

IUS
ECCLESIAE

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

★

Direttore (Editor): Eduardo Baura

Comitato editoriale (Editorial Board): Davide Cito, Carlos J. Errázuriz M., Pablo Gefaell,
Joaquin Llobell, Thierry Sol (Segretario).

Comitato scientifico (Advisory Board): Jesús Miñambres (Decano della Facoltà di Diritto Canonico della Pontificia Università della Santa Croce), Nicolás Álvarez de las Asturias (Università “San Dámaso”, Madrid), Juan Ignacio Arrieta (Segretario del Pontificio Consiglio per i Testi Legislativi), Geraldina Boni (Università di Bologna), Vincenzo Buonomo (Pontificia Università Lateranense), 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), Luis Navarro (Pontificia Università della Santa Croce), 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), Beatrice Serra (Università La Sapienza di Roma), Ilaria Zuanazzi (Università di Torino).

Indexes and Databases: ATLA Catholic Periodical and Literature Index® (CPLI®); «Ius Ecclesiae» is indexed in Canon Law Abstracts (<http://abstracts.clsghi.org/index.html>); Dialnet. Universidad de la Rioja: <http://dialnet.unirioja.es/>; Gruppo Italiano Docenti Diritto Canonico. Bibliografia canonistica: <http://www.giddc.org/bibliokeyword.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

★

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. XXXI · N. 1 · 2019

PONTIFICIA UNIVERSITÀ DELLA SANTA CROCE

FABRIZIO SERRA EDITORE

PISA · ROMA

Rivista semestrale

★

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*).

★

A norma del codice civile italiano, è vietata la riproduzione, totale o parziale
(compresi estratti, ecc.), di questa pubblicazione in qualsiasi forma e versione
(comprese bozze, ecc.), originale o derivata, e con qualsiasi mezzo a stampa o internet
(compresi siti web personali e istituzionali, academia.edu, ecc.), elettronico, digitale,
meccanico, per mezzo di fotocopie, pdf, microfilm, film, scanner o altro,
senza il permesso scritto della casa editrice.

*Under Italian civil law this publication cannot be reproduced, wholly or in part
(included offprints, etc.), in any form (included proofs, etc.), original or derived, or by any means:
print, internet (included personal and institutional web sites, academia.edu, etc.), electronic,
digital, mechanical, including photocopy, pdf, microfilm, film, scanner or any other medium,
without permission in writing from the publisher.*

Proprietà riservata · All rights reserved

© Copyright 2019 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

IN MEMORIAM, <i>Carlo Gullo</i>	13
IN MEMORIAM, <i>Ernest Caparros</i>	15

DOTTRINA

EDUARDO BAURA, <i>Il rapporto tra diritto e norma. Considerazioni alla luce delle proposte di Michel Villey, Sergio Cotta e Javier Hervada</i>	17
MASSIMO DEL POZZO, <i>L'applicazione del concetto di diritto alla dimensione giuridica nella Chiesa</i>	41
MARÍA FERNÁNDEZ-ARROJO, <i>La inmatriculación de los bienes inmuebles de la Iglesia católica en el Derecho español. Reflexiones desde la jurisprudencia reciente</i>	65
LUCA MARABESE, <i>Le potenziali sfide all'immunità del Romano Pontefice: una riflessione a partire dai delitti di abuso sessuale di minori da parte di chierici</i>	95
CARLOS MARTÍNEZ DE AGUIRRE, <i>El Derecho de familia en el mundo occidental: perspectiva y prospectiva</i>	117
JESÚS MIÑAMBRES, <i>Rilevanza canonica dell'accountability degli amministratori di beni ecclesiastici</i>	135
ANTONIO S. SÁNCHEZ-GIL, <i>La communicatio in sacramentis e le coppie miste cattolico-riformate</i>	151
THIERRY SOL, <i>Nisi deprehendatur a fide devius: l'immunité du Pape de Gratien à Huguccio</i>	177

GIURISPRUDENZA

TRIBUNALE APOSTOLICO DELLA ROTA ROMANA – <i>Reg. Parisien. seu Sancti Dionysii in Francia</i> – Nullità del matrimonio – Incapacità – Immaturità psico-affettiva – Sentenza definitiva – 19 luglio 2016 (147/2016) – Maurice Monier, <i>Ponente</i> . Con un commento di ÁLVARO GONZÁLEZ ALONSO, <i>Immaturità psico-affettiva e incapacità per il matrimonio (can. 1095)</i>	205
CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE - PRIMA SEZIONE CIVILE - 4 giugno 2018, n. 14247 (ud. 21 marzo 2018, pres. Schirò, rel./est. Campese). Con un commento di ALESSANDRO ROSARIO RIZZA, <i>Parrocchia e soggettività giuridica nell'ordinamento italiano</i>	245

NOTE E COMMENTI

JUAN IGNACIO ARRIETA, <i>Sinodalità e Sinodo dei Vescovi</i>	275
CARLOS JOSÉ ERRÁZURIZ M., <i>Reflexiones sobre la unidad esencial entre el carisma del Opus Dei y su dimensión institucional constitutiva</i>	289
GRZEGORZ RURANSKI, <i>L'istruzione Cor orans: l'attuazione della riforma della vita contemplativa femminile</i>	303

RASSEGNA DI BIBLIOGRAFIA

Nota bibliografica

GIUSEPPE DALLA TORRE, <i>Ancora sui rapporti tra Chiesa e comunità politica. Considerazioni attorno ad una recente pubblicazione</i>	315

Recensioni

Quaestiones selectae de re matrimoniali ac processuali, a cura dell'Arcisodalizio della Curia Romana (Giovanni Parise)	327
Discernimento vocazionale e idoneità al presbiterato nella tradizione canonica latina, a cura di Nicolás Álvarez de las Asturias, Giuliano Brugnotta, Simona Paolini (Massimo del Pozzo)	332
SANTIAGO CAÑAMARES ARRIBAS, <i>Igualdad religiosa en las relaciones laborales</i> (Montserrat Gas-Aixendri)	336
Nuevos desafíos del Derecho Canónico a cien años de la primera codificación (1917-2017), ed. Montserrat Gas-Aixendri (Inés Lloréns)	340
KARL LEHMANN, <i>Tolleranza e libertà religiosa. Storia e presente in Europa</i> (Matej Pavlič)	342
MARILENA MONTANARI, <i>Il Programma di Stazione Spaziale Internazionale e la sua regolamentazione tra prospettive de iure condendo e de iure condito. Il caso del "fine vita"</i> (Fernando Chica Arellano)	344
Alberici Gentilis. <i>De Papatu Romano Antichristo, recognovit e Codice autographo bodleiano D'Orville 607</i> , a cura di Giovanni Minnucci (Bruno Esposito)	350
FRANCESCO SALVATORE REA, <i>Delibazione di sentenze ecclesiastiche e riforma dei processi canonici di nullità matrimoniale. Dinamiche interne e proiezioni esterne del "Mitis iudex Dominus Iesus" alla luce del "giusto processo"</i> (Adriana Neri)	351
CLAUDIO SARTEA, <i>Diritti umani. Un'introduzione critica</i> (Augustin Shako Yodi)	356
PEDRO-JUAN VILADRICH, <i>Il consenso matrimoniale</i> (Giovanni Parise)	360
JOHN WITTE JR., <i>Monogamia e poligamia nella tradizione giuridica occidentale</i> (Francesco Catozzella)	362

SOMMARIO

DOCUMENTI

FRANCESCO, <i>Costituzione apostolica</i> Episcopalis communio <i>sul Sinodo dei Vescovi</i>	365

COLLABORATORI DI QUESTO FASCICOLO

JUAN IGNACIO ARRIETA, Segretario del Pontificio Consiglio per i Testi Legislativi

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

GIUSEPPE DALLA TORRE, Professore emerito di diritto canonico ed ecclesiastico nell'Università di Roma-LUMSA

MASSIMO DEL POZZO, Ordinario di Diritto costituzionale canonico, Pontificia Università della Santa Croce

CARLOS JOSÉ ERRÁZURIZ, Ordinario di Filosofia del diritto e di Teoria fondamentale del Diritto canonico, Pontificia Università della Santa Croce

MARÍA FERNÁNDEZ-ARROJO, Professoressa di Diritto civile, Universitat Internacional de Catalunya

ALVARO GONZÁLEZ, Incaricato di Diritto Matrimoniale Canonico, Pontificia Università della Santa Croce

LUCA MARABESE, Segretario della Nunziatura Apostolica in Côte d'Ivoire

CARLOS MARTÍNEZ DE AGUIRRE, Professore di Diritto civile, Università di Saragozza

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

ALESSANDRO ROSARIO RIZZA, PhD Researcher in Diritto costituzionale, Università di Teramo

GRZEGORZ RURANSKI, Ricercatore, Facoltà di Diritto canonico, Pontificia Università della Santa Croce

ANTONIO SÁNCHEZ-GIL, Associato di Diritto del *munus sanctificandi*, Pontificia Università della Santa Croce

THIERRY SOL, Associato di Storia del Diritto canonico, Pontificia Università della Santa Croce

Hanno collaborato anche: Francesco Catozzella, Fernando Chica Arellano, Bruno Esposito, Montserrat Gas-Aixendri, Inés Lloréns, Adriana Neri, Giovanni Parise, Matej Pavlič, Augustin Shako Yodi.

IN MEMORIAM

Carlo Gullo

IL 23 novembre 2018 è deceduto a Roma l'Avvocato e Professore Carlo Gullo. Ci sembra doveroso ricordare in questa sede la sua ben nota figura di canonista anche in considerazione dei suoi legami con la nostra Università.

Nato a Piombino (Livorno) il 27 settembre 1942, sposato il 28 agosto 1969 con Cristina Beni, e con quattro figli – Alessia, Giuseppe, Benedetta e Tommaso –, egli studiò al liceo classico ad Acireale nel Collegio Pennisi della Compagnia di Gesù, si laureò in Giurisprudenza presso l'Università di Messina nel 1964, e ottenne la Licenza e il Dottorato in Diritto Canonico presso la Pontificia Università Gregoriana con una tesi, nel 1968, su *Il metus ingiustamente incusso nel matrimonio in diritto canonico*, che costituisce una monografia di obbligato riferimento. Nel 1970 Carlo Gullo diventò Avvocato Rotale, nel 1991 Avvocato della Curia Romana, e nel 2000 Avvocato della Santa Sede.

L'operato di Carlo Gullo nel mezzo secolo della sua attività professionale romana si è esteso a tutti i campi dell'attività amministrativa e giudiziale della Chiesa, specialmente ai processi di nullità matrimoniale e alle cause del contenzioso amministrativo presso il Supremo Tribunale della Segnatura Apostolica, lavorando per molti anni insieme alla figlia Alessia. Al suo prestigio come avvocato dotato di sicura conoscenza pratica del diritto canonico e di un radicato senso della giustizia e dell'onestà deontologica, Gullo ha saputo sempre unire un interesse scientifico per il diritto della Chiesa, già manifesto nella sua ricordata monografia sul *metus*, che ha poi dato vita a numerose pubblicazioni canonistiche (qualcuna su questa rivista), soprattutto sul diritto matrimoniale e processuale e sul diritto amministrativo. Ma vi è ancora un terzo aspetto, che completa il suo profilo e lo rende molto peculiare: la sua partecipazione veramente attiva alla vita dell'Associazione Canonistica Italiana e del Venerabile Arcisodalizio della Curia Romana. Il suo lavoro come responsabile delle pubblicazioni di queste associazioni, non di rado con la qualificata cooperazione del compianto amico Prof. Piero Antonio Bonnet, è stato davvero unico quanto a solerzia ed accuratezza, per cui la canonistica romana ed italiana hanno un debito di speciale gratitudine nei suoi confronti come curatore, e tante volte coautore, di tanti volumi di sicuro valore specialmente nelle collane canonistiche della Libreria Editrice Vaticana.

La relazione dell'Avv. Gullo con la nostra Facoltà risale agli inizi della nostra presenza a Roma negli anni ottanta. Posso testimoniare a nome personale e dei miei colleghi di Facoltà che dal primo momento abbiamo trovato con lui una sintonia profonda, che proveniva da un comune desiderio di servire con serietà la Chiesa e le persone nell'ambito canonico. Con grande generosità egli ci ha fatto sentire subito parte del mondo canonistico italiano, e il rapporto con lui per alcuni tra noi è diventato di vera amicizia personale anche con la sua famiglia. Con il suo stile schietto e sobrio, egli ci ha aiutato con la sua consueta competenza e dedizione, anche in questioni riguardanti la nostra istituzione universitaria.

In questo senso, un ricordo particolare merita il corso di *Prassi processuale matrimoniale* che dal 1999 egli impartì presso la nostra Facoltà. I suoi studenti lo ricordano con grande apprezzamento, perché attraverso gli elaborati richiesti li faceva lavorare molto, ma anche egli come docente dava loro l'esempio nell'adoperarsi per correggerli tutte le volte che occorresse. Il corso diede luogo presto a un libro *Prassi processuale nelle cause canoniche di nullità del matrimonio*, la cui seconda edizione è stata elaborata insieme all'avv. Alesia Gullo, un'opera in cui traspare di nuovo la praticità e il rigore di un vero maestro di giuristi.

Per questi motivi siamo stati molto onorati di ospitare nel 2017 nella nostra Università la presentazione degli *Studi in onore di Carlo Gullo*, promossi dall'Associazione Canonistica Italiana e dall'Arcisodalizio della Curia Romana. In quell'occasione fu dato all'Avv. Gullo un omaggio molto sentito e veritiero. Prendendo la parola egli invocò Maria come *Advocata nostra*, un titolo mariano che ben sintetizza la sua percezione della nobiltà della professione di avvocato. A Lei chiedo che l'eredità del per me carissimo Avv. Carlo Gullo dia molti frutti di giustizia per il bene della Chiesa e dei fedeli.

Roma, 24 gennaio 2019

JOAQUÍN LLOBELL

IN MEMORIAM

Ernest Caparros

IL 26 novembre 2018 è venuto a mancare il Professore Ernest Caparros, per molti anni docente nella Facoltà di Diritto canonico della Pontificia Università della Santa Croce, studioso e promotore di pubblicazioni in lingua inglese e francese, nonché d'iniziative per favorire lo studio del Diritto canonico, specialmente in Canada. Come segno di riconoscenza, ci è sembrato doveroso pubblicare queste righe in sua memoria.

Dottore in giurisprudenza presso l'Università di Laval e in Diritto canonico presso l'Università di Navarra; direttore della collezione *Gratianus* (Wilson & Lafleur), è stato anche Visiting Professor di Diritto canonico presso la Pontificia Università della Santa Croce e Professore presso il Dipartimento di Diritto canonico dall'Istituto di formazione teologica di Montreal, di cui è stato il primo direttore (2011-2013).

Professore emerito all'Università di Ottawa, Ernest Caparros ha insegnato diritto civile, diritto comparato e diritto canonico dal 1966 al 1980 presso l'Università di Laval, dove è stato direttore dei «Cahiers de Droit» (1965-1970). È stato vice-preside della facoltà di giurisprudenza dal 1971 al 1977 presso l'Università di Laval e fino al 2002, presso l'Università di Ottawa, dove ha diretto la «Revue générale de droit» (dal 1981 al 2002) e la «Blue Collection» (dal 1982 al 2002).

Apparteneva alla *Consociatio Internationalis Studio Iuris canonici promovendo* della quale è stato membro del consiglio direttivo in diversi mandati e rappresentate per il Canada. Inoltre, era socio della *Canadian Canon Law Society*, della quale fu presidente (1991-1993). Nel 2003 ha ricevuto il *Jean Thorn Canon Law award of merit*, concesso dalla citata associazione canadese.

Autore di numerosi libri e articoli, è stato in particolare docente di diritto religioso comparato (Relatore Generale presso i Congressi dell'Accademia Internazionale di Atene e di Bristol), di Diritto canonico (Congressi internazionali di Budapest, Città del Messico, Roma). Era membro della *Royal Society of Canada*, membro associato dell'Accademia internazionale di Diritto comparato.

Lo scorso aprile 2018 aveva ricevuto la medaglia dell'Università della Santa Croce. La proiezione internazionale dell'Università della Santa Croce ha beneficiato abbondantemente dei suoi sforzi disinteressati e generosi quanto discreti ed efficaci, grazie al suo ottimismo e al suo spirito d'iniziativa. La

Collezione *Gratianus* della Casa editrice Wilson & Lafleur, nelle sue diverse “Serie” in inglese e in francese, ha rappresentato uno strumento inestimabile per diffondere la conoscenza canonica, giovandosi della collaborazione di svariati autori. Possiamo ricordare in modo particolare lo straordinario lavoro di preparazione dell’edizione inglese dell’*Exegetical Commentary to the Code of Canon Law* promosso dall’Istituto Martin de Azpilcueta, nonché i codici commentati in francese e inglese (*Code of Canon Law. Annotated* e *Code de Droit Canonique, Bilingue et annoté*), che sono già divenuti preziosi strumenti per la conoscenza e la pratica giuridico-canonica.

Roma, 24 gennaio 2019

LUIS NAVARRO

DOTTRINA

IL RAPPORTO TRA DIRITTO E NORMA. CONSIDERAZIONI ALLA LUCE DELLE PROPOSTE DI MICHEL VILLEY, SERGIO COTTA E JAVIER HERVADA

EDUARDO BAURA

«Studium philosophiae non est ad hoc quod sciatur quid homines senserint, sed qualiter se habeat veritas rerum».

SAN TOMMASO D'AQUINO, *Aristotelis libri. In De caelo et mundo*,
Lib. I, lectio 22

RIASSUNTO · Facendo tesoro degli apporti dei filosofi del diritto Villey, Cotta e Hervada, si distingue la realtà del diritto inteso come il *suum* dovuto, oggetto della virtù della giustizia, dalla norma giuridica intesa come regola della condotta giusta. Si analizzano le nozioni di *ius* e di norma e poi si studia il rapporto tra la norma e il diritto, cercando di individuare soprattutto i collegamenti di causalità. L'articolo finisce con alcune considerazioni circa la conoscenza della norma in ordine all'individuazione dello *ius*.

PAROLE CHIAVE: diritto, norma, regola, legge, giustizia.

ABSTRACT · *The relationship between right (ius) and norm. Considerations in the light of Michel Villey, Sergio Cotta and Javier Hervada proposals* · Taking advantage of the contributions of the juridical philosophers Villey, Cotta and Hervada enables the distinction of the *ius* intended as the owed *suum*, object of the virtue of justice, from the juridical norm understood as a rule of right conduct. This article analyzes the notions of *ius* and norm, proceeding to study the relationship between the norm and the right (*ius*), with the aim of identifying, primarily, the links of causality. The article concludes with some considerations about the knowledge of the norm with regard to the identification of the *ius*.

KEYWORDS: right, norm, rule, law, justice.

<http://baura.pusc.it>, Pontificia Università della Santa Croce.

SOMMARIO: 1. Terminologia e concettualizzazione. – 2. Il giusto. 2. 1. L'esistenza della *ipsa res iusta*. – 2. 2. Il fondamento del diritto. – 2. 3. Il contenuto dello *ius*. – 3. La norma. – 3. 1. L'esistenza delle regole obbliganti. – 3. 2. La norma divina. – 3. 3. L'obbligatorietà della norma umana. – 4. Il trinomio norma-diritto-atto. – 5. Il sapere giuridico.

1. TERMINOLOGIA E CONCETTUALIZZAZIONE

IL giurista, secondo l'etimologia del termine, sarebbe un esperto nello *ius*, nell'«ars boni et aequi».¹ La scienza del diritto – la *iurisprudentia* –, secondo la classica definizione tramandata da Ulpiano, sarebbe la «iusti atque iniusti scientia».² Eppure, il giurista è solitamente conosciuto come l'esperto nella *lex*, al punto che è abituale identificare la scienza giuridica con lo studio delle leggi. Ed è fin troppo notorio come esista l'idea comune che identifica il diritto – il cosiddetto “diritto oggettivo” – con l'insieme di leggi vigenti in un determinato luogo. Si pongono, dunque, i problemi della distinzione della *lex* dallo *ius* e dell'identificazione del loro rapporto.

Giova rilevare come la parola latina *ius* sia rimasta nelle lingue moderne soltanto nei termini derivati (giustizia, giurista, giuridico, giurisdizione), mentre per parlare dello *ius* si impiega la parola *diritto*, che fa riferimento ad un indirizzo retto, ad un orientamento “regolato”.³ Si comprende, quindi, la tendenza a usare la parola *diritto* per riferirsi alla norma o all'insieme di norme. Questa mera constatazione potrebbe portare a vedere la differenza tra *ius* e *lex* come obsoleta, e quindi alla convenienza di abbandonarla. Ciò non di meno, la questione non è terminologica, non si tratta di dirimere quale debba essere il contenuto semantico del termine *diritto* e di quello di *norma* o di *legge*, ma si tratta di esaminare la realtà giuridica e di scoprire quali siano gli elementi reali esistenti.

Nell'osservazione del fenomeno giuridico, si nota soprattutto che la persona umana ha un dominio su sé stessa, che è *sui iuris*, e che è capace di dominare il suo intorno, e al tempo stesso che esiste una certa ripartizione di beni, in modo tale che si può affermare che una determinata cosa appartenga ad un soggetto e non ad un altro. Si scorge anche che certe cose, pur appartenendo ad una persona, possano essere nel potere di un'altra.⁴ Esistono in definitiva “cose” che sono di una persona e che un altro deve dargliele o

¹ Dig. 1.1.1.

² Dig. 1.1.10.

³ È così nelle altre lingue di radice latina (*derecho*, *droit*, *direito*), e lo stesso fenomeno si può verificare nell'uso della parola inglese *right* e in quella tedesca *Recht*, sebbene in questa ultima lingua la parola *giustizia* (*Gerechtigkeit*) mantenga il riferimento al *Recht*.

⁴ Queste considerazioni stanno al centro del pensiero di Hervada, come si vedrà più avanti.

restituirglielie. Tali cose costituiscono ciò che a Roma si denominava *ius*, che costituisce l'oggetto della virtù della giustizia, secondo la famosa definizione di Ulpiano accolta e tramandata dalla tradizione cristiana.⁵

Assieme al *suum* di ognuno, ai beni dovuti, l'esperienza giuridica rileva come esistano anche delle regole di condotta, norme di organizzazione, leggi emanate dal potere sociale e patti normativi. Insomma, oltre agli *iura* esistono le *leges*, in modo tale che emerge la questione del chiarimento della loro distinzione e del loro rapporto causale.

È indiscusso che la scienza giuridica non è filosofia e, quindi, non si deve occupare dell'analisi delle cause ultime del fenomeno giuridico. Spetta, invece, alla scienza del diritto sistematizzare le sue conoscenze, classificare le diverse tipologie del fenomeno giuridico e creare, quindi, nozioni "formali", vale a dire concetti creati in funzione degli effetti giuridici delle realtà contenute in tali nozioni. Nascono così i concetti giuridici, i quali possono essere legali (creati dallo stesso legislatore per regolare gli effetti giuridici di diversi fenomeni) oppure di origine dottrinale. Il fatto di adoperare concetti formali non toglie tuttavia che il cultore della scienza giuridica non possa e non debba interrogarsi sull'essenza di ciò che costituisce l'oggetto del suo studio, poiché le nozioni adoperate, per quanto formali, devono comunque riflettere un aspetto, sia pure assai parziale, della realtà delle cose.⁶ Certamente lo studio delle diverse tipologie fenomenologiche delle norme e dei diritti aiutano a riflettere sulla natura comune di questi fenomeni, ma è ovvio che per un approfondimento di questo tipo l'apporto della filosofia del diritto è imprescindibile.

Senza pretendere di addentrarmi nel terreno filosofico alla ricerca del fondamento ultimo della realtà giuridica, in questo lavoro mi prefiggo di analizzare l'essenza della norma e del diritto, cercando di capire il loro rapporto, servendomi del pensiero dei tre grandi filosofi del diritto del ventesimo secolo – Michel Villey, Sergio Cotta e Javier Hervada –, i quali, per vie ben diverse, sono arrivati ad alcune conclusioni che consentono di chiarire la

⁵ «Constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi» (*Dig.* 1.1.10).

⁶ In un interessante studio sui diversi livelli di conoscenza del fenomeno giuridico (J. M. MARTÍNEZ DORAL, *La estructura del conocimiento jurídico*, Pamplona, Eunsa, 1963), apprezzabile tra l'altro per la lucida distinzione tra le prospettive filosofica, scientifica e prudenziale del diritto, l'autore ritiene che la scienza giuridica non debba pretendere di giungere alle definizioni essenziali della realtà giuridica, essendo ciò appannaggio della filosofia del diritto (cfr., per esempio, p. 30). Mi sembra chiaro che la scienza giuridica debba operare spesso con concetti costruiti mediante generalizzazione o con nozioni che vengono convenzionalmente fissate dalla legislazione o dalla dottrina. Tuttavia, ritengo che ciò non esima il giurista dal chiedersi sovente, senza abbandonare per ciò il livello scientifico, quale sia l'essenza delle cose, onde cogliere la loro giuridicità e costruire i concetti giuridici (legali e dottrinali) precisamente a partire dalla conoscenza essenziale. Alla filosofia del diritto resterebbe pur sempre il compito di interrogarsi circa le cause ultime di quelle realtà.

distinzione e il rapporto tra diritto e norma. Chiarisco subito che il mio intento non è quello di realizzare una disanima del pensiero di questi filosofi allo scopo di individuare esattamente quale fosse l'idea di ciascuno di loro sul punto, ma di riflettere sul rapporto tra norma e diritto facendo tesoro dell'apporto di questi tre pensatori. A tale scopo, analizzerò dapprima le nozioni di diritto e norma basandomi sul loro contributo, senza altra pretesa che quella di chiarire i concetti, per poi cercare di offrire una spiegazione di come interagiscano il diritto e la norma e proporre alcune riflessioni sullo studio del diritto derivate da un approccio realistico dell'esperienza giuridica.⁷

2. IL GIUSTO

2. 1. *L'esistenza della ipsa res iusta*

Uno dei filosofi richiamati, Michel Villey, partiva proprio dalla considerazione della traduzione dello *ius* nelle lingue moderne per far notare come la via diritta non fosse altro che l'osservanza della condotta giusta e, quindi, quanto fosse opportuno riprendere l'idea secondo cui lo *ius* non sarebbe altro che lo *iustum*.⁸

Tanto Villey quanto Hervada – quest'ultimo almeno nella fase di maturità del suo pensiero⁹ – partono dall'idea di diritto di san Tommaso d'Aquino, il quale, nel trattato sulla giustizia, interrompe il suo solito schema adoperato nell'analisi delle virtù, per introdurre una questione preliminare sull'essenza del diritto, in cui conclude che esso è la *ipsa res iusta*, l'oggetto della virtù della giustizia.¹⁰ L'esistenza degli *iura* proviene dal fatto che esiste una ripartizione di beni, in modo tale che si può affermare che una determinata cosa appartiene a una persona o a un gruppo di persone.¹¹ L'atto di distribuzione

⁷ In questa sede, userò soprattutto il termine *norma*, sebbene parlerò anche di regole, mentre la parola *legge* la userò soltanto in riferimento alla norma emanata dall'autorità oppure quando dovrò citare qualche autore che parla di legge in senso generico. Lungo lo studio cercherò di determinare i concetti usati, consapevole che, come è stato osservato (cfr. M. VILLEY, *Critique de la pensée juridique moderne (douze autres essais)*, Paris, Dalloz, 1976, p. 20), la storia del pensiero giuridico riflette la storia della confusione dei termini adoperati (dovuta alla loro polisemia) e la commistione dei diversi livelli di conoscenza.

⁸ Cfr. IDEM, *Questions de saint Thomas sur le droit et la politique ou le bon usage des dialogues*, Paris, Presses Universitaires de France, 1987, pp. 111-131.

⁹ Sulla rilevanza della scoperta da parte di Hervada del diritto come la *ipsa res iusta* per tutto il suo pensiero giuridico, cfr. M. DEL POZZO, *La evoluzione della nozione di diritto nel pensiero canonistico di Javier Hervada*, Roma, Edusc, 2005.

¹⁰ Cfr. SAN TOMMASO D'AQUINO, *Summa Theologiae*, II-II, q. 57. Su questo modo di procedere nella trattazione della giustizia, cfr. J. PIEPER, *Sulla giustizia*, tr. italiana di E. Morselli, Brescia-Milano, Morcelliana, 1975, pp. 15-16.

¹¹ Per quanto riguarda il pensiero del filosofo francese su questo punto, cfr. M. VILLEY, *Compendio de Filosofía del Derecho. Definiciones y fines del Derecho*, Pamplona, Eunsu, 1979 (ed. curata da J. Hervada; titolo originale: *Philosophie du droit. Définitions et fins du droit*, la cui pri-

è ciò che costituisce il diritto; si distingue, quindi, nettamente l'atto costitutivo del diritto dal susseguente atto dovuto in giustizia.

I due autori citati assumono quindi l'idea che lo *ius* è la *ipsa res iusta*, qualcosa cioè di esterno e obiettivo, che appartiene ad un soggetto ma che può essere in potere di un altro, e quest'ultimo ha di conseguenza il dovere di rispettare o di dare.¹² Vale a dire, il dovere giuridico – termine derivato da *ius* – è il dovere di giustizia, derivato dal diritto: bisogna dare all'altro ciò che è suo proprio perché è suo. Il diritto pertanto ha un intrinseca doverosità.

La condotta giusta dipende pertanto dal diritto. È giusto colui che soddisfa il diritto. Per Villey – forse con un'esagerazione frutto dello scopo di evidenziare l'oggettività e l'alterità proprie del diritto –, l'arte giuridica apparterebbe ad un ambito totalmente diverso da quello della morale.¹³ Certamente l'arte giuridica non si preoccupa di quella giustizia generale riguardante l'integrità della vita morale, ma il dovere giuridico, il dovere, cioè, di dare a ciascuno il suo, è il dovere dell'agire umano libero e, pertanto, in sé stesso non è che una specie del dovere morale. Altro discorso è che al giurista interessi soltanto la soddisfazione oggettiva del diritto, indipendentemente dalla rettitudine interna della condotta del debitore. Peraltro, la negazione del carattere morale del dovere giuridico, a parte il fatto che non si capisce quale sarebbe la natura del dovere giuridico, può portare a confondere l'obbligo giuridico con la coazione sociale, come se il dovere giuridico dipendesse dall'efficacia della coercizione da parte di chi possiede il potere.

2. 2. Il fondamento del diritto

La ripartizione dei beni e la possibilità che un bene appartenente ad un soggetto stia sotto il potere di un altro sono i dati di fatto che consentono di

ma edizione è del 1975) e IDEM, *Si la théorie générale du droit, pour saint Thomas, est une théorie de la loi*, «Archives de philosophie du droit», n. 17: *L'interprétation dans le droit*, Paris, Sirey, 1972, p. 427; inoltre, lungo tutta la disanima della storia del pensiero giuridico esposta nella sua opera *La formazione del pensiero giuridico moderno* (tr. it. di R. D'Ettorre, F. D'Agostino, Milano, Jaca Book, 1985), si nota la sua concezione del diritto come ciò che è giusto, frutto della ripartizione. Quanto a Hervada si può vedere, J. HERVADA, *Introduzione critica al diritto naturale*, Milano, Giuffrè, 1990 (la prima edizione originale spagnola è del 1981), pp. 9-18 e IDEM, *Lecciones propedéuticas de filosofía del derecho*, Pamplona, Eunsa, 2008⁴, pp. 157-159.

¹² Invero Michel Villey si riferisce talvolta all'essenza dello *ius* come l'oggettiva giusta relazione, in modo tale che il diritto non sarebbe la stessa cosa in quanto è in relazione con il suo titolare e il debitore, ma la relazione stessa (cfr. J. P. SCHOUPPE, *Le réalisme juridique*, Bruxelles, E. Story-Scientia, 1987, pp. 136-137).

¹³ Cfr. M. VILLEY, *Compendio de Filosofía del Derecho...*, cit., pp. 227-228, dove tra l'altro critica il concetto di obbligazione inteso come dovere morale, anziché come valore patrimoniale, e il contratto come promessa, anziché come scambio di beni. L'autore, nella sua finalità di marcare la differenza tra il diritto e la legge, giunge perfino ad affermare che il diritto non derivi dalla legge naturale morale (cfr. IDEM, *La nature et la loi. Une philosophie du droit*, Paris, Cerf, 2014, p. 142).

parlare di un traffico giuridico; spetta, poi, alla filosofia porsi il problema del fondamento ultimo del diritto e dell'origine della sua doverosità. Per Javier Hervada, tale fondamento non è altro che la stessa dignità dell'essere personale dell'uomo: «Una persona è un essere che è così intensamente essere – è essere in modo tale – da dominare il proprio essere. Per questo la persona è *sui iuris*, padrona del proprio essere (...) Tale dominio essenziale si manifesta nel reale e libero dominio delle proprie azioni»,¹⁴ il quale può venir meno nel suo esercizio, come nel caso dei minorenni e dei dementi, ma nella sua radicalità ontologica qualunque persona umana si appartiene. Con ciò, viene individuato il fondamento del perché una persona umana può dire con verità che una determinata cosa è, radicalmente, “sua”.

Una volta affermata la realtà dell'appartenenza delle cose alle singole persone, resterebbe, però, da trovare il fondamento, la ragione ultima, del dovere di rispettare questa realtà, cioè il fondamento del dovere giuridico. Non va dimenticato, infatti, che lo *ius* non è solo il *suum*, ma il *suum* dovuto. Naturalmente, la prima risposta è che bisogna dare a ciascuno il suo proprio perché è suo: il dovere proviene dall'essere delle cose, consiste nella necessità di rispettare l'essere perché esso è il bene. Tuttavia, si può ancora cercare di capire meglio la necessità di rispettare ciò che è di ognuno.

Per Hervada la dignità dell'essere personale umano postulerebbe un dover essere e, per quanto riguarda specificamente la doverosità giuridica, essa si radicherebbe nel fatto che l'uomo è un essere in relazione sociale. La socialità è fondata nella conoscenza e nell'amore. L'essere in relazione proprio della persona umana è una perfezione costitutiva della sua dignità, che è perfezionata mediante la razionalità e la libertà. Pertanto, la realizzazione della socialità è un dover essere.¹⁵

A questo punto può essere illuminante la riflessione di Sergio Cotta circa la coesistenza umana. Osserva questo filosofo che l'esistenza implica possibilità, finitezza, contingenza, e la contingenza è difettiva dell'essere, necessita l'essere, al punto che si può ritenere che il dover essere è in realtà un dover di essere.¹⁶ D'altra parte, Cotta fa notare che «l'essere del nostro esserci [...] è un con-esserci».¹⁷ Non si tratta di una mera constatazione fenomenica della coesistenza umana, ma dell'osservazione della struttura ontologica dell'essere umano, che porta ad accorgersi che l'altro ha le stesse capacità dell'io, che è comune il dover essere come dover di essere, che esiste una “compossibilità”¹⁸

¹⁴ J. HERVADA, *Introduzione critica al diritto naturale*, cit., p. 55. Per una spiegazione profusa della dignità della persona umana quale fondamento del diritto, cfr. IDEM, *Lecciones propedéuticas...*, cit., pp. 423-469.

¹⁵ Cfr. ivi, p. 461.

¹⁶ Cfr. S. COTTA, *Giustificazione e obbligatorietà delle norme*, Milano, Giuffrè, 1981, pp. 147-150.

¹⁷ Ivi, p. 25.

¹⁸ Cfr. S. COTTA, *Il diritto nell'esistenza. Linee di ontofenomenologia giuridica*, Milano, Giuffrè, 1991², pp. 56-57.

delle pretese e, infine, che la “difettività” dell’io può essere colmata dall’accoglienza dell’altro.¹⁹ Tale coesistenza avrebbe bisogno di una regola ordinatrice,²⁰ in modo tale che è proprio nella coesistenza che il filosofo fiorentino trova la giustificazione della norma. Ma, a mio modo di vedere, la coesistenza intesa in questo modo spiega soprattutto l’esistenza dei diritti e fonda la necessità di dare all’altro ciò che è suo. D’altronde, se si parte dalla fede, si concepisce l’uomo come l’essere fatto ad immagine e somiglianza della Trinità delle relazioni sussistenti, e si comprende quindi come la persona umana sia, sì, una sostanza, ma anche un soggetto ontologicamente in rapporto con altri, in modo tale che, per raggiungere la sua perfezione, ha bisogno di dare e di ricevere in relazioni interpersonali. Insomma, volendo trovare una giustificazione della legge, Sergio Cotta ha offerto, mediante la riflessione sulla coesistenza umana, una spiegazione profonda del fondamento del diritto e del dovere di dare all’altro il *suum*.

2. 3. Il contenuto dello *ius*

Il diritto è tutt’altro che astratto. È una *res*, che appartiene ad una persona. Il diritto è l’oggetto della giustizia, ma non della giustizia idealizzata, intesa piuttosto come un valore o un ideale, ma di quella virtù che consiste nel dare a ciascuno il suo.²¹ L’eguaglianza abbinata alla giustizia, rappresentata classicamente con l’icona della bilancia, fa riferimento alla corrispondenza esatta tra il dovuto e il diritto.²² Lo *ius* è, quindi, qualcosa di ben determinato, talvolta delimitato da confini spaziali o temporali (si pensi ai limiti di un bene immobile o al diritto al ricorso sottoposto ad un termine perentorio), altre volte definito mediante altri criteri (conoscenze, competenze, capacità, e tanti altri).

L’arte giuridica, l’*ars boni et aequi*, che consiste sostanzialmente nello *ius-dicere*, non può limitarsi ad identificare il diritto, ma deve anche segnalarne i limiti e le modalità. Il giurista è, appunto, colui che sa indicare il diritto e precisare i suoi limiti.

La relazione tra le cose esterne e la persona può presentare diverse modalità: qualcuno può affermare, per esempio, che una casa è sua nel senso che ne è il proprietario oppure perché ne gode del diritto di uso in quanto

¹⁹ «Il “con-esserci” si rivela espressione ontico-fenomenica della *relazione di accoglienza reciproca*, implicata nella difettività-bisogno di essere dell’essente e nella struttura ontologico duale. Designo tale relazione col termine di coesistenza» (IDEM, *Giustificazione e obbligatorietà...*, cit., p. 150).

²⁰ Cfr. S. COTTA, *Il diritto nell’esistenza...*, cit., p. 145.

²¹ Cfr. M. VILLEY, *Seize essais de philosophie du droit dont un sur la crise universitaire*, Paris, Dalloz, 1969, p. 31.

²² Cfr. J. HERVADA, *Cos’è il diritto? La moderna risposta del realismo giuridico*, Roma, Edusc, 2013, pp. 32-34.

affittuario. Il *suum*, quindi, ha diverse modalità.²³ Tuttavia, il diritto è la stessa cosa (un oggetto materiale, l'uso, una funzione, ecc.), in quanto appartenente ad un soggetto e perciò dovutagli. Lo *ius* non consiste essenzialmente nel potere del soggetto sulla cosa, non è, cioè, necessariamente ed esclusivamente il diritto soggettivo, ma la cosa in quanto appartenente alla persona; ciò che l'altro deve dare non è il solo riconoscimento del potere sulla cosa, ma la cosa stessa in quanto e nella modalità che gli appartiene.

Circa la consistenza del diritto quale la cosa stessa dovuta in giustizia ha molto insistito Michel Villey, avvertendo del pericolo di confondere il diritto con il diritto soggettivo, idea che è stata anche ripresa da Hervada.²⁴ Per il filosofo francese, la confusione trova le sue radici nel nominalismo di Guglielmo di Ockham, il quale fa tra l'altro spostare il fuoco dell'attenzione dall'oggettività della realtà esterna al potere dei singoli.²⁵ Va riconosciuto il fatto che il potere della persona su un ambito della realtà, la sua facoltà di rivendicare un qualcosa sono *res* giuste e quindi costituiscono un tipo di diritto, ma non esauriscono il modo di essere del diritto e, soprattutto, se il singolo ha un potere su una cosa o a una cosa, cioè se ha un diritto soggettivo, è proprio perché la cosa in qualche modo gli appartiene; e ciò che è dovuta è la cosa stessa in quanto sua. La confusione del diritto con il solo diritto soggettivo porta ad una visione vuota, formalistica, della giustizia, la quale si accontenterebbe di riconoscere le facoltà individuali, disinteressandosi invece del fatto che vengano rispettati i beni reali appartenenti alle persone, perché la distribuzione reale delle cose sarebbe un problema tecnico, di ordine economico o politico, che esulerebbe dall'ambito giuridico.

Al di là di quale sia l'origine storica della confusione tra il diritto e il diritto soggettivo, è illuminante l'insistente avvertenza di Villey circa il rischio di concepire, come tende a fare il pensiero moderno, il diritto come potere, in modo tale che il diritto non sarebbe frutto della natura ma dello spirito umano. Se così fosse, il diritto sarebbe alla mercé della ragione (razionalismo giuridico) oppure della volontà arbitraria (volontarismo normativista).²⁶ In ogni caso, il diritto sarebbe indipendente dalla realtà delle cose.

Viceversa un approccio realistico dell'esperienza giuridica vede lo *ius* come quelle *res* appartenenti ai soggetti, che sono dovute dagli altri. Se sono

²³ Cfr. *ivi*, p. 46.

²⁴ Per il pensiero del pensatore francese su questo punto si può vedere M. VILLEY, *La formazione del pensiero giuridico moderno...*, cit., pp. 195-224. Per quanto riguarda invece la dottrina del giurista spagnolo, cfr. J. HERVADA, *Lecciones propedéuticas...*, cit., pp. 237-244 e *Cos'è il diritto?*..., cit., pp. 41-44.

²⁵ Sulla precisione dell'origine storica del diritto soggettivo additata da Villey, cfr. T. SOL, *Droit subjectif ou droit objectif? la notion de ius en droit sacramentaire au XI^e siècle*, Brepols, Turnhout, 2017, specie pp. 9-17 e 277-279.

²⁶ Cfr. M. VILLEY, *Seize essais de philosophie du droit...*, cit., pp. 41-42.

dovute è perché c'è una necessità di essere. Bisogna, infatti, dare lo *ius* a ciascuno perché tale *ipsa res iusta* è qualcosa appartenente all'essere della persona, che esprime la sua dignità di essere personale e in qualche modo la perfeziona. In definitiva, lo *ius* è dovuto perché è un bene della persona. La dimensione di bontà della *res iusta* è oggettiva: il diritto è, insomma, un bene oggettivo appartenente ad un soggetto. Peraltro, la considerazione del diritto come un bene oggettivo è la chiave di volta per capire come il rapporto tra giustizia e misericordia non sia mai dialettico, giacché in ogni caso si sta trattando sempre del bene dell'uomo.²⁷

Tale visione contrasta con il relativismo e il soggettivismo. Il relativismo, non riconoscendo l'oggettività dei beni della persona, è costretto a lasciare la definizione delle cose appartenenti ai soggetti alla decisione del potere dominante in ogni epoca storica, cadendo in questo modo nel despotismo arbitrario.²⁸ Basterebbe considerare, infatti, come ad una stessa formulazione dei diritti umani gli venga data di volta in volta un significato diverso, come è successo con il diritto al matrimonio o il diritto alla vita. Da parte sua, il soggettivismo porta a confondere il bene di una persona con il risultato del suo potere. Da questa prospettiva si tende ad identificare il diritto con il desiderio dell'interessato e, quindi, i diritti con le pretese del singolo per il solo fatto che esse sono volute. Si parla così dei "nuovi diritti", che sono per la maggior parte falsi diritti e talvolta ingiustizie clamorose. Il relativismo e il

²⁷ Circa il rapporto tra giustizia e misericordia rinvio a E. BAURA, *Misericordia e diritto nella Chiesa*, in *Ius quia iustum. Festschrift für Helmuth Preuß zum 65. Geburtstag*, a cura di E. Güthoff, S. Haering, Berlin, Duncker & Humblot, 2015, pp. 23-37.

²⁸ Emblematica di questo pensiero è la posizione di M. MACDONALD (cfr. *Natural Rights*, «Proceedings of the Aristotelian Society», 47 [1946-1947], pp. 225-250), ispirata dalla filosofia di Karl R. Popper, secondo cui, non essendoci un fine (oggettivo) dell'uomo, esistono solo fini scelti dai singoli, in modo tale che i c.d. diritti naturali sarebbero condizioni di una buona società determinate dalle decisioni umane («There is no end set for the human race by an abstraction called "human nature". There are only ends which individuals choose, or are forced by circumstances to accept. There are none which they *must* accept. Men are not created for a purpose as a piano is built to produce certain sounds. Or if they are we have no idea of the purpose» ivi, pp. 237-238). Mi sembra che la ben nota posizione di Rawls circa la comune accettazione delle regole rifletta la stessa problematicità.

In realtà, ogni volta che non si riconosce il valore giuridico della legge morale oppure non si accetta una connessione essenziale, necessaria, tra la moralità e la norma giuridica si cade nell'arbitrarietà del positivismo giuridico, per quanto si intenda superare questo approccio filosofico. È il caso di Herbert Lionel Adolphus Hart (il quale giunge ad affermare che «there are no necessary conceptual connections between the content of law and morality; and hence morally iniquitous provisions may be valid as legal rules of principles», in *Postscript*, in H. L. A. HART, *The Concept of Law*, Oxford, Oxford University Press, 2012, p. 268) e del suo discepolo Joseph Raz; per un'analisi critica della loro posizione, cfr. la recente tesi dottorale di P. POPOVIĆ, *The Juridical Domain of Natural Law. A View from Michael Villey's and Javier Hervada's Juridical Realism within the Context of Contemporary Juridico-Philosophical Perspectives on the "Law-Morality" Intersection*, Roma, Edusc, 2019, pp. 24-50.

soggettivismo portano pure all'arbitrarietà nel considerare l'ingiusto, sicché l'offesa ingiusta dipenderebbe dal sentimento soggettivo del preteso offeso oppure dalla sensibilità sociale del momento, indipendentemente dall'oggettività della presenza o meno di un'ingiuria, con il conseguente rischio, purtroppo non meramente accademico, di limitare o azzerare la legittima libertà di espressione o di azione.

L'oggettività del bene del diritto è basata sulla dimensione naturale del diritto stesso. Giova osservare come tutti e tre i filosofi qui considerati accolgano, pur da prospettive diverse, la concezione classica secondo cui il diritto naturale è presente nel diritto positivo, giacché tutto ciò che è culturale non può non basarsi sulla natura, al punto che non può esistere un diritto puramente positivo.²⁹

3. LA NORMA

3. 1. L'esistenza delle regole obbliganti

L'esame dello *ius* ha portato a vedere come il diritto rechi con sé una dimensione di doverosità; esso non è solo il *suum*, ma il *suum* dovuto da un altro. Nella vita sociale, però, si riscontra un dovere che non appare come proveniente, almeno immediatamente, da un diritto ma piuttosto da una regola. Occorre, dunque, porsi il problema della norma giuridica.

Il termine *norma* designava originariamente lo strumento di misura dei campi, una regola a forma di squadra.³⁰ Applicato in ambito morale, norma significa misura, regola degli atti umani. Assieme all'idea di regola, il termine *norma*, usato in riferimento alla condotta umana, esprime l'idea di obbligatorietà, al punto che si usano come sinonimi le parole *obbligante* e *normativo*. A ben guardare, una misura, una qualifica della condotta umana, è al contempo in qualche modo obbligente, in quanto indica l'idea a cui si devono adeguare gli atti degli uomini perché raggiungano il bene a cui si riferisce la norma. In questo senso san Tommaso d'Aquino descriveva la norma affermando che «quaedam regula est et mensura actuum, secundum quam inducitur aliquis ad agendum, vel ab agendo retrahitur».³¹

²⁹ Il discorso è presente lungo le rispettive opere scientifiche. Ad ogni modo, può vedersi questo assunto in S. COTTA, *Il diritto nell'esistenza...*, cit., pp. 235-305; M. VILLEY, *Compendio de Filosofía del Derecho...*, cit., p. 225 e J. HERVADA, *Lecciones propedéuticas...*, cit., pp. 475-487 e, soprattutto, 511-515.

³⁰ Cfr. A. D'ORS, *Sobre la palabra "norma" en Derecho Canónico*, in *La norma en el Derecho Canónico. Actas del tercer Congreso Internacional de Derecho Canónico, Pamplona 10-15 de octubre de 1976*, vol. 1, Pamplona, Euns, 1979, pp. 817-821.

³¹ SAN TOMMASO D'AQUINO, *Summa Theologiae*, I-II, q. 90, art. 1. Occorre segnalare ad onor del vero che la definizione testé riportata è riferita alla legge. È chiaro che i vocaboli *norma* e *legge* sono usati in sensi molto diversi a seconda del contesto. Di norma e di legge si

Non è infrequente, però, definire la norma come un giudizio deontico, come una proposizione prescrittiva oppure, nella famosa teoria kelseniana, come un giudizio ipotetico. Va, tuttavia, ben distinta la manifestazione fenomenica della norma dalla norma stessa. Essendo la norma una regola, una *ratio* del comportamento, può compiere la sua funzione solo se viene recepita dalla ragione del soggetto, il quale, infatti, dovrà enunciare un giudizio della ragione pratica, come anche l'autore della norma dovrà esprimere in qualche modo la regola che vuole stabilire. Ad ogni modo, la norma è la regola obbligatoria della condotta, mentre un giudizio è un enunciato della ragione, un mero intreccio logico dal quale non può derivare un dovere.³² Perfino Sergio Cotta, che parte dall'ammissione della definizione di norma come giudizio deontico (che presupporrebbe, nella sua opinione, un giudizio aletico e un altro valutativo),³³ volendo trovare la ragione dell'obbligatorietà di siffatto giudizio, si vede costretto a precisare che la norma vincolante non è solo l'enunciato deontico ma anche la sua interpretazione, la quale dovrà necessariamente cercare la giustificazione presente anche nella genesi della norma, in modo tale che la norma, a ben guardare, non sarebbe il mero giudizio deontico ma piuttosto il plesso triadico composto dall'enunciato, la giustificazione e l'interpretazione.³⁴

La norma è, quindi, una regola della condotta, un criterio di comportamento escogitato dalla ragione, una *ratio* dell'attività. Hervada, prendendo le mosse dalla definizione tomista di legge come «*rationis ordinatio*»,³⁵ afferma che la norma è un'ordinazione,³⁶ e critica la definizione di norma come regola perché riduttiva, giacché la norma potrebbe essere principalmente costitutiva e solo indirettamente regolatrice.³⁷ Invero l'ordinazione – che è chiamata comunemente norma o legge – può avere come oggetto l'assegnazione di beni, funzioni, cariche, ecc., ma da tale ordinazione sorge comunque la regola di rispettare l'ordine stabilito.

Va, peraltro, osservato che la norma giuridica non è qualsiasi regola, ma essa deve avere la caratteristica dell'obbligatorietà. Non per nulla Sergio

parla perfino nell'ambito dei fenomeni fisici. Altro è l'uso di questa terminologia nel campo morale, altro è nel livello scientifico del diritto, dove si può nettamente identificare la legge come una specie all'interno del genere norma, consistente, cioè, in quella norma data per iscritto da colui che gode della potestà di regolare la vita sociale. In questa sede ciò che interessa considerare principalmente è la sostanza del fenomeno consistente in una regola di condotta umana e il suo rapporto con lo *ius*, e, da questo punto di vista, si può accettare l'uso di prendere come sinonimi i termini *norma* e *lex*, come nella citata definizione dell'Aquinate.

³² Cfr. J. HERVADA, *Lecciones propedéuticas...*, cit., pp. 323-327.

³³ Cfr. S. COTTA, *Il diritto nell'esistenza...*, cit., pp. 189-190.

³⁴ Cfr. IDEM, *Giustificazione e obbligatorietà...*, cit., pp. 5-10.

³⁵ Cfr. SAN TOMMASO D'AQUINO, *Summa Theologiae*, I-II, q. 90, art. 4.

³⁶ Cfr. J. HERVADA, *Lecciones propedéuticas...*, cit., p. 328.

³⁷ Cfr. *ivi*, p. 323.

Cotta dedica una buona parte dei suoi sforzi a cogliere la differenza tra la natura della regola ludica e quella della regola giuridica.³⁸ A me sembra che qualsiasi regola abbia in sé una certa doverosità, nel senso che, se si desidera svolgere l'attività regolata o raggiungere lo scopo prefigurato dalla regola si dovrà seguire la norma prevista (se si vuole praticare un determinato gioco è necessario seguire le corrispondenti regole); il punto sta che nel caso della norma giuridica, la necessità è di giustizia, la violazione della norma comporta la lesione di un diritto. Emerge, dunque, la grande questione soggiacente all'essenza della norma giuridica, e cioè, quale sia il fondamento della sua obbligatorietà giuridica.³⁹

Certamente l'obbligatorietà della norma non si può fondare sul potere del suo autore, giacché in tal caso bisognerebbe riconoscere l'obbligatorietà delle regole emanate dai delinquenti, come neanche si può basare, per analoghe ragioni, sull'ideologia.⁴⁰ Tantomeno si può legittimare una norma per il solo fatto di essere appartenente ad un ordinamento o ad un sistema: «Altrimenti il diritto positivo, per il solo fatto di esserci dovrebbe venir riconosciuto immediatamente anche come ciò che esso *dovrebbe essere*. Ma in tal

³⁸ Cfr. S. COTTA, *Il diritto nell'esistenza...*, cit., pp. 136, 149-150 e 164-165. Il tema della giustificazione della norma ha preoccupato in modo speciale il filosofo italiano, il quale è passato dal considerare la legge come mera regola formale in un suo studio giovanile (cfr. S. COTTA, *Il concetto di legge nella Summa Theologiae di S. Tommaso d'Aquino*, Torino, Giappichelli, 1955), alla convinzione che la norma, affinché sia obbligente, debba avere una giustificazione, che non si trova se non nella partecipazione alla legge naturale. Nella citata monografia, Cotta analizza dettagliatamente l'opera di san Tommaso, arrivando alla conclusione che per l'Aquinate la nozione di legge sarebbe del tutto universale, comune alla legge divina e alla legge umana, ma anche alle leggi ingiuste, al punto che si potrebbe applicare la nozione di legge anche alle regole date da un capobrigante. La razionalità della legge sarebbe puramente formale (p. 24), essendo possibile un'ordinazione al bene solo apparente (pp. 31-32). In quanto alle leggi umane che determinano la legge naturale, scriveva Cotta in questa primizia del suo percorso filosofico che «pur derivando dalla legge naturale, non traggono la loro validità da quest'ultima ma dalla loro rispondenza all'ordinamento positivo di cui fanno parte, e pertanto sono norme *giuridiche* indipendentemente dal fatto che siano o no *giuste*. Per le *determinationes* non si può dunque parlare di riduzione della giuridicità a giustizia ma si può distinguere nettamente il problema del loro valore da quello della loro validità» (p. 133). A me sembra una lettura forzata del pensiero dell'Aquinate, il quale afferma espressamente che la legge ingiusta non è legge, ma «*corruptio legis*» (SAN TOMMASO D'AQUINO, *Summa Theologiae*, I-II, q. 90, a. 1, ad 3). Al di là dell'esattezza o meno della presentazione del pensiero di san Tommaso, mi sembra fuorviante la nozione di norma come regola puramente formale; la norma è regola vincolante, e, se obbligente, è perché ha un contenuto giusto. Del resto, va chiarito che il pensiero di Cotta evolve fino a ripudiare questa sua opera di gioventù, e nella sua fase di maturità filosofica si pose precisamente il problema della giustificazione dell'obbligatorietà della norma.

³⁹ Concordo con Cotta allorquando scrive che «l'obbligatorietà della norma dipende dalla validità della sua giustificazione» (cfr. *Giustificazione e obbligatorietà...*, cit., p. 21).

⁴⁰ Cfr. S. COTTA, *Giustificazione e obbligatorietà...*, cit., specie pp. 31-40.

caso si cadrebbe davvero nella fallacia naturalistica!». ⁴¹ Ne segue la necessità di ancorare la norma positiva alla legge naturale.

3. 2. *La norma divina*

Come è ovvio, esula da questo lavoro qualsiasi tentativo di dimostrazione dell'esistenza di una legge naturale. Parto invece dal presupposto che la creazione ha un ordine, chiamato comunemente *legge eterna*, e che la natura dell'uomo porta con sé delle esigenze morali (provenienti dalla cosiddetta *legge naturale*), alcune delle quali sono presenti anche nell'ambito giuridico. La questione che qui interessa porsi è invece quale siano le caratteristiche della legge naturale e come essa sia presente nelle norme positive.

Per quanto riguarda l'essenza della legge naturale ritengo che occorra distinguere la legge naturale in Dio, la legge naturale in sé e la nostra conoscenza di essa. Non appartiene a questa sede affrontare il problema teologico, peraltro molto interessante, di come si trovi l'idea della legge eterna in Dio, essenza semplicissima. ⁴² Occorre, invece, soffermarsi, sia pure brevemente, sulla questione della legge divina in sé stessa.

La trattazione di san Tommaso d'Aquino sulla legge vuole essere così universale da poter applicare il concetto di legge sia alla legge divina che a quella umana. ⁴³ Certamente la legge divina, come quella umana, è un'*ordinatio* che conduce verso il bene e che è stata promulgata, ovvero è resa conoscibile dalla ragione umana. Tuttavia, penso che sarebbe fuorviante non tenere presente l'analogia esistente tra la legge divina e quella umana e, pertanto, le differenze essenziali tra di loro. ⁴⁴

Occorre soprattutto rilevare il divario dovuto al fatto che, mentre la legge umana è frutto di una decisione che crea, *ab extrinseco*, una regola generale come risultato di una generalizzazione o di un'astrazione di un determinato aspetto della realtà, trascurando quindi altri elementi e tutte le circostanze particolari dei casi concreti, la legge divina è intrinseca alla realtà creata

⁴¹ Ivi, pp. 75-76.

⁴² Si ricordi che san Tommaso definiva la legge eterna come «ratio divinae sapientiae secundum quod est directiva omnium actuum et motionum» (*Summa Theologiae*, I-II, q. 93, a. 1).

⁴³ Cfr. SAN TOMMASO D'AQUINO, *Summa Theologiae*, I-II, qq. 90-95, specie q. 91.

⁴⁴ Con ciò non voglio negare minimamente l'efficacia obbligatoria della legge divina. R. HITTINGER (*The First Grace. Rediscovering the Natural Law in a Post-Christian World*, Wilmington, ISI Books, 2007) ha insistito molto, e a mio parere a ragione, sul fatto che la legge naturale è una legge reale, non solo metaforica (p. 39), ed ha criticato la teoria secondo cui l'analogia tra legge divina e legge umana sarebbe di attribuzione estrinseca (pp. 57-59). Fermo restando, quindi, l'obbligatorietà della legge divina, va però rifiutata una concezione della legge che non distingua nettamente le caratteristiche essenziali tra la legge divina e quella umana.

e pertanto presente in tutta la realtà. Giova ribadire come la legge divina (naturale o positiva), diversamente dalla legge umana, non operi in modo estrinseco come fa la legge umana. La legge divina è insita nell'ordine creatore, nella stessa natura delle cose, essa è l'ordine stabilito dalla sapienza di Dio al momento di creare le cose precisamente con la natura che le ha dato; non è un ordine stabilito fra altri possibili per cose già esistenti, ma è l'ordine imposto nell'essere delle cose. Tutto il creato ha intrinsecamente come ragion d'essere quella di dare gloria a Dio, e la natura delle cose spinge a farlo secondo la propria essenza. In quanto all'ordine morale, va rilevato come pure la legge divina naturale non sia una regola estrinseca, ma, al contrario, come essa sia insita nella natura dell'uomo: la persona umana ha una costituzione ontologica tale che la porta a dover razionalmente e liberamente agire in un determinato senso per raggiungere la sua perfezione. Questa legge naturale, intrinseca alla natura dell'uomo, in ciò che si riferisce ai rapporti interpersonali di giustizia, ha una rilevanza giuridica.

Peraltro la differenza testé evidenziata risulta determinante al momento di riflettere sulle eccezioni alla legge: mentre l'*epicheia* è fondata proprio sull'imperfezione intrinseca della legge umana dovuta alla sua generalizzazione o astrazione,⁴⁵ la legge divina non ammette eccezioni, poiché, essendo un ordine intrinseco all'essere delle cose, non può essere cambiato senza mutare la natura stessa delle realtà ordinate. La norma divina non può avere eccezioni perché sarebbe come ammettere eccezioni nella stessa realtà. Come è stato messo giustamente in rilievo, in realtà l'impossibilità dell'eccezione alla legge divina è proprio ciò che fonda la possibilità di eccepire una norma umana.⁴⁶

In quanto alla legge divina nella ragione umana, va osservato come l'uomo possa conoscere la realtà delle cose e, conoscendole, percepisca le implicazioni morali e giuridiche delle cose conosciute, cioè conosca la legge naturale per connaturalità. L'uomo esprime la sua conoscenza della legge eterna e naturale in giudizi astratti, i quali, sempre dovuto all'astrattezza, risultano imperfetti.⁴⁷ Non vanno, però, confuse le formule umane sulla legge divina con la legge stessa.⁴⁸ Soprattutto va evitata la considerazione

⁴⁵ Cfr. ARISTOTELE, *Etica Nichomachea*, v, 10.

⁴⁶ Cfr. A. RODRÍGUEZ LUÑO, *La virtù dell'epicheia. Teoria, storia e applicazione*. (II) *Dal cursus theologicus dei Salmanticenses fino ai nostri giorni*, «Acta Philosophica», 7 (1998), p. 75.

⁴⁷ Cfr. J. HERVADA, *Introduzione critica al diritto naturale*, cit., pp. 157-158.

⁴⁸ Tra l'altro, è utile far notare come il magistero della Chiesa (in particolare l'Enciclica *Veritatis splendor*), sulla scia del pensiero di san Tommaso, consideri che la fonte normativa della condotta umana non sia la ragion pratica ma la stessa legge naturale (cfr. R. HITTINGER, *The First Grace...*, cit., pp. 47-48). La regola naturale conosciuta dalla ragione non è, in definitiva, il risultato dello sviluppo autonomo della ragione a partire da presunti principi aprioristici presenti nella ragione, come vorrebbe una concezione kantiana della legge mora-

della legge divina alla stregua della legge umana, come se fosse un insieme di regole generali e astratte, quando invece si tratta di esigenze dello stesso essere delle cose.

3. 3. *L'obbligatorietà della norma umana*

In ogni caso, la conoscenza della legge naturale permette all'uomo di elaborare mediante conclusioni e determinazioni positive la norma umana. Nella tradizione cristiana, la giustificazione dell'obbligatorietà umana poggia sulla partecipazione di questa alla legge divina, che sarebbe come dire che esprime in qualche modo l'essere delle cose.⁴⁹ Si parte, infatti, dalla constatazione che non può esistere nessun prodotto culturale che non abbia come base la stessa natura, la quale esiste nella realtà dei fatti, anche di quelli operati dagli uomini. Ne segue che il profondo dell'essere della legge umana è legge naturale.⁵⁰

Ciò presuppone non cadere nella tendenza (molto forte negli ultimi secoli) di concepire la legge divina – denominata abitualmente “diritto divino” – come qualcosa di separato dalla storia umana, come se il diritto divino e il diritto umano fossero due sistemi giuridici completi e diversi fra di loro.⁵¹ È stato lo iusnaturalismo razionalista a concepire il diritto naturale come “norma” dedotta dalla ragione naturale, sistema normativo razionalmente perfetto.⁵² Una volta situato il diritto naturale nell'ambito delle idee, esso viene, logicamente, separato dal diritto umano positivo. Il passaggio logico seguente è quello di negare non l'esistenza stessa del diritto divino, ma la sua giuridicità, riducendo i suoi postulati ad ideali etici, metagiuridici, ma non giuridici, oppure ad una sorta di codice di valori che segnerebbero un limite alla libertà del legislatore umano.⁵³ Ma tutto ciò significa confondere

le. La natura della ragione umana, infatti, non è costituita da principi innati basilari, ma dalla capacità di conoscere la realtà. Ciò che è proprio della ragione umana è conoscere la realtà e, quindi, adeguarsi ad essa.

⁴⁹ Cfr. SANT'AGOSTINO, *De libero arbitrio*, 1, c. 5, 11 e SAN TOMMASO D'AQUINO, *Summa Theologiae*, I-II, q. 95, a. 2. D'altronde, già Aristotele aveva avvertito che del giusto civile una parte è di origine naturale, un'altra si fonda sulla legge (cfr. ARISTOTELE, *Etica Nicomachea*, V, 7). Sulla necessità di poggiare sulla legge divina e sul fallimento delle giustificazioni che negano tale base, cfr. R. PIZZORNI, *Il diritto naturale dalle origini a s. Tommaso d'Aquino. Saggio storico-critico*, Roma, Pontificia Università Lateranense – Città nuova editrice, 1985², pp. 591-603.

⁵⁰ Cfr. in questo senso S. COTTA, *Giustificazione e obbligatorietà...*, cit., pp. 129-131.

⁵¹ Quest'idea è stata magistralmente spiegata da J. Hervada in una conferenza, intitolata *La concepción clásica del derecho natural*, tenutasi a Venezia presso l'Istituto san Pio X (oggi Facoltà di Diritto canonico) che può essere vista al sito <http://www.javier.hervada.org/conferencia.html>.

⁵² Cfr. M. VILLEY, *Seize essais de philosophie du droit...*, cit., p. 25.

⁵³ Perfino nell'ambito canonistico esiste questa tendenza. Ne è prova la celebre teoria di uno dei più importanti rappresentanti della scuola dogmatica del diritto canonico, Vincenzo

la produzione naturale dei giudizi deontici da parte della ragione umana con l'essere (normativo) della realtà.

Dell'inesistenza di due ordinamenti diversi separati, uno divino e l'altro umano, ne è prova tra l'altro il fatto che non esistono due soluzioni giuridiche diverse di uno stesso problema giuridico, una naturale e un'altra umana, ma esiste un'unica soluzione, che ha una duplice dimensione, divina e umana, oppure, se si preferisce, che è umana ma basata sul diritto divino, giacché, se la soluzione giuridica "umana" non poggiasse sul diritto divino, non sarebbe una soluzione giusta, e pertanto, a rigore, neanche "giuridica". Insomma, il diritto divino gode di efficacia attraverso il diritto umano, ha le garanzie giudiziali del sistema giuridico vigente.⁵⁴

Ad ogni modo, ci si può sempre porre il problema della giustificazione della norma umana in ciò che ha di positivo o di concrezione della legge naturale. L'ordine naturale, infatti, lascia ambiti di libertà, che potranno essere progettati dall'uomo. La capacità umana di dominare le cose comprende anche la facoltà di ordinare l'ambito dominato, grazie alla sua intelligenza e volontà. L'agire umano non solo può costituire nuovi diritti ma può anche incanalare l'attività futura, determinando a priori quali saranno gli effetti giuridici dei suoi atti, stabilendo quando e come nascono alcuni diritti, come si dovranno soddisfare i doveri giuridici. In definitiva, qualunque soggetto con capacità di regolare ciò che è sotto il suo dominio potrà essere autore della norma giuridica.⁵⁵ Ciò vale, dunque, sia per l'ambito dell'autonomia privata, in cui il singolo può pattuire con un altro una norma che diventa la regola di condotta giusta nell'ambito privato pattuito, sottoposto al dominio delle parti contraenti, sia per l'ambito pubblico, in cui colui che ha la funzione di governare la comunità potrà stabilire le regole di condotta affinché tale comunità raggiunga il suo bene.

Si potrebbe obiettare che, nonostante l'insistenza sulla necessaria base nella legge naturale per giustificare la norma umana, le disposizioni normative prettamente positive, le determinazioni, cioè, della legge naturale, avrebbe-

Del Giudice, secondo cui l'ordinamento canonico sarebbe quello prodotto dal legislatore umano, ma il diritto divino sarebbe presente nella Chiesa mediante la sua recezione formale da parte del legislatore. Per spiegare questa teoria coniò il termine *canonizatio* del diritto divino, cioè l'atto con cui il diritto divino passerebbe da essere un fenomeno metagiuridico alla sua vigenza giuridica, sempre mediante la sua recezione nel diritto positivo umano. Cfr. V. DEL GIUDICE, *Nozioni di diritto canonico*, Milano, Giuffrè, 1970, pp. 23-25.

⁵⁴ S. COTTA (*Il diritto nell'esistenza...*, cit., p. 256) è arrivato ad affermare che «il diritto positivo può quindi venire denominato, con valida ragione, *diritto naturale vigente*». L'affermazione ha il pregio di far vedere come l'autore consideri necessaria la giustificazione iusnaturalistica della norma umana, sebbene occorra chiarire che il diritto naturale non è solo quello positivizzato né tantomeno che la sua vigenza è dovuta al fatto che è stato raccolto nella norma positiva.

⁵⁵ Cfr. J. HERVADA, *Lecciones propedéuticas...*, cit., pp. 372-374.

ro in ultima istanza come giustificazione il solo potere decisionale dell'uomo. Va subito rilevato che il potere regolativo dell'uomo è naturale, Dio ha creato l'uomo con la capacità di ordinare e di decidere ciò che il Creatore stesso ha lasciato alla libertà degli uomini. In questo senso si può dire che la legittimazione del potere normativo umano (non solo di quello dell'autorità sociale, ma anche di quello dei singoli) procede da Dio, il che non significa però né che il potere umano sia investito di poteri divini né che esso sia vicario del potere di Dio (proprio perché si tratta di ambiti lasciati da Dio alla libera determinazione dell'uomo). In definitiva, l'aggancio con la legge naturale si percepisce nella legittimazione del potere normativo umano.⁵⁶

La determinazione libera umana poggia sulla legge naturale anche in ciò che riguarda il contenuto, per quanto esso sia stato liberamente deciso dall'uomo. Poiché il potere normativo deriva dalla natura creata, l'esercizio di tale potere deve essere armonico con la realtà. Come spiega Hervada, «ciò che appartiene all'ambito di autonomia non è la prepotenza o l'irrazionalità, ma la retta ragione. Infatti, poiché il potere umano è un riflesso o partecipazione del potere divino, soltanto la retta ragione costituisce esercizio legittimo del potere umano, giacché soltanto essa partecipa della ragione divina, la quale è retta per essenza».⁵⁷

Emerge quindi la nota della razionalità quale elemento non più o meno qualificante della norma, ma essenziale della regola vincolante, ben inteso che la razionalità non è il frutto della ragione autonoma, bensì il risultato della adeguazione dell'intelletto umano alla realtà delle cose. Una norma contraria alla dignità della persona umana o alla realtà storica sociale o essenzialmente incapace di raggiungere il fine della regola non è un ordine ma un disordine, non partecipa del potere divino, non è vincolante perché in realtà non è norma.⁵⁸ La razionalità si oppone all'arbitrarietà e fa riferimento al realismo della norma: deve essere una regola in armonia con la realtà regolata. La questione giuridica non è tanto quella di accettare l'intellettualismo o il volontarismo al momento di spiegare la formazione dell'at-

⁵⁶ Cfr. *ivi*, pp. 587-589.

⁵⁷ *Ivi*, p. 589 (la traduzione è mia).

⁵⁸ Circa la razionalità della norma cfr. *ivi*, pp. 343-372. Come è noto, il positivismo giuridico poggia invece sul volontarismo. Esiste pure una grande tendenza al volontarismo nella canonistica, in gran parte derivata dalla teoria della legge di Suárez, il quale vede l'obbligatorietà come frutto del potere superiore di Dio o derivato da Dio e la decisione normativa umana come risultato di un atto volontario. Ciò si percepisce nel suo trattato *De legibus* (Libro I) e in modo molto significativo al momento di porsi la questione sull'eventuale potere di Dio di dispensare dalla legge divina (cfr. F. SUÁREZ, *De legibus*, II, c. 15, 19). San Tommaso, invece muove da un altro presupposto: «ratio habet vim movendi a voluntate (...) Sed voluntas de his quae imperantur, ad hoc quod legis rationem habeat, oportet quod sit aliqua ratione regulata. Et hoc modo intelligitur quod voluntas principis habet vigorem legis: alioquin voluntas principis magis esset iniquitas quam lex» (SAN TOMMASO D'AQUINO, *Summa Theologiae*, I-II, q. 90, a. 1, ad 3).

to nomogenetico, quanto quella di difendere il realismo della norma e il fondamento dell'obbligatorietà, non fondato sul potere della volontà libera dell'autore della norma, bensì sul potere "giuridico" dell'autore che lo rende capace di ordinare un determinato ambito.

4. IL TRINOMIO NORMA-DIRITTO-ATTO

Una volta esaminate le realtà dello *ius* e della norma, occorre studiare il rapporto esistente tra di loro. Può essere utile a tal fine tornare a considerare la nozione di giustizia, quale virtù consistente nel dare all'altro il suo diritto. Se bisogna dare a ciascuno il suo *ius*, perché è un *suum*, se la condotta giusta consiste nel soddisfare il diritto, è chiaro che essa viene determinata dal diritto. In altre parole, a ben guardare, lo *ius* è normativo, dà la regola del comportamento giusto.

Bisogna, infatti, avvertire che se l'obbligo di giustizia consiste nel dare a ciascuno il suo diritto, il dovere deve provenire necessariamente dal diritto stesso, anziché da un'altra realtà, come sarebbe la norma. Se non esistesse il diritto, non esisterebbe neppure un dovere giuridico, poiché non ci sarebbe niente da dover dare (con dovere giuridico) all'altro. Ne segue che la fonte del dovere giuridico non può che essere lo *ius*, il quale è, certamente, doveroso (lo *ius* è, per l'appunto, il *suum* dovuto) e, essendo obbligante, la ragione umana può desumere da tale obbligo una regola di condotta giusta. In questo senso nel diritto romano si affermava che «regula est, quae rem quae est breviter enarrat. Non ex regula ius sumatur, sed ex iure quod est regula fiat. Per regulam igitur brevis rerum narratio traditur...». ⁵⁹ E in tale senso, l'asserzione di Villey, forse alquanto provocatoria, secondo cui la norma si limita ad enunciare o indicare il diritto, sembra di avere quantomeno una parte di verità. ⁶⁰

Peraltro questo profilo normativo dello *ius*, assieme alla traduzione del vocabolo *ius* con *diritto*, potrebbe spiegare, almeno in parte, l'uso estensivo del termine *diritto*, applicato anche alla norma, sebbene sia una mia convinzione che gioverebbe alla chiarezza non usare più tale attribuzione estensiva. Ad ogni modo, da quanto fin qui considerato, ritengo che vadano accuratamente distinti i due concetti.

Fra i filosofi presi in esame nel presente lavoro, Villey e Hervada, seguendo l'idea dell'Aquinate, secondo cui «lex non est ipsum ius, proprie loquendo, sed aliqualis ratio iuris», ⁶¹ hanno messo in luce con forza la distinzione tra il diritto e la norma. Il giurista francese, da parte sua, ha fatto avvertire, a mio avviso giustamente, come l'arte legislativa faccia parte della politica,

⁵⁹ PAULUS, in Dig. 16.17.1.

⁶⁰ Cfr. M. VILLEY, *Compendio de Filosofía del Derecho...*, cit., pp. 89 e 227-228.

⁶¹ SAN TOMMASO D'AQUINO, *Summa Theologiae*, II-II, q. 57, a. 1, ad 2.

anziché del diritto,⁶² sebbene, volendo sottolineare la distinzione tra regola di condotta e *ipsa res iusta*, arrivi a considerare, nella mia opinione in modo inesatto, l'arte giuridica come non attinente alla condotta umana.⁶³

Il caso di Cotta, su questo punto, riveste uno speciale interesse. Il filosofo italiano parte acriticamente dalla terminologia che usa il termine *diritto* per riferirsi alla norma⁶⁴ e, quindi, muovendo da questo significato del diritto, lo accosta, logicamente, alla politica.⁶⁵ La sua opera è soprattutto una filosofia della legge. Ciò non di meno, pur non occupandosi dello *ius*, il filosofo fiorentino distingue questa realtà dalla legge e al tempo stesso le collega, dal momento che vuole *giustificare* ("fare giusta", trovare il fondamento nello *ius*) la legge, e, così facendo, finisce per mettere in rapporto la legge con la giustizia. E se è vero che egli considera il diritto e il torto come discendenti dalla legge,⁶⁶ afferma che occorre obbedire alla norma perché essa è "giusta". Si tratta, dunque, di capire perché la norma giuridica crei un dovere giuridico, che è ciò che costituisce l'elemento di discriminare rispetto alle altre regole non giuridiche.

È chiaro che la giuridicità della regola dipenda dal suo rapporto con il diritto. La norma giuridica sarebbe, appunto la «regula iuris», la «regula iusti», a cui si riferiva Cicerone.⁶⁷ Si tratta però di precisare quale sia il rapporto tra *ius* e norma. Sembrerebbe peraltro che la norma non si limiti a indicare il diritto, giacché ci sono dei diritti che nascono precisamente dalla norma. Si comprende, quindi, come per Hervada, il quale prende le mosse dalla definizione tomista di legge come «rationis ordinatio», la norma sia un'ordinazione avente una duplice funzione sotto il profilo giuridico: regolare le condotte ed essere costitutiva di situazioni giuridiche (dal momento che nell'ordinare stabilisce il posto di ognuno, riparte i beni), vale a dire essere causa e misura del diritto.⁶⁸

Se, da una parte, la logica vuole che il dovere giuridico promani dal diritto, dall'altra si osserva che la norma genera diritti e doveri. Per sciogliere questo nodo, a mio modo di vedere, occorrerebbe distinguere meglio la norma in

⁶² Cfr. M. VILLEY, *La nature et la loi...*, cit., pp. 132-142 e IDEM, *Si la théorie générale du droit...*, cit., pp. 427-429.

⁶³ Cfr., per esempio, IDEM, *Sur les essais d'application de la logique déontique au droit*, «Archives de philosophie du droit», n. 17: *L'interprétation dans le droit*, Paris, Sirey, 1972, pp. 407-412, dove afferma che non si possa applicare la logica deontica al diritto, in quanto il compito del giurista sarebbe segnalare il giusto, anziché comandare condotte.

⁶⁴ Cfr., per esempio, S. COTTA, *Perché il diritto*, Brescia, La Scuola, 1983², p. 15; in quest'opera parla apertamente anche del diritto come diritto soggettivo (cfr. *ivi*, p. 9).

⁶⁵ Cfr. IDEM, *Itinerari esistenziali del diritto*, Torino, Giappichelli, 2014 (ed. curata da G. Petto; la 1ª edizione è del 1972), p. 64.

⁶⁶ Cfr., per esempio, IDEM, *Il diritto nell'esistenza...*, cit., p. 184.

⁶⁷ Cfr. CICERONE, *De legibus*, I, VI, 19.

⁶⁸ Cfr. J. HERVADA, *Lecciones propedéuticas...*, cit., p. 328.

quanto regola giuridicamente vincolante e la sua espressione fenomenica. Mentre a livello naturale tanto la regola quanto il diritto si trovano nella realtà stessa delle cose, la norma umana è, invece, prodotto di un atto umano. Ritengo, dunque, che sarebbe chiarificatore distinguere l'atto giuridico normativo dal suo contenuto, cioè dalla norma intesa come regola giuridicamente obbligente.

Come l'uomo è capace di essere titolare di diritti perché è *sui iuris*, si domina ed è capace di dominare il suo intorno, così pure può intervenire con il suo agire nell'ambito del suo dominio, modificando quindi la realtà giuridica. Gli atti umani possono perciò essere costitutivi di diritto, possono dichiarare i diritti preesistenti e determinare i loro limiti, stabilire i requisiti affinché si possano modificare altri diritti, e dichiarare quali debbano essere le condotte da osservare. Così, nell'atto di dare una regola, si può anche modificare la realtà giuridica e, senz'altro, nello stabilire un ordine possono sorgere al contempo dei diritti, come succede quando una legge, ordinando un settore della vita sociale, attribuisce certe funzioni a determinate persone oppure quando un contratto, nel descrivere l'attività accordata, costituisce dei diritti delle parti rispetto a tale attività.

Ad ogni modo, va osservato che la pretesa (propria del normativismo positivista) di vedere nella sola emanazione di un giudizio deontico la produzione di un obbligo giuridico non trova riscontro nella realtà. L'obbligo giuridico deve essere "giustificato", il che può avvenire solo se promana da un diritto, previo o stabilito dall'atto normativo. Ciò che produce il dovere giuridico della norma è, dunque, il diritto stabilito dall'atto umano costitutivo, sia esso un atto giuridico singolare, sia un cosiddetto atto normativo (nel senso di atto che produce una norma).

D'altronde, la distinzione tra atti normativi (che nella prassi giuridica si chiameranno leggi, decreti generali, contratti, statuti, ecc.) e atti giuridici non normativi può essere utile a livello di scienza giuridica pratica, per qualificare la tipologia degli atti, delimitare le competenze, ecc., ma può non essere tanto netta sotto il profilo sostanziale, dal momento che un atto singolare tecnicamente qualificato come non normativo, nel costituire un nuovo diritto porta con sé, come detto sopra, una carica normativa per via del diritto costituito, seppure non formuli espressamente una regola: chi costituisce un diritto mediante un atto libero crea per ciò stesso la regola di condotta che obbliga a rispettare quel diritto.⁶⁹

⁶⁹ Quanto detto pone in rilievo quanto sia importante determinare bene volta per volta in quale senso si usi un determinato termine e in quale livello ci si muova, scientifico-fenomenologico o filosofico-ontologico. Per esempio, una legge in senso formale (emanata dall'autorità legislativa secondo le procedure previste per l'emanazione delle leggi) può contenere un atto singolare, ad esempio la costituzione di un ente, senza formulare espressamente nessuna regola di condotta. Dal punto di vista formale è una legge; in quanto al contenuto,

Va anche tenuto presente che la mera formalità dell'atto normativo non produce necessariamente dei diritti e dei doveri giuridici. Ad esempio, un atto formalmente normativo (come, per esempio, una legge formalmente promulgata dal legislatore) può contenere delle esortazioni, come capita non di rado nell'ambito canonico. La regola esortativa è pure una regola di condotta, ma non giuridica. Se la legge formale non ha costituito diritti (dei singoli o della comunità), non ci saranno doveri giuridici.

L'atto normativo può non solo costituire diritti, ma anche può stabilire i requisiti affinché altri rapporti giuridici possano nascere, essere modificati o essere estinti. Si addita solitamente come caratteristica della norma proprio questa capacità di essere regola o misura per la futura attività giuridica. L'efficacia dell'atto normativo sugli effetti dei futuri atti giuridici non implica, però, che gli atti umani successivi siano mere applicazioni della norma o che questa sia l'unica fonte della loro giuridicità, come vorrebbe uno schema di pensiero normativista. La norma può limitare e determinare l'efficacia giuridica dell'attività futura, in quanto la materia su cui questa opera non sarà più del tutto disponibile perché già regolata; in ogni caso, gli effetti giuridici dell'agire umano non sono attribuibili alla norma astratta, ma ai singoli atti giuridici.

Se l'atto normativo può essere la causa e la misura di un diritto è perché l'autore ha lo *ius* di ripartire, di attribuire diritti, sia perché avente la funzione pubblica di governare, sia perché si tratta di un ambito della sua autonomia. A questo punto ci si potrebbe porre la fatidica domanda *ovumne prius exiterit an gallinam?* A livello naturale non sembra che questa sia una questione da porsi, giacché tanto la norma naturale quanto il diritto promanano dalla stessa natura.⁷⁰ Nella dinamica dell'attività umana giuridica, tuttavia, bisogna riconoscere, infatti, che il diritto di emanare norme produce a sua volta dei diritti. Ciò non di meno, va notato che esistono dei diritti naturali previ all'attività normativa (che tra l'altro fondano la capacità di dare nor-

si potrebbe affermare, sotto il profilo della scienza giuridica, che non è normativo perché non ha come oggetto la regolamentazione della condotta umana, ma, al tempo stesso, sotto il profilo sostanziale, si potrebbe avvertire come dalla costituzione di un ente sorgano dei diritti e, di conseguenza, dei doveri relativi alla condotta giusta.

⁷⁰ Forse per questo la terminologia in questo ambito può risultare ambigua. Da parte mia, tenendo conto della distinzione tra legge e diritto, ritengo che converrebbe parlare di diritto divino naturale o semplicemente di diritto naturale per riferirsi alle *res* materiali o immateriali appartenenti per natura alla persona umana (sarebbe più preciso, quindi, parlare al plurale di diritti naturali). Per legge o norma naturale si dovrebbe intendere, invece, la *ratio*, la regola della condotta umana, che è la parte dell'ordine creato stabilito da Dio riguardante l'agire dell'uomo, comprendente anche l'ambito di giustizia inerente ai diritti naturali. Tale regola è dedotta dalla ragione a partire dall'osservazione della realtà. Nella mente umana si può distinguere, quindi, la regola naturale dalle *res* naturali dovute in giustizia, ma la norma e i beni si trovano nella stessa essenza dell'uomo.

me), i quali determinano i limiti delle possibilità delle decisioni normative. L'esistenza di questi diritti naturali rende possibile, inoltre, offrire soluzioni giuste in casi di lacuna di legge, il che dimostra che il diritto naturale non espressamente recepito dalla norma è vigente ogni qualvolta l'uomo è capace di percepirlo e di renderlo manifesto.

5. IL SAPERE GIURIDICO

L'individuazione del rapporto tra norma e diritto risulta determinante per la conoscenza giuridica. Se il diritto è lo *ius*, il *suum* dovuto in giustizia, allora si comprende che il giurista romano, come ricordato nell'esordio del presente lavoro, definisca la giurisprudenza come la «*iusti atque iniusti scientia*» e che l'arte giuridica sia la conoscenza pratica consistente nella *iuris-dictio*, cioè nell'individuare lo *ius*. In quale misura, invece, può interessare al giurista la conoscenza della norma?

Potendo essere la norma causa del diritto, è chiaro che la sua conoscenza non esuli dal compito del giurista. Infatti, per determinare il diritto occorre esaminare il suo titolo, ovvero ciò che attribuisce la *res* al soggetto (sia esso la natura umana, come nel caso dei diritti fondamentali dell'uomo, sia un atto umano, come può essere un lavoro, un contratto o una legge). Molto spesso il titolo di un diritto sarà una norma, in modo che il giurista dovrà esaminare la norma. Tuttavia, occorre precisare bene in che cosa consista una tale analisi per l'esperto in diritto.

L'analisi della norma che interessa al giurista è quella giuridica, cioè quella che non mira a raggiungere la conoscenza del solo contenuto normativo in sé stesso, ma che mette a fuoco l'aspetto formale della regola consistente nell'essere titolo di diritti. In altre parole, la conoscenza giuridica della norma è quella che esamina la regola *sub ratione iuris*, *sub specie iustitiae*. Ne segue che il giurista non si dovrà caratterizzare per essere il conoscitore della legge, né sarà miglior giurista nella misura in cui sia miglior conoscitore della normativa vigente, ma il suo impegno consisterà nell'individuare i diritti costituiti dall'atto normativo, tenendo conto di altri diritti preesistenti, in modo da poter esercitare la sua arte di definire ciò che è giusto.

