultava né provato né allegata la richiesta di sottoposizione a tale esame;

- che l'accertamento di una malformazione fetale “non è di per sé sufficiente a legittimare un'interruzione di gravidanza”, posto che, nella specie, tale interruzione sarebbe stata praticata nel secondo trimestre, mentre la sussistenza dei relativi presupposti di legge, *ex art. 6 della legge n. 194/1978* non era neppure stata adombrata dagli attori, onde nessuna prova poteva dirsi legittimamente acquisita al processo in ordine alla esposizione della donna a grave pericolo per sua la vita o per la sua salute fisica o psichica in caso di prosecuzione della gravidanza nella consapevolezza della malformazione cromosomica del feto;

- che lo “spostamento” della *quaestio iuris* sul versante della carenza di informazione, operato in sede di appello, doveva ritenersi del tutto estraneo e diverso rispetto alla fattispecie sì come originariamente rappresentata in funzione risarcitoria: non era stata, difatti, censurata, con il libello introduttivo, la privazione del diritto di scelta della puerpera a causa di esami fatti male o non fatti, bensì l’inadempimento della prestazione sanitaria richiesta dalla signora B. al dott. D.

3.

La sentenza è stata impugnata da tutti i componenti della famiglia O. con ricorso per cassazione articolato in sei motivi.

...*omissis*...

Risulta provato (anche all’esito della mancata contestazione, sul punto, da parte del medico oggi resistente, non potendosi ritenere tale la generica affermazione di stile, contenuta nell’atto di costituzione in giudizio del dott. D., volta alla “contestazione analitica di tutti gli assunti di parte attrice”) che la gestante avesse espressamente richiesto un accertamento medico-diagnostico per esser resa partecipe delle eventuali malformazioni genetiche del feto, così da poter interrompere la gravidanza.

Oggetto del rapporto professionale medico-paziente doveva, pertanto, ritenersi, nella specie, non un accertamento “qual che esso fosse”, compiuto all’esito di una incondizionata e incomunicata discrezionalità da parte del sanitario, bensì un accertamento doppiamente funzionale alla diagnosi di malformazioni fetali e (condizionatamente al suo risultato positivo) all’esercizio del diritto di aborto.

Ne consegue la non conformità a diritto della motivazione del giudice territoriale nella parte in cui ritiene (folio 15 della sentenza impugnata) “non provato e neppure allegato che la signora B. avesse chiesto di essere sottoposto a tale esame” (l’amniocentesi), motivazione che illegittimamente capovolge il riparto degli oneri probatori tra le parti del processo:

- onere della paziente sarebbe stato, difatti, quello di provare *la richiesta della diagnosi di malformazioni funzionale all’esercizio del diritto di interruzione della gravidanza* in caso di esito positivo;

- onere del medico, di converso, risultava quello di provvedere ad una completa informazione circa le possibilità (tutte le possibilità) di indagini diagnostiche, più o meno invasive, più o meno rischiose, e circa le percentuali di falsa negatività offerte dal test prescelto (test in ipotesi da suggerire, ma non certo da eseguire *sic et simpliciter*, in guisa di scelta sostitutiva e di assunzione del rischio parimenti sostitutivo), onde consentire alla gestante una decisione il più aderente possibile alla realtà della sua gestazione.

Ne consegue una responsabilità del medico predicabile non soltanto per la

circostanza dell'omessa diagnosi in sé considerata (ciò che caratterizzerebbe il risarcimento per un inammissibile profilo sanzionatorio/punitivo, in patente contrasto con la funzione propria della responsabilità civile), ma per la violazione del diritto di autodeterminazione della donna nella prospettiva dell'insorgere, sul piano della causalità ipotetica, di una malattia fisica o psichica.

Deve pertanto ritenersi configurabile, nella specie, l'inadempimento alla richiesta di diagnosi sì come funzionale all'interruzione di gravidanza in caso di positivo accertamento di malformazioni fetali (in senso non dissimile, sia pur con riferimento a diversa fattispecie, di recente, Cass. 15386/2011), alla luce dell'ulteriore considerazione costituita dalla (incontestata) circostanza dell'altissimo margine di errore che il test selezionato dal ginecologo offriva nella specie (margine pari al 40% dei cd. "falsi negativi"), onde il suo carattere, più che di vero e proprio esame diagnostico, di *screening* del tutto generico quanto alle probabilità di malformazione fetale.

...omissis...

Non risulta conforme a diritto, difatti, la motivazione della corte lagunare nella parte in cui (folio 16 della sentenza impugnata) si opina "non esservi prova alcuna che, anche se a conoscenza della malformazione cromosomica del feto, la signora B. avrebbe potuto interrompere la gravidanza". E ciò perché, prosegue il giudice lagunare, "non vi è alcun elemento dal quale desumere – ovviamente con giudizio *ex ante* – che la prosecuzione della gravidanza avrebbe esposto la signora a grave pericolo di vita o grave pericolo per la sua salute fisica o psichica".

A prescindere dalla considerazione per la quale tale affermazione si pone in contrasto con un principio già affermato in passato, anche di recente (sia pur con le precisazioni operate da Cass. 22837/2010, come rileva al folio 23 del controricorso la resistente Generali), da questa corte regolatrice – per tutte, Cass. 6735/2002, Pres. Carbone, Rel. Vittoria (risulta erronea la citazione, contenuta al folio 21 del ricorso, della pronuncia 6365/2004, avente diverso oggetto) a mente dei quali *in tema di responsabilità del medico per omessa diagnosi di malformazioni del feto e conseguente nascita indesiderata, l'inadempimento del medico rileva in quanto impedisce alla donna di compiere la scelta di interrompere la gravidanza. Infatti la legge, in presenza di determinati presupposti, consente alla donna di evitare il pregiudizio che da quella condizione del figlio deriverebbe al proprio stato di salute e rende corrispondente a regolarità causale che la gestante interrompa la gravidanza se informata di gravi malformazioni del feto*, principi la cui portata verrà esaminata ed approfondita dal collegio nel corso dell'esame del quinto motivo di ricorso, è qui sufficiente osservare come, nel caso di specie, a fronte di una precisa istanza diagnostica della signora B. *espressamente* funzionale ad una eventuale interruzione della gravidanza, appare di converso ricorrere l'opposta presunzione – ovviamente predicabi-

le *ex ante* sul piano della causalità ipotetica *ex lege* 194/78 – di una patologia materna destinata ad insorgere a seguito della scoperta della paventata malformazione fetale (patologia poi puntualmente insorta sotto forma di danno biologico psichico, come accertato in sede di consulenza medico-legale, ad indiretta conferma – sia pur *ex post* e sia pur con carattere non dirimente ai fini del giudizio prognostico – della esattezza della presunzione *de qua*).

...*omissis*...

Rinviando all'esame del quinto motivo la questione della cd. "legittimazione attiva" di M. O., va in questa sede affermato il principio di diritto secondo il quale la responsabilità sanitaria per omessa diagnosi di malformazioni fetali e conseguente nascita indesiderata va estesa, oltre che nei confronti della madre nella qualità di parte contrattuale (ovvero di un rapporto da contatto sociale qualificato), anche al padre (come già affermato da Cass. n. 14488/2004 e prima ancora da Cass. 6735/2002), nonché, a giudizio del collegio, alla stregua dello stesso principio di diritto posto a presidio del riconoscimento di un diritto risarcitorio autonomo in capo al padre stesso, ai fratelli e alle sorelle del neonato, che rientrano a pieno titolo tra i soggetti protetti dal rapporto intercorrente tra il medico e la gestante, nei cui confronti la prestazione è dovuta.

L'indagine sulla platea dei soggetti aventi diritto al risarcimento, difatti, già da tempo operata dalla giurisprudenza di questa Corte con riferimento al padre (di recente, ancora, da Cass. n. 2354/2010), non può non essere estesa, per le stesse motivazioni predicative della legittimazione dell'altro genitore, anche ai fratelli e alle sorelle del neonato, dei quali non può non presumersi l'attitudine a subire un serio danno non patrimoniale, anche a prescindere dagli eventuali risvolti e delle inevitabili esigenze assistenziali destinate ad insorgere, secondo *l'id quod plerumque accidit*, alla morte dei genitori. Danno intanto consistente, tra l'altro (come meglio si avrà modo di specificare di qui a breve, esaminando la posizione di M. O.) nella inevitabile, minor disponibilità dei genitori nei loro confronti, in ragione del maggior tempo necessariamente dedicato al figlio affetto da *handicap*, nonché nella diminuita possibilità di godere di un rapporto parentale con i genitori stessi costantemente caratterizzato da serenità e distensione; le quali appaiono invece non sempre compatibili con lo stato d'animo che ne informerà il quotidiano per la condizione del figlio meno fortunato; consci – entrambi i genitori – che il vivere una vita malformata è di per sé una condizione esistenziale di potenziale sofferenza, pur senza che questo incida affatto sull'orizzonte di incondizionata accoglienza dovuta ad ogni essere umano che si affaccia alla vita qual che sia la concreta situazione in cui si trova – principio cardine non di una sola, specifica morale, ma di una stessa ed universale Etica (e bioetica) della persona, caratterizzata dalla insostituibile centralità della coscienza individuale.

...*omissis*...

La concezione della vita come oggetto di tutela, da parte dell'ordinamento, in termini di "sommo bene", di alterità normativa *superiorem non recognoscens* – di talché non potrebbe in alcun modo configurarsi un interesse a non nascere giuridicamente tutelato (al pari di un interesse a non vivere una non-vita, come invece condivisibilmente riconosciuto da questa stessa corte con la sentenza 16 ottobre 2007, n. 21748) – è percorsa da forti aneliti giusnaturalistici, ma è destinata a cedere il passo al raffronto con il diritto positivo.

Decisiva appare, difatti, la considerazione secondo cui, al momento stesso in cui l'ordinamento giuridico riconosce alla madre il diritto di abortire, sia pur nei limiti e nei casi previsti dalla legge, si palesa come incontestabile e irredimibile il sacrificio del "diritto" del feto a venire alla luce, in funzione della tutela non soltanto del diritto alla procreazione cosciente e responsabile (art. 1 della legge n. 194 del 1978), ma dello stesso diritto alla salute fisica o anche soltanto psichica della madre. Mentre non vi sarebbe alcuno *spatium comparationis* se, a confrontarsi, fossero davvero, in una comprovata dimensione di alterità soggettiva, un (superiore) diritto alla vita e un ("semplice") diritto alla salute mentale.

È questo l'insegnamento, oltre che del giudice delle leggi, della stessa Corte internazionale di Strasburgo che, con (ancora inedita) sentenza dell'agosto di quest'anno, ha dichiarato la sostanziale incompatibilità di buona parte della legge 40/2004 in tema di fecondazione assistita (che, comunque, consentiva anche nell'originaria formulazione il sacrificio di due dei tre embrioni fecondati *in vitro*), per (illogicità e) contraddittorietà, proprio con la legge italiana sull'interruzione della gravidanza, così mettendo in discussione *ab imo* la stessa *ratio* ispiratrice di quella normativa, già considerevolmente vulnerata in non poche disposizioni dalla Corte costituzionale nel 2009.

Troppo spesso si dimentica che una norma statutale di rango primario, più volte legittimata dal vaglio della Corte costituzionale, riconosce alla madre il diritto ad interrompere la gravidanza quando questa si trovi "in circostanze per le quali *la prosecuzione della gravidanza, il parto o la maternità* comporterebbero un serio pericolo per la sua salute fisica o psichica, in relazione o al suo stato di salute, o alle sue condizioni economiche o sociali o familiari, o alle circostanze in cui è avvenuto il concepimento, o a previsioni di anomalie o malformazioni del concepito" (così testualmente l'art. 4 della legge n. 194 del 1978).

Appare di indiscutibile efficacia la scelta lessicale di un legislatore che descrive la situazione giuridica soggettiva attribuita alla gestante in termini di diritto alla procreazione cosciente e responsabile, a lei rimesso in termini di assoluta quanto inevitabile esclusività.

Il diritto alla procreazione cosciente e responsabile è, dunque, attribuito alla sola madre, per espressa volontà legislativa, sì che risulta legittimo discorrere, in caso di sua ingiusta lesione, non di un diritto esteso anche al nascituro in nome di una sua declamata soggettività giuridica, bensì di pro-

pagazione intersoggettiva degli effetti diacronici dell'illecito (come incontabilmente ammesso nei confronti del padre) – salvo l'indispensabile approfondimento (che di qui a breve seguirà) sul tema della causalità in relazione all'evento di danno in concreto lamentato dal minore nato malformato.