Da questa prospettiva si evince la dimensione universale della conoscenza giuridica, giacché, indipendentemente da quale sia l'ordinamento giuridico in cui si muova, esistono principi giuridici comuni a tutti. Si comprende, quindi, perché alle origini lo studio universitario della giurisprudenza comprendesse l'apprendimento dell'*utrumque ius*. Viceversa, la frammentazione del sapere giuridico a seconda dei diversi ordinamenti è una conseguenza del normativismo e, a mio modo di vedere, porta ad un impoverimento della scienza giuridica, racchiusa in un particolarismo. Ma il problema più grave è che la scienza giuridica concepita dal normativismo viene ridotta alla mera

conoscenza dei testi legislativi, anziché al ragionamento mirato alla soluzione giusta, sicché il giurista passa dall'essere un esperto in giustizia a servitore della produzione normativa emanata dal potere sociale del momento. Al contrario, le riflessioni dottrinali sullo *ius* porteranno frequentemente a delle proposte *de iure condendo* e, non mi riferisco tanto a dei suggerimenti precisi di redazione, quanto al far vedere la necessità di assumere nella legislazione determinate esigenze di giustizia.⁷¹

La chiarificazione del rapporto esistente tra norma e diritto e l'identificazione dell'oggetto della scienza giuridica interessano anche il metodo scientifico da adottare. Volendo cogliere il profilo giuridico della norma, il giurista non potrà considerare la norma solo nella sua exteriorità fenomenica, come un mero giudizio deontico, ma dovrà analizzare la regola contenuta, e questa *sub ratione iusti*. Non nego che per arrivare a questa operazione non si debba fare un'analisi esegetica del testo normativo, ma è chiaro che la sola esegesi non giunge allo scopo della scienza giuridica, che non è altro che quello di studiare lo *ius*.

Risulta perciò sconcertante che proprio nel diritto canonico si sia imposto a partire dalla codificazione il metodo esegetico, dapprima per via di una decisione da parte della Santa Sede volta a garantire l'effettiva recezione del Codice piano-benedettino,⁷² e poi come risultato dell'inerzia. Fermo restando il bisogno di conoscere approfonditamente il testo legale, adottare come metodo della conoscenza giuridica l'esegesi della legge pone, a mio parere, due rischi. Il primo è quello di ridurre il lavoro interpretativo all'analisi grammaticale del testo; il secondo è quello di finire per spostare l'oggetto materiale della scienza giuridica, dal diritto alla norma. Così facendo, in maniera forse inconsapevole si adottano in realtà i presupposti del positivismo giuridico. Ritengo che la codificazione del diritto canonico abbia favorito di fatto all'interno della Chiesa una sorta di positivismo giuridico "sacro" (altri lo hanno chiamato "ingenuo"),⁷³ basato sulla sacralità della Gerarchia e del conseguente dovere di obbedienza, che dimentica però la dimensione prettamente giuridica della Chiesa.

L'approccio con cui il giurista si accosta alla norma si deve notare pure nel momento interpretativo. Essendo l'interpretazione quell'operazione intellettuale consistente nel cogliere il significato autentico di un messaggio,

⁷¹ Nel caso della Chiesa, il compito del canonista di segnalare queste esigenze costituisce invero un servizio ecclesiale, il quale deve essere svolto, evidentemente, in un clima propositivo e di rispetto verso il legislatore. L'insegnamento acritico della disciplina ecclesiastica, viceversa, non giova al bene ecclesiale.

⁷² Cfr. S. CONGREGAZIONE DEI SEMINARI E DELLE UNIVERSITÀ, decreto del 7 agosto 1917 («AAS», 9 [1917/1], p. 439) e EADEM, decreto del 31 ottobre 1918 («AAS», 11 [1919], p. 19).

⁷³ Cfr. J. OTADUY, *Positivismos ingenuos. A propósito del Discurso de Benedicto XVI sobre interpretación de la ley canónica* (21.1.2012), «Ius Canonicum», 54 (2014), pp. 23-44.

l'aggettivo *giuridico* applicato al lavoro ermeneutico sta a significare che l'interprete giurista dovrà ricercare il contenuto normativo dell'espressione fenomenica della norma in relazione ai diritti coinvolti. E proprio da questa prospettiva, non potrà dimenticare che la regolamentazione umana deve essere sulla base dell'ordine naturale e che la produzione di diritti, per essere tale, dovrà rispettare i diritti preesistenti, considerazioni queste che saranno determinanti al momento di offrire l'interpretazione giuridica corretta della norma.

Le precedenti considerazioni circa la conoscenza scientifica del diritto e sul corretto approccio dell'interpretazione giuridica della legge fanno emergere la necessità di superare il normativismo, vale a dire quell'impostazione che vorrebbe far dipendere la giuridicità dalla norma, anziché dallo *ius*. Per la determinazione del diritto occorrerà esaminare la norma, ma senza dimenticare, come rilevato in questo lavoro, che il dovere giuridico proviene dallo *ius*, il quale a sua volta promana dalla natura dell'uomo, dal suo libero agire e dalla realtà stessa delle cose. Risulta, quindi, fuorviante il ricorrente schema di pensiero consistente nell'identificare l'efficacia giuridica con quella prevista e tutelata previamente dalla norma in modo astratto oppure nel ridurre l'arte giuridica all'applicazione logica e tecnica della regola astratta ad un caso concreto,⁷⁴ dimenticando che, così facendo, si identifica il giudizio deontico con il dovere giuridico, il che, come sopra rilevato, non risponde alla realtà dei fatti. Non per nulla la scienza giuridica, per quanto astratta, sistematica ed eziologica, è conosciuta con il nome di *giurisprudenza*, giacché alla fin fine essa riguarda il diritto e l'arte prudenziale di identificarlo nel caso concreto.

⁷⁴ Sulla necessità di superare la prospettiva che egli chiamava "geometrico-legale" per tornare alla *prudentia iuris* ha molto insistito il filosofo del diritto Francesco Gentile (si può vedere, per esempio, *Filosofia de diritto. Le lezioni del quarantesimo anno raccolte dagli allievi*, Padova, Cedam, 2006, specie pp. 13-21 e 112-113, nelle lezioni raccolte, rispettivamente, da A. Berardi e G. Ferasin).

L'APPLICAZIONE DEL CONCETTO DI DIRITTO ALLA DIMENSIONE GIURIDICA NELLA CHIESA

MASSIMO DEL POZZO

RIASSUNTO · Villey, Cotta ed Hervada hanno posto al centro della loro speculazione la questione fondamentale (cos'è il diritto). Al di là della concezione oggettiva e ontologica dello *ius*, tutti e tre, con diverse accentuazioni, convergono pure sulla personalità, storicità e prudenzialità del diritto (che presenta un riscontro non trascurabile anche in ambito canonico). Solo Hervada ha dato un apporto considerevole alla scienza canonica. Il professore di Navarra, seguendo il realismo classico, ha individuato la giuridicità ecclesiale nell'intrinseca dimensione dei beni salvifici. Alcuni significativi contributi hervadiani riguardano anche la sacramentalità e relazionalità dello *ius canonicum*, la delineazione della sua struttura costituzionale e l'istanza di rinnovamento epistemologico della scienza canonica. Le acquisizioni di Hervada richiedono un certo approfondimento e perfezionamento, senza discostarsi dalla comprensione dell'essenza del fenomeno giuridico.

PAROLE CHIAVE: concetto di diritto, realismo giuridico, scienza canonica, sacramentalità, struttura costituzionale.

SOMMARIO: 1. Premessa d'inquadramento e delimitazione. – 2. La centralità della questione fondamentale e alcune linee comuni in Villey, Cotta ed Hervada. – 3. L'apporto diversificato degli Autori considerati. – 3. 1. Villey e la scienza canoni-

ABSTRACT · *The application of the concept of law to the juridical dimension in the Church* · Villey, Cotta and Hervada focused their attention on the fundamental question of what law is. Beyond the objective and ontological conception of *ius*, all three authors, with different emphasis, converge on the personal, historical and prudential aspects of law (the consequences of which are not indifferent in the canonical sphere). Only Hervada has made a considerable contribution to canonical science, identifying ecclesial juridicity in the intrinsic dimension of the salvific goods, in accordance with juridical realism. Some significant contributions from Hervada also regard the sacramentality and relationality of the *ius canonicum*, the delineation of its constitutional structure, and the push for the epistemological renewal of canonical science. Hervada's developments require a certain level of deepening and enhancement, while staying true to his comprehension of the essence of the juridical phenomenon.

KEYWORDS: concept of right, juridical realism, canonical science, sacramentality, constitutional structure.

delpozzo@pusc.it, Pontificia Università della Santa Croce.

ca. – 3. 2. Cotta e la scienza canonica. – 3. 3. Hervada e la scienza canonica (rinvio d'approfondimento). – 4. La concezione di Hervada nella ricostruzione della dimensione di giustizia ecclesiale. – 4. 1. La sacramentalità e relazionalità del diritto canonico. – 4. 2. La struttura costituzionale della Chiesa. – 4. 3. Il rinnovamento epistemologico della scienza canonica. – 5. Le incompiutezze e il perfezionamento del contributo hervadiano. – 6. A mo' di conclusione: l'importanza della questione fondamentale sul diritto.

1. PREMESSA D'INQUADRAMENTO E DELIMITAZIONE

LA premessa obbligata di questo intervento è la *limitatezza e parzialità dell'analisi*. Non abbiamo né la capacità né la pretesa di esplorare compiutamente l'influenza del pensiero giuridico di Villey, Cotta ed Hervada nella scienza canonistica, vogliamo solo fornire spunti o, piuttosto, suggestioni soprattutto circa la *rilevanza della questione fondamentale* (cos'è il diritto?), ben tematizzata da tali Autori, anche *per il lavoro dei giuristi ecclesiali*.

Spicca subito che Hervada nasce e resta essenzialmente un canonista, mentre Villey e Cotta si interessano molto marginalmente e secondariamente del diritto nella Chiesa. Si rileva quindi una macroscopica sproporzione quantitativa e qualitativa tra questi Autori. In maniera schematica e sommaria si evince agevolmente, che Hervada ha una cognizione profonda, piena e meditata dello *ius canonicum*; Villey ha una conoscenza e una visione limitata e limitativa della scienza canonica (manifesta esplicitamente scetticismo e riserve nei confronti della giuridicità ecclesiale);¹ Cotta ha rispetto, stima e apertura verso il sapere canonico ma non lo ha studiato o approfondito specificamente. Nei due filosofi del diritto non c'è pertanto un apporto chiaro e significativo circa il sistema canonico. Mi riferirò pertanto principalmente al professore di Pamplona, pare interessante e doveroso in questo contesto confrontarla almeno con l'impostazione e la sensibilità degli altri due.

Al di là dell'influenza diretta, esiste anche un influsso riportato e mediato. L'«illuminazione» che condurrà Hervada alla scoperta del realismo giuridico classico matura proprio durante la traduzione spagnola, da lui sollecitata e curata, dei due volumi del *Compendio di filosofia del diritto* di Villey. Per quanto il maestro di Navarra non attribuisca un peso decisivo all'elaborazione

¹ È indicativo il commento di Hervada nella traduzione di un'opera di Villey: «L'autore – che si dirige a studenti universitari educati in un ambiente laicista e positivista – utilizza frequentemente il termine cristianesimo – e lo stesso può dirsi di altre espressioni come Chiesa cattolica – in senso ampio, quasi, potremmo dire, sociologico. Più che alla dottrina cristiana in sé Villey si riferisce semplicemente a teorie elaborate da autori cristiani di diverse confessioni ed anche a dottrine di ortodossia tanto discutibile come la filosofia occamiana o a pensatori che del cristianesimo solo conservano un certo bagaglio culturale, sconnesso dal suo genuino nucleo religioso» (M. VILLEY, *Compendio de Filosofía del Derecho*, 1. *Definiciones y fines del derecho*, Pamplona, EUNSA, 1979, p. 117, nt. 10, trad. ns.).

dello storico e filosofo francese, non nasconde la sua stima e l'apprezzamento per quest'Autore.² Villey ha ispirato o corroborato alcune acquisizioni giusfilosofiche hervadiane. Non si può ricostruire un analogo scambio scientifico con Cotta, per quanto Hervada lo conosca e lo citi ripetutamente.³ Il rapporto inverso (il riferimento di Villey e Cotta a Hervada) appare invece meno evidente e rilevante.⁴

2. LA CENTRALITÀ DELLA QUESTIONE FONDAMENTALE E ALCUNE LINEE COMUNI IN VILLEY, COTTA ED HERVADA

L'univoco punto di partenza della speculazione dei tre pensatori è l'approfondimento della *prospettiva ontologica del diritto*. Tutti e tre hanno dedicato un notevole interesse al pensiero di S. Tommaso.⁵ Solo Villey ed Hervada si ispirano dichiaratamente alla dottrina classica e tomista; entrambi, recependo la virtualità e l'inclinazione dello stesso pensiero dell'Aquinate, peraltro vanno oltre Tommaso, analizzano e precisano il significato di un approccio realista alla giustizia solo abbozzato dal Dottore Angelico.⁶ Il genuino riferi-

² Lo stesso Hervada chiarisce: «Alla fine venne tra le mie mani il *Précis* di Michel Villey che difendeva con vigore il realismo giuridico classico. Mi piacque tanto che incaricai la traduzione dei due volumi che costituivano la prima edizione francese con una differenza di un paio di anni tra il primo e il secondo volume. La traduzione spagnola la pubblicò EUNSA. Villey però accenna al realismo giuridico, ma non finisce di spiegare in che consiste. Mi avvicinai un po' di più senza riuscire a scorgerlo. Villey, comunque, influì molto (lessi anche altre sue opere) e conservo un ottimo ricordo di lui; ebbi il piacere di incontrarlo personalmente in Cile ed a Pamplona» (M. DEL POZZO, *L'evoluzione della nozione di diritto nel pensiero canonistico di Javier Hervada*, Roma, EDUSC, 2005, p. 593, Appendice [carteggio col prof. Hervada]). Riferimenti espliciti all'influenza del filosofo del diritto francese sono contenute anche in J. HERVADA, *Introduzione critica al diritto naturale*, Milano, Giuffrè, 1990, p. vi; IDEM, *Historia de la Ciencia del Derecho Natural*, Pamplona, EUNSA, 1987, p. 14. È significativo che, dopo la morte di Villey, la rivista «Persona y Derecho» (*Revista de fundamentación de las instituciones jurídicas y derechos humanos* dell'Università di Navarra), all'epoca diretta da Javier Hervada, dedicò due numeri monografici a *Escritos en memoria de Michel Villey* (nn. 24 e 25, vol. 1991).

³ Cfr. ad es. J. HERVADA, *Lecciones propedéuticas de filosofía del derecho*, Pamplona, EUNSA, 2008, p. 640; IDEM, *Historia de la ciencia del derecho natural*, Pamplona, EUNSA, 1987, p. 333. Ad Hervada risale l'iniziativa della traduzione di *Il diritto nell'esistenza* (*El derecho en la existencia humana. Principios de ontofenomenología jurídica*, Pamplona, EUNSA, 1987).

⁴ L'isolamento intellettuale e la poca conoscenza internazionale riteniamo che abbia penalizzato la considerazione dell'opera di Hervada.

⁵ Cfr. ad es. S. COTTA, *Il concetto di legge in San Tommaso d'Aquino*, Torino, Giappichelli, 1955 (il testo appartiene ad una fase ancora non depurata dall'influenza normativistica, poi superata e sconfessata dallo stesso Autore); J. HERVADA, *Sintesis de historia de la ciencia del derecho natural*, Pamplona, EUNSA, 2006², pp. 27-45; M. VILLEY, *Questions de saint Thomas sur le droit et la politique ou le bon usage des dialogues*, Paris, PUF, 1987.

⁶ L'interesse di S. Tommaso per il tema della giustizia è più teologico-morale che giuridico. In Cotta c'è una costante evoluzione e affinamento ma non c'è mai stata una penetrazione e un'adesione profonda alla *ipsa res iusta* tommasiana (cfr. S. Th., II-II, q. 57, a. 1, ad 2).

mento metafisico porta comunque i tre Autori a ridimensionare l'impronta spiccatamente volontarista e soggettivista assunta dallo *ius* nella modernità. La percezione del fondamento naturale della giuridicità costituisce anzi la chiave di lettura e di critica delle disfunzioni del presente. Il principale e comune nemico denunciato e osteggiato dai nostri tre maestri è appunto il positivismo e il normativismo dilagante e imperante soprattutto nel contesto secolare. L'ambito canonico tuttavia non è impermeabile agli errori e alle derive del pensiero giuridico contemporaneo. La codificazione e, soprattutto, l'ermeneutica che ne è derivata – come acutamente rilevato da Fantappiè⁷ – hanno determinato una restrizione e chiusura del sistema e una perniciosa esaltazione e compiacenza nei confronti dei canoni. L'approccio realista, come evidenziato, si traduce nel parlare di dimensione giuridica nella Chiesa più che di diritto canonico: nel guardare alla realtà prima che alla norma. Il volontarismo legislativo trova peraltro un agevole supporto nell'approccio autoritaristico e gerarchico che circonda e informa la comunità salvifica. La spinta di Hervada (teorica e pratica)⁸ verso la razionalità del governo e la subordinazione dell'esercizio del potere ai diritti dei fedeli deriva proprio dalla preoccupazione di assicurare la giustizia nella Chiesa. L'impronta realista assunta non è insomma priva di conseguenze deontologiche ed epistemologiche nel "pioniere" del costituzionalismo canonico.

Fissato una sorta di comune aspirazione dei tre pensatori considerati ci pare che la tematizzazione della questione fondamentale (cos'è il diritto?) si riverberi decisamente anche sulla declinazione delle caratteristiche del fenomeno giuridico. A livello meramente esemplificativo accenniamo a *tre profili o accentuazioni* del fenomeno giuridico desumibili almeno implicitamente dalla speculazione dei nostri Autori: la personalità, storicità e prudenzialità del diritto, delineando anche possibili riflessi in chiave canonistica.

In primo luogo occorre puntualizzare la dimensione *personale e umana* del diritto. L'assunto della severità o rigidità spesso emergente nell'immaginario collettivo e nell'accentuazione dell'imperatività della legge (si pensi all'aforisma diffuso *dura lex, sed lex*) rischia di sviare dalla razionalità e solidarietà

⁷ È indicativa l'intitolazione e il contenuto di un paragrafo di C. FANTAPPIÈ, *L'insegnamento del diritto canonico in Italia dal Concilio Vaticano II ai codici vigenti*, in *L'insegnamento del diritto canonico*, a cura del Gruppo Italiano Docenti di Diritto Canonico, Milano, Glossa, 2014, pp. 40-45 (§ 3. *L'impero del Codice e il regno dell'esegesi*).

⁸ Hervada può essere considerato un iniziatore della scienza costituzionale canonica in senso moderno (cfr. J. HERVADA, P. LOMBARDÍA, *El derecho del pueblo de Dios. Hacia un sistema de derecho canónico. 1. Introducción. La constitución de la Iglesia*, Pamplona, EUNSA, 1970, spec. pp. 229-418, poi confluito e ampliato in J. HERVADA, *Elementos de derecho constitucional canónico*, Pamplona, EUNSA, 1987) ed è stato un promotore e fautore del progetto della *Lex Ecclesiae fundamentalis* (cfr. REDACCIÓN IUS CANONICUM [H. HERVADA, P. LOMBARDÍA, J. A. SOUTO], *El Proyecto de Ley Fundamental de la Iglesia*, Pamplona, 1971).

insita nelle relazioni di giustizia. Il prof. Cotta, forse più degli altri, ha avuto il merito di esplorare il profondo rilievo esistenziale del diritto.⁹ Lo *ius* diviene in pratica una categoria o coordinata nella realizzazione dell'umanità.¹⁰ Al di là di concrete scelte di valore e delle battaglie combattute contro le minacce della secolarizzazione, il filosofo italiano anche a livello teoretico ha cercato di coniugare l'ontologia classica con la fenomenologia moderna. La guerra e la violenza sono non a caso la negazione più chiara ed esplicita dell'armonia sociale e dell'ordine del bene.¹¹ Anche per Villey il diritto è garanzia fondamentale di eguaglianza e libertà.¹² La flessibilità e tolleranza tipica del sistema canonico aiutano chiaramente a percepire l'orizzonte comprensivo e aperto del governo ecclesiastico. Il punto essenziale da chiarire è che non solo la regola è al servizio dell'uomo ma che il realismo rinvia *suapte naturae* al personalismo (l'uomo è sempre al centro della relazione di giustizia). Hervada, dal canto suo, insiste in questa linea sulla portata perfetta e sulla necessaria alterità dell'*agere iuridicum*.¹³ La difesa dell'autonomia personale e dei diritti dei fedeli diviene il cardine della comunione ecclesiale. Il superamento della sedimentata e, purtroppo, non del tutto tramontata "concezione per stati" nella Chiesa è stata un'indicazione e un'aspirazione costante nel magistero del professore di Navarra.¹⁴

Un altro aspetto, in parte connesso al precedente, che vale la pena evidenziare è la percezione della *storicità del fenomeno giuridico*. L'univoco e decisivo riferimento al diritto naturale che presiede la maturità della speculazione dei tre pensatori non è un ostacolo all'inserimento dello *ius* nella contingenza e nel divenire della condizione umana. L'approccio giuridico seguito non è insomma meramente passatista e reliquario.¹⁵ La prospettiva ontologica

⁹ Cfr. soprattutto S. COTTA, *Il diritto nell'esistenza. Linee di ontofenomenologia giuridica*, Milano, Giuffrè, 1991².

¹⁰ Il fenomeno giuridico è sempre inerente alla socialità umana, in questo senso è stato rapportato ad un trascendentale dell'essere umano (cfr. anche G. LO CASTRO, *Il mistero del diritto. I - Del diritto e della sua conoscenza*, Torino, Giappichelli, 1997, pp. 1-2).

¹¹ In alcuni aspetti il messaggio di Cotta si può considerare profetico nei confronti degli esiti nichilisti e distruttivi della post-modernità.

¹² Cfr. R. RABBI-BALDI CABANILLAS, *La filosofia jurídica de Michel Villey*, Pamplona, EUNSA, 1990, pp. 155-180.

¹³ Cfr. J. HERVADA, *El ordo universalis como fundamento de una concepción cristiana del derecho y otros escritos de la primera época*, a cura di C. Herrera Pardo, Pamplona, EUNSA, 2014, pp. 136-138.

¹⁴ Cfr. J. HERVADA, *Diritto costituzionale canonico*, Milano, Giuffrè, 1989, pp. 175-177; IDEM, *Pensieri di un canonista nell'ora presente*, Venezia, Marcianum Press, 2007, pp. 97-113; J. FORNÉS, *Notas sobre el «Duo sunt genera christianorum» del Decreto de Graciano*, «Ius Canonicum», 60 (1990), pp. 607-632.

¹⁵ Il tomismo moderno si limita spesso alla mera ripetizione o riproposizione del pensiero di S. Tommaso. In questa linea si possono inquadrare anche testi studiati e in alcuni casi apprezzati da Hervada e Villey come G. GRANERIS, *Contributi tomistici alla filosofia del diritto*,

implica anzi un riferimento obbligato alla *forma mentis* e alla cultura di germinazione della socialità.¹⁶ La misura e la determinazione umana risultano infatti componenti essenziali per la configurazione e realizzazione della giustizia. La sensibilità storica e romanistica di Villey lo induce a percepire chiaramente il possibile sviluppo del dover-essere nella conformazione della realtà, il rischio è semmai l'eccessiva compiacenza nella perfezione del modello originario assunto. Anche in Cotta l'attenzione storico-culturale e l'esperienza del "diritto vivente" motivano un atteggiamento di apertura e allargamento della giuridicità, la prospettiva fenomenologica dà un'esplicita connotazione integrativa (chiaramente non necessariamente positiva) all'evoluzione sociale e mentale. Per Hervada la storicità è un'indicazione di metodo,¹⁷ ma anche di contenuto. Nell'ambito canonico il rapporto tra il diritto divino (permanente e immutabile) e il diritto umano (variabile e contingente) è essenziale e costitutivo. Il maestro di Pamplona tuttavia non tende a ipostatizzare e sacralizzare la ricostruzione o fissazione (umana) dello *ius divinum*, come sovente accade,¹⁸ ma ha un approccio dinamico e aperto. Hervada parla spesso di "positivazione" (evidentemente non in un'accezione positivistica) per indicare il passaggio alla concreta vigenza storica di un'idea o di un principio.¹⁹ La prospettiva costituzionalistica, da lui seguita e stimolata, evita dichiaratamente di ridurre la costituzione della Chiesa solo al diritto divino.²⁰

Torino, SEI, 1949; F. OLGIAITI, *Il concetto di giuridicità in san Tommaso d'Aquino*, Milano, Vita e pensiero, 1944; L. LACHANCE, *Le concept de Droit selon Aristote et S. Thomas*, Ottawa/Montreal, Les Editions du Lévrier, 1948; H. A. ROMMEN, *L'eterno ritorno del diritto naturale*, Roma, Studium, 1965.

¹⁶ La convinzione hervadiana secondo cui non c'è nulla di culturale che non abbia la sua base in un fatto naturale non significa disconoscere la rilevanza dei fattori storici.

¹⁷ Conclude quasi programmaticamente Hervada: «En conclusión, la interpretación del Derecho debe hacerse con realismo, sentido de la historicidad y criterio teleológico» (J. HERVADA, P. LOMBARDÍA, *Prolegómenos. I. Introducción al derecho canónico*, in *Comentario exegético al Código de Derecho Canónico*, I, Pamplona, EUNSA, 2002, p. 91).

¹⁸ Rileva ad es. S. Berlingò: «L'ordinamento canonico è, piuttosto, nel suo insieme, il processo di svolgimento di un'unica ma continua serie di specificazioni e di determinazioni riconducibili tanto al basilare evento divino, quanto al fattore umano, entrambi presenti ed operanti in seno alla comunità dei fedeli sin dall'origine e, praticamente, non scomponibili l'uno dall'altro in modo assoluto» (*Nel silenzio del diritto. Risonanze canonistiche*, a cura di S. Domaniello, A. Licastro, A. Mantineo, Bologna, il Mulino, 2015, p. 121).

¹⁹ Cfr. J. A. SOUTO PAZ, *Positivación y formalización constitucional en el pensamiento jurídico de Javier Hervada*, in *Escritos en honor de Javier Hervada*, «Ius Canonicum» (volumen especial), pp. 199-206.

²⁰ Cfr. J. HERVADA, *Diritto costituzionale canonico*, pp. 14-17. Una posizione diversa è sostenuta ad es. da E. MOLANO, *Derecho Constitucional Canónico*, Pamplona, EUNSA, 2013, pp. 111-135; IDEM, *Cuestiones fundamentales de Derecho Canónico y de Derecho Eclesiástico del Estado*, Pamplona, EUNSA, 2015, pp. 301-315, che pure è stato discepolo di Hervada.

Un ultimo punto di contatto o, piuttosto, di derivazione dall'impianto realista condiviso è la *concezione prudentiale e sapienziale del diritto*. I romani non a caso qualificavano l'attività del giurista come *ars boni et aequi*.²¹ Il positivismo ha condotto invece allo scientismo e alla tecnicizzazione dell'ermeneutica giuridica. La critica di Villey contro la logica e la scienza moderna è particolarmente aspra e vivace.²² I tre studiosi considerati comunque coincidono, oltre che nella prospettiva antinormativistica di fondo, anche nell'*impostazione antilogicista e antiformalista*. Tutti e tre rivendicano con forza il ruolo dei giuristi nei confronti della politica e della legislazione.²³ In un'ottica latamente idealista la ragione speculativa e deduttiva soppianta la ragion pratica tipica della *prudentia iuris*. Parimenti il riconoscimento legale o formale (si pensi all'affermazione di diritti di molte carte o dichiarazioni) sminuisce o comprime l'effettività dell'attribuzione e delle spettanze. Nell'ottica metafisica invece la sostanza prevale decisamente sul metodo e sulla forma. La prudenzialità salvaguarda infatti la concretezza, l'oggettività e la razionalità di ciò che è giusto. Fermo restando la maggior chiarezza teoretica in ambito ecclesiale,²⁴ la fortuna del metodo esegetico e della *schola textus* in ambito canonico rischiano comunque di sviare la corretta impostazione del sapere e di svilire la funzione del giurista ecclesiale.

3. L'APPORTO DIVERSIFICATO DEGLI AUTORI CONSIDERATI

Puntualizzata la presenza di linee comuni e spesso convergenti nell'analisi del fenomeno giuridico (con taluni possibili riscontri in ambito canonico), proprio per valutare il contributo degli Autori considerati alla scienza canonica conviene ora precisare la diversità d'apporto e, soprattutto, la differenza d'impostazione *quoad iure canonico*.

3. 1. Villey e la scienza canonica

L'interesse di Villey per il diritto canonico è più storico e concettuale che specialistico e sistematico. L'approccio del filosofo francese, al di là dell'impronta culturale latamente laicista, pare condizionato dal suo pregiudizio classicista e dall'idealizzazione nostalgica della *prudentia iuris* romana. No-

²¹ Secondo la nota definizione di Celso raccolta nel Digesto (D. 1.1.1).

²² Cfr. ad es. M. VILLEY, *Critique de la pensée juridique moderne*, Paris, Dalloz, 1976.

²³ Cfr. ad es. S. COTTA, *Perché il diritto*, Brescia, La scuola, 1983², pp. 37-54 (*Il diritto è politica?*); IDEM, *Sul rapporto tra filosofia della politica e filosofia del diritto*, in *Studi in memoria di O. Condorelli*, I, Milano, Giuffrè, 1974, pp. 369-390; J. HERVADA, *Cos'è il diritto? La moderna risposta del realismo giuridico*, Roma, EDUSC, 2013, pp. 77-90 (*La legge nella società*).

²⁴ In ambito secolare il relativismo etico ha condotto spesso a ridurre il ruolo del diritto al mero contrattualismo sociale (la fissazione delle "regole del gioco") e alla spiccata "procedimentalizzazione" delle responsabilità.

nostante lo scetticismo e la prevenzione di fondo circa l'apporto del cristianesimo al tema della giustizia, non manca comunque di riconoscere il recupero di Aristotele da parte di S. Tommaso e alcuni meriti della canonistica classica. Anche la valutazione del diritto canonico post-tridentino non si allontana dalla sferzante critica nei confronti degli equivoci e delle deviazioni della modernità. Hervada ha sentito il bisogno di contestare energicamente le obiezioni di Villey circa la giuridicità del diritto della Chiesa: «Che il Diritto sia primariamente la legge che regola le relazioni giuste o la cosa giusta e, conseguentemente, ciò che chiamiamo Diritto canonico sia primariamente un insieme di norme o la ripartizione delle *res exteriores* conformemente a criteri di giustizia, è questione strettamente scientifica; ciò che non può essere messo in discussione è che nella Chiesa Cattolica si danno la *legge* (sociale, o giuridica nel senso abituale del termine) e lo *ius* nel senso aristotelico-tomista». ²⁵

Le ripetute puntualizzazioni hervadiane nella traduzione del *Précis* a proposito del contesto culturale laicista, della nozione sociologica di cristianesimo, dell'equivoca accezione di morale, dell'impropria percezione del diritto canonico assunte nell'opera villeyana fanno comprendere la problematicità del rapporto di Villey con la scienza canonica. ²⁶ In questa linea è indicativa anche la difesa del metodo e dell'approccio del Decreto di Graziano osteggiato da Villey (parlare di una "nozione canonica di Diritto" è equivoco e fuorviante). Fermo restando la scarsa penetrazione contenutistica, l'interpretazione storico-giuridica del filosofo transalpino è fortemente condizionata dalla chiave di lettura dell'esperienza giuridica proposta. L'"agostinismo giuridico" secondo Villey, una sorta di variante dell'agostinismo politico, avrebbe portato alla commistione tra morale e diritto, alla prevalenza della regola di condotta e ad una corruzione della giustizia classica. ²⁷ La giustizia biblica stravolge il senso del giusto nella linea del legalismo e dell'obbedienza. La "nozione giudeo-cristiana della giustizia" (categoria che tradisce una impropria percezione dei termini della questione) – secondo lui – conduce ad una metamorfosi o snaturamento del diritto e ad una clericalizzazione della società. ²⁸ La genialità di S. Tommaso starebbe appunto nel recupero di Aristotele, nella rinascita del diritto romano e nel ripristino della logica dialettica. La rivoluzione scolastica si scontra però presto con i limiti dei continuatori e con le derive della modernità: individualismo, utilitarismo e collettivismo. Il punto nevralgico di svolta è rappresentato dall'occamismo

²⁵ Nt. 14, in M. VILLEY, *Compendio de Filosofía del Derecho*, I, cit., p. 127.

²⁶ Cfr. anche *ibidem*, ntt. 9, 10, 13, 14, 15, pp. 115, 117, 125-126, 127, 128.

²⁷ Cfr. M. VILLEY, *La formation de la pensée juridique moderne*, eds. S. Rials, É. Desmons, Paris, PUF, 2013, pp. 132-137 (*L'augustinisme juridique*).

²⁸ Cfr. M. VILLEY, *Philosophie du droit. Définitions et fins du droit*, Paris, Dalloz, 1978, pp. 103-119.

con il nominalismo e la genesi del diritto soggettivo. Se il giudizio di Villey nei confronti dello *ius canonicum* non è troppo favorevole, non è sicuramente meno tenero nei confronti della concezione del diritto protestante.²⁹ Le considerazioni di Villey sulla scienza canonica si inseriscono in un itinerario storico-critico in chiave polemica e filosofica. Fermo restando l'acume di molte intuizioni, la poca connaturalità e sensibilità impedisce una percezione adeguata della realtà ecclesiale e della sua dimensione giuridica. Una concezione matura e ragionata del fenomeno giuridico non basta insomma per la cogliere la specificità dell'ordine di giustizia nella Chiesa.

3. 2. Cotta e la scienza canonica

In questa sede non abbiamo certo la pretesa di esplorare il pensiero o l'originalità dell'impostazione giuridica di Cotta,³⁰ ci limitiamo solo a giustificare meglio l'asserzione iniziale circa la scarsa rilevanza dell'apporto del filosofo del diritto italiano alla scienza canonica. Anche in questo caso, fermo restando l'importanza dell'aspetto formativo e concettuale giusfilosofico anche per il canonista, il contributo specialistico risulta molto modesto e secondario. Tra l'altro, per quanto Cotta non sia certo insensibile al profilo storico,³¹ la sua personalità scientifica non denota, come per Villey, una prevalente matrice romanistica e storicistica, costretta necessariamente a confrontarsi con una tradizione culturale e l'esperienza canonica del passato, delinea piuttosto la figura di un filosofo e pensatore del proprio tempo che guarda verso il futuro. Al contrario di Villey non c'è peraltro prevenzione e riserva nei confronti dell'approccio canonistico, ma anzi rispetto e apertura. Dall'impronta e dal contenuto della produzione cottiana emerge subito il legame con la tradizione cristiana e lo stretto vincolo confessionale.³² La polemica nei confronti della post-modernità si dirige appunto verso il laicismo e le incongruenze del pensiero debole e tecnocratico.

²⁹ Villey parla ad es. del "disprezzo del diritto" da parte di Lutero e del riduzionismo etico sociale di Calvino, M. VILLEY, *La formation de la pensée juridique moderne*, cit., pp. 285-291 e 306-325.

³⁰ Per un sommario e didascalico inquadramento del suo pensiero, cfr. anche A. BAÑOS ATANCE, *La noción de derecho en el pensamiento de Sergio Cotta*, Roma, Pontificia Università della Santa Croce, 2010.

³¹ Oltre alla conclamata competenza sul pensiero di Montesquieu (a partire da S. COTTA, *Montesquieu e la scienza della società*, Torino, Ramella, 1953), si possono apprezzare gli studi su Filangieri (S. COTTA, *Gaetano Filangieri e il problema della legge*, Torino, Giappichelli, 1954) e S. Agostino (S. COTTA, *La città politica di S. Agostino*, Milano, Edizioni di Comunità, 1960).

³² S. COTTA, *Il diritto come sistema di valori*, Cinisello Balsamo, San Paolo, 2004, raccoglie i suoi interventi nella lunga presidenza dell'Unione Giuristi Cattolici Italiani. Per una bibliografia completa cfr. *Per il diritto. Omaggio a Joseph Ratzinger e Sergio Cotta*, Torino, Giappichelli, 2000, pp. 89-114 (volume in occasione del conferimento della laurea *honoris causa* da parte della LUMSA).

A prescindere dall'approfondimento fenomenologico e personalistico nella maturazione della sua concezione,³³ l'orizzonte ontologico e veritativo di Cotta è fortemente legato al diritto naturale, di cui è uno strenuo sostenitore e difensore in un momento storico assai complesso e delicato. Partendo dall'oggettivismo,³⁴ Cotta rivaluta e argomenta il fondamento e la giustificazione razionale ed esistenziale del fenomeno giuridico.³⁵ Il giusnaturalismo critico lo porta perciò a un affinamento del concetto di natura e ad una miglior determinazione del rapporto con il diritto positivo.³⁶ La crisi del diritto è rapportata al positivismo giuridico e al relativismo etico. Le intuizioni teoretiche di Cotta offrono spunti anche per la costruzione e impostazione del sistema canonico. In maniera meno netta e draconiana di Villey chiarisce la distinzione tra diritto e morale, senza però un atteggiamento di riserva o ostilità verso la componente religiosa che è alla base di un ordinamento tipicamente trascendente. È significativo che anche la trattazione della sacramentalità e del *bonum sacramenti* nella realtà matrimoniale non contengono espliciti riferimenti canonistici.³⁷ La sensibilità civile conduce inoltre il filosofo italiano ad impegnarsi e schierarsi attivamente sui grandi temi etici (divorzio, aborto, bioetica, eutanasia, ecc.) cercando di dare un supporto culturale e scientifico più che autoritativo e confessionale. L'influenza canonistica insomma pare presente solo sottotraccia e tangenzialmente nella sua analisi e speculazione. Cotta ad ogni modo inserisce il discorso giuridico in un contesto antropologico più ampio e articolato e quasi "profetico".³⁸

3. 3. Hervada e la scienza canonica (rinvio d'approfondimento)

Javier Hervada come teorico del diritto è un giurista in senso pieno, nasce comunque e resta sempre un insigne canonista. La sua fama e notorietà scientifica è legata infatti soprattutto alla produzione canonistica, per quanto abbia ricevuto apprezzamenti e riconoscimenti anche in ambito giusfilosofico.³⁹ Lo spessore di un vero maestro inoltre emerge anche e soprattutto attraverso lo svolgimento e la continuità del pensiero nelle gene-

³³ Cfr. *supra* nt. 30.

³⁴ Cfr. *supra* nt. 5.

³⁵ Soprattutto nella fase che viene definita "antropo-ontologica" (cfr. A. BAÑOS ATANCE, *La noción de derecho...*, cit., pp. 441-561).

³⁶ La relazione diritto-legge non viene proposta in termini conflittuali e di contrapposizione, come in parte soggiacente all'impostazione villeyana.

³⁷ Cfr. S. COTTA, *Sacramentalità e realtà esistenziale nel matrimonio*, in *Famiglia, diritto e diritto di famiglia*, a cura di F. D'Agostino, Milano, Jaca Book, 1985, pp. 15-34.

³⁸ Cfr. anche S. COTTA, *L'uomo tolemaico*, Milano, Rizzoli, 1975; IDEM, *La crisi del diritto nella società industriale*, «Studi cattolici», 69 (1966), pp. 15-18; IDEM, *Il giurista e la società in trasformazione*, «Jus», 18 (1967), pp. 7-27.

³⁹ Cfr. però *Natura, ius, ratio. Estudios sobre la filosofía jurídica de Javier Hervada*, Lima, ed. P. Rivas, Universidad de Piura/Ara Editores, 2005.

razioni successive. I discepoli o i seguaci non sono lo “specchio” o la corona dell’influenza del caposcuola ma la dimostrazione vivente della fecondità di un’intuizione e, più ancora, di un approccio veritativo. Il prestigio della c.d. scuola di Lombardía ed Hervada allora è forse la miglior testimonianza della validità e prolificità dell’apporto canonistico hervadiano.

Per valutare il contributo del maestro di Navarra sembra utile descrivere anzitutto la *parabola intellettuale e accademica* del prof. Hervada. L’*iter* della produzione getta luce anche sul suo approccio e sulla sua sensibilità scientifica. L’intento iniziale è la modernizzazione della scienza canonica: la liberazione dalle strettoie del metodo esegetico e la purificazione dalle derive del normativismo, del formalismo e del logicismo.⁴⁰ Alla monografia iniziale sul matrimonio, tema che continua a sviluppare e approfondire, seguono altri studi sull’impostazione generale della giuridicità canonica (e non solo) e sulla nozione (allora non troppo scontata o chiara) di ordinamento canonico.⁴¹ Dopo la conclusione del Concilio Vaticano II, l’attenzione di Hervada si sposta decisamente sul fronte costituzionalistico e sull’impostazione della struttura ecclesiale, senza mai tralasciare l’impegno matrimonialistico. Gli anni ’70 coincidono con il massimo sforzo propositivo e realizzativo. All’ansia metodologica ed epistemologica, prevalente nel primo periodo, sopravviene un’inquietudine concettuale e dottrinale, percependo lo sbandamento postconciliare in atto (si pensi all’affiorante antiggiuridismo ma non solo).⁴² La sostanza delle questioni e l’ortoprassi della fede si impone insomma sul discorso meramente tecnico-scientifico. Contestualmente gli incarichi docenti, motivano una crescente e appassionata applicazione giusfilosofica. Vale la pena di chiarire che, se Hervada resterà sempre un giurista ecclesiale, anche l’impronta filosofica è tuttavia una costante o caratteristica del suo atteggiamento (non si tratta quindi di una svolta completamente innovativa). Nel contesto della dedizione filosofica matura la “illuminazione” giusrealista – lui stesso la definisce così – (la scoperta vera e profonda dell’*ipsa res iusta* tommasiana).⁴³ L’impegno scientifico successivo è volto soprattutto

⁴⁰ Cfr. M. DEL POZZO, *L’evoluzione della nozione di diritto...*, cit., pp. 586-588. Un inquadramento e una riflessione critica sull’opera di Hervada è contenuta in J. ESCRIVÁ IVARS, *Relectura de la obra científica de Javier Hervada. Preguntas, diálogos y comentarios entre el autor y Javier Hervada*, I-III, Pamplona, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Navarra, 2008.

⁴¹ Cfr. J. HERVADA, *El ordenamiento canónico. Aspectos centrales de la construcción del concepto*, Pamplona, Universidad de Navarra, 1966 (ried. 2008).

⁴² Per alcuni riferimenti allo “sbandamento” postconciliare cfr. ad es.: J. HERRANZ, *Nei dintorni di Gerico*, Milano, Ares, 2005, pp. 127-159; J. RATZINGER, *Rapporto sulla fede*, Ciniello Balsamo, Edizioni Paoline, 1985, pp. 25-54; L. SCHEFFCZYK, *La Chiesa: aspetti della crisi postconciliare e corretta interpretazione del Concilio Vaticano II*, Milano, Jaca Book, 1998. Per un inquadramento dell’antigiuridismo cfr. J. HERRANZ, *Crisi e rinnovamento del diritto nella Chiesa*, in IDEM, *Giustizia e pastoraltà nella missione della Chiesa*, Milano, Giuffrè, 2011, pp. 93-131.

⁴³ Cfr. S. Th., II-II, q. 57, a. 1, ad 2.

a spiegare ed esplorare le virtualità del realismo giuridico. Un passaggio significativo ed emblematico è anche il tardivo spostamento nel settore ecclesiasticistico cosciente delle minacce alla libertà religiosa derivanti dalla secolarizzazione e dalle insidie della postmodernità.⁴⁴ Gli ultimi lavori canonistici peraltro sono una rielaborazione o riconsiderazioni nella fermezza e continuità delle precedenti posizioni e convinzioni o una penetrazione più specialistica o culturale di argomenti più circoscritti.⁴⁵ L'esaurimento delle energie intellettuali determina purtroppo una conclusione prematura del percorso di ricerca.

Dalla sintesi proposta emerge dunque il profilo non di uno speculativo puro ma di un pensatore dinamico e sensibile alle esigenze del suo tempo. Il diritto canonico comunque è il centro e la radice della speculazione hervadiana. La partecipazione al dibattito canonistico, tra l'altro in un momento di straordinaria creatività e fecondità (basti pensare al sorgere degli indirizzi contemporanei),⁴⁶ è vivace e molto intensa. L'interesse canonistico, perfino nel periodo più direttamente filosofico, è costante e determinato. Il *contributo di Hervada*, a differenza della considerazione marginale e solo derivata di Villey e Cotta, non solo è estremamente consapevole e motivato ma è, per così dire, *programmatico* e *sistematico*. Hervada non si limita a studiare alcuni temi, propone una lettura e un'ermeneutica alternativa del sistema ecclesiale e vuole "rifondare" in chiave realista la scienza canonica. Sotto questo punto di vista il passaggio dal "realismo strutturale o concettuale" al "realismo classico", che riteniamo costituisca la più preziosa acquisizione personale,⁴⁷ non segna un cambio di prospettiva ma indica una penetrazione e un chiarimento decisivo.

Il merito del professore di Pamplona probabilmente non sta tanto nella vastità e qualità dell'analisi quanto nella capacità di sintesi e di sistemazione

⁴⁴ Cfr. J. HERVADA, *Los eclesiasticistas ante un espectador. Tempus otii secundum*, Pamplona, EUNSA, 1993 (2ª ed. 2003).

⁴⁵ Cfr. J. HERVADA, *Pensamientos de un canonista en la hora presente*, Pamplona, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Navarra, 1989; IDEM, *Coloquios propedéuticos sobre el derecho canónico*, Pamplona, EUNSA, 1990 (2ª ed. 2002); IDEM, *Tempus otii. Fragmentos sobre los orígenes y el uso primitivo de los términos praelatus y praelatura*, Pamplona, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Navarra, 1992 (2ª ed. 2004).

⁴⁶ Cfr. C. J. ERRÁZURIZ M., *Il diritto e la giustizia nella Chiesa. Per una teoria fondamentale del diritto canonico*, Milano, Giuffrè, 2000, pp. 59-89; C. R. M. REDAELLI, *Il concetto di diritto della Chiesa nella riflessione canonistica tra Concilio e Codice*, Milano, Glossa, 1991.

⁴⁷ Cfr. tutto lo sviluppo del ns., *L'evoluzione della nozione di diritto...*, cit. Lo stesso J. Hervada afferma nel *Prólogo de Lecciones de Filosofía del Derecho*: «Educado en una ciencia jurídica formalista, el autor conoció tempranamente el realismo jurídico clásico, pero por su educación ni lo apreció ni lo entendió durante largo tiempo. Le parecían formulas vacías cuyo sentido no conseguía captar. Unos veinte años tardó en comprenderlo, pero desde que tal evento ocurrió, no tuvo la menor duda de haber descubierto la mejor explicación conocida del derecho y de la ciencia jurídica» (Pamplona, EUNSA, 1989, p. 9).

organica delle sue intuizioni e suggestioni. L'apporto canonistico principale di Hervada, come esploreremo meglio in seguito, è più formale e concettuale (la partenza da una premessa fondamentale e un'applicazione epistemologica coerente e rigorosa) che materiale e quantitativo. Bisogna però rendere ragione anzitutto della *prospettiva* (è stato un convinto assertore della purezza metodologica formale e della distinzione in rami) e dell'*oggetto della sua penetrazione specialistica*. Da un punto di vista contenutistico l'interesse si concentra soprattutto su *due macro-aree* quella *matrimonialistica* e quella *costituzionalistica* e si estende poi puntualmente e parzialmente a molti altri settori. La raccolta *Una caro*⁴⁸ e *Studi sull'essenza del matrimonio*,⁴⁹ che ne è derivata, manifestano la ricchezza e la profondità della penetrazione nella realtà matrimoniale. Dopo le ricerche iniziali, la prospettiva ontologica e antropologica prendono il sopravvento nel suo orizzonte mentale e conferiscono valore e permanente attualità alle sue osservazioni. La natura giuridica del coniugio, la complementarietà, l'indissolubilità, la sacramentalità, ecc. sono sapientemente tematizzate e compiutamente sviscerate. L'unità nella natura sessualmente modalizzata individua appunto il fondamento *in re* dell'istituto matrimoniale.⁵⁰ Lo stile di Hervada d'altronde è sempre stato quello di esplorare e definire i concetti essenziali più che trattare specifiche questioni.

Nell'altro fronte d'impegno (*la scienza costituzionale*), forse quello da lui maggiormente prediletto e sostenuto, Hervada ha colto la necessità di ripensare il diritto della Chiesa secondo la costituzione *de Ecclesia* e ha cercato di recepire operativamente e strutturalmente il cambio di paradigma segnato dal Concilio (il passaggio dal modello societario a quello comunitario).⁵¹ Il professore di Navarra è considerato non a caso il vero pioniere e iniziatore del metodo costituzionale.⁵² Ferma restando la priorità della preoccupazione epistemologica, Hervada si è dedicato con piglio e determinazione a tutti i capisaldi della costituzione della Chiesa, dai diritti dei fedeli, alla suprema autorità, all'organizzazione ecclesiastica. Il desiderio di superare un'impostazione eccessivamente clericale e gerarchica e concrete esigenze ermeneutiche hanno motivato poi un approfondimento e una riflessione particolar-

⁴⁸ Cfr. J. HERVADA, *Una caro. Escritos sobre el matrimonio*, Pamplona, EUNSA, 2000.

⁴⁹ Cfr. J. HERVADA, *Studi sull'essenza del matrimonio*, Milano, Giuffrè, 2000.

⁵⁰ Cfr. ad es. J. HERVADA, *Che cos'è il matrimonio?*, in *Studi sull'essenza del matrimonio*, cit., pp. 248-268. La prospettiva è ripresa in C. J. ERRÁZURIZ M., *Il matrimonio e la famiglia quale bene giuridico ecclesiale Introduzione al diritto matrimoniale canonico*, Roma, EDUSC, 2016.

⁵¹ «Così pure nella esposizione del diritto canonico e nell'insegnamento della storia ecclesiastica si tenga presente il mistero della Chiesa, secondo la costituzione dogmatica "De Ecclesia" promulgata da questo Concilio» (OT 16).

⁵² Lombardía attribuisce a J. Hervada il merito di aver dato origine a questa nuova disciplina nell'ambito canonico (F. ZANCHINI DI CASTIGLIONCHIO, «Costituzione della Chiesa», in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, x, Roma, Istituto della Enciclopedia Italiana, 1998, p. 3, l'originaria voce del 1988 risale a P. Lombardía).

mente attenta sulla secolarità, sui laici, sulle prelature e in generale sulle circoscrizioni ecclesiastiche.⁵³ Il volume *Vetera et nova* raccoglie molteplici contributi in questo e in altri settori.⁵⁴

4. LA CONCEZIONE DI HERVADA NELLA RICOSTRUZIONE DELLA DIMENSIONE DI GIUSTIZIA ECCLESIALE

In seguito accenneremo anche ad acquisizioni più specifiche e puntuali, riteniamo comunque che l'apporto più prezioso e significativo di Hervada non sia legato all'inquadramento di un argomento o di un settore determinato (per quanto non manchino brillanti intuizioni e trattazioni),⁵⁵ ma alla concezione stessa della dimensione di giustizia nella Chiesa. Attraverso la riscoperta critica del realismo giuridico Hervada ha, per così dire, fornito la "chiave" per comprendere il "mistero del diritto".⁵⁶ L'illuminazione di Hervada è la comprensione profonda e radicale del realismo giuridico classico (non il semplice oggettivismo o giusnaturalismo).⁵⁷ Il punto è che il professore di Navarra per primo e consapevolmente ha additato la potenzialità dell'approccio ontologico e realista per la scienza canonica. Villey e Cotta ad esempio svolgono una critica acuta e serrata alle aporie della modernità ma non abbozzano o elaborano un sistema alternativo né tanto meno danno avvio ad un movimento scientifico, si fermano alle competenze storiche o filosofiche senza operare una rifondazione, per così dire, "dall'interno". Hervada insomma non si limita a proporre un modello di riferimento, elabora anche un piano di costruzione. La proficuità dell'approccio realista comunque non è da ascrivere alla brillantezza dell'elaborazione intellettuale di qualche autore ma alla matrice veritativa e razionale dello *ius* (l'*adaequatio intellectus et rei*) illuminato dalla continuità della speculazione giusfilosofica tradizionale (greco-romano-scolastica). Hervada stesso non si attribuisce la paternità o l'ideazione di un sistema di pensiero ma solo la personalità e coerenza della sua declinazione in ambito canonico.

⁵³ Cfr. J. HERVADA, *Tres estudios sobre el uso del término laico*, Pamplona, EUNSA, 1973; IDEM, *Tempus otii. Fragmentos sobre los orígenes y el uso primitivo de los términos praelatus y praelatura*; J. HERVADA, M. ROQUETA, *Pueblo cristiano y circunscripciones eclesíastica. Conversaciones*, Pamplona, Navarra Gráfica Ediciones, 2003.

⁵⁴ Cfr. J. HERVADA, *Vetera et nova. Cuestiones de derecho canónico y afines. 1958-1991*, I-II, Pamplona, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Navarra, 1991 (2ª ed. remodelada 1958-2004, Pamplona, Navarra Gráfica Ediciones, 2005).

⁵⁵ Si pensi ad es. all'essenza giuridica del matrimonio, ai diritti fondamentali o alle circoscrizioni ecclesiastiche.

⁵⁶ L'espressione evoca l'intitolazione dell'opera di G. Lo Castro citata *supra* nt. 10. Ci piace sottolineare, senza inutili esoterismi, che l'aspetto misterico connota intrinsecamente la realtà ecclesiale e quindi la sua dimensione giuridica.

⁵⁷ Cfr. anche J.-P. SCHOUPPE, *Le réalisme juridique*, Bruxelles, Story-Scientia, 1987, pp. 174-175 (tra l'altro si tratta di una tesi diretta dallo stesso Hervada).

In prospettiva giurista la *giuridicità ecclesiale* non è legata semplicemente all'esistenza di rapporti sociali ordinati (*ubi societas ibi ius*) ma all'*intrinseca doverosità* (distribuzione secondo giustizia) dei *beni salvifici*: parola, sacramenti e servizio della carità.⁵⁸ In pratica si tratta di ricostruire la dimensione di giustizia della parola di Dio, della liturgia e del governo ecclesiastico. Tale approccio porta quindi a spostare l'attenzione del canonista dal principio teorico e dalla regolamentazione astratta (operazione ermeneutica tipica dell'idealismo e del legalismo), frutto della deriva volontarista moderna, alla determinazione concreta della natura della cosa e del relativo vincolo obbligatorio, espressione appunto della razionalità e prudenzialità dell'arte del giurista. Nel contesto ecclesiale chiaramente il fenomeno giuridico si deve confrontare con la singolarità e peculiarità di un ordine soprannaturale e trascendente.⁵⁹ Le cose giuste o i beni dovuti sono quindi più difficilmente determinabili e circoscrivibili (né può essere ignorato il profilo misterico). Anche l'integrazione tra diritto divino e diritto umano, come abbiamo già considerato, non è scontata e immediata. Nell'insegnamento di Hervada l'appassionata rivendicazione di un approccio realista e sistematico non esclude comunque il ricorso all'esegesi e l'adeguata conoscenza dell'apparato legale. Il realismo non è quindi una semplificazione o banalizzazione del processo conoscitivo, indica al contrario l'esigenza di non fermarsi alla superficie o al dato normativo ma di arrivare alla radice ultima della relazione di giustizia: il dover essere delle cose.

Quasi a voler illustrare sinteticamente o abbozzare la *prospettiva*, il *contenuto* e l'*indirizzo* scientifico della concezione hervadiana, senza ovviamente alcuna pretesa di esaustività o completezza, ci limitiamo a presentare tre spunti del maestro di Navarra che manifestano la perspicacia e lungimiranza del suo pensiero.

4. 1. *La sacramentalità e relazionalità del diritto canonico*

Abbiamo già definito *Le radici sacramentali del diritto canonico* il "capolavoro del secondo Hervada" ad indicare l'eccellenza e brillantezza del contributo.⁶⁰ L'opera resta a distanza d'anni la dimostrazione forse insuperata della fecondità dell'approccio realista. In questo scritto Hervada esplora la portata

⁵⁸ «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» (BENEDETTO XVI, lett. enc. *Deus caritas est*, 25 dicembre 2005, n. 25.a).

⁵⁹ Il rischio della confusione tra diritto e morale è sicuramente maggiore.

⁶⁰ Cfr. M. DEL POZZO, *L'evoluzione della nozione di diritto...*, cit., p. 355. J. HERVADA, *Le radici sacramentali del diritto canonico*, «Ius Ecclesiae», 17 (2005), pp. 629-658. Lo scritto è riportato nella versione originale in *Vetera et nova*, cit., pp. 297-319.

del concetto di diritto sbocciato e maturato dopo l'estate del 1980 nella realtà sacramentale. La canalizzazione della *lex gratiae* nei sacramenti e l'efficacia *ex opere operato* costituiscono il presupposto della loro giuridicità. Hervada individua poi nell'economia sacramentale tutte le caratteristiche delle cose giuste (esteriorità intersoggettività e obbligatorietà). La conclusione, apparentemente pacifica, che i sacramenti sono un diritto apre invero un non troppo scontato orizzonte di doverosità nel rapporto ministro-fedele (amministrazione senza indebite appropriazioni o prepotenze). La brevità e, tutto sommato, la semplicità del testo (la relazione in un convegno teologico) possono essere rapportate all'acume e alla profondità di un saggio programmatico.

Le radici sacramentali del diritto canonico fornisce soprattutto un'indicazione di approccio e di prospettiva. La chiave di lettura è evidentemente *ontologico-fondamentale*, Hervada individua appunto la radice ultima delle relazioni di giustizia (l'ordine sociale giusto del popolo di Dio è essenzialmente sacramentale). La funzione strutturante del battesimo e dell'ordine è iscritta nella potenzialità del rispettivo carattere. I diritti fondamentali dei fedeli e l'organizzazione ecclesiastica (da lui delineati come i capisaldi della costituzione della Chiesa) trovano perciò un riscontro e una corrispondenza misterico-teologica. La sacramentalità radicale della Chiesa infine amplia e qualifica l'apporto. Non stupisce che la direttrice tracciata abbia ricevuto tanta ammirazione e seguito.

4. 2. *La struttura costituzionale della Chiesa*

Il settore costituzionalistico è forse quello che ha dato più prestigio e risonanza al professore di Navarra. *El Derecho del Pueblo de Dios* contiene la prima audace e penetrante ricostruzione della costituzione della Chiesa alla luce dei documenti conciliari; completata e integrata poi da *Elementos de derecho constitucional canónico*.⁶¹ La costituzione della Chiesa non si identifica con la costituzione gerarchica della Chiesa, ma presuppone quale nucleo e cardine primordiale lo statuto del fedele. Tutto il sistema canonico ruota attorno agli *iura fidelium*.⁶² Conformemente al costituzionalismo moderno, secondo Hervada, i diritti fondamentali e l'organizzazione del potere individuano la materialità della scienza costituzionale canonica.

Molte delle intuizioni hervadiane restano valide e illuminanti. I *principi costituzionali di eguaglianza fondamentale, di varietà funzionale e istituzionale*

⁶¹ Cfr. *supra* nt. 8. Sorprende un po' che quest'opera sia stata tradotta solo in italiano (*Diritto costituzionale canonico*) e non abbia traduzioni al francese e all'inglese come *Introduzione critica al diritto naturale* (di cui esiste una traduzione perfino in ungherese: *Kritikai bevezetés a természetjogba*, Budapest, Szent István Társulat, 2004).

⁶² È significativa anche l'esperienza editoriale della rivista «*Fidelium Iura*», Servicio de Publicaciones de la Universidad de Navarra, 1992-2005, da lui stimolata e promossa.

o gerarchico sono germogliati e hanno fatto scuola,⁶³ suggellando il cambio di paradigma dalla concezione societaria diseguale a quella comunitaria e attiva del popolo di Dio. Anche la composizione quadripartita della condizione del fedele, articolata nella *condicio communionis*, nella *condicio libertatis*, nella *condicio activa* e nella *condicio subiectionis*, sembra tuttora penetrante e ha avuto un certo riscontro dottrinale.⁶⁴ L'individuazione dei due livelli costituzionali (quello dell'essere e dell'agire) aiuta a concepire il rapporto tra Chiesa universale e Chiesa particolare e anticipa la soluzione ecclesiologica delineata da *Communio notio*.⁶⁵ La concezione funzionale e ministeriale della potestà addita una visione del governo ecclesiastico volta a superare improprie forme di clericalizzazione o di personalizzazione del potere, senza mai intaccare il rispetto per l'autorità o la comunione gerarchica. La configurazione aperta delle *portiones populi Dei* evita il riduzionismo di una logica binaria Chiese particolari – associazioni. L'originale determinazione delle “strutture complementari” chiarisce la composizione del quadro costituzionale. Gli esempi o le suggestioni evidentemente si potrebbero moltiplicare, Hervada comunque non si è limitato a teorizzare una scienza costituzionale, ma ha illustrato compiutamente un approccio apodittico essenziale chiaro e convincente.⁶⁶

4. 3. Il rinnovamento epistemologico della scienza canonica

Un terzo ambito di particolare influenza di Hervada concerne il *rinnovamento epistemologico della scienza canonica*. Questo indirizzo rappresenta una co-

⁶³ Cfr. ad es. L. SABBARESE, *I fedeli costituiti popolo di Dio*, *Commento al Codice di Diritto Canonico*, libro II, parte I, Città del Vaticano, Urbaniana University Press, 2000, pp. 16-18; G. INCITTI, *Il popolo di Dio. La struttura giuridica fondamentale tra uguaglianza e diversità*, Città del Vaticano, Urbaniana University Press, 2007, pp. 29-44.

⁶⁴ Cfr. ad es. anche FORNÉS, *Introducción Título I*, in *Comentario exegetico al Código de Derecho Canónico*, II/1, Pamplona, EUNSA, 2002, p. 55; O. FUMAGALLI CARULLI, *Il governo universale della Chiesa e i diritti della persona*, Milano, Vita e Pensiero, 2003, pp. 105-117; J. M. GONZÁLEZ DEL VALLE, *Derechos fundamentales y derecho públicos subjetivos en la Iglesia*, Pamplona, EUNSA, 1971, pp. 271-273; D. LE TOURNEAU, *Manuel de droit canonique*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2010, pp. 118-144; P. LOMBARDÍA, *Los derechos fundamentales del cristiano en la Iglesia y en la sociedad*, in *Les droits fondamentaux du chrétien dans l'Église et dans la société. Actes du IV. Congrès International de Droit canonique*, Fribourg (Suisse), 6-11-X-1980, eds. A. Scola, E. Corecco, N. Herzog, Fribourg, Freiburg im Breisgau, Milano, Éditions universitaires de Fribourg/Herder/Giuffrè, 1981, pp. 25-29.

⁶⁵ Cfr. CONGREGAZIONE PER LA DOTTRINA DELLA FEDE, lett. *Communio notio*, 28 maggio 1992, nn. 7-10; Corsivo firmato con tre asterischi, *La Chiesa come comunione. A un anno dalla pubblicazione della Lettera “Communio notio” della Congregazione per la Dottrina della Fede*, «L'Osservatore Romano», 23 giugno 1993, pp. 1-4.

⁶⁶ Circa il metodo costituzionale, cfr. in generale il ns., *Introduzione alla scienza del diritto costituzionale canonico*, Roma, EDUSC, 2015, pp. 17-86.

stante del pensatore di Pamplona.⁶⁷ Tale preoccupazione magari è più spiccata e pressante nel primo periodo (cogliendo tutta l'arretratezza "tecnica" della canonistica preconciliare), ma accompagna tutto il suo percorso intellettuale ed è presente anche negli scritti più recenti.⁶⁸ La prospettiva epistemologica concerne l'identità stessa del canonista e il dialogo e confronto con la scienza secolare. Anche questo fronte conserva, ci sembra, pregnanza e attualità. D'altronde in maniera autoironica, avvertendo l'ambizione di alcune proposte, affermava di scrivere per il secolo futuro (cioè quello presente!).

L'idea di fondo propugnata da Hervada è l'*approccio sistematico* e la *purezza metodologica formale*. A fronte della diffusione e dell'imperio del metodo esegetico, in Nostro caldeggia appunto un modello scientifico alternativo volto alla ricostruzione concettuale del sistema canonico, vicino all'impostazione dogmatica secolare ma lontano dalle derive normativiste e formaliste contemporanee. La pedissequa e spesso appiattente determinazione della "lettera della legge" e il riferimento esclusivo alla logica codiciale rischia di ridurre il ruolo del giurista a quello di un tecnico della norma o di interprete qualificato della *voluntas Legislatoris* anziché a quello di garante dell'ordine di giustizia e tutore della razionalità delle relazioni ecclesiali.⁶⁹ Occorre precisare che l'approccio critico seguito non è che una derivazione operativa del realismo assunto. L'auspicata distinzione del sapere canonico in rami o branche scientifiche (che deriva dalla particolarità e specificità del bene considerato) lo induce anche a invocare il riferimento ai principi, ai criteri e alle tecniche di concettualizzazione che caratterizzano ogni settore e che ne configurano l'approccio conoscitivo. La visione sistematica tra l'altro non solo aiuta a percepire meglio la natura e l'organicità della giuridicità canonica ma permette di superare restrizioni e limitazioni ermeneutiche.

5. LE INCOMPIUTEZZE E IL PERFEZIONAMENTO DEL CONTRIBUTO HERVADIANO

Il contributo di Hervada alla scienza canonica è stato dunque profondo e significativo. L'impulso e lo "slancio" da lui impresso agli studi canonistici (ri-

⁶⁷ Cfr. anche J. HERVADA, *Confessioni di un canonista*, «Ius Ecclesiae», 14 (2002), pp. 615-620 (la *Lectio magistralis* in occasione del conferimento del dottorato *honoris causa* presso la Pontificia Università della Santa Croce).

⁶⁸ Cfr. J. HERVADA, *Pensieri di un canonista...*, cit., pp. 9-81; IDEM, *Coloquios propedéuticos...*, cit., pp. 23-29, 59-78, 103-182.

⁶⁹ Tale istanza non si traduce affatto in un disprezzo o in un superamento dell'esegesi, di cui è stato anzi un fine e sapiente cultore: «Il primo passo della scienza giuridica è l'esegesi del testo legale. È sempre stato così. Ma sarebbe deprecabile che i canonisti si fermassero all'esegesi. Si tratta di un primo passo, ma è un passo da principiante. Dall'esegesi si deve passare al sistema; dal metodo esegetico è necessario passare al metodo sistematico» (J. HERVADA, *Pensieri di un canonista...*, cit., p. 75).

teniamo si possa parlare di un “movimento di rinnovamento”), soprattutto a livello di apertura mentale e di propositività, non può considerarsi esaurito o interrotto. Logicamente così come il tomismo non è la mera ripetizione o spiegazione dell'insegnamento del Dottore Angelico ma richiede l'approfondimento critico e lo sviluppo della sua dottrina, anche la ricezione del pensiero di Hervada implica un'attualizzazione e maturazione della lezione hervadiana. Fermo restando la persistenza dell'illuminazione e dell'impianto realista,⁷⁰ sarebbe un'evidente decadenza e involuzione il pedissequo ripiegamento sulle sue tesi o teorie. Con tutta la stima e la riconoscenza nei confronti di un autentico maestro, occorre dunque andare “oltre Hervada”. Anche in questo caso ci limitiamo a riportare solo tre aspetti di questo processo o operazione di completamento e maturazione.

Un'ideale “terzo Hervada” – non sono io a sostenerlo è lui stesso a riconoscerlo – tornerebbe alle posizioni iniziali ma sulla scorta delle acquisizioni successive: «Un ipotetico “terzo Hervada” si applicherebbe al livello fenomenico o della scienza giuridica intesa in senso stretto o moderno, usando di nuovo i concetti di relazione giuridica, di ordinamento canonico, ecc., purificati e conformi con il realismo giuridico classico».⁷¹ La sua “conversione scientifica” è avvenuta, come abbiamo considerato, a livello fondamentale e filosofico, gli sforzi successivi sono stati dedicati per lo più alla spiegazione ed enucleazione del concetto di diritto, è mancato invece un ritorno e una revisione della propria impostazione costituzionale e in generale fenomenologica. L'atteggiamento hervadiano poco incline alle ritrattazioni o correzioni formali lo induce a parlare di semplice completamento e perfezionamento, ma non è improbabile che un ripensamento possa comportare anche nuove o diverse conclusioni. La purificazione e l'affinamento riguarderebbe soprattutto il passaggio dalla “struttura ecclesiale” alle “relazioni di giustizia”. Una trattazione profonda e meditata dei “doveri fondamentali” probabilmente non è stata ancora compiuta.⁷² L'organizzazione ecclesiastica e la funzione di governo andrebbero forse riviste in chiave realista.⁷³ L'esame della dimensione particolare della Chiesa richiederebbe un aggiornamento

⁷⁰ Non è casuale che a proposito della metafisica si parli spesso della *philosophia perennis*.

⁷¹ M. DEL POZZO, *L'evoluzione della nozione di diritto...*, cit., pp. 598-599 (Appendice [carteggio col prof. Hervada]).

⁷² Cfr. anche E. BAURA, *Accompagnamento e formazione: diritti e doveri dei fedeli*, relazione nel XLV Incontro di studio del Gruppo italiano docenti di diritto canonico “Accompagnare, discernere e integrare: profili e prospettive giuridico-ecclesiali”, 3 luglio 2018, in corso di pubblicazione nei relativi Atti.

⁷³ Hervada a proposito dell'organizzazione ecclesiastica, per quanto abbia sempre presente i diritti e l'autonomia dei fedeli, tende a ricostruirla come un aspetto della missione della Chiesa e non come un frutto del patrimonio salvifico e una derivazione dei beni della comunione.

e una rivalutazione del concorso popolare.⁷⁴ Cambiando il punto di vista insomma possono mutare anche la percezione o i contorni dell'oggetto. Il limite da lui stesso avvertito comunque è il *mancato completamento e riesame ermeneutico dell'apparato sistematico elaborato*.

Una *sfasatura o smagliatura* forse più rilevante ci sembra riconducibile alla *percezione dei beni della comunione*. La concezione hervadiana non mette sufficientemente a fuoco il nucleo del sistema canonico: l'intrinseca giuridicità del patrimonio salvifico. In una visione realista sarebbero infatti i beni essenziali a modulare i rapporti di doverosità nel popolo di Dio.⁷⁵ La scarsa penetrazione della parola di Dio e del servizio della carità preclude una visione più organica e ponderata del diritto canonico e degli stessi diritti dei fedeli. Il superamento del "realismo strutturale o concettuale" implica una svolta di metodo e di contenuto, in larga parte affidata o lasciata ai seguaci e continuatori del magistero hervadiano. Anche la poca considerazione o applicazione ai beni c.d. strumentali (si pensi al settore patrimoniale, processuale o penale), dovuta all'inclinazione e alla sensibilità personale di Hervada, può comportare scompensi o difficoltà nella articolazione del sistema. Chiaramente non si pretende che un solo canonista possa avere conoscenze e competenza sconfinata e universali, la constatazione indica però la necessità di procedere per piani e la priorità di una corretta impostazione fondamentale della giuridicità ecclesiale. La continuazione della sua opera scientifica da parte di altri, ha integrato e compensato taluni limiti, dimostrando le opportunità e la fecondità di un impegno collettivo e di una comunità del sapere.

Un ultimo punto da notare concerne il mutamento dell'ambiente e del contesto ecclesiale e canonistico. Un approccio realista d'altronde non può ignorare l'*evoluzione dei fatti sociali e delle idee*. La produzione di Hervada è fortemente legata alla svolta ecclesiologica conciliare e al cambio di paradigma volto al superamento della c.d. "concezione per stati" nella Chiesa e della clericalizzazione della società ecclesiastica. Il panorama attuale presenta però anche altre sfide e problemi. Se permangono le esigenze di maggior formalizzazione e rigore nell'esercizio della giurisdizione, la spinta all'evangelizzazione e le riforme in atto richiedono l'apertura al cambiamento d'e-

⁷⁴ La supposizione di strutture senza popolo non appare troppo convincente (cfr. J. HERVADA, *Diritto costituzionale canonico*, cit., pp. 310-311), cfr. anche R. WEBER, *El concepto de pueblo de las circunscripciones eclesíasticas*, Roma, EDUSC, 2012.

⁷⁵ Cfr. ad es. C. J. ERRÁZURIZ M., *Corso fondamentale sul diritto nella Chiesa. II. I beni giuridici ecclesiali, La dichiarazione e la tutela dei diritti nella Chiesa, I rapporti tra la Chiesa e la società civile*, Milano, Giuffrè, 2017, pp. 3-507; IDEM, *Presentazione sistematica dei diritti e dei doveri fondamentali del fedele secondo i beni giuridici ecclesiali*, in *Ius et iura. Escritos de derecho eclesiástico y de derecho canónico en honor del profesor Juan Fornés*, eds. M. Blanco, B. Castillo, J. A. Fuentes, M. Sánchez-Lasheras, Granada, Comares, 2010, pp. 393-405.

poca e una certa capacità di riconformazione mentale.⁷⁶ L'insistenza polemica o contestativa risulta spesso svantaggiosa e controproducente, e forse ha condizionato pesantemente la ricezione del messaggio hervadiano.⁷⁷ Negli ultimi anni la contrapposizione e la dialettica tra gli indirizzi metodologici si è fortemente ridotta e attenuata, offrendo più spazio al dialogo e al confronto. Un atteggiamento esclusivistico e puntiglioso rischia di segregare o ghettizzare indebitamente il giusrealismo canonico e dare un'impronta conservatrice all'istanza di "modernizzazione" del sistema canonico auspicata.⁷⁸ Superate le secche dell'antigiuridismo postconciliare, occorre probabilmente una nuova sintesi culturale e un modello di riferimento che aiuti a superare l'ancor più pernicioso "agiuridismo" legato al persistente pastoralismo e al pragmatismo imperante.⁷⁹

6. A MO' DI CONCLUSIONE: L'IMPORTANZA DELLA QUESTIONE FONDAMENTALE SUL DIRITTO

La specificità degli Autori considerati mostra la fecondità del ritorno e dell'approfondimento specialistico alla lezione di metodo e di senso circa l'essenza della giuridicità che li accomuna. Per tutti e tre è chiaro il rapporto e lo stacco tra la legge e il diritto. Villey, Cotta ed Hervada hanno posto al centro della propria speculazione la questione fondamentale sul diritto (cos'è il diritto) e hanno sviluppato la loro critica o costruzione a partire da questa acquisizione. In ambito canonico, se è riconosciuto e conclamato l'apporto di Hervada, il contributo di Villey e Cotta è molto marginale e modesto quanto al contenuto; se si riconosce nel canonista la stoffa del giurista, non si può considerare tuttavia insignificante quanto alla prospettiva. L'intelligenza della nozione di diritto appare infatti decisiva e centrale anche per l'ermeneutica canonica. Nella confusione e nello sbandamento legalista contemporaneo che contamina non di rado anche la scienza canonica, la risposta alla domanda essenziale non è per nulla acquisita e scontata ed ha un rilievo pratico importante, aiuta a ricostruire la spettanza a partire dalla na-

⁷⁶ Papa Francesco ha parlato frequentemente di un cambiamento d'epoca in atto ed auspica una revisione profonda degli operatori ecclesiali, cfr. ad es. FRANCESCO, es. ap. *Evangelii gaudium*, 23 novembre 2013, nn. 20-49.

⁷⁷ Si pensi all'insistenza sui "tre vizi della canonistica contemporanea" (cfr. *Pensieri di un canonista...*, cit., p. 9; *Coloquios propedeúticos...*, cit., pp. 13-21). Al di là di osservazioni più circoscritte e puntuali, occorre precisare che l'insufficienza è più di stile, di categorie e di comunicazione verbale che di sostanza.

⁷⁸ L'originaria proposta d'avanguardia rischia di apparire altrimenti come una soluzione conservativa e retrograda.

⁷⁹ Cfr. a proposito del tentativo di superamento degli indirizzi post-conciliari G. ZANNONI, *Il diritto canonico nell'ontologia della fede. Il fatto giuridico evento dell'umano*, Venezia, Marcianum Press, 2011, pp. 25-118. Lo spunto sembra interessante e intrigante, anche se il risultato richiede probabilmente maggiore chiarezza e ulteriore maturazione.

tura delle cose.⁸⁰ Ciò non significa evidentemente sminuire indebitamente il valore dell'interpretazione letterale e dell'esegesi, richiede tuttavia un *plus* di attenzione e l'acume necessario per penetrare nell'ordine della giustizia. Il giurista ecclesiale oltretutto deve coltivare una particolare sensibilità, deve operare *cum sensu Ecclesiae*,⁸¹ richiedendosi una particolare connaturalità e consonanza con l'oggetto del giudizio.⁸²

Poc'anzi auspicavamo il superamento delle dispute e degli steccati ideologici in vista della comune causa della giustizia, occorre comunque rilevare che il dibattito sul metodo ha animato la ripresa della canonistica laica⁸³ e dato slancio vitale alla produzione post-conciliare. Il ripiegamento attuale su questioni tecniche e operative, rinunciando a propositi di comprensione e sistemazione più generale, individua un minor sforzo ideale e progettuale che rischia alla lunga di ripercuotersi pesantemente sul senso e sull'orizzonte della giustizia ecclesiale. In questa linea l'insegnamento di Villey, Cotta e, soprattutto, Hervada invita a riprendere e consolidare la strada della ricerca delle basi e dei fondamenti del sistema. In un'epoca di barbarie antropologica e culturale, tra l'altro la canonistica è chiamata a preservare e custodire più dell'idea, l'esperienza e la pratica "classica" della giustizia.

Ci sembra comunque che l'acquisizione più importante e significativa del realismo giuridico è legata alla percezione dell'*aspetto veritativo e razionale del fenomeno giuridico*. Benché il diritto sia scienza pratica e operativa, non per questo prescinde dal contenuto euristico ed epistemico del sapere (la deontologia presuppone sempre l'ontologia).⁸⁴ Nell'ermeneutica giuridica

⁸⁰ L'ordine legale ovviamente è importante e talora caratterizzante ma non può oscurare l'ineludibile riferimento alla vita e alla realtà ecclesiale.

⁸¹ «Il *sentire cum Ecclesia* ha senso anche nella disciplina, a motivo dei fondamenti dottrinali che sono sempre presenti e operanti nelle norme legali della Chiesa. In questo modo, va applicata anche alla legge canonica quell'ermeneutica del rinnovamento nella continuità di cui ho parlato in riferimento al Concilio Vaticano II [Cfr. *Discorso alla Curia Romana*, 22 dicembre 2005: «AAS», 98 (2006), pp. 40-53], così strettamente legato all'attuale legislazione canonica. La maturità cristiana conduce ad amare sempre più la legge e a volerla comprendere ed applicare con fedeltà» (BENEDETTO XVI, *Discorso alla Rota Romana*, 21 gennaio 2012).

⁸² Cfr. M. D'AVENIA, *La conoscenza per connaturalità in S. Tommaso d'Aquino*, Bologna, Edizioni Studio domenicano, 1992.

⁸³ Cfr. Cfr. M. NACCI, *La cultura giuridica del Diritto canonico: il "laboratorio" degli anni trenta del Novecento in Italia*, «Apollinaris», 85 (2012), pp. 73-147; S. GHERRO, *Il concetto di diritto canonico nella scuola laica italiana*, in *Il concetto di diritto canonico. Storia e prospettive*, a cura di C. J. Errázuriz M., L. Navarro, Milano, Giuffrè, 2000, pp. 47-69.

⁸⁴ Cfr. anche J. LLOBELL, *La tutela giudiziale dei diritti nella Chiesa. Il processo può essere cristiano?*, in «*Iustitia in caritate*». *Miscellanea di studi in onore di Velasio De Paolis*, a cura di J. J. Conn, L. Sabbarese, Città del Vaticano, Urbaniana University Press, 2005, pp. 507-522; IDEM, *Fondamenti teologici del diritto processuale canonico. Sul ruolo del processo per la comprensione dell'essenziale dimensione giuridica della Chiesa*, in *Il concetto di diritto canonico...*, cit., pp. 267-300.

si tratta sempre di cogliere e rispettare la dimensione di doverosità obbligatoria della realtà considerata o regolata. La strumentalità interpretativa e l'utilitarismo legale⁸⁵ (piegare il dato allo scopo perseguito o intendere l'apparato normativo come un espediente per superare ostacoli o difficoltà), per quanto animato e spesso "mascherato" da intenti benevoli e positivi, tradiscono l'essenza della giustizia (dare a ciascuno il suo) e falsano l'identità del giurista (il giusto garante dell'ordine). Il "pastoralismo", tanto osteggiato da Hervada, purtroppo è ancora molto radicato nella mentalità e nel costume di tanti operatori ecclesiali. L'insofferenza o la resistenza verso i principi e le forme rappresenta, non di rado, un sopraffare le altrui spettanze o conculcare la sostanza del debito. La Chiesa ha sicuramente bisogno di molta carità e misericordia ma non "nonostante" o peggio ancora "contro" la giustizia e la verità.⁸⁶ Questa ci sembra la concorde, e talora sofferta, lezione dei tre maestri considerati. Il diritto canonico in questo senso è un vero amico e difensore della Chiesa dei deboli e dei poveri.⁸⁷

⁸⁵ L'utilitarismo legale non è troppo distante dall'uso alternativo del diritto ideologicamente caratterizzato di matrice marxista.

⁸⁶ «Vorrei oggi sottolineare come sia la giustizia, sia la carità, postulino l'amore alla verità e comportino essenzialmente la ricerca del vero. In particolare, la carità rende il riferimento alla verità ancora più esigente. [...] Senza verità la carità scivola nel sentimentalismo. L'amore diventa un guscio vuoto, da riempire arbitrariamente. È il fatale rischio dell'amore in una cultura senza verità» (BENEDETTO XVI, *Discorso alla Rota Romana*, 29 gennaio 2010).

⁸⁷ La forza della ragione e la ricchezza del bene si oppongono evidentemente alla ragione della forza e al bene della ricchezza e del potere. Cfr. anche per un riscontro teologico della questione G. L. MÜLLER, *Povera per i poveri. La missione della Chiesa*, Città del Vaticano, LEV, 2014.

LA INMATRICULACIÓN DE LOS BIENES INMUEBLES DE LA IGLESIA CATÓLICA EN EL DERECHO ESPAÑOL

REFLEXIONES DESDE LA JURISPRUDENCIA RECIENTE

MARÍA FERNÁNDEZ-ARROJO

RESUMEN · Este artículo muestra de manera sintética la evolución que ha tenido el sistema de inmatriculación de los bienes inmuebles de la Iglesia católica en el Derecho español. Históricamente la Iglesia ha gozado de un régimen especial para la inscripción de sus propiedades inmobiliarias, que pareció entrar en contradicción con el principio de laicidad y de igualdad entre confesiones religiosas establecidos por la Constitución de 1978. Ello propició algunos cambios legislativos, introducidos en los años 1998 y 2015. Este período de transición y la subsiguiente adaptación al nuevo régimen ha dado lugar a diversos conflictos jurídicos que ponen en discusión los principios constitucionales y los motivos reales de tales modificaciones normativas. La autora muestra en este trabajo cómo, más allá de los principios y las normas jurídicas, el activismo político ha estado muy presente – y lo sigue estando – en la evolución del tratamiento jurídico-registral de los bienes de la Iglesia católica en España.

PALABRAS CLAVE: Bienes eclesiásticos, España.

ABSTRACT · *The registration of the Catholic Church real property in the Spanish legal system. Remarks from the Spanish case law* · This article shows in a synthetic way the evolution of the system of registration of immovable property of the Catholic Church in Spanish Law. Historically, the Church has enjoyed a special regime for the registration of its real estate, which seemed to contradict the principle of secularism and equality between religious confessions established by the 1978 Constitution. This prompted some legislative changes, introduced in the years 1998 and 2015. This period of transition and the subsequent adaptation to the new regime has led to several legal conflicts that put into discussion the constitutional principles and the real reasons for such regulatory changes. The author shows in this work how, beyond the principles and legal norms, political activism has been very present – and still is – in the evolution of the legal-registry treatment of the assets of the Catholic Church in Spain.

KEYWORDS: Ecclesiastical property, Spain.

mariaf@uic.es, Universitat Internacional de Catalunya.

SUMARIO: 1. Introducción. – 2. La inmatriculación de bienes de la Iglesia católica. – 2. 1. Procedimiento de inmatriculación de los bienes inmuebles inscribibles hasta 2015. – 2. 2. Inscribibilidad de los bienes inmuebles de la Iglesia católica. – 3. El papel del activismo político en la reforma del sistema de inmatriculación de los bienes de la Iglesia. – 4. Conflictos jurídicos surgidos sobre la inmatriculación de bienes de la Iglesia. – 5. Conclusiones.

1. INTRODUCCIÓN

LA cuestión del régimen jurídico relativo a la inmatriculación o acceso al Registro de la Propiedad de bienes inmuebles de la Iglesia católica en el Derecho español se ha visto influida por diversas circunstancias históricas y sociales. Desde tiempo inmemorial la Iglesia ha ido adquiriendo un patrimonio constituido por bienes inmuebles y repartido por toda la geografía española, fruto en numerosos casos de donaciones o legados de los fieles. Muchos de estos bienes se han visto sometidos a diversos procesos de desamortización desde finales del siglo XVIII hasta principios del XX. Este período se caracterizó por una sucesión de normas que, en función de los cambios políticos, fueron dictando la expropiación de bienes de la Iglesia, paralizando o revirtiéndola.¹ Como último factor que ha influido en el peculiar régimen registral de estos bienes, cabe mencionar la promulgación de la Ley Hipotecaria en 1861, que estableció un sistema de crédito territorial y creó el Registro de la Propiedad.² Ambos instrumentos tenían como objetivo fundamental dotar de seguridad jurídica al tráfico mercantil.³

La normativa aplicable desde esta primera Ley Hipotecaria de 1861 hasta la promulgación de la Constitución española de 1978 (en adelante CE) preveía un régimen especial para la inscripción de los inmuebles de la Iglesia católica. Ello se debía con toda probabilidad al carácter confesional católico del Estado español que, con puntuales excepciones, se mantuvo hasta la transición democrática y la promulgación de la Constitución de 1978.⁴ La

¹ Cfr. J. M. CHICO Y ORTIZ, *Estudios sobre Derecho Hipotecario*, vol. II, Madrid, Marcial Pons, 1994, pp. 987 ss. Sobre esta cuestión, véase también M. RODRÍGUEZ BLANCO, *Libertad religiosa y confesiones. El régimen jurídico de los lugares de culto*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000, pp. 345 ss.