Altra e diversa questione è quella se la facoltà riconosciuta *ex lege* alla madre di interrompere volontariamente la gravidanza – consentendole di porre fine, con la propria manifestazione di volontà, allo sviluppo del feto – possa ritenersi rappresentativa di un esclusivo interesse della donna, e non piuttosto anche del nascituro. Questione, peraltro, di stampo etico, filosofico, religioso, che pone all'interprete interrogativi destinati a scorrere su di un piano metagiuridico di coscienza, ma non impone la ricerca di risposte né tampoco di soluzioni sul piano del diritto positivo, postulando che l'interesse alla procreazione cosciente e responsabile non sia solo della madre, ma altresì del futuro bambino, e ciò anche quando questo si trovi ancora nel ventre materno. La titolarità del relativo diritto soggettivo, riconosciuto espressamente dall'art. 1 della legge n. 194 del 1978, non può che spettare, si ripete, alla sola madre, in quanto solo alla donna è concessa (dalla natura prima ancora che dal diritto) la legittimazione attiva all'esercizio del diritto di procreare coscientemente e responsabilmente valutando le circostanze e decidendo, infine, della prosecuzione o meno di una gravidanza che vede la stessa donna co-protagonista del suo inizio, ma sola ed assoluta responsabile della sua prosecuzione e del suo compimento.

Il rigoroso meccanismo legislativo, in consonanza con quello di natura, esclude *tout court* la possibilità che il bambino, una volta nato, si dolga nei confronti della madre, come pure si è talvolta ipotizzato seguendo gli itinerari del ragionamento per assurdo, della scelta di portare avanti la gravidanza accampando conseguentemente pretese risarcitorie. È la madre, infatti, che, esercitando un diritto *iure proprio* (anche se, talvolta, nell'interesse non soltanto proprio, pur essendo tale interesse confinato nella sfera dell'irrilevante giuridico), deciderà presuntivamente per il meglio: né potrebbe darsi ipotesi contraria, a conferma della mancanza di una reale soggettività giuridica in capo al nascituro.

...*omissis*...

Sgombrato il campo dall'equivoco che si annida nella poco felice locuzione "diritto a non nascere se non sano", e ricondotta la vicenda alla sua più corretta dimensione giuridica, il principio di diritto che appare predicabile è quello secondo il quale la propagazione intersoggettiva dell'illecito legittima un soggetto di diritto, quale il neonato, per il tramite del suo legale rappresentante, ad agire il giudizio per il risarcimento di un danno che si assume in ipotesi ingiusto (tuttora impregiudicata la questione del nesso causale e dell'ingiustizia del danno lamentato come risarcibile in via autonoma dal neonato).

Ritiene, pertanto, il collegio che la protezione del nascituro non passi necessariamente attraverso la sua istituzione a soggetto di diritto – ovvero attraverso la negazione di diritti del tutto immaginari, come quello a “non nascere se non sano”, locuzione che semplicemente non rappresenta un diritto; come non è certo riconducibile ad un diritto del concepito la più ferma negazione, da parte dell’ordinamento (non soltanto italiano), di qualsiasi forma di aborto eugenetico.

È tanto necessario quanto sufficiente, di converso, considerare il nascituro *oggetto di tutela*, se la qualità di soggetto di diritto (evidente astrazione rispetto all’essere vivente) è attribuzione normativa funzionale all’imputazione di situazioni giuridiche e non tecnica di tutela di entità protette. Nessuna rilevanza, in positivo o in negativo, pare assumere all’uopo il pur fondamentale principio della centralità della persona, universalmente riconosciuto e tutelato a qualsiasi livello normativo, ma inidoneo *ex se* a rientrare nel novero delle vere e proprie “clausole generali” (quali quelle della correttezza, della buona fede, della funzione sociale della proprietà, della giusta causa del licenziamento, della cooperazione del creditore all’adempimento del debitore, della solidarietà passiva, tutte espressamente previste, esse sì, per via normativa). La centralità della persona (al di là della significazione che si attribuisce al termine “persona”, la cui etimologia evoca peraltro l’originario significato latino di maschera del teatro) è qualcosa di più e di diverso rispetto ad una semplice clausola generale, è un “valore assoluto”, rappresentabile esso stesso come *proiezione* di altre norme (tra le altre, gli art. 2 e 32 della Costituzione) e come autentico fine dell’ordinamento.

Per altro verso, una corretta e coerente attuazione dei principi cardine della giurisprudenza degli interessi (a mente della quale la correttezza della decisione del giudice dipende dalla altrettanto corretta valutazione dello scopo delle norme, anche a prescindere dalla relativa struttura semantico-contenutistica, secondo una ricerca del relativo *significato* in una dimensione teleologica, diversamente da quanto propugnato dalla giurisprudenza dei concetti, che procede invece per progressiva astrazione da norme di sistema valutandone soltanto il corrispondente *significante*) sembra condurre alla conclusione che tutte le norme, costituzionali e ordinarie, volte a disciplinare il delicato territorio del concepimento considerino il concepito *come un oggetto di tutela necessaria*, essendo la soggettività – come s’è detto – un’astrazione normativa funzionale alla titolarità di rapporti giuridici.

...omissis...

Chi nasce malato per via di un fatto lesivo ingiusto occorsogli durante il concepimento non fa, pertanto, valere un diritto alla vita né un diritto a nascere sano né tantomeno un diritto a non nascere. Fa valere, ora per allora, la lesione della sua salute, originatasi al momento del concepimento. Oggetto della pretesa e della tutela risarcitoria è, pertanto, sul piano morfologico,

la nascita malformata, su quello funzionale (quello, cioè, del dipanarsi della vita quotidiana) il perdurante e irredimibile stato di infermità. Non la nascita non sana. O la non nascita.

...omissis...

Soggetto “autore” del minore malformato non è, pertanto, l’ascendente, il testatore, il donante, ma sé stesso. Ben più che *un nuovo diritto soggettivo*, il riconoscimento di tale legittimazione istituisce *un nuovo soggetto autonomo*, al punto che la qualità innata della sua vita diviene un diritto esigibile della persona, senza che – come è stato assai suggestivamente scritto – “questo nuovo soggetto di diritto divenga un mostro senza passato”. E senza che, va aggiunto, la sua pretesa risarcitoria appaia una mostruosità senza passato, confondendo il tempo della vita con il tempo della costruzione (e della finzione) giuridica.

...omissis...

Il *vulnus* lamentato da parte del minore malformato, difatti, non è la malformazione in sé considerata – non è, in altri termini, l’infermità intesa in senso naturalistico (o secondo i dettami della scienza medica), bensì *lo stato funzionale* di infermità, la condizione evolutiva della vita handicappata intesa come proiezione dinamica dell’esistenza che non è semplice somma algebrica della vita e dell’*handicap*, ma sintesi di vita ed *handicap*, sintesi generatrice di una vita handicappata.

È violato il dettato dell’art. 32 della Costituzione, intesa la salute non soltanto nella sua dimensione statica di assenza di malattia, ma come condizione dinamico/funzionale di benessere psicofisico – come testualmente si legge nell’art. 1 lettera o) del d.lgs. n. 81 del 2008, e come recentemente riaffermato da questa stessa Corte con la sentenza 16 ottobre 2007, n. 21748.

Deve ancora ritenersi consumata:

- la violazione della più generale norma dell’art. 2 della Costituzione, apparendo innegabile la limitazione del diritto del minore allo svolgimento della propria personalità sia come singolo sia nelle formazioni sociali;

- dell’art. 3 della Costituzione, nella misura in cui si renderà sempre più evidente la limitazione al pieno sviluppo della persona;

- degli artt. 29, 30 e 31 della Costituzione, volta che l’arrivo del minore in una dimensione familiare “alterata” (come lascia presumere il fatto che la madre si fosse già emotivamente predisposta, se correttamente informata della malformazione, ad interrompere la gravidanza, in previsione di una sua futura malattia fisica o psichica al cospetto di una nascita dichiaratamente indesiderata) impedisce o rende più ardua la concreta e costante attuazione dei diritti-doveri dei genitori sanciti dal dettato costituzionale, che tutela la vita familiare nel suo libero e sereno svolgimento sotto il profilo dell’istruzione, educazione, mantenimento dei figli.

Tali situazioni soggettive, giuridicamente tutelate e giuridicamente rilevanti, sono pertanto riconducibili non alla sola nascita né al solo *handicap*, bensì alla nascita ed alla futura vita handicappata intesa nella sua più ampia accezione funzionale, la cui “diversità” non è discriminata in un giudizio metagiuridico di disvalore tra nascita e non nascita, ma soltanto tutelata, rispettata ed alleviata per via risarcitoria.

Non è a discorrersi, pertanto, di non meritevolezza di una vita handicappata, ma una vita che merita di essere vissuta meno disagiata, attribuendo *direttamente* al soggetto che di tale condizione di disagio è personalmente portatore il dovuto importo risarcitorio, senza mediazioni di terzi, quand’anche fossero i genitori, ipoteticamente liberi di utilizzare il risarcimento a loro riconosciuto ai più disparati fini.

...omissis...

Deve pertanto concludersi che l’interesse giuridicamente protetto, del quale viene richiesta tutela da parte del minore ai sensi degli articoli della Carta fondamentale dianzi citati, è quello che gli consente di alleviare, sul piano risarcitorio, la propria condizione di vita, destinata a una non del tutto libera estrinsecazione secondo gli auspici dal Costituente: il quale ha identificato l’intangibile essenza della Carta fondamentale nei diritti inviolabili da esercitarsi dall’individuo come singolo e nelle formazioni sociali ove svolgere la propria personalità, nel pieno sviluppo della persona umana, nell’istituzione familiare, nella salute.

Non assume, pertanto, alcun rilievo “giuridico” la dimensione prenatale del minore, quella nel corso della quale la madre avrebbe, se informata, esercitato il diritto all’interruzione della gravidanza. Se l’esercizio di questo diritto fosse stato assicurato alla gestante, la dimensione del non essere del nascituro impedisce di attribuirle qualsivoglia rilevanza giuridica.

Come accade in altro meno nobile territorio del diritto, e cioè in tema di nullità negoziale, l’interprete si trova al cospetto non già di una qualificazione giuridica negativa di un fatto (che ne consentirebbe uno speculare parallelismo con la corrispondente qualificazione positiva), bensì di una inqualificazione giuridica *tout court*.

Ciò che è giuridicamente in-qualificato non ha cittadinanza nel mondo del diritto, onde la assoluta irrilevanza dell’affermazione secondo la quale “nessuno potrebbe preferire la non vita alla vita”, funzionale ad un “dovere di vivere” – ancora una volta relegato entro i confini di una specifica visione e dimensione etica delle vicende umane priva di seri riscontri normativi, come già affermato da questa Corte, in tema di diritti di fine vita con la già ricordata sentenza del 2007 – che in nessun caso può costituire legittimo *speculum*, sul piano normativo, del diritto individuale alla vita.

Il ragionamento apparentemente sillogistico, elaborato da gran parte della dottrina francese all’indomani del caso *Perruche*, secondo cui “sarebbe

insanabilmente contraddittorio considerare che il bambino handicappato, una volta nato, possa usare la sua acquisita qualità di soggetto di diritti per chiedere il risarcimento del danno risultante dal fatto di non essere stato abortito dalla madre, cosa che gli avrebbe impedito di diventare soggetto di diritti”, perde ogni ragionevole senso alla luce di quanto sinora esposto circa l’aspetto soggettivo ed oggettivo della vicenda: l’obiezione caratterizzata, difatti, l’enunciato in termini di esigenza meramente logico-discorsiva, che non impone al soggetto un obbligo di vivere, ma un dovere linguistico di non affermare nulla che possa portarlo a predicare sé stesso come inesistente.

Tutto ciò resta ai margini del discorso giuridico, così come estraneo al diritto positivo, se non nei limiti del suo altrettanto positivo recepimento in norme (ove esistenti), è una considerazione razionale della natura dell’uomo che ne implichi un obbligo di vivere, avendo di converso l’ordinamento positivo eletto ad essenza dei diritti dell’uomo, prima ancora della dignità (diversamente dall’ordinamento tedesco, in conseguenza della storia di quel popolo) la libertà dell’individuo, che si autolimita nel contratto sociale, ma resta intatta nei confronti di sé stesso, in una dimensione dell’essere che legittima infine anche il non fare o il rifiutare.

...omissis...