² La Ley Hipotecaria se aprobó de 8 de febrero de 1861 y entró en vigor en 1863.

³ El derecho hipotecario ha sido definido como el «conjunto de normas y principios que regulan la exteriorización continuada y organizada a efectos de producir cognoscibilidad general, de situaciones jurídicas inmobiliarias, a través de la institución del Registro de la Propiedad, cuyo objeto es la inscripción y anotación de los actos y contratos relativos al dominio y demás derechos reales sobre bienes inmuebles». J. M. GARCÍA GARCÍA, *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*, vol. I, Madrid, Civitas, 1988, p. 65.

⁴ El principio de confesionalidad se rompió formalmente sólo con la Constitución de la Segunda república en el año 1931, y fue restaurada bajo el régimen del General Franco en 1939.

justificación y legitimidad de tal régimen de inscripción de bienes han sido puestas en cuestión a partir del vigente texto constitucional, que declara la laicidad del Estado y la igualdad de las confesiones religiosas ante el mismo. Esta situación paradójica ha conducido a diversas reformas legislativas que han culminado con la Ley 13/2015, de 24 de junio, de Reforma de la Ley Hipotecaria (en adelante LH).⁵

El objeto de este artículo es mostrar de manera sintética la evolución del sistema normativo aplicable al acceso al Registro de la Propiedad por parte de los bienes inmuebles de la Iglesia católica. Esta evolución ha sido motivada principalmente por la necesidad de adaptar tal sistema a los principios constitucionales de laicidad del Estado y de igualdad de las confesiones religiosas ante la ley.

En la primera parte se analizarán dos temas que han tenido su propio desarrollo legislativo en los últimos años. Por un lado, el procedimiento de inmatriculación de los bienes inmuebles hasta 2015, que preveía un modo de inmatriculación especial para la inmatriculación de los bienes inmuebles de dominio público y los de la Iglesia católica. La segunda cuestión se centra en la inscribibilidad de los bienes de la Iglesia. Desde la primera Ley Hipotecaria de 1861 hasta 1998, estuvieron legalmente exentos de inscripción los edificios destinados al culto católico, de modo que la Iglesia era propietaria de numerosos inmuebles sin inscribir y esta situación era fuente de no pocos litigios.⁶ En 1998 se eliminó esta excepción, y se inició un proceso de regularización del estado registral del patrimonio inmueble dedicado al culto católico,⁷ dando lugar a un aumento de los litigios sobre la titularidad de inmuebles dedicados al culto católico. Con ocasión de la reforma de la Ley Hipotecaria de 2015, la posibilidad de acudir al procedimiento especial de inscripción fue suprimida para la Iglesia católica. En la segunda parte del artículo se analizará de modo especial esta última reforma, a la que no fueron ajenas motivaciones ideológicas de algunos activistas de orientación laicista. La tercera parte del estudio se dedica al análisis de jurisprudencia en función de los distintos tipos de conflictos jurídicos que se han planteado sobre la titularidad de estos bienes. Uno de los casos que abordaremos ha trascendido las fronteras españolas, llegando al Tribunal Europeo de Derechos Huma-

⁵ Ley 13/2015, de 24 de junio, de Reforma de la Ley Hipotecaria aprobada por Decreto de 8 de febrero de 1946 y del texto refundido de la Ley de Catastro Inmobiliario, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2004, de 5 de marzo. Boletín Oficial del Estado núm. 151, de 25-06-2015.

⁶ L. RUANO ESPINA, *Titularidad e inscripción en el Registro de la Propiedad de los bienes inmuebles (culturales) de la Iglesia*, «Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado», 14 (2007), p. 4.

⁷ Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre, por el que se modifican determinados artículos del Reglamento Hipotecario, art. 1.

nos de Estrasburgo. Se trata del Caso S.A. Ucieza contra España, resuelto en sentencia de 4 de noviembre de 2014. Para finalizar, se comentan dos casos emblemáticos, ya sea por su importancia monumental, como por la trascendencia mediática que han tenido: la discusión sobre la propiedad de la Catedral-Mezquita de Córdoba y la de la Iglesia de Santa María la Blanca de Toledo, antigua sinagoga judía.

2. EL RÉGIMEN DE INMATRICULACIÓN DE LOS BIENES DE LA IGLESIA CATÓLICA

2. 1. *Procedimiento de inmatriculación de los bienes inmuebles inscribibles hasta 2015*

El acceso de una finca al Registro por primera vez se conoce con el término “inmatriculación”. Esa primera inscripción registral siempre es de dominio.⁸ Para poder hacer una posterior inscripción de dominio es necesario que el nuevo titular de la finca lo haya adquirido de quien en el Registro figura como titular. Si el que transmite no tuviera inscrito su dominio, para que el tercer adquirente pueda inscribir, es preciso solicitar primero la inscripción de su causante para respetar el principio de tracto sucesivo.⁹ Hasta la reforma de 2015, para que una finca accediera al Registro de la Propiedad por primera vez era necesario, en virtud del artículo 199 LH: a) Un expediente de dominio; b) Un título público de adquisición, complementado por acta de notoriedad cuando no se acreditase de modo fehaciente el título adquisitivo; c) Un certificado al que se refería el artículo 206 LH.

Los dos primeros eran los medios ordinarios de inmatriculación, y el tercer modo constituía un procedimiento especial para inscribir los bienes inmuebles de las Administraciones públicas y los de la Iglesia católica, cuando carecieran de título escrito. En este estudio nos limitaremos a comentar este último supuesto, el más conflictivo en la práctica.

De acuerdo al artículo 304 del Reglamento Hipotecario (en adelante RH) el acceso al Registro tenía lugar mediante certificación expedida por el funcionario a cuyo cargo estuviera la administración de dichos bienes. En el caso de la Iglesia, era competente el “Diocesano respectivo”. De este modo, cuando no existía título inscribible, la autoridad eclesiástica a cuyo cargo estuviera la administración o custodia de las fincas que hubieran de inscribirse, debía expedir una certificación en la que se hicieran constar todos aquellos

⁸ J. L. LACRUZ BERDEJO, F. A. SANCHO REBULLIDA, A. LUNA SERRANO, J. DELGADO ECHEVERRÍA, F. RIVERO HERNÁNDEZ, J. RAMS ALBESA, *Elementos de derecho Civil*, vol. III bis. *Derecho Inmobiliario Registral*, Madrid, Dykinson, 2001, p. 335.

⁹ *Ibidem*, pp. 46-47.

elementos y datos relevantes para la inscripción.¹⁰ De esta manera, en opinión de algunos autores, la legislación hipotecaria concedía al Obispo diocesano la categoría de funcionario público.¹¹ Otros autores han señalado que esta capacidad de certificación otorgada a las autoridades religiosas no es excepcional en nuestro ordenamiento jurídico, y no por ello se equiparan dichas certificaciones a las de los funcionarios públicos.¹²

La certificación debía ser sometida a calificación registral antes de su inscripción. Si faltaba alguno de los requisitos previstos, el Registrador debía devolver la certificación advirtiendo el defecto.¹³ Si los datos que expresaba la certificación estaban en contradicción con algún asiento del Registro, se debía suspender la inscripción solicitada. Asimismo, debían remitir copia de los asientos contradictorios a la autoridad que hubiere expedido las certificaciones. Si la finca estuviere inscrita en todo o parte a nombre de tercero correspondía al Juez de primera instancia del partido en que radicara el inmueble resolver sobre su inscribibilidad.¹⁴ Las inscripciones practicadas en virtud de certificación diocesana no surtían efectos respecto de tercero hasta transcurridos dos años desde su fecha y durante ese período no gozaban de la protección de la fe pública registral.¹⁵

¹⁰ Concretamente: a) La naturaleza, situación, medida superficial, linderos denominación y número, en su caso y cargas reales de la finca que se trate de inscribir. b) La naturaleza, valor, condiciones y cargas del derecho real inmatriculable de que se trate y las de la finca a que se refiere la regla anterior. c) El nombre de la persona o corporación de quien se hubiere adquirido el inmueble o derecho, cuando constare. d) El título de adquisición o el modo como fueron adquiridos. e) El servicio público u objeto a que estuviere destinada la finca.

¹¹ El hecho de que el procedimiento del artículo 206 LH y el 304 de su Reglamento equipare a la Iglesia Católica con el Estado, Provincias, Municipios y Corporaciones de derecho Público para facilitar la inmatriculación de bienes inmuebles, legitimando a los Diocesanos para expedir las certificaciones pertinentes, asimilándolos a funcionarios públicos, atenta contra el principio constitucional de laicidad. En su opinión, este principio impide asimilar los fines religiosos con los públicos y a los miembros de una confesión con los funcionarios públicos: cfr. A. TORRES GUTIÉRREZ, *En torno a la inconstitucionalidad del proceso inmatriculador de fincas de los artículos 206 de la Ley Hipotecaria y 304 de su Reglamento*, en *Protección del patrimonio cultural de interés religioso: Actas del V Simposio Internacional de Derecho Concordatario*, Granada, Comares, 2012, p. 550. En el mismo sentido A. M. RODRÍGUEZ RAMOS, *La Mezquita de Córdoba: un paradigma en peligro*, en www.laicismo.org [consultado el 23 de octubre 2018].

¹² R. BENEYTO BERENGUER, *Retos en la gestión de los bienes de la Iglesia*, en *Nuevos desafíos del Derecho canónico a cien años de la primera codificación (1917-2017)*, dir. M. Gas Aixendri, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2018, pp. 98-99, donde menciona las certificaciones de matrimonio religioso que se llevan al Registro Civil para su inscripción. También cabría añadir las certificaciones emitidas por las autoridades religiosas sobre los fines religiosos de sus entidades a efectos de inscripción en el Registro de Entidades Religiosas, o acerca de la cualidad de sus lugares de culto, o de la condición de sus ministros de culto. Cfr. M. MORENO ANTÓN, *Luces y sombras en el acceso de los bienes eclesiásticos al Registro de la Propiedad*, «Revista General de Derecho Canónico y Eclesiástico del Estado», 38 (2015), p. 24.

¹³ Cfr. art. 305 RH.

¹⁴ Cfr. art. 306 RH.

¹⁵ Cfr. art. 34 LH y preceptos concordantes. Estas normas protegen frente a todos a los

El procedimiento establecía unos medios ordinarios de inmatriculación que implicaban la exigencia de un riguroso control de entrada de las fincas en el Registro para que coincidiera con la realidad.¹⁶ A la vez, establecía un modo de inscripción más sencillo, reservado a las Administraciones públicas y a la Iglesia católica. La explicación de esta diferencia, en la que algunos han querido ver un trato de favor hacia la Iglesia católica, para otros se encuentra en su origen histórico. Su objetivo era fundamentalmente práctico: facilitar el ingreso en el Registro del patrimonio inmobiliario eclesiástico, muchos de cuyos bienes carecían de título escrito, bien porque nunca lo tuvieron o porque se perdieron cuando el Estado los incautó a consecuencia de las leyes desamortizadoras del siglo XIX.¹⁷ La certificación expedida por la autoridad eclesiástica era un título inscribible en sentido formal, pero no respondía a la noción de título en sentido material, como justificación dominical del derecho que se quería inscribir. Por ello no podía utilizarse la certificación para otros fines distintos de la inmatriculación.¹⁸

Tras la entrada en vigor de la Constitución de 1978, la laicidad del Estado y la igualdad de las confesiones ante la Ley son principios informadores del ordenamiento jurídico. Algunos autores cuestionaron el reconocimiento de la capacidad de la autoridad eclesiástica para emitir certificados que sirvieran de base a la inmatriculación de las fincas de la Iglesia, por entender que colisionaba con el principio de no confesionalidad recogido en el artículo 16.3 de la Ley fundamental. Se consideraba asimismo que la excepcionalidad de este procedimiento podía suponer un trato privilegiado para la Iglesia frente al resto de confesiones religiosas, que no podían usarlo para inmatricular sus propios bienes, atentando contra el principio de igualdad proclamado en el artículo 14 del texto constitucional.¹⁹ Otros muchos autores han defendido

terceros adquirentes de buena fe cuando adquieren a título oneroso de quien aparece como titular en el Registro. En el caso que nos ocupa esta protección quedaba sin efecto durante los dos años posteriores a la inscripción realizada al amparo del art. 206 LH.

¹⁶ Cfr. art. 199 LH a) y b).

¹⁷ Cfr. M. RODRÍGUEZ BLANCO, *Libertad religiosa y confesiones. El régimen jurídico de los lugares de culto*, cit., pp. 354 ss. En el mismo sentido, Arrieta destaca que las razones que justificaron un procedimiento especial para la inmatriculación de bienes públicos y eclesiásticos iban en la dirección de facilitar el acceso rápido del mayor número de fincas al Registro de la Propiedad. El acceso de estos bienes a través del proceso ordinario habría sido necesariamente muy lento debido a su extensión y a la peculiar situación jurídica en la que se hallaba como consecuencia de la legislación desamortizadora. L. J. ARRIETA SEVILLA, *La inmatriculación de fincas de la Iglesia católica por medio de certificación diocesana*, «Ius Canonicum», 50 (2010), p. 528.

¹⁸ Cfr. Sentencia de la Audiencia Provincial de Mallorca (Sección 5), de 27 de septiembre de 2017, FJ 10, Roj: SAP IB 1584/2017 - ECLI: ES: APIB:2017:1584.

¹⁹ Defendían la inconstitucionalidad, entre otros: R. BALLARÍN HERNÁNDEZ, *Rectificaciones constitucionales a la vigencia actual de la certificación de dominio público como medio inmatriculatorio*.

la constitucionalidad de este modo de proceder, argumentando que respondía a la necesidad histórica de posibilitar la inmatriculación y acceso a la protección registral de bienes que carecían de titularidad escrita ya que en muchos casos provenía de tiempo inmemorial, anterior al sistema hipotecario e incluso al nacimiento del propio Estado español.²⁰ Esta situación cambió con la promulgación de la Ley 13/2015, de 24 de junio, de Reforma de la Ley Hipotecaria que modificó el art. 206 LH, eliminando la posibilidad de aplicar a los bienes de la Iglesia el mismo régimen que a los bienes de dominio público. Volveremos sobre este asunto más adelante.

2. 2. *La cuestión de la inscribibilidad de los bienes inmuebles de la Iglesia católica*

Como ha quedado dicho, hasta 1998, por circunstancias de índole histórica, estuvieron legalmente exentos de inscripción en el Registro, en virtud del art. 5.4 RH, los edificios destinados al culto católico.²¹ El Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre eliminó la excepción. La intensa discusión doctrinal a que ha dado lugar la interpretación de este artículo ha girado en torno a tres cuestiones: el significado de la excepción, su fundamento y – con la entrada en vigor de la Constitución en 1978 – su constitucionalidad.

Por lo que se refiere al significado de la excepción, mientras para unos autores constituía una prohibición de inscribir los «templos destinados al culto

culador, «Revista Crítica de Derecho Inmobiliario Registral», 563 (1984), pp. 843-866; P. DE LA HAZA DÍAZ, *Inmatriculación de bienes de la Iglesia mediante certificación expedida por el Obispo», «Revista Crítica de Derecho Inmobiliario Registral», 630 (1995), p. 1594; J. M. GARCÍA GARCÍA, *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*, cit., p. 126; A. TORRES GUTIÉRREZ, *En torno a la inconstitucionalidad del proceso inmatriculador de fincas de los artículos 206 de la Ley Hipotecaria y 304 de su Reglamento*, cit., pp. 534 ss.*

²⁰ Cfr. A. PALOS ESTAÚN, *Inmatriculación en el Registro de la Propiedad de los bienes de la Iglesia*, «Revista Española de Derecho Canónico», 58 (2011), p. 809; J. M. LARRONDO LIZARRAGA, *Reflexión sobre la constitucionalidad del proceso inmatriculador de los bienes de la Iglesia del artículo 206 de la Ley Hipotecaria*, «Revista General de Derecho Canónico y Eclesiástico del Estado», 29 (2012), pp. 16 ss.; R. BENEYTO BERENGUER, *Problemas jurídicos actuales del patrimonio de la Iglesia católica*, «Revista General de Derecho Canónico y Eclesiástico del Estado», 39 (2015), pp. 4 ss.; R. BENEYTO BERENGUER, *Retos en la gestión de los bienes de la Iglesia*, cit., p. 98. M. MORENO ANTÓN, *Luces y sombras en el acceso de los bienes eclesiásticos al Registro de la Propiedad*, cit., p. 23. L. RUANO ESPINA, *Problemática relativa a la inmatriculación de bienes de la Iglesia Católica en el Registro de la Propiedad*, en *Cuestiones actuales de derecho canónico y Derecho eclesiástico del Estado. Actas de las XXXIV Jornadas de Actualidad Canónica*, ed. J. Bosch, Madrid, Dykinson, 2015, pp. 106-108 ss.; M. RODRÍGUEZ BLANCO, *Las certificaciones de dominio de la Iglesia Católica. Análisis del artículo 206 de la ley Hipotecaria*, «Revista Jurídica del Notariado», 34 (2000), p. 301.

²¹ El art. 5 RH exceptuaba de inscripción los bienes de dominio público, los bienes municipales y provinciales de dominio y uso público, las servidumbres impuestas por la ley y, en el apartado 4, los templos destinados al culto católico.

católico»,²² otros opinaban que se trataba de una especie de dispensa o no necesidad, de tal manera que la inscripción se convertía en potestativa para el titular dominical de los bienes.²³ En la práctica tampoco hubo uniformidad de criterio en los Registros de la propiedad, lo que dio lugar a que en unos casos se permitiera la inmatriculación y en otros se denegara, privando a la finca y a su titular, de los efectos beneficiosos de la inscripción.²⁴

Un segundo aspecto controvertido se refiere al fundamento de la excepción.²⁵ Para unos, habría que hallar su razón jurídica en la confesionalidad católica del Estado, que otorgaba un privilegio a la Iglesia.²⁶ Otros han fundamentado el precepto en la notoriedad de los templos católicos, que hacía innecesaria su publicidad registral.²⁷ También se ha señalado como justifi-

²² Cfr. J. CORRAL MARTÍNEZ, *Aspectos civiles, registrales y tributarios de la urbanística del culto*, en *La urbanística del culto: libro homenaje al Prof. Dr. José M^a Urteaga Embil*, coord. C. Corral Salvador, Madrid, Universidad Pontificia Comillas, 2004, p. 25.

²³ Sin decir expresamente que se trate de una “no obligatoriedad” de inscripción, en la práctica, los lugares de culto accedían de hecho al Registro de la Propiedad. Cfr. M. RODRÍGUEZ BLANCO, *Libertad religiosa y confesiones. El régimen jurídico de los lugares de culto*, cit., pp. 348-349. Otros entienden que el art. 5.4 RH no contenía una prohibición sino una “no necesidad” de inscripción de los templos católicos. Cfr. M. GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, *La inscripción de los lugares de culto en el Registro de la Propiedad*, «Ius Canonicum», 52 (2012), p. 81. S. MÍNGUEZ SANZ, J. PUENTE PRIETO, *Consideraciones sobre el régimen jurídico registral de las entidades religiosas*, en *Ponencias y Comunicaciones presentadas en el II Congreso Internacional de Derecho Registral*, vol. II, Madrid, 1974, p. 697. Por su parte, la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 12 de enero de 2001 acoge la tesis de la dispensa frente a la prohibición: «el artículo 5.4 del Reglamento Hipotecario no prohíbe la inscripción, sino que la exceptúa frente al principio del artículo 4, pues una interpretación prohibitiva y no sólo dispensatoria del citado precepto, constituye un evidente caso de discriminación por razón de religión, porque impide la inmatriculación de un templo católico y permite la de destinarlo a cualquier otro culto [...]. La norma preconstitucional, si se estimase ser prohibitiva, queda vacía e ineficaz desde la entrada en vigor de la norma suprema». Dirección General de los Registros y del Notariado (Propiedad), RJ 2002 \ 2129.

²⁴ Por ejemplo, entre 1929 y 1934 le fue denegado el acceso al Registro de la Propiedad de La Seo y El Pilar de Zaragoza al Arzobispo Rigoberto Doménech. Cfr. L. RUANO ESPINA, *Titularidad e inscripción en el Registro de la Propiedad de los bienes inmuebles (culturales) de la Iglesia*, cit., p. 22. Como ejemplo de templo dedicado al culto al que se le permitió la inmatriculación está la Iglesia de Santa María la Blanca de Toledo, inscrita a nombre de la Parroquia de San Martín el 22 de octubre de 1930. Cfr. *Nota informativa del Arzobispado de Toledo sobre Santa María la Blanca*, «Padre Nuestro. Publicación semanal del Arzobispado de Toledo», 1440 (2017), pp. 6-7.

²⁵ Véase un estudio detallado de este asunto en L. RUANO ESPINA, *Problemática relativa a la inmatriculación de bienes de la Iglesia Católica en el Registro de la Propiedad*, cit., pp. 110 ss.

²⁶ J. M. GARCÍA GARCÍA, *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*, cit., p. 126.

²⁷ M. GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, *La inscripción de los lugares de culto en el Registro de la Propiedad*, cit., p. 81. S. MÍNGUEZ SANZ, J. PUENTE PRIETO, *Consideraciones sobre el régimen jurídico registral de las entidades religiosas*, cit., pp. 696-697. Chico y Ortiz une a la razón de notoriedad, la del carácter de “cosas sagradas”, fuera del comercio, de los templos católicos. Cfr. J. M. CHICO Y ORTIZ, *Estudios sobre Derecho Hipotecario*, cit., pp. 992.

cación la semejanza con los bienes de dominio público, ya que el destino de los templos al culto implica un cierto uso generalizado o público de los mismos.²⁸ Esta situación afectaba sólo a la Iglesia católica, no sólo por su notorio arraigo en España, sino porque era el único culto público permitido hasta 1967.²⁹

Por su parte, la Dirección General de los Registros y del Notariado, en Resolución de 31 de marzo de 1982, aclaraba que la excepción del art. 5 RH actuaba sobre la base de dos requisitos: que el templo de culto perteneciese a la Iglesia católica y que estuviese destinado a un uso general de todos los fieles.³⁰ Así, si el edificio destinado al culto no pertenecía a la Iglesia, o no estaba destinado al uso general de todos los fieles, no estaba excluido de la inscripción. Hay que tener en cuenta que no siempre los edificios de culto católico pertenecen a la Iglesia.³¹ Sin embargo, parece que en ocasiones este hecho no queda suficientemente claro en la práctica, de modo que detrás de la excepción de inscripción de los templos de culto católico subyace una cierta confusión entre potestad eclesiástica y dominical, entendiéndose que los lugares de culto católico pertenecían siempre a la Iglesia.³² Esta idea traza la dirección de algunas sentencias, en las que se llega a considerar el destino al culto católico como causa idónea del nacimiento del derecho de propiedad, sin necesidad de que se acredite la titularidad documentalmente.³³ Mientras

²⁸ M. RODRÍGUEZ BLANCO, *Libertad religiosa y confesiones*, cit., p. 347.

²⁹ El art. 6 del Fuero de los Españoles de 1945 – una de las ocho Leyes fundamentales del régimen franquista – afirmaba que «nadie sería molestado por sus creencias ni por el ejercicio privado de las mismas», pero establecía la prohibición de manifestaciones públicas de culto distintas de las católicas. Este artículo fue modificado en 1967, junto a la promulgación de la primera Ley de libertad religiosa, por exigencia de la Iglesia católica, tras el Concilio Vaticano II. Sobre este asunto, cfr. M. BLANCO FERNÁNDEZ, *La primera ley española de libertad religiosa. Génesis de la Ley de 1967*, «Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado», XIV (1998), pp. 119-186.

³⁰ Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado (Propiedad), de 31 marzo 1982. RJ 1982\1591.

³¹ Para entender el alcance de esta afirmación hay que tener en cuenta que sobre los edificios destinados al culto caben tres tipos de potestades: la estatal, la eclesiástica y la dominical. Los lugares de culto están sometidos a las normas estatales que limitan el ejercicio del derecho fundamental de libertad religiosa; además, es la Iglesia quien decide su destino al culto y regula la función cultural. Finalmente, la potestad dominical hace referencia al propietario del inmueble, que puede ser cualquiera, ya que esta circunstancia no depende de su destino cultural. Esta última titularidad es la que “manda” a efectos del Registro, ya que el objeto de éste son las titularidades reales. Es decir, una cosa es quien sea el propietario del inmueble destinado al culto y, otra distinta, que la Iglesia ejerza sobre dicho inmueble su poder de jurisdicción religiosa en lo que se refiere a la destinación y actividad cultural. Cfr. M. RODRÍGUEZ BLANCO, *Libertad religiosa y confesiones. El régimen jurídico de los lugares de culto*, cit., pp. 106-124.

³² Cfr. *ibidem*, p. 347.

³³ Sentencia n. 51/2014, de 26 de febrero de 2014, de la sección Segunda de la Audiencia Provincial de Navarra y Sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra (Sección 3ª), Sen-

que en otras se pone en evidencia de forma expresa la independencia entre el destino al culto o uso religioso y la titularidad dominical.³⁴ Tendremos ocasión de estudiar con más detalle esta jurisprudencia en la tercera parte del artículo.

Finalmente, la tercera cuestión controvertida se refería a la posible inconstitucionalidad sobrevenida de esta excepción, sobre la base de la aconfesionalidad del Estado y del principio de igualdad de todas las confesiones religiosas ante los poderes públicos. Tampoco aquí ha habido unanimidad. Así, hay quien entendía que el artículo era inconstitucional sobre la base de considerarlo perjudicial para la Iglesia católica, al privarla de los efectos beneficiosos de la inscripción.³⁵

El Real Decreto 1867/1998 de 4 de septiembre puso fin a las dudas que ha suscitado este precepto, suprimiendo, por inconstitucional, la prohibición de inscripción de los templos destinados al culto católico.³⁶ El texto legal no especifica la razón de la inconstitucionalidad: si ésta existía para privilegiar a la Iglesia o bien constituía un perjuicio, al impedirle a ésta la posibilidad de inscribir los bienes destinados al culto, mientras las demás confesiones sí que podían hacerlo. Estas circunstancias dieron pie a que la Iglesia iniciase a partir de 1998 un proceso de regularización de su patrimonio inmueble destinado al culto, y a que lo hiciese en muchos casos mediante el procedimiento previsto en el artículo 206 LH, cuando se daban los requisitos legales. Hay que matizar, no obstante, que antes de 1998 la Iglesia había inmatriculado ya algunos edificios destinados al culto en aquellos casos en que los registradores entendieron la excepción como una facultad potestativa.

tencia núm. 23/2003 de 4 febrero. JUR 2003\76133. Es de notar, no obstante, que en ninguno de los dos supuestos la atribución de la propiedad a la Iglesia opera exclusivamente sobre la base del destino al culto católico.

³⁴ Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), Sentencia de 25 enero 1991, RJ 1991\315; Sentencia de la Audiencia Provincial de Segovia, Sala de lo Civil, sección 1ª, sentencia 16/2015 de 4 de febrero de 2015.

³⁵ Corral Martínez entiende que el artículo 5.4 era discriminatorio para la Iglesia: al exceptuar de inscripción los templos destinados al culto católico, se les estaba privando de los beneficiosos efectos de la inscripción. J. CORRAL MARTÍNEZ, *Aspectos civiles, registrales y tributarios de la urbanística del culto*, cit., pp. 24-25. Rodríguez Blanco se inclina por considerar que el artículo, «más que inconstitucional era anacrónico y que adolecía de un defecto de planteamiento que consistía en confundir la potestad eclesiástica con la potestad dominical»: M. RODRÍGUEZ BLANCO, *Libertad religiosa y confesiones. El régimen jurídico de los lugares de culto*, cit., p. 349.

Por su parte, García García ponía en duda la constitucionalidad del art. 5.4 RH a la luz del art. 16 CE que proclama la aconfesionalidad del Estado. J. M. GARCÍA GARCÍA, *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*, cit., p. 126.

³⁶ La Exposición de Motivos del Real Decreto 1867/1998 de 4 de septiembre, al referirse a la reforma del art. 5.4 afirma que «se suprime *por inconstitucional* la prohibición de inscripción de los templos destinados al culto católico». La cursiva es nuestra.

3. EL PAPEL DEL ACTIVISMO POLÍTICO EN LA REFORMA DEL SISTEMA DE INMATRICULACIÓN DE LOS BIENES DE LA IGLESIA

Las reformas legislativas de 1998 y 2015 en relación a la protección registral de los bienes de la Iglesia católica han tenido como trasfondo el activismo de movimientos y partidos políticos de la izquierda de tendencia más laicista. Activismo que sigue avanzando propuestas para ir más allá de estos cambios, cuestionando la validez de las inscripciones realizadas por la Iglesia entre 1998 y 2015 e incluso desde la promulgación de la Constitución.³⁷

Paralelamente, algunos grupos parlamentarios instaron la supresión de la prerrogativa que los artículos 206 LH y 304 RH concedían a la Iglesia y la revisión de las inmatriculaciones hechas en nombre de la Iglesia a través de Preguntas escritas, Mociones, Propositiones no de ley y Propositiones de ley dirigidas al Pleno o a la Comisión de Justicia, tanto en el Congreso como en el Senado. Así, en 2011 se presentó ante la Mesa del Congreso una Proposición no de ley sobre apropiación abusiva de bienes inmuebles por la Iglesia Católica, para su debate en el Pleno. En marzo de 2012 se presentó la misma Proposición no de Ley para su debate en la Comisión de Justicia, donde fue rechazada el 26 de junio de 2013.³⁸ El 6 de junio de 2012, el Grupo parlamentario En-tesa pel Progrés de Catalunya presentó al Senado una Proposición de ley de modificación del artículo 206 LH que también fue rechazada.³⁹ La cuestión vuelve a aparecer en el Diario de Sesiones del Senado el 8 de octubre de 2012.⁴⁰ En marzo de 2014 el Grupo Parlamentario Izquierda Plural dirige de nuevo al Gobierno una serie de preguntas para las que solicita respuesta escrita.⁴¹

³⁷ Un buen ejemplo de estos movimientos es la asociación estatal Europa Laica, constituida en 2001. Esta entidad tiene como objetivos a corto y medio plazo, el desarrollo de un “plan de acciones y campañas” dirigidas a lograr la separación del Estado de las religiones y la eliminación de privilegios jurídicos, políticos, simbólicos, económicos y tributarios de entidades organizadas de cualquier naturaleza, ya sean religiosas o no. Una de las campañas que promueve incluye «prohibir a la Iglesia que pueda inmatricular sus bienes en el Registro de la Propiedad haciendo uso de medios distintos a los previstos para los particulares». Como objetivo específico pretende que la Catedral Mezquita de Córdoba sea destinada a uso civil.

³⁸ Proposición del Grupo Parlamentario de ER-IU-ICV, todos ellos partidos de izquierda radical. Cfr. Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, x Legislatura, Serie D: 13 de marzo de 2012, Núm. 54, p. 18. La proposición aparece rechazada en: Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, Serie D, Núm. 306, 10 de julio de 2013, p. 9.

³⁹ Diario de Sesiones del Senado, Pleno, Núm. 21, 6 de junio de 2012, pp. 1087 ss.

⁴⁰ Cfr. Diario de Sesiones del Senado, Comisión de Justicia, Núm. 85, 8 de octubre de 2012, pp. 2 ss.

⁴¹ La consulta se refiere al caso concreto de la Mezquita de Córdoba. Cfr. Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, Serie D, Núm. 419, 11 de marzo de 2014, pp. 278-279.

El 23 de junio de 2014 se publicó en el Boletín Oficial de las Cortes Generales el Proyecto de Ley de Reforma de la Ley Hipotecaria y del texto refundido de la Ley de Catastro Inmobiliario.⁴² El proyecto modificaba los preceptos relativos a la inmatriculación de fincas y, entre ellos, el de la inmatriculación mediante certificación de dominio. La novedad más llamativa era la supresión de la posibilidad de inmatriculación mediante certificación por parte de la Iglesia católica.⁴³ La exposición de motivos de la norma subraya las razones de índole histórica, vinculadas al fenómeno desamortizador, como desencadenante de esta supresión; no hace referencia en cambio a cuestiones como la laicidad del Estado o la inconstitucionalidad de este precepto.⁴⁴

Algunos grupos políticos manifestaron su desacuerdo. Así, el Grupo Socialista presentó una enmienda a la totalidad, manifestando expresamente su desacuerdo y exigiendo motivos de inconstitucionalidad en la modificación del artículo 206 LH.⁴⁵ Además, proponía una revisión de las inmatriculaciones realizadas a favor de la Iglesia desde 1998.⁴⁶ El Grupo Mixto propuso añadir un punto a la disposición derogatoria única con el fin de otorgar efectos retroactivos a la derogación del artículo 206 hasta la entrada en vigor de la Constitución, de tal manera que se declararan nulas todas las inmatriculaciones hechas desde entonces por la Iglesia a su amparo.⁴⁷

La Ley fue aprobada definitivamente por el Congreso de los Diputados el día 11 de junio de 2015 y publicada en el Boletín Oficial del Estado el 25 de junio. Al día siguiente de su publicación entró en vigor la eliminación del procedimiento de inmatriculación mediante certificación de dominio para la Iglesia católica tal y como había sido planteada por el Gobierno.⁴⁸ Se mantiene también la justificación de tal decisión en la Exposición de Motivos: la desaparición de las circunstancias históricas que dieron pie a este régimen,

⁴² Cfr. Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, x Legislatura, Serie A: Proyectos de Ley, 23 junio 2014, Núm. 100-101, p. 1.

⁴³ Artículo 1.12 del Proyecto de ley.

⁴⁴ Cfr. Exposición de Motivos del Proyecto de Ley de Reforma de la Ley Hipotecaria aprobada por Decreto de 8 de febrero de 1946 y del Texto Refundido de la Ley del Catastro Inmobiliario, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2004, de 5 de marzo. Véase en Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, Serie A, Núm. 100-101, 23 de junio de 2014, pp. 3-4.

⁴⁵ Enmienda a la totalidad propuesta por el portavoz del Grupo socialista. Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, x Legislatura, Serie A: Proyectos de Ley, 9 marzo 2015, Núm. 100-102, p. 3.

⁴⁶ Enmienda 59. *Ibidem*.

⁴⁷ Cfr. Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, x Legislatura, Serie A: Proyectos de Ley, 9 de marzo 2015, Núm. 100-102, p. 4. En sentido parecido propuso enmiendas el Grupo Parlamentario de IU, ICV-EUiA, CHA: La Izquierda Plural. Cfr. *ibidem*, p. 19.

⁴⁸ Disposición Final 5ª, párrafo 2.a.

el reconocimiento de la facultad de inscribir los templos dedicados al culto católico a partir de 1998, lo que ha supuesto un periodo de tiempo suficiente para que la Iglesia regularizara su situación registral y la existencia de recursos dentro del ordenamiento de carácter ordinario para obtener titulación adecuada para la inmatriculación de bienes. Estas razones, unidas al principio constitucional de aconfesionalidad del Estado, justifican la eliminación de la igualdad de trato para la Iglesia y la Administración en este caso concreto a juicio del legislador. En consecuencia, a partir de 2015, la Iglesia tiene a su disposición los mismos medios para inmatricular que el resto de confesiones religiosas y los propios particulares.

A pesar de la promulgación de la reforma, el activismo ha continuado en la línea de cuestionar la legitimidad de las inscripciones realizadas por la Iglesia por el sistema de certificación de dominio. En febrero de 2017, el Grupo parlamentario socialista hace una Proposición no de ley a la Mesa del Congreso para instar a la elaboración de un elenco de los bienes que desde 1998 han sido inmatriculados a favor de la Iglesia católica y para reclamar la titularidad de los mismos, contando con el apoyo de diversos grupos de izquierda.⁴⁹ En el mes de abril, el mismo Grupo socialista solicita al Gobierno información detallada de los inmuebles que fueron inscritos por la Iglesia en Galicia como consecuencia del Real Decreto del 1998⁵⁰ y sobre si las iglesias abiertas al culto son bienes de dominio público y si tiene constancia de que la iglesia haya inmatriculado bienes de dominio público. En su contestación, el Gobierno manifiesta que no dispone de esos datos al tratarse de una competencia del cuerpo de Registradores e informa que tras la aprobación de la Proposición no de ley del mes anterior, el Gobierno estaba impulsando la elaboración de un estudio en el que se recogiesen todos aquellos bienes que desde 1998 han sido inmatriculados a favor de la Iglesia católica.⁵¹ Informa asimismo que sólo pueden ser bienes de dominio público aquellos que son de titularidad pública.⁵² Posteriormente el mismo Grupo socialista ha persistido en exigir el listado de bienes.⁵³

En octubre del mismo año el Gobierno contesta manifestando que ha solicitado al Colegio de Registradores de la Propiedad una relación de todas las inmatriculaciones llevadas a cabo por vía del artículo 206 LH entre 1998 y 2015; que todas las inmatriculaciones de bienes por parte de la Iglesia católica

⁴⁹ Cfr. BOCG. Congreso de los Diputados, serie D, Núm. 112, 28 de febrero 2017, pp. 13-14.

⁵⁰ BOCG, Congreso de los Diputados, XII Legislatura, Serie D: General, 16 de mayo 2017, Núm. 153, p. 11.

⁵¹ BOCG, Congreso de los Diputados, XII Legislatura, Serie D: General, 12 de junio 2017, Núm. 171, p. 94 y BOCG, Congreso de los Diputados, Serie D, Núm. 153, 16 de mayo de 2017, p. 19.

⁵² BOCG, Congreso de los Diputados, Serie D, Núm. 171, 12 de junio de 2017, p. 94.

⁵³ BOCG, Congreso de los Diputados, Serie D, Núm. 206, 12 de septiembre de 2017, p. 175.

se han realizado al amparo de la ley y cumpliendo con la legalidad vigente en cada momento. A la vista de que no hay legalidad conculcada, el Gobierno no considera procedente realizar ninguna acción judicial.⁵⁴ En noviembre de 2017, de nuevo el Grupo socialista vuelve a preguntar cuándo se hará pública la relación de bienes inmatriculados por la Iglesia.⁵⁵ Hasta mayo de 2018 constan diversas preguntas e intervenciones en la misma línea.⁵⁶

Los datos ofrecidos sirven para ilustrar el papel del activismo político de orientación laicista en un asunto que, por ser jurídico, debería ser tratado desde el punto de vista estrictamente legal. Hasta ahora el Gobierno así lo ha tratado, tal como puede verse en las respuestas dadas a las diversas interrogaciones. Cabe pensar que no se trata de un asunto concluido.

4. CONFLICTOS JURÍDICOS SURGIDOS SOBRE LA INMATRICULACIÓN DE BIENES DE LA IGLESIA

La peculiar regulación de la inmatriculación del patrimonio inmueble de la Iglesia ha dado lugar a numerosos litigios. Las causas de esta litigiosidad hay que buscarlas en no pocos casos en la confusa legislación desamortizadora que, en ocasiones, es todavía objeto de análisis en las resoluciones cuando los títulos provienen de aquella época. También ha sido problemático el modo de inscripción previsto por el antiguo artículo 206 LH que, por las razones ya expuestas, llevaba aparejadas menos garantías que el resto de los modos de inmatriculación. Por último, ha sido fuente de litigios la no necesidad – o prohibición – que existía hasta el 1998 para el acceso al Registro de los edificios destinados al culto católico.

En este apartado describiremos algunos de los casos más representativos que han llegado a los tribunales.⁵⁷ Resulta difícil agruparlos, por su variada

⁵⁴ BOCG, Congreso de los Diputados, Serie D, Núm. 246, 13 de noviembre de 2017, p. 107.

⁵⁵ BOCG, Congreso de los Diputados XII Legislatura Serie D: General, 4 de diciembre de 2017, Núm. 261, p. 316.

⁵⁶ En marzo de 2018, a propósito de la reclamación por vía judicial por parte de la Iglesia, de la titularidad del Claustro de Santa María la Real de Nieva y otras dependencias del conjunto arquitectónico, el Grupo socialista pregunta al Gobierno si piensa adoptar alguna medida para asegurar el uso y disfrute del mismo, por ser bien inventariado en el Ayuntamiento y haber sido declarado de interés cultural. BOCG, Congreso de los Diputados, Serie D, Núm. 331, 9 de abril de 2018, p. 31. El mes siguiente el Gobierno responde informando que el referido Claustro no figura en el Inventario General de Bienes y Derechos del Estado, por lo que al Gobierno no le consta la existencia de título alguno que acredite la titularidad del Estado sobre el citado bien. BOCG, Congreso de los Diputados, Serie D, Núm. 354, 22 de mayo de 2018, p. 136; BOCG, Congreso de los Diputados, Serie D, Núm. 362, 5 de junio de 2018, p. 44; BOCG, Congreso de los Diputados, Serie D, Núm. 397, 24 de julio de 2018, p. 54.

⁵⁷ Se han publicado en los últimos años algunos comentarios a la jurisprudencia específica sobre esta materia: cfr. V. BORJA DOSDÁ, *El Registro de la Propiedad y la inmatriculación de los bienes de la Iglesia en la actual legislación hipotecaria*, «Cuadernos Doctorales de la Facultad de

tipología. Se han clasificado de acuerdo principalmente a su contenido en: a) casos en los que un templo católico, ermita o capilla había sido inscrito a favor del Ayuntamiento de esa localidad; b) casos en los que la Administración pública reclama para sí la titularidad del lugar de culto católico; c) supuestos en los que un templo católico es objeto de doble inscripción: la doble inmatriculación; d) Por último, ha habido casos en los que un templo o ermita católicos estaban situados en terreno de un particular: la cuestión litigiosa ha consistido en determinar quién es el titular del lugar de culto sobre el que la Iglesia ejerce su jurisdicción. Finalmente se comentarán dos de los casos más emblemáticos que, trascendiendo el plano estrictamente legal, se han convertido en objeto mediático: el de la Mezquita-Catedral de Córdoba y el de la Iglesia de Santa María la Blanca de Toledo, antigua sinagoga judía.

4. 1. *Supuestos de templo católico, ermita o capilla que habían sido inscritos a favor del ayuntamiento de la localidad*

a) Audiencia Provincial de Burgos (Sección segunda),
Sentencia 20 junio 2016⁵⁸

La Parroquia San Miguel Arcángel de Fuentespina (Burgos) interpuso demanda de acción declarativa de dominio sobre la Ermita de la Santísima Trinidad o del Padre Eterno de esa localidad, y la nulidad de la inscripción registral existente a favor del Ayuntamiento. La ermita estaba incluida en el inventario municipal de bienes desde 1999. El Ayuntamiento la catastró en 2005 y la inscribió a su nombre al amparo del artículo 206 LH en 2006. La Parroquia interpone la demanda el 20 de enero de 2015. El debate se centra en el requisito de la acción declarativa de dominio que consiste en la prueba del título. El Juzgado de primera instancia estimó la demanda de la Parroquia y el Ayuntamiento recurrió en apelación.

Derecho Canónico», 25 (2012-2013), pp. 83-142; J. FORNÉS, *Inscripción de los lugares de culto en el Registro de la Propiedad. Comentario jurisprudencial*, «Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado», 38 (2015).

⁵⁸ Audiencia Provincial de Burgos (Sección 2ª), Sentencia núm. 248/2016 de 20 junio. AC 2016\1311. J. Fornés comenta otro caso de esta clase en la sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra de 26 de febrero de 2014 en la que una parroquia de Irañeta reclama la propiedad de una ermita frente al ayuntamiento. El fallo, favorable a la Iglesia, estima probada la prescripción adquisitiva extraordinaria *contra tabulas* por parte de la parroquia. En su fundamentación señala que «la Iglesia [...] es la titular originaria de la Ermita de San Gregorio, circunstancia que se acredita a través de la notoriedad, que deriva de estar destinada al culto católico desde el inicio hasta la actualidad, así como de actos reveladores del dominio por parte de la Parroquia de San Juan Bautista de Irañeta, sobre la Ermita controvertida...». No obstante, la alusión al destino al culto como causa originaria de nacimiento del derecho, el tribunal hace descansar su decisión sobre la prescripción. Para el comentario completo véase J. FORNÉS, *Inscripción de los lugares de culto en el Registro de la Propiedad*, cit., pp. 7-8.

El órgano de apelación consideró prueba inequívoca de la titularidad de la ermita por parte de la Iglesia, el hecho de que aquélla hubiera sido inscrita a su nombre en el Catastro de 1754: el inmueble en cuestión se hallaba inventariado en el Libro de lo Raíz de la Iglesia correspondiente a dicho catastro, prueba de origen de la propiedad del inmueble. No se considera probada la transmisión del dominio a favor del Ayuntamiento por el hecho de que éste hubiese realizado gastos para su reparación y mejora del entorno. El fallo considera justificado por la parte actora el dominio inicial sobre el inmueble, habiéndose mantenido desde siempre la dedicación de la ermita al culto católico, manteniéndose aquel en el inventario eclesiástico.

b) Audiencia Provincial de Huesca, Sentencia de 18 noviembre 2004⁵⁹

El Obispado de Jaca interpuso demanda de acción declarativa de propiedad sobre la Ermita de Osia y su cementerio, contra el Ayuntamiento de Jaca, quien tenía inscrita a su favor la finca donde se sitúan ambos. El Ayuntamiento había catastrado e inscrito en el Registro la parcela donde se situaba la ermita, pero el inmueble se describía en ambas instancias como finca de secano, sin mención alguna al edificio religioso.

El tribunal encuentra relevante el hecho de tratarse de un edificio destinado al culto al señalar que «la ermita ha tenido que pertenecer a la Iglesia desde su construcción en el siglo XII, al haber sido destinada al culto religioso. [...] Es difícil asumir jurídicamente, [...] que un bien esté dedicado al culto católico, como una ermita, y que, al mismo tiempo, sin concurrir ninguna circunstancia especial, no sea propiedad de la Iglesia, sino del Ayuntamiento [...]». Por otra parte, considera que no hay constancia ni catastral ni registral de la titularidad del Ayuntamiento sobre la ermita toda vez que en ambas instancias no se mencionaba el edificio religioso en la descripción de la finca. Por consiguiente, centra la cuestión en la adquisición del dominio por usucapión para lo que atiende a quién ostenta la posesión a título de dueño, y si concurren junto a ella el resto de requisitos exigidos por la ley.⁶⁰ La Audiencia estima que tales requisitos son cumplidos por la Iglesia católica que siempre ha poseído la ermita a título de dueño y sin que conste que alguna

⁵⁹ Audiencia Provincial de Huesca (Sección 1ª), Sentencia núm. 231/2004 de 18 noviembre. AC 2004\1986.

⁶⁰ Considera como pruebas de la posesión en concepto de dueño del clero que la ermita apareciese en los informes de las visitas pastorales de los obispos de Jaca a la iglesia; el hecho de ser sostenida por las donaciones a la Iglesia o la asunción por parte del Obispado de los gastos de mantenimiento y reparación en los siglos XIX y XX. Además, la iglesia aparecía inventariada en los ficheros parroquiales del Obispado de Jaca. Finalmente, en los años 70 del siglo XX, el obispado arrancó y trasladó las pinturas murales de la ermita al museo diocesano. La sentencia considera que el hecho de que los vecinos dispusiesen de llaves de la ermita y del cementerio anexo, no implica por sí sólo poseer a título de dueño.

vez hubiera perdido esa posesión. Consecuentemente ordena las rectificaciones registrales correspondientes.

4. 2. *Casos en los que la Administración pública reclama la titularidad del lugar de culto católico*

Sobre este asunto se han seleccionado dos sentencias en las que se ha dado la razón en un caso a la Iglesia y en el otro al Ayuntamiento, siempre de acuerdo al derecho civil sustantivo.

a) Tribunal Superior de Justicia de Navarra, Sentencia de 20 enero de 2015⁶¹

En este caso la iniciativa procesal fue del Ayuntamiento de Huarte (Navarra), quien interpuso una acción declarativa de dominio y nulidad registral por la que pretendía que se declare su propiedad sobre la Iglesia de San Juan Evangelista de Huarte, inscrita en el Registro en septiembre de 2003, a favor del Obispado de Pamplona por la vía del artículo 206 de la Ley Hipotecaria. El caso fue desestimado en primera instancia.⁶²

Uno de los fundamentos de la demanda era la existencia de un derecho de Patronato sobre la Iglesia Parroquial a favor de la Villa de Huarte.⁶³ No obstante, como resultado de la práctica de la prueba, el juzgado concluye que el derecho de Patronato no puede en modo alguno asimilarse al derecho de propiedad. La sentencia de primera instancia determina que el Ayuntamiento no acredita la propiedad y, en cambio, la parte demandada sí que lo justifica; aparte de que ya goza de la presunción del Registro.

La sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra⁶⁴ destaca que está acre-

⁶¹ Tribunal Superior de Justicia de Navarra, (Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª), Sentencia núm. 2/2015 de 20 enero. RJ 2015\2318.

⁶² Sentencia n. 77/2013, de 19 de junio de 2013 del Juzgado de 1ª Instancia e Instrucción n. 1 de Aoiz (Navarra). Esta primera sentencia pone de manifiesto los requisitos de la acción declarativa de dominio: la existencia de un título válido que acredite la propiedad de la cosa en el momento de ejercitar la acción; la identificación de la cosa sobre la que se pide la declaración de dominio y la discusión del derecho del actor. Recuerda, asimismo, que el principio de legitimidad registral establece una presunción *iuris tantum* de exactitud registral, que admite prueba en contrario en caso de discordancia entre Registro y realidad extra registral, debiendo predominar esta última en caso de acreditarse.

⁶³ Se denomina "patronato" al privilegio concedido por la Iglesia a personas e instituciones sobre iglesias, ermitas, monasterios, etc., con el fin de agradecer la generosidad de los fundadores o de quienes las dotaron. El patronato conlleva derechos y obligaciones. Entre los derechos, el más frecuente era el de proponer para los oficios eclesiásticos correspondientes. Suponía también honores. Pero no implicaba como tal la propiedad de los bienes inmuebles sobre los que recaía, que eran siempre considerados bienes eclesiásticos. Cfr. J. J. LIZARRAGA NAVARLAZ, *Basílica de la Virgen del Soto de Caparrosa (Navarra): 250º Aniversario 1759-2009*, Caparrosa, 2009, pp. 193-196.

⁶⁴ Audiencia Provincial de Navarra (Sección 1ª), Sentencia núm. 23/2014 de 29 abril. JUR 2014\190376.

ditada la donación y la posesión pública, pacífica y no interrumpida durante nueve siglos por parte del Obispo de Pamplona y desestima la apelación. El Ayuntamiento recurre nuevamente ante el Tribunal Superior de Justicia de Navarra y el recurso es desestimado de nuevo.

b) Audiencia Provincial de Segovia, Sentencia de 4 de febrero de 2015⁶⁵

El Ayuntamiento de Bernardos (Segovia) había promovido en 1958 la inscripción a su nombre de una finca descrita como erial, pero que contenía la Ermita de la Virgen del Castillo. En 1969 se constituyó una Comisión de Vecinos, en la que figuraba como donante el Ayuntamiento, con el fin restaurar la Ermita. En 2007 el Obispado de Segovia catastra la Ermita y el 20 de febrero del 2012 la inmatriculó a su nombre utilizando la vía del art. 206 LH.

El 20 de febrero de 2014 el Ayuntamiento interpuso demanda de acción declarativa de dominio sobre la Ermita contra el Obispado y solicitaba la nulidad de la inscripción registral realizada. La demanda fue estimada en primera instancia y el Obispado recurrió en apelación. El debate de centraba en la existencia o no de título de dominio por parte del Ayuntamiento. La Audiencia desestimó el recurso y confirmó el fallo de primera instancia, entendiendo que concurría prescripción adquisitiva a favor del Ayuntamiento por su posesión a título de dueño, pública, pacífica y no interrumpida, al menos desde 1958 y hasta que es catastrada por el Obispado. El tribunal considera como ejercicio de la facultad dominical la inscripción en el Registro y otros actos que, si bien no son estrictamente dominicales, sí son habitualmente ejercitados por los propietarios: solicitud de la declaración de la zona como bien de interés cultural, autorización para que se hiciesen las obras de reparación de la Ermita, o la gestión de las visitas como bien de interés cultural. En cuanto al resto de los requisitos de la posesión en la usucapión, el tribunal estima que queda acreditada la posesión pública, pacífica e ininterrumpida durante los plazos precisos para la usucapión.

Es interesante tener en cuenta que en el proceso quedó acreditado el uso de la Ermita por parte de la Parroquia para sus actividades de culto. Sin embargo, ese derecho de uso, a juicio del tribunal, no atribuye el dominio. La sentencia hace hincapié en que la destinación al culto no determina la titularidad. En este caso se destaca que la prohibición de inmatriculación se deriva del uso que se da al bien, con independencia de quién ostente el dominio, que podría ser municipal, eclesial, estatal o particular. No hay en este caso confusión entre potestad dominical y jurisdicción eclesial.

⁶⁵ Sentencia de la Audiencia Provincial de Segovia (Sala de lo civil, sección 1ª), Sentencia 16/2015 de 4 de febrero de 2015.

4. 3. *Supuesto en el que la finca donde se hallaba un templo católico, ermita o capilla había sido inscrito a favor de un particular*

Se comenta en este apartado únicamente la sentencia de la Audiencia Provincial de Lugo de 31 de enero de 2007.⁶⁶ La capilla en cuestión estaba situada en un pazo⁶⁷ propiedad de Doña Mercedes, a quien había pertenecido hasta su muerte. A su fallecimiento su albacea vende a Doña Rebeca el pazo excluyendo de la compraventa la capilla o ermita de San Cayetano y una faja de terreno alrededor de la misma, que quedan en beneficio de la Iglesia Parroquial de Celeiro y de sus feligreses.

Tras esa declaración la capilla comienza a ser poseída por la Diócesis de Mondoñedo a través de los párrocos de Celeiro y con amplio respaldo popular, por la devoción que suscitaba el Santo. Allí se celebraban misas, rogativas e incluso bodas, en definitiva, se disponía plenamente del uso e incluso se arreglaba con fondos populares cuando era preciso. En 2001 Rebeca vende a un tercero el Pazo con la capilla incluida.

La Diócesis de Mondoñedo reclama mediante reivindicatoria la propiedad y la devolución de la capilla y el terreno de alrededor en favor de la Iglesia Parroquial de Celeiro; solicita además que se declare la nulidad del contrato de compraventa en lo que a la capilla se refiere y se cancelen las inscripciones registrales a las que haya dado lugar la escritura. Solicita asimismo que se derribe el muro que se había construido en el terreno de la capilla.

El Juzgado de 1º Instancia estima la demanda y declara que la Iglesia Parroquial de Celeiro es propietaria, por usucapión extraordinaria, de la Capilla de San Cayetano y el terreno anejo a ésta. También estima la nulidad del contrato de compraventa y ordena la cancelación de las consecuentes inscripciones registrales, así como el derribo del muro. La Audiencia confirma el pronunciamiento.

4. 4. *Supuesto de templo católico que es objeto de doble inscripción*

Se comentarán en este apartado tres casos. El primero contempla el supuesto de una ermita situada en terreno de un particular que es objeto de una segunda inmatriculación en favor de la Iglesia. En el segundo, la Iglesia tiene inmatriculada a su nombre la finca que contiene una ermita y posteriormente el ayuntamiento de la localidad inmatricula la misma ermita. El tercer

⁶⁶ Sentencia de la Audiencia Provincial de Lugo (Sección 1ª) Sentencia núm. 79/2007 de 31 enero. JUR 2007\138863. Otro supuesto de esta clase se puede ver en la sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra (Sección 3ª), Sentencia núm. 23/2003 de 4 febrero. JUR 2003\76133.

⁶⁷ Casa solariega tradicional de Galicia.

supuesto es el Caso S.A. Ucieza contra España, que ha llegado hasta el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.⁶⁸

a) Sentencia del Tribunal Supremo de 25 enero 1991⁶⁹

La Ley desamortizadora de 2 de septiembre de 1841 declaró bienes nacionales todas las propiedades del Clero secular y decretó la enajenación de los mismos. De este modo la finca «Heredad de Santa María del Mar», que se componía de casa con corral, eras, capilla y tierras adyacentes y pertenecía a la Iglesia Parroquial de Torroella, se vendió en pública subasta y fue adquirida por Don Pedro Mascort, que la registró el 16 de marzo de 1843. A partir de ese momento la finca va transmitiéndose entre miembros de la familia del adquirente. Por agrupación de dicha finca con otra, se formó una nueva registrada el 24 de febrero de 1949. En su descripción se dice que dentro de ella «quedan enclavados los edificios, que consisten en una casa de labor con corral y una capilla».

Por su parte, el 7 de septiembre de 1977, el Obispado de Gerona inmatricula en el mismo Registro, la Capilla de Santa María del Mar situada en Estartit, término de Torroella, a nombre de la Parroquia de Estartit. Lo hace por la vía de los arts. 206 LH y 303 RH, mediante certificación expedida por el Vicario General de la Diócesis de Gerona.

En 1982 el propietario de la finca donde estaba situada la capilla la aporta en escritura pública a la compañía Campings y Turismo, S.A., en concepto de ampliación de capital. La sociedad inscribe la finca a su nombre el 26 de julio de 1982. La descripción de la misma vuelve a incluir «una casa de labor con corral y una capilla...». Campings y Turismo, S.A. promueve entonces acción contra el Obispado de Gerona, sobre declaración de propiedad de la capilla «Santa María del Mar» y cancelación de la inscripción de la misma a nombre de la Parroquia de Estartit. Se estima su demanda tanto en primera como en segunda instancia.

En la sentencia de apelación, la Audiencia Provincial consideraba que Don Pedro adquirió la propiedad de la capilla, juntamente con la finca de la que formaba parte, en virtud de la adjudicación realizada en la subasta pública celebrada en cumplimiento de la Ley desamortizadora de 2 de septiembre de 1841. A partir de ese momento la familia había poseído finca y capilla en concepto de dueño a través de varias generaciones. Además, ambas habían sido inscritas en el Registro de la Propiedad a nombre de los sucesivos titulares dominicales. Se reconoce que en la capilla se habían ido celebrando algunos actos de culto público católico, pero siempre con la autorización de la familia Mascort.

⁶⁸ STEDH de 4 de noviembre de 2014 (Demanda n° 38963/08).

⁶⁹ Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), Sentencia de 25 enero 1991. RJ 1991\315.

El Obispado de Gerona interpuso recurso de casación. El Tribunal Supremo aclara que la celebración de los actos de culto es irrelevante para decidir acerca de la titularidad dominical de la mencionada capilla cuando se han celebrado con la autorización expresa de los titulares del dominio. Lo que viene a poner de manifiesto la diferencia entre potestad eclesiástica y potestad dominical, potestades que pueden darse al mismo tiempo sobre un inmueble, pero sólo la última es la que determina la inscripción de la titularidad.

También en esta sentencia el tribunal se pronuncia sobre la legislación desamortizadora. El Obispado demandado consideraba que el auto de adjudicación de la heredad en la subasta celebrada en 1843 debería considerarse nulo en lo que se refiere a la venta de la Capilla, ya que ésta estaba excluida por virtud de la ley desamortizadora de 1841. El Tribunal Supremo declara que no es posible cuestionarse en la actualidad la validez de una resolución judicial firme dictada hace más de un siglo y desestima el recurso de casación.

b) Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra,
de 3 de octubre de 2013⁷⁰

El 2 de mayo de 1981 el Arzobispado de Pamplona inmatriculó a su nombre el terreno donde se hallaba enclavada la Ermita del Pilar de la Iglesia Parroquial de Santa María de Garisoain (Navarra). El 5 de marzo de 2008 el Ayuntamiento, valiéndose del procedimiento del artículo 206 de la Ley Hipotecaria, inmatriculó a su nombre la Ermita. A la vista de ello, el Arzobispado de Pamplona el 24 de febrero de 2010 interpuso demanda solicitando declaración de su propiedad sobre la Ermita, así como la nulidad de la inscripción registral en favor del municipio.

El juzgado de primera instancia desestimó la reclamación⁷¹ y la Iglesia interpuso recurso de apelación. El tribunal de apelación revocó la sentencia de primera instancia y declaró la propiedad de la ermita a favor de la Diócesis, así como la nulidad de la inscripción registral instada por el municipio.⁷² El fallo considera que la inscripción de la finca en el Registro de la Propiedad constituye una prueba de peso del dominio del Obispado que tiene, además, a su favor la presunción del artículo 38 LH. El hecho de que no constara la ermita en la descripción del inmueble, categorizado como «finca con destino religioso», no se considera obstáculo para entenderla incluida, ya que «no

⁷⁰ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, (Sala de lo Civil y Penal, Sección 1ª), Auto núm. 12/2013 de 3 octubre. JUR 2014\33989.

⁷¹ Sentencia de 31 de enero 2011, del Juzgado de primera instancia nº 1 de Estella (Navarra) en el Juicio Ordinario n. 238/2010.

⁷² Audiencia Provincial de Navarra (Sección 2ª), Sentencia núm. 234/2012, de 16 noviembre. AC 2013\583.

hay que olvidar que la inscripción de edificios destinados al culto católico no era posible en las fechas de inscripción a favor de la diócesis, por no haberse modificado la Ley Hipotecaria». Tampoco se desvirtúa la inscripción por la inmatriculación de la Ermita por el Concejo en virtud de lo dispuesto en el art. 206 LH, sujeta a un plazo de dos años para que surta efectos frente a terceros: el consistorio inscribió el 5 de marzo de 2008 y la demanda del Obispado se presentó el 24 de febrero de 2010. La decisión fue recurrida ante el Tribunal Superior de Justicia de Navarra, que declaró firme la sentencia de apelación.

c) Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos,
4 de noviembre de 2014 (Caso S.A. Ucieza c. España)

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha tenido ocasión de pronunciarse sobre un supuesto de doble inmatriculación vía art. 206 de la Ley Hipotecaria, cuyo núcleo es la titularidad dominical de una iglesia inscrita mediante certificación diocesana cuando ya figuraba registrada como parte de una finca rústica propiedad de una empresa privada.⁷³

La empresa S.A. del Ucieza adquirió un terreno rústico y lo inscribió a su nombre en 1979. En la inscripción consta expresamente que en el terreno están enclavadas «una iglesia, una casa, norias, corrales y un molino». La finca adquirida perteneció originariamente a la orden religiosa de los Premostratenses, que formaba parte del priorato de Santa Cruz. La citada orden fue suprimida a comienzos del XIX y sus bienes desamortizados y vendidos en pública subasta. Los terrenos y el edificio del priorato fueron adquiridos por un particular el 22 de diciembre de 1841. Posteriormente se dio una cadena de transmisiones que, al reflejarse en el Registro de la Propiedad, siempre mencionan expresamente como parte de la finca «un edificio que era antiguamente la iglesia del priorato de Santa Cruz». El 22 de diciembre de 1994, el obispado de Palencia inscribe a su nombre, mediante la certificación diocesana del art. 206 LH, un “terreno urbano” con una iglesia cisterciense del siglo XIII, una sacristía y una sala capitular, sitios en el terreno propiedad de la S.A. del Ucieza. Tras remitir ésta, sin éxito, una reclamación al Obispado porque se considera injustamente privada de parte de su propiedad, sin mediar causa de utilidad pública ni indemnización, inicia una acción civil declarativa del dominio y de nulidad de la inscripción a favor de aquél.

Los tribunales de instancia desestiman la demanda sobre la base de que la iglesia era parroquial y estaba excluida, tanto de la desamortización co-

⁷³ Para un análisis pormenorizado de la sentencia, puede verse M. MORENO ANTÓN, *Luces y sombras en el acceso de los bienes eclesiásticos al Registro de la Propiedad*, cit., pp. 30-40.

mo de las ventas posteriores, de forma que permanece siempre en poder de la Iglesia católica. La empresa demandante recurre entonces en casación ante el Tribunal Supremo, que declara inadmisibile el recurso porque no se cumplen las exigencias legales para la apertura de la casación “por razón de la cuantía” ya que el valor del bien había sido calificado como inestimable (iglesia cisterciense del siglo XIII), cuando resulta imperativo que la cuantía del litigio esté cuantificada y sea de un montante superior al umbral previsto por la ley. El recurso de amparo que la S.A. del Ucieza presenta ante el Tribunal Constitucional por lesión de los arts. 16 y 24 de la Constitución se declara inadmisibile por falta de contenido constitucional. Se acude entonces ante el Tribunal de Estrasburgo, demandando la lesión por el Estado Español de los arts. 6 y 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, así como la infracción del art. 1 de su Protocolo nº 1. La sentencia se centra en determinar la posible violación del art. 1 del Protocolo nº 1 que reconoce el derecho de la persona al respeto de sus bienes, de manera que nadie podrá ser privado de su propiedad más que por causa de utilidad pública y en las condiciones previstas por la ley y por los principios generales del Derecho Internacional.

Los tribunales españoles resolvieron sobre el fondo del asunto, utilizando el criterio empleado por la jurisprudencia para resolver los supuestos de doble inmatriculación mediante el recurso al derecho civil sustantivo. Sin embargo, no analizaron la correcta aplicación al caso de la normativa hipotecaria. Esto último es lo que hace el Tribunal Europeo, fallando a favor de la empresa demandante y condenando a España, al considerar que se produce una injerencia en el derecho de la demandante al respeto de sus bienes. Se concluye que dicha injerencia es desproporcionada porque la demandante tiene que soportar una carga “especial y exorbitante” (§101). En efecto, el procedimiento previsto en el art. 206 LH estaba reservado para los casos en los que un bien accede por primera vez al Registro, mientras la iglesia objeto de litigio ya figuraba inscrita. El Registrador debería haber aplicado el art. 306 del Reglamento Hipotecario y no permitir la coexistencia de dos entradas contradictorias sobre la misma propiedad.

El Registrador privó a la empresa demandante de los derechos derivados de la inscripción a su favor en el Registro que había obtenido en 1979 porque, al inscribir a favor del obispado, no le dio la posibilidad de formular objeciones, ni la oportunidad de hacer valer sus motivos para oponerse. La nueva inscripción de un bien ya registrado no es legítima si no hay un debate contradictorio. Tendría que haberse abierto una discusión sobre la cuestión del origen de la propiedad y de la validez de las sucesivas transacciones en un plano de igualdad. La imposibilidad de defenderse contra el efecto de la medida de inmatriculación impugnada convierte a esta medida en desproporcionada en sí misma (§91 ss).

Como puede observarse, el TEDH se fija en los cauces formales que han determinado la adjudicación registral a favor del obispado, mientras deja en un segundo plano – sin entrar a juzgarlo – quién tiene mejor derecho sobre el inmueble; de modo que ante el Tribunal de Estrasburgo pesa más la protección de los derechos ganados por quien primero accede al Registro sin entrar a juzgar el derecho de inscripción.⁷⁴

4. 5. *Dos casos paradigmáticos*

Al tratar de conflictos jurídicos en relación a la cuestión de las inmatriculaciones de templos católicos, no podemos dejar de hacer referencia a casos en los que no se han dado pronunciamientos judiciales, sino campañas alentadas por asociaciones ciudadanas o partidos políticos que tienen, entre otros objetivos, la defensa del carácter público de los edificios religiosos.⁷⁵ En algunos casos, sus reivindicaciones han tenido eco en los medios de comunicación y han sido objeto de actividad política en los Ayuntamientos. Comentaremos dos de estos casos por su significado paradigmático.

a) La Mezquita-Catedral de Córdoba

Este edificio de culto católico fue declarado Monumento Nacional en 1882 y Patrimonio de la Humanidad por la UNESCO en 1984. El templo fue propiedad de la Corona desde que Fernando III reconquistó la ciudad de Córdoba hasta que en 1236 se dedicó al culto de Santa María Madre de Dios por orden del monarca. El 2 de marzo de 2006 el Obispado de Córdoba lo inmatriculó como finca urbana con el nombre de Santa Iglesia Catedral de Córdoba por el procedimiento del artículo 206 LH. A raíz de esta inmatriculación se ha impulsado un movimiento con el objetivo de acabar con la titularidad de la Iglesia sobre la catedral.⁷⁶

El 26 de febrero de 2014 un Concejal del Partido Socialista presentó un escrito ante la Dirección General de Patrimonio del Estado en el que acusaba a la Iglesia de haber usurpado la Mezquita. La Dirección encargó a la

⁷⁴ Lo que acreditaba el dominio de la iglesia a favor del obispado no era el certificado diocesano, simple instrumento de acceso al Registro, sino la prueba de que el inmueble referenciado estaba exceptuado de la desamortización por lo que no pudo ser vendido válidamente en pública subasta. Cfr. M. MORENO ANTÓN, *Luces y sombras en el acceso de los bienes eclesiásticos al Registro de la Propiedad*, cit., p. 40.

⁷⁵ Por ejemplo, la Plataforma Europa Laica, la Plataforma de Defensa del Patrimonio Navarro, el Grupo de Inmatriculaciones en Asturias o la Plataforma en Defensa del Patrimonio de Sevilla.

⁷⁶ Sirvan de ejemplo las plataformas Europa Laica y Plataforma Mezquita Catedral. La primera, dentro de su campaña “No a la financiación pública de las Iglesias”, ha incluido la reivindicación de una mezquita de uso civil. La segunda es una plataforma ciudadana constituida en defensa de la titularidad pública del edificio.

Delegación de Economía y Hacienda y a la Abogacía del Estado en Córdoba dos informes. Como conclusión de los mismos, el centro directivo inadmite la denuncia por considerar que carece manifiestamente de fundamento jurídico.⁷⁷ En febrero de 2015, cinco ex alcaldes de Córdoba, concejales por el Partido de extrema izquierda Izquierda Unida, realizaron una declaración pública, con el título “En defensa de la Mezquita-Catedral y el patrimonio histórico de Córdoba”, en la que reclaman la titularidad pública del edificio. En marzo de 2016 la Directora Ejecutiva de la Organización Mundial del Comercio Justo (WFTO), y otras entidades instaron al Ayuntamiento a inmatricular la Mezquita-Catedral a su nombre. La Asesoría Jurídica respondió que no existía ninguna posibilidad legal para ello.⁷⁸

Posteriormente la alcaldesa solicitó un informe jurídico con respecto a la viabilidad legal del ejercicio de acciones judiciales con respecto a la hipotética nulidad de la inscripción registral de la Catedral a nombre de la Iglesia católica. La Asesoría Jurídica concluyó que «no es viable jurídicamente para el Ayuntamiento de Córdoba el ejercicio de una acción judicial que tenga por objeto la nulidad de la inmatriculación de la Mezquita-Catedral a favor de la Iglesia Católica por: 1) carecer de legitimación procesal; 2) la dificultad para que el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad referida al art. 206 LH, tuviera acogida en el órgano judicial de instancia; 3) el hecho notorio de la posesión inmemorial por la Iglesia Católica de la Mezquita-Catedral de forma pacífica, pública e ininterrumpida en concepto de dueña de la misma».⁷⁹

Cabe señalar que el hecho de que el templo haya sido declarado Patrimonio de la Humanidad por UNESCO no pone en discusión quién es su propietario legítimo, ni desde luego lo convierte en un bien público.⁸⁰ De todo ello se puede concluir que, al margen del activismo político-ideológico, en este caso concreto, las razones jurídicas apoyan con solidez la titularidad de la Catedral por parte de la Iglesia católica.

b) Antigua Sinagoga, actual iglesia de Santa María La Blanca de Toledo

También se ha producido cierta polémica acerca de la titularidad jurídica del edificio conocido como “Santa María la Blanca” en Toledo, que en su origen

⁷⁷ Se puede consultar el *Acuerdo de inadmisión de denuncia* con las conclusiones de los informes citados en: <https://www.hispanidad.com/imagenes/minhap%20mezquita-catedral%20C%C3%B3rdoba.pdf> [consultado el 23 de octubre de 2018].

⁷⁸ Información en <https://laicismo.org/wp-content/uploads/2016/10/Informe-asesoria-ayuntamiento-Cordoba-mezquita-2016.pdf>, p. 2 [consultado el 23 de octubre 2018].

⁷⁹ Informe de la Asesoría Jurídica Municipal, cit., pp. 28 ss.

⁸⁰ Véase al respecto la obra editada por J. R. CANO MONTEJANO, *Libertad religiosa en la Unión Europea: el caso de la Mezquita-Catedral de Córdoba*, Madrid, Dykinson, 2017.

fue una sinagoga judía, construida a mediados del siglo XII, y que en 1411 se transformó en iglesia católica.⁸¹ Durante varios siglos tuvo uso religioso, hasta que en 1791 fue transformada en cuartel militar por el Secretario de la Guerra del rey Carlos III, pasando así a ser propiedad del Estado.⁸² En 1929, el rey Alfonso XIII restituyó la propiedad al Arzobispado de Toledo, siendo inscrita el 22 de octubre de 1930. En el año 2011, en la elaboración del Inventario Diocesano, se constató que la titularidad del edificio era de la desaparecida parroquia de San Martín, en la actual demarcación de la parroquia de Santo Tomé, y en el año 2012 la parroquia de Santo Tomé donó en escritura pública el edificio al Arzobispado de Toledo.⁸³

La comunidad judía ha solicitado la devolución de la antigua sinagoga. En efecto, el presidente de la Federación de Comunidades Judías Españolas, con ocasión de la XXII Reunión del comité de enlace entre católicos y judíos en Madrid, el 14 de octubre de 2013, señaló que la entrega de la que fue la sinagoga Mayor de Toledo, podría ser un «símbolo del reencuentro entre judíos y cristianos».⁸⁴ Declaraciones similares a las que acabamos de exponer se han ido sucediendo con posterioridad,⁸⁵ sin que por el momento haya habido reclamaciones en vía judicial o política. No obstante, conviene poner de manifiesto que, tanto en 1992 como en 2000, la Santa Sede solicitó al Arzobispado de Toledo la cesión del edificio con vistas a facilitar la adopción de acuerdos con el Estado de Israel; entre otras cosas para la obtención a cambio del Cenáculo de Jerusalén, si bien las conversaciones no llegaron a buen puerto y la titularidad de Santa María la Blanca no ha sufrido alteración.⁸⁶

5. CONCLUSIONES

El régimen de inmatriculación y protección registral de los bienes inmuebles de culto de la Iglesia católica ha sufrido una evolución que comenzó en 1998, abriendo la posibilidad de inmatricular los templos dedicados al culto católico, y culminó en 2015 con la supresión para la Iglesia de la inmatriculación mediante certificación del Ordinario. De este modo, en la actualidad la Iglesia tiene a su disposición los mismos medios para inmatricular

⁸¹ Cfr. Decreto 114/2001, de 03-04-2001, por el que se delimita el entorno protegible del Bien de Interés Cultural denominado Sinagoga de Santa María la Blanca, localizado en Toledo (D.O.C.M. n.º 49 de 20.04.2001, p. 4977). Véase también *Nota informativa del Arzobispado de Toledo sobre Santa María la Blanca*, cit., pp. 6-7.

⁸² *Ibidem*.

⁸³ *Ibidem*.

⁸⁴ XXII Reunión del comité de enlace entre católicos y judíos, Madrid, 14 de octubre de 2013, en: <http://www.terrasanta.net> [consultado el 23 de octubre de 2018].

⁸⁵ Cfr. J. PÉREZ COLOMÉ, *La sinagoga de la discordia*, «El País», 19 de febrero de 2017; L. SANTAMARÍA, XXVII Jornadas para Delegados Episcopales y Directores de Secretariados de Relaciones Interconfesionales, dedicadas al diálogo con el judaísmo, en www.Aleteia.org [consultado el 23 de octubre de 2018].

⁸⁶ Cfr. *Nota informativa del Arzobispado de Toledo sobre Santa María la Blanca*, cit., pp. 6-7.

cular sus bienes inmuebles que el resto de confesiones religiosas y que los propios particulares.

La norma que exceptuaba de inscripción a los templos destinados al culto católico vigente hasta 1998 resultó en la práctica perjudicial para la Iglesia ya que limitaba la protección registral para una parte de su patrimonio inmueble. Su derogación provocó un proceso de regularización de la situación registral de los inmuebles de la Iglesia de gran trascendencia práctica puesto que en España existe un considerable patrimonio inmueble destinado al culto debido a su tradición católica. Para ello, cuando se carecía de título escrito se utilizó el procedimiento de inmatriculación más sencillo del artículo 206 LH. Como ha podido verse, las razones de la existencia de este procedimiento de inmatriculación para los bienes de la Iglesia tienen un origen histórico. Se pretendía facilitar el ingreso en el Registro de su patrimonio inmobiliario, muchos de cuyos bienes carecían de título escrito, porque nunca lo tuvieron o porque se perdieron cuando el Estado los incautó a consecuencia de las leyes desamortizadoras del siglo XIX.⁸⁷ Este procedimiento ofrecía menos garantías para la seguridad jurídica. Por ello, la propia Ley previó mecanismos para lograr la rectificación en los casos en que el contenido del Registro fuera inexacto. Es decir, en ningún caso ha servido para otorgar arbitrariamente títulos de propiedad a la Iglesia católica.

Las razones de la reforma están, a nuestro juicio, correctamente plasmadas en la exposición de motivos de la propia ley 13/2015. La reforma de 1998 puso remedio a una situación que dejaba sin protección registral a los templos católicos. Entre 1998 y 2015 se ha dado a la Iglesia tiempo suficiente para regularizar la situación registral de aquellos de sus edificios destinados al culto. La facilidad y normalidad actual para obtener una titulación adecuada para la inmatriculación de bienes hace que la utilización de este procedimiento especial por la Iglesia Católica sea hoy innecesaria. Siendo estas las razones de su eliminación, no tiene sentido otorgar efecto retroactivo a la medida derogatoria, ni plantear la revisión de las inmatriculaciones ya realizadas.

Del análisis de los conflictos jurídicos surgidos a raíz de las inmatriculaciones realizadas por la Iglesia, se deduce que en cada caso el órgano jurisdiccional ha aplicado el derecho civil sustantivo para determinar quién tenía la potestad dominical sobre el inmueble dedicado al culto. En unos casos ha fallado a favor de la Iglesia y en otros no. Y eso muestra que el procedimiento utilizado para inmatricular es instrumental respecto a la cuestión de fondo, que es la determinación del derecho de propiedad.

En unos casos se recurre a la prueba del título y se considera acreditado por documentos escritos que justifican el dominio por una donación inicial

⁸⁷ Cfr. Preámbulo de la Ley 13/2015, de Reforma de la Ley Hipotecaria.

y una posesión apta para usucapir. En otros, a pesar de que se ha considerado la “destinación al culto católico” como causa idónea del nacimiento del derecho, sin necesidad de acreditar la titularidad documentalmente, el dominio se ha considerado probado por otras vías jurídicas.⁸⁸ En otros casos se manifiesta expresamente que la destinación al culto no determina la titularidad ni atribuye el dominio;⁸⁹ o que la celebración de los referidos actos de culto es irrelevante para decidir acerca de la titularidad dominical del inmueble cuando se han celebrado con la autorización expresa de quienes aparecen como titulares del dominio.⁹⁰ En los casos analizados la doble inmatriculación surge cuando la finca se ha inmatriculado una vez como parcela, figurando o no el bien litigioso en su descripción registral, y la otra inmatriculación corresponde al edificio. Al no existir coincidencia en la descripción se trata de casos más proclives a provocar confusión en la calificación del registrador.

Como conclusión general del análisis jurisprudencial, cabe decir que en todos los casos se ha aplicado estrictamente la ley. Cuando se ha reconocido la propiedad de la Iglesia católica sobre determinados inmuebles, se ha hecho al amparo de la legalidad vigente y de acuerdo a la demostración del mejor derecho sobre el inmueble a través de las acciones civiles correspondientes. Cabe añadir, sin embargo, que la Iglesia debería estar atenta al cumplimiento de sus obligaciones en relación a la salvaguarda y recta administración de su patrimonio. Y para ello tener especial cuidado en la inmatriculación de los bienes eclesiásticos que corresponda, actuando con especial escrupulosidad en cada caso, de acuerdo a las circunstancias históricas, la documentación existente, y discerniendo si se tiene mejor derecho o no (o lo tiene el Municipio o un tercero), evitando así conflictos innecesarios. Desgraciadamente, no siempre las autoridades eclesiásticas competentes han actuado con la diligencia y prontitud deseables.⁹¹

La sentencia del TEDH en el *Caso S.A Ucieza c. España* no implica – como algunos grupos pretenden – una toma de postura de este Tribunal ante el fenómeno de las inmatriculaciones de lugares de culto católico por parte de

⁸⁸ Básicamente la prescripción adquisitiva; por ejemplo, la extraordinaria contra tabulas, la usucapción ordinaria de bienes inmuebles o, subsidiariamente, la extraordinaria o «la posesión inmemorial del templo por parte de la Iglesia y la vigencia hasta 1998 del art. 5.4 del Reglamento Hipotecario».

⁸⁹ Sentencia de la Audiencia Provincial de Segovia (Sala de lo civil, sección 1ª), Sentencia 16/2015 de 4 de febrero de 2015.

⁹⁰ En este caso el Tribunal remarca la diferencia entre potestad eclesiástica y potestad dominical, que pueden darse al mismo tiempo sobre un inmueble, pero sólo la última es la que determina la inscripción de la titularidad. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), Sentencia de 25 enero 1991.

⁹¹ En este sentido, R. BENEYTO BERENGUER, *Retos en la gestión de los bienes de la Iglesia*, cit., p. 100.

la Iglesia en España, ni respecto a la utilización del proceso de inmatriculación previsto en el art. 206 LH por parte de la Iglesia. La sentencia condena a España por no haber aplicado correctamente la legislación hipotecaria, sin entrar a juzgar la legitimidad del uso de las certificaciones eclesíásticas como medio para la primera inscripción registral de los templos católicos. Tampoco entra a juzgar quién tenía mejor derecho en el caso concreto, asunto que cae fuera de su competencia, referente exclusivamente a la salvaguarda del cumplimiento del Convenio Europeo de Derechos Humanos por parte de los Estados partes. Por eso la condena consistió en obligar al Estado español a indemnizar a la empresa demandante, y no en la devolución de la propiedad sobre la iglesia objeto de litigio.⁹²

Las frecuentes campañas en medios de comunicación, así como la actividad parlamentaria llevada a cabo por determinados grupos, puede calificarse de “activismo”, entendido como el ejercicio de la acción social de carácter público.⁹³ Como ha podido verse, la reforma que acabó con la vía de inmatriculación del art. 206 LEH para la Iglesia no ha terminado con estas campañas, que se matienen tanto a nivel parlamentario, como de actividad en diversos ámbitos de la vida pública. Si, como es previsible, en los próximos meses el Gobierno hace pública la lista de inmuebles dedicados al culto católico inmatriculados por la Iglesia a partir de 1998, es posible que se planteen judicialmente nuevas reclamaciones. Pero nada o poco añadirán a lo que ya se ha dicho hasta ahora sobre esta cuestión, ya que deben ser las razones jurídicas las que conduzcan a determinar en cada caso quién es el titular del dominio, más allá del medio instrumental utilizado para su inscripción en el Registro de la Propiedad.

⁹² La sentencia de 4 de noviembre de 2014 sobre el fondo manifiesta que el TEDH «estima que la cuestión de la indemnización del daño sufrido no está en condición de ser resuelta, por lo que hay que diferirla ante la eventualidad de un acuerdo entre el Estado demandado y la demandante» (§121). Debido a la falta de acuerdo, el Tribunal se pronunció nuevamente con fecha 20 de diciembre de 2016 por medio de una sentencia de satisfacción equitativa. Esta resolución considera inadecuada la *restitutio in integrum* como modo de satisfacer a la demandante (§14) y condena al Estado español a indemnizar a la empresa demandante con 600.000 €, que era el valor estimado del perjuicio patrimonial causado por la defectuosa tutela por parte de la Administración de justicia.

⁹³ Cfr. voz “Activismo” en *Diccionario de la Real Academia Española*.

LE POTENZIALI SFIDE ALL'IMMUNITÀ DEL ROMANO PONTEFICE: UNA RIFLESSIONE A PARTIRE DAI DELITTI DI ABUSO SESSUALE DI MINORI DA PARTE DI CHIERICI

LUCA MARABESE

RIASSUNTO · Il presente articolo intende indagare gli snodi cruciali della tesi di C. T. Washington¹ sulle potenziali sfide del diritto internazionale all'immunità del Romano Pontefice. La comparazione tra lo *ius Ecclesiae*, evolutosi al punto tale da accordare al Vescovo di Roma un'immunità assoluta nell'esercizio del suo ufficio primaziale, e il diritto internazionale, che, mentre riconosce al Papa l'immunità di un Capo di Stato, interpreta i presupposti di tale dottrina in modo sempre più restrittivo, reclama l'attenzione della scienza canonica, soprattutto se si considera la costante tendenza della prassi a ritenere il Romano Pontefice responsabile per i crimini commessi da membri del clero cattolico.

PAROLE CHIAVE: potestà di governo, giurisdizione universale, giurisdizione extra-territoriale, *respondeat superior*, abuso sessuale di minori.

ABSTRACT · *The potential challenges to the immunity of the Roman Pontiff: a reflection from the sex abuse of minors committed by the Clerics* · This article aims to investigate the crucial points of C. T. Washington's thesis on the potential challenges of international law to the immunity of the Roman Pontiff. The comparison between canon law, evolved to the point of granting the Bishop of Rome absolute immunity in the exercise of his primatial office, and international law, which acknowledges the Pope's immunity as a Head of State though interpreting the same doctrine in an ever more restrictive way, calls for the attention of canonical science, especially if we consider the constant trend of the courts to deem the Roman Pontiff accountable for the crimes committed by members of the clergy.

KEYWORDS: power of governance, universal jurisdiction, extraterritorial jurisdiction, *respondeat superior*, sexual abuse of minors.

donlucamarabese@gmail.com, Segretario della Nunziatura Apostolica in Côte d'Ivoire.

¹ Cfr. C. T. WASHINGTON, *The Immunity of the Roman Pontiff in International Law: a Potential Challenge for Canon Law*, Dissertatio ad lauream in Facultate Iuris Canonici apud Pontificiam Universitatem S. Thomae in Urbe, Romae, 2017.

SOMMARIO: 1. La problematica comprensione della “governance” ecclesiale nella prassi onusiana. – 2. Santa Sede, Chiesa cattolica e Stato Vaticano: un contrappunto tra sovranità spirituale e sovranità territoriale. – 3. Due “quaestiones disputatae”. – 3.1. il principio della giurisdizione universale. – 3.2. l’applicazione extra-territoriale dei trattati sui diritti umani. – 4. La teoria del “respondeat superior” nella prassi americana. – 5. Conclusione.

1. LA PROBLEMATICHE COMPRESIONE DELLA “GOVERNANCE” ECCLESIALE NELLA PRASSI ONUSIANA

LA necessità di una risposta adeguata agli scandali di abuso sessuale nella Chiesa segnala come, a una reazione di natura squisitamente pastorale e spirituale – avviata da Giovanni Paolo II e proseguita con audacia da Benedetto XVI e Francesco – se ne sia affiancata una di natura più giuridica che, a partire dal 2001, con la promulgazione del Motu proprio “*Sacramentorum sanctitatis tutela*”, «rappresenta la riforma di diritto penale canonico forse maggiormente significativa dopo la codificazione del 1983». ² Tra gli atti pontifici più recenti di tale complessa riforma si rileva l’istituzione, in seno alla Congregazione per la Dottrina della Fede (CDF), di un Collegio per l’esame dei ricorsi di ecclesiastici per i giudizi in materia di *delicta graviora*. ³ Nondimeno, un nuovo impulso alla riflessione sulla responsabilità giuridica (*accountability*) dell’autorità ecclesiastica è stato sollecitato dalla formulazione del Motu proprio “*Come una madre amorevole*”. ⁴

A questo costante sforzo di revisione e innovazione normativa *ad intra* – incalzato dal crescente disagio per la pubblicazione di casi gravissimi – corrisponde l’impegno per una progressiva conformazione del diritto interno della Santa Sede (canonico e vaticano) alle norme eteroprodotte in sede di accordi internazionali. ⁵ In tal senso, la *Legge VIII* recante norme comple-

² Per un *excursus* sistematico della normativa canonica in merito al crimine di abuso di minori si rinvia a D. MILANI, *Delicta reservata seu delicta graviora: la disciplina dei crimini rimessi alla competenza della Congregazione per la Dottrina della Fede*, «Stato, Chiese e pluralismo confessionale», 32 (2013), p. 3. Vedasi al riguardo D. CRITO, *Le nuove norme sui delicta graviora*, «Ave Maria International Law Review», 1 (2011), pp. 117-140; W. LEVADA, *Per una risposta articolata alla sfida dell’abuso sessuale sui minori*, in *Verso la Guarigione e il Rinnovamento*. Simposio 2012 della Pontificia Università Gregoriana sugli abusi sessuali su minori, a cura di C. J. Scicluna, H. Zollner, D. J. Ayotte, Bologna, EDB, 2012, pp. 29-41. La raccolta ordinata dei principali pronunciamenti pontifici è facilmente reperibile nel sito www.vatican.va.

³ Cfr. FRANCESCO, *Rescriptum Ex Audientia SS.mi, De Collegio intra Congregationem pro Doctrina Fidei constituendo ad appellationes clericorum circa graviora delicta considerandas*, 3 novembre 2014, «AAS», 106 (2014), pp. 885-886.

⁴ Cfr. FRANCESCO, *Litterae Apostolicae Motu proprio datae, Come una madre amorevole*, 4 giugno 2016, «AAS», 108 (2016), pp. 715-717.

⁵ Cfr. G. P. MILANO, *Relazione del Promotore di Giustizia in occasione dell’inaugurazione*

mentari in materia penale, dell'11 luglio 2013, così come la *Legge CCXCVII* sulla protezione dei minori e delle persone vulnerabili, del 26 marzo 2019,⁶ dimostrano la recezione integrale di alcuni delitti contro la persona, per i quali «il tribunale vaticano, da organo di giustizia statuale, viene ad assumere funzione di autorità giurisdizionale ultrastatale, con competenze anche nei confronti di enti che operano nell'ordinamento canonico».⁷

Ciò nonostante, la prassi multilaterale delle Nazioni Unite, alla quale la Santa Sede è periodicamente chiamata a rendere conto di sé e delle sue norme anche nell'ambito della protezione dei minori, ha finora dimostrato un approccio alquanto miope nei riguardi dello *ius Ecclesiae*, incapace anzitutto di coglierne a fondo i profili di «*juridical system, however not equivalent to that of States*».⁸ Tale rilievo si riferisce, in particolare, all'interpretazione fuorviante del concetto di «*religious obedience*», indebitamente fornita dal *Comitato per i diritti del fanciullo* (CRC) nel problematico paragrafo 8 delle sue Osservazioni conclusive al secondo rapporto periodico della Santa Sede.⁹

Il riferimento ai cann. 331 CIC e 590 CCEO dimostra, infatti, quanto la nozione di «obbedienza» sia stata asservita all'istituzione di una nuova forma di «*governance*» ecclesiale, «*where the Holy See is required to control the daily activities of clerics, religious and laypersons, living in the territories of sovereign States*».¹⁰ In ultima analisi, si tratta di un travisamento dei rapporti gerarchici in *Ecclesia* sul quale, come vedremo appresso, influisce l'evoluzione semantica del termine «giurisdizione».

dell'Anno Giudiziario del Tribunale dello Stato della Città del Vaticano, 3 febbraio 2018, in *SECRETARIA STATUS, Bollettino per le Rappresentanze Pontificie*, anno XIX, n. 3, 4-02-2018, pp. 7-33.

⁶ FRANCESCO, Legge n. CCXCVII, Sulla protezione dei minori e delle persone vulnerabili, 26 marzo 2019, «L'Osservatore Romano», 30 marzo 2019, p. 7.

⁷ G. P. MILANO, *Relazione del Promotore di Giustizia...*, cit., p. 11. Cfr. FRANCESCO, Litterae Apostolicae Motu proprio datae, *Ai nostri tempi*, 11 luglio 2013, «AAS» 105 (2013), pp. 651-653; FRANCESCO, Litterae Apostolicae Motu proprio datae, *La tutela dei minori e delle persone vulnerabili*, «L'Osservatore Romano», 30 marzo 2019, p. 6.

⁸ HOLY SEE, *Comments of the Holy See on the Concluding Observations of the Committee on the Rights of the Child*, in http://tbinternet.ohchr.org/Treaties/CRC/Shared%20Documents/VAT/INT_CRC_COB_VAT_18491_E.pdf (ultimo accesso il 15-03-2015), para. 9. Tale approccio s'innesta nel ben più ampio e pervasivo sforzo di blindare i diritti umani alla stregua di un intangibile *corpus* giuridico dotato di alcune «funzioni costituzionali» che lo rendono sempre più direttamente applicabile negli ordinamenti statuali almeno su un duplice fronte: 1) il controllo superiore dell'esercizio del potere pubblico da parte degli organi di trattato, 2) l'orientamento sovente ideologico di tale *governance*. Su tale generalizzata tendenza cfr. L. MARABESE, *Recenti sviluppi nella relazione tra la Santa Sede e i "treaty bodies" dell'ONU*, «*Ius Ecclesiae*», 28 (2016), pp. 555-578; L. CAVEADA, *Questioni aperte sulla presenza della Santa Sede nel diritto internazionale*, Milano, Wolters Kluwer-Cedam, 2018, pp. 110-111.

⁹ Cfr. UNITED NATIONS. COMMITTEE ON THE RIGHTS OF THE CHILD, *Concluding Observations on the Second Periodic Report of the Holy See*, 25 February 2014, CRC/C/VAT/CO/2, para. 8.

¹⁰ Ivi, para. 7. Per un *excursus* sulla corretta comprensione della *potestas regiminis* in *Ecclesia* vedasi C. WASHINGTON, *The Immunity of the Roman Pontiff...*, cit., pp. 291-312.

Grazie alla lobby di organizzazioni non governative, come, ad esempio, la “Survivors Network of those Abused by Priests” (SNAP), i membri del CRC hanno ignorato che, tra i soggetti configuranti l'autorità nel diritto canonico, i Vescovi e, il primo tra essi, il Romano Pontefice, godono di una potestà piena, inerente il loro ufficio. Ed è proprio per rispettare tale divino principio che non sussiste alcun legame di subordinazione – come invece accade nella piramide dell'organizzazione aziendale (*corporation*)¹¹ – bensì di “comunione gerarchica”,¹² laddove la norma dell'agire episcopale *cum Petro* e *sub Petro* «non è una limitazione della libertà»,¹³ quanto, piuttosto, il presupposto per l'esercizio di una “potestà concorrente”.¹⁴

In altri termini, se esiste un vincolo tra i due soggetti – evidente, ad esempio, nella libera nomina dei Vescovi da parte del Papa¹⁵ o nel conseguente dovere del giuramento di fedeltà nell'assunzione del loro ufficio¹⁶ – non è tuttavia corretto pensarlo in termini di soggezione passiva, giacché i Vescovi conservano una piena capacità volitiva.¹⁷ Il legame che unisce un Vescovo

¹¹ «The entire “State” apparatus of the Church’s long and winding canonical and institutional response to cases of child rape amounts in the end to a personnel policy of a large corporation» SNAP, *Shadow Report, Prepared for 52nd Session of the UN Committee against Torture in Connection with its Review of the Holy See: Submitted by the Center for Constitutional Rights on behalf of the Survivors Network of those Abused by Priests*, April 2014, p. 36. Tale erronea caratterizzazione si evince dall'analisi del domenicano statunitense Thomas Patrick Doyle, acclusa al rapporto ombra di SNAP (Cfr. *Expert Declaration of Fr. Thomas Doyle, J.C.D., C.A.D.C., Annex C in SNAP, Shadow Report...*, cit.).

¹² «That the Church is a “communion” of mutual relationships means that interaction between the particular and the universal Church must “respect the principles of collegiality and primacy and the duties and rights in canon law of all members of Christ’s faithful”» HOLY SEE, *Comments on the Concluding Observations of the Committee on the Rights of the Child*, cit., para. 9b. Cfr. CIC, can. 375 § 2; CONCILIUM ŒCUMENICUM VATICANUM II, *Constitutio Dogmatica Lumen Gentium*, n. 22, 21 novembris 1964, «AAS», 57 (1965), pp. 25-27; *Nota explicativa praevia*, «Enchiridion Vaticanum», vol. I, pp. 448-456. Per un chiarimento sul significato dell'«unione collegiale tra i Vescovi» vedasi GIOVANNI PAOLO II, *Litterae Apostolicae Motu proprio datae, Apostolos suos*, nn. 8-13, 21 maii 1998, «AAS», 90 (1998), pp. 641-658.

¹³ FRANCESCO, *Discorso per la commemorazione del 50° anniversario dell'istituzione del Sinodo dei Vescovi*, 17 ottobre 2015, in http://w2.vatican.va/content/francesco/it/speeches/2015/october/documents/papa-francesco_20151017_50_anniversario-sinodo.html#_ftnrefi8 (ultimo accesso il 27-03-2017). Sulla natura teologica e giuridica della relazione tra il Romano Pontefice e i Vescovi diocesani cfr. C. WASHINGTON, *The Immunity of the Roman Pontiff...*, cit., pp. 312-348. Circa la relazione giuridica tra i soggetti della suprema autorità nella Chiesa e gli Istituti di Vita Consacrata cfr. *ivi*, pp. 348-373.

¹⁴ Cfr. L. CAVEADA, *Questioni aperte...*, cit., pp. 137.

¹⁵ Cfr. CIC, can. 377 § 1.

¹⁶ Cfr. CIC, can. 833.

¹⁷ «La Santa Sede, infatti, ha sempre considerato norma valida di governo nella Chiesa, quella che il Nostro Predecessore, san Gregorio Magno, enunciò con le seguenti parole: *Se non è rispettata la giurisdizione di ciascun Vescovo, viene creata confusione proprio da Noi, che dobbiamo custodire l'ordine nella Chiesa* (San Gregorio Magno, *Registrum Epistolarum*, II, 285)» PAOLO VI, *Lett. ap. Sollicitudo omnium Ecclesiarum*, «AAS», 61 (1969), p. 476. Vedasi inoltre R.

diocesano al Romano Pontefice è finalizzato al dovere di garantire l'unità della Chiesa,¹⁸ tramite il triplice vincolo della professione di fede, dei sacramenti e del governo ecclesiastico.¹⁹

Un'espressione evidente di tale nesso sono le visite «*ad limina Apostolorum*», durante le quali i Vescovi si presentano al Romano Pontefice e ai Dicasteri della Curia Romana per relazionare circa la vita delle Diocesi e ne ricevono, nel discorso conclusivo, osservazioni, raccomandazioni o esortazioni. Non trovano invece spazio provvedimenti dispositivi o impositivi che urgano il Presule all'osservanza stretta di un ordine gerarchico imposto da un Superiore.²⁰

Un'ulteriore manifestazione proviene dal tono della Lettera circolare della CDF, con la quale si *offre* alle Conferenze Episcopali di tutto il mondo l'ausilio necessario per l'adozione di linee guida intese a dirimere i casi di abuso sessuale nei confronti di minori. Queste ultime – annota la missiva – “*dovrebbero fornire*” ai Vescovi diocesani e ai Superiori Maggiori gli “*orientamenti*” opportuni qualora «fossero informati di presunti crimini compiuti da chierici presenti sul territorio di loro giurisdizione».²¹

Ebbene, la formulazione propositiva e condizionale (non imperativa) del testo è motivata dall'inciso finale, secondo cui «la responsabilità nel trattare i delitti di abuso sessuale di minori da parte dei chierici appartiene in primo luogo al Vescovo diocesano».²² Su quest'ultimo incombe, pertanto, il “grave dovere” di intervenire con una risposta che tenga conto sia delle norme canoniche sia delle leggi civili vigenti nello Stato di cui si tratta.²³ Ciò non toglie la facoltà, propria di ogni Conferenza Episcopale, di adottare una le-

J. ARAUJO, *Foreign Sovereign Immunity and the Holy See*, «Ave Maria International Law Journal», (2011), p. 83.

¹⁸ Cfr. CIC, can. 392 § 1; LG 20, 26; CONGREGATIO PRO DOCTRINA FIDEI (d'ora in poi “CDF”), Lett. *Communiois Notio*, n. 12, 28 maggio 1992, «AAS», 85 (1993), pp. 845-846.

¹⁹ Cfr. CIC, can. 205; HOLY SEE, *Comments on the Concluding Observations of the Committee on the Rights of the Child*, cit., para. 9c.

²⁰ «*In short, it is the bishop – not the pope and not the Holy See – who heads the Church in a particular diocese. In this context, each bishop does not follow detailed instructions from the pope or any Roman official in executing his ecclesial and other responsibilities*» R. J. ARAUJO, *Foreign Sovereign Immunity...*, cit., p. 83.

²¹ CDF, Lettera circolare per aiutare le Conferenze Episcopali nel preparare linee guida per il trattamento dei casi di abuso sessuale nei confronti di minori da parte di chierici, 3 maggio 2011, «AAS», 103 (2011), pp. 406-412.

²² Ivi, Conclusione.

²³ In tal direzione vanno le recenti Linee Guida adottate ad experimentum dal Romano Pontefice per il Vicariato della Città del Vaticano, proponendosi come una best practice della Santa Sede, nella misura in cui «contengono indicazioni esemplari che tengono conto dei più avanzati parametri internazionali» (A. TORNIELLI, *Norme all'avanguardia per la protezione dei minori*, «L'Osservatore Romano», 30 marzo 2019, p. 1). Per il testo in parola cfr. FRANCESCO, *Vicariato della Città del Vaticano, Linee guida per la protezione dei minori e delle persone vulnerabili*, 26 marzo 2019, «L'Osservatore Romano», 30 marzo 2019, pp. 6-7.

gislazione complementare giuridicamente vincolante ogni suo membro,²⁴ offrendo così alla Chiesa cattolica «un'ulteriore guida per intervenire in un gran numero di casi storici tornati alla ribalta».²⁵

Ad ogni modo, qualsiasi azione intrapresa dal singolo Vescovo diocesano in una materia tanto delicata non potrà mai soddisfare in modo sostanziale alle esigenze di giustizia, efficacia ed esemplarità senza muovere da un sistema di politiche (*policies*) e procedure giuridiche predisposto, in concertazione, da tutti i membri della Conferenza Episcopale. «Nessun vescovo o superiore religioso può considerarsi esentato dal fornire tale collaborazione».²⁶ È proprio nella prospettiva della “sinodalità”, quale principio cardine della riforma in atto,²⁷ che Papa Francesco ha indetto il recente incontro di febbraio sulla protezione dei minori nella Chiesa – strutturato, peraltro, attorno ai tre cardini della responsibility, dell’accountability e della transparency – affinché un tale impegno sia assunto in modo inequivoco ed effettivo, a partire dai titolari degli uffici capitali.²⁸

Una terza esemplificazione del vincolo di *communio hierarchica* è offerta dalla missiva del Vescovo di Roma ai Vescovi di tutto il mondo, nella quale il Santo Padre deplora un «peccato che ci fa vergognare [...] il peccato di omissione di assistenza, il peccato di nascondere e negare, il peccato di abuso di potere».²⁹ Di qui, il richiamo all’unità d’intenti e d’azione: «voglio che

²⁴ Precursori in tal senso furono i Presuli statunitensi. Cfr. *Essential Norms for Diocesan/Eparchial Policies Dealing with Allegations of Sexual Abuse of Minors by Priests or Deacons*, in UNITED STATES CONFERENCE OF CATHOLIC BISHOPS, *Promise to Protect, Pledge to Heal*, Washington DC, 2006, pp. 21-31.

²⁵ W. LEVADA, *Per una risposta articolata...*, cit., p. 31. Il Prefetto della CDF precisava che la Lettera Circolare «non comporta un trasferimento di autorità o di responsabilità dai vescovi diocesani e dai religiosi superiori alle Conferenze» (corsivo nostro). Si rinvia al contributo di F. LOMBARDI, *Protezione dei minori: dalla consapevolezza all’impegno*, «La Civiltà Cattolica» I (2019), pp. 161-175. Ad oggi (5 aprile 2019), solo 39 Conferenze Episcopali su 113 (cfr. Annuario Pontificio 2019, Città del Vaticano, LEV, 2019, pp. 1062-1080) si sono dotate o sono in fase di adozione di Linee Guida/Protocolli/Codici di condotta. Da notare il grande sforzo che dovrà intraprendere la Chiesa in Africa, dove rilevano finora gli orientamenti degli Episcopati del Kenya, del Sudafrica e della Repubblica Centrafricana, e in Asia, dove si registrano unicamente gli Episcopati del Kerala (in India), della Korea e dello Sri Lanka (cfr. <https://www.pbc2019.org/it/protezione-dei-minori/attivita-in-tutto-il-mondo>). La Pontificia Commissione per la tutela dei minori ha offerto un modello di Linee Guida per assistere gli Episcopati e le Congregazioni Religiose nello sviluppo e nell’implementazione di politiche e procedure per la tutela dei minori e degli adulti vulnerabili dall’abuso sessuale. Il testo è reperibile in http://www.tutelaminorum.va/content/dam/tuteladeiminori/PCPM-EN_images/PCPM%20resources/PCPM-2016.09-GuidelinesTemplate_ITA.pdf.

²⁶ W. LEVADA, *Per una risposta articolata...*, cit., p. 31.

²⁷ Cfr. F. LOMBARDI, *Verso l’Incontro dei vescovi sulla protezione dei minori*, «La Civiltà Cattolica» IV (2018), p. 533.

²⁸ Tutti gli interventi dell’incontro sono reperibili sul sito www.pbc2019.org.

²⁹ Lettera del Santo Padre Francesco ai Vescovi nella Festa dei Santi Innocenti, 2 gennaio 2017, «L’Osservatore Romano», 2-3 gennaio 2017, p. 8.

rinnoviamo tutto il nostro impegno affinché queste atrocità non accadano più tra di noi. Troviamo il coraggio necessario per promuovere tutti i mezzi necessari e proteggere in tutto la vita dei nostri bambini perché tali crimini non si ripetano più. Facciamo nostra chiaramente e lealmente la consegna “tolleranza zero” in questo ambito».³⁰

Del tutto diverso è, invece, il caso di un ordine ingiunto dal Romano Pontefice per via disciplinare, ovvero come esito di un procedimento penale o amministrativo per fattispecie tipicamente previste dall'ordinamento interno della Santa Sede.³¹ Più precisamente, se in ambito vaticano il riferimento più recente va al Motu proprio sulla tutela dei minori e delle persone vulnerabili ovvero alla Legge CCXCVII, vigenti nello Stato del Papa dal 1 giugno 2019, sul piano canonico si impongono alcune osservazioni, anche alla luce della nuova normativa universale in materia di abusi sessuali, promulgata con il Motu proprio “Vos estis lux mundi”.³² Premesso, infatti, che l'intervento penale dell'autorità ecclesiastica sull'autore di una condotta criminosa rappresenta sempre l'*extrema ratio*,³³ si deve riconoscere che, a fronte di un comportamento antigiuridico, viene esercitata una vera *potestà coattiva* mediante l'imposizione di pene che hanno l'effetto di privare un suo soggetto, debitamente giudicato reo mediante regolare processo, di un bene giuridico in Ecclesia.³⁴ Al riguardo, «doverosa è pure la messa in guardia nei confronti della tentazione di strumentalizzare» le norme procedurali, provocando «una “distorsione” nella visione della pastoraltà del diritto ecclesiale».³⁵

³⁰ *Ibidem*. Sulla stessa linea si pongono la *Lettera del Santo Padre Francesco al Popolo di Dio*, 20 agosto 2018, «L'Osservatore Romano», 20-21 agosto 2017, p. 7, così come il recente *Discorso del Santo Padre Francesco alla Curia Romana per gli auguri di Natale*, 21 dicembre 2018, «L'Osservatore Romano», 22 dicembre 2018, pp. 4-5.

³¹ La Santa Sede si è sempre premurata di puntualizzare la differenza sostanziale tra il diritto penale canonico e il diritto penale degli Stati (Cfr. HOLY SEE, *Comments on the Concluding Observations of the Committee on the Rights of the Child*, cit., para. 9d. Vedasi anche UNITED NATIONS. COMMITTEE ON THE RIGHTS OF THE CHILD [d'ora in poi “CRC”], *Replies to the List of Issues in relation to the Second Report of the Holy See*, CRC/C/VAT/Q/2/Add.1, para. 9; HOLY SEE, *Written Replies to the List of Issues in relation to its Initial Report on the Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on the Sale of Children, Child Prostitution and Child Pornography*, 19 January 2014, CRC/C/OPSC/VAT/Q/1/Add.1, para. 10).

³² Cfr. Lettera apostolica in forma di «Motu proprio» del Sommo Pontefice Francesco “Vos estis lux mundi”, 7 maggio 2019, «L'Osservatore Romano», 10 maggio 2019, p. 10. Vedasi inoltre F. IANNONE, *Nota esplicativa*, ivi, p. 11.

³³ Cfr. UNITED NATIONS. COMMITTEE ON THE ELIMINATION OF RACIAL DISCRIMINATION (d'ora in poi “CERD”), *Sixteenth to twenty-third periodic reports of the Holy See*, CERD/C/VAT/16-23, para. 28.

³⁴ L'abuso sessuale dei minori rientra tra i c.d. delitti di foro misto, per i quali si rinvia al disposto del can. 1344 § 2. Si veda anche CERD/C/VAT/16-23, para. 30b.

³⁵ GIOVANNI PAOLO II, *Allocuzione al Tribunale della Rota Romana*, n. 5, 28 gennaio 1994, in https://w2.vatican.va/content/johnpaulii/it/speeches/1994/january/documents/hf_jpii_spe_19940128_romanrota.html (ultimo accesso il 2-12-2016). Il punto è stato rimarcato anche

Perciò, l'inesistenza di una forza di polizia in grado di garantire nel foro canonico l'esecuzione della pena se, per un verso, non induce ad esautorarne l'efficacia, per l'altro non preclude che, ottemperando al dovere di collaborare con l'autorità giudiziaria di uno Stato,³⁶ i tribunali ecclesiastici possano garantire le informazioni richieste sull'indagato, avvalendosi, quando necessario, del segreto confessionale, la cui inviolabilità è altresì tutelata dal diritto internazionale mediante l'art. 73 del *Regolamento di procedura e di prova* dello Statuto di Roma.

2. SANTA SEDE, CHIESA CATTOLICA E STATO VATICANO: UN CONTRAPPUNTO TRA SOVRANITÀ SPIRITUALE E SOVRANITÀ TERRITORIALE

La radice del malinteso che intacca la prassi di tribunali e comitati onusiani si deve all'abituale confusione concettuale tra *Santa Sede*, *Stato della Città del Vaticano* (SCV) e *Chiesa cattolica*. Bisogna perciò inquadrare, seppur brevemente, l'ordine delle connessioni e delle distinzioni in grado di rendere ragione della complessità di un *soggetto* del diritto internazionale, certamente *tipico* se raffrontato con il classico panorama degli Stati.³⁷

Secondo il combinato dei cann. 361 CIC e 48 CCEO, la Santa Sede o Sede Apostolica, *stricto sensu* intesa, non rappresenta in sé alcun ostacolo per il diritto internazionale che, comprendendola come organo centrale di governo della Chiesa cattolica, le riconosce tanto un'autonomia di fini e di poteri (sovrانيتà), quanto l'essenziale capacità ("*power*") di organizzarsi autonomamente al proprio interno.³⁸ Si impone, tuttavia, una precisazione dettata dagli odierni sviluppi della prassi:

«chi agisce nell'ordinamento internazionale sotto il nome di Santa Sede è sempre il Romano Pontefice, non la Curia Romana. Questo nonostante la prassi recente evidenzi che la presenza internazionale della Santa Sede, in particolare nei contesti multilaterali, tende a specializzarsi: infatti, sempre più a tale azione concorrono i differenti Dicasteri e istituzioni della Curia Romana in ragione della loro competenza. Non si tratta però di una presenza internazionale della Santa Sede in *sensu ampio*,

nell'intervento di C. J. SCICLUNA, *La ricerca della verità nei casi di abuso sessuale: un dovere morale e legale*, in *Verso la Guarigione e il Rinnovamento...*, cit., p. 93.

³⁶ Cfr. CRC, *Consideration of reports of States parties, Second periodic report of the Holy See on the implementation of the ICRC and Initial report of the Holy See on the implementation of the CRC-OP-SC*, Summary record, Sixty-fifth session, 16 January 2014, CRC/C/SR.1852, para. 36.

³⁷ Per una più ampia e dettagliata ricognizione si rinvia a L. CAVEADA, *Questioni aperte...*, cit., pp. 9-40.

³⁸ Cfr. R. J. ARAUJO, *The International Personality and Sovereignty of the Holy See*, «Catholic University Law Review», 50 (2001), pp. 291-360; V. BUONOMO, *The Holy See in the Contemporary International Community: a Juridical Approach According to the International Law and Practice*, «Civitas et Justitia», II (2004), pp. 7-40.

bensì di un elemento rilevante esclusivamente agli effetti interni ed assolutamente ininfluyente per l'ordinamento internazionale». ³⁹

Ciò posto, un elemento che contribuisce a complicare la percezione della Chiesa nel mondo consiste nell'esercizio di un'assoluta sovranità territoriale e, conseguentemente, di una piena giurisdizione della Santa Sede sullo SCV. Tale sovranità, simile in tutto a quella degli Stati, si differenzia nettamente dall'esercizio della potestà del Papa sulla Chiesa cattolica, di natura eminentemente «spirituale», inerente cioè il raggiungimento dei propri specifici fini. ⁴⁰

La corretta articolazione delle connessioni e delle distinzioni tra Santa Sede, SCV e Chiesa cattolica costituisce quindi la principale chiave di lettura, giacché la loro ignoranza «has led to a grave misunderstanding of the Holy See's international obligations under the Conventions». ⁴¹ Ad esemplificarlo è la tesi di I. Cismas, secondo cui l'ostinata autocomprensione della Santa Sede nei termini di un «*dual personality scenario*» le consentirebbe «*to shift its personalities to enjoy state privileges, yet denying its obligations and permitting to invoke at the same time rights qua state and non state entity*», ⁴² garantendo così «*the possibility for the [religious] actor to elude state obligations, while claiming state privileges and church autonomy*». ⁴³

Rinviando alla vastissima letteratura di rilievo perlopiù ecclesiasticista, ⁴⁴ è sufficiente ribadire qui la tesi dell'unica soggettività in capo al Romano Pontefice, esercitata attraverso due differenti titoli di sovranità, a seconda che il Papa intervenga come Pastore supremo della Chiesa universale oppure come sovrano dello SCV. ⁴⁵ Seguendo questa logica, un aspetto che oggi richiede at-

³⁹ V. BUONOMO, *Relazioni tra diritto canonico e diritto internazionale*, in *Manuale di diritto canonico*, ed. M. J. Arroba Conde, Città del Vaticano, Lateran University Press, 2014, p. 315; CRC/C/VAT/Q/2/Add.1, para. 6. Cfr. Sul punto è ultimamente tornato anche F. LOMBARDI, *Protezione dei minori: una missione globale per la Chiesa in uscita*, «La Civiltà Cattolica», I (2019), p. 330.

⁴⁰ Cfr. L. CAVEADA, *Questioni aperte...*, cit., pp. 30-40.

⁴¹ HOLY SEE, *Comments on the Concluding Observations of the Committee on the Rights of the Child*, cit., para. 6.

⁴² I. CISMAS, *The Child's Best Interests and Religion: A Case Study of the Holy See's Best Interests Obligations and Clerical Child Sexual Abuse*, in *Implementing Article 3 of the United Nations Convention on the Rights of the child: Best Interests, Welfare and Well-being*, eds. E. E. Sutherland, L.-A. Barnes Macfarlane, Cambridge, Cambridge University Press, 2016, p. 319.

⁴³ *Ibidem*. Vedasi anche I. CISMAS, *Religious Actors and International Law*, Oxford, Oxford University Press, 2014, pp. 201 ss.

⁴⁴ Due riferimenti che permettono di avere un quadro piuttosto completo delle molteplici posizioni dottrinali in merito sono S. FERLITO, *L'attività internazionale della Santa Sede*, Milano, Giuffrè, 1988; J. M. T. OKOLO, *The Holy See: A Moral Person. The Juridical Nature of the Holy See in the Light of the Present Code of Canon Law*, Dissertatio ad Doctoratum in Jure Canonico Consequendum, Romae, 1990.

⁴⁵ Cfr. CERD/C/VAT/16-23, para. 12. In dottrina, P. CIPROTTI, *Funzione, figura e valore della Santa Sede*, «Concilium», 7 (1970), p. 87; G. BARBERINI, M. CANONICO, *Elementi essenziali dell'ordinamento canonico*, Torino, Giappichelli, 2013, p. 113 s.; G. ARANGIO-RUIZ, *Note sulla personalità internazionale della Santa Sede*, in *La politica internazionale della Santa Sede - 1965-*

tenzione, non solo in una prospettiva intraecclesiale, consiste nel precisare il titolo di sovranità nelle formule di ratifica o di accessione con cui la Santa Sede decide di volta in volta di obbligarsi ad uno strumento pattizio multilaterale.

Bisogna cioè considerare se la ratifica o l'adesione sia fatta: a) dalla Santa Sede, b) dalla Santa Sede "a nome e per conto dello SCV", c) dalla Santa Sede, agendo "altresì a nome e per conto dello SCV".⁴⁶ Certo, si tratta pur sempre di «un criterio fattuale e di massima, poiché è possibile riscontrare l'esistenza di alcuni trattati sottoscritti solo dalla Santa Sede, [che] rivestono specifici profili di importanza anche per lo SCV». ⁴⁷ Lo dimostra la *Convenzione contro ogni forma di discriminazione razziale*, ratificata dalla Santa Sede *tout court*, quantunque essa dispieghi i suoi effetti anche nello Stato Vaticano.

Una valutazione ancor più significativa se ci si riferisce alle derive che la Santa Sede deve costantemente fronteggiare nella paragiurisprudenza dei TB tra la peculiarità delle norme e delle procedure canoniche e quelle configuranti l'ordinamento vaticano.

Rimangono pertanto un riferimento imprescindibile le dichiarazioni interpretative apposte alla *Convenzione sui diritti del fanciullo* e alla *Convenzione contro la tortura ed altre pene o trattamenti crudeli, inumani o degradanti*,⁴⁸ mediante cui la Santa Sede si è vincolata ad attuare gli obblighi pattizi esclusivamente nell'ambito dello SCV. Ne deriva che, al di fuori dei confini dello Stato del Papa, «la Santa Sede può garantire tra quanti sono soggetti alla sua sovranità spirituale solo la diffusione dei principi e delle disposizioni che i medesimi strumenti pattizi contengono. Risulta infatti impossibile per la Santa Sede garantirne l'esecuzione da parte di tutti i *christifideles*, come pure delle strutture che nel mondo appartengono alla Chiesa».⁴⁹

1990, a cura di G. Barberini, Napoli, ESL, 1992, pp. 25 ss.; IDEM, *Santa Sede (Chiesa cattolica e Stato della Città del Vaticano)*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, XIII, Torino, Utet, 1997, pp. 582 ss.; G. BARBERINI, *Chiesa e Santa Sede nell'ordinamento internazionale. Esame delle norme canoniche*, Torino, Giappichelli, 2003².

⁴⁶ Cfr. V. BUONOMO, *Convenios Intenacionales [Adhesión de la Santa Sede a]*, in *Diccionario General de Derecho Canónico*, eds. J. Otaduy, A. Viana, J. Sedano, vol. II, Pamplona, Thomson Reuters Aranzadi, 2012, pp. 721-725.

⁴⁷ A. SARAIS, *Le fonti del diritto vaticano*, Città del Vaticano, Lateran University Press, 2011, p. 186.

⁴⁸ Al riguardo, si noti l'errore del Comitato contro la tortura (d'ora in poi "CAT") nelle ultime Osservazioni conclusive, dove confonde lo Stato Vaticano con la Santa Sede: CAT/C/VAT/CO/1, para. 8. Vedasi anche S. M. TOMASI, *Presentation of the Initial Periodic Report of the Holy See to the Committee on the Convention against Torture*, Palais Wilson, Geneva, 5 May 2014, in <https://press.vatican.va/content/salastampa/it/bollettino/pubblico/2014/05/05/0323/00714.html#5> (ultimo accesso il 10-02-2016).

⁴⁹ V. BUONOMO, *Considerazioni sul rapporto tra Diritto Canonico e Diritto Internazionale*, «Anuario de Derecho Canónico», 4 (2015), p. 59. Torna costante, nel dialogo con i TB, questo modo di esprimersi: «the Holy See emphasizes, once again, that in accordance with international law and State practice, (it) does not ratify a treaty on behalf of every Catholic in the world, and there-

Nel dettaglio, è utile notare la distinzione tra il termine “implementazione”, adoperato dalla Segreteria di Stato per riferirsi all'applicazione delle norme convenzionali dentro i confini di un determinato territorio, e i verbi “incoraggiare” e “promuovere”, intendendo con essi descrivere l'impegno internazionale della Santa Sede per la formazione delle coscienze.⁵⁰

In pari tempo, si consideri attentamente che il processo di adattamento conformativo del diritto interno della Santa Sede ai principi e alle norme internazionali mediante la loro diffusione tra “gli uomini di buona volontà” costituisce a tutti gli effetti una modalità di adeguamento intrinsecamente giuridica, giacché perfettamente inquadrabile nell'ambito dei diritti e dei doveri che articolano il “*munus docendi Ecclesiae*”. Ciò non toglie che la missione educativa della Chiesa, pur espletandosi “*sub specie iuris*”, miri, in ultima analisi, alla formazione della coscienza umana, ispirata dai principi evangelici. In questo processo sarà tuttavia utile non confondere le *forme giuridiche* della recezione della normativa internazionale con la percezione dell'*effetto morale* che l'adempimento di tali obbligazioni inevitabilmente produce in coloro che sono soggetti alla sovranità spirituale della Santa Sede.

Ultimamente, il fatto che i fedeli e le istituzioni della Chiesa, nella misura in cui vivono ed operano in diversi Paesi, sono sottoposti alla singole sovranità e giurisdizioni nazionali «esclude ogni rilievo di inadempimento o di illiceità alla condotta della Santa Sede rispetto al disposto di una convenzione. A confermarlo [...] si impone il rispetto del principio della non ingerenza negli affari interni di uno Stato riguardo ai suoi cittadini o residenti che sono anche membri della Chiesa».⁵¹ Si tratta di una osservazione di estrema importanza se si considera che i *treaty bodies* (TB) tendono ad affermare una “giurisdizione universale sui diritti umani” al pari di quanto già accade per i *crimina iuris gentium*.

3. DUE “QUAESTIONES DISPUTATAE”

3. 1. Il principio della giurisdizione universale

Il principio della “giurisdizione universale” intende tradurre in termini giuridici l'assunto per il quale taluni crimini ledono gli interessi fondamentali

fore, does not have obligations to “implement” the Convention within the territories of other States Parties on behalf of Catholics, no matter how they are organized» HOLY SEE, Comments on the Concluding Observations of the Committee on the Rights of the Child, cit., para. 10a.

⁵⁰ CRC/C/VAT/Q/2/Add.1, para. 11.

⁵¹ V. BUONOMO, *Considerazioni sul rapporto...*, cit., p. 59. Nella prassi, HOLY SEE, *Comments on the Concluding Observations of the Committee on the Rights of the Child*, cit., paras. 3, 10c, 12; CERD/C/SR.2394, para. 3; CAT/C/SR.1220, para. 4; «Clerical and lay staff of Catholic hospitals, schools, orphanages and other institutions were subject to the jurisdiction of those States» CAT/C/SR.1223, paras. 8, 13.

della Comunità internazionale al punto che, per assicurarne la punibilità, si riconosce in capo agli Stati il diritto, se non addirittura l'obbligo, di perseguire l'autore del reato indipendentemente dal luogo dove esso è stato compiuto ovvero dalla nazionalità del reo o della vittima.⁵² Da parte sua, lo Statuto di Roma ne ha precisato la natura complementare e sussidiaria rispetto alla giurisdizione dei tribunali nazionali.

Fra le gravi violazioni dei diritti umani tradizionalmente soggette all'applicazione di tale principio si annoverano il *genocidio*, i *crimini contro l'umanità* e i *crimini di guerra*.⁵³ Parimenti, che tale classificazione sia soggetta ad un progressivo ampliamento lo si evince dal complesso e articolato dibattito, in corso dal 2009 nel Sesto Comitato dell'Assemblea Generale dell'ONU, inteso ad una definizione unanime del concetto di "*universal jurisdiction*",⁵⁴ nonché a chiarirne la portata e le procedure applicative. A tale processo si somma l'iter dei lavori della *Commissione del Diritto Internazionale* mirati ad un'apposita Convenzione sui crimini contro l'umanità.⁵⁵

⁵² Cfr. C. T. WASHINGTON, *The Immunity of the Roman Pontiff...*, cit., p. 173.

⁵³ «In Gran Bretagna la Camera dei Lords, il 25 marzo 1999, si è pronunciata sul caso *Pinochet* riconoscendo l'esistenza di una giurisdizione universale per la punizione degli atti di tortura. La Camera inglese ha ritenuto che, per le imputazioni di atti di tortura commessi nel periodo successivo al 29 ottobre 1988, Pinochet abbia perso l'immunità spettante, in base ai principi consuetudinari di diritto internazionale, agli *ex capi* di stato per i crimini commessi nell'esercizio delle loro funzioni. Il 20 ottobre 1988 il Cile ha ratificato la Convenzione contro la tortura adottata dall'Assemblea delle Nazioni Unite il 10 dicembre 1984. L'art. 4 del Trattato prevede che gli Stati firmatari puniscano come reato ogni atto di tortura e concedano l'estradizione per questo crimine. La decisione della Camera dei Lords ha introdotto nel diritto internazionale il principio secondo cui l'immunità per il Capo di Stato dalla giurisdizione di un altro Stato per i crimini commessi nell'esercizio delle sue funzioni non si estende ai comportamenti previsti come delitti da una convenzione internazionale. Ciò equivale al riconoscimento dell'esistenza di una sorta di giurisdizione universale per la punizione del delitto di tortura. Se dunque la globalizzazione ci impone di ripensare gli strumenti di tutela degli individui e dei loro diritti, il superamento della concezione e del ruolo tradizionale dello Stato pone problemi nuovi e nuove possibilità per un riconoscimento universale dei diritti umani e della loro tutela», C. MEOLI, *La "jurisdicción universal" per la tutela dei diritti umani. Nota a STC 237/2005*, in <http://archivio.rivistaic.it/dibattiti/vicendeinternazionali/meoli.html> (ultimo accesso il 23-03-2017).

⁵⁴ «The confusion about universality is that it has at least five meanings: (1) universality of condemnation for certain crimes; (2) universal reach of national jurisdiction, which could be for the international crime for which there is universal condemnation, as well as others; (3) extraterritorial reach of national jurisdiction (which may also merge with universal reach of national legislation); (4) universal reach of international adjudicative bodies that may or may not rely on the theory of universal jurisdiction; and (5) universal jurisdiction of national legal systems without any connection to the enforcing state other than the presence of the accused. The diverse meanings attributed to universal jurisdiction have probably been among the reasons why confusion has surrounded its legal significance» M. C. BASSIOUNI, *Universal Jurisdiction for International Crimes: Historical Perspectives and Contemporary Practice*, «Virginia Journal of International Law», 42 (2001), p. 152.

⁵⁵ Cfr. C. WASHINGTON, *The Immunity of the Roman Pontiff...*, cit., pp. 278-284.

In questo contesto, particolarmente allarmante risulta l'orientamento sotteso al ricorso contro Benedetto XVI, depositato nel 2011 presso la Corte Penale Internazionale da SNAP con l'ausilio del "Center for Constitutional Rights" (CCR).⁵⁶ Nel *dossier* si accusa il Romano Pontefice di crimini contro l'umanità per la copertura di reati a danno di minori commessi da chierici in vari Paesi del mondo, con l'esplicita richiesta di incriminarlo in conformità ai principi della diretta e superiore responsabilità, di cui agli artt. 25(c)(d) e 28(b) dello Statuto di Roma.⁵⁷ In ultima analisi, benché la Corte abbia declinato ogni competenza ad entrare nel merito della causa, si è osservato che «*the decision not to proceed may be reconsidered in the light of new facts or information*»,⁵⁸ suggerendo altresì la possibilità di adire «*appropriate national or international authorities*». ⁵⁹

Giacché il caso potrebbe riproporsi all'attenzione dei fori internazionali, non si devono ignorare le possibili derive provocate dall'abuso del principio in parola, sinteticamente richiamate anche dall'Osservatore Permanente della Santa Sede a New York:

*The issue undoubtedly impacts what some have described as competing principles: the sovereignty of States and immunity of officials, on the one hand, and the deterrence of the most serious crimes and prevention of impunity, on the other. Used for political or ideological purposes, universal jurisdiction has the potential to harm international cooperation and the rule of law.*⁶⁰

La salvaguardia del principio di giurisdizione universale da usi o fini impropri esige pertanto di assicurarne un'applicazione conforme con quanto stabilito dallo Statuto dell'ONU e dalle norme internazionali, con specifico riferimento ai principi di sovranità e integrità territoriale degli Stati.⁶¹

⁵⁶ Cfr. B. D. LANDRY, *The Church Abuse Scandal: Prosecuting the Pope before the International Criminal Court*, «Chicago Journal of International Law», 12 (2011), pp. 341-373.

⁵⁷ Cfr. CCR, *Victims' Communication Pursuant to Article 15 of the Rome Statute Requesting Investigation and Prosecution of High-level Vatican Officials for Rape and Other Forms of Sexual Violence as Crimes Against Humanity and Torture as a Crime Against Humanity*, ICC File No. OTP-CR-159/11, in <http://nationbuilder.s3.amazonaws.com/snap/pages/795/attachments/original/FINALSNAPWORD.pdf?1315913668> (ultimo accesso il 10-02-2016). Vedasi, in particolare, le pp. 51-53 dove la struttura gerarchica della Chiesa cattolica viene descritta alla stregua di una "chain of command" nella quale il Romano Pontefice risulta direttamente responsabile per i crimini commessi da qualsiasi *christifidelis* nel mondo.

⁵⁸ INTERNATIONAL CRIMINAL COURT, OTP-CR-159/11, in http://d3n8a8pro7vhmx.cloudfront.net/snap/pages/795/attachments/original/1372188351/ICC_letter_from_Prosecution.pdf?1372188351 (ultimo accesso il 10-02-2016). Vedasi la rassegna in C. WASHINGTON, *The Immunity of the Roman Pontiff...*, cit., pp. 278-284.

⁵⁹ *Ibidem*.

⁶⁰ B. AUZA, *Statement of the Permanent Observer of the Holy See to the United Nations Sixth Committee of the 70th Session of the General Assembly on Agenda item 86: The Scope and Application of the Principle of Universal Jurisdiction*, in <https://holyseemission.org/contents//statements/5626a273edc3e9.20538127.php> (ultimo accesso il 30-08-2017).

⁶¹ Cfr. *ibidem*.

3. 2. L'applicazione extra-territoriale dei trattati sui diritti umani

Parallelamente alle riflessioni condotte nell'ambito del diritto penale internazionale, si assiste ad una analoga acquisizione in seno ai TB, per i quali «*by ratifying the Convention(s) a State Party has “committed itself to implementing the Convention(s)” through “individuals and institutions” living and operating in the territories of other States*». ⁶² Un rilievo che la Santa Sede ha prontamente ripreso nelle sue contro-osservazioni al CRC, laddove denuncia «*a controversial new approach to “jurisdiction”*», ⁶³ in palese conflitto con l'intendimento essenzialmente territoriale di tale nozione nel diritto internazionale. ⁶⁴

Come si notava sopra, a determinare siffatta tendenza concorre l'errata comprensione dei Comitati circa la dottrina del Primato petrino, cristallizzata nel can. 331 del Codice latino vigente, dove si riconosce al Romano Pontefice il libero esercizio di una *potestà di governo* ⁶⁵ *ordinaria, suprema, propria, universale e immediata* su tutti, sia pastori che altri fedeli. Secondo la lente interpretativa degli organi di trattato, tale norma costituirebbe il pretesto immediato per imputare al Papa la responsabilità dei reati compiuti da un chierico o, più genericamente, da un qualsiasi *christifidelis*, ben oltre i confini dello Stato della Città del Vaticano (SCV). ⁶⁶

La replica della Segreteria di Stato non si è fatta attendere: «*the Holy See's religious and moral mission, which transcends geographical boundaries, cannot be transformed into a sort of “universal legal jurisdiction”, which somehow becomes a matter under the mandate of a treaty body*». ⁶⁷ D'altronde, s'è visto sopra come

⁶² HOLY SEE, *Comments on the Concluding Observations of the Committee on the Rights of the Child*, cit., para. 10a.

⁶³ Ivi, para. 10.

⁶⁴ Cfr. CRC/C/VAT/Q/2/Add.1, para. 10a.

⁶⁵ Per un ampio excursus sul tema si rinvia a P. ERDÖ, *Il fatto teologico del primato del Romano Pontefice nel diritto canonico vigente (con speciale riguardo al can. 331 CIC)*, «Periodica de Re canonica», 98 (2009), pp. 619-642.

⁶⁶ Cfr. I. CISMAS, *The Child's Best Interests and Religion...*, cit., pp. 310-325.

⁶⁷ A titolo esemplificativo, tale orientamento si rileva in INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE (d'ora in poi ICJ), *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, Advisory Opinion, 9 July 2004, paras. 134, 137, in *International Legal Materials*, vol. 43, 1048-1049; ICJ, *Georgia v. Russian Federation*, Provisional Measure, 15 October 2008, in *ICJ Reports* 2008, 353, para. 109; CCPR, *General Comment No. 31: The Nature of the General Legal Obligation Imposed on States Parties to the Covenant*, 26 May 2004, CCPR/C/21/Rev.1/Add.13, para. 10; CCPR, *Communication, López Burgos v. Uruguay*, No. 52/1979, CCPR/C/13/D/52/1979 (1981); CCPR, *Communication, Celiberti de Casariego v. Uruguay*, No. 56/1979, CCPR/C/13/56/1979 (1991); CCPR, *Communication, Montero v. Uruguay*, No. 106/1981, CCPR/C/OP/2 (1983/1990); CCPR, *Communication, Munaf v. Romania*, No. 1539/2006, CCPR/C/96/D/1539/2006 (2009), para. 14.2; CRC, *General Comment No. 16 on State Obligations Regarding the Impact of the Business Sector on Children's Rights*, 17 April 2013,

la potestà di giurisdizione riconosciuta dal diritto canonico al Vescovo di Roma non intenda affatto negare la *pienezza nativa della potestà*⁶⁸ del Vescovo diocesano entro i confini della propria Diocesi né la *giusta autonomia di governo* (can. 586 § 1 CIC) dei Superiori Maggiori sui membri di un Istituto di Vita Consacrata. In altre parole, se è vero che «per il carattere supremo della potestà del Primato non v'è alcuna istanza cui il Romano Pontefice debba rispondere giuridicamente dell'esercizio del dono ricevuto: "*prima sedes a nemine iudicatur*"», tuttavia ciò non significa che il Papa abbia un potere assoluto». ⁶⁹ In alcun modo è quindi possibile sostenere che la giurisdizione universale del Romano Pontefice sulla Chiesa equivalga ad un controllo effettivo ("*effective control*") su ogni fedele o istituzione ecclesiale.⁷⁰ Tanto più che «il Primato differisce nella propria essenza e nel proprio esercizio dagli uffici di governo vigenti nelle società umane». ⁷¹

La Santa Sede non è il solo "Stato" ad aver eccepito un palese disaccordo sul merito,⁷² potendosi ad esempio rinvenire il medesimo stile argomentativo nelle reazioni dei Paesi Bassi e di Israele ad alcuni *concerns* del Comitato per i diritti umani dell'ONU.⁷³ A sfavore, tra l'altro, un'interpretazione del concetto di giurisdizione svincolato da ogni riferimento territoriale depongono ben due sentenze della Corte Europea dei diritti dell'uomo, da cui risulta inequivocabilmente che «*the bases for extraterritorial jurisdiction are, as a general rule, defined and limited by the sovereign territorial rights of other States*». ⁷⁴ Ne consegue che, solo in presenza di alcune "circostanze eccezionali" è plausibile invocare la responsabilità di uno Stato per atti compiuti al di fuori dei propri confini.⁷⁵ Più precisamente, oltre ai casi di occupazione militare op-

CRC/C/GC/¹⁶, para. 39; INTER-AMERICAN COMMISSION ON HUMAN RIGHTS, *Victor Saldaña v. Argentina*, in Report No. 38/99, OEA/Ser.L/V/II.95 doc. 7 rev. at 289, para. 17 (1998); IDEM, *Ecuador ex rel. Molina v. Colombia*, Inter-State Petition IP-02, in Report No.112/10, OEA/Ser.L/V/II.140 doc. 10 (2010).

⁶⁸ Cfr. G. P. MONTINI, *Alcune riflessioni sull'omnis potestas del vescovo diocesano*, «Quaderni di diritto ecclesiale», 9 (1996), pp. 23-34.

⁶⁹ CDF, *Il Primato del Successore di Pietro nel mistero della Chiesa*, 31 ottobre 1998, n. 10, in http://www.vatican.va/roman_curia/congregations/cfaith/documents/rc_con_cfaith_doc_19981031_primatosuccessore-pietro_it.html (ultimo accesso 15-03-17). Cfr. M. DEL POZZO, *L'estensione della potestà primaziale nel disegno costituzionale*, «Ius Canonicum», 56 (2016), pp. 195-227.

⁷⁰ Cfr. CRC/C/VAT/Q/2/Add.1, para. 54.

⁷¹ CDF, *Il Primato del Successore di Pietro...*, cit., n. 7.

⁷² Cfr. CRC/C/VAT/Q/2/Add.1, para. 10b.

⁷³ Cfr. THE NETHERLANDS, *Replies of the Government of the Netherlands to the Concerns Expressed by the Human Rights Committee*, CCPR/CO/72/NET/Add.1, para. 19; ISRAEL, *Second periodic report of Israel*, CCPR/C/ISR/2001/2, para. 8.

⁷⁴ EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, *Banković and Others v. Belgium and Others*, Summary, in *European Court of Human Rights: Reports of Judgments and Decisions*, 2001-XII, 336.

⁷⁵ Cfr. S. MILLER, *Revisiting Extraterritorial Jurisdiction: A Territorial Justification for Extraterritorial Jurisdiction under the European Convention*, «The European Journal of International Law», 20 (2009), pp. 1223-1246.

pure in forza del consenso, dell'invito o con l'acquiescenza dello Stato che sul proprio territorio esercita normalmente la sovranità, la Corte richiama la fattispecie di una persona che subisce una menomazione dei propri diritti nella misura in cui è sottoposta all'*autorità* e al *controllo* di uno Stato attraverso l'azione dei propri funzionari, operativi nel territorio nazionale in cui quel soggetto dimora.⁷⁶

Di contro, una certa dottrina rileva un'evoluzione giurisprudenziale del concetto di giurisdizione nella prassi della Corte Europea che, dalla definizione del c.d. "modello spaziale", muove gradualmente verso il riconoscimento di un "modello personale", in base al quale si invoca la giurisdizione di uno Stato ogni qualvolta, mediante i suoi agenti, esercita *autorità* o *controllo* su un individuo.⁷⁷ Il medesimo paradigma è invalso nella paragiurisprudenza dei TB attraverso il *General Comment No. 31 del Comitato per i diritti umani*.⁷⁸

A chi invoca l'universalità dei diritti umani quale argomento sufficiente e necessario per espandere la nozione classica di giurisdizione, S. Miller asserisce che «*existing categories of extraterritorial jurisdiction can best be understood as limited exceptions to the rule of territorial jurisdiction because they all require some significant connections between a signatory state's physical territory and the individual whose rights are implicated*».⁷⁹

Tra le ambivalenze della dottrina e le incertezze della prassi, la Santa Sede ha ribadito con fermezza che qualsiasi riferimento alla propria "moral authority" o "moral leadership", nella misura in cui trascende i confini geografici dello SCV, «*does not constitute legally binding authority over anyone*» e che «*such leadership cannot be transformed in a treaty obligation*». ⁸⁰ La stessa I. Cismas riconosce che sostenere il contrario «*seems to implicate the absurd outcome that if a Catholic anywhere in the world should suffer any sort of harm, the Holy See would by a mysterious linkage incur responsibility for such harm*». ⁸¹

Anche per quanto attiene «*the power of Vatican officials outside the Vatican City State*», va sempre mantenuta la distinzione «*between the legal capacity to impose a decision abroad – which would clearly not be acceptable to any foreign*

⁷⁶ Cfr. EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, *Ben El Mahi and Others v. Denmark*, in *European Court of Human Rights: Reports of Judgments and Decisions*, Summary, 2006-xv, para. 367.

⁷⁷ Cfr. M. MILANOVIC, *Al-Skeini and Al-Jedda in Strasbourg*, «*The European Journal of International Law*», 23 (2012), p. 122. Per un'analisi più ampia vedasi M. MILANOVIC, *Extraterritorial Application of Human Rights Treaties: Law, Principles, and Policy*, Oxford, Oxford Monographs in International Law, 2011, pp. 127 s., 173 s.

⁷⁸ Cfr. CCPR, *General Comment No. 31: Nature of the General Legal Obligation on States Parties to the Covenant*, CCPR/C/21/Rev.1/Add.13 (2004), para. 10.

⁷⁹ S. MILLER, *Revisiting Extraterritorial Jurisdiction...*, cit., p. 1223.

⁸⁰ HOLY SEE, *Comments on the Concluding Observations of the Committee on the Rights of the Child*, cit., nota 9.

⁸¹ I. CISMAS, *The Child's Best Interests and Religion...*, cit., p. 320.

State – and the power to carry out instructions». ⁸² Viene così meno l'obiezione secondo cui la Santa Sede, diramando le proprie istruzioni ai Vescovi di una Nazione, porrebbe in essere *atti di autorità con effetti extraterritoriali*⁸³ che, nella misura in cui interferiscono negli affari interni di uno Stato, ne ostacolerebbero ultimamente l'effettivo impegno per l'implementazione delle norme pattizie. Da tale critica si percepisce, tra l'altro, l'influsso di quella dottrina che, ancorandosi al pronunciamento della Corte Europea nel caso *Drodz*,⁸⁴ include la c.d. teoria degli effetti tra le eccezioni al principio di territorialità riconosciute dalla prassi di Strasburgo.⁸⁵

4. LA TEORIA DEL “RESPONDEAT SUPERIOR” NELLA PRASSI AMERICANA ⁸⁶

Dall'analisi della giurisprudenza statunitense – finora la più rilevante al riguardo – emergono tre casi degni di nota. Il primo, *Doe v. Roman Catholic Diocese of Galveston-Houston*,⁸⁷ risalente al 2005, costituisce una vera e propria sfida diretta all'immunità del Romano Pontefice, nella fattispecie Benedetto XVI, citato in giudizio «*as the Head of the Holy See, who was sued for an alleged cover-up conspiracy relating to alleged acts of sexual abuse by a Catholic priest*». ⁸⁸ In ossequio ad una richiesta formulata dalla Segreteria di Stato, il Governo federale rilasciò una “*Suggestion of Immunity*” che consentì di archiviare l'istanza senza ulteriore possibilità di appello.⁸⁹

⁸² CAT/C/SR.1223, para. 35.

⁸³ Cfr. I. CISMAS, *The Child's Best Interests and Religion...*, cit., p. 321.

⁸⁴ Cfr. EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS, *Drodz and Janousek v. France and Spain*, App. No. 12747/87, 26 June 1992, A/240, «European Human Rights Reports», 14 (1992), p. 745, para. 91.

⁸⁵ Per un'indagine delle ragioni contrarie si rinvia a S. MILLER, *Revisiting Extraterritorial Jurisdiction...*, cit., pp. 1240-1242.

⁸⁶ In un panorama così complesso e articolato come quello delle corti statunitensi ci limitiamo qui ad offrire un sommario, rinviando per gli approfondimenti a C. WASHINGTON, *The Immunity of the Roman Pontiff...*, cit., pp. 405-420.

⁸⁷ Cfr. UNITED STATES DISTRICT COURT, S.D. TEXAS, HOUSTON DIVISION, *Doe v. Roman Catholic Diocese of Galveston-Houston*, 408 F. Supp. 2d 272 (2005).

⁸⁸ R. PEDRETTI, *Immunity of Heads of State and State Officials for International Crimes*, Leiden-Boston, Brill Nijhoff, 2015, p. 147, nota 170.

⁸⁹ Cfr. *ibidem*. Pur trattandosi di fattispecie diverse, l'intenzionale richiamo per antitesi alle due azioni legali del 1979 (*O'Hair v. Wojtyla* e *O'Hair v. Andrus*), in cui la corte distrettuale di Washington confermava a Giovanni Paolo II l'immunità di Capo di Stato in virtù del *Foreign Sovereign Immunities Act*, ci fa in qualche modo intuire il progressivo mutare della prassi in tema di immunità, unitamente al dischiudersi di scenari inediti per lo stesso diritto interno della Santa Sede. Con specifico riferimento agli argomenti canonici adottati a sostegno dell'immunità del Vescovo di Roma dalla giurisdizione delle corti statunitensi cfr. R. J. ARAUJO, *Foreign Sovereign Immunity...*, cit., pp. 67-89.

Negli altri due – *John V. Doe v. Holy See*⁹⁰ and *O'Bryan et. Al. v. Holy See*⁹¹ – l'impianto accusatorio si rifà invece alla dottrina civilistica sulla responsabilità sorta nell'alveo della tradizione giuridica di "common law", che inquadra la fattispecie delittuosa in esame «nell'ambito delle corrispondenze giuslavoristiche, ravvisando nella relazione chierico diocesano-vescovo diocesano gli elementi caratteristici di un lavoro aziendale».⁹² Per certi versi esteso anche alle connessioni che legano ciascuna diocesi alla Santa Sede».⁹³

In altri termini, si tratta di *sfide indirette* all'immunità pontificia, dal momento che entrambe fanno leva sulla c.d. "Tortious Activity Exception" stabilita dal *Foreign Sovereign Immunities Act*, invocando la quale le rispettive corti hanno ritenuto legittimo estendere la propria giurisdizione alla Santa Sede, dichiarandola responsabile dei reati di pedofilia, nella misura in cui i Vescovi e i chierici sarebbero ultimamente suoi impiegati.⁹⁴

Ancorché le vertenze siano state respinte, evidenziando in pari tempo la strumentalizzazione del sistema giudiziario in quanto «*vehicle to pursue a broader agenda*»,⁹⁵ la giurisprudenza statunitense ha stabilito in tal modo un

⁹⁰ Cfr. UNITED STATES COURT OF APPEALS, SIXTH FEDERAL CIRCUIT, *John V. Doe v. Holy See*, 556 F.3d 361 (2009).

⁹¹ Cfr. UNITED STATES COURT OF APPEALS, NINTH FEDERAL CIRCUIT, *O'Bryan v. Holy See*, 557 F.3d 1066 (2009).

⁹² Invero, il ricorso della prassi americana alla dottrina del "respondeat superior", con specifica attinenza ai casi di abuso sessuale di minori da parte di chierici, risale agli anni Ottanta del secolo scorso. Cfr. K. E. FISCHER, *Respondeat superior redux: May a Diocesan Bishop Be Vicariously Liable for the Intentional Torts of his Priests?*, «*Studia canonica*», 23 (1989), pp. 119-148; P. L. GALLO, *Vicarious Liability for Bishops and Dioceses concerning clergy accused of sexual offenses*, «*Monitor Ecclesiasticus*», 119 (1994), pp. 241-268.

⁹³ P. CONSORTI, *La responsabilità della gerarchia ecclesiastica nel caso degli abusi sessuali commessi dai chierici, fra diritto canonico e diritti statuali*, «*Stato, Chiese e pluralismo confessionale*», n. 17/2013, p. 14. Cfr. anche A. LICASTRO, *Riappare un "déjà vu" nella giurisprudenza: la responsabilità oggettiva del vescovo per gli atti illeciti dei suoi sacerdoti*, «*Stato, Chiese e pluralismo confessionale*», 1 (2013), pp. 6-10. A metà gennaio 2019, si dava notizia di nuove vertenze giudiziarie relative al caso dell'ex-Arcivescovo di Agaña, nell'isola di Guam, dove la Santa Sede veniva citata in causa quale responsabile per i crimini commessi da Mons. Anthony Sablan Apuron (cfr. https://www.postguam.com/news/local/more-lawsuits-seek-to-hold-holy-see-accountable/article_3eb8fd2c-18a9-11e9-9a2f-6f8d3555dc60.html). Com'è noto, sul piano canonico, il caso si è definitivamente concluso il 7 febbraio 2019 (cfr. <http://press.vatican.va/content/salastampa/it/bollettino/pubblico/2019/04/04/0286/00582.html>).

⁹⁴ Sul punto si rinvia, in particolare, a R. J. ARAUJO, *Foreign Sovereign Immunity...*, cit., pp. 76-89; J. W. NEU, *Workers of God: The Holy See's Liability for Clerical Sexual Abuse*, «*Vanderbilt Law Review*», 63 (2010), pp. 1507-1541. Ulteriori spunti per inquadrare l'entità del problema si rilevano in L. C. MARTINEZ, *Sovereign Impunity: Does the Foreign Sovereign Immunities Act Bar Lawsuits Against the Holy See in Clerical Sexual Abuse Cases?*, «*Texas International Law Journal*», 44 (2008), pp. 123-155; W. MASON, *A New Call for Reform: Sex Abuse and the Foreign Sovereign Immunities Act*, «*Brooklyn Journal of International Law*», 33 (2008), pp. 655-683.

⁹⁵ *Statement of Jeffrey S. Lena Regarding Release of Documents in Doe v. Holy See*, in http://www.bishopaccountability.org/news5/2011_08_19_Lena_Statement.pdf (ultimo accesso il 19-02-2018).

precedente insidioso per il diritto interno della Santa Sede. Infatti, sebbene svariati autori abbiano argomentato in favore della irresponsabilità civile dei vertici della gerarchia ecclesiastica⁹⁶ – tesi peraltro avvalorata dalla celebre Nota Esplicativa del Pontificio Consiglio per i Testi Legislativi⁹⁷ – non mancano autorevoli attestazioni dottrinali atte a «configurare altre forme di responsabilità (non penale), sia morale sia giuridica in senso stretto, fra cui potrebbero essere annoverate quelle connesse al silenzio assordante che ha circondato la reazione»⁹⁸ di molti Vescovi e Superiori Maggiori nei delitti in parola.

D'altronde la stessa normativa canonica in materia di abusi sessuali rileva un'evoluzione sostanziale laddove, per effetto del suddetto Motu proprio di Papa Francesco, «sembra rinforzarsi e rendersi più stringente il dovere di vigilanza della Sede apostolica esplicitamente sui titolari degli uffici di capitalità. Di rimbalzo [...] che cosa potrebbe succedere se una mancanza di diligenza di una congregazione in questo ambito si ripercuotesse in danni gravi per le persone o le comunità?»⁹⁹ Di più, considerando che l'attribuzione di competenza per il vaglio della responsabilità spetta in ultima istanza all'approvazione specifica del Romano Pontefice (art. 5),¹⁰⁰ come poterne difendere i profili d'immunità in eventuali futuri procedimenti giudiziari?

Ad ogni modo, ci pare assai pertinente l'annotazione di Puig in merito alla natura della responsabilità sottesa ad un provvedimento di rimozione:

⁹⁶ Vedasi, al riguardo, i contributi di N. BARTONE, *Il conflitto d'obbligo tra autorità ecclesiastica e autorità statale e il crimine di sesso del presbitero con il minore nella normativa comparata e interordinamentale*, in *Questioni attuali di diritto penale canonico*, Città del Vaticano, LEV, 2012, pp. 149-198; M. RIONDINO, *Connessione tra pena canonica e pena statuale*, in *Questioni attuali...*, cit., pp. 202-205; così come il documento pubblicato dal CISM, *Abusi sessuali compiuti da religiosi, chierici o fratelli nei confronti di minori. L'intervento del superiore maggiore. Orientamenti, norme canoniche e civili*, in *Questioni attuali...*, cit., pp. 257-287.

⁹⁷ Cfr. PONTIFICIO CONSIGLIO PER I TESTI LEGISLATIVI, *Nota Esplicativa, Elementi per configurare l'ambito di responsabilità canonica del Vescovo diocesano nei riguardi dei presbiteri incardinati nella propria diocesi e che esercitano nella medesima il loro ministero*, «Communicationes», 36 (2004), pp. 33-38. Il documento, volto a chiarire il carattere della relazione gerarchica tra il Vescovo diocesano e il presbitero incardinato nella sua Diocesi, ha istituito un ulteriore presupposto per escludere a fortiori ogni responsabilità giuridica della Santa Sede, *stricto sensu* intesa, nello specifico caso del delitto di pedofilia commesso da un chierico (cfr. C. WASHINGTON, *The Immunity of the Roman Pontiff...*, cit., pp. 414, 420).

⁹⁸ P. CONSORTI, *La responsabilità della gerarchia ecclesiastica...*, cit., p. 9. Sulla stessa linea si pone J. F. ORTIZ, *La responsabilidad civil de la diócesis por los actos de sus clérigos*, «Ius canonicum», 90 (2005), pp. 576-577.

⁹⁹ Lettera Apostolica in forma di Motu proprio «Come una madre amorevole» (4 giugno 2016) (con commento di F. PUIG), «Ius Ecclesiae», 28 (2016), p. 720 s.

¹⁰⁰ Si rinvia alla domanda posta al Santo Padre dal giornalista Paddy Agnew, del «Sunday Independent», e alla relativa risposta di Papa Francesco durante il volo di ritorno dal Viaggio Apostolico in Irlanda, nell'agosto 2018. Cfr. <http://press.vatican.va/content/salastampa/it/bollettino/pubblico/2018/08/27/0597/01281.html>.

Poiché di una responsabilità ecclesiale e quindi canonica si tratta, è importante circoscrivere l'analisi delle realtà sulle quali incide e delle norme relative all'impianto proprio del diritto canonico. Insistere su questo punto è decisivo sia perché i criteri di diligenza (e di negligenza) non sono fissi, sia perché la loro integrazione non dovrebbe risolversi frettolosamente attingendo acriticamente ai criteri di attribuzione di responsabilità dell'ambito degli ordinamenti non ecclesiali, che tra l'altro sono molto divergenti tra di loro a seconda dei paesi e delle materie, e in costante evoluzione.¹⁰¹

5. CONCLUSIONE

Il valore dell'opera di Washington non si comprende tanto in riferimento ad «*issues that may arise within the Church but rather on the international scene since the Roman Pontiff, as a head of state chooses to engage in diplomatic relations with states and international organizations which include acceding to international documents*». ¹⁰²

Considerando, pertanto, il carattere ineludibile dell'*obiter dictum* pronunciato dalla ICJ nel caso *Democratic Republic of Congo v. Belgium*,¹⁰³ altrimenti noto come *Arrest Warrant Case*, Washington fa notare che alcune tra le eccezioni all'immunità dei Capi di Stato, qualora venissero applicate al Romano Pontefice, sarebbero precluse dall'essenza stessa dell'ordinamento canonico. Nel dettaglio, sia l'inciso per il quale «*a head of state is not immune from the jurisdiction of his or her domestic courts*»¹⁰⁴ sia quello secondo cui «*a head of state does not enjoy immunity in foreign courts when it is waived by his or her home country*»¹⁰⁵ si confrontano con l'assenza costituzionale di qualsivoglia autorità in *Ecclesia* capace di intentare un'azione legale contro il Vescovo di Roma o di ecceperne l'immunità.

Al tempo stesso, è lecito chiedersi cosa accadrebbe nel caso in cui tale eccezione fosse invocata da uno Stato terzo, così come nell'ipotesi in cui l'immunità del Romano Pontefice fosse «*validly removed by an international tribunal*». ¹⁰⁶ A fronte dei molteplici tentativi di imputare al Papa la responsabilità giuridica per i crimini commessi dai chierici, non è da escludere che, in un futuro non troppo remoto, tale evenienza si riproponga, ancorché il nostro autore fornisca al riguardo una soluzione categorica: «*If such a tribunal was constituted and the Roman Pontiff's immunity was removed, the response must be,*

¹⁰¹ Ivi, p. 726.

¹⁰² C. WASHINGTON, *The Immunity of the Roman Pontiff*..., cit., p. 426 s.

¹⁰³ Cfr. ICJ, *Case concerning the Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium)*, Judgment of 14 February 1992, in ICJ Reports 2002, 3, in <https://www.legal-tools.org/doc/c6bb20/> (ultimo accesso il 2-02-2018).

¹⁰⁴ C. WASHINGTON, *The Immunity of the Roman Pontiff*..., cit., p. 197.

¹⁰⁵ *Ibidem*.

¹⁰⁶ *Ibidem*.

“Prima Sedes a nemine iudicatur”. Even if the pope felt pressure to appear before such a body, this principle comes from divine law and thus “[...] cannot be disposed of [...]” even by the pope himself¹⁰⁷. Tale è il motivo per cui la Santa Sede presta sempre molta attenzione alle clausole di responsabilità negli accordi internazionali, prima di ratificarli o aderirvi.

Ciò nonostante, *«on the practical level, one only needs to think of the numerous international trips taken by the popes of the modern era. If legal action is taken against him through the invocation of universal jurisdiction by a national court or on the international level by the ICC or a tribunal, would countries refuse to welcome him or worse comply with an international arrest warrant?»*.¹⁰⁸

Washington, fa poi notare che *«A new situation, at least in modern times, has arisen due to the retirement of Pope Benedict XVI. [...] Pope Emeritus Benedict, who is recognized as a former head of state by International Law, does not enjoy immunity for acts committed before or after his period in office and for private acts committed while in office, which include international crimes as they are not official acts of the state. [...] As a result, the necessity of promulgating canonical legislation based on the theological/juridical understanding of the pope emeritus needs to be considered in order to guide the response to a possible indictment»*.¹⁰⁹

In sintesi, nonostante le argomentazioni addotte dalle corti statunitensi e dai TB siano ultimamente prive di un solido fondamento giuridico, sia nell'ordinamento canonico sia in quello internazionale, esse costituiscono una potenziale sfida da non sottovalutare. Infatti, oltre a rappresentare un pretesto immediato per agire legalmente contro la Santa Sede in ragione del principio di “giurisdizione universale”, si tratta di asserzioni che pregiudicano la corretta comprensione del nesso tra la Sede Apostolica e la Chiesa cattolica, esponendo il Papa a ulteriori attacchi sul fronte internazionale.

In positivo, una volta che il problema è apertamente riconosciuto crediamo che esso possa essere affrontato in modo costruttivo. In tal senso, il nostro auspicio è che la Chiesa, a partire dagli episcopati, giunga ad abbracciare pienamente la visione secondo cui la consapevolezza e la prevenzione degli abusi costituiscono una delle priorità pastorali dell'epoca odierna. Del resto, solo perseverando in questa direzione essa potrà continuare a risplendere come «la forza buona più riconosciuta al mondo».¹¹⁰

¹⁰⁷ Ivi, p. 428.

¹⁰⁸ Ivi, p. 433.

¹⁰⁹ Ivi, p. 428 s.

¹¹⁰ S. MAZZA, «Un passo avanti sull'esempio del Papa», *«Avvenire»*, 2 settembre 2012, p. A24. Vedasi anche F. LOMBARDI, *Dopo l'incontro su “la protezione dei minori nella Chiesa”*, *«La Civiltà Cattolica»*, II (2019), pp. 60-73.

EL DERECHO DE FAMILIA EN EL MUNDO OCCIDENTAL: PERSPECTIVA Y PROSPECTIVA¹

CARLOS MARTÍNEZ DE AGUIRRE

RESUMEN · El Derecho de Familia en el mundo occidental ha experimentado una fuerte evolución que ha afectado a sus dos materias básicas: matrimonio y filiación. El trabajo describe brevemente dicha evolución, indicando sus principales etapas y su sentido general, que ha desembocado en la deconstrucción del Derecho de Familia. En la segunda parte, el estudio propone la reconstrucción del Derecho de Familia a partir de la relación de filiación, que es la relación básica del Derecho de Familia desde el punto de vista teleológico.

PALABRAS CLAVE: Derecho de Familia, filiación.

ABSTRACT · *Family Law in the western world: perspective and prospective* · Western Family Law has experienced a strong evolution, affecting its two basic subjects: marriage and filiation. This paper describes this evolution, highlighting its main steps and its general direction, that has lead to the deconstruction of Family Law. In its second section, this paper proposes a reconstruction of Family Law, based on filiation, which is, from the teleological point of view, the basic relationship in Family Law.

KEYWORDS: Family Law, filiation.

SUMARIO: 1. Mutaciones en el derecho de familia: algunas claves. – 2. La deconstrucción del matrimonio. – 3. Cambios en la relación de filiación. – 4. La reconstrucción del derecho de familia.

aguirre@unizar.es., Catedrático de Derecho civil, Università di Saragozza.

¹ El presente trabajo se ha realizado en el marco del Grupo de Investigación de Referencia *Ius Familiae*, reconocido por el Gobierno de Aragón.

1. MUTACIONES EN EL DERECHO DE FAMILIA: ALGUNAS CLAVES ²

No descubro nada nuevo si afirmo que el Derecho de Familia, en su conjunto, pero también en cada uno de sus grandes sectores (básicamente matrimonio y filiación, pero también las instituciones de protección de menores) ha sufrido en los últimos decenios unas mutaciones que permiten concluir que no hemos asistido a un mero cambio en las reglas del juego, sino que ha cambiado el juego en sí mismo. A un jurista de hace cien, o solo cincuenta años, el moderno Derecho de Familia le resultaría casi por completo irreconocible, sobre todo en sus principios inspiradores. Del mismo modo, es todavía más probable que a ese mismo jurista le resultara tanto o más irreconocible la percepción social del matrimonio, la familia, o las relaciones entre los sexos. Y es que esas mutaciones lo han sido no solo del Derecho de Familia, sino simultáneamente de las concepciones sociales imperantes acerca de la familia, y de su misma configuración sociológica. Ha cambiado la familia, han cambiado las ideas sobre la familia, han cambiado las leyes sobre la familia.

Son muchos los factores que han influido en esta evolución, pero prácticamente todos ellos se han movido en una misma dirección: lo que cabría denominar la subjetivización del matrimonio y la familia, con cuya expresión me refiero fundamentalmente al proceso en cuya virtud matrimonio y familia: i) dejan progresivamente de ser contemplados como una realidad natural, de carácter objetivo, cuyos contenido, significado y reglamentación vienen dados, en sus aspectos más esenciales o nucleares, al ser humano y a la sociedad por la propia naturaleza humana; ii) y quedan, también progresivamente, sometidos a la voluntad humana, tanto individual como social (estatal), que entiende que puede darles la configuración, contenido, significado y reglamentación que estime más conveniente: tanto yo a mi familia o mis relaciones familiares, como la sociedad a la familia y las relaciones familiares.

De los factores que han provocado este fenómeno, me gustaría subrayar ahora uno, que está ligado a la idea del dominio del hombre sobre las realidades que están en la base del Derecho de Familia (sexo y reproducción hu-

² Las páginas que siguen enlazan un conjunto de cuestiones que precisarían mayor apoyo argumental y fundamentación crítica (bibliográfica, jurisprudencial...) que lo que consiente este trabajo; tales apoyo argumental y fundamentación crítica pueden encontrarse en otros trabajos míos, que a los que me remitiré en los momentos oportunos: pido desde ahora excusas por las reiteradas autocitas, cuyo sentido es, como acabo de indicar, proporcionar al lector el lugar donde puede encontrar más desarrolladas, argumentadas y fundamentadas las ideas que aquí se exponen.

En concreto, para esta introducción, puede verse C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE, *Diagnóstico sobre el Derecho de Familia*, Madrid, Rialp, 1996, especialmente pp. 13 ss.

mana): me refiero a los avances médicos y biológicos, que permiten sexo sin procreación (métodos anticonceptivos) y procreación sin sexo (técnicas de reproducción asistida), así como el cambio de sexo (las llamadas cirugías de reasignación, y los tratamientos hormonales en principio complementarios, siendo la cirugía de reasignación cada vez menos requerida para admitir el cambio legal de sexo):³ todo ello, como digo, transmite la idea de dominio del hombre (y de su voluntad) sobre el conjunto de realidades ligadas a sexo y procreación. Así, por ejemplo, si una persona puede decidir si legalmente es hombre o mujer (y puede revertir el cambio, si lo desea), con mayor razón podrá decidir si se casa (o no: simplemente convive), si lo hace con un hombre o una mujer (y ello con independencia de su propio sexo), si tiene o no hijos legalmente comunes con ese hombre o esa mujer con la que se ha casado o convive, o si tiene hijos exclusivamente suyos, con independencia de si esta casado o convive con persona de su mismo o de distinto sexo: todo está a disposición de la voluntad humana, guiada por afectos o emociones, dando así lugar a lo que Bobadilla Rodríguez ha llamado tan gráfica como acertadamente el emotivismo libertario,⁴ corriente que explica en gran medida la actual percepción social del matrimonio y la familia.

De esta manera, se produce también lo que podríamos llamar una doble desconexión en el seno del Derecho de Familia:

1) Por un lado, tiene lugar la creciente separación (desconexión) de las instituciones básicas del Derecho de familia (matrimonio, filiación) de su fundamento biológico, lo que permite al legislador reconfigurar legalmente esas instituciones dándoles un contenido que está ligado a la voluntad de los individuos: es lo que pasa, por ejemplo, con la filiación, a partir del momento en el que se admite la adopción conjunta por parejas del mismo sexo, creándose así unos vínculos artificiales de filiación que son imposibles desde el punto de vista biológico;⁵ y es lo que pasa con el matrimonio cuando se

³ En concreto, la legislación española no requiere la cirugía de reasignación para la constancia registral del cambio de sexo de las personas: cfr. art. 4.2 de la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas. Aún más: la reciente Instrucción de 23 de octubre de 2018, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre cambio de nombre en el Registro Civil de personas transexuales (BOE 24 de Octubre de 2018), ha admitido el cambio registral de nombre (de masculino a femenino, o viceversa) en casos en los que no concurren los requisitos legales para el cambio de sexo, generando así una suerte de legalización administrativa del cambio de sexo por la superficial pero significativa vía del cambio de nombre.

⁴ Cfr. F. BOBADILLA RODRÍGUEZ, *Del buen salvaje al ciudadano moderno y vuelta*, «Persona, política y sociedad. Revista Iberoamericana de Personalismo Comunitario», n. 21, año VII (Diciembre 2012), pp. 52 ss.

⁵ *Ad rem* por extenso, C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE, *La filiación, entre biología y Derecho*, «Prudentia. Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica Argentina», 76 (Diciembre 2013), pp. 79 ss. Más concretamente, sobre el principio de verosimilitud de las

desconecta de la procreación, y se admite el matrimonio entre personas del mismo sexo, dando lugar así a una relación estructuralmente no procreativa. Más adelante volveré sobre algunas de estas cuestiones.

2) Por otro lado, se produce una creciente disgregación interna del Derecho de familia, en la medida en que las instituciones básicas que lo componen quedan desconectadas unas de otras: es lo que ocurre, por ejemplo, entre matrimonio y filiación, precisamente como consecuencia de la desconexión entre matrimonio y procreación; o entre patria potestad (o responsabilidad parental) y filiación, al atribuirse derechos y facultades cuasi-parentales al cónyuge no progenitor, incluso tras la disolución del segundo matrimonio: sobre esto también volveré brevemente más adelante.

Por último, en este apretado resumen inicial, me gustaría resaltar que esta manera se ha ido configurando un Derecho de familia adultocéntrico, al decir de M. A. Glendon:⁶ se pone mucho más énfasis en los derechos individuales de los miembros de la familia que en las responsabilidades familiares, y en los deseos de los adultos que en el interés de los hijos; las claves son, aquí, el libre desarrollo de la personalidad de los adultos, y la satisfacción de sus deseos o intereses individuales. Así, el matrimonio es tratado cada vez menos como una institución dirigida a proporcionar un ambiente adecuado para el nacimiento y educación de los hijos, y más como una simple relación íntima entre adultos: este es el planteamiento que late con toda claridad tanto en la sentencia 198/2012 del Tribunal Constitucional español sobre el matrimonio entre personas del mismo sexo (conforme al cual el matrimonio sería, y cito literalmente, una «*comunidad de afecto que genera un vínculo, o sociedad de ayuda mutua entre dos personas que poseen idéntica posición en el seno de esta institución, y que voluntariamente deciden unirse en un proyecto de vida familiar común*»),⁷ como en la del Tribunal Supremo de los Estados Unidos, en su sentencia de 26 de junio de 2015, caso *Obergefell v. Hodges* («*a two-person intimate union unlike any other in its importance to the committed individuals*»: unión íntima entre dos personas que es distinta de cualquier otra por su importancia para las personas implicadas). En este planteamiento, los hijos quedan a expensas de los deseos o intereses de los

filiaciones no biológicas, vid. C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE, *The principle of Verisimilitude of Artificial Filiation Links: Biology as a Model for the Law of Parent and Child*, «International Journal of the Jurisprudence of the Family», 2 (2011), pp. 315 ss.

⁶ M. A. GLENDON, *Foreword*, en *Reconceiving the Family*, ed. R. F. Wilson, New York, Cambridge University Press, 2006, p. xiii.

⁷ Sobre dicha sentencia, me remito a C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE, *Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional 198/2012, de 6 de noviembre de 2012 (matrimonio entre personas del mismo sexo)*, en L. MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, P. ESCRIBANO TORTAJADA, *Comentarios a las Sentencias del Tribunal Constitucional en materia civil*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016, pp. 313 ss.

adultos: si aparecen como un obstáculo, se recurre a la contracepción o al aborto; si aparecen como un medio para obtener la satisfacción de esos deseos o intereses, y no vienen por las vías naturales, también e incluso principalmente cuando estás vías están cerradas por la propia voluntad de los adultos implicados (por ejemplo, en caso de matrimonio civil entre personas del mismo sexo, que es estructuralmente estéril) se recurre a las técnicas de reproducción asistida o a la adopción, lo que acaba desembocando en el llamado “derecho al hijo”.⁸

Vale la pena detenerse algo más, pero siempre brevemente, en cada una de las grandes instituciones que integran convencionalmente el Derecho de Familia.

2. LA DECONSTRUCCIÓN DEL MATRIMONIO

Comencemos por el matrimonio, que como es sabido ha experimentado un llamativo proceso de deconstrucción.⁹ ¿En qué se ha traducido esa deconstrucción? Brevemente: desde la perspectiva social, el matrimonio aparecía como una institución ligada al nacimiento de nuevos ciudadanos (procreación), y al largo camino de su humanización y socialización. Lo primero – el nacimiento de nuevos ciudadanos – explica la heterosexualidad y el contenido sexual del matrimonio (es decir, que forma parte esencial del matrimonio la mutua y exclusiva disponibilidad sexual de los esposos), porque – y, tras los avances en reproducción humana asistida, hay que decir que como regla – los niños nacen de las relaciones sexuales entre un hombre y una mujer: de donde nunca proceden, en todo caso, es de las relaciones sexuales entre dos personas del mismo sexo, y solo de esas relaciones. Lo segundo – el largo proceso de formación de los hijos, hasta que pueden valerse por sí mismos – está ligado a la duración y estabilidad del matrimonio. Ambos rasgos desaparecen legalmente cuando el matrimonio civil puede ser entre personas del mismo sexo, y cuando cualquiera de los cónyuges puede divorciarse sin necesidad de alegar causa alguna, sino solo con su voluntad de divorciarse: este es el caso de la vigente legislación española.¹⁰

⁸ Sobre el “derecho al hijo”, *vid.* D. JARUFE CONTRERAS, *Tratamiento legal de las filiaciones no biológicas en el ordenamiento jurídico español: adopción “versus” técnicas de reproducción humana asistida*, Madrid, Dykinson, 2013, pp. 115 ss.

⁹ Cfr. C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE, *El matrimonio deconstruido*, en *El matrimonio: ¿contrato basura o bien social*, Cizur Menor, Thomson Aranzadi, 2008, pp. 91 ss.