Va pertanto affermata, sul piano del nesso di condizionamento, la equiparazione *quoad effecta* tra la fattispecie dell’errore medico che non abbia evitato l’handicap evitabile (l’*handicap*, si badi, non la nascita handicappata), ovvero che tale *handicap* abbia cagionato (come nella ipotesi scrutinata dalla sentenza 10741/2009) e l’errore medico che non ha evitato (o ha concorso a non evitare) la nascita malformata (evitabile, senza l’errore diagnostico, in conseguenza della facoltà di scelta della gestante derivante da una espressa disposizione di legge). Facoltà il cui esercizio la gestante aveva, nella specie, espressamente dichiarato di voler esercitare, donde l’evidente paralogismo che si cela nella motivazione della corte territoriale nel momento in cui onera la odierna ricorrente dell’incombente di provare quello che risultava già provato ed acquisito agli atti del processo.

...omissis...

8.

Il sesto motivo risulta assorbito nell’accoglimento di quelli che lo precedono, dovendo il giudice del merito provvedere ad una completa revisione della disciplina delle spese processuali, il cui precedente regolamento deve intendersi (a prescindere da qualsiasi considerazione sul *quantum*), *ipso facto* caducato nell’an.

9.

In applicazione dei suindicati principi di diritto, il giudice del rinvio, da designarsi nella stessa Corte d'appello di Venezia, in diversa composizione, nel regolare anche le spese del giudizio di legittimità, è chiamato a rivalutare *ex novo* la fondatezza della richiesta risarcitoria sia della minore, sia dei suoi familiari.

P.Q.M.

la Corte accoglie il primo, secondo, terzo, quarto e quinto motivo del ricorso, dichiara assorbito il sesto, cassa la sentenza impugnata e rinvia, anche per le spese del giudizio di cassazione, alla corte di appello di Venezia in diversa composizione.

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio della terza sezione civile, il 10.1.2012.

IL CONSIGLIERE ESTENSORE

IL PRESIDENTE

BREVI RIFLESSIONI SUL DIRITTO A NON NASCERE

ABSTRACT: Il contributo si pone come commento critico riguardo al 'diritto a non nascere', a partire dalla recente sentenza con cui la Corte di Cassazione italiana ha deciso la richiesta risarcitoria di diversi soggetti ricorrenti per danno da nascita indesiderata. Una *wrongful birth* causata dalla errata diagnosi pre-natale da parte del medico che non ha individuato la sindrome di Down, di cui la neonata è risultata affetta. Smentendo un proprio consolidato orientamento e cassando le pronunce sul merito, la Corte Suprema ha riconosciuto la legittimazione al risarcimento del danno non solo ai genitori, ma anche alle sorelle della bambina, e alla bambina stessa.

PAROLE CHIAVE: Diritto a non nascere, danno, *wrongful birth*, aborto, responsabilità medica.

ABSTRACT: This contribution wants to be a critical comment about the 'right to not be born', starting from a recent judgment of the Corte di Cassazione that was pronounced about the petition for damages submitted by several subjects because of damage given by a *wrongful birth*. The *wrongful birth* was caused by the doctor's negligent prenatal diagnosis, that did not identify Down Syndrome, which the baby turned out to be affected by. Contradicting its previous tendency and annulling the verdicts pronounced by trial judges, the Corte di Cassazione proclaimed that not only parents have the right to recover damages, but also the young girl's sisters as well as the girl herself.

KEYWORDS: Right to Not Be Born, Damage, *Wrongful Birth*, Abortion, Medical Liability.

Sommario: 1. Una sentenza manifesto per il *perruchismo* italiano? – 2. Secondo e terzo motivo del ricorso. Onere probatorio e presunzioni abortiste – 3. (segue) Presumere i requisiti per snaturare la legge – 4. Il quarto motivo di ricorso. Soggetti aventi diritto al risarcimento. Effetti protettivi del contratto – 5. (segue) La disabilità come ostacolo alla serenità della vita familiare – 6. Quinto motivo di ricorso. Risarcimento al bambino nato malformato – 7. (segue) Spunti per una riflessione sul quinto motivo – 8. «Poca osservazione e molto ragionamento conducono all'errore. Molta osservazione e poco ragionamento conducono alla verità»

1. UNA “SENTENZA MANIFESTO” PER IL PERRUCHISMO ITALIANO?

LA sentenza n. 16754/2012 della Suprema Corte di Cassazione civile, sez. III, si presenta come una complessa esposizione in materia di «responsabilità sanitaria per omessa diagnosi di malformazioni fetali e conseguente nascita indesiderata». La lettura dell'oggetto della sentenza fa immediatamente comprendere la delicatezza del tema affrontato; il motivo di interesse della medesima non sta però tanto nel suo oggetto, quanto nel modo in cui i giudici hanno voluto approcciarlo. Innanzitutto è da segnalare la novità della decisione della Suprema Corte di accordare il risarcimento del danno derivante da omessa diagnosi di malformazioni fetali e nascita indesiderata non solo alla madre ed al padre, ma anche alle sorelle della neonata e, soprattutto, alla neonata stessa. Ad aggiungere ancor più interesse all'analisi è il fatto che i giudici non si siano limitati ad una mera riproposizione degli indirizzi giurisprudenziali precedenti, ma piuttosto abbiano deciso di «dar vita ad un così significativo revirement»,¹ tanto negli esiti raggiunti, quanto soprattutto nelle argomentazioni proposte e nel loro svolgimento. Da questo, che si può ben affermare configurarsi come un tentativo di dare una nuova sistemazione alla materia, deriva la denominazione di «sentenza manifesto»,² utilizzata da alcuni dei primi commentatori. Essa si inserisce dunque a pieno titolo in quel dibattito che indicheremo come riguardante il ‘diritto a non nascere’, su cui la dottrina ha scritto molto e sotto svariati profili; dibattito ovviamente non circoscritto al solo ordinamento italiano, ma che permette comparazioni con diversi ordinamenti europei ed extra-europei. Non è

¹ Si specifica che quando nel testo saranno presenti citazioni letterali inserite tra le caporali e sprovviste di nota di riferimento esse sono da intendersi come brani tratti dal testo della sentenza oggetto del presente contributo, consultabile integralmente al sito www.cortedicasazione.it/Documenti/16754_10_12.pdf, ultimo accesso 16.1.2013.

² Cfr. ad esempio ANTONIO PALMA, *Note minime sul “diritto a non nascere”: una sentenza “manifesto”?*, consultabile al seguente url: www.scienzaevita.org/materiale/2-Palma.pdf, ultimo accesso al 16.1.2013; ed anche STEFANO ROSSI, *Il nascituro quale oggetto di tutela. Brevi note su una sentenza-manifesto*, consultabile al seguente indirizzo: www.personaedanno.it/index.php?option=com_content&view=article&id=40349&catid=100, ultimo accesso 16.1.2013.

certamente intenzione del presente scritto riassumerne i termini in seno ai diversi ordinamenti e come essi si influenzino vicendevolmente in materia, data la considerevole mole di bibliografia rintracciabile a riguardo, inconciliabile con la necessità di sintesi.³

Impossibile però non citare, per le fortissime analogie con la vicenda sottoposta alla nostra attenzione, il celeberrimo caso francese del piccolo Nicolas Perruche, che ha segnato una tappa fondamentale nella riflessione giuridica in materia e che ebbe a suo tempo un forte impatto anche sull'opinione pubblica. La sentenza oggetto del presente contributo riassume così la vicenda: «la Corte di Cassazione francese in assemblea plenaria [...] affermò che “quando gli errori commessi da un medico e dal laboratorio in esecuzione del contratto concluso con una donna incinta impedirono a quest'ultima di esercitare la propria scelta di interruzione della gravidanza, al fine di evitare la nascita di un bambino handicappato, questi può domandare il risarcimento del danno consistente nel proprio handicap, causato dai predetti errori”». A tale pronuncia fece immediato seguito l'intervento del legislatore (*loi Kouchner* 303/2002), che escluse qualsivoglia pretesa risarcitoria dell'handicappato per il solo fatto della nascita «quando l'handicap non è stato provocato, aggravato o evitato da errore medico». In seguito le norme introdotte dalla *loi Kouchner*,⁴ poi confluite nel *Code de l'action sociale* con legge n. 2005-102, furono impugnate davanti al *Conseil Constitutionnel*, che nel giugno del 2010 respinse il ricorso, giudicandole conformi alla Costituzione.⁵ Nel-

³ Si rimanda per una sintesi della ricostruzione del dibattito a livello europeo ed extra-europeo a FRANCESCO DONATO BUSNELLI, *La tutela giuridica dell'inizio della vita umana*, in *La tutela giuridica della vita prenatale*, a cura di Riccardo Rossano, Salvatore Sibilla, Torino, Giappichelli, 2005, p. 64 ss.; ed anche OLGA RILAMPA, *Il “diritto di non nascere” e la condizione giuridica del nascituro*, «La responsabilità civile», 1, 2006, pp. 71-81. Sulla situazione in Germania si segnala la sentenza della Corte di giustizia federale tedesca (BGHZ, 86, 204), che si pronunciò per la negazione del risarcimento argomentando la non legittimazione attiva del bambino. Cfr. EDMUND PICKER, *Schadenersatz für das unerwünschte eigene Leben - Wrongful life*, Tubinga, J.B.C. Mohr, 1995, anche nella sua edizione italiana *Il danno della vita. Risarcimento per una vita non desiderata*, a cura di Paolo Zatti, Damiano Canale, Milano, Giuffrè, 2004, con considerazioni sulla linea di quanto si evidenzierà poco sotto per l'opera di Cayla e Thomas.

⁴ Cfr. LORENZA VIOLINI, *La legge francese sui danni da mancata diagnosi di malattie genetiche fetali*, «Quaderni costituzionali», 1, 2006, pp. 141-144.

⁵ Sul caso Perruche si indica anche la tanto interessante, quanto scarsamente obiettiva, monografia di OLIVIER CAYLA, YAN THOMAS, *Du droit de ne pas naître. À propos de l'affaire Perruche*, Parigi, Édition Gallimard, 2002, anche nella sua edizione italiana dal titolo *Il diritto a non nascere, a proposito del caso Perruche*, Milano, Giuffrè, 2004. Scarsamente obiettiva si diceva, poiché esplicitamente funzionale ad un'accorata difesa delle tesi *perruchiste*. Tale denominazione deriva dal fatto che il forte impatto sulla dottrina e sull'opinione pubblica francese determinò la creazione di due fronti, quello *perruchiste* favorevole alle decisioni contenute nella sentenza, e quello *antiperruchiste*, con motivazioni per lo più opposte. Il forte impatto già ricordato sull'opinione pubblica francese si ebbe alla pubblicazione del famoso articolo

lo svolgersi dell'analisi si noterà come gli sviluppi dottrinali e le riflessioni originati dall'acceso dibattito aperto dal caso Perruche abbiano inciso fortemente sulle motivazioni poste a fondamento della pronuncia della Suprema Corte n. 16754/2012.

Nel presentare i punti più rilevanti della sentenza, che consta di ben 73 fogli, l'obiettivo è quello di una lettura critica all'interno del quadro normativo e giurisprudenziale italiano, e non solo. Le profonde implicazioni bio-etiche della decisione toccano infatti aspetti che non possono essere affrontati attraverso l'illusione del c.d. diritto debole,⁶ o con la sua declinazione interpretativa, che tende a presentare i propri risultati come asettici e a-valoriali, conseguenza di procedimenti giuridici oggettivi. Data l'evidenza della questione è davvero difficile pensare che un giurista si dimostri ancora tanto ingenuo da credere ad un diritto che non implichi in sé un giudizio di valore: «la neutralità del diritto è chimera se non un mito fasullo: invero si prediligono taluni valori per 'neutralizzarne' altri».⁷ Quanto appena esposto per le norme, risulta ancor più adeguato per l'attività giudiziale, chiamata al difficile compito della retta interpretazione del diritto generale ed astratto, al momento del suo contatto con le fattispecie concrete che deve regolare. Il tentativo è dunque di abbracciare una prospettiva più ampia, da un lato maggiormente realistica e meno utopistica, e d'altra parte senza dubbio più affascinante, che obbliga l'operatore del diritto a porsi domande, spesso tralasciate, sul compito e la natura del diritto stesso, senza adagiarsi nei meccanismi routinari del già saputo o della mera ricezione del mai ben definito 'sentire comune'. Una lettura critica dunque, che cercherà di proporre

di CATHERINE LABRUSSE-RIOU, BERTRAND MATIHIEU, *La vie humaine comme préjudice*, apparso sul quotidiano *Le Monde*, in data 24 novembre 2000, e contrario alle tesi della *Court de Cassation*, che fu sottoscritto da professori e ricercatori di facoltà di giurisprudenza francesi. A ciò seguirono lo sciopero dei ginecologi che effettuavano ecografie ostetriche e le forti rimostranze di tutte le associazioni che a vario titolo si occupavano di soggetti disabili. Per un'analisi sulla ricaduta del caso sulla responsabilità civile nel diritto francese cfr. BRIGITTE FEUILLET, *The Perruche case and the French liability*, «Drexel Law Review», 1, 2011, pp. 139-149, in particolare pp. 141-143. Per una più puntuale ricostruzione delle vicende giudiziali francesi si segnala ROBERTO CIPPITANI, *Limitazioni alla responsabilità medica nella diagnosi prenatale tra norme costituzionali e norme sovranazionali*, «Diritto di famiglia e delle persone», 3, 2011, pp. 1327-1357. Sulla sentenza del *Conseil Constitutionnel* si veda anche la sintetica ma lucida analisi di FRANCESCO D'AGOSTINO nell'articolo *Il diritto di non nascere figlio dell'eugenetica*, apparso sul quotidiano *Avvenire*, in data 6 dicembre 2010.

⁶ Sul punto con grande chiarezza si esprime GIUSEPPE DALLA TORRE, *Le leggi contro la vita: il loro significato politico-giuridico*, in "Evangelium Vitae" e Diritto. Atti del Convegno Internazionale (23-25 Maggio 1996), a cura di Alfonso López Trujillo, Julian Herranz, Elio Sgreccia, Città del Vaticano, Libreria editrice vaticana, 1997, pp. 99-120.

⁷ GERALDINA BONI, ANDREA ZANOTTI, *La Chiesa tra nuovo paganesimo e oblio. Un ritorno alle origini per il diritto canonico del terzo millennio*, Torino, Giappichelli, 2012, pp. 52-53. In particolare si segnalano le note nn. 20, 21 e 23.

spunti per riflettere proprio sul giudizio di valore e la mentalità sottesi alla pronuncia della Suprema Corte.

2. SECONDO E TERZO MOTIVO DEL RICORSO. ONERE PROBATORIO E PRESUNZIONI ABORTIVE

A motivo di esigenze di brevità, per quanto riguarda il concreto svolgersi della vicenda su cui la Corte è stata chiamata ad esprimersi si rimanda alla ricostruzione operata dalla sentenza, riportata innanzi al presente testo. Inoltre si procederà direttamente ad esaminare il secondo e terzo motivo di ricorso, escludendo dalla trattazione le questioni preliminari e il primo motivo di ricorso, poiché scarsamente incidenti sull'oggetto principale del commento.

Nell'affrontare, ed accogliere, il secondo motivo di ricorso, la Corte ricostruisce il quadro dell'onere probatorio in cui il caso si inserisce: «risulta provato [...] che la gestante avesse espressamente richiesto un accertamento medico-diagnostico per essere resa partecipe delle eventuali malformazioni genetiche del feto, così da poter interrompere la gravidanza. Oggetto del rapporto professionale [...] doveva, pertanto, ritenersi, nella specie, non un accertamento “qual che esso fosse”, [...] bensì un accertamento doppiamente funzionale alla diagnosi di malformazioni fetali e (condizionatamente al suo risultato positivo) all'esercizio del diritto di aborto». La sentenza di merito del giudice veneziano indica, infatti, come non provato che la donna avesse richiesto di essere sottoposta all'amniocentesi. Secondo quanto rilevato dalla Suprema Corte sarebbe ivi ravvisabile un'inversione dell'onere probatorio, con conseguente non conformità al diritto. Il corretto riparto dell'onere probatorio vedrebbe il medico obbligato a provvedere ad una completa informazione delle varie tecniche diagnostiche (invasive o meno, rischiose o meno); vedrebbe di contro la paziente obbligata a provare solo di aver richiesto la diagnosi fetale, funzionale all'aborto se positiva. La responsabilità del medico conseguentemente sarebbe rilevante non solo per la mancata informazione, ma anche per lesione del diritto all'autodeterminazione della donna dettata dall'omissione, «nella prospettiva dell'insorgere, sul piano della causalità ipotetica, di una malattia fisica o psichica».

Sintetizzando il terzo motivo di ricorso, anch'esso accolto, si nota come la motivazione sia strettamente legata a quanto appena espresso. Si tratta di doglianza concernente la violazione e falsa applicazione dell'art. 2729 c.c., rubricato come 'presunzioni semplici'. Appoggiandosi alla sua precedente pronuncia n. 6735/2002 e contrariamente a quanto deciso dai giudici veneziani, la Corte afferma che, davanti ad un'espressa istanza diagnostica funzionale ad un eventuale aborto, opera una presunzione rispetto alla «patologia materna destinata ad insorgere a seguito della scoperta della paventata malformazione».

3. (SEGUE) PRESUMERE I REQUISITI PER SNATURARE LA LEGGE

La Corte accenna soltanto ai presupposti medici riguardanti il caso, che devono essere ben valutati anche attraverso competenze mediche appropriate. L'individuazione della colpa del ginecologo per omessa informazione, per quanto desumibile, potrebbe apparire corretta e conseguente ad una sua negligenza, e in tal caso condivisibile. Non si può dire lo stesso per le motivazioni espresse dalla Corte, che hanno portato agli esiti sopra esposti. La *mens iuridica* sottesa risulta piuttosto evidente e, senza dubbio, corroborata da precedenti giurisprudenziali inquadrabili nel medesimo orientamento. Ciò nonostante, come dimostra la stessa sentenza in oggetto operando come anticipato un «significativo *revirement*», la mera presenza di indirizzi consolidati non può esentare il giurista dal domandarsi se essi siano corretti e condivisibili; si noti tra l'altro come la sentenza Cass. 6735/2002,⁸ introducendo la regola presuntiva, perfezionasse a sua volta un *revirement* rispetto all'assodato indirizzo giurisprudenziale rappresentato dalla sentenza Cass. 12195/1998.⁹

Riferendosi al terzo punto di ricorso, davanti al consolidarsi della suindicata regola presuntiva e davanti alla conseguente decisione della Corte sul punto, sono certamente condivisibili i timori espressi da alcuni autori: «questa motivazione [...] seppur con ogni dovuto approfondimento sembra sovrapporre, se non addirittura confondere, i presupposti legittimanti l'aborto, ed in particolare la circostanza che debba esservi relazione tra la malformazione del feto e stato di pericolo per la salute della donna. L'applicazione rigorosa dei presupposti legittimanti l'aborto terapeutico appare quanto mai necessario, pur nel rispetto dei limiti della libertà individuale, atteso che, altrimenti, il rischio noto è quello di favorire anche involontariamente, aborti eugenetici».¹⁰ Che dunque la sola richiesta di diagnosi pre-

⁸ Cass. civ., sez. III, 10.5.2002 n. 6735, «Danno e responsabilità», 11, 2002, p. 1148 ss.

⁹ Cass. civ. sez. III, 1.12.1998 n. 12195, «Giurisprudenza italiana», 1999, p. 2038 ss. Per una ricostruzione dei diversi possibili assetti dell'onere probatorio e sull'introduzione della regola presuntiva si rimanda a FRANCESCA CASSONE, *Il danno da nascita indesiderata*, in *La responsabilità in medicina*, a cura di Andrea Belvedere, Silvio Riondato, Milano, Giuffrè, 2011, pp. 395-399, e alla ricca bibliografia presente nell'apparato di note.

¹⁰ ANTONIO PALMA, *Note minime su una sentenza manifesto*, cit. Si osservi, come già premesso, che il riferimento normativo è l'art. 6 della l. 194/78 poiché nel caso di specie la donna aveva già oltrepassato il limite temporale dei 90 gg. previsto per l'applicazione dell'art. 4. Questa tendenza a slegare e/o confondere i requisiti posti dalla legge sembra essere accolta anche in dottrina. Si consideri, per tutti, quanto affermato, in spregio del testo letterale della legge «L'art. 6, l. n. 194/78 autorizza la madre a decidere se portare a termine la gravidanza in caso di diagnosi di malattia del feto. Questa scelta spetta a lei sola. Non è coercibile né sindacabile»: FRANCESCA CASSONE, *Il danno da nascita indesiderata*, cit., p. 414.

natale con espressa dichiarazione dell'intenzione di abortire, qualora l'esito fosse positivo, sia sufficiente a far presumere la futura insorgenza di gravi pericoli per la salute fisica o psichica della donna rende davvero difficile comprendere a che scopo il legislatore abbia deciso di differenziare il procedimento per ricorrere all'aborto prima e dopo i 90 giorni. Se i requisiti richiesti dall'art. 6, l. 194/78,¹¹ indubbiamente più restrittivi di quelli espressi dall'art. 4, si possono ritenere oggetto di presunzione alla prova dei fatti non vi è alcuna differenza fra le due ipotesi. Non si riscontra affatto nel testo della legge la 'regolarità causale' evocata in sentenza tra l'ottenuta informazione delle malformazioni fetali e l'aborto. Ipotizzare tale giudizio presuntivo unicamente perché *id quod plerumque accidit* può tutt'al più introdurre nella mente del giurista un ulteriore e fondato dubbio sulla reale tenuta della l. 194/78. Se ciò che accade usualmente (tanto da poter addirittura adombrare un rapporto causa-effetto) è il ricorso all'aborto nel caso di accertamento di malformazioni fetali, diventa oltremodo difficile non vederne l'inevitabile deriva eugenetica, che costituisce un ulteriore *vulnus* all'equilibrio assai labile di cui la legge 194/78 è espressione.¹²

È appena da segnalare come nel caso di specie risulti provato che la gestante avesse certo espressamente indicato l'aborto come conseguenza della positività dell'esame diagnostico, ma nulla si dice sul fatto che avesse paventato o ipotizzato un grave pericolo per la propria salute fisica o psichica derivante da questo. L'indicazione in sentenza dell'intervenuta patologia al momento della scoperta della malformazione da parte della madre, come «indiretta conferma» della presunzione, pecca quantomeno d'ingenuità. È pacifico come non sia in alcun modo realistico il paragone tra l'effetto sullo stato psicofisico della donna della notizia di malformazioni fetali, poco dopo i tre mesi di gestazione ed in seguito ad un esame diagnostico, e l'effetto prodotto dalla constatazione *icto oculi* della malformazione al momento della nascita, in contraddizione ad una legittima aspettativa creatasi nella madre in base ad una, errata, diagnosi negativa durante la gestazione.

Infine è opportuno sottolineare quanto emerge nella argomentazione posta a fondamento del rigetto del secondo motivo di ricorso. In essa il giudice utilizza con molta naturalezza le espressioni 'diritto all'aborto' e 'diritto all'interruzione di gravidanza',¹³ e indica come oggetto del contratto tra

¹¹ Nel caso in esame il riferimento va all'art. 6 della suddetta normativa, poiché all'epoca dei fatti la gravidanza era già entrata nel secondo trimestre.

¹² La l. 194/78 è stata ed è tutt'ora oggetto di critiche sotto molteplici aspetti, non ultimo la sostanziale disapplicazione di alcune sue prescrizioni. Si veda sul punto la lucida lettura critica e la ricca bibliografia di GERALDINA BONI, *La legge n. 194 del 1978: "derive" applicative di una legislazione da rivedere*, «Diritto di famiglia e delle persone», 2, 2008, pp. 821-879.