¹⁰ Sobre la actual regulación del matrimonio civil español, y específicamente sobre la admisión del matrimonio civil entre personas del mismo sexo, *vid.* P. DE PABLO CONTRERAS, *El matrimonio y el Derecho civil*, en C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE (COORD.), P. DE PABLO CONTRERAS, M. A. PÉREZ ÁLVAREZ, *Curso de Derecho civil IV. Derecho de Familia* (5ª ed., Madrid, Edisofer, 2016), pp. 53 ss.; y sobre la regulación española en materia de divorcio, en el mismo volumen, pp. 163 ss., C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE, *Separación y disolución del matrimonio*.

a) La apertura de la forma matrimonial civil a parejas del mismo sexo introduce una alteración radical en la regulación del matrimonio, ya que la estructura de un matrimonio entre dos personas del mismo sexo es en sí misma no procreativa, mientras que la estructura del matrimonio entre hombre y mujer es en sí misma procreativa: ello, con independencia de que ese matrimonio tenga o no hijos, o incluso de que pueda o no tenerlos (por esterilidad, por ancianidad...). Con la expresión estructura procreativa o no procreativa me refiero a un dato elemental, al que ya he aludido: del hecho de que dos varones o dos mujeres mantengan relaciones sexuales entre sí, **y solo de ése hecho**, no se deriva el nacimiento de nuevos seres humanos: ello es consecuencia no de una patología de la relación, sino de su funcionalidad (o, mejor, falta de funcionalidad) estructural; en cambio, del hecho de que varón y mujer mantengan relaciones sexuales entre sí, **y solo de ese hecho**, conocidamente puede derivarse (y en muchos casos se deriva) el nacimiento de nuevos seres humanos. Es la estructura y funcionalidad de la unión sexual entre personas de diferente sexo la que produce esos efectos, sin necesidad de intervención de terceros. Con la decisión de política legislativa consistente en admitir que dos personas del mismo sexo puedan casarse civilmente, la distancia entre matrimonio civil y procreación se ha hecho abismal, afectando ahora a la propia estructura de la unión, que al prescindir de la heterosexualidad, prescinde también de la procreación. Esta es, a mi modo de ver, una diferencia cualitativamente significativa entre la desaparición legal del impedimento de impotencia (ocurrida en Derecho español por medio de la Ley 30/1981, de 7 de julio), y la admisión del matrimonio civil entre personas del mismo sexo: en el primer caso, se produce la desconexión entre matrimonio y procreación, pero solo en el sentido de que se admite al matrimonio a quienes consta que no podrán procrear, por no poder mantener relaciones sexuales completas, pero se mantiene la estructura procreativa de la unión (heterosexualidad: hombre y mujer); en el segundo caso, desaparece la propia estructura procreativa de la unión, de forma que la desconexión entre matrimonio y procreación es radical y absoluta. Pero entonces hay que preguntarse sobre la finalidad y el sentido del matrimonio civil: por qué el Derecho regula este tipo de uniones, y para qué lo hace.

La larga agonía del matrimonio civil, profetizada hace tantos años por el prof. Viladrich,¹¹ parece haber llegado a su fin, por muerte cerebral.

b) Por lo que se refiere a la progresiva facilitación del divorcio, que encuentra su máxima expresión en el divorcio unilateral sin causa y sin plazos, como el actualmente vigente en España, me gustaría recuperar una idea del prof. Anderson conforme a la cual «un sistema de divorcio que depende de

¹¹ P. J. VILADRICH, *Agonía del matrimonio legal* (4ª ed, Pamplona, EUNSA, 2001: la primera edición es de 1984).

la voluntad de cualquiera de los cónyuges, hace más que proporcionar una salida del matrimonio. Cambia las reglas para la entrada en él». ¹² Esto tiene consecuencias relevantes, desde el punto de vista de la configuración legal de la institución:

1) Por un lado, los mecanismos de control de la intensidad y matrimonialidad del consentimiento pierden sentido e importancia, y con ellos la figura de la nulidad del matrimonio: quien entienda que su matrimonio ha sido nulo (y no desee convalidarlo, claro), puede considerar preferible recurrir al divorcio, para lo que en Derecho español basta simplemente con afirmar su voluntad de disolver el matrimonio, sin que sea preciso probar la concurrencia de alguna causa de nulidad; la nulidad, pero también la separación, pasan así a desempeñar un papel claramente residual, como atestiguan los datos estadísticos: en 2017, de acuerdo con los datos ofrecidos por el Instituto Nacional de Estadística español, ¹³ se produjeron 97.960 divorcios, 4.280 separaciones y 100 nulidades, de forma que los divorcios representaron el 95,7% del total, las separaciones el 4,2% y las nulidades el 0,1% restante.

2) En segundo lugar, resultan afectadas también las reglas que rigen el matrimonio como estado, en cuanto a su contenido básico, que son las obligaciones de los cónyuges, que pierden consistencia desde dos puntos de vista: ¹⁴

i) En cuanto cualquiera de los cónyuges puede ponerles fin recurriendo al divorcio. En efecto, al hacer depender la continuidad del matrimonio de la voluntad de cualquiera de los cónyuges, la subsistencia de los deberes conyugales queda indirectamente a disposición de su voluntad: el cónyuge que quiera dejar de estar vinculado por ellos puede en cualquier momento, y sin necesidad de alegación de causa, solicitar el divorcio, y así quedar desligado (salvo, en su caso, en lo relativo al mutuo socorro en su dimensión patrimonial, que puede subsistir, aunque impropia, a través de la pensión compensatoria). Sin embargo, hay que subrayar que, en todo caso, es preciso dejar de ser cónyuges para que los deberes conyugales desaparezcan: mientras no se produzca la disolución del matrimonio, esos deberes continuaran vigentes (aunque con la casi nula eficacia de que se tratará a continuación).

ii) En cuanto su incumplimiento no provoca prácticamente ninguna consecuencia jurídica, ya que ni se conceden mecanismos de reacción al cónyuge

¹² Cfr. ANDERSON, *Tendencias fundamentales de la política familiar de los Estados Unidos*, en *V Congreso Internacional de Derecho Eclesiástico del Estado. Libertades fundamentales y sistema matrimonial*. Ponencias, Pamplona, 1990, p. 18.

¹³ *Estadística de Nulidades, Separaciones y Divorcios. Año 2017* (disponible en https://www.ine.es/prensa/ensd_2017.pdf (último acceso 11 de diciembre de 2018)).

¹⁴ La cuestión está desarrollada en C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE, *El nuevo matrimonio civil*, en *Novedades legislativas en materia matrimonial*, dir. C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2008, pp. 14 ss.

ge cumplidor, ni el cónyuge incumplidor afronta sanción jurídica relevante como consecuencia de su incumplimiento. Así, los deberes conyugales son considerados como directamente incoercibles (no es posible solicitar, ni conseguir, su cumplimiento forzoso *in natura*), y su incumplimiento ni se vincula a la posibilidad de solicitar la separación o el divorcio por parte del cónyuge cumplidor – y sólo de él –, ni tiene como consecuencia la posibilidad de que el cónyuge cumplidor solicite una indemnización por los daños y perjuicios, básicamente morales, derivados del incumplimiento del deber de que se trate. La única excepción es el deber de socorro mutuo, en su dimensión estrictamente patrimonial.

3) Por último, y brevemente, la existencia de un divorcio tan accesible desincentiva la inversión personal y patrimonial en el matrimonio, a la vez que puede afectar a mecanismos legales como la compensación o pensión tras el divorcio: quien contrae matrimonio civil bajo unas reglas como las actualmente existentes en España, sabe que el matrimonio puede ser disuelto, incluso contra su voluntad, en cualquier momento, de forma que podría entenderse que carece de fundamento, cualquier reclamación fundada en la ruptura de una relación esencialmente quebradiza: los contrayentes ya sabían cuando se casaron que esto podría pasar, por tanto nada tendrían que reclamar si pasa...

Por otro lado, la consagración del divorcio por mutuo consentimiento, o por voluntad unilateral de uno de los esposos, es un paso decisivo en la relación de dependencia (prácticamente de subordinación) entre el matrimonio y la voluntad del individuo: si dicha voluntad es desde hace ya siglos soberana a la hora de crear el vínculo, lo es también ahora a la de extinguirlo; la diferencia es que para crear el vínculo hacen falta dos voluntades, y para extinguirlo puede bastar una, lo que en una perspectiva estrictamente contractual resulta cuando menos paradójico. Vale la pena subrayar, en este último aspecto, que en los años más recientes se ha producido una llamativa evolución, que ha llevado del divorcio basado en la falta de afecto marital (los cónyuges se divorcian porque ya no se quieren, y no quererse es suficiente para divorciarse: tal era la situación en muchos tribunales españoles antes de la reforma de 2005,¹⁵ a través de la alegación de la ausencia de una *affectio maritalis* tan mal entendida¹⁶ como abusivamente utilizada), al divorcio fundado en la mera voluntad, con independencia de los afectos – se divorcian porque quieren divorciarse, o al menos lo quiere uno de ellos, aunque se

¹⁵ Sobre la práctica de los tribunales españoles en esta materia antes de la reforma de 2005, vid. M. L. ARCOS VIEIRA, *La desaparición de la “affectio maritalis” como causa de separación y divorcio*, Pamplona, Aranzadi, 2000.

¹⁶ Sobre la errónea identificación entre *affectio maritalis* y afectividad, vid. C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE, *El nuevo matrimonio civil*, cit., p. 25, nota 16.

sigan queriendo, incluso mucho, según habituales declaraciones a la prensa rosa...¹⁷ –. Con todo ello el matrimonio pasa de ser, de más que un contrato, a mucho menos que cualquier contrato.

c) Una vez deconstruido legalmente el matrimonio, cuando ya el Ordenamiento no tiene claro para qué sirve, ni cuál es su función, deja también de estar claro por qué hay que apoyarlo o protegerlo legalmente, y poco a poco va perdiendo peso legal, pero también peso social.

Estas consideraciones enlazan que cabría llamar el doble juego (o la doble baraja) del legislador, en España pero también fuera de España, que por un lado diseña un matrimonio civil de nuevo cuño, caracterizado por la libre disolubilidad, el indiferentismo sexual y la desconexión con la procreación; pero por otro cuenta con la presencia mayoritaria, casi abrumadora en la sociedad española del modelo matrimonial natural, que aunque acusa en su solidez el desgaste derivado de una regulación inadecuada y del cambio en las concepciones sociales, sigue siendo el que vertebraba familiarmente la sociedad: es decir, un hombre y una mujer, unidos por un vínculo jurídico que en la mayor parte de los casos no se disuelve hasta el fallecimiento de uno de ellos, fruto de cuya unión son los hijos comunes. Por tanto, heterosexualidad, estabilidad, procreación. Cabría decir que el punto de conexión entre el matrimonio legal (que es un matrimonio deconstruido) y el matrimonio natural es el matrimonio social, en la medida en que este matrimonio social se rige legalmente por las reglas de un matrimonio civil deconstruido, pero se presenta y funciona todavía mayoritariamente (pero por un margen decreciente) como un matrimonio natural.

La persistencia sociológicamente mayoritaria de este modelo permite al legislador (investido en su papel de ingeniero social) por un lado afirmar que la familia no se ha visto erosionada por la modificación de los rasgos caracterizadores del matrimonio legal; pero le permite también, a efectos jurídicos, desarrollar una argumentación que se apoya en los rasgos legales del matrimonio natural: es lo que ocurre, por ejemplo, en relación con los matrimonios de complacencia, a cuyos efectos es paradigmática la referencia que la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de fecha 31 de enero de 2006 hace a la comunidad de vida de los esposos, y a los fines propios y específicos de la unión matrimonial, cuando ni una cosa ni la otra se derivan de la regulación del Código civil español; es también muy llamativo comprobar cómo la Instrucción recurre a la clásica definición de Modestino, pero solo para tomar de ella el “*consortium omnis vitae*”, prescindiendo sin embargo del comienzo de dicha definición (“*nuptiae sunt coniuc-*

¹⁷ Al menos es lo que afirmaron, por ejemplo, la actriz Gwyneth Paltrow y el músico Chris Martin al anunciar su ruptura: <http://www.hola.com/cine/2014032670404/gwyneth-paltrow-chris-martin-separacion/> (último acceso, 11 de diciembre de 2018).

tio maris et feminae...”: el matrimonio es la unión de hombre y mujer – D. 23,2,1 –).¹⁸ Tal referencia y tal definición carecen de sentido en relación con el matrimonio civil deconstruido. En realidad, la nueva configuración del matrimonio civil priva de sentido a la simulación matrimonial como medio para obtener determinadas finalidades no matrimoniales (carta de residencia, nacionalidad, subrogación arrendaticia...): en estos casos, y a la vista de la legislación positiva, no vale la pena simular el matrimonio; lo que vale la pena es casarse civilmente (es decir, asumir realmente lo que la legislación civil dice que es matrimonio, que es un compromiso limitado – en Derecho español solo 3 meses: arts. 86 y 87, en relación con los arts. 81 y 82 del Código civil español – de escaso contenido y estabilidad legal casi nula), obtener esos beneficios, y después, cuando se hayan obtenido, divorciarse.

3. CAMBIOS EN LA RELACIÓN DE FILIACIÓN¹⁹

Dejemos ya el matrimonio, y pasemos brevemente a la filiación. La regulación legal de la filiación se ha apoyado, durante siglos, en unos determinados presupuestos, ligados al estado de los conocimientos médicos y biológicos: el primero, la seguridad de la filiación materna, determinada por el parto, sobre la que se entendía que no podían existir dudas razonables (*mater semper certa est*); el segundo, la relativa incertidumbre sobre la paternidad (considerada un arcano de la naturaleza, de cuya veracidad solo la madre, y no siempre, podría dar razón), que se atribuía jurídicamente a través de mecanismos indiciarios como, sobre todo, el hecho de estar casado con la madre (*pater is est quem nuptiae demonstrant*). Estos presupuestos se han visto profundamente afectados por los recientes avances en los conocimientos médicos y biológicos, así como por las posibilidades de actuación sobre la reproducción humana que tales avances han permitido; también han tenido influencia los cambios en las estructuras familiares, y en la dinámica de las relaciones de familia, que han generado nuevos modelos de relaciones que, en muchas ocasiones, constituyen un reto para el Derecho. Paradójicamente, todo ello ha tenido consecuencias contradictorias

a) Por un lado, la puesta a punto de pruebas biológicas dotadas de un alto grado de fiabilidad permiten determinar la paternidad, o la no paternidad, en muchos casos, con un altísimo nivel de verosimilitud, hasta llegar prácticamente a la certeza o incluso, en función de las pruebas biológicas que se realicen, a la certeza total (es el caso del análisis de ADN). Es decir, que es

¹⁸ Algo parecido, aunque sin cita a Modestino, puede verse en la citada Sentencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de 26 de junio de 2015, caso *Obergefell v. Hodges*.

¹⁹ Las ideas que se recogen en este epígrafe proceden de C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE, *La filiación, entre biología y Derecho*, cit.: allí se encuentran más desarrolladas, y con el correspondiente aparato crítico y bibliográfico.

posible establecer, en un caso particular, la existencia o inexistencia de procedencia biológica (paternidad o maternidad) entre un varón, o una mujer, y un niño: de ahí, en principio, debía derivar el establecimiento del vínculo legal de filiación, con todas sus consecuencias.

b) Por otro lado, ahora que somos capaces de conocer con fiabilidad la filiación biológica, se ha producido una llamativa y progresiva pérdida de importancia del dato biológico en relación con la filiación legal, en un nuevo distanciamiento entre el Derecho de Familia y su base biológica. Ello ocurre destacadamente en los siguientes casos:

i) Empleo de técnicas de reproducción asistida, en las que el anonimato legal del donante de gametos (habitual, pero no universalmente establecido por la ley: en Derecho español, véase el art. 5.5 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida), unido a la prohibición de establecer cualquier vínculo legal entre el donante y sus hijos biológicos en caso de llegar ser conocida su identidad, desemboca en el establecimiento de filiaciones intencionalmente artificiales, basadas exclusivamente en la voluntad, que vuelve a ser un factor clave. Por otro lado, en función de las técnicas empleadas, pueden intervenir en la generación, en el caso más extremo, aunque no el más habitual, hasta un total de cinco personas (pareja comitente, varón donante de semen, mujer donante de óvulo, y mujer gestante: estoy pensando, claro en la llamada maternidad subrogada); de todos estos intervinientes, ¿quién debe ser considerado legalmente el padre, y quién la madre? ¿qué papel desempeñan la biología y la voluntad en la determinación legal de la paternidad o maternidad?

En este punto cobran especial relevancia los movimientos tendentes a legitimar los contratos de la llamada maternidad subrogada mediante la adopción de una Convención Internacional dirigida a regularla.²⁰ está en juego aquí, en primer lugar, la dignidad de las mujeres y de los niños directamente implicados, pero también lo están de nuevo, en un plano menos importante, las líneas básicas del Derecho de filiación, en cuanto a la determinación del papel que juegan en él la biología y la voluntad.

ii) Las familias reconstruidas o *step families*, que son las derivadas de una segunda unión, sea o no matrimonial, tras la disolución de una unidad familiar previa: en estos casos se ha comenzado a hablar desde hace algunos años de *filiación de hecho* para referirse a la relación entre los hijos de anterior matrimonio, y el actual marido (no progenitor) de su madre, con el que conviven, y con el que en muchas ocasiones llegan a mantener, de hecho, relaciones cuasi-paternofiliales: hay una creciente tendencia en el Derecho

²⁰ Sobre esta cuestión, C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE, *International surrogacy arrangements: a global handmaid's tale?*, en prensa en *Fundamental and legal problems of surrogate motherhood. Global perspective*, dir. P. Mostowik (Varsovia, 2019).

comparado a dotar a estas situaciones de un creciente contenido legal, configurando una situación de para-paternidad o para-maternidad que se basa no en el vínculo de consanguinidad, sino en la convivencia de hecho, y en lo que cabría denominar la filiación socio-afectiva, o psicológico-social.²¹ Una buena muestra de ese contenido legal puede ser la posibilidad de compartir el ejercicio de la autoridad parental con el cónyuge del progenitor, o con quien convive maritalmente con él, e incluso la posibilidad de obtener la guarda y responsabilidades parentales con preferencia al otro progenitor (véase por ejemplo, en Derecho español, el art. 236-14 del Código civil de Cataluña). En este caso, las responsabilidades parentales – es decir, propias de los padres – pueden llegar a pesar simultáneamente sobre tres personas distintas: el padre y la madre biológicos, y la tercera persona, conviviente con una de las anteriores (y con el hijo), a la que se atribuyan legalmente tales responsabilidades, junto con los padres biológicos. Además, hay que mencionar también el progresivo reconocimiento al cónyuge o conviviente con el progenitor de un derecho a relacionarse con el niño que no es su hijo cuando se ha producido la ruptura de esa segunda relación (sea o no matrimonio): es decir, un derecho de visita distinto y compatible con el que ya tenía el progenitor no custodio, de forma que podríamos estar, por ejemplo, ante una custodia individual y dos derechos de visita, uno en favor del padre biológico, y otro en favor del segundo marido de la madre biológica, que convivió con ella y con el niño durante un periodo considerado como suficientemente significativo, una vez divorciado de ella.

iii) Por último, quiero referirme a la adopción conjunta por parejas del mismo sexo, o a la posibilidad de que se atribuyan vínculos legales simultáneos de filiación a dos varones o dos mujeres, en casos de empleo de técnicas de reproducción asistida – las cuales, tratándose de los dos varones, incluyen necesariamente el recurso a la llamada maternidad subrogada –: en estos supuestos es claro que falta el vínculo biológico al menos entre uno de los dos padres (o madres) legales y el niño, si no de los dos. Pero eso no es lo relevante, pues tal cosa ha ocurrido tradicionalmente en la adopción: el problema es que de esta forma se rompen los que podríamos llamar límites de tolerancia de la filiación, como figura legal, al desaparecer el principio de verosimilitud de las filiaciones no biológicas, en cuya virtud una relación solo puede ser considerada de “filiación” si en su estructura y características fundamentales responde a la estructura y características de la filiación biológica (un padre, una madre, un hijo), porque solo entonces cabe hablar de filiación, y no de una relación diferente de cuidado y protección. La filiación biológica marca así los límites de lo que cabe considerar legalmente como

²¹ Sobre la filiación psicológico-social o socio-afectiva puede verse C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE, *La filiación, entre biología y Derecho*, cit., pp. 86 ss.

filiación. Esta adecuación entre la estructura legal de la filiación creada por la ley (artificial), y la estructura natural de la filiación biológica, es a lo que cabe denominar principio de verosimilitud de las filiaciones no biológicas, o puramente legales. Si esa verosimilitud no se da, se puede establecer una relación de cuidado y protección entre una o varias personas mayores, y otra menor, pero esa relación no será de filiación.²²

Como consecuencia de todo lo expuesto, queda directamente afectado, en sus aspectos más básicos, el propio concepto legal de filiación. Pero entonces lo que ignora el Derecho es qué es la filiación, y por qué queda sujeta a un régimen tan peculiar: ocurre lo mismo que, según veíamos antes, pasa con el matrimonio. Esto, unido a la creciente importancia que tienen en estos nuevos vínculos de filiación la voluntad, los deseos y los intereses de los adultos (el derecho al hijo que está en la base de estos planteamientos), abre la puerta a un modelo de régimen legal de la filiación, centrado en el interés de los progenitores, antes que en el de los hijos: nuevamente el adultocentrismo al que también me he referido más arriba. En estos casos el interés superior del hijo, afirmado formalmente por las leyes y los Convenios internacionales, no pasa de ser una coartada hipócrita tras la que se ocultan los deseos e intereses de los adultos (tomo la expresión, y la idea, de Malaurie-Fulchiron).²³

4. LA RECONSTRUCCIÓN DEL DERECHO DE FAMILIA

Hasta aquí, lo que podríamos llamar la deconstrucción del Derecho de Familia, y sus claves más importantes, al menos desde mi punto de vista. Es el momento de hablar brevemente, y con muchas reservas, de la reconstrucción. La primera pregunta sería: ¿es necesaria esa reconstrucción? En mi opinión sí, pero la clave no es solo, ni principalmente, jurídica. Por otro la-

²² Sobre adopción por personas del mismo sexo, por extenso, C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE, *La adopción conjunta por matrimonios homosexuales: el efecto indirecto (pero querido) de una reforma matrimonial*, «RDP», 2007, pp. 3 ss. Sobre el principio de verosimilitud de las filiaciones no biológicas, vid. C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE, *The principle of Verisimilitude of Artificial Filiation Links: Biology as a Model for the Law of Parent and Child*, cit.

²³ PH. MALAURIE, H. FULCHIRON, *Droit civil. La famille*, Paris, Defrénois, 2004, p. 317. Para el caso particular que resuelve, denuncia con claridad el mismo fenómeno el Voto Particular a la Sentencia del Tribunal Supremo español de 15 enero 2014, en su Fundamento de Derecho Octavo: «En realidad, en atención a los hechos probados, incluido el de las circunstancias traumáticas de la ruptura entre las litigantes y el hecho evidente de que, pese a haber podido contraer matrimonio antes de su ruptura, no lo hicieron, la estimación del recurso de casación de la demandante satisface no el interés superior del menor sino la ‘aspiración de ser madre’ de la demandante, ‘cuya efectividad depende, precisamente, del éxito de la acción entablada’ (FJ2º-4 de la sentencia de la que se disiente) [...]. Por tanto, la estimación del recurso no responde, materialmente, al interés superior del menor, aunque así se diga, sino al interés de la demandante-recurrente».

do, entiendo que no sería un proceso ni fácil, ni rápido; y entiendo también que no hay aquí una fórmula mágica que inevitablemente conduzca a ese resultado. En relación con ello, tras exponer lo que queda del modelo inicial (A), y referirme brevemente a la necesidad de esa reconstrucción (B), haré algunas reflexiones con las que finalizará esta breve exposición.

A) La deconstrucción del Derecho de Familia no ha sido total, ni siquiera en España: en la regulación española vigente permanecen todavía algunos elementos estructurales del modelo inicial, probablemente más por inercia que por razones ligadas al diseño de un nuevo modelo. En concreto, quiero resaltar dos:

1) En relación con el matrimonio, se mantiene de momento la unidad (solo dos personas), aunque es un elemento que está siendo puesto en duda por algunas propuestas: no solo las más clásicas ligadas a la poligamia, sino también las que se sitúan en el ámbito teórico del proceso de deconstrucción, ligadas al llamado poliamor.²⁴

2) En relación con la filiación, el Código civil español mantiene todavía en algunos preceptos una mención específica a marido y mujer: así ocurre en los artículos relativos a la presunción de paternidad del marido (y no del “cónyuge”). El mantenimiento de esta redacción es fruto de una decisión consciente del legislador, *«dado que los supuestos de hecho a que se refieren estos artículos solo pueden producirse en el caso de matrimonios heterosexuales»*, según explica la Exposición de Motivos de la Ley de reforma de 2005. En este caso, la realidad de las cosas (la naturaleza y la biología), han impuesto esta solución: solo cuando en un matrimonio hay procreación biológica, y por tanto heterosexualidad, puede tener sentido disponer que el marido es padre del niño que ha dado a luz su esposa. Por eso la presunción de paternidad no es aplicable a las uniones entre personas del mismo sexo. Y por eso mismo, la ley que introdujo en España el matrimonio entre personas del mismo sexo, no tuvo más remedio que reservar la aplicación de la presunción de paternidad a los matrimonios entre hombre y mujer.

De esta manera la presunción de paternidad del marido sigue atestiguan-do legalmente la vinculación entre matrimonio, heterosexualidad y procreación. Y lo hace precisamente en relación con la filiación, lo que resulta ser especialmente relevante, a la luz de cuanto se irá exponiendo más adelante.

B) Vayamos ahora con la necesidad de la reconstrucción. La primera pregunta sería: ¿es necesaria esa reconstrucción? Creo que la respuesta es positiva, tanto desde el punto de vista teórico, relativo al sentido y finalidad

²⁴ Sobre esto pueden verse, por ejemplo, <http://www.polyamorysociety.org> (último acceso, 11 de diciembre de 2018); también, C. MOYNIHAM, *Polyamorists build their movement*, disponible en <http://www.mercatornet.com/conjugality/view/polyamorists-build-their-movement/17361> (último acceso, 11 de diciembre de 2018).

del Derecho de familia, como desde el punto de vista práctico, relativo a las consecuencias sociales de la deconstrucción. Me centraré a continuación, brevemente, en este último.

El objetivo básico de los cambios legales experimentados por la familia y el matrimonio es, o debería ser, la consecución de mayores niveles de calidad en las relaciones familiares. Sin embargo, los resultados prácticos podrían justamente ser considerados como pésimos: como escribió Viladrich hace ya tiempo, «toda esta imponente e incomparable dedicación de energías en busca de una mejor fórmula familiar coincide en nuestra época con una degradación – no menos imponente e incomparable – de aquellos índices de calidad humana de la convivencia social más directamente relacionados con el acierto o fracaso de las estructuras familiares: por ejemplo, el descenso de la tasa de matrimonios contraídos y de la natalidad, los incrementos de la contracepción, del aborto clandestino y legalizado, de las rupturas matrimoniales de hecho y de derecho, del número de niños abandonados y maltratados, del suicidio infantil y juvenil, de la tasa de psicopatías de los niños y los adolescentes de etiología familiar, de la delincuencia, drogadicción y alcoholismo juvenil, del índice de delitos sexuales, de la tasa de envejecimiento de la población, de las soluciones extrafamiliares para la atención de la infancia o de la tercera edad, del auge de la eutanasia, etc».²⁵

Para mejor entender mejor las razones de este fracaso hay que ganar perspectiva, y ver el panorama en su conjunto: todas las reformas legales, así como las políticas públicas relativas a la familia, se han fundado en unos presupuestos sobre la consistencia y configuración de las relaciones familiares que pueden ser calificados como incorrectos; se han dedicado esfuerzos muy notables a lo que cabría denominar aspectos periféricos, pero se ha errado en la forma en la que la Sociedad y el Derecho han afrontado las relaciones básicas del Derecho de Familia. De ahí que sea preciso hacer un replanteamiento en profundidad de la regulación legal de las relaciones familiares básicas.

C) A partir de ahí, dos breves reflexiones: la primera se moverá fuera del ámbito de lo jurídico, y la segunda se moverá dentro de este ámbito.

a) En primer lugar, me parece que puede ser de gran ayuda apoyarse auxiliariamente en los datos de hecho procedentes de la sociología, la economía, etc., y que suelen demostrar que hay un modelo de familia (un hombre y una mujer, unidos establemente, y sus hijos comunes) que da muchos mejores resultados, personal y socialmente, que otros, y que hay decisiones de política legislativa en esta materia que dan mejor resultado que otras. Puede servir como ejemplo lo relativo al divorcio: con los datos en la mano es posible demostrar que el divorcio tiene consecuencias perjudiciales tanto para los ex-cónyuges, como para los hijos, como para la sociedad en

²⁵ P. J. VILADRICH, *Agonía del matrimonio legal*, cit., p. 18 (cito por la segunda edición, 1989).

general.²⁶ Demostrado con datos (y no con opiniones) que las rupturas matrimoniales tienen esos efectos perjudiciales, y que lo razonable es intentar minimizarlos, es más fácil enlazar con las razones que abonan teóricamente ese resultado revelado por los hechos, y proponer políticas jurídicas dirigidas a incentivar la estabilidad del matrimonio, y en su caso desincentivar el divorcio (por ejemplo, recuperando el tiempo de reflexión constituido por la necesaria separación previa), también desde el punto de vista legal.

Los datos de hecho tienen la ventaja de que sirven para desplazar a la pura ideología, y permiten abrir el debate, para proponer otros planteamientos y otras soluciones.

b) Ya desde una perspectiva más jurídica, parece claro que la reconstrucción del Derecho de Familia debe pasar por la recuperación de lo que cabría denominar su vigor teleológico,²⁷ es decir, su sentido y su finalidad. Desde algún punto de vista, parte importante de la vigente regulación del Derecho civil de la familia tiene un cierto carácter inercial: así, el matrimonio ha perdido sus notas características de heterosexualidad y estabilidad (indisolubilidad), pero como ya he indicado, mantiene todavía la unidad (solo dos): y la mantiene simplemente por inercia legal, porque que todavía no se ha caído, no porque se haya hecho un diseño del matrimonio que responda a esas características.²⁸ A partir de ahí, podemos preguntarnos si hay algún material en la vigente configuración legal del matrimonio civil que permita iniciar la “reconstrucción”. En mi opinión sí: la todavía subsistente unidad puede des-

²⁶ Hay disponibles estudios que muestran el estado de la cuestión de forma resumida: puede verse, por ejemplo, THE FAMILY WATCH, *Informe TFW 2009. La familia sostenible* (disponible en <http://www.thefamilywatch.org/wp-content/uploads/Informe2009.pdf>, último acceso, 11 de diciembre de 2018); A. PAILHÉ *et al.*, *State-of-the-art report. Changes in the life course*, «Families and Societies Working Paper Series», 6 (2014) (disponible en <http://www.familiesandsocieties.eu/wp-content/uploads/2014/12/WP6PailheMortelmansEtal2014.pdf>, último acceso 11 de diciembre de 2018), especialmente pp. 17 ss.; L. COLEMAN, F. GLENN, *When couples part: Understanding the consequences for adults and children* (One plus One, 2009, disponible en <https://www.oneplusone.space/publications/2017/1/20/when-couple-part>, último acceso 11 de diciembre de 2018). Específicamente en relación con los hijos, puede verse A. GARRIGA, J. HARKÖNEN, *The Effects of Marital Instability on Children's Well-being and Intergenerational Relations* (disponible en https://www.researchgate.net/publication/242728884_The_Effects_of_Marital_Instability_on_Children%27s_Well-being_and_Intergenerational_Relations, último acceso 11 de diciembre de 2018).

²⁷ Tomo la gráfica expresión, que el autor refiere al matrimonio, de L. ARECHEDERRA ARANZADI, *El consentimiento matrimonial*, Pamplona, EUNSA, 1989, p. 19.

²⁸ Si se me permite la licencia, esto me recuerda una película de dibujos animados, en la que el famoso pato Lucas pilotaba un avión que iba perdiendo progresivamente piezas hasta que finalmente quedaban solo el asiento, la palanca de mando, la rueda de aterrizaje, la hélice y una somera estructura que unía todo: y esto no porque nadie hubiera diseñado un avión así, sino simplemente porque lo que quedaba no se había caído. La hélice es básicamente el elemento que nos permitía pensar que aquello era (o había sido) un avión.

empeñar ese papel, sobre todo puesta en relación con la filiación, que es en mi opinión la relación fundamental en el Derecho de Familia, y la que por tanto puede conducir a recentrarlo.

En efecto, si hacemos del hijo (de un hijo), el punto de partida de las relaciones jurídico familiares, las primeras relaciones jurídicas que encontramos están constituidas por los vínculos biológico-jurídicos de filiación; esos vínculos nos conducen precisamente a una pareja, y no a cualquier pareja, sino a una pareja formada por un hombre (el padre) y una mujer (la madre), lo que permite afirmar la heterosexualidad; padre y madre que son quienes mediante su atención conjunta prolongada en el tiempo pueden hacer frente con éxito a las necesidades de humanización y socialización de ese hijo, lo que permite fundamentar la estabilidad: me gustaría subrayar, además, que precisamente en su hijo biológico es donde un hombre y una mujer se hacen realmente, biológicamente, una sola carne, haciéndose así realidad física, ahora desde este punto de vista, esa fuerte expresión de la Sagrada Escritura. Y resulta, además, que ese vínculo legal de filiación, es duradero, tendencialmente indisoluble (y completamente indisoluble cuando se trata del impedimento de consanguinidad): esto es así hasta el punto de que el vínculo artificial de la filiación adoptiva, creado con la necesaria participación de la voluntad de los adoptantes, resulta ser igualmente indisoluble (la adopción es irrevocable, dice el art. 180.1 del Código civil español), desmintiendo así legalmente la idea (que es habitual referir al matrimonio) de que la voluntad de los ciudadanos, y el Derecho como organización de la sociedad, no pueden crear vínculos legales indisolubles entre dos personas: en el caso de la adopción, claramente los crean.

A partir de la filiación se recupera, pues, la unidad, la heterosexualidad y una estabilidad rayana en la indisolubilidad... Y además, se logra romper ese adultocentrismo (el estar centrado en, y al servicio de, los deseos, intereses y aspiraciones de los adultos) del que he hablado con anterioridad, devolviendo al Derecho de Familia su contenido filiocéntrico (más que puero-céntrico) que conlleva la necesidad de que los adultos implicados (hombre y mujer: padre y madre) se empleen en beneficio de sus hijos, en lugar de en la satisfacción de sus propios intereses. Este equilibrio interno de la relación de filiación, y con ella del Derecho de Familia, aparece muy bien expresado, curiosamente, en el ámbito de la adopción, cuando el artículo 176.1 del Código civil dispone que *la adopción se constituye por resolución judicial, que tendrá siempre en cuenta el interés del adoptando y la idoneidad de los adoptantes para el ejercicio de la patria potestad*. En esta breve fórmula se condensa lo que cabría llamar la composición legal de intereses en la adopción, al delimitar, en lo fundamental, las respectivas posiciones del adoptante y del adoptado: lo que el Derecho tiene en cuenta de los adoptandos (de los hijos) es su interés, y lo que tiene en cuenta de los adoptantes (de los padres) es su idoneidad, es

decir, su capacidad para hacer frente a las necesidades del hijo... El precepto es útil más allá de la adopción, ya que revela el sentido general de la relación de filiación biológica, si se quiere no en términos de idoneidad, pero sí en términos de finalidad.

RILEVANZA CANONICA DELL'ACCOUNTABILITY DEGLI AMMINISTRATORI DI BENI ECCLESIASTICI

JESÚS MIÑAMBRES

RIASSUNTO · Il termine *accountability* è entrato nel contesto giuridico ecclesiale. Con esso si fa riferimento alla capacità di spiegare le scelte fatte in diversi ambiti dell'agire in favore della comunità. La nozione è frequentemente applicata agli amministratori di beni ecclesiastici nelle scelte che devono fare nella loro gestione delle risorse. In questo studio si prospettano alcune manifestazioni giuridiche che potrebbe avere l'*accountability* nell'amministrazione dei beni ecclesiastici.

PAROLE CHIAVE: *accountability*, rendiconto, buon governo, responsabilità, trasparenza.

ABSTRACT · *Canonical relevance of the accountability of administrators of ecclesiastical goods* · The term *accountability* entered the ecclesial legal context. With it we refer to the ability to explain the choices made in different areas of the actions that are carried out in favour of the community. The notion is frequently applied to the administrators of ecclesiastical goods in the choices they must make in their management of resources. This study presents some juridical manifestations of the *accountability* in the administration of ecclesiastical goods.

KEYWORDS: *Accountability*, Financial Report, Good Governance, Responsibility, Transparency.

SOMMARIO: Premessa. – 1. Nozione di *accountability*. – 2. Il diritto di manifestare il proprio pensiero come esigenza dell'*accountability* nella Chiesa. – 3. La presentazione del rendiconto ai superiori. – 4. Il rendiconto ai fedeli. – 5. L'*accountability* per gli atti amministrativi singolari. – 6. La possibilità di ricorso contro le leggi e i decreti generali. – 7. L'*accountability* nella necessaria collaborazione di alcuni colleghi all'amministrazione. – 8. Il "buon governo" e la "diligenza di un buon padre di famiglia".

PREMESSA

PREOCCUPAZIONE rilevante dei giuristi in ogni momento storico e in ogni cultura è la determinazione della responsabilità dei soggetti che conformano le relazioni giuridiche. Anche l'amministrazione dei beni ecclesiastici viene a configurare un rapporto tra più soggetti (titolare dei be-

minambres@pusc.it, Pontificia Università della Santa Croce.

ni, amministratori, terzi...) che comporta diverse posizioni di responsabilità. Per garantire la giustizia amministrativa è importante individuare bene tali posizioni. Il can. 1281, adoperando le nozioni di validità e liceità, traccia alcune direttive utili per individuare i soggetti responsabili delle conseguenze dei diversi atti di amministrazione.¹ Ma certamente non esaurisce tutte le possibilità di attuazione responsabile dell'amministratore nell'amministrazione. Perciò vogliamo indagare qui brevemente il contenuto della nozione inglese di *accountability* e la sua eventuale applicazione all'amministrazione dei beni ecclesiastici.

1. NOZIONE DI ACCOUNTABILITY

È stato notato che il termine “accountability” è entrato nel lessico ecclesiale per via dell'esigenza di spiegazioni richieste alle autorità nei casi di abusi sessuali da parte di chierici o religiosi.² Logicamente, come si vedrà più avanti, il concetto espresso con detto termine era già parte del bagaglio amministrativo della Chiesa, che ha sempre richiesto l'esercizio responsabile dell'amministrazione, del potere e, più in generale, di qualsiasi funzione ecclesiastica. Nei casi di comportamenti criminali di alcuni chierici, l'opinione pubblica ha preteso una maggiore chiarezza nell'esercizio delle funzioni di controllo e vigilanza, e la stessa comunità ecclesiale ha cercato di vedere quale potesse essere il modo più giusto di affrontare le conseguenze dei crimini. E ha, così, iniziato ad individuare le attuazioni che potevano essere richieste dall'amministratore perché svolgesse con competenza le sue funzioni.

In realtà, di per sé, la nozione di *accountability* ha un ambito di applicazione più ampio ed è frequentemente adoperata in politica,³ per lo studio della gestione delle risorse, per il management, ecc. In un senso molto generale, il termine fa riferimento alla possibilità di spiegare davanti ad altri le scelte fatte, perché si agisce con trasparenza e si seguono le procedure previste: rendere conto delle proprie azioni e scelte.

¹ Ci sembra utile riportare almeno parzialmente il testo della norma per facilitare la comprensione della materia: «§3. La persona giuridica non è tenuta a rispondere degli atti posti invalidamente dagli amministratori, se non quando e nella misura in cui ne ebbe beneficio; la persona giuridica stessa risponderà invece degli atti posti validamente ma illegittimamente dagli amministratori, salva l'azione o il ricorso da parte sua contro gli amministratori che le abbiano arrecato danni».

² Cfr. W. L. DANIEL, “Accountability” and the Juridical Responsibility of the Public Ecclesiastical Administration, *Ius Ecclesiae*, 30 (2018), pp. 33-54. Vedi anche, ad esempio, T. D. LYTTON, *Holding Bishops Accountable. How Lawsuits Helped the Catholic Church Confront Clergy Sexual Abuse*, Cambridge-London, Harvard University Press, 2008; *Governance, Accountability, and the Future of the Catholic Church*, eds. F. Oakley, B. Russett, New York, Continuum, 2004.

³ Cfr., ad esempio, A. ASCANI, *Accountability, la virtù della politica democratica*, Roma, Città Nuova, 2014.

Spesso si prova una qualche riluttanza all'uso della parola inglese ma, come accade anche in altri casi, il contenuto del termine "accountability" è difficile da tradurre con una singola parola italiana. In questo senso scrive Ascani all'inizio di un suo libro sull'*accountability*: la «scelta [di adoperare il termine inglese] è dettata non da un vezzo stilistico, ma da una stretta necessità: non esiste, infatti, una traduzione adeguata (che riesca a esprimere, cioè, il medesimo significato) della parola *accountability* né nelle lingue romanze (es.: italiano, spagnolo o francese, che utilizzano termini simili all'inglese *responsibility*), né in quelle del Nord e dell'Est Europa (es.: finlandese e russo, che si soffermano da una parte sull'idea di dovere, di obbligo – inglese: *duty* – e, dall'altra, sulla dimensione "contabile", ovvero sull'applicazione del termine in campo finanziario ed economico – inglese: *book-keeping*). L'unica eccezione è costituita forse dalla lingua giapponese (che possiede diciassette diversi termini per tradurre l'italiano "responsabilità"), nell'ambito della quale troviamo utilizzata un'espressione la cui pronuncia è "akauntabiriti"; a ben vedere essa non è altro, però, che il semplice frutto di una "traslazione" dall'inglese».⁴

Per quanto riguarda il contenuto del concetto, l'*accountability* è legata da vicino alla nozione di responsabilità. Di fatti, la parola è adoperata in ogni ambito della vita sociale in cui vi è un qualche genere di rappresentanza di persone o di interessi⁵ ai quali si chiede di «operare con trasparenza e con senso di responsabilità».⁶

In relazione alla gestione di risorse, l'*accountability* «si riferisce all'obbligo per un soggetto di rendere conto delle proprie decisioni e di essere responsabile per i risultati conseguiti».⁷ L'uso del termine in quest'ambito è quindi strumentale alla possibilità di collegare le conseguenze delle azioni intraprese per gestire le risorse con i soggetti deputati a prendere le decisioni e ad adempiere ai diversi passaggi della gestione stessa. Evidentemente, richiama la presa in considerazione di tutte le posizioni di responsabilità gestionale,⁸

⁴ Ivi, p. 19.

⁵ Interessanti le parole d'apertura del Nicoletti nella Prefazione al già citato libro sull'*accountability* di Ascani: «Benché nel nostro Paese il concetto di *accountability* sia entrato nel lessico politico corrente in anni piuttosto recenti, esso nasconde un problema antico: come evitare che il potere che diamo ad altri di agire nel nostro nome – come accade ad esempio ai rappresentanti eletti dal popolo – venga esercitato in modo sfuggente, opaco, arbitrario, senza cioè la possibilità di un indirizzo, di un controllo, di una verifica da parte di chi lo ha conferito e senza la necessità di una puntuale e costante rendicontazione da parte di chi lo ha ricevuto» (M. NICOLETTI, *Prefazione. Accountability, la "virtù modesta" della democrazia*, in A. ASCANI, *Accountability, la virtù della politica democratica*, cit., p. 5).

⁶ <https://www.garzantilinguistica.it/ricerca/?q=accountability> [accesso 23.04.2018].

⁷ [https://it.wikipedia.org/wiki/Accountability_\(governance\)](https://it.wikipedia.org/wiki/Accountability_(governance)) [accesso 23.04.2018].

⁸ Cfr. http://www.treccani.it/enciclopedia/accountability_%28Dizionario-di-Economia-e-Finanza%29/ [accesso 23.04.2018].

delle procedure previste nelle diverse fasi di gestione e anche del rapporto esistente tra chi gestisce e coloro che vantano un qualche interesse alla gestione stessa, siano destinatari di beni o servizi, elettori, o il pubblico in generale, la cosiddetta opinione pubblica, la protezione dell'ambiente, ecc.

La strumentalità della nozione di *accountability* comporta la sua insufficienza per dare un giudizio finale nel valutare la bontà o meno di un atto di gestione o della gestione generale di un tipo o di un insieme di risorse.⁹ E per questa stessa ragione, cioè per la sua strumentalità, l'esigenza dell'*accountability* può essere giusta o ingiusta dipendendo dal rispetto o meno dei diritti implicati in ogni data attività gestionale: da sola non può garantire una gestione adeguata (giusta) delle risorse.

2. IL DIRITTO DI MANIFESTARE IL PROPRIO PENSIERO COME ESIGENZA DELL'ACCOUNTABILITY NELLA CHIESA

Come accennavamo all'inizio, il termine "accountability" è entrato anche nel lessico adoperato per spiegare diversi rapporti all'interno della Chiesa. In essa, è frequente trovare persone che gestiscono risorse per conto della comunità.¹⁰ Anche se non vi è rappresentanza vera e propria da parte dei pastori nei confronti dell'insieme dei fedeli, è indubbio che tutti i fedeli hanno interesse (se non "diritto") a conoscere i modi di gestione delle risorse. E tale necessità di conoscenza richiede la consapevolezza nei pastori di dovere essere capaci di spiegare ogni scelta che riguardi la comunità loro affidata. L'*accountability*, almeno nella Chiesa, riguarda la necessità di rispondere per la gestione delle risorse comuni, anche se non poggia sulla "rappresentatività" come accade in altri ambiti.¹¹

⁹ Gli autori elencano vantaggi e svantaggi dei diversi strumenti. Vedi, ad esempio, quanto riportato da Daniel, rifacendosi a Pollitt e Bouckaert (C. POLLITT, G. BOUCKAERT, *Public Management Reform. A Comparative Analysis*, New York, Oxford University Press, 2000): «*The expansion of accountability obligations enhances the control of the public administration, public confidence in it, the legitimacy of its activity, prioritization of the public exhibition of success, minimization of superfluous administrative officials, the greater coordination of public services, and the minimization of costs. On the other hand, the reduction of accountability obligations can result in greater freedom on the part of the administration to pursue particular more urgent objectives, flexibility in acting, focused activity, internally motivated effectivity of administrative officials, fewer resources being directed toward rendering an account, and increased effectiveness and efficiency*» (W. L. DANIEL, "Accountability" and the Juridical Responsibility of the Public Ecclesiastical Administration, cit., pp. 43-44).

¹⁰ Sull'adeguatezza dell'*accountability* alla natura della Chiesa, cfr. R. J. KASLYN, *Accountability of Diocesan Bishops: A Significant Aspect of Ecclesial Communion*, «The Jurist», 67 (2007), pp. 109-152.

¹¹ Daniel spiega l'*accountability* nella Chiesa come esigenza di "buon governo": «The good governance of the ecclesial society stems from an understanding of ecclesiastical authority as a diaconia in relation to the community of the faithful» (W. L. DANIEL, "Accountability" and the Juridical Responsibility..., cit., p. 47). Ne accenneremo più avanti.

In questo senso, si potrebbe dire che per il legislatore canonico, l'*accountability* è richiamata dall'uso del termine responsabilità, soprattutto laddove si cerchi di coinvolgere delle comunità nella responsabilità per la gestione (cfr. ad es. can. 239 §3 per i seminari, 500 §3 per il consiglio presbiterale, ecc.). In generale, può aiutare tenere a mente il richiamo del can. 1284 §1: «Tutti gli amministratori sono tenuti ad attendere alle loro funzioni con la diligenza di un buon padre di famiglia». In questo senso, tra le altre manifestazioni di una previsione legale di attività che possono essere ricondotte all'*accountability*, forse quella fondamentale è il diritto all'informazione e alla manifestazione del proprio pensiero.

Il Codice di Diritto canonico ha formalizzato il diritto e dovere di tutti i fedeli, sancito dal can. 212 §3, «di manifestare ai sacri pastori il loro pensiero su ciò che riguarda il bene della Chiesa», «in modo proporzionato alla scienza, alla competenza e al prestigio di cui godono». ¹² L'esercizio di questo diritto richiede l'*accountability* da parte dei pastori e l'avverarsi anche delle condizioni necessarie perché si dia un diritto all'informazione. ¹³ Il presupposto di "scienza" per l'esercizio del diritto di manifestare il proprio pensiero richiede che vi sia la comunicazione dei dati che portano alle decisioni e dei procedimenti seguiti nel prenderle. Certamente, rimane difficile l'individuazione delle strade giuridico formali attraverso le quali i diritti all'informazione e alla manifestazione del proprio pensiero possano essere fatti valere: non si vede quale potrebbe essere l'azione da intentare, a parte quella che nasce dagli eventuali danni subiti, a norma del can. 128.

3. LA PRESENTAZIONE DEL RENDICONTO AI SUPERIORI

La legislazione canonica universale, nel can. 1287 §1 CIC, ¹⁴ prevede la pre-

¹² «L'articolazione del disposto evidenzia il richiamo alla *responsabilità* e alla *cooperazione propositiva* che contestualizza meglio anche il diritto di manifestazione del pensiero» (M. DEL POZZO, *Lo statuto giuridico fondamentale del fedele*, Roma, Edusc, 2018, p. 149).

¹³ Non è questo il momento per studiare i rapporti tra diritto dei fedeli all'informazione nella Chiesa e *accountability* dei pastori. Per uno studio generale e fondamentale sull'articolazione dei diritti dei fedeli nel Codice di Diritto canonico, cfr. C. J. ERRÁZURIZ M., *Corso fondamentale sul diritto nella Chiesa*, I, Milano, Giuffrè, 2009, pp. 205-228. Considerazioni più specifiche possono essere attinte da M. DEL POZZO, *Lo statuto giuridico fondamentale del fedele*, cit., pp. 146-148; J. P. SCHOUPPE, *Diritti fondamentali dei fedeli in rapporto alla partecipazione al governo dei beni temporali*, «Ius Ecclesiae», 26 (2014), pp. 397-413, specialmente 411-413; ecc.

¹⁴ «Riprovata la consuetudine contraria, gli amministratori sia chierici sia laici di beni ecclesiastici qualsiasi, che non siano legittimamente sottratti alla potestà di governo del Vescovo diocesano, hanno il dovere di presentare ogni anno il rendiconto all'Ordinario del luogo, che lo farà esaminare dal consiglio per gli affari economici». Di contenuto simile è il can. 1031 §1 CEO: «Riprovata la consuetudine contraria, l'amministratore dei beni ecclesiastici ha il dovere di rendere conto ogni anno al proprio Gerarca dell'amministrazione». La presentazione del rendiconto è ribadita fra gli obblighi attribuiti all'amministratore dal can. 1284 §2 CIC: «(8) redigere il rendiconto amministrativo al termine di ogni anno».

sentazione di un rendiconto annuale dell'amministrazione dei beni ecclesiastici all'Ordinario del luogo. La rendicontazione è una delle possibili espressioni dell'*accountability* nell'ordinamento canonico, forse la più evidente.¹⁵ L'amministratore ha l'obbligo legale di "rendere conto"¹⁶ della sua gestione al superiore della persona giuridica che amministra.

Le previsioni legali riportate dal can. 1287 mostrano la vigenza in diritto canonico, per quanto riguarda la gestione dei beni ecclesiastici, di due principi giuridici¹⁷ che potrebbero essere denominati come "principio di autonomia" e principio di destinazione alle finalità pubbliche o "principio teleologico".¹⁸ Per il primo, è attribuita ad ogni amministratore la responsabilità di gestire il patrimonio della persona giuridica che regge.¹⁹ Per il secondo, il principio teleologico, la gestione legittima dei beni ecclesiastici richiede che siano destinati alle finalità della Chiesa, a norma del can. 1254.²⁰

¹⁵ Abbiamo trattato l'argomento in *Rendere conto della gestione dei beni temporali come garanzia di comunione e di corresponsabilità*, in *I beni temporali nella comunione ecclesiale*, a cura del Gruppo Italiano Docenti di Diritto Canonico, Milano, Glossa, 2016 («Quaderni della Mendola», 24), pp. 119-133.

¹⁶ Tra tutte le possibili traduzioni di *accountability* forse questa, "rendere conto", è quella che meglio si adegua al significato che stiamo adoperando in queste pagine, sempre che non si riduca il suo contenuto a pura contabilità.

¹⁷ Vi è anche un presupposto, che potrebbe essere denominato "decentramento", secondo il quale il potere e le funzioni riguardanti la gestione dei beni ecclesiastici sono attribuiti a soggetti diversi con funzioni differenti. Esso comporta la distribuzione di funzioni e la formulazione di rapporti tra i diversi soggetti cui esse sono attribuite (cfr. L. HINNA, *L'accountability nella PA*, Lezione del 30.01.2012, in www.uniroma2.it/didattica/Ec.aziende.pubbliche/deposito/10_Juris_2011_2012.ppt [accesso 23.04.2018]); questo aspetto è studiato dall'organizzazione ecclesiastica (cfr. J. I. ARRIETA, *Diritto dell'organizzazione ecclesiastica*, Milano, Giuffrè, 1997; A. VIANA, *Organización del gobierno de la Iglesia según el Derecho canónico latino*, Pamplona, EUNSA, 1995; ecc.).

¹⁸ Ho prospettato questi principi in J. MIÑAMBRES, *Autonomia e responsabilità nella amministrazione delle risorse della Chiesa*, «Prawo Kanoniczne», 59/4 (2016), pp. 97-124.

¹⁹ Secondo quanto stabilito dal can. 1279 §1 CIC, «l'amministrazione dei beni ecclesiastici spetta a chi regge immediatamente la persona cui gli stessi beni appartengono, a meno che non dispongano altro il diritto particolare, gli statuti o la legittima consuetudine, e salvo il diritto dell'Ordinario d'intervenire in caso di negligenza dell'amministratore». Più avanti accenneremo alla figura dell'economista, interessante per quanto riguarda la *accountability*, anche se forse non troppo chiara nella sua responsabilità giuridica.

²⁰ «§1. La Chiesa cattolica ha il diritto nativo, indipendentemente dal potere civile, di acquistare, possedere, amministrare ed alienare i beni temporali per conseguire i fini che le sono propri. §2. I fini propri sono principalmente: ordinare il culto divino, provvedere ad un onesto sostentamento del clero e degli altri ministri, esercitare opere di apostolato sacro e di carità, specialmente a servizio dei poveri». Per alcune considerazioni sulla rilevanza delle finalità e della loro protezione nell'organizzazione ecclesiastica con indicazioni bibliografiche, cfr. J. MIÑAMBRES, *Il Romano Pontefice garante ultimo della destinazione dei beni ecclesiastici*, in *Iustitia in caritate. Miscellanea di studi in onore di Velasio De Paolis*, a cura di J. Conn, L. Sabbaresse, Città del Vaticano, Urbaniana University Press, 2005, pp. 431-443.

Il combinato di questi due principi permette di comprendere la necessità di rendere conto (di essere *accountable*) dell'amministrazione dei beni temporali alle autorità. Da una parte, gli enti gestiscono il proprio patrimonio in autonomia; dall'altra, l'autorità deve garantire che l'uso dei beni sia giustificato dalla loro destinazione al raggiungimento dei fini istituzionali della Chiesa. Quindi, l'autorità ecclesiale, in quanto tale, ha bisogno di "governare" l'uso dei beni ecclesiastici²¹ e, per poter farlo, deve conoscere come si svolge la gestione degli stessi; a questo fine è prevista la presentazione del rendiconto annuale all'ordinario del luogo (can. 1287 §1 CIC) o al proprio gerarca (can. 1031 §1 CCEO), e cioè, gli amministratori dei beni ecclesiastici sono *accountable* della gestione degli stessi davanti all'ordinario del luogo o al proprio gerarca.

Un caso peculiare sul quale può essere interessante riflettere riguardo a questa manifestazione di *accountability* prevista in generale per gli amministratori dei beni ecclesiastici, è quello delle diocesi (o le eparchie), cioè quando l'amministratore delle risorse è un vescovo diocesano. Per esigenze teologiche di diverso ordine, il vescovo non è "inferiore" a nessuno nella Chiesa, è lui l'ordinario.²² Non ha senso rendere conto a se stessi. Quindi, il vescovo diocesano non deve presentare il rendiconto a nessun ordinario. Tuttavia, com'è noto, nell'amministrazione dei beni della diocesi il vescovo è aiutato dall'economo diocesano e dal Consiglio per gli affari economici. Il can. 494 §4 esige: «Nel corso dell'anno l'economo deve presentare al consiglio per gli affari economici il bilancio delle entrate e delle uscite» riguardante le risorse diocesane che egli stesso gestisce «secondo le modalità definite dal consiglio per gli affari economici» e «sotto l'autorità del Vescovo» (can. 494 §3). Quindi, pur non denominandosi rendiconto, anche il vescovo, come amministratore dei beni della diocesi, ha uno strumento per manifestare il proprio senso di responsabilità, la sua *accountability*, nella gestione delle risorse di cui dispone all'interno della comunità ecclesiale, in modo analogo

²¹ È quanto chiede, ad esempio, il can. 1276 CIC: «§1. Spetta all'Ordinario di vigilare con cura sulla amministrazione di tutti i beni appartenenti alle persone giuridiche pubbliche a lui soggette, salvo titoli legittimi per i quali gli si riconoscano più ampi diritti. §2. Gli Ordinari, tenuto conto dei diritti, delle legittime consuetudini e delle circostanze, abbiano cura di ordinare l'intero affare dell'amministrazione dei beni, dando speciali istruzioni entro i limiti del diritto universale e particolare».

²² Anche se da tutti conosciuto, può essere comodo riportare qui il primo paragrafo del can. 134: «§1. Col nome di Ordinario nel diritto s'intendono, oltre il Romano Pontefice, i Vescovi diocesani e gli altri che, anche se soltanto interinalmente, sono preposti a una Chiesa particolare o a una comunità ad essa equiparata a norma del can. 368; inoltre coloro che nelle medesime godono di potestà esecutiva ordinaria generale, vale a dire i Vicari generali ed episcopali; e parimenti, per i propri membri, i Superiori maggiori degli istituti religiosi di diritto pontificio clericali e delle società di vita apostolica di diritto pontificio clericali, che possiedono almeno potestà esecutiva ordinaria».

a quello che fanno gli amministratori che da lui dipendono quando presentano il loro rendiconto annuale. Ma anche l'eonomo diocesano, secondo queste previsioni normative è *accountable* davanti al consiglio diocesano per gli affari economici.²³

Inoltre, il «Vescovo diocesano è tenuto a presentare ogni cinque anni una relazione al Sommo Pontefice sullo stato della diocesi affidatagli, secondo la forma e il tempo stabiliti dalla Sede Apostolica» (can. 399 §1), in occasione della visita *ad limina Apostolorum*, come previsto dal can. 400 §1. Il documento della Congregazione per i vescovi che regola queste “relazioni” dà indicazioni anche in materia di amministrazione dei beni.²⁴ In questo senso, il vescovo diocesano è anche chiamato a rendere conto della sua amministrazione davanti agli organi della Santa Sede.

4. IL RENDICONTO AI FEDELI

Il combinato dei principi di autonomia e di destinazione di cui parlavamo prima giustifica anche la previsione legale di “rendere conto” ai fedeli «dei beni da questi stessi offerti alla Chiesa» (can. 1287 §2).²⁵ La norma non prevede alcun termine di periodicità, come faceva il primo paragrafo per il rendiconto all'ordinario, ma lascia la sua eventuale determinazione al diritto particolare.²⁶ Qui l'*accountability* rileva forse di più e somiglia anche di più a quella che si ha in altri ambiti sociali, in quanto chi detiene una funzione pubblica, in questo caso l'amministratore, deve rendere conto alla comunità. Ma anche qui, si tratta di un'esigenza “ecclesiale” della gestione dei beni e non di un'imitazione di prassi sviluppate in altri contesti.

²³ Vedi sotto qualche riflessione sull'*accountability* dei consigli e dell'eonomo.

²⁴ Il formulario per la relazione quinquennale pubblicato dalla Congregazione per i Vescovi nel 1997 (raccolto anche in J. I. ARRIETA, *Il sistema dell'organizzazione ecclesiastica. Norme e documenti*, Roma, Edusc, 2009⁴, pp. 371-388) contiene riferimenti all'amministrazione dei beni diocesani in diversi punti. Nel capitolo dedicato alla situazione economica della diocesi, il formulario richiede una “Nota statistica” che indichi «1. Situazione economica globale della diocesi (bilanci preventivo e consuntivo). Sufficienza delle risorse ordinarie. 2. Fonti finanziarie: patrimonio, sovvenzioni (can. 1262), tributi (can. 1263). 3. Consistenza degli aiuti prestati ad altre Chiese particolari e regioni o ricevuti da esse, con indicazione del luogo di destinazione o provenienza. Contributo ai bisogni della Sede Apostolica (can. 1271) e Obolo di San Pietro».

²⁵ «Gli amministratori rendano conto ai fedeli dei beni da questi stessi offerti alla Chiesa, secondo norme da stabilirsi dal diritto particolare». Il testo parallelo del CCEO, al can. 1031 §2 richiede: «L'amministratore dei beni ecclesiastici renda conto pubblicamente dei beni temporali che sono offerti alla Chiesa, secondo il modo stabilito dal diritto particolare, a meno che il Gerarca del luogo per una grave causa non abbia stabilito diversamente».

²⁶ Su questa manifestazione di *accountability* prevista dalla legislazione canonica, cfr. D. ZALBIDEA, *La rendición de cuentas en el ordenamiento canónico: transparencia y misión*, Pamplona, EUNSA, 2018.

In effetti, il Catechismo della Chiesa cattolica definisce la Chiesa come «il popolo che Dio raduna nel mondo intero» (n. 752), mettendo al centro della definizione la “convocazione” o “comunità” di persone, il “popolo”. Tutto quello che è detto della Chiesa è, quindi, detto del “popolo di Dio”, della comunità dei fedeli. Secondo l'uso abituale delle parole, i beni ecclesiastici sono beni “della Chiesa”²⁷ e, in tal senso, appartengono in qualche modo alla comunità. Da questa comprensione della Chiesa è facile dedurre l'obbligo degli amministratori di rendere conto ai fedeli della gestione dei beni ecclesiastici.²⁸

Se dove vi è un dovere legalmente sancito (nel nostro caso, quello stabilito da can 1287 §2) si riscontra l'esistenza di un diritto corrispettivo,²⁹ il dovere degli amministratori di rendere conto ai fedeli corrisponde al diritto dei fedeli a ricevere il rendiconto e, quindi, a conoscere come sono gestiti i beni ecclesiastici.³⁰ Questa *accountability* degli amministratori dei beni ecclesiastici è quindi un'esigenza di giustizia. Se lo si vuole mettere in negativo, l'indempimento dell'obbligo di rendere conto ai fedeli è un'ingiustizia.

Per completezza, possiamo aggiungere che il Codice di Diritto canonico prevede la presentazione di altri rendiconti che manifestano anche l'esistenza *accountability* in diversi ambiti della vita della Chiesa: ad esempio, per le associazioni (can. 319), per l'economista diocesano (can. 494), per l'amministratore parrocchiale (can. 540), nel diritto dei religiosi (can. 636), ecc.³¹ Tut-

²⁷ In realtà, in senso tecnico legale, i beni ecclesiastici sono quelli che appartengono «alla Chiesa universale, alla Sede Apostolica e alle altre persone giuridiche pubbliche nella Chiesa» (can. 1257 §1 CIC).

²⁸ Per riferirsi a questa dottrina è frequente adoperare il termine corresponsabilità (in inglese, *stewardship*). Negli ultimi anni vi sono stati diversi contributi dottrinali su questi argomenti, molti dei quali prendevano spunto dai documenti degli episcopati italiani (*Sovvenire alle necessità della Chiesa, Corresponsabilità e partecipazione dei fedeli*, 1988, «Notiziario CEI», n. 7 (1988), pp. 157-186 oppure in https://sovvenire.chiesacattolica.it/wp-content/uploads/sites/30/2017/09/Sovvenire_sostenere.pdf [accesso 23.04.2018]) e statunitense (*Stewardship. A Disciple's Response*, 1992, in <http://usccb.org/stewardship/disciplesresponse.pdf> [accesso 23.04.2018]), che a loro volta sono stati ripubblicati in varie occasioni. Per una breve introduzione all'argomento, con indicazioni bibliografiche, vedi la mia voce dal titolo *Corresponsabilità (Stewardship)*, nel Glossario della pagina web del Gruppo CASE (<http://www.casestewardship.org/320.html>, accesso 15.12.2018).

²⁹ Un esempio frequente in materia ricorda che se ho il dovere di guidare sulla destra della strada, ho anche il diritto a non incontrare qualcuno che guida sulla sinistra.

³⁰ In argomento, cfr. il recente *La trasparenza nella gestione dei beni ecclesiastici: dalla governance alla accountability. La sfida della rendicontazione tra pastorale e contabilità*, a cura di A. Aste, Venezia, Marcianum Press, 2019.

³¹ Cfr. D. ZALBIDEA, *Rendición de cuentas*, in *Diccionario General de Derecho Canónico*, eds. J. Otaduy, A. Viana, J. Sedano, VI, Pamplona, Editorial Aranzadi, 2012, pp. 914-918. Per la vita consacrata, cfr. CONGREGAZIONE PER GLI ISTITUTI DI VITA CONSACRATA E LE SOCIETÀ DI VITA APOSTOLICA, *Economia a servizio del carisma e della missione. Orientamenti*, Città del Vaticano, Libreria Editrice Vaticana, 2018, in particolare il n. 91 su “Il dovere di rendere conto”.

te queste previsione legali di rendere conto della gestione contribuiscono a configurare l'*accountability* degli amministratori dei beni ecclesiastici, ma in questo momento non ci pare necessario studiarle con maggiore profondità.

5. L'*ACCOUNTABILITY* PER GLI ATTI AMMINISTRATIVI SINGOLARI

La funzione ecclesiale di amministrare le risorse è esercitata anche mediante l'emanazione di atti amministrativi.³² Anche se non tutti gli atti di amministrazione delle risorse sono atti amministrativi nel senso del can. 35, la gestione dei beni ecclesiastici richiede talvolta l'esercizio della potestà esecutiva di governo che si esprime in veri e propri atti amministrativi singolari. Nell'esercizio di questo potere, com'è noto, l'ordinamento canonico prevede strumenti di difesa nei confronti di eventuali ingiustizie commesse dall'autorità. In primo luogo, la richiesta di correzione o revoca dell'atto al suo autore, secondo il can. 1734, e poi il ricorso gerarchico dei can. 1735 e successivi, che arriva fino all'intervento della Santa Sede. In secondo luogo, l'eventuale giudizio contenzioso amministrativo presso la Segnatura Apostolica nei confronti dell'atto prodotto dal competente dicastero della Curia romana (cost. ap. *Pastor bonus*, art. 123).

La possibilità del ricorso presso autorità superiori e quella di sostanziare un processo contenzioso amministrativo comporta l'*accountability* dell'ufficio competente nei confronti dei superiori e dei giudici. Gli amministratori di beni ecclesiastici devono essere in grado di "giustificare" i loro atti amministrativi singolari sia davanti alle autorità gerarchiche superiori, sia presso i tribunali amministrativi ecclesiastici, al momento soltanto la Segnatura Apostolica. In questo senso, l'attività di gestione dei beni ecclesiastici, in quanto partecipa alla potestà di governo, e soltanto in quella misura, può essere controllata attraverso i sistemi comuni previsti per ogni esercizio di tale potestà esecutiva di governo.

6. LA POSSIBILITÀ DI RICORSO CONTRO LE LEGGI E I DECRETI GENERALI

Tra le competenze attribuite al Pontificio Consiglio per i Testi legislativi, l'art. 158 della cost. ap. *Pastor bonus* stabilisce che «esso decide se le leggi particolari ed i decreti generali, emanati dal legislatore al di sotto della suprema Autorità, siano conformi alle leggi universali della Chiesa». Il principio di sussidiarietà, posto alla base della redazione del Codice di Diritto

³² Tra le difficoltà di definizione dell'attività amministrativa che riguarda i beni ecclesiastici si pone quella che riguarda la possibilità o meno di distinzione tra "amministrazione giurisdizionale" e "amministrazione economica" nei singoli atti di gestione (cfr. PONTIFICIO CONSIGLIO PER I TESTI LEGISLATIVI, Nota "La funzione dell'autorità ecclesiastica sui beni ecclesiastici", 12 febbraio 2004, «Communicationes», 36 (2004), pp. 24-32).

canonico,³³ esige che molte materie vengano lasciate alle leggi particolari dei diversi luoghi anziché essere stabilite con valenza universale. La logica stessa dell'applicazione della legge in differenti circostanze sociali ed economiche richiede l'intervento delle autorità locali per adeguare i principi universali alle reali congiunture di ogni posto. Per questi motivi, nelle leggi universali sulla gestione dei beni ecclesiastici si trovano abbondanti rinvii a norme che devono essere emanate nel livello particolare.³⁴

L'attività normativa particolare è comunque sindacabile, nella sua conformità alle leggi universali della Chiesa, dal Pontificio Consiglio per i Testi legislativi.³⁵ Per quanto risulta pubblicamente, vi sono stati due ricorsi di questo tipo, entrambi riguardanti la gestione delle risorse materiali, uno per un decreto che imponeva il tributo diocesano di cui al can. 1263,³⁶ e l'altro per un articolo degli Statuti di un Fondo per il sostentamento del clero.³⁷

La previsione di questo controllo di congruenza normativa riflette l'*accountability* dell'autorità anche nell'esercizio della funzione legislativa della potestà di governo. I decreti pubblicati manifestano la possibilità di adoperare questo strumento di *accountability* in materia relativa all'amministrazione dei beni ecclesiastici.

³³ Cfr. PONTIFICIA COMMISSIO CODICI IURIS CANONICI RECOGNOSCENDO, *Principia quae Codicis Iuris Canonici recognitionem dirigant*, n. 5, in <http://www.delegumtextibus.va/content/dam/testilegislativi/documenta/cic/alia-documenta/principiaquaeCICrecognitionemdirigant.pdf> [accesso 23.04.2018].

³⁴ Cfr., ad esempio, i cann. 1262, per le sovvenzioni richieste; 1264, per la determinazione delle tasse amministrative e delle offerte in occasione dell'amministrazione dei sacramenti e dei sacramentali; 1265, per la raccolta di elemosine; 1272, per i benefici; 1274, per alcuni istituti diocesani; 1277, per stabilire gli atti di amministrazione straordinaria del patrimonio diocesano; 1292, per fissare le somme oltre le quali si richiedono licenze per l'alienazione; 1297, per le norme sulla locazione dei beni; ecc. Cfr. J. T. MARTÍN DE AGAR, L. NAVARRO, *Legislazione delle Conferenze episcopali complementare al CIC*, Roma, Coletti a San Pietro, 2009.

³⁵ Abbiamo accennato brevemente alla natura di questa attività del Pontificio Consiglio in un commento a uno dei decreti di congruenza da esso emanati: J. MIÑAMBRES, *Sul giudizio di congruenza fra legislazione particolare e norma codiciale riguardante il tributo diocesano ordinario*, «Ius Ecclesiae», 13 (2001), pp. 264-276.

³⁶ Del 8 febbraio 2000, pubblicato in «Communicationes», 32 (2000), pp. 15-23 e anche in <http://www.delegumtextibus.va/content/testilegislativi/it/attivita/ricorsi-legislativi/ricorso-contro-un-decreto-generale-che-stabilisce-un-tributo-diocesano.html> [accesso 23.04.2018].

³⁷ Del 29 aprile 2000, «Communicationes», 32 (2000), pp. 162-167 e in <http://www.delegumtextibus.va/content/testilegislativi/it/attivita/ricorsi-legislativi/ricorso-contro-le-norme-diocesane-circa-il-fondo-sostentamento-clero.html> [accesso 23.04.2018]. Cfr. un nostro commento: *Note sull'adeguata remunerazione dei chierici. A proposito di un recente decreto di congruenza fra legislazione particolare e norma codiciale*, «Ius Ecclesiae», 13 (2001), pp. 532-544.

7. L'ACCOUNTABILITY NELLA NECESSARIA COLLABORAZIONE DI ALCUNI COLLEGI ALL'AMMINISTRAZIONE

La partecipazione agli organismi consultivi è, nella Chiesa, un modo di collaborare alla costruzione della comunione. In materia di amministrazione e di gestione dei beni ecclesiastici, le norme del Codice di Diritto canonico prevedono diversi interventi da parte di differenti consigli. In generale, per ogni persona giuridica, il can. 1280 richiede un «consiglio per gli affari economici o almeno due consiglieri, che coadiuvino l'amministratore nell'adempiimento del suo compito». La legislazione più esplicita su questi collegi è quella che riguarda il consiglio diocesano per gli affari economici, il cui intervento è richiesto a più riprese.³⁸ Poi, in casi specifici, il Codice richiede l'intervento di altri consigli. Ad esempio, nella diocesi è chiamato a intervenire in molte occasioni il collegio dei consultori.³⁹ In qualche occasione deve essere consultato il consiglio presbiterale.⁴⁰ Negli istituti di vita consacrata

³⁸ Il primo compito che il legislatore affida al consiglio diocesano per gli affari economici è quello di predisporre il bilancio preventivo della diocesi secondo le indicazioni del Vescovo e di esaminare ed approvare il bilancio consuntivo (cfr. can. 493). Inoltre, il suo parere è richiesto per nominare e rimuovere l'economo diocesano (cfr. can. 494); per imporre i tributi diocesani ordinari e straordinari (cfr. can. 1263); per realizzare atti di amministrazione del patrimonio della diocesi "di maggiore importanza" (cfr. can. 1277); per stabilire quali atti delle persone giuridiche sottoposte al Vescovo sono di amministrazione straordinaria, nei casi in cui i loro statuti non lo determinino (cfr. can. 1281 §2); per decidere sulla migliore collocazione della dote delle fondazioni (cfr. can. 1305); per ridurre gli oneri delle fondazioni (cfr. can. 1310 §2). In altre occasioni, per agire validamente, il Vescovo ha bisogno del consenso del consiglio per gli affari economici: per compiere atti di alienazione propriamente detti (cfr. can. 1292 §1) e quelli ad essa assimilati dal can. 1295; per realizzare atti di amministrazione straordinaria (cfr. can. 1277); per rinunciare all'istanza in un processo contenzioso (cfr. can. 1524 §2); per conferire alle persone giuridiche dipendenti dal Vescovo la licenza necessaria per la validità dell'alienazione dei loro beni (cfr. can. 1292 §1).

³⁹ Il Vescovo deve sentire il collegio dei consultori per nominare e rimuovere l'economo diocesano (cfr. can. 494 §§1 e 2) e per realizzare gli atti di amministrazione denominati "di maggiore importanza" (cfr. can. 1277). Inoltre, deve ottenere il suo consenso per realizzare gli atti di disposizione sui beni del patrimonio stabile della diocesi (cfr. can. 1292 §1) e gli altri atti ad essi assimilati dal can. 1295, e in generale, per porre atti di *amministrazione straordinaria* (cfr. can. 1277). In materia processuale, l'assenso del collegio dei consultori è necessario anche perché il Vescovo possa rinunciare all'istanza in un processo contenzioso (cfr. can. 1524 §2). Anche relativamente ai beni delle persone soggette al Vescovo diocesano, il consenso del collegio dei consultori è necessario per autorizzare, tramite la dovuta licenza, l'alienazione dei loro beni quando, a norma del can. 1292 §1, il loro valore richiede tale licenza.

⁴⁰ Il Vescovo deve ascoltare il Consiglio presbiterale per erigere, sopprimere o modificare in modo rilevante le parrocchie (cfr. can. 515 §2), con le conseguenze patrimoniali che tali modifiche comportano; per stabilire le norme con le quali provvede alla destinazione delle offerte ricevute dai fedeli in occasione dello svolgimento di qualche incarico parrocchiale e la remunerazione dei sacerdoti che svolgono il medesimo incarico (cfr. can. 531); per autorizzare la costruzione di nuove chiese (cfr. can. 1215 §2); per ridurre ad uso profano

deve intervenire il consiglio del superiore.⁴¹ E, inoltre, gli statuti possono prevedere l'intervento di altri consigli.

L'*accountability* dell'amministratore dei beni ecclesiastici comprende l'esigenza di giustizia di far partecipare alla decisione gli organi consultivi. In questo contesto è anche applicabile il diritto all'informazione di cui abbiamo già parlato, sia da parte dell'autorità nei confronti dei consigli e dei loro membri, sia da parte dei collegi nei confronti dell'autorità cui sono chiamati a servire. Non è possibile agire responsabilmente se non si dispone degli elementi necessari per prendere la decisione.

Facilitare l'intervento dei consigli è quindi un'esigenza di giustizia che configura ambiti di *accountability* per le parti in causa: l'autorità e i consiglieri. L'inadempimento dell'obbligo di sentire i consigli, o di ottenere il loro consenso, costituirebbe un'ingiustizia che aprirebbe la via giudiziaria. Anche qui si porrebbe la difficoltà di determinare la configurazione soggettiva di un tale processo: chi sarebbe il giudice competente?, chi potrebbe agire e contro chi?, quale potrebbe essere la decisione dell'organo giudiziario?, ecc. Sicuramente, come stabilisce il già citato can. 128, si potrebbe sempre intentare almeno la riparazione dei danni.

8. IL "BUON GOVERNO" E LA "DILIGENZA DI UN BUON PADRE DI FAMIGLIA"

La buona gestione dei beni ecclesiastici richiede sia atti di potestà legislativa, esecutiva e giudiziaria, sia anche uno stile di amministrazione delle risorse che faccia costante riferimento alla comunità che costituisce il sostrato della

non indecoroso le chiese (cfr. can. 1222 §2); per imporre alcuni tributi diocesani (cfr. can. 1263).

⁴¹ L'intervento del consiglio del Superiore è previsto espressamente dal can. 638 §3: «Per la validità dell'alienazione, e di qualunque negozio da cui la situazione patrimoniale della persona giuridica potrebbe subire detrimento, si richiede la licenza scritta rilasciata dal Superiore competente con il consenso del suo consiglio». In forza dell'autonomia normativa di ciascun istituto in materia di amministrazione (cfr. can. 635), le norme interne possono prevedere altri interventi del consiglio. Anche se non si tratta di una legge in senso formale, il già citato documento della CONGREGAZIONE PER GLI ISTITUTI DI VITA CONSACRATA E LE SOCIETÀ DI VITA APOSTOLICA, *Economia al servizio del carisma e della missione. Orientamenti*, contiene menzioni esplicite di interventi del consiglio del Superiore generale, come quello previsto al n. 81, che tratta sull'autorizzazione della Santa Sede per la vendita o donazione di immobili: «La richiesta di autorizzazione sia presentata dal Superiore generale con il consenso del suo consiglio»; quello del n. 87, relativo al ricorso al credito: «Sarà compito del Superiore con il suo consiglio valutare se la proposta di ricorso al credito, inoltrata alla sua approvazione, è adeguatamente istruita e sono disponibili tutti i necessari elementi per una decisione consapevole. (...) Il Superiore con il suo consiglio esiga l'esame periodico della situazione finanziaria complessiva...»; ecc.

personalità giuridica di molti dei titolari di beni ecclesiastici.⁴² Questo “riferimento costante” è l'*accountability*: la capacità di spiegare le ragioni di ogni atto di gestione. E da tutto ciò viene la qualifica di “trasparente” che può essere applicata alla gestione delle risorse. Perché si cerca la giustizia in ogni singolo atto di amministrazione, si è in grado di rendere conto con trasparenza del modo di amministrare.

Viene così promossa una gestione trasparente, che non ha nulla da nascondere. Anche se la trasparenza non consiste nel dire tutto a tutti, ma nel manifestare a ciascuno ciò che deve conoscere. In questo senso, pur non ignorando che c'è dibattito in dottrina, non ritengo necessario che il rendiconto presentato all'Ordinario (can. 1287 §1) e quello presentato ai fedeli (can. 1287 §2) debbano essere identici.⁴³ A mio avviso, è necessario che siano “coerenti” ma non è imprescindibile che abbiano lo stesso contenuto o la stessa forma. Ciò non vuol dire che, in alcune circostanze, non possa essere conveniente presentare lo stesso rendiconto ad entrambi, ma ritengo che la trasparenza richiesta è quella per la quale si fa vedere a ciascuno ciò che egli deve vedere, che non è necessariamente la stessa cosa per tutti.⁴⁴

Il “buon governo” delle risorse ecclesiastiche garantisce la “diligenza del buon padre di famiglia” che il can. 1284 §1 sancisce come criterio guida per tutti gli amministratori. È stato scritto che soltanto con l'impegno per il buon governo può essere garantita la necessaria *accountability* da parte dei governanti.⁴⁵ In effetti, l'*accountability* nel senso spiegato in queste pagine eccede le esigenze della legge e tende a configurare un agire responsabile che non può essere formalizzato in generale: se la si riducesse ad adempimento di norme, regolamenti e procedure (*compliance*) perderebbe slancio morale.

Nei più recenti documenti in materia di gestione di beni ecclesiastici e di organizzazione dell'amministrazione nella Chiesa è apprezzabile il desi-

⁴² Qui bisognerebbe fare un discorso a parte per le fondazioni, perché costituite su di un sostrato composto da beni «sia spirituali, sia materiali» (can. 115 §3), *universitates rerum* del can. 114 §1, ma ci distarrebbe dall'oggetto principale di queste riflessioni.

⁴³ Cfr. la recente monografia di D. ZALBIDEA, *La rendición de cuentas en el ordenamiento canónico: transparencia y misión*, cit.

⁴⁴ Più volte, richiamandoci a *Lumen gentium* n. 6 che annovera la famiglia tra le figure della Chiesa, abbiamo fatto l'esempio della gestione della situazione economica di una famiglia, per la quale pare conveniente che i diversi membri siano informati secondo la loro capacità: la perdita del posto di lavoro del capo famiglia sarà presentata in modo diverso al coniuge e al figlio di quindici anni o a quello di tre anni. L'informazione può essere la stessa ma non sarebbe giusto darla allo stesso modo a tutti, tantomeno ai parenti meno vicini della stessa famiglia (i cugini, i nipoti...) o a coloro che non appartengono alla famiglia.

⁴⁵ «The primary and most important expression of directive accountability is self-regulation or self-limitation. This can only be realized when there is a commitment on the part of those within the public administration to the standard of good governance» (W. L. DANIEL, “Accountability” and the Juridical Responsibility ..., cit., p. 47).

derio di istaurare uno stile di “buon governo” da parte di organi che siano *accountable* nei confronti della comunità del popolo di Dio. In questa linea si pone, ad esempio, l'attività di revisione che si auspica in più istanze, basti pensare all'Ufficio del Revisore istituito presso la Curia romana,⁴⁶ ad alcuni uffici di revisori diocesani che si vanno configurando,⁴⁷ alla richiesta di revisione dell'attività amministrativa degli Istituti di vita consacrata... La revisione consiste nel controllo di un documento o di un processo che manifestano la situazione di un soggetto, e può essere fatto dal di dentro dell'ente stesso o può essere affidato a persone esterne. Abitualmente è un controllo di natura tecnica. Il prototipo della revisione è quella contabile, ma come attività di gestione tendente alla trasparenza si apre anche ad altri ambiti come quello tributario o l'esecuzione dei contratti, ecc. La revisione cerca di misurare la conformità della gestione (o dei documenti che esprimono la gestione) a determinati parametri o caratteristiche.

Certamente, la frontiera tra l'agire tecnico del revisore e quello amministrativo dell'autorità è difficile da stabilire con precisione e buona parte della regolamentazione delle revisioni serve proprio a delimitarne i confini. Ma evidentemente, anche l'attività di revisione si pone nella linea della maggiore trasparenza nella gestione e, quindi, della migliore *accountability* da parte degli amministratori. La “diligenza del buon padre di famiglia” richiede oggi l'uso di tutti i mezzi a disposizione per una gestione responsabile delle risorse, tra i quali sembra importante la capacità di “rendere conto” del proprio operato e delle proprie scelte.

⁴⁶ Cfr. PAPA FRANCESCO, m.p. “*Fidelis dispensator et prudens*”, per la costituzione di una nuova struttura di coordinamento degli affari economici e amministrativi della Santa Sede e dello Stato della Città del Vaticano, «AAS», 106 (2014), pp. 164-165.

⁴⁷ Cfr., ad esempio, M. SEMERARO, Vescovo di Albano, *Decreto circa i compiti e le facoltà del Revisore diocesano*, 6 luglio 2016, in <http://www.diocesidialbano.it/wp-content/uploads/sites/2/2017/05/Revisore-Diocesano-Decreto.pdf> [accesso 23.04.2018].

LA COMMUNICATIO IN SACRAMENTIS E LE COPPIE MISTE CATTOLICO-RIFORMATE

ANTONIO S. SÁNCHEZ-GIL

RIASSUNTO · Secondo l'indicazione del magistero pontificio da San Paolo VI a Francesco, nella condivisione dei sacramenti, in particolare dell'Eucaristia, nelle coppie miste si devono osservare le norme generali in materia. Così è stato ribadito in AL, 247, nonostante nei lavori del Sinodo dei Vescovi sulla famiglia non siano mancate proposte di stabilire norme speciali per loro. Tuttavia tale indicazione e le stesse norme generali vengono di fatto svuotate in alcune prassi di condivisione eucaristica nei matrimoni misti cattolico-riformati approvate e, in qualche modo, promosse da indicazioni emanate da alcune Conferenze Episcopali e da alcuni Vescovi, palesemente contrarie alla direttiva pontificia, alle norme ecclesiali in materia e, in certi casi, al diritto divino sulla *communicatio in sacris* dichiarato in OE, 26.

PAROLE CHIAVE: *Communicatio in sacris*, Sacramenti, Matrimoni misti, Intercomunionione, Can. 844.

ABSTRACT · *The communicatio in sacramentis and the mixed Catholic-Reformed couples* · According to the indication of the pontifical magisterium from Saint Paul VI to Francis, in the sharing of the sacraments, especially the Eucharist, in the case of mixed couples, the general norms existing in the matter must be observed. This was reaffirmed in AL, 247, even though, in the work of the Synod of Bishops on the family, there was no lack of proposals of special rules for such couples. Nevertheless, this indication and the general norms themselves are, in practice, rendered void by certain forms of Eucharistic sharing in mixed Catholic-Reformed marriages approved and, in some way, promoted by indications issued by some Episcopal Conferences and by some Bishops, clearly contrary to the pontifical directive, to the ecclesial norms in the matter and, in some cases, to the divine law on the *communicatio in sacris* declared by OE, 26.

KEYWORDS: *Communicatio in sacris*, Sacraments, Mixed marriages, Intercommunion, Can. 844.