¹³ «Tra desistere dalla irrogazione della pena detentiva e concessione di un diritto di aborto, di un diritto alla derelizione e soppressione di esseri umani, corre un abisso». GERALDINA

medico e paziente un accertamento doppiamente funzionale alla diagnosi di malformazioni fetali e all'esercizio del diritto di aborto. Presentando tale ricostruzione logica come perfettamente coerente, il rischio è quello di snaturare nella realtà dei fatti il senso stesso della diagnosi prenatale, facendo coincidere la possibile scoperta di una malattia con la conseguenza non certo ovvia della soppressione del malato. Non dovrebbe essere nemmeno necessario citare le oramai numerose patologie per la cura delle quali è possibile intervenire con chirurgia fetale, applicabile solo nei casi in cui venga diagnosticata in tempo la malattia del nascituro.¹⁴ La spinosa questione della diagnosi prenatale richiederebbe, per poter essere illustrata esaustivamente, uno spazio e una competenza certo maggiori di quelle a disposizione; pare opportuno richiamare, anche per l'aderenza alle vicende in esame, la chiara e autorevole voce di Giovanni Paolo II nella Lettera Enciclica *Evangelium Vitae*, che al punto 14 dichiara: «Le diagnosi pre-natali, che non presentano difficoltà se fatte per individuare eventuali cure necessarie al bambino non ancora nato, diventano troppo spesso occasione per proporre e procurare l'aborto. È l'aborto eugenetico, la cui legittimazione nell'opinione pubblica nasce da una mentalità – a torto ritenuta coerente con le esigenze della “terapeuticità” – che accoglie la vita solo a certe condizioni e che rifiuta il limite, l'handicap, l'infermità».¹⁵

4. IL QUARTO MOTIVO DI RICORSO. SOGGETTI AVENTI DIRITTO AL RISARCIMENTO. EFFETTI PROTETTIVI DEL CONTRATTO

Il quarto ed il quinto motivo di ricorso sono sostanzialmente simili e riguardano la 'platea' dei soggetti aventi diritto al risarcimento. La Corte, con condivisibile intelligenza sistematica, opta, nello svolgimento del quarto motivo di ricorso, per la definizione delle sole posizioni dei due genitori e delle sorelle della neonata; lasciando, dunque, l'analisi del tema forse più

BONI, *La legge n. 194 del 1978: “derive” applicative di una legislazione da rivedere*, cit., p. 865. Nel medesimo senso si veda anche l'interessante intervista che Norberto Bobbio rilasciò a Guido Nascimbeni, pubblicata l'8 maggio del 1981 sul quotidiano *Il Corriere della Sera*, in cui si legge «D.- Quali diritti e quali doveri sono in conflitto? R.- Innanzitutto il diritto fondamentale del concepito, quel diritto di nascita sul quale, secondo me, non si può transigere. [...] Si può parlare di depenalizzazione dell'aborto, ma non si può essere moralmente indifferenti di fronte all'aborto».

¹⁴ Sulla diagnosi prenatale e per una panoramica sulle possibilità della chirurgia fetale si veda FERNANDO FABÒ, *Alcune implicazioni e problemi bioetici della diagnosi prenatale*, «*Studia Bioethica*», 1, 2009, pp. 36-47. Per un quadro più generale cfr. GABRIELLA GAMBINO, *Diagnosi prenatale. Scienza, etica e diritto a confronto*, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 2003.

¹⁵ GIOVANNI PAOLO II, Lettera Enciclica *Evangelium Vitae*, «*Acta Apostolicae Sedis*», 5, 1995, p. 401 ss., n. 14. Vedi anche nn. 63 e 18. A indiretta conferma di quanto autorevolmente affermato, si legga, nella parte in cui si espongono le motivazioni *antiperruchiste*, il già citato OLIVIER CAYLA, YAN THOMAS, *Il diritto a non nascere. A proposito del caso Perruche*, cit., pp. 29-30.

controverso, ossia il possibile risarcimento in capo al bambino disabile, interamente al quinto.¹⁶

La posizione della madre viene inquadrata nella sua qualità di parte contrattuale (o in ogni caso all'interno della categoria del contatto sociale), a favore della quale viene fatta valere la responsabilità sanitaria per omessa diagnosi di malformazioni fetali e conseguente nascita indesiderata. Secondo un orientamento già espresso dalla Cassazione,¹⁷ vengono estesi gli effetti protettivi del rapporto contrattuale in essere tra gestante e medico anche al padre, in qualità appunto di soggetto protetto da tale rapporto. La novità di tale argomentazione consiste nell'estensione operata dalla Corte dei medesimi effetti protettivi fatti valere per il padre anche ai fratelli e alle sorelle del nato malformato, danneggiati principalmente per la minor disponibilità dei genitori nei loro confronti e per la diminuita possibilità di godere di un rapporto parentale «costantemente caratterizzato da serenità e distensione».

5. (SEGUE) LA DISABILITÀ COME OSTACOLO ALLA SERENITÀ DELLA VITA FAMILIARE

Le diverse posizioni dei soggetti ricorrenti (meno, come abbiamo anticipato, la posizione del bambino disabile) vengono in tal modo ricostruite. Secondo quanto esposto in precedenza, al medico è contestata non solo la carenza di informazione, ma anche la lesione del diritto alla autodeterminazione della donna causata dalla medesima omissione. Tale responsabilità medica nei confronti della madre viene dalla Corte pacificamente ricondotta nell'alveo della responsabilità contrattuale, anche se invero non risulta in maniera chiara se sia da ascrivere ad un vero e proprio contratto ovvero ad un rapporto da contatto sociale (oppure se il rapporto contrattuale sia da configurarsi tra paziente e struttura sanitaria, e il rapporto da contatto sociale tra paziente e medico che lo assiste).¹⁸

¹⁶ Quinto ed ultimo, poiché il sesto motivo presentato viene giudicato dalla Corte assorbito dall'accoglimento di quelli che lo precedono.

¹⁷ Si vedano, oltre alla già citata Cass. 6735/2002, le pronunce Cass. civ., sez. III, 02.02.2010 n. 2354, «Giustizia civile Massimario», 2, 2010, p. 151 ss., e Cass. civ., sez. III, 29.07.2004 n. 14488, «Responsabilità civile e previdenza», 6, 2004, p. 1348 ss.

¹⁸ Si confronti sul punto GIUSEPPE GLIATTA, *Il danno da procreazione: i soggetti legittimati a chiedere il risarcimento e la natura della responsabilità del medico*, «La responsabilità civile», 10, 2007, pp. 845-849. L'Autore, richiamando le pronunce della Cass. 16123/2006 e la precedente 10297/2004, affronta il tema della natura della responsabilità del medico e della struttura sanitaria, segnalando come la succitata pronuncia Cass. 16123/2006, abbia negato un rapporto di tipo contrattuale tra paziente e medico, seppur derivante da contatto sociale (rilevandolo invece nel rapporto tra paziente e struttura sanitaria), rimandando quindi il caso allo schema della responsabilità aquiliana ex art. 2043 c.c. (Cass. civ., sez. III, 14.07.2006 n. 16123, «Corriere Giuridico», 12, 2006, p. 1691 ss.; Cass. civ., sez. III, 28.05.2004 n. 10297, «Il Foro italiano», 2005, p. 2479 ss.).

La tematica della responsabilità contrattuale collegata a quella medica risulta essere particolarmente complessa. Il corretto inquadramento della responsabilità si rivela poi ancor più incidente, giacché il rapporto intercorrente tra medico e paziente porterebbe ad un dispiegarsi dei suoi effetti protettivi verso terzi: il padre del neonato viene legittimato al risarcimento proprio come terzo protetto dal contratto. È dunque configurabile nel nostro ordinamento un contratto con effetti protettivi verso terzi? La dottrina maggioritaria, suffragata dalla giurisprudenza della Suprema Corte, ritiene come pacifica la possibilità di un contratto che dispieghi i propri effetti protettivi verso terzi, e specificamente nella sua applicazione ai casi di responsabilità medica.¹⁹ Risulta interessante la proposta avanzata da Viola di individuare, nel danno nei confronti del padre e della madre, la figura del danno da perdita di *chance*,²⁰ dato che la lesione dell'autodeterminazione si presenta solo come eventuale (dati gli ulteriori requisiti posti dalla legge).²¹ Tra i pregi ascrivibili a questa impostazione si sottolinea soprattutto la possibilità di evitare di ricorrere all'uso della discutibile regola presuntiva di cui abbiamo parlato precedentemente.

In ogni caso la sentenza *de qua* si allinea all'indirizzo giurisprudenziale prevalente, configurando gli effetti protettivi verso terzi e inserendo tra essi il padre. La novità della pronuncia sta nell'inclusione tra i terzi protetti anche delle sorelle della bambina disabile. Il fondamento di tale inclusione è stabilito nel medesimo principio contemplato per il padre, richiamando le sentenze Cass. 6735/2002, 14488/2004 e 2354/2010. Leggendo però le argomentazioni delle pronunce indicate, si rintraccia sempre un elemento non presente nella sentenza *de qua*: l'indicazione, tra i fondamenti per legittimare il padre quale terzo protetto, dei doveri dei genitori dettati dall'ordinamento nei confronti dei figli.²² Conseguentemente appare difficoltosa l'applicazio-

¹⁹ Una breve e chiara esposizione del dibattito si rintraccia nel commento alla sentenza Cass. 13/2010 di LUIGI VIOLA, *Il danno da nascita indesiderata: contratto con effetti protettivi o contatto sociale?*, «La responsabilità civile», 7, 2010, pp. 527-530. (Cass. civ. sez. III, 4.01.2010 n. 13, «Responsabilità civile e previdenza», 5, 2010, p. 1027 ss.)

²⁰ Cfr. nota a Cass. 24143/2010 di MASSIMO FOGLIA, *Errata diagnosi del medico: il problema causale e la chance perduta*, «Nuova giurisprudenza civile», 5, 2011, pp. 446-447, in tema di danno da perdita di chance nell'ambito della responsabilità medica. Il caso in questione non è assimilabile, non trattandosi di una gestante, ma rileva comunque l'individuazione del danno da perdita di chance e il problema della causalità, che tratteremo più avanti.

²¹ Cfr. LUIGI VIOLA, *Il danno da nascita indesiderata: contratto con effetti protettivi o contatto sociale?*, cit., p. 530.

²² Si legge infatti in Cass. 14488/2004, che riporta sostanzialmente l'identico testo rintracciabile anche nella Cass. 6735/2002: «Il tessuto dei diritti e dei doveri che secondo l'ordinamento si sia incentrato sul fatto della procreazione – quali si desumono sia dalla legge 194 del 1978, sia dalla Costituzione e dal codice civile, quanto ai rapporti tra coniugi ed agli obblighi dei genitori verso i figli [...] – vale poi a spiegare perché anche il padre rientri

ne di tale motivazione alla posizione delle sorelle, certo non obbligate in maniera tanto stringente quanto i genitori nei confronti della bambina. Con tutta probabilità è questo il motivo che porta la Corte ad esplicitare i profili di danno compatibili con la posizione di questi soggetti; ma proprio questa esplicitazione risulta essere non del tutto convincente. I profili di danno delineati non sono, forse, giuridicamente errati, ma certamente possono essere accusati di una certa superficialità espositiva; tra di essi si arriva, ad esempio, a specificare l'incompatibilità tra la condizione del figlio 'meno fortunato' e un costante rapporto parentale sereno e disteso tra i genitori e gli altri figli. Considerando alcuni dati evidenti della realtà familiare, non è facile in realtà immaginare per le sorelle, quantomeno secondo la già citata logica dell'*id quod plerumque accidit*, una possibilità così significativamente maggiore di godere di un rapporto parentale costantemente sereno e disteso dettata solamente dalla mancanza della sorella disabile. Inoltre anche l'argomento della minor disponibilità dei genitori nei loro confronti causato dalla presenza del bambino handicappato può essere smentito dalla possibile, e altrettanto credibile, valutazione opposta: spesso accade che la nascita di un figlio disabile porti i genitori ad un cambiamento dello stile di vita (probabilmente non voluto, ma qui si sta trattando della posizione dei figli) che determina una loro maggiore presenza e sollecitudine all'interno dell'ambiente e dei rapporti familiari.

Le considerazioni dipanate dalla Corte esplicitano una mentalità che guarda all'handicap come ad un dis-valore assoluto, una «condizione esistenziale di potenziale sofferenza» (ma esistono condizioni esistenziali in cui non vi è possibilità di sofferenza?). Non si pretende certo in questa sede di indicare l'handicap come qualcosa di neutro, né tantomeno auspicabile o desiderabile, potendo essere contesto e cagione di situazioni talora umanamente drammatiche o difficili. Ma è certo da evidenziare come questa valutazione in termini di negatività assoluta non sia nuova ai ragionamenti che informano la nostra giurisprudenza. Si pensi ad esempio al caso della quantificazione del danno in occasione di una nascita indesiderata: l'orientamento giurisprudenziale prevalente considera diversa la quantificazione nel caso in cui la nascita indesiderata riguardi un figlio disabile. Assolutamente condivisibile l'osservazione: «Non v'è dubbio che si tratti di un "giudizio di valore", nel senso più pregnante del termine. Mi pare però che in esso si possa leggere, trasposta in ambito risarcitorio, la stessa *ratio* legislativa che consente alla donna di sacrificare la vita del feto in avanzato stadio di sviluppo, praticamente solo in caso di diagnosi di grave malformazione; vi è infatti in questa norma una implicita – ma non meno riconoscibile – va-

tra i soggetti protetti dal contratto ed in confronto del quale la prestazione del medico è dovuta». Nel medesimo senso anche Cass. 2354/2010.

lutazione della malattia e delle conseguenze che essa riversa sui genitori e sul bambino stesso». ²³

In questo senso ben poca rilevanza assume la chiosa della Corte che, al termine della motivazione, invoca un «orizzonte di incondizionata accoglienza dovuta ad ogni essere umano che si affaccia alla vita [...] principio cardine [...] di una stessa ed universale Etica (e bioetica) della persona».

6. QUINTO MOTIVO DI RICORSO.

RISARCIMENTO AL BAMBINO NATO MALFORMATO

Da ultimo si ricostruisce l'*iter* posto alla base dell'accoglimento del quinto motivo di ricorso, ossia per giustificare una scelta a dir poco rivoluzionaria: riconoscere al bambino disabile il risarcimento del danno per una patologia genetica non curabile in via intrauterina, quale la Trisomia 21. L'obiettivo non appare agevole, sia per la complessità e l'articolazione delle argomentazioni giuridiche proposte, sia per la corposità delle stesse.

Gli elementi essenziali da individuare per analizzare la fattispecie risultano dunque essere: innanzitutto l'individuazione delle qualità da attribuire al concepito, ossia il soggetto virtualmente e posteriormente legittimato ad agire per ottenere il risarcimento; in secondo luogo è necessario stabilire in cosa consiste il danno patito dal soggetto; infine occorre risolvere il non minore problema del nesso causale tra condotta e danno patito. Proponendosi dunque, come già accennato, «un'analisi scevra da facili quanto inevitabili suggestioni di tipo etico o filosofico», la Corte inizialmente procede ad una rassegna della propria giurisprudenza maggiormente significativa in materia, operando una scansione dei principali passaggi argomentativi delle pronunce n. 14488/2004 e n. 10741/2009. Inoltre, ricostruendo essenzialmente i principi di diritto con cui si paragona, espone le obiezioni più rilevanti ed i pregi ascrivibili a dette pronunce.

Così la Corte, tenendo in considerazione la già più volte citata legge n. 194/78, arriva ad affermare che: «Il diritto alla procreazione cosciente e responsabile è, dunque, attribuito alla sola madre, per espressa volontà legislativa, sì che risulta legittimo discorrere, in caso di sua ingiusta lesione, non di un diritto esteso anche al nascituro in nome di una sua declamata soggettività giuridica, bensì di propagazione intersoggettiva degli effetti diacronici dell'illecito». Conformemente, ne consegue la Corte, non è rilevante se il diritto alla procreazione cosciente e responsabile possa rappresentare un interesse non solo della madre ma anche del nascituro. Solo la donna è legittimata attivamente al suo esercizio e ciò esclude anche le possibili doglianze del bambino nei confronti della madre stessa (in ipotesi di nascita

²³ FRANCESCA CASSONE, *Il danno da nascita indesiderata*, cit., p. 402.

malformata e accettata), poiché essa, «esercitando un diritto *in iure proprio* (anche se, talvolta, nell'interesse non soltanto proprio, pur essendo tale interesse confinato nella sfera dell'irrilevante giuridico), deciderà presuntivamente per il meglio: né potrebbe darsi ipotesi contraria, a conferma della mancanza di una reale soggettività giuridica in capo al nascituro». Questa motivazione è anche alla base della mancanza di conflitto di interessi ladove sia la madre stessa a rappresentare il nato malformato in sede giudiziale, avanzando sia autonomamente sia come rappresentante del bambino richiesta di risarcimento (v. punto 7.7 dell'argomentazione). Risulta perciò sufficiente considerare il nascituro quale oggetto di tutela da parte dell'ordinamento, senza dover chiamare in causa la nozione di soggettività giuridica, essendo quest'ultima «funzionale all'imputazione di situazioni giuridiche e non tecnica di tutela di entità protette». Lo *status* del nascituro, in linea col nostro ordinamento, sarebbe dunque quello di oggetto di tutela necessaria (e progressiva). Perciò «chi nasce malato per via di un fatto lesivo ingiusto occorsogli durante il concepimento non fa, pertanto, valere un diritto alla vita né un diritto a nascere sano né tantomeno un diritto a non nascere. Fa valere, ora per allora, la lesione della sua salute, originatasi al momento del concepimento». La vicenda risarcitoria può essere in conseguenza ricondotta alla categoria dei c.d. danni futuri.²⁴

Dopo alcune considerazioni anche riguardanti la teoria generale del diritto, la Corte determina la riconducibilità della vicenda in oggetto allo schema della responsabilità aquiliana, rilevandone gli elementi costitutivi. In primo luogo vi è il soggetto legittimato ad agire. Richiamando quanto già approfondito sul tema, i giudici individuano un soggetto che «alla sua nascita, istituisce retroattivamente se stesso, divenendo titolare di un diritto soggettivo nuovo». Per la Corte il *vulnus* subito dal minore «non è la malformazione in sé considerata – non è in altri termini, l'infermità intesa in senso naturalistico (o secondo i dettami della scienza medica) bensì lo stato funzionale di infermità, la condizione evolutiva della vita handicappata intese come proiezione dinamica dell'esistenza che non è semplice somma algebrica della vita e dell'handicap, ma sintesi di vita e handicap, sintesi generatrice di una *vita handicappata*». E ancora, se il danno è individuabile nella nascita malformata allora il nesso causale tra questo e la condotta omissiva non è ipotizzabile; ma dato che esso consiste nella «proiezione dinamica dell'esistente, appare senz'altro riconducibile, secondo un giudizio prognostico *ex post*, all'omissione, una volta che la condotta diligente e incolpevole avrebbe consentito alla donna di esercitare il suo diritto all'aborto». Per l'analisi della condotta colpevole e degli oneri probatori si rimanda a quanto detto nel secondo, terzo e quarto motivo di ricorso. La sentenza si conclude dichiarando assor-

²⁴ Si veda sentenza Cass. civ. sez. III, 3.5.2011 n. 9700, «Guida al diritto», 22, 2011, p. 48 ss.

bito, nell'accoglimento dei precedenti, il sesto motivo, cassando la sentenza impugnata e rinviando al giudice di merito anche per le spese del giudizio di cassazione.

7. (SEGUE) SPUNTI PER UNA RIFLESSIONE SUL QUINTO MOTIVO

L'intenzione della Corte che emerge dalla non semplice lettura delle argomentazioni è piuttosto chiara: individuare un percorso logico-giuridico adeguato a fondare la pretesa di risarcimento del bambino disabile, tentando di evitare, attraverso le acquisizioni apprese dal dibattito dottrinale antecedente, il riconoscimento tanto di un 'diritto a non nascere' quanto di una soggettività giuridica del concepito.

Si tenterà ora di rintracciare ed evidenziare i punti di maggiore criticità, per favorire spunti di riflessione in merito non essendo possibile la loro esaustiva analisi. Innanzitutto emerge con forza la posizione presa dalla Corte contro il riconoscimento della soggettività giuridica del nascituro, che viene invece identificato con un «oggetto di tutela necessaria» da parte dell'ordinamento. La Corte anticipa che la questione su cui viene chiamata a giudicare «non sembra [...] postulare né imporre come imprescindibile l'affermazione della soggettività del nascituro» e in diversi punti tocca la questione.²⁵ Questo concetto non sembra essere invero un argomento molto rilevante: la mera non necessità del riconoscimento della soggettività giuridica del concepito non è affatto utile ad escluderla; è palese che il nodo cruciale è se tale soggettività ci sia oppure non esista, e non se il suo riconoscimento formale sia evitabile oppure no. Nel tentativo di evidenziare appunto la non esistenza di tale soggettività la Corte cita la ben nota sentenza della Corte costituzionale 27/1975, posta poi a fondamento della legge 194/1978, che risulta determinante per due asserzioni: il riconoscimento al nascituro dei diritti inviolabili dell'uomo «sia pure con caratteristiche sue proprie», ed il principio secondo cui non vi è equivalenza tra diritto alla salute di chi è già persona e la protezione dell'embrione che tale deve ancora diventare.²⁶ A tal proposito si è osservato che:

La sentenza [...] una volta riconosciuta al concepito la titolarità dei diritti inviolabili, ammetteva tuttavia la compromissione della sua vita in presenza di un grave pericolo medicalmente accertato per la salute della donna [...]. Tutto questo dichiarando la configurabilità, nondimeno, della proporzione tra quel pericolo e la morte

²⁵ Si legge in sentenza: «è tanto necessario quanto sufficiente, di converso, considerare il nascituro oggetto di tutela» e anche «l'indiscutibile e indiscussa rilevanza giuridica del concepito nel nostro ordinamento [...] non ha pertanto come ineludibile conseguenza la creazione *ex nihilo* di una sua soggettività».

²⁶ Si veda C. Cost., 18.01.1975 n. 27, «Il diritto di famiglia e delle persone», 2, 1975, pp. 375-390.

del concepito attraverso l'attribuzione di un minor rango ai diritti del medesimo rispetto a quelli del già nato, e ciò sulla scorta del ben noto assunto, oggettivamente privo di qualsiasi fondamento scientifico-razionale, secondo cui il concepito persona dovrebbe ancora diventare.²⁷

I giudici costituzionali in tal caso non si pronunciano certo sull'esclusione di una soggettività in capo al nascituro, ma operano, in maniera altrettanto discutibile, quella che viene definita come una flessibilizzazione dei diritti inviolabili.²⁸ La Suprema Corte si limita a portare ad evidenza, coerentemente con tali assunti, le illogiche conseguenze di tale impostazione: un essere umano a cui sono riconosciuti i diritti inviolabili dall'ordinamento, tra cui ovviamente il diritto alla vita, non è però un soggetto in tale ordinamento ma un oggetto di tutela, a cui non è pacificamente attribuibile perciò il diritto alla vita.²⁹ Non potendo di qui in avanti riassumere il dibattito, fortunatamente ancora ben vivo in dottrina, riguardo alla soggettività del nascituro,³⁰

²⁷ LUCIANO EUSEBI, *Il valore laico della vita*, «Quaderni di Scienza e Vita», 2011, p. 40.

²⁸ Cfr. LUCIANO EUSEBI, *Il valore laico della vita*, cit., p. 39. Come osserva con estremo realismo l'Autore, la flessibilizzazione dei diritti inviolabili dell'uomo ha una «attitudine tendenzialmente disgregatrice dell'impianto costituzionale».

²⁹ La Cassazione afferma: «Decisiva appare, difatti, la considerazione secondo cui, al momento stesso in cui l'ordinamento giuridico riconosce alla madre il diritto di abortire, [...] si palesa come incontestabile e irredimibile il sacrificio del "diritto" del feto a venire alla luce in funzione della tutela non soltanto del diritto alla procreazione cosciente e responsabile [...], ma dello stesso diritto alla salute fisica o anche soltanto psichica della madre. Mentre non vi sarebbe alcuno *spatium comparationis* se, a confrontarsi, fossero davvero, in una comprovata dimensione di alterità soggettiva, un (superiore) diritto alla vita e un ("semplice") diritto alla salute».