SOMMARIO: I. Introduzione. – II. La disposizione della Santa Sede di osservare nei matrimoni misti le norme generali sulla condivisione dell'Eucaristia. – 1. Il M.P. 'Matrimonia mixta' (1970). – 2. L'Esort. ap. 'Familiaris consortio' (1981). – 3. La seconda edizione del Direttorio ecumenico (1993). – 4. L'Esort. ap. postsinodale 'Amoris lae-

assanchezgil@pusc.it, Pontificia Università della Santa Croce.

titia' (2016). – III. La condivisione dell'Eucaristia nei matrimoni misti nei lavori del Sinodo dei Vescovi sulla famiglia (2014-2015). – 1. Il Sinodo del 2014. – 2. La proposta dell'IFIN e l'Instrumentum laboris del Sinodo del 2015. – 3. I lavori del Sinodo del 2015 e la sua 'Relatio finalis'. – IV. Lo svuotamento della norma generale in alcune prassi di condivisione dell'Eucaristia nei matrimoni misti cattolico-riformati. – 1. Le indicazioni di alcune Conferenze Episcopali sulla condivisione dell'Eucaristia nei matrimoni misti (1998-2000). – 2. Il testo reso noto dal Consiglio Permanente della DBK (2018). – v. Una proposta sul posto della *communicatio in sacramentis* nella cura pastorale delle coppie miste cattolico-riformate e una proposta *de iure condendo*.

I. INTRODUZIONE

IN un precedente studio sulla *communicatio in sacramentis* con i fedeli riformati,¹ in occasione del 500° anniversario della Riforma, ho avuto l'occasione di esaminare la norma, introdotta nel ordinamento della Chiesa nell'immediato postconcilio,² che consente ai ministri cattolici di amministrare i sacramenti della penitenza, dell'Eucaristia e dell'unzione degli infermi anche ai cristiani riformati in pericolo di morte o se incombe altra grave necessità e si verificano determinate condizioni.³ Tale studio considera l'argomento in termini generali, senza alcun riferimento alle coppie miste,

¹ Cfr. A. S. SÁNCHEZ-GIL, *La communicatio in sacramentis con i fedeli riformati tra legge divina, norme ecclesiali e discernimento pastorale*, «Annales Theologici», 31 (2017), pp. 395-427. In questo studio per "fedeli riformati" intendo i battezzati appartenenti alle comunità ecclesiali sorte dalla Riforma: protestanti o anglicani.

² Concretamente nel n. 55 della prima parte del Direttorio ecumenico, pubblicata nel 1967: cfr. SEGRETARIATO PER LA PROMOZIONE DELL'UNITÀ DEI CRISTIANI (SPUC), *Directorium ad ea quae a Concilio Vaticano Secundo de re oecumenica promulgata sunt exsequenda. Pars prima* «Ad totam Ecclesiam», 14 maggio 1967, «AAS», 59 (1967), pp. 574-592. La seconda parte fu pubblicata tre anni dopo: IDEM, *Directorium ad ea quae a Concilio Vaticano Secundo de re oecumenica promulgata sunt exsequenda. Pars altera* «Spiritus Domini», 16 aprile 1970, «AAS», 61 (1970), pp. 705-724 (DE 1967-1970). Originale latino; versione italiana in *Enchiridion Vaticanum* (EV) 2, nn. 1194-1292.

³ La norma è contenuta nel can. 844 § 4 del *Codex Iuris Canonici* del 1983 (CIC) con la seguente formulazione: «Se vi sia pericolo di morte o qualora, a giudizio del Vescovo diocesano o della Conferenza Episcopale, incombesse altra grave necessità (*alia urgeat gravis necessitas*), i ministri cattolici amministrano lecitamente i medesimi sacramenti [della penitenza, dell'Eucaristia e dell'unzione degli infermi] anche agli altri cristiani [non orientali o equiparati] che non hanno piena comunione con la Chiesa cattolica, i quali non possano accedere al ministro della propria comunità e li chiedano spontaneamente, purché manifestino, circa questi sacramenti, la fede cattolica e siano ben disposti». La stessa norma è contenuta nel can. 671 § 4 del *Codex Canonum Ecclesiarum Orientalium* del 1990 (CCEO). Con una formulazione equivalente è stata inserita nei nn. 129-131 della seconda edizione del Direttorio ecumenico, pubblicata nel 1993: cfr. PONTIFICIO CONSIGLIO PER LA PROMOZIONE DELL'UNITÀ DEI CRISTIANI (PCPUC), *Directoire pour l'application des principes et des normes sur l'Œcumenisme* «La recherche de l'unité», 25 marzo 1993, «AAS», 85 (1993), pp. 1039-1119 (DE 1993). Originale francese; versione italiana in EV 13, nn. 2169-2507.

e può essere letto in modo autonomo. Tuttavia, può essere anche inteso come una prima parte generale e propedeutica che consente di studiare la questione della *communicatio in sacramentis* e le coppie cattolico-riformate nella prospettiva giusta, che è quella dell'osservanza della norma generale in materia. È significativo, infatti, che anche l'Esort. ap. postsinodale *Amoris laetitia*,⁴ l'ultimo documento pontificio con disposizioni specifiche in proposito, abbia segnalato, in continuità con le disposizioni magisteriali precedenti, che «la decisione di ammettere o no la parte non cattolica del matrimonio alla comunione eucaristica va presa in conformità alle norme generali esistenti in materia, tanto per i cristiani orientali quanto per gli altri cristiani», precisando inoltre che, «sebbene gli sposi di un matrimonio misto abbiano in comune i sacramenti del battesimo e del matrimonio, la condivisione dell'Eucaristia non può essere che eccezionale e, in ogni caso, vanno osservate le disposizioni indicate (DE 1993, 159-160)».⁵

Sebbene siano riferite esplicitamente solo all'Eucaristia, e non agli altri due sacramenti che è possibile condividere,⁶ sono disposizioni che conviene esaminare in partenza e ad esse sarà dedicato il paragrafo II. Nel paragrafo III saranno invece esaminate le proposte, contrarie a tali disposizioni, presentate durante i Sinodi dei Vescovi sulla famiglia (2014-2015), in particolare quella della Rete internazionale delle famiglie interconfessionali (*Interchurch Families International Network-IFIN*), di elaborare una normativa speciale per le coppie miste, che consenta loro di condividere “regolarmente” l'Eucari-

⁴ FRANCESCO, Esort. ap. postsinodale sull'amore nella famiglia *Amoris laetitia*, 19 marzo 2016, «AAS», 108 (2016), pp. 311-446 (AL).

⁵ AL, 247.

⁶ Si deve osservare che i documenti ecclesiali e la dottrina teologica e canonica che trattano della condivisione dei sacramenti con i fedeli riformati si riferiscono, con poche eccezioni, unicamente all'Eucaristia, tralasciando i sacramenti della penitenza e dell'unzione degli infermi. Su questo punto, cfr. A. S. SÁNCHEZ-GIL, *La communicatio in sacramentis con i fedeli riformati...*, cit., pp. 418-420 e pp. 424-425. Cfr., ad esempio, G. RUYSEN, *Verso l'unità: il cammino ecumenico dal decreto conciliare Unitatis redintegratio al direttorio ecumenico À la recherche de l'unité: la communicatio in sacris per quanto riguarda l'Eucaristia*, in *La comunione nella vita della Chiesa: le prospettive emergenti dal Vaticano II*, a cura del Gruppo Italiano Docenti di Diritto Canonico, Milano, Glossa, 2015, pp. 111-151; L. LORUSSO, *La “communicatio in sacris” relativa all'Eucaristia: problemi aperti e prospettive*, in *Iniziazione cristiana: confermazione ed Eucaristia*, a cura del Gruppo Italiano Docenti di Diritto Canonico, Milano, Glossa, 2009, pp. 193-233; CH. SCHMITT, *Kommunion trotz Trennung. Universalrechtliche Vorgaben zur Eucharistiezulassung evangelischer Christen und ihre partikularrechtliche Umsetzung*, Essen, Ludgerus Verlag, 2007; M. WIJLENS, *Sharing the Eucharist. A theological Evaluation of the Post Conciliar Legislation*, Lahnam, Maryland, University Press of America, 2000; H. SCHMITZ, *Eucharistiegemeinschaft. Teilnahme von nichtkatholische Christen an der Eucharistie*, in IDEM, *Studien zur kirchlichen Rechtskultur*, Würzburg, Echter Verlag, 2005, pp. 196-221. Circa la cura pastorale delle coppie e delle famiglie cristiane miste, cfr. A. MONTAN, *Matrimoni misti e problemi pastorali*, in *I matrimoni misti*, Città del Vaticano, Libreria Editrice Vaticana, 1998, pp. 23-55; M. BUCCIERO, *I matrimoni misti. Aspetti storici, canonici e pastorali*, Roma, Millenium, 1997, pp. 186-204.

stia. Benché tali proposte non siano state accolte, è utile esaminarle perché riflettono delle prassi diffuse in alcuni paesi contrarie alle direttive magisteriali e alle norme ecclesiali. A questo fenomeno sarà dedicato il paragrafo iv, attraverso l'esame delle indicazioni di alcune Conferenze Episcopali di paesi di lingua inglese, pubblicate attorno all'anno 2000, e ad un recente testo ad uso dei Vescovi diocesani, reso noto nel 2018 dal Consiglio Permanente della Conferenza Episcopale Tedesca (*Deutsche Bischofskonferenz-DBK*), in cui in diversi modi si approvano o si promuovono tali prassi. Nel paragrafo v, infine, a modo di conclusione, formulerò due proposte in materia, la prima sul posto della *communicatio in sacramentis* nella cura pastorale delle coppie miste cattolico-riformate, la seconda *de iure condendo*.

II. LA DISPOSIZIONE DELLA SANTA SEDE DI OSSERVARE NEI MATRIMONI MISTI LE NORME GENERALI SULLA CONDIVISIONE DELL'EUCARISTIA

1. Il M.P. 'Matrimonia mixta' (1970)

Nel DE 1967-1970 non ci sono riferimenti ai matrimoni misti né, di conseguenza, indicazioni specifiche in materia.⁷ È, quindi, il M.P. *Matrimonia mixta*, promulgato da San Paolo VI nel 1970,⁸ il primo documento magisteriale a contenere disposizioni circa la loro eventuale condivisione dei sacramenti, precedute comunque dai motivi che sconsigliano tali matrimoni, per le difficoltà che comportano anche nella partecipazione al culto della Chiesa.⁹ In tale contesto, a proposito della possibilità di celebrare il matrimonio

⁷ Nel 1966 la Santa Sede aveva pubblicato un documento sui matrimoni misti (cfr. SACRA CONGREGAZIONE PER LA DOTTRINA DELLA FEDE, Istr. sui matrimoni misti *Matrimonium sacramentum*, 18 marzo 1966, «AAS», 58 [1966], pp. 235-239), con indicazioni dettagliate sulla preparazione della celebrazione del matrimonio (cfr. ivi, nn. I-V), ma senza allusioni ad un'eventuale condivisione dei sacramenti, che, del resto, fino al 1967, era possibile, sulla base delle disposizioni conciliari, soltanto con gli «orientali, che in buona fede si trovano separati dalla Chiesa cattolica» (CONCILIO ECUMENICO VATICANO II, *Decretum de Ecclesiis Orientalibus catholicis* «*Orientalium Ecclesiarum*», 21 novembre 1964, n. 27, «AAS», 57 [1965], pp. 76-89 [84] [OE]).

⁸ Cfr. Lett. ap. in forma di Motu proprio con cui vengono impartite norme sui matrimoni misti *Matrimonia mixta*, 31 marzo 1970, «AAS», 62 (1970), pp. 257-263.

⁹ Come afferma San Paolo VI: «Sono moltissime le difficoltà inerenti ad un matrimonio misto, in quanto esso introduce una specie di divisione nella cellula vivente della Chiesa, come giustamente è chiamata la famiglia cristiana, e a causa della diversità di vita religiosa rende più difficile nella stessa famiglia l'adempimento fedele dei precetti evangelici, specie per quanto riguarda la partecipazione al culto della Chiesa e l'educazione della prole (...) non bisogna ignorare le difficoltà, che ci sono anche nei matrimoni misti tra battezzati. Spesso infatti questi hanno opinioni contrastanti intorno alla natura sacramentale del matrimonio ed al peculiare significato delle nozze celebrate in Chiesa, intorno all'interpretazione da dare ad alcuni principi morali attinenti al matrimonio e alla famiglia, intorno all'esatta estensio-

misto tra battezzati durante la Messa si trova, per la prima volta, la disposizione di osservare riguardo alla comunione eucaristica la legge generale:

In particolari circostanze, nel matrimonio tra parte cattolica e parte battezzata non cattolica, potranno esser seguiti, dietro consenso dell'Ordinario del luogo, i riti del matrimonio durante la Messa (nn. 19-38), osservando per ciò che riguarda la Comunione Eucaristica le prescrizioni della legge generale.¹⁰

2. L'Esort. ap. 'Familiaris consortio' (1981)

Stessa disposizione sarà confermata nell'Esort. ap. *Familiaris consortio* di San Giovanni Paolo II, pubblicata nel 1981.¹¹ A proposito della cura pastorale delle coppie miste, Il Pontefice chiedeva ai pastori uno sforzo speciale nella preparazione al matrimonio e nel successivo accompagnamento della parte cattolica nel suo cammino di fede. E circa l'eventuale condivisione dell'Eucaristia riprendeva la disposizione di San Paolo VI:

Quanto alla partecipazione del coniuge non cattolico alla comunione eucaristica, si seguano le norme impartite dal Segretariato per l'Unione dei Cristiani (Istr. *In quibus rerum circumstantiis*, 15 giugno 1972, «AAS», 64 [1972], pp. 518-525; Nota del 17 ottobre 1973, «AAS», 65 [1973], pp. 616-619).¹²

3. La seconda edizione del Direttorio ecumenico (1993)

In continuità con FC, l'edizione del Direttorio ecumenico del 1993 considera le questioni che riguardano i matrimoni misti tra battezzati nel contesto dell'assistenza pastorale da offrire alle famiglie cristiane.¹³ Si segnalano le difficoltà che i matrimoni misti presentano «per le coppie stesse e per i loro figli in ordine alla conservazione della fede, all'impegno cristiano e all'armonia della vita familiare»,¹⁴ e la conseguente necessità di «offrire un insegnamento e un sostegno particolari al coniuge cattolico nella sua vita di fede e alle coppie dei matrimoni misti per la loro preparazione alle nozze, durante

ne dell'obbedienza dovuta alla Chiesa cattolica ed alla sfera di competenza che è propria dell'autorità ecclesiastica. Da ciò si comprende che solo quando sarà ricomposta l'unità dei cristiani, si potranno risolvere completamente tali difficili questioni» (ivi).

¹⁰ Ivi, n. 11. La legge generale applicabile alle coppie cattolico-riformate era la norma contenuta in DE 1967-1970, 55.

¹¹ Cfr. Esort. ap. circa i compiti della famiglia cristiana nel modo di oggi *Familiaris consortio*, 22 novembre 1981, «AAS», 74 (1982), pp. 81-191 (FC). Anche se non è indicato nel titolo si tratta di un documento "postsinodale", successivo alla V Assemblea Generale del Sinodo dei Vescovi del 1980.

¹² Ivi, n. 78. Sia l'Istruzione che la Nota citate ribadiscono le indicazioni contenute in DE 1967-1970, p. 55, che nel frattempo erano state oggetto di interpretazioni errate. Cfr. A. S. SÁNCHEZ-GIL, *La communicatio in sacramentis con i fedeli riformati...*, cit., pp. 408-410.

¹³ Cfr. DE 1993, 143-160.

¹⁴ Ivi, 144.

la celebrazione sacramentale e per la vita comune che ne consegue». ¹⁵ Poi, a proposito dell'eventuale celebrazione del matrimonio misto tra battezzati durante la Messa, si ripete la disposizione di seguire, riguardo alla condivisione della comunione eucaristica, le norme generali:

Poiché possono presentarsi problemi riguardanti la condivisione eucaristica, a causa della presenza di testimoni o di invitati non cattolici, un matrimonio misto, celebrato secondo la forma cattolica, ha generalmente luogo al di fuori della liturgia eucaristica. Tuttavia, per una giusta causa, il Vescovo diocesano può permettere la celebrazione dell'Eucaristia (nota 151: *Ordo celebrandi Matrimonium*, n. 8). In quest'ultimo caso, la decisione di ammettere o no la parte non cattolica del matrimonio alla comunione eucaristica va presa in conformità alle norme generali esistenti in materia, tanto per i cristiani orientali (nota 152: Cfr. *supra*, n. 125) quanto per gli altri cristiani (nota 153: Cfr. *supra*, nn. 129-131), e tenendo conto di questa situazione particolare, che cioè ricevono il sacramento del matrimonio cristiano due cristiani battezzati. ¹⁶

Di seguito si aggiunge una nuova disposizione di portata ancora più generale in cui viene sottolineata sia l'eccezionalità sia l'obbligo – «in ogni caso», si dice – di osservare le norme generali:

Sebbene gli sposi di un matrimonio misto abbiano in comune i sacramenti del battesimo e del matrimonio, la condivisione dell'Eucaristia non può essere che eccezionale e, in ogni caso, vanno osservate le disposizioni indicate qui sopra, riguardanti l'ammissione di un cristiano non cattolico alla comunione eucaristica (nota 154: Cfr. *supra*, nn. 125, 130 e 131), e così pure quelle concernenti la partecipazione di un cattolico alla comunione eucaristica in un'altra Chiesa (nota 155: Cfr. *supra*, n. 132). ¹⁷

4. *L'Esort. ap. postsinodale 'Amoris laetitia' (2016)*

Come è stato accennato le stesse disposizioni sono state ribadite in AL, nell'unico paragrafo dedicato alle coppie miste, che è utile riportare per intero:

Le problematiche relative ai matrimoni misti richiedono una specifica attenzione. I matrimoni tra cattolici e altri battezzati “presentano, pur nella loro particolare fisionomia, numerosi elementi che è bene valorizzare e sviluppare, sia per il loro intrinseco valore, sia per l'apporto che possono dare al movimento ecumenico”. A tal fine “va ricercata [...] una cordiale collaborazione tra il ministro cattolico e quello non cattolico, fin dal tempo della preparazione al matrimonio e delle nozze” (FC, n. 78). Circa la condivisione eucaristica si ricorda che “la decisione di ammettere o no la parte non cattolica del matrimonio alla comunione eucaristica va presa in conformità alle norme generali esistenti in materia, tanto per i cristiani orientali quanto per gli altri cristiani, e tenendo conto di questa situazione particolare, che cioè

¹⁵ Ivi, 146.

¹⁶ Ivi, 159.

¹⁷ Ivi, 160.

ricevono il sacramento del matrimonio cristiano due cristiani battezzati. Sebbene gli sposi di un matrimonio misto abbiano in comune i sacramenti del battesimo e del matrimonio, la condivisione dell'Eucaristia non può essere che eccezionale e, in ogni caso, vanno osservate le disposizioni indicate" (DE 1993, 159-160) (nota 271: *Relatio finalis* 2015, 72).¹⁸

Si tratta di un testo virgolettato, copia testuale del n. 72 della *Relatio finalis* del Sinodo dei Vescovi del 2015, segno che Francesco non ha ritenuto necessario introdurre indicazioni non elaborate dall'Assemblea sinodale. Va comunque segnalato che il testo è interamente costituito da citazioni testuali di FC e del DE 1993, nonostante non siano mancate nei lavori sinodali proposte di stabilire norme speciali sulla condivisione dell'Eucaristia nei matrimoni misti, che saranno esaminate di seguito.

III. LA CONDIVISIONE DELL'EUCARISTIA NEI MATRIMONI MISTI NEI LAVORI DEL SINODO DEI VESCOVI SULLA FAMIGLIA (2014-2015)

1. *Il Sinodo del 2014*

Pochi sono gli elementi utili sulla questione nei lavori della III Assemblea Generale Straordinaria del Sinodo dei Vescovi sulla famiglia del 2014. Nell'*Instrumentum laboris*, pubblicato il 26 giugno 2014, si parla, infatti, solo in generale della necessità di uno specifico accompagnamento pastorale dei matrimoni misti;¹⁹ e, nella *Relatio Synodi* del 18 ottobre 2014, a conclusione dei lavori sinodali, la problematica dei matrimoni misti è considerata in modo generico, senza accenni alla condivisione dei sacramenti.²⁰

2. *La proposta dell'IFIN e l'Instrumentum laboris' del Sinodo del 2015*

È, invece, di notevole interesse per il nostro studio la proposta, elaborata dall'IFIN e inviata alla SGSV l'8 aprile 2015,²¹ in risposta alle due domande sui matrimoni misti che erano state inserite nel questionario aggiunto dalla

¹⁸ AL, 247.

¹⁹ Cfr. SEGRETERIA GENERALE DEL SINODO DEI VESCOVI (SGSV), *Instrumentum laboris* della III Assemblea Generale Straordinaria sul tema *Le sfide pastorali sulla famiglia nel contesto dell'evangelizzazione* (5-19 ottobre 2014), 26 giugno 2014, n. 154, in vatican.va/roman_curia/synod/documents/rc_synod_doc_20140626_instrumentum-laboris-familia_it.html.

²⁰ Cfr. SGSV, *Relatio Synodi* al termine della III Assemblea Generale Straordinaria sul tema *Le sfide pastorali sulla famiglia nel contesto dell'evangelizzazione* (5-19 ottobre 2014), 18 ottobre 2014, nn. 7 e 54, in vatican.va/roman_curia/synod/documents/rc_synod_doc_20141018_relatio-synodi-familia_it.html.

²¹ Cfr. *Sinodo sulla famiglia: Le famiglie interconfessionali rispondono*, «Il Regno-documenti», 20/2015, pp. 14-24. L'IFIN è descritta dal suo coordinatore come una «rete informale di famiglie interconfessionali a livello internazionale, che riunisce associazioni e gruppi di famiglie interconfessionali provenienti da diverse parti del mondo» (T. KNIIPS-PORT LE ROI, *Famiglie interconfessionali: Anticipare l'unità possibile*, «Il Regno-attualità», 5/2015, pp. 305-307).

SGSV ai *Lineamenta* per la Assemblea Generale Ordinaria del 2015, pubblicati il 9 dicembre 2014.²²

La normativa attuale permette di dare risposte valide alle sfide poste dai matrimoni misti e da quelli interconfessionali? Occorre tenere conto di altri elementi?²³

L'articolata risposta dell'IFIN a tali domande può essere sintetizzata in tre punti. Nel primo si propone di dedicare alle famiglie miste una sezione specifica dell'*Instrumentum laboris*,²⁴ e di rivedere «la terminologia “matrimoni misti” quando si fa riferimento ai matrimoni misti tra cristiani battezzati».²⁵ Nel secondo si propone che venga riconosciuta la peculiare vocazione e missione che le famiglie interconfessionali avrebbero nella Chiesa e nel mondo, consistente – secondo loro – nel promuovere l'unità dei cristiani e l'avvicinamento tra le Chiese, potendo diventare in virtù della loro condizione di Chiese domestiche «un segno visibile e profetico dell'unità a cui tutti i cristiani sono chiamati»²⁶. Nel terzo punto, poi, si propone che venga

²² Per decisione di Papa Francesco, i *Lineamenta* erano costituiti dalla *Relatio Synodi* del 2014 a cui fu «aggiunta una serie di domande per conoscere la recezione del documento e per sollecitare l'approfondimento del lavoro iniziato nel corso dell'Assemblea Straordinaria» (SGSV, *Lineamenta* per la xiv Assemblea Generale Ordinaria sul tema *La vocazione e la missione della famiglia nella Chiesa e nel mondo contemporaneo* [4-25 ottobre 2015], 9 dicembre 2014, Prefazione, in press.vatican.va/content/salastampa/it/bollettino/pubblico/2014/12/09/0935/02013.html).

²³ Ivi, Domande per l'approfondimento e la ricezione della *Relatio Synodi*, n. 39.

²⁴ Cfr. IFIN, *Sinodo sulla famiglia: Le famiglie interconfessionali rispondono*, cit., p. 16.

²⁵ Ivi, p. 17. Secondo l'IFIN, “matrimoni misti” «è espressione ambigua, applicabile a diversi tipi di unione, compresi i matrimoni interrazziali e interreligiosi. Quando queste coppie si sono riunite in gruppi o in associazioni di mutuo sostegno hanno usato un'altra terminologia per identificarsi. Nelle regioni di lingua inglese, si autodefiniscono “interchurch families”; nelle regioni di lingua tedesca “konfessionsverbindende Familien”; nelle regioni di lingua francese, “foyers mixtes interconfessionnels”; e in Italia “famiglie miste interconfessionali”» (ivi). Una richiesta simile fu presentata, senza successo, al Sinodo dei Vescovi del 1967 (cfr. A. MONTAN, *Matrimoni misti e problemi pastorali*, pp. 24-26). Sia la *Relatio Synodi* che AL hanno mantenuto la denominazione “matrimoni misti”.

²⁶ IFIN, *Sinodo sulla famiglia: Le famiglie interconfessionali rispondono*, cit., p. 19. Si tratta di una visione forse troppo ottimistica, che tiene conto degli aspetti eventualmente positivi, ma non di quelli sicuramente problematici. Secondo l'IFIN, le famiglie interconfessionali «nell'alleanza matrimoniale formano una Chiesa domestica; ma nel loro caso, questa Chiesa domestica si rapporta a due comunioni ecclesiali, ancorché separate. Così le famiglie interconfessionali incarnano l'unità cristiana. Semplicemente con la loro esistenza, le famiglie interconfessionali possono offrire un segno visibile di unità, e con il loro coinvolgimento nella vita di due Chiese possono aiutarle ad avvicinarsi» (ivi, p. 18). Appare, tuttavia, evidente il contrasto tra queste considerazioni e l'affermazione di Paolo VI sulle “moltissime difficoltà” inerenti ai matrimoni misti (vedi *supra* nota 9). Anche la considerazione delle famiglie interconfessionali come Chiese domestiche, che “incarnano l'unità cristiana”, presenta aspetti problematici sotto vari profili (ecclesiologici, sacramentali, canonici e pastorali) che non è possibile analizzare in questa sede.

offerta a queste famiglie una pastorale adeguata a tale peculiare vocazione, che dovrebbe includere “una regolare condivisione eucaristica”.²⁷ Un’affermazione perentoria, corredata da una serie di argomentazioni, che è utile esaminare perché costituiscono una sintesi delle ragioni addotte negli ultimi decenni per giustificare alcune prassi di condivisione dell’Eucaristia, anche nelle coppie cattolico-riformate, al di fuori – come lo stesso IFIN riconosce – delle situazioni eccezionali previste nella norma applicabile ai riformati.

Si parla, in concreto, del forte desiderio dei genitori di ricevere la comunione eucaristica quando il loro figlio riceve la prima comunione e del dolore o lo sconcerto dei figli nel vedere che entrambi i genitori non possono riceverla con loro.²⁸ Si sostiene la tesi dell’“unità della loro Chiesa domestica”, che contrasta con “lo scandalo delle Chiese divise”, con affermazioni e condotte commoventi, ma anomale e sconcertanti, che hanno come protagonisti bambini, figli di coppie miste, a cui si riconosce un valore esemplare e quasi magisteriale, alternativo, persino superiore, a quello dei Romani Pontefici.²⁹ Si offre una descrizione incompleta, per quanto riguarda i fedeli riformati, della normativa in vigore,³⁰ che è ritenuta comunque inadeguata, anche perché, secondo la loro esperienza, la prassi sarebbe molto diversa «da un paese all’altro, da una diocesi all’altra, da una parrocchia all’altra».³¹

²⁷ Cfr. *ivi*, p. 22.

²⁸ Cfr. *ivi*.

²⁹ «I genitori comprendono di non poter testimoniare ai figli ciò che di fatto vivono nell’unità della loro Chiesa domestica. Lo scandalo delle nostre Chiese divise si fa troppo evidente per i figli e può diventare una pietra d’inciampo. Essi cercano di spiegare la situazione meglio che possono. “Non penso sia una buona regola”, dice il figlio di una madre anglicana, “perché divide le famiglie”. Una coppia italiana è stata molto commossa dalla storia di un bambino francese così tediato dal fatto che la madre protestante non ricevesse la comunione con lui alla sua prima comunione da conservare una parte dell’ostia che aveva ricevuto per portarla alla madre perché la condividesse. Per vent’anni, quando la coppia italiana era a messa insieme, ha fatto “secondo l’insegnamento di quel bambino sconosciuto”. Storie di bambini che hanno spontaneamente diviso la loro ostia per dividerla con la madre arrivano da molti paesi e continenti» (*ivi*).

³⁰ «Le famiglie interconfessionali sono grate che la condivisione eucaristica in via straordinaria sia ora riconosciuta come appropriata nel caso di alcune coppie e famiglie che “hanno in comune il sacramento del battesimo e del matrimonio”. Il coniuge battezzato può essere ammesso alla comunione quando c’è un reale bisogno e desiderio, una libera richiesta, una fede cattolica nell’eucaristia» (*ivi*).

³¹ *Ivi*. «Ad alcuni coniugi interconfessionali che esprimono il loro bisogno spirituale e il desiderio di condivisione eucaristica viene ancora detto che non è possibile. Altri, con loro grande gioia, sono ammessi alla comunione con regolarità. Ad altri ancora viene detto che possono essere ammessi solo in rare circostanze, ma che alcune circostanze non sono abbastanza “straordinarie”» (*ivi*). Una “cattiva testimonianza” – si afferma in tono di rimprovero – che provoca sconcerto nelle famiglie interconfessionali: «Questo può essere una reale causa di scandalo in alcune comunità. Permessi ufficiali e non ufficiali sono concessi a tutti i livelli e vengono prese decisioni su cui non si può discutere. Questa è una cattiva testimonianza. Le famiglie interconfessionali spesso fanno fatica a parlare apertamente delle loro

Si espongono le diverse reazioni e le differenti attese delle famiglie interconfessionali, secondo le loro diverse sensibilità: alcune ritengono un “peso schiacciante” poter condividere la comunione solo in rare occasioni; altre “soffrono” perché non possono farlo apertamente; alcune “non hanno il desiderio” di condividere la comunione eucaristica; altre “sentono il bisogno urgente” di una condivisione eucaristica regolare.³² Si propone che venga riconosciuto il «bisogno di una condivisione eucaristica regolare in quelle famiglie interconfessionali che la desiderano profondamente»,³³ e si conclude con la seguente richiesta:

Le famiglie interconfessionali chiedono venga esplicitamente dichiarato che ai coniugi interconfessionali che esprimono un reale bisogno e desiderio della condivisione eucaristica, e che corrispondono ai criteri di ammissione, sia permesso di ricevere regolarmente la comunione insieme al coniuge cattolico, ogni volta in cui sono a messa insieme.³⁴

Non è di mia competenza un’analisi teologica dei presupposti di una tale petizione – in cui peraltro i sacramenti della penitenza e dell’unzione degli infermi sono completamente ignorati – e delle conseguenze sul piano ecclesiologicalo di una risposta affermativa da parte del magistero della Chiesa.³⁵

esperienze, per paura di compromettere altri. Sentono che devono proteggere i sacerdoti, la cui preoccupazione pastorale li porta a volte ad andare oltre le regole, almeno per come sono interpretate dove vivono» (ivi, pp. 22-23).

³² Cfr. ivi, p. 23.

³³ «Il matrimonio cristiano non è una successione di occasioni speciali, ma un impegno continuo e quotidiano a diventare sempre più pienamente una comunità intima di vita e di amore, una Chiesa domestica. La condivisione eucaristica straordinaria è necessaria durante tutto il matrimonio interconfessionale, per sostenere questa comunione in Cristo, per esprimerla e approfondirla. Come una coppia interconfessionale ha espresso: “L’eucaristia è ciò che ci lega e ci rafforza come coppia e famiglia, e ci dà una forza nascosta per portare l’amore di Cristo nel nostro mondo bello, ma malato”. Riconoscere il bisogno di una condivisione eucaristica regolare in quelle famiglie interconfessionali che la desiderano profondamente sarebbe un chiaro segno dell’importanza che la Chiesa cattolica attribuisce all’alleanza matrimoniale e al sostegno del matrimonio e della vita familiare» (ivi).

³⁴ Ivi.

³⁵ Meriterebbe, ad esempio, un’analisi teologica approfondita l’attribuzione ai matrimoni misti della categoria di Chiesa domestica, dalla quale alcuni autori e alcuni Pastori ricavano la necessità della condivisione eucaristica, come se tali coppie avessero una propria consistenza ecclesiale e in esse l’unità dei cristiani fosse stata ormai raggiunta e solo mancasse la comune ricezione dell’Eucaristia per suggellarla. Cfr. G. RUYSEN, *I matrimoni misti e la comunione eucaristica*, «La Civiltà Cattolica», 159 (2008), IV, pp. 581-591; S. DEMEL, *Gemeinschaft zum Tisch des Herrn? Ein theologisch-rechtliches Plädoyer zur Konkretisierung der „anderen schweren Notwendigkeit“ des c. 844 § 4 CIC*, «Stimmen der Zeit», 221 (2003), pp. 663-676; M. WIJLENS, *Eucharistiegemeinschaft mit anderen Christen. Vom Verbot mit Ausnahmen zur Erlaubnis unter Bedingungen als Folge vertiefter ekklesiologischer Einsichten*, in *Ius quia iustum. Festschrift für Helmuth Pree zum 65. Geburtstag*, Herausgegeben von E. Güthoff, S. Haering, Berlin, Duncker & Humblot, 2015, pp. 625-649.

Sotto il profilo giuridico-canonico è tuttavia possibile avvertire una sorta di traslazione all'ambito ecclesiale di ciò che avviene da tempo in ambito secolare: la trasformazione dei "desideri" – alcuni legittimi, altri no – in "bisogni", che vengono poi tramutati in "diritti", riconosciuti prima da qualche giudice in casi particolari, poi dalla legge in generale.³⁶ Nella presente richiesta dell'IFIN, dal "desiderio" dei coniugi di condividere la comunione eucaristica in alcune occasioni si passa speditamente al "desiderio" di una condivisione regolare, definita poi un "bisogno urgente", da soddisfare "ogni volta in cui sono a messa insieme", che deve essere riconosciuto dalla norma.

Circa l'eco delle proposte dell'IFIN o di altri contributi simili nell'*Instrumentum laboris* elaborato dalla SGSV per il Sinodo del 2015,³⁷ si deve rilevare che alcune richieste sono state accolte; in particolare l'attitudine che i matrimoni misti potrebbero avere nel favorire lo spirito ecumenico tra le comunità cristiane che vivono nello stesso luogo. Non manca, tuttavia, un richiamo alle obiettive difficoltà che comportano,³⁸ e alla necessità di una attenzione pastorale che tenga conto delle loro potenzialità e delle loro problematiche, anche riguardo alla vita liturgica.³⁹ Circa la condivisione dell'Eucaristia, l'*Instrumentum laboris* non accenna alla proposta dell'IFIN, ma si fa eco di un altro suggerimento:

Alcuni suggeriscono che i matrimoni misti siano considerati tra i casi di "grave necessità" nei quali è possibile a battezzati fuori della piena comunione con la Chiesa cattolica, che condividono però con essa la fede circa l'Eucaristia, essere ammessi alla ricezione di tale sacramento in mancanza dei propri pastori (cfr. Giovanni Paolo II, Lett. enc. *Ecclesia de Eucharistia*, nn. 45-46; PCPUC, *Direttorio per l'applicazione dei principi e delle norme per l'ecumenismo*, nn. 122-128), tenendo conto anche dei criteri propri della comunità ecclesiale alla quale appartengono.⁴⁰

³⁶ Cfr. P. G. LIVERANI, *Diritti distorti. La legalizzazione dei desideri*, Milano, Ares, 2016.

³⁷ *Instrumentum laboris* della XIV Assemblea Generale Ordinaria sul tema *La vocazione e la missione della famiglia nella Chiesa e nel mondo contemporaneo* (4-25 ottobre 2015), 23 giugno 2015, in vatican.va/roman_curia/synod/documents/rc_synod_doc_20150623_instrumentum-xiv-assembly_it.html.

³⁸ Nella prima parte, a proposito di "alcune sfide peculiari", si afferma ad esempio che «in questi matrimoni può esistere il pericolo del relativismo o dell'indifferenza» (ivi, n. 28).

³⁹ «I matrimoni misti e i matrimoni con disparità di culto presentano aspetti di criticità molteplici e di non facile soluzione, non tanto a livello normativo quanto a livello pastorale. Si vedano, ad esempio, la problematica dell'educazione religiosa dei figli; la partecipazione alla vita liturgica del coniuge, nel caso di matrimoni misti con battezzati di altre confessioni cristiane; la condivisione di esperienze spirituali con il coniuge appartenente ad altra religione o anche non credente in ricerca. Occorrerebbe, perciò, elaborare un codice di buona condotta, in modo che nessun coniuge sia d'ostacolo al cammino di fede dell'altro. Per questo, al fine di affrontare in modo costruttivo le diversità in ordine alla fede, è necessario rivolgere un'attenzione particolare alle persone che si uniscono in tali matrimoni, non solo nel periodo precedente alle nozze» (ivi, n. 127).

⁴⁰ Ivi, n. 128.

Una proposta indirizzata a far rientrare i matrimoni misti nella fattispecie prevista dalla norma e consentire che la parte non cattolica possa ricevere regolarmente l'Eucaristia,⁴¹ in cui, tuttavia, si dimentica che, secondo la norma, la "necessità", oltre ad essere "grave", deve essere "urgente", e che, secondo le direttive magisteriali, la condivisione deve essere comunque "eccezionale"; due note – l'urgenza e l'eccezionalità – difficilmente riscontrabili in una situazione stabile come quella matrimoniale e nella proposta di una condivisione regolare. In ogni caso, è utile rilevare l'esistenza di una tale proposta, in quanto manifesta che i Padri sinodali si sono confrontati con tale suggerimento e hanno deciso di non prenderlo in considerazione nella *Relatio finalis*.

3. I lavori del Sinodo del 2015 e la sua 'Relatio finalis'

Degli interventi dei singoli Padri sinodali sulla questione dei matrimoni misti e della loro condivisione dell'Eucaristia nei lavori del Sinodo del 2015 non sono disponibili dati ufficiali.⁴² Sono invece disponibili gli interventi in Aula dei Delegati fraterni,⁴³ tra i quali due pastori riformati che si sono riferiti espressamente alla condivisione eucaristica nelle famiglie miste: il Rev.do Ndanganeni Petrus Phaswana, Vescovo emerito della Chiesa Evangelica in Sudafrica, appartenente alla Federazione Luterana Mondiale, che si limitò ad accennare alla questione,⁴⁴ e il Rev. Dott. Robert K. Welsh, Presidente del Consiglio della *Christian Church (Disciples of Christ)*, degli Stati Uniti d'America, che fece una testimonianza carica di emotività davanti ai Padri sinodali e al Santo Padre, con la richiesta di poter ricevere la comunione insieme ai suoi parenti cattolici, in cui è tuttavia possibile rilevare un'inadeguata comprensione della ecclesiologia e della normativa della Chiesa cattolica.⁴⁵

⁴¹ In un successivo commento dell'IFIN a questo n. 128 dell'*Instrumentum laboris* si contesta una tale impostazione, chiamando in causa le diverse applicazioni della norma generale da parte di alcune Conferenze Episcopali, di cui ci occuperemo nel paragrafo iv. Cfr. IFIN, *Le famiglie interconfessionali e l'Instrumentum laboris*, 9 settembre 2015, in www.lindicedelsinodo.it/2015/09/le-famiglie-interconfessionali-e.html.

⁴² Come è noto, la politica informativa stabilita personalmente da Francesco per i lavori del Sinodo dei Vescovi sulla famiglia prevedeva che i Padri sinodali consegnassero in anticipo i loro interventi alla SGSV, con il divieto di pubblicarli. Nelle conferenze stampa organizzate quotidianamente dalla SGSV era offerta una sintesi delle questioni trattate, senza indicare però i nomi dei Padri sinodali intervenuti.

⁴³ Al contrario dei Sinodi dei Vescovi celebrati nei pontificati precedenti, nemmeno una sintesi degli interventi dei Padri sinodali è stata pubblicata, neanche dopo lo svolgimento del Sinodo. Gli interventi degli Uditori e dei Delegati fraterni, invece, sono stati pubblicati completi dalla Sala Stampa della Santa Sede.

⁴⁴ Cfr. 12^a *Congregazione generale: Audizione dei Delegati fraterni*, 16 ottobre 2015, in press. vatican.va/content/salastampa/it/bollettino/pubblico/2015/10/16/0789/01720.html.

⁴⁵ È utile riprendere i passaggi più significativi: «*And a third reflection (on a very personal*

Per quanto riguarda le relazioni dei Circoli minori sull'*Instrumentum laboris*, si riscontrano due indicazioni sui matrimoni misti:⁴⁶ il suggerimento di uno dei Circoli italiani di «trovare una collocazione più idonea ai paragrafi che riguardano matrimoni misti e con disparità di culto»;⁴⁷ e una proposta del Circolo tedesco che è utile riportare per intero:

Proponiamo un'integrazione relativa ai *matrimoni interconfessionali*: per quanto riguarda il tema del matrimonio interconfessionale, devono essere menzionati soprattutto gli aspetti positivi e la particolare vocazione di tale matrimonio, poiché i cristiani non cattolici non sono affatto al di fuori dell'*unica* Chiesa, bensì ne fanno parte per mezzo del battesimo e di una certa, benché incompleta, comunione (cfr. UR, 3). Anche il matrimonio interconfessionale va visto come Chiesa domestica e ha una vocazione e una missione specifica, che consiste nello scambio dei doni nell'ecumenismo della vita.⁴⁸

Anche se non ci sono accenni espliciti alla condivisione eucaristica, sono rilevanti alcune coincidenze, nella terminologia e nell'impostazione, con le proposte dell'IFIN. Va comunque detto che tale proposta non è stata accolta nella *Relatio finalis* approvata dai Padri sinodali,⁴⁹ in cui accanto alle eventua-

level): My wife is Roman Catholic; my daughter has become Roman Catholic through her marriage to a life-long Roman Catholic; and I have now three beautiful grandchildren – all baptized within the Catholic Church. My oldest grandson (Trace), now 14 years old, frequently serves as an altar boy. He loves the church; he loves the Mass, and especially helping during the celebration of the Eucharist. My regret continues to be that, when I attend Mass with my grandson, I am not allowed to partake of the Eucharist. It's personal, and it's painful. Coming from my background as a Disciples of Christ and as a life-long ecumenist, I not only experience being excluded from my own personal family; but, also experience exclusion from the family of the church: the one, holy, catholic and apostolic church that we all confess. But, it's not just about me. Surely not! I also believe this pain is deeply felt by hundreds of thousands of persons around the world who long to experience our unity in Christ as one family gathering and sharing in the one Eucharist. Indeed, I believe the world itself is waiting, and longing, for such a sign of God's reconciliation, and healing, and peace. Holy Father, as part of the "Holy Year of Mercy" that you have proclaimed, I hope that you might offer a concrete, "real-life" sign of hope and healing that would be both pastoral and evangelical: where all Christians would be welcomed to share in the one Eucharist. This Holy Year of Mercy could thus be the occasion to act upon the volumes of emerging theological agreements that have been produced through ecumenical dialogue and encounter over the years since the Second Vatican Council: celebrating the family, gathered together, at one Table as brothers and sisters in Christ» (ivi).

⁴⁶ Grazie ad un cambiamento della politica informativa seguita fino a quel momento, furono pubblicati dalla Sala Stampa della Santa Sede le relazioni dei Circoli minori: cfr. 14^a Congregazione generale: *Relazioni dei Circoli minori sulla terza parte dell'Instrumentum laboris*, 21 ottobre 2015, in press.vatican.va/content/salastampa/it/bollettino/pubblico/2015/10/21/0803/01782.html.

⁴⁷ *Relatio - Circulus Italicus* "B", in ivi.

⁴⁸ *Relatio - Circulus Germanicus*, in ivi. La traduzione è mia.

⁴⁹ *Relatio finalis* del Sinodo dei Vescovi al Santo Padre Francesco al termine della XIV Assemblea Generale Ordinaria sul tema "La vocazione e la missione della famiglia nella Chiesa e nel mondo contemporaneo" (4-25 ottobre 2015), 24 ottobre 2015, in press.vatican.va/content/salastampa/it/bollettino/pubblico/2015/10/24/0816/01825.html.

li potenzialità non si nascondevano le difficoltà ed i pericoli che i matrimoni misti comportano. In effetti, nella sezione dedicata a “alcune sfide peculiari”, la *Relatio finalis* afferma:

Nei paesi in cui la presenza della Chiesa cattolica è minoritaria sono numerosi i matrimoni misti e di disparità di culto, con tutte le difficoltà che essi comportano riguardo alla configurazione giuridica, al Battesimo, all'educazione dei figli e al reciproco rispetto dal punto di vista della diversità della fede. In questi matrimoni può esistere il pericolo del relativismo o dell'indifferenza, ma vi può essere anche la possibilità di favorire lo spirito ecumenico e il dialogo interreligioso in un'armoniosa convivenza di comunità che vivono nello stesso luogo.⁵⁰

E lo stesso si segnala, ancora più chiaramente, nella sezione dedicata alle famiglie in “situazioni complesse”:

I matrimoni misti e i matrimoni con disparità di culto presentano aspetti di potenzialità feconde e di criticità molteplici di non facile soluzione, più a livello pastorale che normativo, quali l'educazione religiosa dei figli, la partecipazione alla vita liturgica del coniuge, la condivisione dell'esperienza spirituale.⁵¹

Tuttavia, si deve osservare che, nonostante questi nn. 25 e 74 della *Relatio finalis* avessero una certa originalità e rappresentassero il sentire dei Padri sinodali, non sono stati inseriti in AL. È stato invece inserito il n. 72, riprodotto letteralmente in AL, 247,⁵² che è quindi rimasto alla fine l'unico paragrafo dedicato ai matrimoni misti. In esso, Papa Francesco ribadisce la direttiva magisteriale precedente di seguire le norme generali in materia. Una dichiarazione precisa e chiara, che contrasta con l'oggettiva indeterminazione della risposta data dal Santo Padre il 15 novembre 2015, poche settimane dopo la conclusione del Sinodo, ad una domanda di una signora evangelica, circa la possibilità di ricevere la comunione eucaristica insieme a suo marito cattolico. Tale risposta, pronunciata a braccio e poi trascritta e pubblicata dalla Sala Stampa della Santa Sede,⁵³ fece pensare che il Papa non volesse tener conto delle precedenti disposizioni, sollevando all'epoca sorpresa nella dottrina teologica e canonica e nella pubblica opinione. Dal tenore del n. 247 di AL risulta invece che Papa Francesco, con i Padri sinodali, ritiene che non si devono stabilire norme speciali in materia per le coppie miste.

Si tratta comunque di una disposizione che rischia di rimanere inefficace – come è avvenuto in passato – se rimangono operative alcune prassi nei

⁵⁰ *Relatio finalis*, 25. Nelle votazioni dei 265 Padri sinodali presenti, questo numero ottenne 242 sì, 15 no e 9 astensioni.

⁵¹ *Relatio finalis*, 74. Questo numero ottenne 223 sì, 36 no e 6 astensioni.

⁵² Vedi *supra* nota 18. Il n. 72 ottenne 229 sì, 29 no e 7 astensioni.

⁵³ Per la trascrizione della domanda della signora e della risposta del Papa, cfr. w2.vatican.va/content/francesco/it/speeches/2015/november/documents/papa-francesco_20151115_chiesa-evangelica-luterana.html. Per il video, cfr. [youtube.com/watch?v=NiKC19pgc-o](https://www.youtube.com/watch?v=NiKC19pgc-o).

confronti dei matrimoni misti, avallate in alcuni luoghi da indicazioni emanate da Conferenze Episcopali o da singoli Vescovi che consentono la condivisione eucaristica in circostanze significative della loro vita familiare, che per logica non possono essere considerate situazioni eccezionali di pressante (o urgente) grave necessità.

IV. LO SVUOTAMENTO DELLA NORMA GENERALE IN ALCUNE PRASSI DI CONDIVISIONE DELL'EUCARISTIA NEI MATRIMONI MISTI CATTOLICO-RIFORMATI

Nel precedente studio sulla *communicatio in sacramentis* con i fedeli riformati sono stati esaminati gli interventi della Santa Sede, dal 1968 al 1973, indirizzati a promuovere una retta interpretazione del n. 55 del DE 1967-1970 e impedire che, al posto di una retta *communicatio in sacramentis* nei casi "eccezionali" previsti di pericolo di morte o di altra urgente necessità, si instaurasse una pratica d'intercomunione "regolare", che doveva essere evitata.⁵⁴ Ora si deve aggiungere che la maggior parte dei casi d'intercomunione, più o meno regolare, che la Santa Sede cercava di rimuovere erano casi di condivisione eucaristica in matrimoni misti cattolico-riformati fuori dai casi previsti, sulla base della considerazione di alcuni momenti significativi della vita familiare come situazioni di "bisogno spirituale", assimilato nella pratica all'"urgente necessità" di cui parlava il n. 55.⁵⁵

Si è prima accennato alla persistenza di prassi di questo genere, anche dopo i successivi interventi della Santa Sede, testimoniate dall'IFIN. Ma la prova più sicura della diffusione di questo fenomeno sono le indicazioni elaborate da alcune Conferenze Episcopali sulla condivisione eucaristica nei matrimoni misti, che saranno esaminate di seguito. Indicazioni che, in diversi casi non consta abbiamo ottenuto la previa *recognitio* della Santa Sede (cfr. can.

⁵⁴ Cfr. A. S. SÁNCHEZ-GIL, *La communicatio in sacramentis con i fedeli riformati...*, cit., pp. 406-411. Si deve ricordare che il n. 55 del DE 1967-1970 usava le espressioni «*in periculo mortis vel in urgente necessitate (in persecutione, in carceribus)*» e «*in aliis casibus huiusmodi urgentis necessitatis*». Per evitare interpretazioni estensive, il Presidente del Segretariato per l'Unità dei Cristiani, dichiarò che dovevano essere casi "eccezionali", simili a quelli accennati (cfr. A. BEA, *Nota circa l'applicazione del Direttorio ecumenico*, 6 ottobre 1968, n. 5, in EV 2, n. 1248*). Finalmente, nel riformulare la norma nei Codici canonici, alla nota dell'"urgenza", è stata aggiunta la nota della "gravità": «*alia urgeat gravis necessitas*» (can. 844 § 4 CIC), «*alia urget gravis necessitas*» (can. 671 § 4 CCEO). Anche il DE 1993 parla di «*situations de grave et pressante nécessité*» (DE 1993, 130) e «*de façon exceptionnelle*» (ivi, 129).

⁵⁵ Cfr. L. LORUSSO, *La "communicatio in sacris" relativa all'Eucaristia...*, cit., pp. 222-228. L'A. riporta casi di "ospitalità eucaristica" in atto in diverse nazioni (Paesi Bassi, Francia, Svizzera, Germania, Sudafrica, Regno Unito, Irlanda e Canada) e diocesi (Strasburgo, Basilea, Rockhampton e Vienna). Cfr. anche CH. SCHMITT, *Kommunion trotz Trennung*, cit., pp. 207-252 e G. RUYSSSEN, *Verso l'unità: il cammino ecumenico...*, cit., pp. 147-149.

455 CIC), e sembrano “doppiamente contrarie” alla disciplina ecclesiastica: contrarie, da un lato, alla direttiva magisteriale di seguire nei confronti dei matrimoni misti le norme generali; contrarie, dall’altro, alla norma applicabile ai riformati che non prevede la *communicatio in sacramentis* con loro se non eccezionalmente, in pericolo di morte o se, a giudizio dell’autorità episcopale, incomba (o urga) altra grave necessità.⁵⁶

1. *Le indicazioni di alcune Conferenze Episcopali sulla condivisione dell’Eucaristia nei matrimoni misti (1998-2000)*

Ci riferiamo in concreto alle indicazioni sulla condivisione dell’Eucaristia nei matrimoni misti pubblicate, negli anni 1998-2000, dalle Conferenze Episcopali d’Inghilterra e Galles, d’Irlanda e di Scozia, dell’Africa Meridionale, del Canada e dell’India:

1) Nel documento *One bread one body* pubblicato nel 1998 dalle Conferenze Episcopali d’Inghilterra e Galles, d’Irlanda e di Scozia,⁵⁷ nella sezione *Sacramental sharing with Christian from other Churches and ecclesial communities*, si ricorda la norma generale riguardante i riformati, ma la si ritiene applicabile anche in «occasioni uniche di gioia o di dolore nella vita di una famiglia o di un individuo»,⁵⁸ che secondo logica non possono essere considerate urgenti e gravi necessità, simili a persecuzione o prigionia:

What do we mean by a ‘unique occasion’ in the life of a family or an individual? We are thinking of an occasion which of his nature is unrepeatable, a ‘one-off’ situation at a given moment which will not come again. This may well be associated with the most significant moments of a person’s life, for example, at the moments of Christian initia-

⁵⁶ Secondo il can 844 § 4 CIC, il giudizio sulla presenza di una urgente e grave necessità, diversa dal pericolo di morte ma in qualche modo simile a questo, compete al Vescovo diocesano o alla Conferenza Episcopale: «iudicio Episcopi dioecetani aut Episcoporum conferentiae, alia urgeat gravis necessitas». Sono loro dunque le autorità competenti a “giudicare” se si verifica, in ambito diocesano o nazionale, una situazione di emergenza di questo genere. Esula tuttavia dalla loro competenza “dichiarare” o “stabilire”, *ad casum* o in generale, che possa essere ritenuta tale una qualunque situazione di “bisogno” che non abbia contemporaneamente le note della gravità e dell’urgenza.

⁵⁷ CATHOLIC BISHOPS’ CONFERENCES OF ENGLAND AND WALES, IRELAND AND SCOTLAND, *One bread one body. A teaching document on the Eucharist in the life of the Church, and the establishment of general norms on sacramental sharing*, 6 giugno 1998, in CH. SCHMITT, *Kommunion trotz Trennung...*, cit., pp. 256-265. Come segnala Schmitt, non è chiaro se si tratta di una legge o di un decreto generale, né se si è ottenuta la *recognitio* della Santa Sede (cfr. *ivi*, p. 218, nota 831).

⁵⁸ «Admission to holy Communion and to the sacraments of Reconciliation and Anointing of the Sick may be given to baptised Christian of other faith communities if there is a danger of death, or if there is some other grave and pressing need. This may at time include those who ask to receive them on a unique occasion for joy or for sorrow in the life of a family or an individual» (*One bread one body*, n. 106).

tion (Baptism, Confirmation, First Communion), Marriage, Ordination and death.⁵⁹ (...) What might be meant by 'other unique occasions for joy or sorrow in the life of a family or an individual' (...) Request to be admitted to Holy Communion may come from the parent of a child to be baptised during Mass, or receiving First Holy Communion or Confirmation; the parent or wife of someone being ordained; the intimate family of the deceased at a Funeral Mass.⁶⁰

2) Nella prima edizione del Direttorio per l'ecumenismo pubblicato nel 1998 dalla Conferenza dei Vescovi cattolici dell'Africa Meridionale (Sudafrica, Swaziland, Botswana e Namibia),⁶¹ si conteneva la seguente peculiare interpretazione di "situazione unica", che ricorrerebbe "ogni volta" che gli sposi partecipino insieme alla Santa Messa:

*A unique situation exists as regards spouses of a mixed marriage who attend Mass together in a Catholic Church. The uniqueness consists in the fact that their baptismal unity in Christ has been still further sealed by the sacramentality of their marriage bond. Hence both may experience a real need to express that unity by receiving Holy Communion whenever they attend Mass together. If such couples attend Mass together only infrequently, then they may both receive communion in those occasions, provided that it is the spontaneous desire of the non-Catholic partner to do so. In cases where both parties attend Mass together virtually every Sunday, then the non-Catholic party may approach the local Ordinary through the parish priest for permission to receive Communion every time he or she attend Mass with his or her spouse.*⁶²

3) Nelle linee guida per la condivisione dell'Eucaristia pubblicate nel 1999 dalla Conferenza Episcopale del Canada⁶³, nel paragrafo intitolato *Policy on cases of serious need in which the sacraments of Penance, Eucharist and Anointing of the Sick may be administered to Anglicans and baptised protestant Christians*, si parla di "seria necessità spirituale" in "occasioni speciali" nei seguenti termini:

An Anglican or Protestant party in a mixed marriage who has a serious spiritual need for the Eucharist may receive Communion on special occasions, such as principal anniversaries, funerals of family member, on Christmas and Easter if the family attends Mass together, and other occasions of ecclesial or familial significance. When, in exceptional circumstances a mixed marriage is celebrated at the Eucharist, the Anglican or Protestant party to the mar-

⁵⁹ Ivi, n. 109.

⁶⁰ Ivi, n. 112.

⁶¹ SOUTHERN AFRICAN CATHOLIC BISHOPS' CONFERENCE, *Directory on Ecumenism for Southern Africa*, 26 febbraio 1998, in CH. SCHMITT, *Kommunion trotz Trennung...*, cit., pp. 275-278.

⁶² Ivi, 6.5.3.2. Queste indicazioni furono successivamente eliminate, dopo lo scandalo provocato dalla ricezione della comunione eucaristica da parte del presidente Clinton durante una visita in Sudafrica nel marzo 1998, e le successive conversazioni con il PCPUC. Né in questa versione del direttorio, né in quella successiva del 2000, si accenna ad una eventuale *recognitio* della Santa Sede. Cfr. CH. SCHMITT, *Kommunion trotz Trennung...*, cit., p. 228, nota 864.

⁶³ CONFERENCE OF CATHOLIC CANADIAN BISHOPS, *Guidelines for Eucharistic Sharing in Canada*, in CH. SCHMITT, *Kommunion trotz Trennung...*, cit., pp. 265-266.

riage who has a serious spiritual need for the Eucharist may receive Holy Communion at the wedding Mass. The Anglican or Protestant party may also receive the sacrament of Penance from a Catholic minister before receiving Communion on the same occasions.⁶⁴

4) Nelle linee guide per l'ecumenismo pubblicate nel 2000 dalla Conferenza Episcopale dell'India,⁶⁵ nel paragrafo intitolato *Admission to communion for spouse, family and friend: spiritual strength and joy*, si ammette la cosiddetta "ospitalità eucaristica" dei parenti e degli amici nella celebrazione di un matrimonio misto durante la Messa, perché – si afferma, come se fosse una ragione plausibile – «negarla sarebbe davvero motivo di sorpresa e persino di scandalo»:

*Where the other partner belongs to one of the Churches derived from the Reformation, if she or he manifests a real faith in the Eucharist and in the presence of the Lord in it, and is properly disposed, the momentous importance of the wedding day for the parties concerned is a sufficient reason to grant by way of exception the sharing of communion with the believing Christian who asks for it. When there is a reasonable assurance that other members of the family and close friends who attend the wedding ceremonies also have a similar faith in the Eucharist, the Eucharistic hospitality could also be extended to them, for their greater spiritual joy in such an auspicious occasion. To deny it would indeed cause surprise and even be a scandal.*⁶⁶

5) Nella seconda edizione del direttorio sull'ecumenismo pubblicata nel 2000 dalla Conferenza dei Vescovi cattolici dell'Africa Meridionale (Sudafrica, Swaziland, Botswana e Namibia),⁶⁷ si ripete la peculiare interpretazione di "situazione unica", che ricorrerebbe "ogni volta" che accompagnino la famiglia alla Santa Messa:

A unique situation exist as regards spouses of a mixed marriage who attend Mass together in a Catholic Church. The uniqueness consists in the fact that their baptismal unity in Christ has been still further sealed by the sacramentality of their marriage bond, a bond that of its

⁶⁴ Ivi, n. 2. Da rilevare l'opportuno riferimento alla "possibilità" di ricevere il sacramento della penitenza, anche se sarebbe stato preferibile, sia dal punto di vista teologico che pastorale, parlare di "convenienza".

⁶⁵ CONFERENCE OF CATHOLIC BISHOPS OF INDIA, *Guidelines for Ecumenism*, in CH. SCHMITT, *Kommunion trotz Trennung...*, cit., pp. 253-256. In precedenza, la Conferenza Episcopale dell'India aveva approvato nel 1986 e poi promulgato, dopo aver ottenuto la *recognitio* della Santa Sede nel 1994, la seguente indicazione circa il can. 844 § 4 CIC: «*The Episcopal Conference leaves it to the diocesan Bishops to decide, keeping in mind Church legislation in the matter, in which circumstances there is grave and pressing need sufficient to permit Catholic ministers to administer the sacraments of Penance, the Eucharist and the Anointing of the Sick to Christians not in full communion with the Catholic Church, and who are not member of the Eastern Churches*» (IDEM, *Complementary Legislations to the Code of Canon Law*, Karnataka, 1995, p. 6). Nulla si dice, invece, nelle linee guida del 2000 circa l'ottenimento della *recognitio* della Santa Sede.

⁶⁶ *Guidelines for Ecumenism*, n. 66.

⁶⁷ SOUTHERN AFRICAN CATHOLIC BISHOPS' CONFERENCE, *Directory on Ecumenism for Southern Africa*, gennaio 2000, in CH. SCHMITT, *Kommunion trotz Trennung...*, cit., pp. 270-275.

very nature seek to be expressed and deepened by the unity of the couple at the Eucharistic table. Hence a spouse in such a marriage, now commonly called an interchurch marriage, could well experience a serious spiritual need to receive Holy Communion on occasions when he or she accompanies the family to a Catholic Mass. Requests for this kind of Eucharistic hospitality should be referred by the parish priest to the local Ordinary.⁶⁸

2. Il testo reso noto dal Consiglio Permanente della DBK (2018)

Nella stessa linea dei documenti appena citati si colloca un lungo testo, intitolato *Guida orientativa. «Camminare con Cristo – Sulle orme dell'unità»*. *Matrimoni interconfessionali e partecipazione comune all'Eucaristia*,⁶⁹ elaborato nel seno della DBK e, dopo un travagliato percorso,⁷⁰ reso noto a uso dei Ve-

⁶⁸ Ivi, n. 7.12-13.

⁶⁹ *Orientierungshilfe. «Mit Christus gehen – Der Einheit auf der Spur»*. *Konfessionsverbindende Ehen und gemeinsame Teilnahme an der Eucharistie*, 20 febbraio 2018, in dbk.de/fileadmin/redaktion/diverse_downloads/dossiers_2018/08-Orientierungshilfe-Kommunion.pdf. Originale tedesco; versione italiana in «Il Regno-documenti», 15/2018, pp. 479-491.

⁷⁰ Sottoposto a votazione nell'Assemblea Generale della DBK il 20 febbraio 2018, il testo ottenne il voto favorevole di più di tre quarti dei 70 Vescovi presenti e il voto negativo di 13 Vescovi, dei quali 7 Vescovi diocesani. Ritenendo che una questione così centrale per la fede e l'unità della Chiesa non potesse essere risolta da una Conferenza Episcopale, i 7 Vescovi diocesani che avevano votato contro sottoposero il 22 marzo i loro dubbi ai tre Dicasteri della Santa Sede competenti: la Congregazione per la Dottrina della Fede (CDF), il PCPUC e il Pontificio Consiglio dei Testi Legislativi (PCTL). La CDF, con una lettera del Prefetto, Cardinale Ladaria, dell'11 aprile, trasmise al Presidente della DBK, Cardinale Marx, e ai Vescovi coinvolti che il Papa non considerava per il momento appropriata la pubblicazione del testo e aveva deciso di convocare un incontro in Vaticano per esaminare la questione tra membri della DBK e rappresentanti della Curia Romana. Dopo la riunione, svoltasi il 3 maggio, la CDF, con una lettera del Prefetto del 25 maggio, controfirmata dal Papa (manoscritto: «F 25-5-18»), notificò al Presidente della DBK e agli altri partecipanti che l'11 maggio aveva informato il Papa dei contenuti della riunione e che il 24 maggio si era di nuovo intrattenuto con lui sulla questione. Rendevasi anche noto che il Santo Padre era «giunto alla conclusione che il documento non è maturo per la pubblicazione. I motivi essenziali di questa decisione possono essere riassunti come segue: a) La questione dell'ammissione alla comunione di cristiani evangelici in matrimoni interconfessionali è un tema che tocca la fede della Chiesa e ha una rilevanza per la Chiesa universale. b) Tale questione ha degli effetti sui rapporti ecumenici con altre Chiese e Comunità ecclesiali, che non sono da sottovalutare. c) Il tema riguarda il Diritto della Chiesa, soprattutto l'interpretazione del can. 844 CIC. Poiché a questo riguardo in alcuni settori della Chiesa ci sono delle questioni aperte, i competenti dicasteri della Santa Sede sono già stati incaricati di produrre una tempestiva chiarificazione di tali questioni a livello di Chiesa universale. In particolare appare opportuno lasciare al Vescovo diocesano il giudizio sull'esistenza di un'«urgente grave necessità»» (dbk.de/fileadmin/redaktion/diverse_downloads/dossiers_2018/05-Dokument-Brief-Kongregation-Glaubenslehre-25.05.2018.pdf). Nonostante ciò, il Cardinale Marx rese pubblica una sua nota del 12 giugno, controfirmata dal Papa (manoscritto: «F 12-6-18»), in cui attestava che in un colloquio tenutosi l'11 giugno il Santo Padre gli aveva detto che non voleva che il testo fosse pubblicato come documento della DBK, perché la questione aveva una dimensione universale; che sia i Dicasteri competenti sia la DBK dovevano

scovi diocesani il 27 giugno 2018 in internet, con una Dichiarazione del Consiglio Permanente della DBK in cui si afferma:

Sottolineiamo che la comunione eucaristica e la comunione ecclesiale sono inseparabilmente legate. Ci stiamo impegnando per trovare un aiuto spirituale per l'esame di coscienza in singoli casi di accompagnamento spirituale di coniugi interconfessionali, che sentono un bisogno spirituale serio di ricevere l'Eucarestia.⁷¹

E si rende altresì noto che:

Il Presidente della DKB ha informato il Consiglio Permanente sui colloqui avuti a Roma. In un incontro con Papa Francesco ha potuto chiarire che

- la lettera della CDF del 25 maggio 2018 fornisce indicazioni e un quadro di interpretazione,
- il testo non è un documento della DKB, dato che contiene anche una dimensione universale,
- il testo come orientamento è nella responsabilità dei singoli Vescovi.

(...) Conformemente alla lettera della CDF, questa tematica dovrà essere ulteriormente approfondita. A questo scopo offriamo al Santo Padre e alla Curia Romana la nostra collaborazione. Ci sarà occasione di riprendere questo tema nell'Assemblea Generale d'autunno della DBK nel settembre 2018.⁷²

La lunghezza del testo rende impossibile la sua analisi in questa sede.⁷³ Secondo la Lettera della CDF del 25 maggio, controfirmata da Francesco, il Santo Padre in un primo momento lo ha giudicato «non maturo per la pub-

continuare a lavorare sulla questione; e che il testo poteva comunque essere adoperato dai Vescovi come guida orientativa e testo di lavoro e, a questo scopo, essere anche reso noto (dbk.de/fileadmin/redaktion/diverse_downloads/dossiers_2018/06-Dokument-Note-Vorsitzender-an-den-Heiligen-Vater-vom-12.06.2018.pdf).

⁷¹ STÄNDIGER RAT DER DBK, *Pastorale Handreichung zur Frage konfessionsverbindender Ehen und gemeinsamer Teilnahme an der Eucharistie*, 27 giugno 2018, in dbk.de/fileadmin/redaktion/diverse_downloads/presse_2018/2018-107-Erklärung-des-Ständigen-Rates-zur-Frage-konfessionsverbindender-Ehen-und-gemeinsamer-Teilnahme-an-der-Eucharistie.pdf. Originale tedesco; versione italiana in dbk.de/fileadmin/redaktion/diverse_downloads/presse_2018/2018-107-ital-Consiglio-Permanente-Conferenza-Episiscopale-Tedesca-sulla-questione-dei-matrimoni-interconfessionali.pdf. Da notare, nella prima dichiarazione, l'assenza di due importanti precisazioni – qui in corsivo – contenute in una simile affermazione del DE 1993: «la comunione eucaristica è inseparabilmente legata alla *piena* comunione ecclesiale e alla sua espressione visibile» (n. 129).

⁷² Ständiger Rat der DBK, *Pastorale Handreichung...*, cit.. Si deve aggiungere che dopo l'Assemblea Generale d'autunno, il Presidente della DBK si è limitato a dichiarare che «*gestire il testo della Guida orientativa è responsabilità dei singoli Vescovi*» (*Pressebericht anlässlich der Pressekonzferenz zum Abschluss der Herbst-Vollversammlung der DBK am 27. September 2018 in Fulda*, n. 4, in dbk.de/fileadmin/redaktion/diverse_downloads/presse_2018/2018-154-Pressebericht-Herbst-VV.pdf).

⁷³ Da sottolineare la notevole sintonia del testo con le varie proposte presentate al Sinodo dei Vescovi dall'IFIN e da altri soggetti, che – come si è visto – i Padri sinodali e il Papa non hanno ritenuto opportuno prendere in considerazione.

blicazione». Successivamente, secondo la nota del Presidente della DBK, controfirmata da Francesco, ha ammesso che fosse “reso noto” come guida orientativa e testo di lavoro per i Vescovi. Di conseguenza, si tratta di un testo provvisorio, bisognoso di ulteriore studio e maturazione, in modo particolare in quei passaggi in cui, con una formulazione decisamente complicata e “sinuosa”,⁷⁴ il desiderio di una coppia mista di ricevere insieme la comunione viene configurato come una situazione di “grave bisogno spirituale” che rientrerebbe nella formula del can. 844 § 4 CIC. Ci riferiamo ai passaggi centrali dei nn. 17 e 18 del testo:

C'è un grave bisogno (*eine große Not*) quando la fede, che ha portato una donna e un uomo a donarsi l'un l'altro il sacramento del matrimonio e a riceverlo reciprocamente l'uno dall'altra, porta al desiderio della comune comunione (*zur Sehnsucht nach der gemeinsamen Kommunion*) senza che s'intraveda un percorso per rispondere a questo desiderio (*diesem Wunsch*) con la benedizione della Chiesa. Se questo “grave bisogno spirituale” (*dieser „schweren geistlichen Notlage“*) non viene rimediato, anche il matrimonio, fondato nell'amore di Cristo per la Chiesa può essere messo in pericolo (cfr. Ef 5, 32).⁷⁵

Secondo questa formulazione, non soddisfare il “desiderio” di una coppia mista di ricevere “insieme” la Comunione con la benedizione della Chiesa può mettere in pericolo il matrimonio (cfr. n. 18) e la fede (cfr. n. 17), configurando una situazione di “grave bisogno spirituale” (*«schwere geistliche Notlage»*). Circa la sussistenza di una tale situazione di necessità non sarebbe poi

⁷⁴ Cfr. J. OTADUY, *Un exponente de legislación postconciliar. Los directorios de la Santa Sede*, Pamplona, EUNSA, 1980, pp. 214-263, circa il carattere “tortuoso” (“sinuoso” nell'originale) del n. 55 del DE 1967-1970. Cfr. A. S. SÁNCHEZ-GIL, *La communicatio in sacramentis con i fedeli riformati...*, cit., p. 398, nota 11.

⁷⁵ *Orientierungshilfe*, n. 18. Nel n. 17, a proposito dell'espressione “*gravis spiritualis necessitas*” adoperata da San Giovanni Paolo II (cfr. Lett. enc. sull'Eucaristia nel suo rapporto con la Chiesa *Ecclesia de Eucharistia*, 17 aprile 2003, n. 45, «AAS», 95 (2003), pp. 433-475 [EdE]), si afferma: «La *gravis spiritualis necessitas* si comprende alla luce del Codice come un “grave bisogno spirituale” (*„schwere geistliche Notlage“*) in cui le persone devono essere aiutate. Consiste nel fatto che un profondo desiderio (*eine tiefe Sehnsucht*) dei fedeli di ricevere il sacramento (cfr. UUS, 46) non è soddisfatto, e quindi la fede è in pericolo» (cfr. «Il Regno-documenti», 15/2018, p. 483). In questo modo si dimentica, però, che EdE, 45 parla in rapporto all'eterna salvezza («*gravi spirituali necessitati prospicere de aeterna singulorum fidelium salute*»), senza distinguere, come fa invece il can. 844 CIC, tra orientali separati (§ 3) e altri cristiani (§ 4), che è citato comunque sia in EdE, 45, nota 96, che in UUS, 46, nota 79. Va notato che, a differenza della DBK, che prende la formula di EdE, 45 per sostituire l'“urgente grave necessità” del can. 844 § 4 CIC, la Conferenza Episcopale Italiana (CEI) ha preso la stessa formula per integrare le condizioni stabilite per gli orientali separati nel can. 844 § 3 CIC, aggiungendo alla richiesta spontanea e alle buone disposizioni, il “grave bisogno spirituale” (*Vademecum per la pastorale delle parrocchie cattoliche verso gli orientali non cattolici*, 23 febbraio 2010, n. 2.4, nota 12, in chiesacattolica.it/wp-content/uploads/sites/31/2017/09/06/Vademecum-orient_non_catt.pdf).

l'autorità episcopale a giudicare, ma la si dovrebbe valutare in un colloquio pastorale tra il coniuge non cattolico e un sacerdote o altra persona incaricata dell'accompagnamento pastorale, nel quale chiarire se può o non può ricevere la comunione.⁷⁶

Penso che non sia compito dei teologi o dei canonisti, o dei singoli Vescovi, bensì della Santa Sede – della CDF, in collaborazione con il PCPUC e il PCTL – dare una risposta autorevole circa la compatibilità della formulazione proposta nel testo con le disposizioni della legge ecclesiastica e della legge divina.⁷⁷ Bisogna tuttavia osservare che, da quando il testo è stato reso noto, diversi Vescovi diocesani della Germania hanno dichiarato di ritenere il testo, così come è, una guida da seguire nella prassi pastorale delle loro diocesi; p. es., l'Arcivescovo di Monaco e Frisinga, Cardinale Reinhard Marx,⁷⁸ il Vescovo di Rottenburg-Stoccarda, Gebhard Fürst,⁷⁹ o il Vescovo di Erfurt, Ulrich Neymeyr.⁸⁰ Altri Vescovi lo ritengono un testo da studiare e da integrare con il futuro intervento della Santa Sede; p. es., l'Arcivescovo di Colonia, Cardinale Rainer Maria Woelki,⁸¹ l'Arcivescovo di Ratisbona, Rudolf Voderholzer,⁸² e il Vescovo di Limburg, Georg Bätzing.⁸³

★

Oltre a non aver ottenuto la *recognitio* della Santa Sede, tutte le indicazioni di Conferenze Episcopali esaminate in precedenza, nella misura in cui si riferiscono a necessità che non possono essere ritenute “urgenti”, “gravi” ed “eccezionali”, sono da considerarsi *contra legem universalem* e, di conseguenza, senza valore normativo, anche se continuano ad esercitare un'efficacia di

⁷⁶ Allegato al testo si offre una guida sul modo di condurre tale colloquio (cfr. *Orientierungshilfe, Anhang: Eine Hilfe zum Gespräch*).

⁷⁷ In attesa dell'intervento della Santa Sede, posso solo manifestare che, secondo la mia modesta opinione, si tratta di una formula palesemente *contra legem ecclesiasticam*, che parla di necessità “grave”, “urgente” ed “eccezionale” (cfr. can. 844 CIC; DE 1993, 129-130), e probabilmente anche *contra legem divinam*, nella misura in cui con tale formulazione sembra difficile evitare il «*periculum aberrationis in fide, scandali et indifferentismi*» (cfr. OE, 26). Essendo poi un testo dedicato esclusivamente alla condivisione dell'Eucaristia nelle coppie miste è direttamente contrario all'indicazione magisteriale di seguire anche nel caso dei matrimoni misti le norme generali in materia (cfr. *Matrimonia mixta*; FC, 78; DE, 154; AL, 224).

⁷⁸ Cfr. domradio.de/themen/ökumene/2018-06-28/kardinal-marx-zur-kommuniondebatte-unter-deutschen-bischofen.

⁷⁹ Cfr. domradio.de/themen/ökumene/2018-09-05/bistuemer-entscheiden-ueber-einzel-fallregelung-zur-kommunion.

⁸⁰ Cfr. *ivi*.

⁸¹ Cfr. domradio.de/themen/bistümer/2018-11-17/kardinal-woelki-aeussert-sich-zur-kommuniondebatte.

⁸² Cfr. bistum-regensburg.de/news/bischof-voderholzer-zur-frage-des-kommunionempfangs-evangelischer-ehpartner-die-gemeinsame-sehnsucht-nach-einheit-wach-halten-5991/.

⁸³ Cfr. domradio.de/themen/ökumene/2018-09-05/bistuemer-entscheiden-ueber-einzel-fallregelung-zur-kommunion.

fatto, favorendo e promuovendo prassi pastorali, anch'esse *contra legem*, riprovate più volte dalla Santa Sede.⁸⁴ Lo stesso si dovrebbe dire se indicazioni simili fossero impartite da singoli Vescovi diocesani. D'altra parte, nella misura in cui tali indicazioni e tali prassi possono causare nei fedeli o negli stessi ministri «formale adesione all'errore o pericolo di errare nella fede, di scandalo e di indifferentismo» sarebbero da considerarsi *contra legem divinam*.⁸⁵

Questa sarebbe d'altronde, a mio avviso, la ragione principale di una norma come quella contenuta nel can. 844 § 4 CIC, che permette la *communicatio in sacramentis* con i riformati solo in alcuni casi limite e nel rispetto del diritto divino. Una norma fondata sulla necessità della fede e dei sacramenti per la salvezza e sulla condizione di battezzati dei riformati, ma anche sulla presunzione che questi non hanno la fede cattolica, necessaria insieme alle buone disposizioni per ricevere la grazia dei sacramenti.⁸⁶ Una norma che non esclude che in una situazione di emergenza, come il pericolo di morte o altra grave e urgente necessità, in cui sia in gioco la *salus animae*, un fedele battezzato in una comunità riformata che conosca la fede cattolica – come può essere normale nelle famiglie miste – possa manifestare questa fede circa i sacramenti, chiederli spontaneamente ed essere ben disposto. In questi casi né la presunzione accennata né i pericoli da evitare, secondo la legge divina, sussisterebbero più, o potrebbero essere facilmente superati, consentendo una lecita e fruttuosa ricezione dei sacramenti, senza che sia necessario né opportuno richiedere – a motivo dell'urgenza – una previa formale incorporazione alla Chiesa cattolica. Mancando l'urgenza, come capita in quasi tutti i casi contemplati nelle indicazioni delle Conferenze Episcopali, sembrano invece difficilmente evitabili i pericoli accennati, in particolare, l'indifferentismo e lo scandalo.

⁸⁴ Cfr., ad esempio, EDE, 45-46. In precedenza simili prassi di intercomunione erano state riprovate in ben 4 documenti pubblicati tra il 1968 e il 1973 dalla Santa Sede. Cfr. A. S. SÁNCHEZ-GIL, *La communicatio in sacramentis con i fedeli riformati...*, cit., pp. 406-411 e pp. 415-416.

⁸⁵ Come ha dichiarato il Concilio Vaticano II: «La *communicatio in sacris* che pregiudica l'unità della Chiesa o include formale adesione all'errore o pericolo di errare nella fede, di scandalo e di indifferentismo, è proibita dalla legge divina» (OE, 26). Tale dichiarazione riguarda ogni genere di *communicatio in sacris*, sia *in sacramentis* – oggetto del nostro studio – sia *extra sacramenta*, e vale per la *communicatio* non solo con gli orientali separati, a cui OE direttamente si riferiva, ma ovviamente e a maggior ragione anche con i riformati. Cfr. A. S. SÁNCHEZ-GIL, *La communicatio in sacramentis con i fedeli riformati...*, cit., pp. 404-405; IDEM, *Communicatio in sacris*, in *Diccionario General de Derecho Canónico*, a cura di Javier Otaduy, A. Viana, J. Sedano, II, Pamplona, Thomson Reuters Aranzadi, 2012, pp. 275-280.

⁸⁶ Cfr. T. RINCÓN PÉREZ, *La liturgia e i sacramenti nel diritto della Chiesa*, Roma, EDUSC, 2018², pp. 114-117. C. J. ERRÁZURIZ M., *Corso Fondamentale sul Diritto della Chiesa. II. I beni giuridici ecclesiali. La dichiarazione e la tutela dei diritti nella Chiesa. I rapporti tra la Chiesa e la società civile*, Milano, Giuffrè, 2017, pp. 181-183.

V. UNA PROPOSTA SUL POSTO DELLA *COMMUNICATIO IN SACRAMENTIS*
NELLA CURA PASTORALE DELLE COPPIE MISTE CATTOLICO-RIFORMATE
E UNA PROPOSTA *DE IURE CONDENDO*

In attesa di una risposta chiarificatrice della Santa Sede, è forse il momento di esprimere due proposte in materia. La prima riguarda il posto della *communicatio in sacramentis* nella cura pastorale delle coppie miste. La seconda, *de iure condendo*, riguarda il can. 844 CIC.

Come è stato ripetuto più volte, secondo la norma introdotta nell'ordinamento canonico nel 1967, e poi inserita nel can. 844 § 4 CIC e nel DE 1993, 130-131, la *communicatio in sacramentis* con i fedeli riformati è prevista in caso di pericolo di morte o in altra urgente e grave necessità, situazioni di per sé "eccezionali", ma nelle quali ogni persona e ogni famiglia vengono, prima o poi, a trovarsi. Se, nel corso della vita familiare, il coniuge cattolico cerca di trasmettere al coniuge riformato l'insegnamento cattolico sui sacramenti e sulla loro necessità, insieme alla fede, per la salvezza,⁸⁷ non è da escludere – anzi sembra auspicabile – che il coniuge riformato, che rimane convinto in buona fede di non dover diventare cattolico, possa, nonostante ciò, arrivare a condividere la fede cattolica sui sacramenti, e, venendosi a trovare in urgente e grave necessità, possa raggiungere le disposizioni richieste per ricevere con frutto la penitenza sacramentale e la comunione eucaristica e, in caso di pericolo di morte, anche l'unzione degli infermi, e li chiedi – mosso dalla grazia di Dio e dalla testimonianza del coniuge cattolico – spontaneamente al ministro della Chiesa cattolica.

Come è stato messo in evidenza nello studio precedente, se si compie nel rispetto della legge divina, delle norme ecclesiali e con il dovuto discernimento la *communicatio in sacramentis* con i riformati è una pratica pastorale opportuna e legittima,⁸⁸ ben diversa dalla cosiddetta "intercomunione", in cui è difficile, per non dire impossibile, evitare il pericolo dell'indifferenti-

⁸⁷ Cfr. *Catechismus Catholicae Ecclesiae*, n. 1129. A questo proposito, si deve ricordare l'esortazione ai coniugi cattolici di un matrimonio misto che chiude l'Istr. *Matrimonii sacramentum* pubblicata dalla CDF nel 1966: «I coniugi cattolici poi abbiano cura di irrobustire e accrescere in se stessi il dono della fede, e menando sempre una vita familiare informata a virtù cristiane, si studino di offrire anche alla parte acattolica e ai figli un esempio luminoso». Nel DE 1993 entrambi i coniugi sono esortati a conoscere meglio la fede dell'altro: «Ciascuno dei coniugi, pur continuando ad essere fedele al proprio impegno cristiano e a viverlo, dovrà ricercare ciò che può condurre all'unità e all'armonia, senza minimizzare le reali differenze ed evitando un atteggiamento di indifferenza religiosa. (...) Per favorire una maggiore comprensione e una più profonda unità, ciascun coniuge dovrà cercare di conoscere meglio le convinzioni religiose dell'altro e gli insegnamenti e le pratiche religiose della Chiesa o comunità ecclesiale cui l'altro appartiene» (nn. 148-149).

⁸⁸ Cfr. Cfr. A. S. SÁNCHEZ-GIL, *La communicatio in sacramentis con i fedeli riformati...*, cit., pp. 423-426.

smo. In tal senso, sembra opportuno che una sorta di preparazione remota ad un'eventuale *communicatio in sacramentis* del coniuge riformato, nelle situazioni e alle condizioni previste, abbia un posto proprio nella cura pastorale delle coppie miste. Sin dalla preparazione al matrimonio, ma anche nel corso della loro vita familiare, il sacerdote può informare entrambi i coniugi di questa pratica pastorale della Chiesa, che ha come obiettivo la *salus animarum* di quei battezzati che in buona fede rimangono separati dalla Chiesa cattolica ma si trovano in situazione di emergenza.

De iure condendo, tenuto conto che il testo del § 4 del can. 844 CIC continua ad essere interpretato e applicato in modo improprio, ritengo necessaria una lieve ma significativa modifica. Se non si vuole limitare al pericolo di morte, dovrebbe essere comunque chiarito che, oltre che in questo caso, la *communicatio in sacramentis* sarebbe lecita solo quando urge un'altra "simile" grave necessità, a giudizio "esclusivo" del Vescovo diocesano in ogni caso concreto. Quale supremo moderatore della disciplina sacramentale nella diocesi, dovrebbe essere "sempre" il Vescovo diocesano a giudicare "personalmente" se sussiste nel caso concreto un'urgente e grave necessità "simile al pericolo di morte". Lo dovrebbe fare su segnalazione del parroco o del sacerdote che ha ricevuto la richiesta da parte del fedele riformato e ha verificato la sussistenza delle altre condizioni indicate dalla norma generale, in particolare, la manifestazione della fede cattolica circa questi sacramenti e le buone disposizioni. Si dovrebbe inoltre affermare con sufficiente chiarezza, in occasione della modifica, che il Vescovo diocesano non può limitarsi a dare norme generali in materia, sia insieme agli altri Vescovi riuniti in Conferenza Episcopale sia da solo per la propria diocesi, affidando poi ai sacerdoti la valutazione dei casi singolari, ma sia tenuto a giudicare "personalmente" – non attraverso un delegato, a meno che sia veramente impedito – "ogni caso concreto". Coerentemente, andrebbe eliminato nel § 4 ogni riferimento alla Conferenza Episcopale. Sarebbe anche auspicabile che, nell'atto di promulgazione del nuovo can. 844 CIC, si ribadisse che il pericolo di morte deve essere prossimo e la necessità non solo "grave", ma anche "urgente". Di conseguenza, essendo l'urgenza, per sua natura, una situazione transitoria che richiede una risposta pronta e indifferibile, sono da escludere per principio le situazioni permanenti o stabili. Coerentemente dovrebbero essere modificati i nn. 129-131 del DE 1993 e dichiarate invalide le indicazioni contrarie emanate dalle Conferenze Episcopali o da singoli Vescovi.

NISI DEPREHENDATUR A FIDE DEVIUS: L'IMMUNITÉ DU PAPE DE GRATIEN À HUGUCCIO

THIERRY SOL

RÉSUMÉ · Les commentaires des décrétistes au canon *Si papa* (D.40 c.6) révèlent une pensée assez ambivalente, partagée entre la nécessité de donner à l'Église les moyens juridiques de faire face à un pape illégitime, coupable d'hérésie ou d'autres crimes et d'autre part le désir de préserver, en vertu du droit divin, l'immunité du Siècle romain. Bien des distinctions juridiques sont alors proposées, dont certaines, en dépit de leur intérêt, ne furent pas immédiatement exploitées. D'autres arguments purent être repris par les conciliaristes, mais il semble difficile d'établir une claire généalogie entre les deux périodes.