³⁰ Oltre alle pubblicazioni già citate, per orientarsi nella grande mole di materiale, non solo di carattere giuridico, si indicano come punti di partenza: NICOLA COVIELLO, *La tutela della salute dell'individuo concepito*, «Il diritto di famiglia e delle persone», 1, 1978, pp. 254-271; GIORGIO OPPO, *L'inizio della vita umana*, «Rivista di diritto civile», 5, 1982, pp. 449-529; IDEM, *Scienza, diritto, vita umana*, Ivi, 1, 2002, pp. 11-27; IDEM, *Declino del soggetto e ascesa della persona*, Ivi, 6, 2002, pp. 829-835; IDEM, *Ancora su persona umana e diritto*, Ivi, 2, 2007, pp. 259-263; PIERANGELO CATALANO, *Osservazioni sulla "persona" dei nascituri alla luce del diritto romano (da Giuliano a Texeira de Freitas)*, in *Diritto e Persone. Studi su origine e attualità del sistema romano*, I, Torino, Giappichelli, 1990, p. 195 ss.; CESARE MASSIMO BIANCA, *Diritto civile*, I, *La norma giuridica. I soggetti*, Milano, Giuffrè, 2002, p. 221 ss.; EMANUELA GIACOBBE, *Il concepito come persona in senso giuridico*, Torino, Giappichelli, 2004; FRANCESCO DONATO BUSNELLI, *Il problema della soggettività del concepito a cinque anni dalla legge sulla procreazione medicalmente assistita*, «La nuova giurisprudenza civile commentata», 4, 2010, pp. 185-195; PAOLO ZATTI, *Questioni della vita nascente*, in *Il governo del corpo*, II, a cura di Stefano Canestrari, Gilda Ferrando, Cosimo Marco Mazzoni, Stefano Rodotà, Milano, Giuffrè, 2011, pp. 1307-1337; DAMIANO CANALE, *La qualificazione giuridica della vita umana prenatale*, Ivi, pp. 1253-1279; MARIA PIA BACCARI VARI, *Curator Ventris. Il concepito, la donna e la res pubblica tra storia e attualità*, Torino, Giappichelli, 2012; MARIO PALMARO, *Ma questo è un uomo. Indagine storica, politica, etica, giuridica sul concepito*, Cinisello Balsamo (MI), San Paolo Edizioni, 2003; CARLO VALERIO BELLINI, *Se questo non è un uomo... il feto, un nuovo membro della famiglia*, Mila-

ci si limita dunque a rilevare come mentre la posizione della Corte risulta ben chiara, non altrettanto si può affermare per quanto riguarda le argomentazioni indicate come *iter* per potervi approdare.³¹

Proseguendo, come detto, sottolineando appena le criticità emergenti, non si può non notare una zona grigia per quanto riguarda l'individuazione dell'interesse tutelato e del relativo danno ingiusto lamentato dal ricorrente. Abbiamo indicato al punto precedente come la Corte individui il danno subito dal minore. La definizione del *vulnus* operata dalla Corte, forse per la sua eccessiva complessità, può essere approcciata da diversi punti di vista critici. Innanzitutto il proponimento dei giudici di riuscire a non identificare la vita come pregiudizio (per evitare il riferimento al 'diritto a non nascere' e la conseguente connotazione etica) risulta se non disatteso, certamente non compiuto. Lo sforzo argomentativo per individuare il *vulnus* subito, sul piano prettamente giuridico, con la situazione disagiata determinata dall'handicap che il soggetto è portato a vivere nella sua quotidianità, non scioglie quella che rimane l'obiezione principale: seppur connotata come handicappata, è comunque la vita stessa che viene indicata come pregiudizio; o meglio, la sintesi (che la stessa Corte considera inscindibile) tra vita e handicap; l'inizio dell'evento dannoso coincide perciò col momento della nascita. In effetti risulta condivisibile l'osservazione di un'attenta dottrina quando afferma che: «Persona e salute sembrano cioè viaggiare su binari distinti. Emerge una condizione di discontinuità soggettiva nella titolarità di un diritto alla salute tra la fase prenatale e la nascita, dove l'evento nascita fungerebbe, allo stesso tempo, da fatto attributivo di un diritto (alla salute) ed evento causale del danno (la "nascita malformata"), quando è invece pacifico che il diritto alla salute, nelle condizioni date dalla natura, riguardi anche la vita fetale». ³² La presenza sostanziale dei presupposti del 'diritto a non nascere se non sani' nell'argomentazione della Corte risulta poi ancor più evidente laddove il giudice afferma: «estraneo al diritto positivo, se non nei limiti del suo altrettanto positivo recepimento in norme (ove esistenti),

no, Ancora, 2004; *L'embrione: una questione aperta*, a cura di Giovanni Maria Pace, Milano, Sperling & Kupfer, 2005; GIORGIO MARIA CARBONE, *L'embrione umano, qualcosa o qualcuno*, Bologna, Edizioni studio domenicano, 2005; inoltre si segnalano numerosi interventi utili all'approfondimento in Giovanni Paolo II. *Le vie della giustizia, itinerari per il terzo millennio. Omaggio dei giuristi a sua santità nel xxv anno di pontificato*, a cura di Aldo Loiodice, Massimo Vari, Roma, Scienze e Lettere, 2003.

³¹ Interessante l'analisi dei profili costituzionalistici della vicenda rintracciabile in STEFANO ROSSI, *La cassazione e la nascita indesiderata*, contributo consultabile al seguente url: www.forumcostituzionale.it/site/images/stories/pdf/documenti_forum/giurisprudenza/giurisdizioni_ordinarie/0015_rossi.pdf, ultimo accesso 16.1.2013.

³² ALBERTO GAMBINO, *Nascita con sindrome di down: quando il diritto si disallinea dall'essere*, reperibile all'url: www.personaedanno.it/index.php?option=com_content&view=article&id=40543&catid=81 ultimo accesso 16.1.2013.

è una considerazione razionale della natura dell'uomo che implichi un obbligo di vivere, avendo di converso l'ordinamento positivo eletto ad essenza dei diritti dell'uomo, prima ancora della dignità [...] la libertà dell'individuo, che si autolimita nel contratto sociale, ma resta intatta nei confronti di se stesso, in una dimensione dell'essere che legittima alfine anche il non fare o rifiutare». ³³ L'equivalenza tra libertà e totale autodeterminazione dell'individuo, oltre a mettere in dubbio l'esistenza dei c.d. diritti indisponibili, pone precisamente le basi argomentative per postulare il diritto a non nascere se non sano, avallando il ragionamento secondo cui il nascituro malformato, se avesse potuto scegliere avrebbe scelto di non nascere, non essendo la vita/esistenza un bene assoluto in sé, ma relativo e secondario rispetto alla suprema autodeterminazione. Ma questa concezione che di primo acchito può sembrare maggiormente rispettosa dell'individuo, presenta punti che necessitano di un approfondimento. La lesione dell'autodeterminazione della madre viene in sentenza indicata come sorgente primaria di ogni situazione tutelata conseguente, data la propagazione intersoggettiva degli effetti diacronici dell'illecito. Ma se la configurazione dello schema del fatto illecito *ex art. 2043* ³⁴ è quella ricostruita dalla Corte, viene correttamente osservato come il nascituro subisca un danno diretto, ³⁵ danno che tuttavia è in rapporto di dipendenza dalla lesione dell'autodeterminazione della madre. Invero questa formulazione poco chiara porta ad una soluzione che lascia perplessi:

[...]l'inevitabile conseguenza logica è che d'ora in avanti qualsiasi persona con disabilità andrebbe valutata, in punto di tutela risarcitoria, in modo diverso a seconda che la sua nascita sia o meno frutto di una libera scelta dei genitori: nel primo caso, essa mai potrebbe reclamare un risarcimento; mentre ove, per un errore di informazione medica, la nascita sia da considerare indesiderata, la persona disabile andrebbe risarcita [...]. Davanti ad un medesimo evento "dannoso" e ad uno stesso diritto soggettivo avremmo due trattamenti diversi delle persone nate con la sindrome di down. Può questa disparità giustificarsi a causa della violazione di un diritto altrui (il mancato libero esercizio del potere di interrompere la gravidanza da parte della madre)? ³⁶

Si approda dunque all'ultimo dei punti da toccare. Nell'esposizione critica delle argomentazioni della già citata pronuncia Cass. n. 14488/2004 il giudice

³³ Questo passaggio della sentenza è in forte sintonia con le tesi esposte da Cayla in OLIVIER CAYLA, YAN THOMAS, *Il diritto a non nascere. A proposito del caso Perruche*, cit., pp. 29-30, già citate in nota 15.

³⁴ Come chiaramente asserto in sentenza: «Vanno conseguentemente analizzati tutti gli elementi della fattispecie concreta onde inferirne la legittima riconducibilità alla fattispecie astratta dell'illecito aquiliano».

³⁵ STEFANO ROSSI, *La cassazione e la nascita indesiderata*, cit. p. 14.

³⁶ ALBERTO GAMBINO, *Nascita con sindrome di down: quando il diritto si disallinea dall'essere*, cit.

esplicita il quesito a cui l'intero argomentare della sentenza deve rispondere, ossia «se una persona nata con una malformazione che segna la vita e di cui sicuramente non è responsabile abbia o meno il diritto a chiederne conto a qualcuno». Questo interrogativo non può davvero lasciare indifferenti. Esso coglie pienamente, ad avviso di chi scrive, il nocciolo della questione con una profondità che investe molteplici punti di osservazione, non limitandosi certo al mero piano giuridico. Eppure la risposta che ne dà la Corte, identificando il responsabile (a cui chiedere conto di una vita segnata) nel medico che per colpevole omissione abbia impedito alla madre di esercitare la soppressione di quella stessa vita, risulta una risposta quantomeno parziale se non, verosimilmente, errata. Emerge tutta la problematicità dell'individuazione del nesso causale³⁷ intercorrente tra l'omissione del medico e la condizione di un soggetto che già in utero era portatore della sindrome di down, patologia presente fin dal suo concepimento e pacificamente slegata dall'omissione stessa. La ricostruzione della Corte che equipara l'errore medico che ha causato l'handicap (o che non l'abbia evitato se evitabile) e l'errore medico che non ha evitato la nascita malformata (per errore diagnostico) non può essere considerata affatto esaustiva. Proprio la questione della causalità, come ricordato dalla stessa Corte, fu uno dei principali *focus* delle critiche alla sentenza *Perruche* che già più volte abbiamo citata. Rimane il fatto che affrontare una disamina sugli schemi civilistici della causalità, anche procedendo per sommi capi, sarebbe compito assai ampio e arduo, e meriterebbe un'analisi a sé stante. La Corte tenta di aggirare il problema attraverso l'ambigua individuazione del *vulnus* lamentato su cui sopra si sono espresse perplessità. Se il danno è sintesi di vita e handicap come già esposto, l'omissione del medico si potrà ricondurre quale causa della vita, non certo dell'handicap, e dunque rintracciare un chiaro nesso di causalità tra l'omessa diagnosi e la vita handicappata risulta in ultimo impraticabile.³⁸ Richiamando alla mente l'interrogativo posto dalla Corte, da noi sopra ricordato, emer-

³⁷ Si veda STEFANO ROSSI, *La cassazione e la nascita indesiderata*, cit., alla nota n. 26, in cui si esprimono dubbi sulla sussistenza del nesso causale, rimandando per approfondimento a ROBERTO PUCCELLA, *La causalità incerta*, Torino, Giappichelli, 2007.

³⁸ In chiusura si appunta come lasci spazio a più di un dubbio, nondimeno, la possibilità di fondare un ragionamento sull'adeguatezza di evitare una vita malformata evitando la vita stessa. Ragionando puramente per assurdo, sarebbe simile al proclama di un medico che si vanta di aver sconfitto le malattie che presentavano i suoi pazienti nella percentuale del 100% attraverso il semplice metodo dell'eliminazione dei pazienti portatori delle malattie stesse. A chi pensa che si tratti di un *divertissement* di *humor* nero, si segnala l'articolo all'indirizzo www.tempi.it/entro-il-2030-danimarca-non-ci-sar-pi-nessun-bambino-affetto-da-sindrome-di-down#.UPbsM2ebFGE (ultimo accesso 16.1.2013); in esso si riporta la notizia del quotidiano danese *Berlingske*, il quale annuncia che la Danimarca sarà un paese «Down Syndrome Free» all'incirca nel 2030, grazie agli screening pre-natali che permettono l'eliminazione dei nati che presentano la Trisomia 21.

ge che la necessità o la volontà di trovare un 'responsabile/colpevole' per ogni accadimento (che è certo un istinto comprensibile quando si impatta con situazioni drammatiche e apparentemente ingiuste come quella oggetto della pronuncia) deve qui cedere il passo ad una equilibrata valutazione della realtà; davvero non risulta essere una risposta sufficiente che la colpa della vita handicappata sia riconducibile al medico negligente: «Rimane il dubbio sulla funzione e la *ratio* di tale risarcimento: è veramente una posta risarcitoria coerente con i principi della responsabilità civile [...] o si tratta di una compensazione, di un'assicurazione sociale che vuole porre rimedio agli squilibri creati dalla lotteria della vita?». ³⁹

8. «POCA OSSERVAZIONE E MOLTO RAGIONAMENTO
CONDUCONO ALL'ERRORE. MOLTA OSSERVAZIONE
E POCO RAGIONAMENTO CONDUCONO ALLA VERITÀ» ⁴⁰

Nel cercare di tirare le fila di una così complessa e interessante analisi, è bene partire da un ritorno al principio, ossia all'obiettivo posto all'inizio del contributo. Si è cercato di far emergere quel giudizio di valore necessariamente sotteso alle argomentazioni giuridiche svolte su temi che non sono circoscrivibili al mero piano giuridico. Non sembra fuori luogo ribadire che, per trattare argomenti con rilievi bioetici di tale portata, è necessario chiedersi prima di tutto cosa corrisponda a giustizia e non limitarsi alla sterile espressione, tanto in voga, di legalità. Ciò permette al giurista di evitare quella tentazione cui spesso si sente incline: costruire ragionamenti complessi e tecnicamente perfetti, ma che perdono il necessario riferimento con la realtà, tradendo il fine stesso del diritto (che nasce in funzione della realtà e dell'uomo, e non viceversa), risultando da ultimo tanto affascinanti quanto poco utili se non dannosi.