MOTS CLÉS: Storia del diritto, Romano Pontefice, Graziano.

SOMMAIRE: 1. Perspectives. – 1. 1. Foundations of the Conciliar Theory? – 1. 2. Contextes. – 2. “Prima sedes non iudicabitur a quoquam” (D.21 c.7): infailibilité de l'Église universelle et immunité du pape. – 2. 1. Le cas du pape Marcellin. – 2. 2. Les exemples du Christ, de Pierre et d'Anastase. – 3. *Si papa* (D.40 c.6): les exceptions à l'immunité pontificale. – 3. 1. Les origines du canon. – 3. 2. Les premières interprétations du canon. – 3. 3. La synthèse d'Huguccio et sa postérité. – 4. Conclusion.

ABSTRACT · Nisi deprehendatur a fide devius: *the Pope's immunity from Gratian to Huguccio* · The comments of the decretists at the canon *Si papa* (D.40 c.6) reveals a rather ambivalent thought, shared between the need to give the Church the legal means to face an illegitimate pope, guilty of heresy or of other crimes and on the other hand the desire to preserve, by virtue of divine right, the immunity of the Roman See. Many legal distinctions were then proposed, some of which, despite their interest, were not immediately exploited. Other arguments could be taken up by the conciliarists, but it seems difficult to establish a clear genealogy between the two periods.

KEYWORDS: History of canon law, Roman Pontif, Gratian.

1. PERSPECTIVES

1. 1. *Foundations of the Conciliar Theory?*

DANS *Foundations of the Conciliar Theory. The Contribution of the Medieval Canonists from Gratian to the Great Schism* Tierney proposait une étude

t.sol@pusc.it, Pontificia Università della Santa Croce.

du canon «nisi deprehendatur a fide devius» ainsi que des commentaires qu'en firent les décrétistes.¹ Par ce regard rétrospectif sur l'influence des textes canoniques du XII^e siècle sur le développement des thèses conciliaristes deux siècles plus tard, Tierney entendait montrer que la genèse de ces théories n'avait pas encore été recherchée suffisamment en amont. Bliemetzrieder s'était intéressé au contexte immédiat du conciliarisme, tout en reconnaissant qu'il eût été opportun d'en rechercher les origines dans la théologie et la canonistique des siècles précédents.² Henri-Xavier Arquillière avait attiré l'attention sur le canon D.40 c.6 dans ses études sur le gallicanisme³ et avait conclu que l'idée suivant laquelle le pape échappait à tout jugement humain, sauf en cas d'hérésie, constituait une doctrine déjà bien établie, dont les opposants à Boniface VIII, et surtout Nogaret, avaient tiré parti, sans toutefois mentionner la possibilité de faire appel au jugement d'un concile général. Victor Martin, revenant sur cette problématique et s'intéressant aux décrétistes, avait signalé qu'Huguccio avait étendu les motifs pour lesquels le pape pouvait être jugé, mais il n'était encore nullement question de la supériorité d'un concile sur le pape.⁴

Aussi bien Henri-Xavier Arquillière que Victor Martin entrevoyaient seulement chez Marsile de Padoue et Ockham la première thématization d'un réel abandon de la théorie de la suprématie papale par rapport au concile. La situation du grand schisme d'Occident en 1378 aurait posé un problème nouveau, auquel seul un concile disposant d'un pouvoir de juridiction sur les deux papes semblait apporter une réponse satisfaisante. Selon ces deux auteurs, les conciliaristes, plutôt que de s'appuyer sur la tradition théologique et canonique, s'en seraient au contraire démarqués pour redonner vie aux théories des publicistes du parti impérial. Tierney restait dubitatif quant à cette hypothèse et remarquait que s'il était vrai que les réflexions d'Ockham avaient grandement contribué au conciliarisme, il fallait aussi procéder à une analyse de ses sources, dans lesquelles on pouvait sans doute trouver les premiers jalons des théories conciliaristes. Tierney ne partageait pas non plus l'avis de Figgis, suivant lequel ces sources se trouveraient principalement dans la pensée constitutionnelle séculière. Il remarquait que l'on pouvait précisément trouver dans l'Église des problématiques similaires à

¹ B. TIERNEY, *Foundations of the Conciliar Theory: the Contribution of the Medieval Canonists from Gratian to the Great Schism*, Cambridge (UK), Cambridge University Press, 1955.

² F. BLIEMETZRIEDER, *Das Generalkonzil im grossen abendländischen Schisma*, Paderborn, Ferdinand Schöningh, 1904.

³ H.-X. ARQUILLIÈRE, *L'origine des théories conciliaires*, «Séances et travaux de l'Académie des sciences morales et politiques», 71 (1911), p. 573-586; *L'appel au Concile sous Philippe le Bel et la genèse des théories conciliaires*, «Revue des questions historiques», 89 (1911), p. 23-55.

⁴ V. MARTIN, *Comment s'est formée la doctrine de la supériorité du concile sur le Pape*, «Revue des Sciences Religieuses», 17 (1937), p. 121-143; 261-289; 404-427.

celle des États, car elle avait aussi connu un processus de centralisation, dont témoignaient les écrits des canonistes. Ainsi, selon Tierney, était-il plus logique de penser que les conciliaristes se fussent davantage tournés vers les décrétistes et la jurisprudence ecclésiastique plutôt que vers les pratiques constitutionnelles nationales.

Généralement, les canonistes furent associés aux doctrines justifiant le pouvoir pontifical, en particulier dans sa lutte contre le pouvoir temporel, mais aussi dans son effort de structuration hiérarchique. Cependant, au sein de cette doctrine commune, il existait une grande variété d'approches sur la nature du pouvoir pontifical et sur les rapports entre le pape et l'Église universelle. C'est pourquoi, selon Tierney, ce serait une erreur de penser que le mouvement conciliariste fût quelque chose d'accidentel ou d'extérieur à l'Église.⁵ Certes notre auteur reste prudent sur les rapports entre les différentes époques et mesure les risques d'anachronisme inhérents à son hypothèse: les canonistes du temps d'Innocent III ne sont pas «conciliaristes» au sens du xiv^e siècle, mais il serait aussi faux de prétendre que les conciliaristes eux-mêmes eussent délibérément travesti la pensée des canonistes du xii^e siècle: «They approached the works of the twelfth and thirteenth centuries with minds formed in a later tradition of canonistic thought, which led them almost inevitably to see in the early texts shades of meaning different from those that the original authors had intended».⁶

L'hypothèse de Tierney a lancé un ample débat sur la nature du conciliarisme et de ses origines, qu'il serait trop long ici de reprendre.⁷ Le regard de Tierney porte sur le rapport entre le pape et l'ensemble de l'Église, entre l'Église locale de Rome et l'Église universelle (*congregatio fidelium*), et situe le débat dans une vision essentiellement institutionnelle. C'est aussi la perspective du livre de Laurent Fonbaustier,⁸ *La déposition du pape hérétique: une origine du constitutionnalisme?*, qui reprend certaines intuitions de Tierney et

⁵ B. TIERNEY, *Foundations*, cit., p. 12-14.

⁶ *Ibidem*, p. 19.

⁷ Ce débat a été largement synthétisé dans un article qui souligne l'originalité et la fécondité des intuitions de Tierney, quarante ans après la parution de *The Foundations*: F. OAKLEY, «*Verius est licet difficilior*». Tierney's *Foundations of the Conciliar Theory After Forty Years*, dans *Nicholas of Cusa on Christ and the Church*, éd. G. Christianson, T. M. Izbicki, Leiden-New York-Köln, Brill, 1996, p. 15-34. Oakley montre en particulier que certaines critiques n'ont pas su percevoir le cœur et l'originalité de l'argumentation de Tierney et cite à ce propos H. J. SIEBEN, *Die Konzilsidee des lateinischen Mittelalters, 847-1378*, Paderborn, F. Schöningh, 1984, p. 232-276; C. FASOLT, *Council and Hierarchy: the Political Thought of William Durant the Younger*, Cambridge, Cambridge University Press, 1991, p. 17-19. L'article de Oakley replace également la théorie de Tierney dans le contexte du débat sur la nature dogmatique de la supériorité affirmée par le décret *Haec sancta* du concile de Constance, sur la collégialité épiscopale et sur l'infailibilité du pape, développé surtout à partir des années 1960.

⁸ L. FONBAUSTIER, *La déposition du pape hérétique: une origine du constitutionnalisme?*, Paris, Mare & Martin, 2016.

analyse les textes en suivant une structure thématique plus «juridique». La présente analyse n'a pas pour objet de répéter ces études et ne prétend pas inscrire la réflexion, ni interpréter les commentaires des décrétistes, dans le cadre beaucoup plus large et postérieur du conciliarisme. Il s'agit de proposer modestement une lecture synthétique des textes du *Décret* et de leurs commentaires.

Dans un article paru en 1957, *Pope and Council: Some New Decretist Texts*,⁹ Tierney rendait accessibles des textes inédits des décrétistes, tandis que le livre de James Moynihan offrait en 1961 une édition assez complète des commentaires, gloses et sommes écrits sur le sujet pour la période qui nous intéresse. Salvatore Vacca a quant à lui exploré la période antérieure et éclairé la formation de l'axiome «Prima sedes a nemine iudicatur»,¹⁰ et Thomas Prügl a synthétisé la problématique de la déposition du pape hérétique au cours d'une période plus large.¹¹ Plus récemment encore, à la suite de la démission de Benoît XVI, plusieurs articles ont en partie repris la thématique de la déposition du pape dans le cadre cependant d'une problématique différente.¹² Nous nous concentrerons ici sur le seul thème de la déposition du pape hérétique.

1. 2. Contextes

Que le pape puisse se tromper gravement, ne constituait pas pour les décrétistes une hypothèse sans fondement. Leurs réflexions se situaient peu de temps après la «réforme grégorienne» et se nourrissaient de l'expérience

⁹ B. TIERNEY, *Pope and Council: Some New Decretist Texts*, «Mediaeval Studies», 19 (1957), p. 197-218.

¹⁰ S. VACCA, *Prima sedes a nemine iudicatur: genesi e sviluppo storico dell'assioma fino al Decreto di Graziano*, Roma, Pontificia Università Gregoriana, 1993.

¹¹ T. PRÜGL, *Der häretische Papst und seine Immunität im Mittelalter*, «Münchener Theologische Zeitschrift», 47 (1996), p. 197-215.

¹² Citons entre autres: A. VIANA TOMÉ, *Posible regulación de la Sede Apostólica impedida*, «Ius Canonicum», 53 (2013), p. 457-572; G. L. MÜLLER, «Sedes romana impedita». *Kanonistische Annäherungen zu einem nicht ausgeführten päpstlichen Spezialgesetz*, Sankt Ottilien, EOS-Verlag, 2013; J. MINAMBRES, *Sede apostólica vacante e impedida*, dans *Diccionario general de derecho canónico*, éd. J. Otaduy Guérin, A. Viana Tomé, J. Sedano Rueda, vol. 7, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2013, p. 212-216; J. GROHE, *Deposizioni, abdicazioni e rinunce al pontificato tra 1046 e 1449*, «Chiesa e Storia», 4 (2014), p. 55-72; C. FANTAPPIÈ, *Riflessioni storico-giuridiche sulla rinuncia papale e le sue conseguenze*, «Chiesa e Storia», 4/4 (2014), p. 91-118; O. CONDORELLI, *Il papa deposto tra storia e diritto*, «Ephemerides iuris canonici», 56/1 (2016), p. 5-30; V. GIGLIOTTI, *Un soglio da cui non si scende...? Aspetti della renuntiatio papae nella storia giuridica medievale*, «Ephemerides iuris canonici», 56/1 (2016), p. 31-70; W. BRANDMÜLLER, *Renuntiatio Papae. Alcune riflessioni storico-canonistiche*, «Stato, Chiese e pluralismo confessionale» (18/7/2016) [<https://riviste.unimi.it/index.php/statoeChiese/article/view/7370>]. Gigliotti avait avant même la démission de Benoît XVI entrepris un livre sur le thème de la renonciation, avec un ample panorama historique: V. GIGLIOTTI, *La tiara deposta: la rinuncia al papato nella storia del diritto e della Chiesa*, Firenze, Olschki, 2013.

récente de dépositions et de renonciations papales. Même si on ne peut ici que le mentionner rapidement, ce contexte éclaire le développement des problématiques canoniques sur la déposition d'un pape hérétique, condamnées à trouver une solution juridique équilibrée satisfaisant les impératifs contrastés de l'exigence d'un gouvernement central renforcé et d'un réalisme prudent, né des expériences malheureuses des abus ou des détournements de pouvoir.

Les exemples historiques les plus immédiats précédents le *Décret* de Gratien étaient, pour résumer à grand trait, ceux de Jean XII en 963 et de Benoît IX en 1045. Jean XII, contumace, avait été formellement déposé le 4 décembre 963, à la suite d'une accusation de sacrilège, simonie, luxure, violence, jeux, ivresse, portée contre lui par le synode de Saint-Pierre, commencé le 6 novembre 963 sous la présidence de l'empereur Otton. Il ne manquait pas cependant de raisons pour penser que cette déposition fût canoniquement invalide.¹³ L'exemple de Benoît IX correspondait à un cas de figure différent: sa *resignatio* cachait en fait un acte de simonie, car ce pape était soupçonné d'avoir vendu le pontificat à son successeur Grégoire VI. Ce dernier fut donc aussi reconnu coupable de simonie, bien qu'il ne commît pas d'actes moralement répréhensibles, à la différence de Benoît IX, aussi accusé de corruption. Grégoire VI fut accusé au synode de Sutri en 1046, convoqué par l'empereur Henri III. Le synode prit acte de la *resignatio* de Benoît IX, déposa Sylvestre III (élu après le renoncement de Benoît IX et lui aussi simoniaque), et élut enfin un nouveau pape, Suidger de Bamberg, qui prit le nom de Clément II.¹⁴ À un peu plus d'un siècle de distance, et en dépit des progrès de la réforme entreprise au temps de Grégoire VII, ces exemples constituaient des références inévitables pour la réflexion canonique, même si celle-ci se nourrissait encore spécialement des exemples types des premiers siècles et des principes qui y avaient été énoncés, au premier rang desquels l'infailibilité et l'immunité du siège de Pierre.

2. "PRIMA SEDES NON IUDICABITUR A QUOQUAM" (D.21 c.7):

INFAILLIBILITÉ DE L'ÉGLISE UNIVERSELLE ET IMMUNITÉ DU PAPE

Selon Tierney, les décrétistes distinguaient clairement l'Église universelle (*universitas fidelium*, sans défaut, *sine macula et ruga*) et l'Église locale. Pour eux,

¹³ P. V. AIMONE-BRAIDA, *Prima sedes a nemine iudicatur: si papa a fide devius*, dans *Historia de la Iglesia y de las Instituciones eclesiasticas. Trabajos en homenaje a Ferran Valls i Taberner*, éd. M. J. Pelaez, Barcelona, 1989, p. 41-46.

¹⁴ Pour une exposition du contexte historique, cf. H. ZIMMERMANN, *Papstabsetzungen des Mittelalters*, «Mitteilungen des Instituts für Österreichische Geschichtsforschung», 69 (1961), p. 1-84, 241-291; F.-J. SCHMALE, *Die Absetzung Gregors VI. in Sutri und die synodale Tradition*, «Annuario historiae conciliorum», 11 (1979), p. 55-103; J. GROHE, *Deposizioni, abdicazioni e rinunce al pontificato tra 1046 e 1449*, cit.; O. CONDORELLI, *Il papa deposto tra storia e diritto*, cit., p. 11-12.

la promesse de la foi indéfectible n'était associée à l'institution d'une autorité infaillible qu'en matière d'enseignement, et signifiait seulement que l'Église ne pouvait être entièrement contaminée par l'hérésie. Ce n'était donc pas le pape, bien que chef de la hiérarchie ecclésiastique, qui personnifiait l'infaillibilité de l'Église et l'Église romaine, comprise comme le pape et les cardinaux, même si elle disposait d'une plus grande autorité, n'était pas préservée de l'erreur; l'infaillibilité s'appliquait seulement à l'Église dans son ensemble.¹⁵

Cette distinction doit cependant être complétée par une autre: que le pape soit «faillible» ne veut pas dire qu'il ne bénéficie pas d'une immunité, liée à la supériorité de sa fonction. Le principe de l'immunité papale (ne pouvoir être jugé par l'autorité civile ou par des inférieurs hiérarchiques) s'appuyait sur une longue tradition canonique, élaborée dès la fin du VI^e siècle et consolidée durant tout le premier millénaire, certes en grande partie fondée sur des canons apocryphes, repris de façon constante dans les différentes collections du X^e et XI^e siècles avant d'être intégrés au *Décret*,¹⁶ qui affirme ca-

¹⁵ B. TIERNEY, *Foundations*, cit., p. 36-46. Cette affirmation de Tierney exigerait une longue discussion historique et théologique, qui n'est pas l'objet de cette étude. Il faudrait également s'interroger, dans le domaine pénal sur les sentences prononcées par Rome, ou bien encore dans le domaine législatif sur la normativité du droit naturel et des usages et coutumes suivis à Rome. L'analyse de Salvatore Vacca vient ainsi nuancer l'hypothèse de Tierney. Vacca a montré que l'identification entre le siège apostolique et le pape apparaît très tôt: cf. S. VACCA, *Prima sedes*, cit., p. 31: «L'espressione *Sedes apostolica* diventa assai comune a partire della seconda metà del secolo IV e designa, più che la Chiesa romana, la stessa persona del papa (cf. M. MACCARRONE, *Vicarius Christi: storia del titolo papale*, Roma, Facultas Theologica Pontificiae Universitatis Lateranensis, 1952, p. 44). Pertanto, questa identificazione tra *Sedes apostolica* e la persona del papa fa concludere che il vescovo di Roma, il papa, e non la Chiesa intesa come *Congregatio fidelium*, gode del privilegio dell'insindacabilità delle sue sentenze. Il principio *Prima Sedes a nemine iudicatur* sarà, quindi, esteso soltanto alla persona del pontefice. E ciò a motivo dell'identificazione dei romani pontefici con san Pietro e della presenza perenne dell'Apostolo in quella Chiesa». Quant au domaine législatif, le *Décret* de Gratien présente quelques passages très significatifs. La *distinction* 12, portant sur la licéité de l'introduction de nouvelles coutumes dans les Églises particulières, affirme que de telles coutumes ne peuvent contredire ni le droit naturel ni la coutume de l'Église de Rome, qui est la mère de toutes les Églises: D.12: «Gratianus. 1. Pars. Quod absque discretione iustitiae nulli agere licet. Unde Calixtus Papa [1.] omnibus Episcopis: [ait in Epistola 1. ad Benedictum Episcopum.]: c.1: Non decet a capite membra dissidere, sed iuxta scripturae testimonium omnia membra caput sequantur. Nulli vero dubium est, quod apostolica ecclesia mater sit omnium ecclesiarum, a cuius vos regulis nullatenus convenit deviare. Et sicut filius venit facere voluntatem patris, sic et vos voluntatem implete vestrae matris, quae est ecclesia, cuius caput, ut praedictum est, Romana existit ecclesia. Quicquid ergo sine discretione iustitiae contra huius disciplinam actum fuerit, ratum habere nulla ratio permittit». Il est certes difficile de dire jusqu'à quel point la plus grande autorité de l'Église de Rome signifie ou ne signifie pas «infaillibilité».

¹⁶ Voir l'ensemble de l'analyse de J. M. MOYNIHAN, *Papal Immunity and Liability in the Writings of the Medieval Canonists*, Roma, Gregorian University Press, 1961; S. VACCA, *Prima sedes*, cit.

tégoriquement dans nombre de passages que le pape est au-dessus de tout jugement humain.¹⁷

2. 1. Le cas du pape Marcellin

Lorsque Gratien cite le cas de papes qui furent d'une façon ou d'une autre soumis à un jugement, il précise que ce fut toujours de façon volontaire et n'admet jamais que quelqu'un ait le droit de condamner un pape qui serait dans l'erreur.¹⁸ L'exemple de Marcellin qui aurait encensé des idoles lors de la persécution de Dioclétien est ainsi convoqué pour montrer que les «inférieurs» ne peuvent juger les «supérieurs». En cela, Gratien s'inscrivait dans une parfaite continuité avec l'interprétation constante des *Gesta Marcellini*, apocryphe du v^e siècle rédigé pour la défense du pape Symmaque (498-514), accusé de désordre moral par des sénateurs romains auprès du roi Théodoric.¹⁹ Ce texte compilait les précédents historiques susceptibles de nier la compétence de tout tribunal, civil ou ecclésiastique, pour juger un pape.²⁰ Pour ce faire, les *Gesta Marcellini* vont jusqu'à inventer un synode tenu à Sinuessa,²¹ au cours duquel, en dépit de nombreux témoignages attestant la culpabilité de Marcellin, trois cents évêques auraient nié toute compétence pour juger le pape: «Te enim non condemnamus, presul, quoniam ex ore tuo justificaberis et ex ore tuo condemnaberis». En effet, si Marcellin avait été idolâtre, il avait lui-même finalement avoué sa faute devant l'assemblée et aucun des évêques ne l'avait par la suite condamné, au motif que le Pape s'étant pour ainsi dire jugé lui-même, une nouvelle condamnation ne s'avèrait plus nécessaire. Les évêques eux-mêmes auraient alors ainsi posé le prin-

¹⁷ Les exemples suivants ne sont pas exhaustifs. Mentionnons C.9 q.3 c.13: «Neque ab Augusto neque ab omni clero neque a regibus neque a populo iudex iudicatur»; D.17 d.p.c.6: «scientes, quia eius sedi primum Petri apostoli meritum, deinde secuta iussione Domini conciliorum venerandorum auctoritas singularem in ecclesiis tradidit potestatem, nec antedictae sedis antistitem minorum subiacuisse iudicio»; D.21 c.4 et 7; D.79 d.p.c.10: «Sicut supra monstratum est, electio summorum sacerdotum a Cardinalibus et religiosis clericis debet fieri: electio vero eorum divino iudicio est reservata»; C.9 q.3 c.10-18; C.17 q.4 c.30.

¹⁸ Cf. B. TIERNEY, *Foundations*, cit., p. 57. Ces papes sont: Marcellin (D.21 c.7), Symmaque (D.17 c.6 et C.2 q.7 d.p.c.41), Sixte III (C.2 q.5 c.10), Damase (C.2 q.7 d.p.c.41), Léon IV (C.2 q.7 c.41).

¹⁹ Pour le contexte historique, cf. O. CONDORELLI, *Il papa deposto tra storia e diritto*, cit., p. 8-9; T. SARDELLA, *Società Chiesa e Stato nell'età di Teodorico: Papa Simmaco e lo scisma laurenziano*, Soveria Mannelli (CZ), Rubbettino, 1996.

²⁰ Sur le contexte du synode romain de 501 et les *Gesta Marcellini*, cf. J. M. MOYNIHAN, *Papal Immunity*, cit., p. 3-5, 14-24; S. VACCA, *Prima sedes*, cit., p. 32-40. Le contexte du synode où furent discutées les accusations portées contre Symmaque et la réponse des évêques concernant l'incompétence de tout tribunal civil ou ecclésiastique pour juger le pape (seul Dieu peut le juger), seront rapportées par Gratien (D.17 d.p.c.6).

²¹ G. D. MANSI, *Sacrorum Conciliorum nova et amplissima collectio*, Graz, Akademische Druck- und Verlagsanstalt, 1960, vol. 1, col. 1250.

cipe: «Prima sedes non iudicabitur a quoquam», répété treize fois (on notera la précision!) au cours de ce procès fictif.²²

Les *Gesta Marcellini* ne se trouvent ni dans le *Liber pontificalis*, qui ne mentionne pas non plus le synode apocryphe de Sinuessa, ni dans la collection de Denys le Petit (sans doute l'auteur en soupçonnait-il trop la falsification), mais ils figurent en revanche dans d'autres collections des v^e et vi^e siècles, dont la collection de *Saint Blaise*,²³ par le biais de laquelle, vraisemblablement, ils passeront aux siècles postérieurs, le temps effaçant au passage le souvenir de leur douteuse origine. Ils furent repris, et pour cause, dans les *Faussees décrétales* du Pseudo-Isidore, puis furent cités par le pape Nicolas I^{er} dans une lettre de septembre 865 et servirent enfin de fondement à la proposition 19 du *Dictatus Papae*: «Quod a nemine ipse iudicari debeat».²⁴

Grégoire VII conférait une valeur politique à un principe jusqu'alors principalement cantonné au domaine intra-ecclésial, et réaffirmait les prérogatives du siège romain contre tout risque d'interprétation extensives des événements récents du synode de Sutri de 1046. En outre, il transposait formellement «l'objet» de l'immunité: non plus la *Sedes*, mais la personne même du pape, qui incarnait précisément la *Sedes*.²⁵ La formule fut reprise dans les *Proprie auctoritates apostolicae sedis*, seconde mouture du *Dictatus Papae*, qui, sur l'exemple du pape Marcellin, précisèrent que le pape ne pouvait être jugé par personne, même en cas d'hérésie.²⁶ Thomas Prügl affirme que Grégoire VII lui-même semble avoir été convaincu de l'impossibilité d'une hérésie chez le successeur de Pierre. Anselme de Lucques et Yves de Chartres citèrent à leur tour la lettre de Nicolas I^{er} et Gratien reprit enfin le texte dans le *Décret* D.21 c.7 avec sa conclusion: «Prima sedes non iudicabitur a quoquam».²⁷ Pendant tout le Moyen âge, il semble que personne ne

²² S. VACCA, *Prima sedes*, cit., p. 62-63.

²³ Cf. *ibidem*, p. 68-72.

²⁴ GREGORIUS VII, *Dictatus papae*, dans *Das Register Gregors VII.* (MGH Epist. sel., 2), éd. E. Caspar, vol. 1 (2 vols.), Berlin, Weidmann, 1955², § 19.

²⁵ Cf. T. PRÜGL, *Der häretische Papst*, cit., p. 197.

²⁶ H. MORDEK, *Proprie auctoritates apostolice sedis. Ein zweiter Dictatus papae Gregors VII?*, «Deutsches Archiv für Erforschung des Mittelalters», 28 (1972), p. 105-132. Cf. aussi F. KEMPF, *Ein zweiter Dictatus papae? Ein Beitrag zum Depositionsanspruch Gregors VII.*, «Archivum Historiae Pontificiae», 13 (1975), p. 119-139; M. WOJNOWYTSCH, *Proprie auctoritates apostolice sedis. Bemerkungen zu einer bisher unbeachteten Überlieferung*, «Deutsches Archiv für Erforschung des Mittelalters», 40 (1984), p. 612-621.

²⁷ D.21 c.7: «Siquidem tempore Diocletiani et Maximiani Augustorum Marcellinus episcopus urbis Romae, qui postea insignis martyr effectus est, adeo compulsus est a paganis, ut templum eorum ingressus grana thuris super prunas imponderet: cuius rei gratia collecto, numerosorum episcoporum concilio, et inquisitione facta hoc idem Pontifex se egisse confessus est. Nullus tamen eorum proferre sententiam in eum ausus est dum ei saepissime omnes dicerent: «Tuo ore iudica causam tuam, non nostro iudicio». Et iterum: «Noli, audiri in nostro iudicio, sed collige in sinu tuo causam tuam». Et rursum: «Quoniam ex te,» inquit, «iustificaberis, aut ex ore tuo condemnaberis». Et iterum dicunt: «Prima sedes non iudicabitur a quoquam».

soupçonnât le fait que le principe «Prima Sedes a nemine iudicatur» fût le fruit d'une falsification.

Les *Gesta Marcellini* ne sont pas le seul texte faisant référence à l'immunité du pape (il faudrait également citer les *Gesta de Xysti purgatione*, et surtout le *Contitutum Silvestri*) mais cet exemple permet d'établir que la doctrine de l'immunité papale bénéficie d'une tradition, certes apocryphe, mais solidement établie.²⁸ Ce texte, ainsi transmis, et finalement repris dans le *Décret*, lance toute la thématique canonique de l'immunité papale après Gratien. Jean le Teutonique, dans la *Glose ordinaire*, synthétise précisément la problématique lorsqu'il pose la question: «pourquoi ces évêques ne déposèrent-ils pas le Pape qui avait confessé son hérésie?». Il répond, en se référant au commentaire d'Huguccio, que c'est parce que Marcellin était disposé à se corriger. Il en déduit que le fait de reconnaître son erreur permet d'éviter la déposition. Il ajoute que la contrainte subie par Marcellin justifiait également le fait de ne pas le déposer.²⁹

2. 2. Les exemples du Christ, de Pierre et d'Anastase

La problématique du témoignage à charge porté par des «inférieurs» à l'encontre d'un «supérieur» est reprise dans le long *dictum post* du canon *Testes* (C.2 q.7 d.p.c.39), lorsque Gratien recherche les arguments en faveur et en défaveur de la possibilité de juger un prélat. Dans un premier paragraphe, il prend l'exemple du Christ, qui s'adresse ainsi aux Juifs lors de son procès: «Si male locutus sum, testimonium perhibe de malo» ou encore: «Quis ex uobis arguet me de peccato?». Comment le Christ, pasteur suprême, a-t-il pu inviter ses «brebis», ses «sujets» à porter témoignage contre lui, leur «prélat»? Dans les deux paragraphes suivants, Gratien explique que le Christ, bien que pasteur suprême, ne se manifeste pas alors comme détenteur d'un office hiérarchique, et que lorsque le Christ invite à témoigner contre lui, c'est davantage selon la «perfection de son humilité» que selon la «sévérité du

²⁸ Nous n'entrons pas ici dans la problématique de l'utilisation et de la canonisation de textes apocryphes: si elle reste problématique dans une optique purement positiviste du droit, elle l'est cependant beaucoup moins selon une vision réaliste du droit comme «ce qui est juste» et peut-être parfaitement défendue dès lors que le contexte historique est dûment pris en considération. Sur le sujet, voir en particulier les jugements de C. FANTAPPIÈ, *Storia del diritto canonico e delle istituzioni della Chiesa*, Bologna, il Mulino, 2011, p. 82; O. CONDORELLI, *Ordinare - iudicare: ricerche sulla potestà dei vescovi nella Chiesa antica e altomedievale, secoli II-IX*, Roma, Il cigno Galileo Galilei, 1997, p. 124.

²⁹ *Glose ordinaire* à D.21 c.7: «Item quaeritur quare isti episcopi non deposuerunt Papam cum esset confessus de haeresi. Dicit Huguccio quia paratus erat corrigi. Licet enim Papa, vel alius sit haereticus, si tamen paratus est corrigi, non deponitur, ut 24 q.3 dixit Apostolus [C.24 q.3 c.29]. Vel ideo non debebant ipsum deponere quia coactus fecit, 50 dist. presbyteros [D.50 c.32]».

droit». Il ressort de cet exemple que les prélats, s'ils ne peuvent être obligés à recevoir les accusations de leurs sujets, peuvent néanmoins le permettre.³⁰

Plus loin, dans le même *dictum post*, Gratien cite l'exemple de Pierre, à qui Paul reprocha de forcer les siens à «judaïser». Paul, inférieur à Pierre, semble juger le prince des apôtres, mais Gratien invite alors à considérer le motif de l'accusation: en matière de foi, dévier soi-même et forcer les autres à dévier est tout aussi grave. Ainsi cet exemple ne montre pas tant que les prélats puissent être jugés par leurs sujets, mais qu'ils peuvent l'être s'ils s'écartent de la foi ou en forcent d'autres à s'en éloigner.³¹

Ces exemples du Christ, de saint Pierre et du pape Marcellin, permettent de dégager plusieurs idées. La première est que, suivant Gratien, ces cas ne permettent pas de conclure que des «inférieurs» puissent juger des «supérieurs»: l'exemple du Christ s'explique en fait par le dépassement du cadre proprement juridique. La deuxième est que, dans le cas des reproches de Paul à Pierre, la mise en cause de la foi est un argument qui l'emporte sur des considérations de nature hiérarchique. On retrouvera cette idée plus loin dans la formule «nisi deprehendatur a fide devius». La troisième idée est

³⁰ C.2 q.7 d.p.c.39: «Nunc demonstrandum est, quibus rationibus probentur recipiendi, et quid contra respondeatur a praelatis. Christus, qui erat pastor pastorum, ovibus suis, (...), ait: "Si male locutus sum, testimonium perhibe de malo". Item: "Quis ex vobis arguet me de peccato?" At quicumque ad testificandum in aliquem vel ad arguendum admittuntur, ad eundem accusandum admitti possunt. Cum ergo oves, ut adversus pastorem suum testimonium ferant, et ut ipsum (si possunt) reprehendant, admittantur, patet, quod subditi possunt accusare praelatos suos. § 2. His ita respondetur: Christus, quamvis esset pastor suarum ovium, quas verbo et exemplo pascebat, tamen quantum ad officiorum distributionem (ex qua hodie in ecclesia alii praesunt aliis, unde quidam praelati quidam subditi vocantur) in populo illo pastorale officium non gerebat. Mystica enim et visibili unctione nec in regem, nec in sacerdotem unctus erat, quae solae in illo populo personae praelaturae nomen sibi vendicabant. Non ergo ex hac auctoritate subditi probantur admittendi in accusatione praelatorum, sed tantum ostenditur, quod auditore eos reprehendere possunt, et in eos testificari, qui cum officia ecclesiastica non habeant, verbo tamen et exemplo quoscumque valent lucrari Deo satagunt. § 3. Respondetur et aliter. Aliud est, quod de rigore cogimus servare disciplinae, aliud, quod admittitur ex perfectionis consideratione. Christus Iudaeos ad se arguendum admisit perfectione humilitatis, non severitate iuris. Si enim legis rigore essent admissi, hac auctoritate criminosi et infames in accusatione religiosorum essent recipiendi, cum essent sceleratissimi, qui, de Christi nece tractantes, innocentem condemnare volebant. Hoc ergo exemplo praelati non coguntur recipere subditos in accusatione sui, sed permittuntur».

³¹ C.2 q.7 d.p.c.39: «§ 4. Item Paulus Petrum reprehendit, qui princeps apostolorum erat. Unde datur intelligi, quod subditi possunt reprehendere praelatos suos, si reprehensibiles fuerint. Sed hoc facile refellitur, si, unde sit reprehensus, advertitur. Petrus cogebat gentes iudaizare et a veritate euangelii recedere, cum Iudaeis gregem faciens, et a cibus gentium latenter se subtrahens. Par autem est in se a fide exorbitare, et alios exemplo vel verbo a fide deicere. Hoc ergo exemplo non probantur praelati accusandi a subditis, nisi a fide forte exorbitaverint, vel alios exorbitare coegerint».

que, dans le cas du pape Marcellin, la reconnaissance de sa propre faute par le pape, même s'il s'agit d'hérésie et non seulement d'un désordre moral, rend superflues l'accusation et la déposition.

Abordant une problématique similaire, le canon *Anastasius* (D.19 c.9)³² montre également que la supériorité du pape ne le préserve pas de l'erreur. Le canon rapporte que le pape Anastase II fut rejeté par le clergé parce qu'il aurait admis à la communion le diacre Photin, coupable d'hérésie, car ce dernier avait lui-même admis à la communion l'hérétique Acacius. Ce canon fait suite à une critique de Gratien rejetant la validité d'un décret d'Anastase, qui reconnaissait la validité des sacrements des hérétiques, et en particulier de l'ordination, que les ministres pouvaient donc exercer, même en l'absence de dispense. Selon Gratien, ce décret était contraire aux dispositions de ses prédécesseurs et de ses successeurs,³³ et aurait donc été abrogé.

3. *SI PAPA* (D.40 c.6): LES EXCEPTIONS À L'IMMUNITÉ PONTIFICALE

Au principe pacifiquement accepté «*Prima Sedes a nemine iudicatur*», dont on vient de retracer brièvement la genèse, il faut maintenant ajouter la clause d'exception: «*nisi deprehendatur a fide devius*» qui complète l'architecture du canon *Si papa*:

*Si papa suae et fraternae salutis negligens reprehenditur inutilis et remissus in operibus suis, et insuper a bono taciturnus, quod magis officit sibi et omnibus, nihilominus innumerabiles populos catervatim secum ducit, primo mancipio gehennae cum ipso plagis multis in aeternum vapulaturus. Huius culpas istis redarguere praesumit mortalium nullus, quia cunctos ipse iudicaturus a nemine est iudicandus, nisi deprehendatur a fide devius; pro cuius perpetuo statu universitas fidelium tanto instantius orat, quanto suam salutem post Deum ex illius incolumitate animadvertunt propensius pendere.*³⁴

L'importance de la restriction apportée («à moins qu'il ne dévie de la foi») est mise en relief par la description des dangers extrêmes représentés par

³² D.19 c.9: «*Anastasius secundus, natione Romanus fuit temporibus Theodorici regis. Eodem tempore multi clerici et presbyteri se a communione ipsius abegerunt, eo quod communicasset sine concilio episcoporum vel presbyterorum et cleri cunctae ecclesiae catholicae diacono Thessalonicensi, nomine Photino qui communicaverit Acacio, et quia voluit occulte revocare Acacium et non potuit, nutu divino percussus est*».

³³ D.19 d.p.c.8: «*Quia ergo illicite et non canonice, sed contra decreta Dei, praedecessorum et successorum suorum haec rescripta dedit, (ut probat Felix et Gelasius, qui Acatium ante Anastasium excommunicaverunt, et Hormisda, qui ab ipso Anastasio tertius eundem Acatium postea dampnavit), ideo ab ecclesia Romana repudiatur, et a Deo percussus fuisse legitur hoc modo: c.9*».

³⁴ D.40 c.6: «*Item ex gestis Bonifacii Martiris. III. Pars*». Cette attribution erronée se trouve déjà dans le *De rebus ecclesiasticis* du cardinal Deusdedit (livre 1, chap. 231 où sont rapportées les paroles de Boniface, évêque de Mayence et martyr, légat du Siècle Apostolique).

un comportement gravement immoral du pape et l'impossibilité de le condamner pour ce seul motif. La discussion sur la signification, l'extension et les conséquences de la réserve suscitèrent une intense réflexion. Avant de l'aborder, résumons brièvement sa genèse.³⁵

3. 1. *Les origines du canon*

L'expression «nisi a fide devius» est inspirée des *Moralia in Job* (xxv, c. 16, commentaire de *Job* 34, 30) de saint Grégoire le Grand.³⁶ La clause «*salva fide*» apparaît également au livre III, c. 39 des *Sentences* d'Isidore de Séville, dans un contexte pastoral où les sujets sont invités à ne pas juger les fautes de leurs supérieurs, sauf en cas d'erreur de foi.³⁷ Ce texte fut inclus dans les décrets du concile d'Aix la Chapelle de 816 (livre I, *Institutio canonicorum* c. 31). Vu sa teneur, on comprend son intérêt pour les auteurs des fausses décrétales, où le Pseudo-Isidore fait dire au pape Clément I^{er} dans sa lettre à Jacques:

Ipsi autem episcopi si exorbitaverint ab istis non sunt reprehendendi vel arguendi, sed portandi, nisi in fide erraverint... quoniam maior a minore nec argui nec iudicari potest. Nullus se extollat erga doctores ac magistros suos, quia discipulus super magistrum nec esse debet nec potest.³⁸

La clause «nisi a fide devius» a donc connu diverses phases de divulgation, qui la firent passer du registre moral et pastoral au registre normatif: partant des *Moralia in Job* de saint Grégoire, passant par les *Sententiae* d'Isidore de Séville, l'*Institutio canonicorum* de 816, les décrétales Pseudo-isidorienne lui donnent définitivement la force canonique d'une origine papale. Du point de vue de l'authenticité, la différence avec le principe «Prima Sedes a nemine judicatur» réside dans le fait que la clause «nisi a fide devius» pouvait quant à elle justifier d'une source patristique certes plus morale que canonique, et de son inscription ultérieure dans un texte normatif conciliaire, la falsification pseudo-isidorienne consistant seulement dans la fausse attribution à Clément I^{er}. La clause sera par la suite le plus souvent «purifiée» de son contexte pseudo-isidorien pour être transcrite sous la forme de maxime générale. Burchard de Worms la reprend ainsi dans une rubrique aux cha-

³⁵ Cf. J. M. MOYNIHAN, *Papal Immunity*, cit., p. 27-29.

³⁶ PL, LXXVI, col. 344-345: «Subditi praelatos etiam malos tolerant, si salva fide possint... Igitur dum salva fide res agitur virtutis est meritum, si quidquid prioris est toleratur. Debet tamen humiliter suggeri, si fortasse valeat quod displicet emendari».

³⁷ PL, LXXXIII, col. 710: «Rectores ergo a Deo judicandi sunt, a suis autem subditis nequaquam judicandi sunt: exemplo Domini (...). Quod si a fide exorbitaverit rector, tunc erit arguendus a subditis; pro moribus vero reprobis tolerandus magis distringendus a plebe est».

³⁸ *Decretales Pseudo-Isidorianae et Capitula Angilramni*, éd. P. Hinschius, Aalen, Scientia, 1963², p. 45.

pitres 136-139 de son *Décret*: «Episcopos a suis ovibus non reprehendendos nisi in fide erraverint»,³⁹ même s'il attribue le principe à Anaclet, Clément, Eusèbe et Gaius. Jusque-là, la clause est appliquée aux «supérieurs» en général, comme une exception à l'immunité épiscopale.

Selon Walter Ullmann⁴⁰ c'est dans la *Collectio canonum* du cardinal Deusdedit, que l'on retrouverait en fait l'archétype du canon utilisé par Gratien. Deusdedit ne fait lui-même que citer, sous l'attribution erronée de Boniface (attribution reprise par Gratien) un texte du cardinal Humbert de Silva Candida.⁴¹ Ce dernier reprenait la doctrine traditionnelle de l'immunité papale et la combinait avec la clause d'exception d'hérésie mentionnée chez Isidore et le Pseudo-Isidore, dans le cas des évêques. L'immunité du pape, que le canon 3 du *Constitutum Silvestri* présentait comme inconditionnelle, se trouvait donc de fait limitée aux accusations de nature morale. Sans doute la combinaison opérée par le cardinal Humbert est-elle moins originale qu'Ullmann ne l'a présentée, puisque la clause d'exception avait déjà été appliquée au pape,⁴² mais la collection du cardinal Deusdedit et donc le texte du cardinal Humbert semblent bien être la source la plus immédiate de Gratien.

3. 2. Les premières interprétations du canon

Combinaison ou confrontation? Dans son étude, Moynihan a sans doute tendance à exagérer l'opposition entre deux principes qui, selon lui, s'affronteraient dans ce canon: d'un côté celui de l'immunité du pape et de l'autre le fait qu'un pape hérétique puisse être soumis à un jugement. Moynihan parle de «conflit» entre les textes du *Décret*.⁴³ Le canon *Si papa* pourrait bien sembler un hapax, en contradiction avec l'ensemble de la doctrine qui semble se dégager du *Décret* sur le sujet, mais c'est bien là le caractère propre de la *Concordia discordantium canonum*, et surtout, plus que d'un conflit il s'agit en fait d'une exception à un principe général, dont il faut ensuite formuler les limites et les conséquences.⁴⁴ Une telle exception peut s'expliquer aussi bien par la gravité de la matière considérée, que par la différence entre un désordre moral du pape (entraînant certes un grave dommage moral pour les fidèles) et une erreur de foi affectant le magistère, dont le pape n'est pas

³⁹ BURCHARDUS WORMACIENSIS, *Opera omnia*, J.-P. Migne, Lutetiae Parisiorum, 1853, col. 589.

⁴⁰ W. ULLMANN, *Cardinal Humbert and the Ecclesia Romana*, «Studi Gregoriani», 4 (1952), p. 111-127.

⁴¹ Cf. J. M. MOYNIHAN, *Papal Immunity*, cit., p. 29-30. Le texte du canon est attribué par le cardinal Deusdedit de façon erronée à «saint Boniface martyr», alors qu'il provient de la première lettre du pape Léon IX à Michel Cérulaire (1053) ou fut plus exactement rédigé par le cardinal Humbert da Silva Candida, proche collaborateur de Léon IX.

⁴² Cf. *ibidem*, p. 33-42.

⁴³ Cf. *ibidem*, p. 42, 47-48.

⁴⁴ Cf. O. CONDORELLI, *Il papa deposto tra storia e diritto*, cit., p. 16-17.

le propriétaire. Cette différence pourrait en partie recouper une distinction entre des domaines d'action privé et public du pape, même si le scandale moral peut avoir une dimension publique.

Sans reprendre l'étude de tous ces aspects, par ailleurs déjà effectuée par Laurent Fonbaustier dans la deuxième partie de son livre, lorsqu'il se penche sur «les modalités de la responsabilité du pape»,⁴⁵ il peut être utile de souligner l'originalité ou les points communs de quelques commentaires particulièrement significatifs des décrétistes. Ceux-ci proposent une variété de théories sur le sujet, à travers lesquelles cependant, comme le suggère Tierney, on pourrait observer un développement constant de Gratien à la composition de la *Glose ordinaire*,⁴⁶ qui consisterait en un élargissement de la clause d'exception du cas de l'hérésie aux crimes notoires susceptibles de produire un grave scandale dans l'Église. Les problématiques soulevées sont nombreuses et restent souvent irrésolues chez les décrétistes.⁴⁷

Avant d'entrer dans l'analyse synthétique des principaux décrétistes, il convient toutefois de compléter le cadre historique de leur réflexion, en mentionnant le schisme survenu au moment de l'élection d'Alexandre III (1159-1181), lorsque s'opposa à lui l'anti-pape Victor IV, élu par une minorité de cardinaux proches du parti impérial.⁴⁸ Frédéric Barberousse convoqua un concile à Pavie en 1160 pour trancher la question sous sa propre autorité. Mais Alexandre III refusa de se soumettre au jugement de l'Empereur et du concile et, dans une lettre adressée à deux archevêques légats de l'Empereur, il affirmait que par le privilège conféré par le Christ à saint Pierre, et, à travers lui, à l'Église romaine, celle-ci pouvait juger les causes de toutes les Églises, sans n'être soumise elle-même à aucune juridiction humaine.⁴⁹

⁴⁵ L. FONBAUSTIER, *La déposition du pape hérétique*, cit., p. 736-785.

⁴⁶ Cf. B. TIERNEY, *Foundations*, cit., p. 56-67.

⁴⁷ Pour la datation des différentes sommes ou commentaires, nous suivons celles proposées par *The History of Medieval Canon Law in the Classical Period, 1140-1234: from Gratian to the Decretals of Pope Gregory IX*, éd. W. Hartmann, K. Pennington, Washington (DC), Catholic University of America Press, 2008.

⁴⁸ Cf. le résumé de O. CONDORELLI, *Il papa deposto tra storia e diritto*, cit., p. 14-15.

⁴⁹ La lettre se trouve dans la *Bosonis Vita Alexandri*, PL 200.16, ainsi que dans le *Liber Pontificalis*, vol. II, éd. Duchesne, pp. 401 sqq.; *Regesta pontificum romanorum*, éd. P. Jaffé, Graz, Akademische Druck- und Verlagsanstalt Graz, 1956², vol. II, JL 10597 (13 novembre 1159); MGH, *Constitutiones et acta publica imperatorum et regum*, éd. L. Weiland, vol. I, Hannover, 1893, p. 256-257: «In quo nimirum longe a consuetudine praedecessorum suorum recessisse videtur et dignitatis sue terminum excessisse, dum sine conscientia Romani pontificis concilium convocavit et nos ad praesentiam suam, sicut homo super nos potestatem habens, praecepit convenire. Sane beato Petro et per eum sacrosancte Romane ecclesiae, cuius ipse per Deum magister extitit ac fundator, hoc privilegium legitime a domino Iesu Christo sanctisque patribus traditum et per prospera et adversa, etiam cum effusione sanguinis cum oportuit, usque ad haec tempora conservatum, ut universarum ecclesiarum causas, cum res exigeret, ipsius auctoritas discuteret ac finiret, ipsa vero nullius umquam iudicio subiaceret. Unde

L'impossibilité de juger le Siègre romain se trouvait donc clairement réaffirmée.

C'est donc dans un contexte non encore exempt de vicissitudes et de luttes que s'expriment les canonistes. Rufin, dans une période contemporaine des événements précédemment décrits, est le premier à discuter réellement du problème d'un pape hérétique, à l'occasion d'un commentaire aux propos du pape Symmaque sur la dignité épiscopale et la présomption de bonté et de sainteté que l'on doit accorder aux successeurs de Pierre. L'auteur affirme que personne ne dispose de l'autorité de juger le pape, ni même de douter de sa conduite, au moins tant que le pape n'a pas été condamné pour hérésie.⁵⁰ Une telle condamnation ne peut être prononcée que si le pape, averti une deuxième puis une troisième fois, persévère dans son erreur (schisme ou hérésie).⁵¹ Rufin pouvait trouver ailleurs dans le *Décret* cette notion d'avertissement, attribuée à saint Augustin.⁵² Sans remettre en cause le principe et l'exception mentionnées dans le *Décret*, Rufin soulignait donc essentiellement deux points: d'une part la définition de l'hérésie et ses limites, et d'autre part la nécessité d'avertissements préalables, sans préciser cependant qui pouvaient en être les auteurs.

Sur le canon «*Si papa*», l'auteur de la *Summa Parisiensis*⁵³ n'est pas d'une grande originalité, car il se contente d'explicitier le principe de l'immunité

quia nunc ab eo contra privilegium ecclesiae indultum fieri videmus, per quem deberet ab aliorum impugnatione defendi, et quia ita scriptum est matri sicut cuilibet subiecte persone, hoc absque admiratione nimia ferre non possumus nec debemus. Ad curiam vero eius accedere vel sententiam curie sue in hac parte suscipere canonica traditio et reverenda sanctorum patrum auctoritas non permittit».

⁵⁰ RUFINUS, *Summa*, éd. H. Singer, Paderborn, 1902 = Aalen, 1963², p. 94 ad D.40 c.1 s.v. *Non nos*: «qualiscunque sit papa, nullus de ipsius vita non solum iudicare sed nec etiam dubitare debet, quamdiu propter heresim condemnatus non fuerit».

⁵¹ Sur le fait que le schisme puisse être assimilé dans ses effets à une hérésie, cf. *ibidem*, p. 96 ad D.40 c.6.: «Dioscorus ergo, de quo ibi dicitur, quamvis dicatur non peccasse in fide, quia expresse in fidei articulis non offendi, tamen a fide devius extitit, dum in schisma – quod heresim comitatur – incidit; ideoque a Romanorum ecclesia anathematizatus fuit». Sur la nécessité de procéder à plusieurs admonitions, cf. *ibidem*: «Denique sciendum est quod non continuo pro heresi papa damnandus est, sed si secundo et tertio commonitus in errore pertinax fuerit».

⁵² C.24 q.3. c.31: «Item Augustinus [*De civitate Dei* xviii, 51] contra Manicheos. Qui in ecclesia Christi morbidum aliquid pravumque sapiunt, si correcti, ut sanum rectumque sapiant, resistunt contumaciter, suaque pestifera et mortifera dogmata emendare nolunt, sed defensare persistunt, haeretici sunt».

⁵³ La *Summa Parisiensis* ou *Summa Magister Gratianus in hoc opere* utilise en particulier les *Summae* de Roland et Rufin. Pour sa datation (fin des années 1160) nous suivons la proposition de R. WEIGAND, *The Transmontane Decretists*, dans *The History of Medieval Canon Law in the Classical Period, 1140-1234*, éd. W. Hartmann, K. Pennington, Washington (DC), The Catholic University of America Press, 2008, p. 181-182.

du pape, sauf en cas d'hérésie.⁵⁴ On trouve davantage de précisions dans ses gloses à d'autre endroits, par exemple dans son commentaire au *dictum post* de Gratien concernant le procès contre Symmaque. L'auteur y affirme que n'importe qui peut accuser le pape d'hérésie ou de simonie.⁵⁵ Dès lors que la simonie est assimilée à l'hérésie, le commentaire reste logique vis-à-vis des principes énoncés. Signalons également son commentaire au *dictum post* du canon 3 (D.21), où Gratien opérait une transition entre un canon sur le primat de l'Église de Rome et le fait que les inférieurs sont jugés par les supérieurs:

Auctoritate domini papae minor potest iudicare maiorem, sed tunc dominus papa dicitur iudicare. Item dominus papa potest iudicari ab ecclesia tota sed cum hac distinctione, si in fide erraverit. Alii ita distinguunt: in ea causa quae totam ecclesiam contingit iudicari potest papa ab ecclesia, sed in ea quae unam personam contingit vel plures non.⁵⁶

L'auteur de la *Summa Parisiensis* met l'accent sur un nouvel aspect, celui de la juridiction compétente et du respect de la hiérarchie. Deux cas sont envisagés: un inférieur peut juger un supérieur s'il est revêtu de l'autorité du pape, car c'est alors en fait le pape lui-même qui juge. Le second cas présuppose non seulement une déviation de la foi de la part du pape, mais revient à reconnaître que l'Église (*ecclesia tota*) est supérieure au pape. En outre, l'auteur introduit une nouvelle condition: la cause doit léser l'ensemble de l'Église et non seulement une personne ou un groupe. Deux questions sous-jacentes sont ainsi ouvertes, car le bien commun de l'Église ne se limite pas aux seuls cas d'hérésie, et on pourrait d'autre part se demander dans quels cas l'hérésie pourrait ne pas affecter l'Église dans son ensemble. Ces incertitudes ici soulevées donneront matière à réflexion aux décrétistes postérieurs.

Dans sa *Summa* (complétée vers 1165-1167), Étienne de Tournai affirme, comme Rufin, que le pape peut être jugé pour schisme ou hérésie,⁵⁷ mais il semble reprendre l'idée entrevue dans la *Summa Parisiensis*, selon laquelle

⁵⁴ *Summa Parisiensis*, éd. T. P. McLaughlin, Pontifical Institute of Mediaeval Studies, Toronto 1952, p. 37 ad D.40 c.6: «Si papa. Summa decreti talis: si papa est inutilis et negligens et taciturnus, i.e. non instruens subditos, quod prae ceteris vitiis sibi nocet et subditis, si, inquam, talis est non idcirco minus quia papa est, et hoc est nihilominus, se et subditos ducit ad infernum. Sed tamen non est arguendus nisi in fide erret, immo pro statu eius ab omnibus orandum in quo multorum salus pendet».

⁵⁵ *Ibidem*, p. 17 ad D.17 d.p.c.6 s.v. *nec antedictae sedis antistitem minorum subiacuisse iudicio*: «Huic generali derogatur per speciale in sequentibus. Dicitur enim quia quilibet accusare potest summum pontificem de crimine haeresis vel simoniae».

⁵⁶ *Ibidem*, p. 21 ad D.21 d.p.c.3.

⁵⁷ STEPHANUS TORNACENSIS, *Die Summa über das Decretum Gratiani*, J. F. von Schulte, Aalen, Scientia, 1965, p. 32 ad D.21 c.7 s.v. *non iudicabitur*: «[Papa non iudicabitur] nisi vel heresi vel schismate erraverit».

le pape pourrait être aussi jugé pour avoir nuit au bien commun de toute l'Église, et plus précisément avoir dilapidé les biens de l'Église. Étienne de Tournai ajoute aussi que le pape devait être privé de l'exercice de ses pouvoirs en attente de l'issue du procès.⁵⁸ Les griefs permettant l'accusation du pape se trouvent ici élargis, comme le laisse supposer un commentaire d'Étienne à la remarque du pape Symmaque sur la dignité papale: «Nisi vel manifeste in fide erret vel notorio teneatur crimine».⁵⁹ Moynihan fait justement remarquer qu'un crime notoire ne cause pas seulement un abaissement de la dignité papale, mais dans la logique du raisonnement d'Étienne, le rend aussi passible d'un procès et d'une condamnation.⁶⁰ Il apparaît ici que la raison ultime qui justifie la possibilité d'un procès n'est pas tant la nature de la faute que la considération de son effet sur le bien commun de l'Église: de ce point de vue, l'hérésie, le schisme, mais aussi un crime notoire rentrent dans les chefs d'inculpation. Ce faisant, Étienne de Tournai ne respecte cependant plus le principe énoncé dans le canon *Si papa* (D. 40 c.6).

Bien des *sommes* reprirent les idées déjà évoquées sans apporter un traitement nouveau. La *Summa Coloniensis*, composée en 1169, contient une rubrique intitulée «Quod romanum pontificem nullus debeat iudicare», mais elle se contente de rappeler que personne ne peut condamner le souverain pontife qui est «pater et iudex omnium», sauf en cas d'hérésie ou de schisme. La rubrique reprend en fait le récit des *Gesta Marcellini*, qu'elle complète par d'autres exemples déjà connus (Anastase et Dioscore).⁶¹ La *Summa Antiquitate et tempore* (années 1170) et la *Somme* de Jean de Faenza (vers 1171) dépendent toutes deux étroitement de Rufin et Étienne de Tournai, et reprennent les interprétations les plus communes: le pape ne peut être jugé que pour hérésie ou schisme à condition qu'il ait été averti trois fois et ne

⁵⁸ *Ibidem*, p. 189 ad C.3 q.1 d.p.c.6: «Item si (papa) fuerit expulsus propter dilapidationem bonorum ecclesiae, non est restituendus ne consumat interim bona ecclesiae, scil. antequam veniat ad causam».

⁵⁹ *Ibidem*, p. 59 ad D.40 c.1.

⁶⁰ J. M. MOYNIHAN, *Papal Immunity*, cit., p. 53.

⁶¹ *Summa «Elegantius in iure divino» seu Coloniensis*, éd. G. Fransen, S. Kuttner, vol. 1, Città del Vaticano, Biblioteca apostolica vaticana, 1969. Vol. I, p. 117, Pars III, cap. 9: «Quod romanum pontificem nullus debeat iudicare: Romanum ergo pontificem, quia pater et iudex omnium est, nullus condemnare valet. Hinc in gestis Romanorum pontificum legitur quod cum Marcellinus tormentis adactus ydolis thurificasset, convenerunt Romam episcopi cxv. Quibus cum lacrimis sciscitantibus si ita se res haberet, ipse adversus se confessus est, adiciens obedientes se toleraturum quicquid imponent. Qui dixerunt: «Collige causam tuam in sinu tuo. Ex ore tuo te iudica». Quod audiens dictavit in se sententiam dicens: «Ego Marcellinus ob scelus ydolatrie quod infelix commisi iudico me deponendum. Anathematizo etiam omnem qui corpus meum sepulture tradiderit». Sicque pergens ad Diocletianum ultro se christianum professus capitalem sententiam accepit. Corpus eius per xxx. dies inhumatum iacuit. Tunc beatus Petrus nocte Marcello pape, qui ei successerat, apparuit et iuxta se corpus Marcellini sepeliri precepit».

se soit pas repenti.⁶² La *Summa Tractaturus magister* (1181-1185) parvient à des conclusions similaires, mais précise toutefois que l'hérésie dont le pape serait coupable doit déjà avoir été condamnée, et qu'il ne peut en revanche être condamné pour une hérésie nouvelle.⁶³

D'autres commentaires vont en revanche plus loin. Le *Commentum Atrebatense* (années 1170) étend les cas d'accusation aux péchés mortels du pape, qui, s'ils ne constituent pas en eux-mêmes un cas d'hérésie, sont susceptibles de détourner les fidèles de la foi. L'auteur ajoute que le pape peut quelquefois être accusé d'hérésie:

Queritur si papa manifeste fornicaretur et commonitus noluerit desistere utrum possit a subditis accusari et dampnari. Respondeo sic. Videtur nam ydolatrie crimen incidere ut di. lxxxi *Si quis* [D.81 c.4]. Cum enim manifeste peccat mortaliter licet expressim a fide non exorbitet alios tamen exemplo prave actionis exorbitare facit. Quae ergo est differentia inter heresim et alia mortalia peccata quo ad hunc articulum? Respondeo quia super aliis non potest accusari nisi notoria fuerint et desistere ammonitus noluerit. Set de heresi nonnunquam accusari potest.⁶⁴

Comme la doctrine admettait jusque-là communément le cas d'hérésie, faut-il comprendre que notre auteur ferait ici allusion à une hérésie occulte? On peut affirmer qu'en privilégiant la perception du crime par les fidèles c'est le critère de la notoriété de l'action qui semble prédominer sur sa nature (péché mortel en général, hérésie en particulier). Il reste que l'auteur semble supposer une distinction entre hérésie publique, notoire et occulte. C'est un terrain sur lequel les décrétistes s'étaient jusque-là assez peu engagés, Gratien retenant seulement que l'hérésie dont pouvaient être accusés

⁶² *Summa Antiquitate et tempore*, Göttingen, Universitätsbibliothek, MS iur. 159, f° 46 va, ad D.40 c.6: «Nota quod non continuo pro heresi papa dampnandus est set si secundo uel tercio commonitus pertinax fuerit in errore». Nous reprenons la transcription de B. TIERNEY, *Pope and Council*, cit., p. 214. Quant à Jean de Faenza, cf. *Summa* (Arras, Bibliothèque municipale, ms 271, f° 8 rb.) ad D.21 c.7, s.v. *Nunc autem*: «Prima sedes i.e. Romana non iudicatur nisi de scismate vel de heresi. Primo casu dicitur ibi di. xl. [D.40 c.6], de secundo, puto fit illic mentio sane profertur [C.24 q.2 c.6]»; Toujours dans sa *Summa* (*Codex Monacensis* 3873, fol. 19 b) Jean de Faenza commente ainsi D.40 c.6: «Denique illud sciendum est, quod non continuo pro haeresi papa dampnandus est, sed si secundo et tercio commonitus in errore pertinax fuerit». Ce dernier texte est transcrit par J. F. VON SCHULTE, *Die Stellung der Konzilien, Päpste und Bischöfe von historischen und kanonistischen Standpunkte und die päpstliche Konstitution vom 18. Juli 1870: mit den Quellenbelegen*, Aalen, Scientia, 1976^{Ripr}, p. 258.

⁶³ La distinction entre les hérésies déjà condamnées et les nouvelles se trouve chez Gratien, C.24 q.1 d.a.c.1: «Omnis enim haereticus aut iam dampnatam heresim sequitur, aut nouam, confingit. Qui uero heresim iam dampnatam sequitur, eius damnationis se participem facit». C'est sur cette distinction que s'appuie la conclusion de la *Summa Tractaturus magister* Paris, BNF. ms 15994, f° 12 vb, ad D.40 c.6, s. v. *A fide devius*: «contumaciter, xxiii Q. iii Dixit [C.24, q.3 c.29], xxiii. Q. 1. Quoties [C.24 q.1 c.12], m. cc. (?) Set hoc de dampnata heresi».

⁶⁴ *Commentum Atrebatense*, MS Arras 271, f° 150 rb, ad D.40 c.6. Le texte est transcrit par B. TIERNEY, *Pope and Council*, cit., p. 214.

les prélats devait être évidente.⁶⁵ Le commentaire est difficilement interprétable, mais il ouvre la voie à une accusation possible en cas d'hérésie occulte, voie qu'emprunteront la glose *Ecce vicit Leo* et la *Glose palatine*.

Dans sa *Summa*, Simon de Bisignano reprend la doctrine commune (un pape qui ne corrige pas son hérésie peut être accusé), mais ouvre surtout un autre champ de réflexion en affirmant que les «sujets» peuvent devenir les juges du pape hérétique: «pro heresi potest summus pontifex a subditis iudicari».⁶⁶ Le «a subditis» de Simon de Bisignano ne donne guère plus de précisions que le «tota ecclesia» de la *Summa Parisiensis*. Sicard de Crémone apporte dans sa *Summa* (1177-1179) quelque réponse à cette question cruciale, mais non encore résolue: «Nam si ordinarius est iudex in nullo negotio iudicabit maiorem nisi in casu cum cardinales deponunt apostolicum hereticum ut di. xl. Si papa [D.40 c.6]».⁶⁷ Pour justifier cette solution, sans doute faut-il considérer que l'hérésie rend le pape inférieur à tous les fidèles catholiques,⁶⁸ ou bien, comme le laisse plutôt supposer la formulation de Sicard de Crémone, qu'à titre d'exception, le pape peut effectivement être jugé par des inférieurs, les cardinaux.

La *Summa Et est sciendum* (1181-1185) propose une réflexion sur la raison pour laquelle l'hérésie (ou le schisme) constitue une exception à l'immunité papale et affirme que l'hérésie ruine l'unité et rompt précisément le lien entre l'Église et le pape, qui se trouve alors dans une condition inférieure à ceux qui sont restés fidèles. L'auteur ajoute que certains n'ont pas su percevoir cette différence et c'est pourquoi ils assimilent à l'hérésie d'autres pé-

⁶⁵ Cf. C.6 q.1 d.p.c.21. Voir la conclusion de J. M. MOYNIHAN, *Papal Immunity*, cit., p. 58: «It is true that previous commentators had not bothered to distinguish well between public and notorious heresy, and the *Commentum* may only wish to assert that a pope can be accused for a heresy which is not notorious, assuming that his predecessors had used such terms as "manifest heresy" in the sense of notorious heresy».

⁶⁶ SIMO BISIGNANENSIS, *Summa in Decretum*, éd. P. V. Aimone-Braida, Città del Vaticano, Biblioteca Apostolica Vaticana, 2014, p. 395 ad C.25 q.1 c.10: «Queritur autem hic an fidem suam hic exponere apostolicus tenetur quod ea ratione videtur esse dicendum quod pro heresi potest summus pontifex a subditis iudicari, ut supra d.xl. Si papa [d.40 c.6]. Ergo et suspicionem conceptam pro heresi diluere et abolere tenetur, cum sit impius et crudelis qui conscientiae fidens famam negligit, ut supra C.xi. q.iii. Non sunt audiendi [C.11 q.3 c.56]. Vel dici potest quod ex dispensatione et humilitate hoc fecit apostolicus, non ex iuris rigore ut supra C.ii. q.vii. Nos si [C.2 q.7 c.41]. Vnde hoc faciens non dedit successoribus formam qua id facere tenerentur, C.ii. q.iii. Auditum est [C.2 q.5 c.18]». Simon interprète ici les motifs pour lesquels le pape Pélagie confessa sa foi, en soulignant le caractère volontaire de cette confession. Invoquer des raisons d'humilité et non de soumission à la rigueur du droit, comme dans le cas du Christ, c'était aussi laisser la liberté à ses successeurs d'agir suivant leur conscience.

⁶⁷ SICARDUS CREMONENSIS, *Summa*, Augsburg ms. 1, f^o 81 ra, ad D.22, transcrit par B. TIERNEY, *Pope and Council*, cit., p. 215.

⁶⁸ Ce que Gratien pouvait laisser supposer dans deux passages: C.2 q.7 d.p.c.22 et d.p.c.26.

chés.⁶⁹ Il rapporte également certaines objections, notamment celles qui affirment que les cas d'hérésie sont difficiles à prouver, lorsque le pape nie que sa doctrine soit hérétique, car on doit alors lui accorder le bénéfice du doute, tant que des clarifications n'ont pas été apportées.⁷⁰ L'auteur applique à cette question les distinctions entre hérésie ancienne et nouvelle. S'il s'agit d'une hérésie nouvelle, le pape ne peut être accusé et il faut préférer son opinion. En revanche, s'il s'agit bien d'une hérésie ancienne déjà condamnée par un concile général et que le pape refuse de l'admettre, alors un nouveau concile général doit le condamner. Il ajoute que le pape ne peut à lui seul, sans le conseil de ses frères, déroger aux dispositions d'un concile.⁷¹

Les commentaires précédemment cités montrent comment se construit peu à peu la réflexion par l'intégration de nouveaux critères: la définition plus ou moins large de l'hérésie, son caractère ancien ou nouveau, caché ou manifeste, l'inclusion d'autres chefs d'accusation liés aux conséquences néfastes pour le bien de l'Église qu'un comportement scandaleux du pape en matière morale pourrait provoquer, la nécessité de lui adresser plusieurs avertissements préalables, la qualification des juges potentiels du pape. Cependant les éléments de la problématique sont introduits de façon non linéaire: certains principes semblaient déjà admis, mais aucun auteur n'avait encore procédé à une mise en forme synthétique.

⁶⁹ *Summa Et est sciendum*, Barcelona, Archivo de la Corona de Aragon, ms. S. Cugat 55, f^o 79 v, ad D.40 c.6: «Set quare est in heresi speciale? Quia cetera peccata unitatem ecclesiae non rumpunt. Cum ceteris enim viciis potest esse homo membrum ecclesiae licet putridum. Heresis vero vel schisma ipsam violant unitatem et fundamentum fidei maculant et corrumpunt, unde cum sit haeticus est quolibet catholico minor. Alii vero dicunt non esse speciale in hoc casu. Idem enim potest fieri pro quolibet peccato notorio. Set contra hoc totaliter obicitur».

⁷⁰ *Ibidem*. «Item cum papa adhuc pro apostolico teneatur quia vel hoc factum negat vel hoc esse heresim non est certum omnis ei debetur honor a subditis et reverentia ut ante accusationem donec obiecta sub luce constiterint ut C. viii. Q. iiiii. *Nonne* [C.8 q.4 c.1]. Non enim qui accusatur reus est set qui vincitur criminosus ut C. xv, Q. ult. c. ult. [C.5 q.8, c.5] Sic igitur ante a nemine accusari poterat ut C. viiii. Q. iii. *Aliorum* [C.9 q.3 c.14] ita nec modo».

⁷¹ *Ibidem*: «Si novam heresim fingeret tunc dicerem eum non accusandum, immo eius opinio ceteris anteponeretur. De errore vero iam dampnato in conciliis hoc potest intelligi. Si enim vellet defendere errorem iam dampnatum statim eum posset dampnare concilium tanquam haeticum et excommunicatum ut C. xxiiii. Q. i. c. ii. et tertio. Nec concedendum est eum solum absque communi consilio fratrum posse derogare statuta conciliorum». Le texte est transcrit par B. TIERNEY, *Pope and Council*, cit., p. 215-216. La *Summa Omnis qui iuste iudicat* ou *Summa lipsiensis* (1186) suit le même raisonnement, alors que la *Summa De iure canonico tractaturus* (1188) de Magister Honorius va plus loin en affirmant qu'un concile agissant indépendamment d'un pape est supérieure au pape agissant seul. Sur ce point, voir l'analyse de J. M. MOYNIHAN, *Papal Immunity*, cit., p. 70-74.

3. 3. La synthèse d'Huguccio et sa postérité

Comme dans bien d'autres problématiques, c'est Huguccio qui propose dans sa *Summa* (1188-1190) la synthèse la plus complète et la plus claire sur la question du pape hérétique. À défaut de procéder à une analyse détaillée (déjà effectuée par Tierney et Moynihan) de la longue glose qu'il consacre au canon *Si papa*, nous relèverons ici les points les plus originaux et les plus décisifs pour le traitement futur de la problématique.⁷² Huguccio commence son commentaire en reprenant la doctrine commune suivant laquelle un pape qui tombe dans l'hérésie peut être condamné par ses sujets si, bien qu'ayant été averti, il persévère dans son erreur. En revanche, s'il se corrige, il ne peut être ni accusé ni condamné, qu'il soit hérétique ou coupable d'autres crimes notoires.⁷³ Dès le début, en plus de l'hérésie, Huguccio mentionne d'autres chefs d'accusation possibles, sur lesquels il reviendra ultérieurement. Il commence cependant par établir les conditions dans lesquelles la condamnation pour hérésie peut advenir.

Les manifestations ou circonstances de l'hérésie sont méthodiquement envisagées. Lorsque le pape prêche publiquement une hérésie (ancienne) et qu'il en est dûment averti, mais refuse de rectifier, il doit être condamné. Si le pape professe une nouvelle hérésie, qu'elle soit prouvée comme telle, mais que le pape refuse de l'admettre, l'accusation ne peut être acceptée. Elle ne le sera pas davantage dans le cas d'une adhésion secrète à une hérésie déjà condamnée, lorsque le pape nie les preuves apportées.⁷⁴ Ainsi donc le

⁷² La glose à «*nisi deprehendatur a fide devius*» est transcrite par B. TIERNEY, *Foundations*, cit., p. 248-250 (*Summa*, Pembroke Coll. 72 f° 147 va / 147 vb); J. F. VON SCHULTE, *Die Stellung der Konzilien*, cit., p. 262-264 (*Summa*, München, Clm 10247); J. M. MOYNIHAN, *Papal Immunity*, cit., p. 75-82 (*Summa*, Admont Stiftsbibliothek 7, f° 57 rb-26 va). C'est cette dernière transcription que nous suivrons, en uniformisant le latin.

⁷³ HUGUCCIO, *Summa*, Admont Stiftsbibliothek 7, f° 57 rb ad D.40 c.6 s.v. *nisi deprehendatur a fide devius*: «Ecce de heresi papa potest condemnari a subditis. Supra di. xxi nunc autem [D.21 c.7] contra. Ibi dicitur quod Marcellinus heresim commisit, non tamen subditi eum condemnauerunt. Dicunt quidam quod noluerunt, sed dico quod non potuerunt nec debuerunt eum condemnare inde quia sponte et humiliter est confessus errorem suum. Tunc enim demum papa potest condemnari de heresi cum contumaciter et pertinaciter resistit et errorem defendere et approbare conatur, ar. xxiii (sic!) q. iiii dixit apostolus, qui in ecclesia [C.24 q.3 c. 29, 31]. Set si admonitus vult resipiscere, a nullo potest inde accusari vel condemnari sive sit heresis sive aliud crimen notorium, ar. xxiiii, q. iii dixit Apostolus [C.24 q.3 c.26] et di. xxi. nunc autem [D.21 c.7]».

⁷⁴ *Ibidem*: «Set ex quo publice praedicat talia admonitus non vult resipiscere conveniendus est et condemnandus et non ante, ar. hic c. xxiiii, q. 1. ut celestinus aperte inquit [C.24 q.1 c.36]. Set ecce, papa confingit novam heresim, aliquis vult probare illam esse heresim, papa dicit non esse heresim set fidem catholicam, estne recipienda eius probatio? Credo quod non. Item sequitur heresim dampnatam latenter. Aliqui tamen hoc sciunt et volunt probare papam sequi talem heresim. Ille tamen negat. Debent audiri? Credo quod non».

pape peut seulement être accusé d'hérésie lorsqu'il est manifestement prouvé qu'il professe une hérésie, qu'il ne le nie pas, et que, ayant été averti, il refuse de se rétracter, tout en défendant au contraire son erreur de façon contumace. Mais si en revanche l'hérésie n'est pas manifeste, ou si la doctrine en question est bien hérétique mais que le pape nie son adhésion, ou bien encore si cette doctrine est hérétique, que le pape admet y avoir adhéré mais désire désormais se rétracter, dans aucun de ces trois cas il ne pourra être accusé ou condamné.⁷⁵

Quant à la question restée en suspens concernant les autres crimes notoires, ceux-ci pourraient bien constituer un autre chef d'accusation du pape, car il ne faut pas, selon Huguccio, interpréter strictement la lettre du canon. Si l'hérésie est particulièrement préjudiciable à l'Église, elle n'est pas en effet la seule exception à l'immunité du pape et on comprendrait mal qu'un pape puisse échapper aux accusations de crimes notoires, tels la simonie (ici distinguée de l'hérésie proprement dite), les scandales de mœurs, le vol ou le sacrilège. En effet, si le critère choisi est le scandale manifeste et le préjudice pour la foi de toute l'Église, alors il ne s'agit pas seulement de considérer les errements en matière de doctrine, mais tout scandale qui, contredisant manifestement la foi et les mœurs, est en fait assimilable à une hérésie. Après plusieurs avertissements, la persistance contumace dans des crimes notoires est encore moins tolérable chez un pape et doit donc être condamnée.⁷⁶ C'est le bien commun de l'Église qui constitue le critère central de l'interprétation d'Huguccio et qui lui permet

⁷⁵ *Ibidem*: «Tunc enim demum potest accusari de heresi cum constat quod illud factum sit heresis et papa non negat se illud facere et admonitus non vult resipiscere sed errorem contumaciter defendit. Sed si non constat de facto quod sit heresis, vel si constat heresim esse sed papa infitiatur se illud facere, uel si constat heresim esse et quod papa illud facit et non infitiatur, vult tamen cessare et resipiscere nullus potest eum inde accusare vel condemnare».

⁷⁶ *Ibidem*: «Sed nunquid de simonia vel alio crimine potest papa accusari? Dicunt quidam quod non sive sit notorium sive non, quia quod canon non excipit non debemus excipere, et isti assignant rationem diversitatis quare potius de heresi possit accusari quam de alio crimine, quia si papa esset haereticus non sibi soli noceret sed toti mundo, praesertim quia simplices et idiote facile sequerentur illam heresim cum credent non esse heresim. Sed si papa committit simoniam vel fornicationem vel furtum et huiusmodi sibi soli videtur nocere cum omnes sciant quod nulli licet fornicari vel furari vel simoniam committere et huiusmodi. Ego autem credo quod idem sit de quolibet crimine notorio quod papa possit accusari et condemnari si admonitus non vult cessare. Quid enim? Ecce, publice furatur, publice fornicatur, publice committit simoniam, publice habet concubinam, publice eam cognoscit in ecclesia iuxta vel super altare, admonitus non vult cessare, nunquid non accusabitur (...) nunquid non condemnabitur, nunquid sic scandalizare ecclesiam non est quasi heresim committere? Praeterea contumacia est crimen ydolatrie et quasi heresis ut di. lxxxi *si quis presbyteri* [Si qui sunt presbyteri, D.81 c.15], unde et contumax dicitur infidelis ut di. xxxviii *nul-lus* [D.38 c.16]. Et sic idem est in alio crimine notorio quam in heresi».

de justifier la liberté prise par rapport au texte du canon, qui ne mentionnait que l'exception d'hérésie.

Dès lors, la publicité et la notoriété des actes commis deviennent des catégories juridiques de premier plan pour l'argumentation. Huguccio explique la différence entre l'hérésie et les autres crimes notoires de la façon suivante: le pape peut être accusé d'hérésie s'il la prêche de façon publique et refuse se corriger, même si l'hérésie n'est pas notoire. En revanche, il ne peut être accusé des autres crimes que s'ils sont notoires. Comprenons par là sans doute que l'hérésie présente cette dangereuse caractéristique de ne pas toujours être identifiée par les simples fidèles, et d'être donc à la fois publique mais non notoire, c'est-à-dire non reconnue comme telle par tous les fidèles. Le pape peut donc être accusé d'hérésie même si elle n'est pas notoire, alors qu'il ne peut l'être des autres crimes avant qu'ils ne soient notoires, et il ne peut l'être de crimes occultes.⁷⁷

Pourquoi donc, dans ces derniers cas, une accusation, vécue comme le stade ultime de la correction fraternelle décrite dans l'évangile de saint Matthieu, n'est-elle pas possible? Tout chrétien est-il inclus dans le terme «frère»? Selon Huguccio, la situation envisagée par saint Matthieu ne s'applique pas au cas du pape, car il n'existe pas de juge supérieur. À quelle Église pourrait-on s'adresser demande Huguccio, commentant le «*Dic ecclesiae*» du passage évangélique, étant donné que «le pape est lui-même l'Église»?⁷⁸

On retrouve le délicat problème de l'absence d'une juridiction supérieure: qui peut juger le pape? Huguccio ne répond pas volontiers à une question qu'il semble vouloir éviter,⁷⁹ et se contente de reprendre la doctrine de Gratien: un inférieur ne peut juger un supérieur. La seule solution à une telle aporie consistait donc à affirmer, toujours avec Gratien, que si l'on pouvait prouver que l'hérésie en question avait déjà été condamnée, l'hérétique lui-même l'était aussi *ipso facto*.⁸⁰ Huguccio commente par ailleurs qu'un pape

⁷⁷ *Ibidem*: «Quare ergo facit Bonifacius potius mentionem de heresi quam de alio crimine notorio? Dico quod gratia exempli hoc posuit vel forte in eo est differentia inter heresim et alia crimina notoria, scilicet quod de crimine heresis potest papa accusari si heresim publice paedicat et non vult desistere quamvis tale crimen non sit notorium. Sed de alio crimine non potest accusari nisi sit notorium. Ergo de alio crimine non potest accusari nisi sit notorium. Ergo de occulto crimine accusari non potest».

⁷⁸ *Ibidem*: «Sed ecce duo vel très vel iiii sciunt crimen papae occultum, non possunt eum inde accusare? Possunt post admonitionem denuntiare illud crimen iuxta regulam ecclesiasticam, si peccaverit, etc.? Numquid illa regula evangelica non habebit locum circa papam? Nonne nomine fratris intelligitur quilibet fidelis et sic papa ut xi. q. iii *ad mensam* [C.11 q.3 c.24]? Respondeo, videtur quod illa regula non habet locum circa papam propter defectum iudicis coram quo conveniretur, cum ipse sit superior iudex, aut cui ecclesiae fieret denuntiatio cum ipse sit ecclesia?».

⁷⁹ Cf. B. TIERNEY, *Foundations*, cit., p. 62-63.

⁸⁰ C.24 q.1 d.a.c.1: «Qui vero heresim iam damnatam sequitur eius damnationis se participem facit».

convaincu d'adhérer à une ancienne hérésie devient inférieur à n'importe quel catholique,⁸¹ ce qui permet là encore de contourner le problème, du moins en théorie, car l'hypothèse d'un jugement du pape devient inutile: c'est en effet automatiquement, *ipso iure* que le pape cesse d'être pape. C'est dans une autre glose encore qu'Huguccio affirme que le collège des cardinaux pourrait déposer le pape en cas d'adhésion à une hérésie déjà condamnée.⁸² Huguccio augmente le nombre de chefs d'accusation possibles par l'intégration des crimes notoires, mais il limite en même temps les conditions qui permettent de porter une accusation d'hérésie. Huguccio, en dépit de ces ambiguïtés, semble avoir porté la réflexion à son point culminant, du point de vue des distinctions juridiques.

De façon assez surprenante, si les décrétistes de la génération successive reprirent de lui la possibilité de juger le pape pour des crimes notoires, ils ignorèrent toutefois les réserves et les critères qu'Huguccio avait consciencieusement et méthodiquement énoncés. Ainsi, à titre d'exemple, si la glose *Ecce vicit Leo* (1202-1210) suit d'assez près le développement d'Huguccio, son auteur dit aussi que le pape est obligé de rectifier publiquement une hérésie occulte et que le pape qui professe une hérésie déjà condamnée est automatiquement excommunié.⁸³ La *Glose palatine* de Laurent d'Espagne (vers 1215) admet aussi que le pape puisse être accusé d'une hérésie occulte et précise que les cardinaux peuvent le juger.⁸⁴ Dans un autre passage, il leur attri-

⁸¹ HUGUCCIO, *Summa*, Admont Stiftsbibliothek 7, f° 26 va in D.21 c.4: «Prima est inferior superiorem non potest solvere vel ligare, nisi talibus casibus quos Jo. notavit, scilicet cum sua sponte se subicit arbitrio minoris. Vel cum inferior ex delegatione obtinet vicem superioris... et cum papa incurrit heresim, quo casu potest iudicari a subditis ut dist. xl si papa. Sed dico quod nulla fuit facienda exceptio, quia sive quis ex arbitrio sive ex delegatione cognoscat maior est in illa causa illis quorum causam tractat. Item cum papa cadit in heresim non iam maior sed minor quolibet catholico intelligitur. Ergo in quolibet tali casu maior iudicat minorem».

⁸² *Ibidem*, f° 91 rb ad D.63 c.23: «Cardinales possunt deponere papam pro heresi, non tamen ipsi sunt maiores quam papa».

⁸³ *Ecce vicit Leo*, Sankt Florian Stiftsbibliothek, ms. XI 605, f° 17 va in D.40 c.6 s.v. *A fide devius*: «Sed numquid de alio crimine praeterquam de heresi potest accusari? Dicunt quidam quod non. Nec enim potest cogi ad purgationem de aliis. Sed de heresi potest accusari quae potest probari. Melius est quod dicatur quod de heresi occulta potest cogi ad purgationem, de aliis autem nullo modo impeti potest nisi sint notoria, ut si sit notorius fornicator, vel adulterus, vel homicida potest deponi, ar. ii, q. vii, § *Item cum balaam*... si de legibus solutus sit. Tamen secundum leges iudicari debet (...) Item si papa incidit heresim dampnatam estne excommunicatus? Videtur quod si incidit in talem heresim quod ipso iure excommunicatus est, infr. c. xxiv. q. 1. *Achatius*, et *Audiuimus*».

⁸⁴ LAURENTIUS HISPANUS, *Glossa Palatina*, Biblioteca Apostolica Vaticana, Pal. lat. 658, f° 10 va in D.40 c.6 s.v. *nisi reprehem*: «xxi di. *nunc autem* contra. [D.21 c.7]. Set pone quod hac publice adulterium fecit. Numquid potuit accusari? Videtur quod non quia unicum solum crimen excipitur hic quod quidam dicunt et est ea ratio quia sic erret in fide. Omnibus nocet, praesertim simplicibus qui defacili eum sequerentur. Nulla si fornicetur quia quilibet scit

bue même une autorité supérieure.⁸⁵ De façon similaire, Jean le Teutonique affirme dans la *Glose ordinaire* qu'un pape peut être déposé pour tout crime notoire et pour une hérésie même cachée: dans la mesure où le pape ne se corrige pas, la contumace équivaut à l'hérésie. Notre auteur mentionne en particulier les crimes de la simonie et de l'adultère dont le caractère notoire devient un scandale pour l'Église lorsque le pape s'avoue incorrigible. À la difficile question: le pape, en cas d'hérésie peut-il décréter qu'il ne peut être jugé? Jean le Teutonique répond comme Huguccio que, dans ce cas, il a cessé d'être le chef de l'Église.⁸⁶

Si l'on peut parfois retrouver dans ces gloses un prolongement des solutions déjà envisagées, elles ne sont pas dénuées d'ambiguïtés. Ainsi, Jean le Teutonique rapproche des éléments que les décrétistes précédents avaient à dessein soigneusement séparés, comme l'immunité personnelle du pape et la question de la primauté juridique de l'Église de Rome.⁸⁷ En matière de foi, il semble accorder au concile des prérogatives supérieures au pape,

fornicari non licere, licet papam videret fornicari. ar. pro eis ii, q. 5. *mandastis* [C.2 q.5 c.10], xvii di. § *huic* (sic!) [D.17, d.p.c.6]. Etiam H(uguccio) dicit quod potest de quolibet notorio, si ammonitus non cessat (accusari) et tantum gratia exempli supposuit de hoc crimine. Set alii praelati accusantur etiam de occultis, papa non, etiam de heresi nisi constaret prius id quod facit vel dicit heresim esse. Mihi videtur quod hoc speciale notatur hic. Est quod de heresi accusari possit etiamsi occulta sit, de aliis nonnisi sint manifesta. Nam licet princeps legibus solutus sit, etc. ar. ii. q. vii. *paulus* [C.2 q.7 c.28], xxv. q. 1 *que ad perpetuam* [C.25 q.1 c.3]. Set numquid illa regula *si peccaverit in te, etc.* habet locum circa papam? Dicit H(uguccio) quod non, propter defectum iudicis. Sed non credo hanc esse causam. Nam credo papa iudicem habere cerium cardinalem (coetum cardinalium?)».