Pregio della sentenza *de qua* è certo quello di mettere in luce come le conclusioni cui giunge non siano creazioni proprie, ma risultino coerenti con la mentalità e le *rationes* che in maniera maggioritaria informano la legislazione 'bioetica' a tutt'oggi. Si sono già espresse perplessità riguardo alla legge 194/78: «simili disposizioni [...] delineano i loro contenuti in termini tali da consentire – non soltanto si badi per una scorretta applicazione delle medesime nella prassi – esiti diversi da quelli corrispondenti all'assetto giuridico che esse, formalmente, descrivono. Emerge dunque una netta discrasia, [...] fra quanto la legge afferma e quanto la legge effettivamente permette». ⁴¹ Non risultano infondate dunque tali critiche in sede di commento ad

³⁹ STEFANO ROSSI, *La cassazione e la nascita indesiderata*, cit., nota 64.

⁴⁰ Famosa frase del medico francese premio Nobel nel 1912, contenuta in ALEXIS CARREL, *Riflessioni sulla condotta di vita*, Siena, Cantagalli, 2004.

⁴¹ LUCIANO EUSEBI, *Il valore laico della vita*, cit., p. 38.

una sentenza che riconosce un risarcimento ad un soggetto 'debole'; l'apparente contraddizione è smentita dall'evidenza che la mentalità sottesa a tale 'concessione' è la medesima che afferma il diritto (o la necessità) dell'uccisione del soggetto stesso, prima che possa manifestare il proprio disagio.⁴² L'ordinamento formalmente rifiuta l'aborto come metodo eugenetico, ma rimane valido per il nostro caso quanto affermato in occasione della sentenza Perruche da D'Agostino: «Se si fosse definitivamente stabilito il diritto a risarcire un bimbo nato portatore di handicap, per l'erronea diagnosi prenatale del suo male, non avremmo semplicemente assistito al trionfo dei teorici della *wrongful birth*, ma avremmo dato la stura a un'ulteriore terribile e, a suo modo, ben più coerente richiesta: quella della legalizzazione dell'infanticidio degli handicappati. A rigor di logica ci sarebbe infatti un solo modo coerente per risolvere il problema di chi fosse nato per "errore": non quella di risarcirlo con denaro, ma quello di legalizzarne l'uccisione».⁴³ Se il piano giuridico si slega da un corretto inquadramento antropologico e morale, saldamente ancorato alla realtà, anche ragionamenti logicamente coerenti possono diventare le basi di appoggio per soluzioni francamente inammissibili. A chi considera queste implicazioni sinistre ma inconsistenti⁴⁴ si segnala la pubblicazione di due ricercatori italiani che, partendo da presupposti analoghi a quelli espressi nella nostra sentenza, arrivano a proporre lo sdoganamento dell'infanticidio neonatale nelle stesse ipotesi in cui è possibile l'aborto.⁴⁵

Di fronte a ciò torna alla mente quanto magistralmente insegnato da Giovanni Paolo II nell'enciclica *Evangelium Vitae*: «Tutto sembra avvenire nel più saldo rispetto della legalità, almeno quando le leggi che permettono l'aborto o l'eutanasia vengono votate secondo le cosiddette regole democratiche. In verità siamo di fronte solo ad una tragica parvenza di legalità e l'ideale democratico, che davvero è tale quando riconosce e tutela la dignità della persona umana, è tradito nelle sue stesse basi: "Come è possibile parlare ancora di dignità di ogni persona umana, quando si permette che si uccida la più debole e la più innocente? In nome di quale giustizia si opera fra le persone la più ingiusta delle discriminazioni, dichiarandone alcune degne di essere

⁴² GIOVANNI PAOLO II, Lettera Enciclica *Evangelium Vitae*, cit., n. 19: «Se è vero che talvolta la soppressione della vita nascente o terminale si colora anche di un malinteso senso di altruismo e di umana pietà, non si può negare che una tale cultura di morte, nel suo insieme, tradisce una concezione della libertà del tutto individualistica che finisce per essere libertà dei "più forti" contro i più deboli».

⁴³ FRANCESCO D'AGOSTINO, *Il diritto a non nascere figlio dell'eugenetica*, cit.

⁴⁴ Cfr. FRANCESCA CASSONE, *Il danno da nascita indesiderata*, cit. p. 415.

⁴⁵ Cfr. ALBERTO GIUBILINI, FRANCESCA MINERVA, *After-birth abortion: why should the baby live?*, in *Journal of Medical Ethics*, 2012, consultabile al seguente url: jme.bmj.com/content/early/2012/03/01/medethics-2011-100411.full, ultimo accesso 16.1.2013.

difese, mentre ad altre questa dignità è negata?».⁴⁶ La relativizzazione del valore assoluto della vita umana è figlia di una concezione positivista (del diritto e della realtà);⁴⁷ essa non conduce ad un'asserita maggiore libertà o equità sociale, ma al contrario apre la strada ad evidenti disuguaglianze di fronte alla legge e mina alla radice la possibilità di tendere al bene comune: «Il misconoscimento del diritto alla vita, infatti, [...] è ciò che si contrappone più frontalmente e irreparabilmente alla possibilità di realizzare il bene comune».⁴⁸ L'affermazione di Tommaso D'Aquino ripresa da Giovanni Paolo II, secondo cui «La legge umana in tanto è tale in quanto è conforme alla retta ragione e quindi deriva dalla legge eterna. Quando invece una legge è in contrasto con la ragione, la si denomina legge iniqua; in tal caso però cessa di essere legge e diviene un atto di violenza»,⁴⁹ emerge in tutta la sua attualità e risulta evidente come possa essere adeguata tanto per l'attività legislativa quanto per l'attività d'interpretazione del dato normativo. Tornando alla sentenza della Cassazione, quello che può apparire un atto di pietà o solidarietà (risarcire per alleviare il disagio esistenziale), finisce per diventare un atto di violenza verso il bambino stesso, al quale implicitamente si attesta che la sua vita costituisce un errore che andava evitato.

Per concludere è essenziale riproporre come «La questione della vita e della sua difesa e promozione non è prerogativa dei soli cristiani. [...] essa appartiene ad ogni coscienza umana che aspira alla verità ed è attenta e pensosa per le sorti dell'umanità. [...] si tratta, infatti, di un valore che ogni essere umano può cogliere anche alla luce della ragione e che perciò riguarda necessariamente tutti».⁵⁰ Retta ragione utilizzata nella sua pienezza

⁴⁶ GIOVANNI PAOLO II, Lettera Enciclica *Evangelium Vitae*, cit., n. 20; GIOVANNI PAOLO II, *Discorso ai partecipanti al Congresso di studio "Il diritto alla vita e l'Europa (17 dicembre 1987)"*, «Insegnamenti di Giovanni Paolo II», 3, 1987, pp. 1446-1447.

⁴⁷ Come riferimento imprescindibile per una riflessione a riguardo non può non citarsi il discorso pronunciato dal Pontefice al Parlamento tedesco il 22 settembre 2011 (BENEDETTO XVI, *Discorso al Bundestag, Berlino, 22 settembre 2011*, «Ius Ecclesiae», 1, 2012, p. 163 ss., con a seguito la nota di MASSIMO DEL POZZO, *L'intelligenza del diritto di Benedetto XVI*)

⁴⁸ GIOVANNI PAOLO II, Lettera Enciclica *Evangelium Vitae*, cit., n. 72.

⁴⁹ GIOVANNI PAOLO II, Lettera Enciclica *Evangelium Vitae*, cit., n. 72. Per ulteriore chiarezza «Quando la ragione riesce a intuire e a formulare i principi primi e universali dell'essere e a far correttamente scaturire da questi conclusioni coerenti di ordine logico e deontologico, allora può dirsi una ragione retta, o come la chiamavano gli antichi *orthòs logos*, *recta ratio*»: GIOVANNI PAOLO II, Lettera Enciclica *Fides et ratio*, «Acta Apostolicae Sedis», 1, 1999, p. 5 ss., n. 4.

⁵⁰ Come esempio della realtà di tale affermazione si richiama integralmente l'intervista sull'aborto di Norberto Bobbio, indicata alla nota 13, ma in particolare il brano: «D.- Tutta la sua lunga attività, [...] i suoi libri, il suo insegnamento sono la testimonianza di uno spirito fermamente laico. Immagina che ci sarà sorpresa nel mondo laico per queste sue dichiarazioni? R.- Vorrei chiedere quale sorpresa ci può essere nel fatto che un laico consideri come valido in senso assoluto, come un imperativo categorico, il "non uccidere". E mi stupisco a

za e coscienza che aspira alla verità: questi sono i requisiti per compiere ciò che Benedetto XVI, con un'evocativa immagine, indica come metodo per superare le angustie del soffocante positivismo imperante: «Bisogna tornare a spalancare le finestre, dobbiamo vedere di nuovo la vastità del mondo, il cielo e la terra ed imparare ad usare tutto questo in modo giusto». ⁵¹

ALESSANDRO PALMONARI

mia volta che i laici lascino ai credenti il privilegio e l'onore di affermare che non si deve uccidere».

⁵¹ BENEDETTO XVI, *Discorso al Bundestag, Berlino, 22 settembre 2011*, cit., p. 167.

INDICAZIONI PER I COLLABORATORI

- Le collaborazioni devono inviarsi al Direttore della Rivista per posta elettronica in formato Word o RTF.

- Le collaborazioni non possono oltrepassare i 65 mila caratteri, tutto compreso (note, spazi, ecc.).

- Ogni contributo deve includere un abstract non superiore a 1000 caratteri nella lingua in cui è scritto lo studio e in inglese. Se la lingua dello studio è l'inglese anche in italiano. E, inoltre, un massimo di 5 keywords (parole chiave), anche nelle 2 lingue. Tali abstract e keywords rientrano nel lavoro dell'autore del contributo.

- Le collaborazioni devono indicare la principale mansione (solo una) accademica o professionale dell'Autore e un indirizzo E-Mail efficace da indicare sul contributo.

- Le collaborazioni devono essere inedite ed originali. L'Autore potrà usare liberamente il testo dopo la sua pubblicazione citando «Ius Ecclesiae» come sede originale della pubblicazione. Il Comitato editoriale potrà valutare l'opportunità di pubblicare testi non ancora stampati destinati agli atti di convegni. Di tale circostanza l'Autore deve informare in una previa nota in calce.

- Ricevuto il testo della collaborazione, la Rivista informerà l'Autore di averlo ricevuto e dell'avvio della procedura anonima di revisione da parte di due correttori (peer-reviewers) i quali valuteranno se il contenuto e la forma sono confacenti con i criteri scientifici vigenti nel diritto canonico e discipline affini.

I Valutatori dovranno accertare nello scritto la esistenza dei seguenti parametri: 1) pertinenza dello scritto al settore scientifico dello IUS 11 (disciplina giuridica del fenomeno religioso; diritto ecclesiastico; diritto canonico; storia e sistemi dei rapporti Stato/Chiesa; storia delle istituzioni religiose; diritto comparato delle religioni; diritto del pluralismo confessionale, ecc.: cfr. Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca, Decreto Ministeriale 7 giugno 2012 n. 76); 2) conoscenza critica della dottrina e della giurisprudenza relativa; 3) correttezza metodologica; 4) chiarezza espositiva; 5) originalità.

La valutazione dello scritto potrà portare ai seguenti risultati:

A) pubblicabile puramente e semplicemente, salvo gli adeguamenti ai criteri redazionali della Rivista;

B) pubblicabile dopo alcune correzioni (indicate);

C) pubblicabile subordinatamente ad adeguata rielaborazione (se ne devono indicare motivatamente le ragioni);

D) non pubblicabile.

I giudizi dei Valutatori saranno inviati in forma anonima all'Autore dello scritto. Il testo da giudicare deve essere considerato come sottoposto a segreto fino alla pubblicazione e il giudizio dei Valutatori dovrà comunque rimanere segreto.

COMPOSTO IN CARATTERE DANTE MONOTYPE DALLA
FABRIZIO SERRA EDITORE, PISA · ROMA.
STAMPATO E RILEGATO NELLA
TIPOGRAFIA DI AGNANO, AGNANO PISANO (PISA).

★

Ottobre 2013

(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 Giuseppe Schiff

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: 978-88-6227-144-8

*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