⁸⁵ *Ibidem*, f^o 4 ra in D.15 c.2: «quod si omnes cardinales faciunt in aliquo contra papam, eorum debet sententia preliare (= preualere?) cum plures sint, ar. xciii di. *legimus* [D.93 c.21], nam ibi dicitur quod orbis maior est urbe...».

⁸⁶ JEAN LE TEUTONIQUE, *Apparatus* in D.40 c.6: «Quod intelligit Huguccio cum Papa non vult corrigi. Si enim paratus esset corrigi non posset accusari, ut 24 q. 1 *aperte* (c. 36) et c. *ait* (c. 35) et c. *haec est fides* (c. 14) et 24 q. 3 *dixit Apostolus* (c. 29). Sed quare non potest accusari de alio crimine? Ponamus quod notorium sit crimen eius vel per confessionem, vel per facti evidentiam, quare non accusatur, vel de crimine simoniae, vel adulterii; etiam cum admoneatur incorrigibilis est, et scandalizatur ecclesia per factum eius? Certe credo quod si notorium est crimen eius quandocumque, et inde scandalizatur ecclesia et incorrigibilis sit, quod inde possit accusari. Nam contumacia dicitur haeresis ut 81 dist. *si qui presbyteri* (c. 15) et contumax dicitur infidelis ut 38 dist. *nullus* (c. 16). Hic tamen specialiter fit mentio de haeresi ideo quia et si occulta esset haeresis de illa posset accusari. Sed de alio occulto crimine non posset. Item nunquid potest denunciari crimen Papae secundum regulam istam *Si peccaverit in te frater tuus*; cum nomine fratris quilibet christianus dicatur, ut ix q. 3 *ad mensam* (c. 24)? Sed dico quod non potest denunciari crimen de ipso, nisi inde posset accusari, nam inutilis esset denuntiatio. Item numquid Papa posset statuere, quod non posset accusari de haeresi. Respondeo quod non; quia ex hoc periclitaretur tota ecclesia, quod non licet, infra 25 q. 1 *sunt quidam* (c. 6) quia hoc fit in eo casu quo desinit esse caput ecclesiae et ita non tenet constitutio».

⁸⁷ Cf. B. TIERNEY, *Pope and Council*, cit., p. 65-66.

qui manifesteraient une juridiction supérieure à ce dernier,⁸⁸ mais il affirme à un autre endroit que la *sententia Ecclesiae Romanae* doit être préférée à la *sententia totius Ecclesiae*, précisément parce que Dieu ne permettrait pas que l'Église romaine puisse se tromper;⁸⁹ Commentaire, qu'il faudrait lui-même nuancer par une autre remarque, lorsque notre auteur ajoute ailleurs que le privilège de l'inerrance revient à l'Église comprise comme *congregatio fidelium* plutôt qu'à la personne du pape.⁹⁰ En outre, pas davantage que Laurent d'Espagne, Jean le Teutonique ne distingue-t-il entre les hérésies déjà condamnées et les nouvelles. La solution du problème devient dès lors assez confuse, ce qui est d'autant plus dommageable que, comme le souligne Tierney, la *Glose ordinaire* exercera une influence considérable sur l'interprétation des canonistes postérieurs.

4. CONCLUSION

Comment pourrait-on dès lors caractériser le mouvement général des commentaires des décrétistes au cours de ces quelques décennies? S'il est possible de proposer quelques principes généraux, le caractère même des disputes canoniques du XII^e siècle empêche de dégager des doctrines exactes ou figées. Avec une grande prudence, Tierney relève néanmoins une tendance commune à protéger l'Église contre certains abus du pouvoir pontifical, plutôt qu'à défendre l'immunité papale. Une telle orientation serait d'autant plus remarquable qu'elle se développe au moment même de la structuration du pouvoir pontifical. La question du jugement et des éventuels juges du souverain pontife reste cependant délicate et Huguccio ne se risquera pas à la résoudre. Les décrétistes ne parlent pas d'une suprématie du concile sur le pape, mais mentionnent seulement qu'il peut être jugé «*a tota ecclesia*». Toutefois, dans un sens différent, il serait tout aussi juste de remarquer que les décrétistes ne remettent pas en cause la structure hiéar-

⁸⁸ JEAN LE TEUTONIQUE, *Apparatus* in D.19 c.9 v. *concilio*: «Videtur ergo quod Papa teneatur requirere concilium episcoporum, quod verum est ubi de fide agitur, et tunc synodus maior est Papa, 15 dist. *sicut* in fi. (c. 2). Arg. ad hoc 93 dist. *legimus* (c. 24)».

⁸⁹ JEAN LE TEUTONIQUE, *Apparatus* in C.24 q.1 c.6. v. *reconciliat*: «Arg. quod sententia totius ecclesiae praeferenda est Romanae si in aliquo sibi contradicat, arg. 93 dist. *Legimus* (c.24). Sed contrarium credo arg. infra eadem *Haec est fides* (C.21 q.1 c.14), nisi erraret Romana ecclesia quod non credo posse fieri, quia Deus non permetteret, arg. infra eadem c. *A recta* (C.24 q.1 c.9) et c. *Pudenda* (c.33)».

⁹⁰ JEAN LE TEUTONIQUE, *Apparatus* in C.24 q.1 c.9, v. *novitatibus*: «Quaero de qua ecclesia intelligas quod dicitur quod non possit errare? Si de ipso Papa qui ecclesia dicitur, supra eadem *Quodcumque* (c.6), et 7 q.1 *Scire debes* (c.7). Sed certum est quod Papa errare potest, 19 dist. *Anastasius* (c. 9), 40 dist. Si *Papa* (c. 6). Respondeo, ipsa congregatio fidelium hic dicitur ecclesia ut de cons. dist. 1 *Ecclesia* (c. 8), et talis ecclesia non potest non esse ut infra eadem, *Pudenda* (c. 33). Nam ipse Dominus rogavit pro ecclesia, 21 dist. § 1 (dictum ante D.21 c.1) et voluntate labiorum suorum non fraudabitur».

chique de l'Église, solidement appuyée sur le principe de la primauté de juridiction du Siège romain ou du pape, même si les discussions rapportées plus haut manifestent la conscience de l'existence possible de situations exceptionnelles qui appellent des solutions elles aussi exceptionnelles.⁹¹

Jusqu'au XII^e siècle, la réflexion canonique semble donc poursuivre deux objectifs parallèles. D'une part la recherche d'éléments permettant à l'Église de faire face à un pape illégitime ou coupable d'hérésie, de schisme ou d'autres crimes et d'autre part le désir de préserver, en vertu du droit divin la prérogative unique et singulière du Siège romain: n'être jugé par personne.⁹² Selon Oakley, c'est précisément cette ambivalence même de l'héritage canonique du XII^e siècle qui aurait empêché la cristallisation d'une compréhension constitutionnaliste de l'unité de l'Église avant le schisme d'Occident.⁹³ Avant que ne se produise cet événement traumatique pour la réflexion ecclésiologique, la controverse est sans aucun doute plus académique que réelle, nonobstant le schisme qui menaçait le début du règne d'Alexandre III. L'hypothèse d'un pape hérétique n'est certes pas écartée, mais, devant l'absence de solution réellement applicable, la prière est recommandée afin qu'une telle éventualité ne se présente jamais.⁹⁴ L'ensemble laisse donc l'impression d'une doctrine ouverte, dans laquelle sont forgées des distinctions dont certaines, en particulier celles d'Huguccio, ne seront pourtant pas immédiatement exploitées, et dont d'autres pourront nourrir, sans aucun doute les réflexions des conciliaristes.

Comment interpréter cette prudence des décrétistes lorsqu'il s'agit de trouver et surtout de mettre en œuvre une solution pratique? Peut-on aller jusqu'à dire, comme Tierney que le mouvement conciliariste fut «the logical culmination of ideas that were embedded in the law and doctrine of the Church itself?»⁹⁵ L'adjectif «logical» n'est-il pas trop fort? Il semble en effet inscrire le conciliarisme comme le développement nécessaire de l'argumentation des décrétistes. Or ceux-ci, du moins jusqu'à Huguccio, n'ont précisément pas souhaité franchir ce pas, alors qu'ils auraient pu le faire. Leur silence traduit-il leur réticence? Que veut dire ce refus d'aller jusqu'au bout du raisonnement en cherchant des critères permettant d'esquiver le plus possible la question d'une procédure juridique pour la déposition du pape? Une argumentation qui n'est volontairement pas menée à son terme, peut-elle servir de fondement à une conception qui en assumerait quant à elle le

⁹¹ Cf. O. CONDORELLI, *Il papa deposto tra storia e diritto*, cit., p. 21.

⁹² Cf. *ibidem*, p. 14.

⁹³ Cf. F. OAKLEY, *Venerius est licet difficilior*, cit., p. 18.

⁹⁴ HUMBERTUS A SILVA CANDIDA, *De Sancta Romana Ecclesia. Fragmentum A*, cit. par S. VACCA, *Prima sedes*, cit., p. 176: «est iudicandus, nisi forte deprehendatur a fide devius. Pro cuius perpetuo stato universitas fidelium tanto instantius orat, quanto suam salutem post Deum ex illius incolumitate animadvertunt propensius pendere».

⁹⁵ B. TIERNEY, *Foundations*, cit., p. 15.

prolongement? Le conciliarisme ne va-t-il pas au-delà des idées forgées par les décrétistes, et, en ce sens, ne s'agit-il pas d'une autre théorie?

Pour le savoir, il faut tenir compte de la finalité des réflexions des décrétistes. L'hérésie papale n'est pas chez eux envisagée comme une cause légitime ou un prétexte pour déposer le pape, mais seulement une tragique possibilité, que seule la prière peut en définitive éloigner. L'héritage des décrétistes nous semble trop ambivalent pour pouvoir établir avec certitude une telle généalogie. Sans doute les conséquences du grand schisme créèrent-elles les conditions d'une transformation radicale de la réflexion, reprenant certes les éléments précédents concernant la déposition du pape, mais en les intégrant à une finalité nouvelle. Il n'est si sûr que le conciliarisme fût la suite logique de l'enseignement des décrétistes. Tout au plus peut-on dire qu'ils offrirent les pierres d'un édifice qu'ils se gardèrent bien de construire.

GIURISPRUDENZA

TRIBUNALE APOSTOLICO DELLA ROTA ROMANA – *Reg. Parisien. seu Sancti Dionysii in Francia* – Nullità del matrimonio – Incapacità – Immaturità psico-affettiva – Sentenza definitiva – 19 luglio 2016 (147/2016) – Maurice Monier, Ponente.* **

Matrimonio – Consenso – Capacità per il consenso matrimoniale.

Matrimonio – Consenso – Mancanza di sufficiente discrezione di giudizio – Incapacità di assumere gli obblighi essenziali del matrimonio.

Matrimonio – Consenso – Mancanza di sufficiente discrezione di giudizio – Incapacità di assumere gli obblighi essenziali del matrimonio – Requisiti e caratteristiche delle due fattispecie.

Matrimonio – Consenso – Capacità – Maturità – Sviluppo della persona – Normalità – Affettività.

Matrimonio – Consenso – Capacità – Maturità – Concetto canonico di maturità e immaturità.

Matrimonio – Consenso – Incapacità – Immaturità – Immaturità psico-affettiva – Immaturità psico-affettiva e giurisprudenza rotale.

«**I**L consenso matrimoniale è l'atto della volontà con cui l'uomo e la donna, con patto irrevocabile, danno e accettano reciprocamente se stessi» (can. 1057 §2). Il Codice recepisce la dottrina conciliare, secondo la quale il matrimonio è «l'intima comunità di vita e d'amore coniugale, fondata dal Creatore e strutturata con leggi proprie, è stabilita dall'alleanza dei coniugi, vale a dire dall'irrevocabile consenso personale. E così, è dall'atto umano col quale i coniugi mutuamente si danno e si ricevono, che nasce, anche davanti alla società, l'istituzione del matrimonio, che ha stabilità per ordinamento divino» (GS, n. 48). Per questo peculiare negozio ci vuole, da parte dei contraenti, una armonica cooperazione e interazione fra le facoltà superiori, per realizzare un atto veramente umano. Perciò l'atto di consenso presuppone un sufficiente grado di discrezione di giudizio e di maturità. La Chiesa ritiene che il consenso sia invalido quando almeno uno dei contraenti è incapace di realizzare un atto umano per costituire il matrimonio. La legge stabilisce: «Sono incapaci a

* Commento di A. GONZÁLEZ ALONSO, *Immaturità psico-affettiva e incapacità per il matrimonio* (can. 1095).

** Vedi *Allegato* alla fine del commento: indice di sentenze coram Monier nell'ambito del can. 1095, di cui si trova riferimento nei volumi delle sentenze rotali (RRDec., 1995-2011).

contrarre matrimonio: 1° coloro che mancano di sufficiente uso di ragione; 2° coloro che difettano gravemente di discrezione di giudizio circa i diritti e i doveri matrimoniali essenziali da dare e accettare reciprocamente; 3° coloro che per cause di natura psichica, non possono assumere gli obblighi essenziali del matrimonio».

Il difetto di discrezione di giudizio è diverso dall'ignoranza, che sarebbe la mancanza di conoscenza dei diritti e obblighi matrimoniali, oppure dall'imprudenza. Non qualsiasi difetto di discrezione di giudizio dà luogo a un consenso invalido. La nozione canonica di discrezione di giudizio non si identifica con uno stato perfetto di capacità intellettuale, volitiva, affettiva, oppure con una cosiddetta maturità piena, ma è sufficiente il minimo necessario. Nel processo di scelta non basta un'astratta o speculativa cognizione naturale, bensì una capacità di estimazione critica circa i diritti e i doveri matrimoniali. Il contraente deve essere capace di ponderare gli argomenti favorevoli e contrari nello scegliere un determinato matrimonio. In questa scelta la volontà deve essere libera, non solo dall'esterno, ma anche dalla coazione interna degli impulsi.

Il contraente è incapace anche quando non è in grado di assumere l'oggetto del consenso, sempre con riferimento agli obblighi essenziali coniugali, circoscritti dai canoni 1055 e 1056. Questi obblighi sono contenuti nei tre beni tradizionalmente detti del matrimonio, e anche nel bene dei coniugi.

L'incapacità di assumere gli obblighi matrimoniali ha la sua origine in una causa di natura psichica. Pertanto si deve sempre provare la connessione fra la patologica condizione del contraente e la sua incapacità. Oltre alle malattie psicotiche, le neurosi, psicopatie e altri peculiari disordini, più frequentemente è invocata l'imaturità psico-affettiva come fonte dell'incapacità, sia riguardo al difetto di discrezione di giudizio sia riguardo all'incapacità ad assumere gli obblighi essenziali. Però non qualsiasi immaturità determina la nullità del consenso. Quest'immaturità non deve essere confusa con l'immaturità detta in senso generico oppure propria dell'età.

Nel provare sia il grave difetto di discrezione di giudizio sia l'incapacità ad assumere gli obblighi essenziali, il giudice deve ponderare attentamente le deposizioni delle parti e dei testi, oltre alle circostanze precedenti e susseguenti il matrimonio. In queste cause l'intervento dei periti, esperti in psicologia o psichiatria, è di grande aiuto. Il perito dovrà far luce sull'origine, natura, gravità, prognosi, influsso nel processo di deliberazione e nell'assumere gli obblighi coniugali. Comunque l'ultima parola spetta al giudice che, esaminando gli atti e le conclusioni dei periti, dovrà emettere un suo giudizio, esponendo perché ammette o rigetta le conclusioni peritali.

(Omissis)

1. – FACTI SPECIES. – Petrus et Agnes sese cognoverunt volvente anno 1985. Iuvenes sponsaliciam consuetudinem instauraverunt et post annum decisionem nubendi elicuerunt. Die 13 septembris 1986 nuptiae celebratae sunt in paroeciali ecclesia (...) dicata, in civitate (...), intra fines dioecesis Sancti Dionysii in Gallia.

Vita iugalis, bina prole laetificata, initio feliciter processit et ducta fuit per viginti duos annos at numquam coniuges instauraverunt communionem coniugalem. Mense augusto 2008 mulier tectum iugale derelixit. Divortium sancitum est a civili magistratu die 11 ianuarii 2011.

2. – Die 7 decembris 2011 Petrus supplicem porrexit libellum Tribunali Regionali Parisiensi quo matrimonii nullitatem accusavit ob gravem defectum discretionis iudicii ex utraque parte et incapacitatem adsumendi obligationes matrimonii essentielles ex parte mulieris conventae.

Dubio rite concordato die 15 februarii 2012, instructoria peracta est per excussionem partium et quattuor testium necnon per acquisitionem relationis peritalis. Aditum Tribunal die 9 septembris 2013 sententiam affirmativam tulit dumtaxat ob gravem defectum discretionis iudicii ex parte viri actoris.

3. – Acta transmissa sunt Tribunali Appellationis Versalien. quod, die 7 ianuarii 2014, causam remisit ad ordinarium examen secundi gradus.

Suppletiva instructio peracta est per auditionem actoris et unius testis.

Die 14 iunii 2014 Iudices sententiam affirmativam edixerunt dumtaxat ob gravem defectum discretionis iudicii et ob incapacitatem adsumendi obligationes matrimonii essentielles ex parte mulieris conventae.

4. – Delata est causa ad Nostrum Apostolicum Forum ubi, Turno constituto, decreto diei 27 iulii 2015 dubium diluendum concordatum est sub sequenti formula: «An constet de matrimonii nullitate, in casu, ob defectum discretionis iudicii in alterutra vel utraque parte; ob incapacitatem adsumendi onera conigalia ex parte mulieris conventae». Hoc in gradu nulla suppletiva instructio expleta est.

Omnibus tandem positis, receptis quoque scripturis defensionalibus a Patrona partis actricis exhibitis necnon a vinculi Defensore deputato, nunc Nobis respondendum est ad dubium rite concordatum.

5. – IN IURE. – Consensus matrimonialis est actus voluntatis «quo vir et mulier foedere irrevocabili sese mutuo tradunt et accipiunt» (can. 1057 § 2).

Codex recepit et in formam iuridicam redegit doctrinam Concilii Vaticani Secundi quod matrimonium descripsit his verbis: «Intima communitas vitae et amoris coniugalis, a Creatore condita suisque legibus instructa, foedere coniugii seu irrevocabili consensu personali instauratur. Ita actu humano, quo coniuges sese mutuo tradunt et accipiunt, institutum ordinatione divina firmum oritur, etiam coram societate» (GS, n. 48).

In hoc peculiari negotio requiritur ex parte nubentis harmonica cooperatio necnon interactio inter superiores facultates ad actum vere humanum constituendum. Quamobrem ad matrimonialem consensum ponendum praesupponitur sufficiens gradus discretionis iudicii aut maturitatis iudicii.

Ecclesiae doctrina tenuit consensum irritum esse cum nubens incapax sit eliciendi actum vere humanum ad constituendum foedus matrimoniale.

Qua de re sub iuris naturalis luce Lex statuit: «Sunt incapaces matrimonii contrahendi... 2° qui laborant gravi defectu discretionis iudicii circa iura et officia matrimonialia mutuo tradenda et acceptanda; 3° qui ob causas naturae psychicae obligationes matrimoniales essentielles assumere non valent».

6. – Si attente perpendamus secundam formam incapacitatis, clarum est quod defectus discretionis iudicii differt a nescientia, quae sistit in mera carentia cognitionis iurium ac officiorum coniugalium, vel ab inadvertentia, vel ab imprudentia in eligendo coniuge. Defectus discretionis iudicii quoque invocare nequit si contrahens omnia elementa ordinis ethici, socialis, religiosi, publici ac privati, haud perpendat.

Certo certius non quivis defectus discretionis iudicii sufficit ad consensus nullitatem constabiliendam. Notio canonica debitae discretionis iudicii non requirit statum perfectum capacitatis intellectualis, volitivae et affectivae, seu maturitatem plenam, sed exigit illud minimum necessarium ut nubens capax sit eliciendi consensum matrimonialem.

In electionis processu haud sufficit abstracta vel speculativa cognitio naturae matrimonii. Requiritur insuper critica aestimatio iurium et officiorum quae totam nubentium vitam amplectuntur. Nupturiens enim capax esse debet ponderandi rationes tam contrarias quam favorabiles ad matrimonii electionem cum comparte.

In provincia perdifficilis est quaestio de rationibus ex inconscia activitate emergentibus. Attamen in consensu eligendo voluntas libera esse debet non solum ab externa coactione sed etiam ab interno impulsu ita ut non impediatur personalis electio.

7. – Tertia forma incapacitatis verificatur cum nubens assumere nequit obiectum consensus, quia in casu eius adimpletio suas proprias vires longe superat.

Capacitas de qua agitur sese refert ad essentielles matrimonii obligationes. Illae enim circumscribuntur in essentialibus proprietatibus definitis in canone 1056 vel in naturalibus ordinationibus de quibus agitur in canone 1055. «Quae omnes obligationes nedum essentielles sunt, sed et mutuae, exclusivae, continuo praestandae, haud abdicabiles ita ut nullus contrahens ab illis se subtrahere possit» (coram Funghini, diei 17 ianuarii 1996, *RRDec.*, vol. LXXXVIII, p. 16, n. 9).

Hae obligationes continentur in tribus traditionalibus coniugii bonis: obligatio servandi fidem, exclusivitatem, indissolubilitatem, obligatio acceptandi procreationem et proles educationem. Enumerantur quoque obligationes quae pertinent ad bonum coniugum ad mentem canonis 1055 § 1.

8. – Incapacitas adsumendi onera coniugalium originem ducit ex causis naturae psychicae. Quamobrem semper probari debet connexio inter pathologicam condicionem nubentis et incapacitatem. Sufficit, uti scripsit Em.mus Pompedda, «una condizione dei soggetti tale, a causa di una costituzione

psichica comunque psichicamente o psicologicamente definibile di cui essi sono portatori, da impedire loro di condurre ad esecuzione gli obblighi del matrimonio peraltro conosciuti, sufficientemente valutati e liberamente voluti» (M. F. Pompèdda, *Consenso e impedimenti nel CIC 1983*, in *Studi di diritto matrimoniale canonico*, 1993, p. 323).

9. – Praeter morbos psychoticos, neurosim, psychopantias, vel etiam peculiare deordinationes, in foro canonico saepe saepius invocata est immaturitas psycho-affectiva uti fons assertae incapacitatis sive quoad defectum discretionis iudicii, sive quoad incapacitatem adsumendi essentiales matrimonii obligationes. Tamen non quaelibet immaturitas vel quilibet defectus aequilibrii nullitatem matrimonii gignit. Pro certo huiusmodi immaturitas haud confundenda est cum immaturitate sensu generico prolata, vel cum aetate connexa.

Una Taurinen adnotat manifestationes huiusmodi immaturitatis in variis decisionibus rotalibus, quae magni ponderis videntur ad perturbationem circumscribendam: «Haec enim immaturitas manifestatur signis, quae sunt defectus bonae integrationis intrapersonalis et interpersonalis (coram Lefebvre, decisio diei 1 martii 1969, *ibid.*, vol. LXI, p. 231, n. 3), abnormitates sexuales (coram Serrano Ruiz, decisio diei 30 aprilis 1974, *ibid.*, vol. LXVI, p. 307, n. 5), graves reactiones neuroticae (coram Anné, decisio diei 15 aprilis 1975, *ibid.*, vol. LXII, p. 291, n. 9), destructa harmonia personalitatis, suggestionabilitas, conflictualitas, mutabilitas affectionis, incapacitas tolerandi frustrationes (coram Palazzini, decisio diei 11 ianuarii 1978, *ibid.*, vol. LXX, p. 3, n. 3), abnormis a matre dependentia (coram Pinto, decisio diei 23 novembris 1979, *ibid.*, vol. LXXI, p. 481, n. 11), carentia misericordiae, sensus honoris et pudoris, poenitentiae et conscientiae, actus impulsivi et brutales (coram de Lanversin, decisio diei 8 martii 1983, *ibid.*, vol. LXXV, p. 89, n. 10), diminuta personalitas (coram Gianecchini, decisio diei 20 ianuarii 1984, *ibid.*, vol. LXXVI, p. 28, n. 3), personalitas hysterica, paranoica, inadaequata, emotionaliter instabilis, irresponsabilis ac superficialis sub aspectu emotionali seu sociopathica (coram Stankiewicz, decisio diei 11 iulii 1985, *ibid.*, vol. LXXVII, p. 357, n. 6c), immoderatus suiipsius amor, zelotypia, defectus autonomiae et responsabilitatis, aggressivitas et mythomania (coram Civili, decisio diei 10 iulii 1990, *ibid.*, vol. LXXXII, p. 597, n. 5)» (coram Huber, decisio diei 12 iulii 1995, A. 63/95; n. 11; cf. coram Pinto diei 31 iulii 1998, *RRDec.*, vol. xc, p. 581, n. 6; coram Monier, decisio diei 18 iunii 1998, *ibid.*, vol. xc, pp. 470 s., n. 8; coram Erlebach, diei 15 iulii 2002, *RRDec.*, vol. xciv, p. 431, n. 9).

10. – Ad probandum tam defectum discretionis iudicii quam incapacitatem adsumendi onera coniugalia, Iudex attente cribrare debet depositiones partium ac testium una cum circumstantiis prae et post matrimoniales.

In huiusmodi causis, auxilium periti vel peritorum in arte psychologica vel psychiatrica multum iuvat ad causam dignoscendam. In suis conclusionibus peritus rationes affert de deordinationis origine, natura, gravitate, prognosi,

tempore deflagrationis et praesertim determinat influxum in processum de liberationis et in adimplenda onera coniugalia.

In ultima decisione, praeter conclusiones peritales, ex personarum et actorum examine deductas, iudex attente perpendere tenetur cetera quoque causae adiuncta et exprimere debet quibus motus argumentis peritorum conclusiones admiserit vel reiecerit (cf. can. 1579 § 1-2).

11. – IN FACTO. – Quoad virum actorem tabulae processuales praebeant infantiam et adulescentiam absque difficultatibus quae perturbare potuissent evolutionem personalitatis. Vir enim crevit in familia serena etsi partes et testes referunt indolem matris imperiosam fuisse.

Cum actor matrimonium elegit ipse sese aestimavit uti «gamin». In secunda cura idem de discretionem iudicii erga matrimonium et eius obligationes deponit: «Je ne sais pas si j'avais conscience de tout ce que cela entendait».

Actoris parentes deponunt filium eo tempore haud satis maturum fuisse ast numquam rationes vel praecisas circumstantias afferunt de supposita immaturitate; alia ex parte actoris mater autumat: «Je pense que Pierre était conscient des exigences du mariage car il avait eu notre exemple».

Quoad viri indolem actoris soror nihil insoliti invenit in eius personalitate e contra asserit fratrem fuisse «très sérieux dans tout ce qu'il entreprend... Il sait rester sérieux mais sait aussi s'amuser. Il sait s'adapter à la situation».

12. – In primo gradu relatio peritalis confecta fuit a Doct. quae partes examinavit et eis subministravit s.d. *test* personalitatis *Luscher*.

In suis conclusionibus Perita censet quod vir tempore prolationis consensus «n'avait pas pris encore sa stature d'homme, il était attaché à ses parents qu'il voulait combler en développant une image de lui-même comme fils fidèle et aimant devenant un mari fidèle et aimant. Il n'était, à l'époque, pas particulièrement attaché aux valeurs religieuses au moment du mariage. Il était conscient de son engagement».

De viri maturitate Perita prosecuta est: «Son immaturité s'origine dans un processus de construction psychique et sans remettre en question sa dépendance infantile aux représentations parentales... Il ne se remet pas en question par rapport à ce processus d'immaturité qui est toujours présent dans sa personnalité».

Vinculi Defensor deputatus animadvertit quod «desunt elementa gravia quae probare possent gravem defectum discretionis iudicii». Alia ex parte et si Perita locuta sit de viri immaturitate, eadem minime indicat eius gradum. Perita quoque locuta est de viri dependentia a parentibus, at tempore nuptiarum vir actor iisdem parentibus sese opponit qui matrimonium nolebant. Tabulae processuales minime indicant facta et circumstantias ad probandam gravem immaturitatem quae graviter perturbare vel impedire potuisset congruum processum electionis matrimonii.

Ad rem plene recipimus conclusionis sententiae secundae curae ubi legimus: «L'époux avait une connaissance intellectuelle des biens du mariage. Par ailleurs, on ne voit pas quel bien du mariage l'époux aurait mal discerné, ni la cause psychologique d'un, éventuel défaut de discernement, ni les éléments d'un manque de liberté interne. Certes le demandeur s'est marié dans un contexte d'une certaine fragilité familiale, et selon l'expert, sa capacité de remise en cause personnelle est faible. Si son autonomie vis-à-vis de ses parents est plus faible que la 'norme', elle n'est nullement annihilée. S'il y a quelque chose d'immature en lui, cette immaturité n'est pas suffisamment grave pour invalider le consentement matrimonial, car il était bien conscient de son engagement».

His positis accusatum caput de viri gravi defectu discretionis iudicii fundamento caret.

13. – Quoad mulieris personalitatem vinculi Tutor deputatus animadvertit evolutionem psychicam mulieris conventae nulla manifestavisse signa «ex quibus fas est concludere eius perturbationem psychologicam.... maturatio mulieris iuxta normam processit et suum ingenium nullam perturbationem ostendit». Deinde idem Defensor agnoscit quod «coniuges non instauraverunt congruentem communionem vitae iugalis» sed adiungit: «attamen nullatenus potest illum defectum tribuendum esse incapacitati partium ponderandi et servandi aliqua onera coniugalia essentialia».

Attamen quis non videat infantiam et adolescentiam mulieris conventae graviter perturbatam fuisse. Nam conventae mater e vivis erepta est post gravem morbum cum filia tantum decem annos agebat. Ante hoc eventum parentes divortium fecerunt. Deinde filia delata est in institutione civili «Dass» per sex annos absque affectu familiae.

Aetate septemdecim annorum mulier sese transtulit in Italia in pago patris et filiam habuit ex relatione cum Marco quocum vixit more uxorio per tres annos et sortis suae contenta non vivebat et revertit in Gallia. De re mulier deponit: «En Italie à 17 ans j'ai rencontré Marco avec qui j'ai eu un enfant et que j'ai quitté quand notre fille avait un an après trois ans de vie commune. Nous avions un projet de mariage, ça n'a pas abouti parce que je cherchais quelque chose qu'il ne pouvait pas me donner, un père, un frère, ce n'est pas ça qu'un homme peut donner en couple».

Post reditum in Gallia, conventa aliam relationem more uxorio intexit cum Francisco, amico ab infantia, et denuo post quattuor annos mulier virum derelixit ob eius zelotypiam.

14. – Pro certo sunt facta gravissimi ponderis quae aptam attentionem necessitant, attento quod demonstrant affectivam fragilitatem mulieris et hoc ab infantia. His positis evidenter evolutio psycho-affectiva mulieris satis perturbata fuit, et variae mulieris frequentationes et contubernia more uxorio sunt signa molestiae in mulieris personalitate.

Eodem tempore mulier occursum habuit cum actore qui ei demonstravit pietatem et affectum ob eius passas vexationes. Sunt facta quae interrogaverunt Iudices secundi gradus: «Le caractère quelque peu manipulateur de l'épouse qui transparait dans les actes de la cause conduit à s'interroger sur ses réelles motivations et sa capacité à s'engager dans le mariage». Procul dubio haec est quaestio princeps!

Quinimmo resumptio relationis cum Marco, patre primogenitae, ample probat graves carentias mulieris conventae tempore prolationis consensus cum Petro. Evidenter imago patris filiae et relatio cum eo numquam fuerunt oblitteratae a muliere et hoc denuo exurgit post annos a matrimonii celebratione; id quod significat mulierem tempore prolationis consensus haud gavisam fuisse congrua discretione iudicii. Nam cum denuo post annos relationem intexuit cum Marco, mulier separationem cum Petro imposuit et modo uxorio relationem amatoriam denuo intexuit cum Marco qui semper fuit in corde et mente sua.

15. – Qua de re Nostro iudicio censemus Iudices secundae curae plene intellexerunt probemata mulieris conventae: «Le passé de l'épouse permet d'expliquer qu'elle veut donner une famille stable à sa fille, sans clarifier réellement les liens avec son premier amant. Son comportement à l'égard de celui-ci durant le matrimonium in facto esse montre qu'elle n'a pas perçu réellement ce qu'implique le bonum coniugum. L'épouse citée ayant en vue avant tout d'élever sa fille, elle n'a pas eu l'estimation critique de l'objet de son consentement et donc a manqué au sens du canon 1095-2 CIC, du discernement nécessaire au sujet des obligations qu'impliquent les biens du mariage».

Argumenta Iudicum secundi gradus sunt maximi momenti et Nostro Iudicio praebent claras rationes vel clara motiva ex parte mulieris conventae ad matrimonium contrahendum et Nostro Iudicio mulieris probemata ordinis psycho-affectivi numquam soluta fuerunt tempore nuptiarum.

Vir actor in sua depositione, singillatim in secunda cura, multum fert de mulieris personalitate et de suo modo agendi et cogitandi. Vir actor enim in suo vadimonio longe lateque locutus est de conventae mente et de eius modo agendi. Vir enim fassus est: «J'avais le sentiment d'être un substitut sur le fait qu'elle voulait m'incorporer à sa famille. Le fait qu'elle ne me disait jamais de mot tendre. Elle m'a conduit à (...) là où ils (Marcus) se sont rencontré, ceci assez tôt». Iam in prima instantia vir actor deponit de probemata inter coniuges: «Au début elle voulait qu'on fusionne avec la famille de Lucia. Je n'ai pas aimé. Ils ne faisaient des cadeaux qu'à Lucia, pas à notre fille à nous».

Liquido patet viri vadimonium maximi momenti esse ad diiudicandam causam cum vir actor fassus est se «substitutum» fuisse. Id quod multum dicit de mulieris mente et confusione.

16. – In relatione psychologica Perita adnotat circumstantias adulescentiae et singillatim carentiam affectivitatis: «Les données biographiques recueillies montre une certaine carence affective et éducative qui a freiné l'évolution psychologique de Agnes... sa maturité affective s'est développée progressivement au fur et à mesure de l'expérience qu'elle fait de la vie. Les représentations parentales ont été peu étayantes, le sentiment de solitude très présent pendant l'enfance et l'adolescence lui ont fait développer une indépendance d'esprit».

Maximi momenti sunt rationes a secunda sententia allatae quoad mulieris defectum discretionis iudicii: «Le passé de l'épouse permet d'expliquer qu'elle veut donner une famille stable à sa fille, sans réellement clarifier les liens avec son premier amant. Son comportement à l'égard de celui-ci durant le matrimonium in facto esse...montre qu'elle n'a pas perçu réellement ce qu'implique le bonum coniugum. L'épouse...ayant en vue avant tout d'élever sa fille, elle n'a pas eu l'estimation critique de l'objet de son consentement et donc a manqué au sens du canon 1095-2 CIC, de discernement nécessaire au sujet des obligations qu'impliquent les biens du mariage».

Revera in muliere conventa deerant sive libertas interna, quia astricta erat cupidine amantem inveniendi, sive aestimatio critica, cum eadem discernere non valuisset inter suipsius necessitates et officia communitatis vitae et amoris coniugalis.

Alia ex parte mulieris ratio sese gerendi probationem quoad suam incapacitatem, ob suam anomalam psychicam, adsumendi obligationes ad bona coniugis ac prolis attinentes.

17. – Quibus omnibus tam in iure quam in facto rite expositis et mature perpensis, Nos infrascripti Praelati Auditores de Turno, pro Tribunali sedentes et solum Deum prae oculis habentes, Christi nomine invocato, decernimus, declaramus ac definitive pronuntiamus dubio proposito respondentes: *Affirmative seu constare de matrimonii nullitate, in casu, dumtaxat ob gravem defectum discretionis iudicii necnon ob incapacitatem adsumendi onera coniugalia ex parte mulieris conventae; vetito eidem mulieri transitu ad alias nuptias inconsulto Ordinario loci.*

Ita pronuntiamus atque committimus locorum Ordinariis et Tribunalium ministris, ad quos spectat, ut hanc Nostram definitivam sententiam notificent omnibus, quibus de iure, atque executioni tradant ad omnes iuris effectus.

Romae, in sede Romanae Rotae Tribunalis, die 19 iulii 2016.

MAURITIUS MONIER, *Ponens*
 IORDANUS CABERLETTI
 GREGORIUS ERLEBACH

IMMATURITÀ PSICO-AFFETTIVA E INCAPACITÀ PER IL MATRIMONIO
(CAN. 1095)

I. SI PARTE DALL'ESPERIENZA

LUNGO i secoli della storia umana uomini e donne si sono uniti per condividere le loro vite, anzi, per vivere insieme una stessa vita. Nei più svariati posti sulla terra, nelle più diverse culture e in tanti modi, uomini e donne hanno lasciato le loro famiglie per crearne nuove, per iniziare avventure, per accendere nuovi focolari. Questo modo di vivere accompagna le persone dall'inizio del genere umano fino ai nostri tempi e non sembra che le cose cambieranno, sebbene le acque siano oggi turbolente.

Una tale riflessione sul matrimonio e sulla famiglia potrebbe farci porre la domanda se forse oltre a un semplice fatto, altro che casuale, ci sia un motivo più profondo perché le cose siano così, invariabilmente, da quando uomini e donne popolano questo nostro pianeta. Sembra che ci sia qualcosa di insito nell'essere delle persone che – almeno come linea di principio – le spinge verso questo modo di percorrere i propri giorni sulla terra: un qualche bisogno di non essere soli, un certo desiderio di qualcosa che non sia puramente materiale. Diciamo una tendenza vitale a prolungare i propri giorni nella vita di altri, di dar luogo a nuove esistenze, messe al mondo da loro stessi. Infine, la voglia – in un ambiente di apertura alla vita – di amare e di sentirsi amati. È difficile scollegare un'esperienza di secoli dalla natura degli esseri che tali cose sperimentano. Difficilmente si potrebbe sostenere che si tratti di una casualità, di fattori semplicemente sociali, di una particolare cultura. Infatti, dal punto di vista più elementare e semplice della corporeità umana, soltanto l'unione tra un uomo e una donna è feconda; certo che tramite altre aggiunte e moderne tecniche, inventate dall'immaginazione e dalla scienza umana, si riesce ad andare oltre alla natura, ma è un *oltre* e non la genuina natura. È normale che uomini e donne si coniughino fra loro.¹ Si sposano perché fa parte della struttura umana ed è, in questo senso, una possibilità che gli è propria, che gli appartiene; dal punto di vista più stretto della giustizia, questo diritto deve essere rispettato dagli altri, anzi, tutelato.² Ma diritto

¹ Infatti, il concetto stesso di matrimonio sarà il presupposto essenziale di quello di capacità matrimoniale: «per giudicare chi sia in grado di sposarsi, il criterio fondamentale ed indispensabile proviene dalla comprensione della stessa realtà matrimoniale» (C. J. ERRÁZURIZ, *La capacità matrimoniale alla luce dell'essenza del matrimonio*, in *Il matrimonio e la famiglia quale bene giuridico ecclesiale* (Subsidia Canonica), Roma, EDUSC, 2016, p. 299).

² Vid. J. HERVADA, *Lecciones propedéuticas de filosofía del derecho*, Pamplona, EUNSA, 1992, pp. 89-163, 252-302; C. J. ERRÁZURIZ, *Corso fondamentale sul diritto nella Chiesa*, vol. I, Milano, Giuffrè, 2009, pp. 3-48; IDEM, *Il matrimonio e la famiglia quale bene giuridico ecclesiale* (Subsidia Canonica), Roma, EDUSC, 2016, pp. 29-40.

lo sarà fintanto che veramente ci sia una base che rientri nelle caratteristiche proprie della fattispecie – se così la si vuol chiamare – dell'unione coniugale; e siccome di natura si tratta, *ea ipsa natura respectanda est*. Sarà in grado di creare un vincolo di unione matrimoniale chi – dal punto di vista della natura – sia capace di stabilire una tale unione. Perciò i contraenti devono essere abili dal punto di vista giuridico e avere la capacità di donarsi coniugalmente l'un l'altro nell'atto del consenso, il giorno delle nozze.³

Purtroppo questa capacità, necessaria per natura al momento delle nozze,⁴ qualche volta non c'è. Manca se non ci sono i presupposti di una vera donazione personale in quanto coniugi; se non si riesce a donare, ad esempio, la propria paternità o maternità in quanto non capaci di consumare il matrimonio per impotenza, oppure per una incapacità psichica. In alcune delle cause che arrivavano al Tribunale della Rota Romana si percepiva che, oltre all'incapacità provocata dall'impotenza, c'era anche un tipo di incapacità psichica – in parte causata da malattie di indole mentale – che rendeva impossibile, per una determinata persona, contrarre matrimonio. Oltre alla mancanza del sufficiente uso di ragione, era stato avvertito dalla giurisprudenza rotale che in alcuni casi al soggetto mancasse la capacità di discernere cosa fosse il matrimonio e di sceglierne uno con una determinata persona, e anche a volte di assumersi gli obblighi essenziali di quel suo matrimonio.⁵

Per un valido consenso il soggetto deve essere capace, dal punto di vista psichico, di prestare questo peculiare atto della volontà per far sorgere il vincolo matrimoniale, anche con la partecipazione dell'intelletto. Non bisogna dimenticare che nel parlare di incapacità il concetto deve essere inteso come vera impossibilità e non come sola difficoltà, anche se seria.⁶

³ Vid. J. HERVADA, *Studi sull'essenza del matrimonio*, Milano, Giuffrè, 2000, pp. 269-313; P. J. VILADRICH, *Il consenso matrimoniale*, Roma, EDUSC, 2019, pp. 37-56, 79-87.

⁴ «Che la capacità debba essere attuale vuol dire non solo che deve essere posseduta al momento di contrarre, ma anche che si tratta di una capacità per l'atto del contrarre, non di una capacità per lo status coniugale», J. HERVADA, *Studi sull'essenza del matrimonio*, cit., pp. 298-299.

⁵ Sull'origine e contenuto del canone 1095, n. 2 e sulla redazione del n. 3 in rapporto all'impedimento matrimoniale d'impotenza, cfr. C. J. ERRÁZURIZ, *Riflessioni sulla capacità consensuale nel matrimonio canonico*, in *Il matrimonio e la famiglia quale bene giuridico ecclesiale (Subsidia Canonica)*, Roma, EDUSC, 2016, pp. 284-286. Riguardo a una visione troppo contrattualistica del matrimonio, avente l'assunzione di determinati obblighi come punto di riferimento dell'incapacità, e sulla base di una concezione contrattualistica facilmente rinvenibile nel Codice del 1917, cfr. ivi, p. 286. Sull'argomento e con riferimenti comparativi tra Gasparri, Keating ed Hervada, vid. C. J. ERRÁZURIZ, *La capacità matrimoniale alla luce dell'essenza del matrimonio*, cit., pp. 298-310.

⁶ «Per il canonista deve rimanere chiaro il principio che solo la *incapacità*, e non già la *difficoltà* a prestare il consenso e a realizzare una vera comunità di vita e di amore, rende nullo il matrimonio», SAN GIOVANNI PAOLO II, *Discorso alla Rota Romana*, 5 febbraio 1987, n. 7, «AAS», 79 (1987), p. 1457. Cfr. sent. *coram* Monier, 10 luglio 2009, in *RRDec.*, vol. CI, p. 213,

II. LA CAPACITÀ PSICHICA PER CONTRARRE MATRIMONIO

1. *Il consenso, atto umano: 'harmonica cooperatio'*

Nella *pars in iure* della sentenza che si commenta,⁷ il ponente comincia ricordando le basi dalle quali partire:⁸ il consenso prestato dalle parti, che dà luogo al matrimonio (cfr. can. 1057 §1), è un atto personalissimo del contraente, dal quale sorge il vincolo coniugale fra un uomo e una donna che, libera e consapevolmente, si danno e si ricevono in patto irrevocabile (cfr. can. 1057 §2) per costituire un'intima comunità di vita e di amore.⁹

Affinché questo diventi realtà, «*in hoc peculiari negotio requiritur ex parte nubentis harmonica cooperatio necnon interactio inter superiores facultates ad actum vere humanum constituendum*».¹⁰ Come appena indicato, quest'atto della volontà deve essere veramente un *atto della persona*, un *atto umano*. Possono essere chiamati tali – *umani, personali* – quando il soggetto è padrone delle sue azioni mediante il dominio dell'intelletto, e queste hanno origine nella volontà libera.¹¹ Quindi un atto, per essere *umano*, richiede dell'intervento dell'intelletto e della libera volontà, ma in modo congiunto.¹² Così

n. 7. Vid. stessa idea anche in una sentenza rotale *coram* Davino: «In hac provincia cautissime se gerat Iudex oportet, ne in errorem incidat quod frequenter invenimus in appellatis sententiis. Sunt qui, ultra modum extollentes requisitam capacitatem ad agendum, ex quavis abnormitate, etiam levi, deducunt incapacitatem praestandi validum consensum. Dum non desunt qui, ex erronee concepta naturali inclinatione ad matrimonium fere ad nihilum reducunt iudicii discretionem ad valide contrahendum requisitam», sent. 24 aprile 1983, *ibid.*, vol. LXXXIII, p. 728, n. 4. Vid. anche *coram* Stankiewicz, 22 ottobre 1998, *ibid.*, vol. xc, p. 617, n. 11; *coram* Stankiewicz, 9 marzo 1995, *ibid.*, vol. LXXXVII, p. 178, n. 9.

⁷ Sent. *coram* Monier, Reg. Parisien. seu Sancti Dionysii in Francia, 19 luglio 2016 (147/2016).

⁸ Sent. *coram* Monier, 19 luglio 2016, n. 5.

⁹ «Intima communitas vitae et amoris coniugalis, a Creatore condita suisque legibus instructa, foedere coniugii seu irrevocabili consensu personali instauratur. Ita actu humano, quo coniuges sese mutuo tradunt et accipiunt, institutum ordinatione divina firmum oritur, etiam coram societate», Const. Ap. *Gaudium et Spes*, n. 48. «Matrimonium est sive amoris coniugalis foedus vel conscia ac libera electio, qua vir ac mulier in se recipiunt vitae amorisque communitatem intimam, a Deo ipso praestitutam», Esort. Ap. *Familiaris consortio*, n. 11.

¹⁰ Sent. *coram* Monier, 19 luglio 2016, n. 5.

¹¹ «Illae solae actiones vocantur proprie humanae, quarum homo est dominus: est autem homo dominus suorum actuum per rationem et voluntatem... Illae ergo actiones proprie humanae dicuntur, quae ex voluntate deliberata procedunt», San Tommaso, *Summa Theologiae*, I-II, q. 1, art. 1.

¹² «Ut nubens capax sit matrimonii contrahendi, concurrunt potentiae animae intellectus et voluntatis, quae quamvis realiter distinguantur et in genere differant, intimam necessitudinem habent, qua inseparabiliter in operatione coniunguntur, ita ut voluntas ferri nequeat nisi in id quod cognoscitur. Ex capacitate harmonici concursus adaequatae operationis facultatis tum intellectivae tum volitivae fit ut quoddam subiectum praeditum sit discretionem iudicii necessaria ad matrimonium valide contrahendum», A. GONZÁLEZ ALONSO, *pro manuscripto*.

la volontà dipenderà dall'intelletto in ordine alla causalità finale e invece l'intelletto dipenderà dalla volontà in ordine alla causalità efficiente.¹³ Si tratta dunque di capacità per dare il libero consenso matrimoniale con un atto della volontà e dell'intelletto congiuntamente, perché queste due potenze, anche se in realtà sono diverse e distinguibili, sono intimamente connesse giacché agiscono inseparabilmente negli atti umani, in modo tale che la volontà non si muove se non verso quello che gli è presentato dall'intelletto.¹⁴

2. Capacità e incapacità psichica per il consenso matrimoniale nel can. 1095 CIC 1983

a) Antecedenti del CIC'83

Anche se è vero che la redazione del canone 1095 non la troviamo fino al CIC'83, la presenza delle malattie psichiche come base per l'invalidità del consenso matrimoniale la scorgiamo nella giurisprudenza canonica sin dal medioevo. Già nel *Decreto di Graziano* si fa riferimento ai furiosi, che non potranno contrarre matrimonio, anche se non c'era una proibizione totale¹⁵ (C.32, q.7, c.26). Nelle *Decretali di Gregorio IX* si riprende Graziano sull'impossibilità del matrimonio dei furiosi – peraltro proibizione già presente nel diritto romano –. Fino a questo punto c'erano ancora dei dubbi sulla capacità di queste persone ma nel *Liber Extra* si stabilisce chiaramente la loro incapacità (X 4.1.24). I due elementi – incapacità per dare il consenso e incapacità per consumare il matrimonio – trovavano la loro unità nel criterio della pubertà, che aiutava a capire la diversità degli elementi e lo sviluppo naturale della persona, come spiegò Rufino. Quando più avanti fu lasciato da parte il criterio della pubertà per il consenso matrimoniale, rotto il criterio unitario, ci fu la separazione fra uso di ragione, discrezione di giudizio e capacità per la consumazione. Nel CIC'17 non c'era un testo specifico sulla capacità psichica ma un riferimento all'*amentia* e alla *dementia*. Questo criterio troppo fumoso ha fatto sì che la giurisprudenza dovesse sviluppare il modo di trattare questi casi, da un punto di vista psichico. Così l'incapacità o meno di una

¹³ «Inter intellectum et voluntatem adesse dependentiam mutuam: voluntas pendet ab intellectu in ordine causalitatis finalis, intellectus autem pendet a voluntate in ordine causalitatis efficientis», San Tommaso, *Summ. Theol.*, I-II, q. 14, art. 1, ad 1.

¹⁴ Cfr. *ibid.*, I-II, q. 76, art. 1, ad 3. «La volonté libre est le mouvement propre de la faculté intellectuelle. Présupposant l'intelligence, elle se porte directement vers l'objet visé par l'action de celle-ci. Les deux puissances ne se développent donc pas sur deux lignes parallèles, mais ne se conçoivent que dans l'unité d'un dynamisme total», J. DE FINANCE, *Etre et agir dans la philosophie de saint Thomas*, Parigi, Beauchesne, 1956, p. 297.

¹⁵ Sull'interpretazione del testo del *Decreto di Graziano*, vid. H. FRANCESCHI, *Riconoscimento e tutela dello «ius connubii» nel sistema matrimoniale canonico*, Milano, Giuffrè, 2004, pp. 83-85.

persona per motivi psichici, che veniva ponderata nell'ambito dell'*amentia* e della *dementia*,¹⁶ trovò il suo posto nel CIC'83.

Nella redazione del Codice del 1983 fu inserito il canone 1095, che ci offre tre criteri di misura sulla capacità dei contraenti:¹⁷ concretamente riguarda l'incapacità dei nubendi per cause di natura psichica. Nel numero 1 di questo canone possiamo leggere che sono incapaci a contrarre matrimonio «coloro che mancano di sufficiente uso di ragione». Nel numero 2 invece si dice che sono incapaci coloro che «difettano gravemente di discrezione di giudizio circa i diritti e i doveri matrimoniali essenziali da dare e accettare reciprocamente»; e poi al numero 3 si esplicita che mancano anche della capacità a contrarre matrimonio «coloro che per cause di natura psichica, non possono assumere gli obblighi essenziali del matrimonio».¹⁸

b) Can. 1095

i) numero 2 del can. 1095

Nel testo della sentenza possiamo leggere che «*ad matrimonialem consensum ponendum praesupponitur sufficiens gradus discretionis iudicii aut maturitatis iudicii*»;¹⁹ e più avanti continua il ponente approfondendo il senso di queste parole appena citate: «*in electionis processu haud sufficit abstracta vel speculativa cognitio naturae matrimonii. Requiritur insuper critica aestimatio iurium et officiorum quae totam nubentium vitam amplexuntur. Nupturiens enim capax esse debet ponderandi rationes tam contrarias quam favorabiles ad matrimonii electionem cum comparte*».²⁰

Il matrimonio implica sempre un processo di elezione e quindi non basta una conoscenza astratta o meramente speculativa sul coniugio; la discrezione di giudizio è diversa dalla scienza sul matrimonio perché implica un giudizio pratico²¹ circa i diritti e i doveri essenziali del matrimonio: «*defectus*

¹⁶ Cfr. H. FRANCESCHI, *La capacidad para el consentimiento en el canon 1095. Desarrollo y límites*, in *La formación de la voluntad matrimonial: anomalías, patologías, normalidad* (Canonica. Instituto Martín de Azpilicueta), a cura di J. I. Bañares, J. Bosch, Pamplona, EUNSA, 2014, pp. 30-37.

¹⁷ «Canon 1095 – Sunt incapaces matrimonii contrahendi: 1. qui sufficienti rationis usu carent; 2. qui laborant gravi defectu discretionis iudicii circa iura et officia matrimonialia essentialia mutuo tradenda et acceptanda; 3. qui ob causas naturae psychicae obligationes matrimonii essentialia assumere non valent».

¹⁸ Sulla storia e sul processo di redazione del canone 1095, vid. J. CARRERAS, *L'antropologia e le norme di capacità per celebrare il matrimonio (i precedenti remoti del canone 1095 CIC '83)*, «Ius Ecclesiae», 4 (1992), pp. 79-150; A. AMATI, *L'im maturità psico-affettiva e matrimonio canonico*, Città del Vaticano, Libreria Editrice Vaticana, 2009, pp. 65-75.

¹⁹ Sent. *coram* Monier, 19 luglio 2016, n. 5.

²⁰ Ivi, n. 6.

²¹ A titolo di esempio: giudizio a livello dell'intelletto: il matrimonio è buono; giudizio pratico: il matrimonio è buono per me; giudizio pratico-pratico: il matrimonio con Teresa è buono per me. «Intellectus speculativus est qui, quod apprehendit, non ordinat ad opus,

discretionis iudicii differt a nescientia, quae sistit in mera carentia cognitionis iurium ac officiorum coniugalium, vel ab inadvertentia, vel ab imprudentia in eligendo coniuge». ²² Perciò nel numero 2 del canone 1095 non si pretende fare riferimento alla scienza minima sul matrimonio, argomento sul quale si tratta nel canone 1096. ²³

Si richiede invece una capacità critica circa i diritti e i doveri matrimoniali essenziali, che il contraente dovrà sempre ponderare non in modo solo teorico ma concreto e riguardante il suo caso. ²⁴ Cioè, chi acconsente al matrimonio deve essere capace di valutare i motivi, sia favorevoli sia contrari, che lo portano a scegliere il matrimonio con quell'altra determinata persona. Per quanto già segnalato, ci deve essere una discrezione di giudizio proporzionata alle conseguenze del matrimonio, il che comporta sufficiente conoscenza intellettuale, sufficiente comprensione critica circa gli elementi essenziali dell'oggetto scelto, e anche la sufficiente libertà interna nella persona. ²⁵ Trattandosi di un'attività dell'intelletto pratico, del soggetto che giudica, in questi casi entra in gioco la capacità di deliberazione, il che fa riferimento diretto ai motivi e condizionamenti interni ed esterni. In una persona la capacità di volere (volontà) e la capacità di giudicare (ragione pratica) non si

sed ad solam veritatis considerationem: practicus vero intellectus dicitur, qui hoc quod apprehendit, ordinat ad opus», San Tommaso, *Summ. Theol.*, I, q. 79, art. 11, resp.; e «intellectus speculativus non movet (voluntatem), sed intellectus practicus», *ibid.*, I-II, q. 9, art. 1, ad 2.

²² Sent. *coram* Monier, 19 luglio 2016, n. 6.

²³ Can. 1096 - § 1. «Perché possa esserci il consenso matrimoniale, è necessario che i contraenti almeno non ignorino che il matrimonio è la comunità permanente tra l'uomo e la donna, ordinata alla procreazione della prole mediante una qualche cooperazione sessuale. § 2. Tale ignoranza non si presume dopo la pubertà».

²⁴ «In peculiari negotio valde concreto, evidens est quod matrimonium minime eruitur ex fructu iudicii mere speculativi, sed in casu, conscia determinatio implicat iudicium practico-practicum quoad matrimonium contrahendum hic et nunc inter duas personas determinatas. Quapropter ad valide contrahendum necessaria habentur haec elementa: a) sufficiens cognitio intellectualis circa obiectum consensus in matrimonio ineundo; b) sufficiens aestimatio negotii coniugali proportionata vel critica aestimatio; c) capacitas deliberandi cum sufficienti libertate interna, vel cum voluntate autonoma a quolibet interno impulsu», sent. *coram* Monier, 28 maggio 2004, in *RRDec.*, vol. xcvi, pp. 349-350, n. 4; «Iudicium practico-practicum sibi efformare valeat num opportunum sit expediatque matrimonium inire cum hac determinata persona an non, hoc in momento vel in posterum», sent. *coram* Funghini, 19 maggio 1993, *ibid.*, vol. lxxxv, p. 404, n. 2. Già prima della redazione del canone 1095 del CIC'83 la giurisprudenza romana, nell'ambito dell'*amentia* teneva conto della necessità di una sufficiente e proporzionata *discretio iudicii*: vid. sent. *coram* Sabbatani, 24 febbraio 1961, in *SRRDec.*, vol. lIII, pp. 118 ss.

²⁵ «1) sufficientem cognitionem intellectivam; 2) sufficientem aestimationem criticam; a) sive negotii in seipso; b) sive motivorum ad contrahendum; c) sive negotii ipsius utpote attingentis personam contrahentis; 3) sufficientem libertatem ab intrinseco: a) sive in motivis aestimandis idest in deliberando; b) sive in dominandis interioribus impulsionebus», sent. *coram* Pompedda, 14 novembre 1991, in *RRDec.*, vol. lxxxiii, p. 728, n. 4.

possono separare; sono aspetti della stessa capacità; la volontà segue l'impulso della ragione pratica.

Essendo questo modo di agire connaturale alla persona, non qualsiasi difetto di discrezione di giudizio basterà per rendere nullo il consenso matrimoniale: «*notio canonica debitae discretionis iudicii non requirit statum perfectum capacitatis intellectualis, volitivae et affectivae, seu maturitatem plenam, sed exigit illud minimum necessarium ut nubens capax sit eliciendi consensum matrimoniale*». ²⁶ Perciò, nel giudicare queste cause, la giurisprudenza della Rota Romana richiede l'esistenza di una causa psichica, di un'anomalia oppure di una perturbazione della personalità. ²⁷ Deve trattarsi di un difetto che sia proporzionato e grave. ²⁸ Per quanto riguarda questa proporzionalità e gravità, bisognerà tenere presente un criterio soggettivo, consistente nell'anomalia psichica del presunto incapace e che interessi la facoltà critica e quella elettiva, specialmente riguardo allo stato di vita da scegliere liberamente. C'è anche un criterio oggettivo da valutare che consiste appunto negli obblighi e i diritti essenziali del coniugio, da dare e accettare.

Alla fine del numero 6 della *pars in iure* si aggiunge che «*in consensu eligendo voluntas libera esse debet non solum ab externa coactione sed etiam ab interno impulsu ita ut non impediatur personalis electio*». ²⁹ Uno degli elementi importanti da tener presente nell'ambito del numero 2 del can. 1095, è la libertà del soggetto nella scelta coniugale. Ma viene sottolineata una particolare libertà e cioè: si tratta della libertà, non in relazione a un agente esterno che potrebbe limitarla o impedirla – come sarebbe, ad esempio, il caso del timore ³⁰ –,

²⁶ Sent. *coram* Monier, 19 luglio 2016, n. 6.

²⁷ «Inter has causas, numerantur morbi psychotici, psychopatae, nevroses, immaturitates psycho-affectivae, et etiam peculiare status psychologici, qui, quamvis claram structuram psychomorbosam non habeant, tamen, praesertim si insiti sint in persona seriis defectibus relationis interpersonalis laboranti, determinare quoque possunt graves errores aestimationis vel criticae electionis», sent. *coram* Bruno, 22 luglio 1988, in *RRDec.* vol. LXXX, p. 482, n. 5.

²⁸ «Leves indolis vitiositates, fragilitates quae in humana natura necessario inveniuntur, tatummodo plenam ac perfectam consortii vitae progressionem impedire possunt», sent. *coram* Monier, 18 febbraio 2000, *ibid.*, vol. XCII, p. 189, n. 8.

²⁹ Sent. *coram* Monier, 19 luglio 2016, n. 6.

³⁰ Quest'argomento è in connessione anche con altri capi di nullità; ad esempio con i casi di timore: «È invalido il matrimonio celebrato per violenza o timore grave incusso dall'esterno, anche non intenzionalmente, per liberarsi dal quale uno sia costretto a scegliere il matrimonio» (can. 1103). Come ha scritto lo stesso Monier «de correctae libertatis internae notione et de distinctione ab incussione metus» (sent. *coram* Monier, *Int. Bisuntini-Belfortien. Montis Beligardi seu Bisuntina*, 27 giugno 1997, in *RRDec.*, vol. LXXXIX, n. 8) si può leggere in una *coram* Pompedda: «Procul sane quolibet dubio, eiusmodi interna libertas ex abnormi constitutione vel ex morbidis conditionibus subiecti coartari potest in ipsis facultatibus psychicis idest in intellectu et in voluntate: idque sive in imminuta facultate aestimativa seu discretiva, sive in subiacendo motivis vix non semper inconsciis quod maturam electionem impedit, sive in incoercibilibus motibus voluntatis veluti ad unum impellentibus absque possibilitate aliter

ma di quelle forze interne dello stesso soggetto: la volontà deve essere libera non soltanto dalle circostanze esterne ma anche dagli impulsi interiori: pulsioni istintive ed emotive. Se il soggetto non è capace di controllare le proprie pulsioni, allora queste impediscono un'autentica scelta libera.³¹ Il difetto di libertà interna ha sempre origine nella persona, per le proprie condizioni, a causa di una malattia o per la sua anormale costituzione; in alcuni casi la fragilità e instabilità affettiva possono incidere gravemente sulla libertà interna fino al punto di eliminarla.³²

ii) numero 3 del can. 1095

Per contrarre un valido matrimonio non basta che il contraente sia capace di percepire e ponderare, con un giudizio pratico dell'intelletto, i diritti e gli obblighi essenziali del matrimonio, e di sceglierli con un libero atto della volontà; deve essere anche capace di assumerli.³³

Per quanto riguarda l'oggetto del consenso si ricordi che, mediante l'atto della volontà, l'uomo e la donna si donano e accettano per costituire un consorzio di tutta la vita, che per sua indole naturale è ordinato al bene dei coniugi e alla generazione e educazione della prole (cfr. cann. 1055 § 1; 1057 §2). Il matrimonio ha una sua natura e fini e quindi, nel dare il proprio consenso, l'oggetto di questo atto umano deve essere concorde alla realtà del matrimonio: gli obblighi e i diritti essenziali del matrimonio, che derivano

volendi. Attamen pari ratione admittere debemus nonnumquam, si agatur de hominibus neque facultate intellectiva neque facultate volitiva neque affectivitate undequaque integris, electionem praepediri posse autonomam atque imputabilem ex circumstantiis externis potissimum ex impulsione aliorum. Quae facti species omnino distinguenda ab incussione metus. Heic etenim subiectum agens sese disponit ad aliquid, puta ad matrimonium, intuitu vitandi malum ab externo propositum seu prospectum; illic vero subiectum agens, fragili intellectus ac voluntatis acie praeditum, faciliter ab externo movetur in obiectum quod aliter non vellet. Non coarctatur ideo voluntas ab extrinseco, sed in seipsa habet rationem suae fragilitatis idest defectus electionis consciae ac liberae: aliquomodo alii externi agentes subiecti voluntati sese subsituunt, idque tantummodo fieri potest ex morbida conditione eiusdem subiecti», sent. *coram* Pompedda, 18 novembre 1993, in *RRDec.*, vol. LXXXV, pp. 666-667, n. 3.

³¹ Alcuni autori fanno la distinzione tra *libertas essentialis* (anche detta *substantialis*: la capacità naturale della persona umana di capire e di volere) e *libertas effectiva* (sarebbe la libertà essenziale nel suo esercizio, nel caso concreto), cfr. J. B. LONERGAN, *Insight: A Study of Human Understanding*, London, Darton-Longman & Todd, 1983; L. M. RULLA, *Antropologia della vocazione cristiana*, Casale Monferrato, Piemme, 1985, p. 139. Per l'uso che fa Stankiewicz di questa distinzione vid. P. BIANCHI, *Le «causae naturae psychicae» dell'incapacità*, in *L'incapacità di assumere gli oneri essenziali del matrimonio*, Città del Vaticano, Libreria Editrice Vaticana, 1998 («Studi Giuridici»), p. 512.

³² Ad esempio, sul difetto di discrezione di giudizio per immaturità, che comporta mancanza di libertà interna, vid. sent. *coram* Stankiewicz, 11 luglio 1985, in *RRDec.*, LXXVII, pp. 354 ss.; *coram* Monier, Bisuntina, 27 giugno 1997, *ibid.*, vol. LXXXIX, pp. 562-564, nn. 7-11.

³³ Cfr. sent. *coram* Stankiewicz, 28 maggio 1991, *ibid.*, vol. LXXXIII, p. 347, n. 10.

necessariamente dalla dimensione coniugale del dono di sé nella mascolinità e nella femminilità, che è l'oggetto del consenso. Come indica il ponente nella sentenza: «*capacitas de qua agitur sese refert ad essentielles matrimonii obligationes. Illae enim circumscribuntur in essentialibus proprietatibus definitis in canone 1056 vel in naturalibus ordinationibus de quibus agitur in canone 1055. (...) Hae obligationes continentur in tribus traditionalibus coniugii bonis: obligatio servandi fidem, exclusivitatem, indissolubilitatem, obligatio acceptandi procreationem et proles educationem. Enumerantur quoque obligationes quae pertinent ad bonum coniugum ad mentem canonis 1055 §1*». ³⁴

Tradizionalmente nella giurisprudenza della Rota Romana si è adoperata la distinzione fra i tre beni segnalati da sant'Agostino: *bonum fidei, bonum sacramenti, bonum proles*. Occorre però menzionare, per la sua importanza, il *bonum coniugum* ³⁵ giacché attendendo alla natura personalistica del matrimonio, è il consorzio coniugale che si deve anche tessere. ³⁶ Non possono dunque contrarre matrimonio gli incapaci di assumere questi obblighi, in quanto sono essenziali nel coniugio. ³⁷

³⁴ Sent. *coram* Monier, 19 luglio 2016, n. 7.

³⁵ «Iurisprudencia, inter matrimonii essentielles obligationes, tenet adesse bonum coniugum et ius ad vitae communionem, quatenus revelantur fines, fluentes ab ipso connubio (cfr. *coram* Pompedda, sent. diei 11 aprilis 1988, in *RRDec.*, vol. LXXX, pp. 198-202, nn. 2-9; *coram* Fiore, sent. diei 16 aprilis 1988, in *RRDec.*, vol. LXXX, pp. 244-246, nn. 7-10; *coram* Corso, sent. diei 13 maii 1988, in *RRDec.*, vol. LXXX, pp. 288-289, nn. 7-10; *coram* Boccafoli, diei 23 iunii 1988, in *RRDec.*, vol. LXXX, p. 431, n. 13; *coram* Faltin, sent. diei 28 octobris 1988, in *RRDec.*, vol. LXXX, p. 579, n. 9), sent. *coram* Alwan, 10 febbraio 2004, in *RRDec.*, xcvi, p. 106, n. 7.

³⁶ «Sine dubio nupturiens capax esse debet tradendi obiectum formale contractus, scilicet praestandi omnia quae in vita communi essentialiter exiguntur ut matrimonii bona ad effectum perducere possint. Inter onera matrimonii essentialia "adnumeranda sunt, nedum illa tria bona augustiniana, uniformem doctrinam canonisticam, sed, attenta natura personalistica ac duali foederis matrimonialis, etiam capacitas constituendi consortium totius vitae ad bonum coniugum atque ad proles generationem et educationem indole sua naturali ordinatum (cfr. C. GULLO, *Defectus usus rationis et discretionis iudicii*, in *L'incapacitas (can. 1095) nelle sententiae selectae coram Pinto*, a cura di P. A. Bonnet, C. Gullo, Città del Vaticano, Libreria Editrice Vaticana, 1988 («Studi Giuridici», xv), pp. 7-20) («*coram* Faltin, diei 20 martii 1996, in *RRDec.*, vol. LXXXVIII, p. 283, n. 8; cfr. *coram* Stankiewicz, sent. diei 23 iunii 1988, in *RRDec.*, vol. LXXX, p. 417, n. 5; *coram* Defilippi, sent. diei 5 martii 1996, in *RRDec.*, LXXXVIII, pp. 187-188, n. 7)», sent. *coram* Monier, 30 gennaio 2004, *ibid.*, vol. xcvi, p. 94, n. 6.

³⁷ «Haec incapacitas quoad obligationes matrimonii essentielles fundatur in gravi defectu facultatis psychicae ex parte contrahentis, ob quem ipse de obiecto formali essenziali consensus disponere non valet, quia talis defectus actuationem obiecti essentialis consensus prorsus impossibilem reddit. Tunc enim obligationes matrimonii essentielles, in obiecto formali essenziali consensus insitae, vires psychicas nupturientis in ordine executivo excedunt, ita ut actu voluntatis ad earundem adimpletionem se obligare non possit. Nemo sane ad obligationis impossibilem adimpletionem se obstringere valet, quia ipsa obligatio circa praestationem impossibilem ex natura rei non nascitur iuxta illud generale iuris principium: "Impossibile nulla obligatio est" (...). Quoniam vero voluntas eligens non est de impossibili (...), consensus matrimonialis de obiecto formali impossibili vacuus et inefficax evadit,

A volte si fa una distinzione fra i tre numeri del canone 1095. Riguardo ai primi due numeri si dice che in questi casi l'incapacità fa riferimento all'atto del consenso: il soggetto non sarebbe capace di porre tale atto per mancanza di uso di ragione o per mancanza di sufficiente discrezione di giudizio; invece il numero 3 concernerebbe non tanto l'atto del consenso ma l'oggetto di questo atto, cioè gli obblighi matrimoniali – quindi non sarebbe una questione di volontà ma di oggetto del consenso –.³⁸ Tuttavia ci poniamo il dubbio se si possa distinguere in un modo così netto tra il n. 2 e il n. 3; o se forse in realtà la capacità di assumere gli obblighi sia anch'essa parte del contenuto dell'atto del consenso.³⁹ La sfera psichica limita quella intellettuale-volitiva e perciò l'incapacità di assumere non è un problema solo dell'oggetto ma anche della volontà del soggetto.⁴⁰ Tenendo conto di questo si potrebbe dire che nel canone 1095 ci troviamo di fronte a tre dimensioni della stessa capacità:⁴¹ se si capisce il volere come un *voluntarium* in connessione con la capacità, troviamo che la relazione fra i diversi elementi è molto stretta: consenso naturalmente sufficiente – discrezione di giudizio – capacità di assumere – oggetto del consenso.⁴²

Nell'ambito del numero 3 del canone 1095 è molto importante distinguere fra l'*assumere* e l'*adempire* gli obblighi.⁴³ Soltanto chi non è capace di assu-

ideoque validum matrimonium non efficit», sent. *coram* Stankiewicz, 28 maggio 1991, *ibid.*, vol. LXXXIII, p. 347, n. 10.

³⁸ Ad esempio, vid. una *coram* Monier: «quoad incapacitatem adsumendi onera coniugalitatis, evenit ut nubens, etsi fruatur capacitate aestimandi iura et officia matrimonii propria necnon capacitate efformandi matrimonialem consensum, tamen ob causas naturae psychicae, nequeat non solum promittere sed etiam tradere id cuius potestatem non habet», 30 gennaio 2004, *ibid.*, vol. XCVI, p. 94, n. 6.

³⁹ Cfr. C. J. ERRÁZURIZ, *Sul rapporto tra il consenso e il matrimonio*, in *Il matrimonio e la famiglia quale bene giuridico ecclesiale* (Subsidia Canonica), Roma, EDUSC, 2016, pp. 354, 366.

⁴⁰ Cfr. H. FRANCESCHI, *Quaestiones disputatae sul canone 1095*, in *Veritas non auctoritas facit legem. Studi di diritto matrimoniale in onore di Piero Antonio Bonnet* (Studi Giuridici), a cura di G. Dalla Torre, C. Gullo, G. Boni, Città del Vaticano, Libreria Editrice Vaticana, 2012, p. 282.

⁴¹ Cfr. *ibid.*, p. 283.

⁴² «Hervada, parlando del consenso matrimoniale in quanto atto di volontà, distingue chiaramente tra il *volitum* e il *voluntarium*, affermando che il consenso matrimoniale, perché sia tale, deve essere non soltanto voluto (*volitum*) ma volontario, vale a dire, vero atto di volontà (*voluntarium*): “Il consenso matrimoniale non è un atto di desiderio, non è un volere inefficace, ma un atto volontario (*voluntarium*), un volere efficace ed operativo” (J. HERVADA, *Studi sull'essenza del matrimonio*, cit., p. 300, nota n. 17.)», H. FRANCESCHI, *Quaestiones disputatae sul canone 1095*, cit., p. 283.

⁴³ «Haec species incapacitatis confundenda non est cum difficultate sustinendi vel ferendi onera quae attingunt consortium vitae coniugalitatis. Oportet stabilire distinctiones inter factum non adimplendi onera coniugalitatis, difficultatem progrediendi ac assequendi relationem interpersonalem maturam, integram ac plenam, et veram incapacitatem quae radices habet in deordinatione naturae psychicae», sent. *coram* Monier, 4 giugno 1998, in *RRDec.*, vol. xc, p. 459, n. 12.

mere non potrà sposare; e perciò il fatto di non adempiere poi gli obblighi potrebbe far luce sull'accaduto al momento delle nozze e confermare oppure no, ma non è un fatto definitivo. Deve essere sempre chiara questa distinzione fra il naufragio di un matrimonio e la sua invalidità o validità.⁴⁴ Perciò è di vitale importanza distinguere fra una capacità minima – quella che è necessaria e sufficiente per il matrimonio – e una piena e compiuta capacità personale per condurre una felice vita coniugale. Il concetto di incapacità distingue fra l'impossibilità vera e propria, e invece quelle difficoltà che ci saranno sempre nella vita quotidiana di ogni matrimonio, e che purtroppo a volte rendono anche molto difficile la vita matrimoniale, ma non impossibile.⁴⁵

Come indica il ponente nel n. 8 della sentenza, «*incapacitas adsumendi onera coniugalia originem ducit ex causis naturae psychicae. Quamobrem semper probari debet connexio inter pathologicam condicionem nubentis et incapacitatem*».⁴⁶

Un concetto ribadito costantemente dalla giurisprudenza rotale è che l'incapacità non è una nozione medica ma giuridica. Perciò, anche se la giurisprudenza rotale ha sempre richiesto, per l'incapacità ad assumere, l'esistenza di una causa di natura psichica⁴⁷ – anomalia o patologica anormalità del soggetto, oppure immaturità psico-affettiva⁴⁸ –, il giudice dovrà sempre rimanere nell'ambito giuridico. Per tanto si dovrà determinare, nel caso concreto, se la causa di natura psichica sia più o meno grave, ma poi invece l'incapacità non ammette gradi: si è capace o incapace.⁴⁹

⁴⁴ «Il fallimento dell'unione coniugale, peraltro, non è mai in sé una prova per dimostrare tale incapacità dei contraenti, i quali possono aver trascurato, o usato male, i mezzi sia naturali che soprannaturali a loro disposizione, oppure non aver accettato i limiti inevitabili ed i pesi della vita coniugale, sia per blocchi di natura inconscia, sia per lievi patologie che non intaccano la sostanziale libertà umana, sia, infine, per deficienze di ordine morale», SAN GIOVANNI PAOLO II, *Discorso alla Rota Romana*, 5 febbraio 1987, n. 7, cit., p. 1457.

⁴⁵ Cfr. SAN GIOVANNI PAOLO II, *Discorso alla Rota Romana*, 5 febbraio 1987, n. 7, cit., p. 1457. Inoltre: «(...) non sufficere e contra leves vitiositates indolis, quae tantummodo plenam ac perfectam vitae coniugalis consuetudinem impediunt (habere) [...]. Insuper rotalis iurisprudencia docet agi debere de vera incapacitate neque tantummodo de mera difficultate, atque eandem verificari dumtaxat in casibus morborum psychicorum at non sufficere simplicem characteris incompatibilitatem», sent. *coram* Ewers, 4 aprile 1981, in *RRDec.*, vol. LXXIII, p. 221, n. 7.

⁴⁶ Sent. *coram* Monier, 19 luglio 2016, n. 8.

⁴⁷ Cfr. P. BIANCHI, *Le «causae naturae psychicae» dell'incapacità*, cit.

⁴⁸ «Inter has causas, numerantur morbi psychotici, psychopatae, nevroses, immaturitates psycho-affectivae, et etiam peculiaries status psychologici, qui, quamvis claram structuram psychomorbosam non habeant, tamen, praesertim si insiti sint in persona seriis defectibus relationis interpersonalis laboranti, determinare quoque possunt graves errores aestimationis vel criticae electionis. Etiam perplexitates, labilitas emotiva, instabilitates, mollitia (sugestionabilità), si acutum attingunt gradum, influxum in voluntatem et ideo in liberam electionem exercere valent», sent. *coram* Bruno, 22 luglio 1988, in *RRDec.* vol. LXXX, p. 482, n. 5.

⁴⁹ Cfr. sent. *coram* Ewers, 4 aprile 1981, *ibid.*, vol. LXXIII, p. 221, n. 7.

Si dovrà provare la connessione esistente fra questa patologica condizione del soggetto e la sua incapacità. Cioè, non basta l'esistenza di una malattia, anomalia, disturbo... per determinare l'incapacità di una persona. Ci vorrà una prova chiara del modo nel quale l'anomalia incide sulle facoltà intellettive e volitive del soggetto, specialmente per quanto riguarda la scelta matrimoniale.⁵⁰

Tuttavia, la causa di natura psichica anche se grave negli effetti, non sempre sarà gravissima in se stessa, oppure potrebbe non trattarsi di una patologia chiara e tonda in senso tecnico. Si può dire che esistano patologie che non implicano incapacità psichica; anche incapacità senza patologia. A volte ci troviamo davanti a situazioni nelle quali non c'è una chiara malattia mentale – tipo le psicosi e le sue varianti, le nevrosi, anomalie psichiche nell'ambito sessuale, alcolismo o turbe della personalità – ma ci sono invece strutture personali non bene definite che, di fatto, sono causa di un'incapacità psichica.⁵¹ Anche l'imaturità psico-affettiva può essere la causa di un'incapacità: «*Praeter morbos psychoticos, neurosim, psychopantias, vel etiam peculiare deordinationes, in foro canonico saepe saepius invocata est immaturitas psycho-affectiva uti fons assertae incapacitatis sive quoad defectum discretionis iudicii, sive quoad incapacitatem adsumendi essentiales matrimonii obligationes. Tamen non quaelibet immaturitas vel quilibet defectus aequilibrum nullitatem matrimonii gignit. Pro certo huiusmodi immaturitas haud confundenda est cum immaturitate sensu generico prolata, vel cum aetate connexa*».⁵²

Vedremo in seguito il contenuto di questa nozione di *immaturitas psycho-affectiva* che la giurisprudenza rotale prende in considerazione nelle cause di nullità per incapacità psichica, e in quale modo viene trattata e considerata la sua incidenza – diretta o indiretta – nella capacità del soggetto.⁵³

⁵⁰ «Una vera incapacità è ipotizzabile solo in presenza di una seria forma di anomalia che, comunque si voglia definire, deve intaccare sostanzialmente le capacità di intendere e/o di volere del contraente», SAN GIOVANNI PAOLO II, *Discorso alla Rota Romana*, 5 febbraio 1987, n. 7, cit., p. 1457.

⁵¹ «Non requiritur morbus mentalis aut vera psychopathia, sed sufficiunt graves deordinationes quae originem habent in causa naturae psychicae», sent. *coram* Monier, 10 luglio 2009, in *RRDec.*, vol. CI, n. 7, p. 213.

⁵² Sent. *coram* Monier, 19 luglio 2016, n. 9. Sull'imaturità affettiva a causa dell'età e la sua incidenza nelle motivazioni di alcune sentenze, vid. C. GULLO, *L'imaturità psico-affettiva nell'evolversi della giurisprudenza rotale*, in *L'imaturità psico-affettiva nella giurisprudenza della Rota Romana*, a cura di P. A. Bonnet, C. Gullo, Città del Vaticano, Libreria Editrice Vaticana, 1990 («Studi Giuridici»), pp. 99-100.

⁵³ L'imaturità affettiva potrebbe essere anche un elemento valido per determinare una *causa simulandi remota* nei casi di nullità matrimoniale per esclusione, nell'ambito del can. 1101 CIC.

III. IMMATURITÀ PSICO-AFFETTIVA

1. Concetto di maturità

La maturità coinvolge l'intera persona – nella sua dimensione biologica, psichica e relazionale⁵⁴ – e richiede uno sviluppo armonico di integrazione globale della personalità:⁵⁵ affettività, intelletto e volontà, fino alla personalità matura.⁵⁶ Maturità implica flessibilità per adeguarsi alle diverse situazioni nella vita e capacità per risolvere i problemi,⁵⁷ anche capacità di dominare gli affetti, di amare e di essere amato.

Come si vedrà qui sotto, non si tratta però di uno stato di perfezione, ma di un minimo necessario sempre in crescita.

a) La maturità: un processo di tutta la vita

In parole di Vanni, «la maturità è la capacità attuosa (in esercizio) a) di con-

⁵⁴ «I concetti moderni di questa unità psicobiologica che caratterizza l'uomo nella società coincidono nella concezione dinamica della personalità umana che è una specie di *fil rouge* che lo accompagna dalla nascita fino all'involutione e alla morte, caratterizzandone tutti gli aspetti dell'esistenza», D. DE CARO, *L'immaturità psico-affettiva nel matrimonio canonico*, in *L'immaturità psico-affettiva nella giurisprudenza della Rota Romana*, cit., p. 2.

⁵⁵ «Maturità: stato di completa e stabilizzata differenziazione e integrazione somatica, psichica e mentale; attitudine a eseguire i compiti assegnati al singolo individuo e ad affrontare le esigenze della vita», *Dizionario di Psicologia*, Torino, Ed. Paoline, 1986, voci «Maturità» e «Maturazione», pp. 662–663.

⁵⁶ «Si dice che la Personalità è *matura* quando in una determinata fascia di età dispone di quei mezzi di difesa, ovvero di quelle qualità logico-affettive che le permettono di superare le crisi potenziali che si possono determinare in quella determinata epoca della vita. È noto comunque che uno dei periodi più difficili che si presentano nello sviluppo della personalità è quello compreso fra il superamento della crisi puberale e l'inizio della fascia di età che viene indicata comunemente come prima giovinezza. È proprio nel periodo puberale e subito post-puberale che si assiste al passaggio dal pensiero magico-simbolico dell'adolescenza al pensiero critico-logico della prima giovinezza (Wallon). Si passa dalle tendenze ancora narcisistiche dell'io infantio-adolescenziale ad un certo autocontrollo critico dei fenomeni della vita che si vivono, e ad una decisa ricerca dell'altro sesso. I primi rapporti intellettuali e emotivo-affettivi con gli individui del sesso opposto devono liquidare – nelle condizioni di piena normalità – le residuali problematiche edipiche, ed il soggetto si avvia decisamente verso attività erotico-sessuali finalizzate verso l'altro sesso. Ma è la volontà che deve esprimersi come una libera ed autonoma realizzazione delle pulsioni dell'io e come creazioni che si organizzano a livello intellettuale, con una coscienza sempre più chiara dei contenuti, dei significati e delle finalità in cui l'individuo che si avvia ad una completa maturità si afferma, sul piano intellettuale, affettivo ed emotivo, con legami non superficiali e non provvisori, quali sono quelli della prima pubertà, ma responsabilizzati in rapporti sociali sufficientemente validi e costanti», D. DE CARO, *L'immaturità psico-affettiva nel matrimonio canonico*, cit., pp. 4-5; vid. IDEM, *Trattato di Psichiatria*, Torino, Minerva Medica, 1980.

⁵⁷ Cfr. *ivi*, p. 3.

trollare le sotto-strutture dell'io (pulsioni, istinti), subordinandole alle strutture superiori dell'intelligenza e della volontà nel quadro dei valori; b) di accettare i conflitti interni con moderata ansia e calibrata speranza di poterli superare; c) di istaurare rapporti con gli altri all'interno del gruppo, rispondendo agli obblighi (ruoli o funzioni); d) di avere sufficiente *capacità critica* nel processo di socializzazione, di modo che si sia non solo *creature* ma anche *creatori* della e nella società. La persona matura è una persona adattata al suo ambiente nel senso che è capace di rispondere agli impegni della vita sociale»,⁵⁸ il che è un lavoro che dura tutta la vita. Quindi la persona matura si distingue per essere capace di controllare le pulsioni e gli istinti subordinandoli alle facoltà razionali e volitive; riesce a dominare i conflitti interni, senza lasciarsi trascinare dall'ansia; acquisisce una sana autonomia – specialmente dai genitori – e impara a prendere decisioni e assumere responsabilità senza dipendere dal loro consiglio o sostegno, oltre a vedere il coniuge come vero coniuge e non soltanto come allungamento dei genitori; è capace di volere e cercare attivamente il bene degli altri e non solo il proprio, egoisticamente; è responsabile nel portare avanti i doveri nei quali si sia impegnato.⁵⁹

Normalmente l'adolescenza è un periodo molto importante nella crescita della persona, uno sviluppo necessario per un adeguato processo di maturazione psichica e affettiva.⁶⁰ È comunque normale che durante l'adolescenza manchi ancora l'esperienza di vita e molti aspetti della personalità siano in processo di assestamento; quindi occorre distinguere la condizione transitoria propria dell'età, da un'immaturità strutturale della personalità che poi si mantiene anche con il passare degli anni. La persona che si sviluppa normalmente e cresce nella sua maturità in modo consono all'età, lascia alle spalle i tratti immaturi propri dell'adolescenza – abulia, instabilità e incostanza nelle opinioni personali, infantilismo, mancanza di dominio sulle emozioni – perché non sono parte del suo carattere, bensì una situazione temporanea.⁶¹

⁵⁸ F. VANNI, *Immaturità psicologica: dimensioni psicosociali e rilevanza canonistica*, «Monitor Ecclesiasticus», 111 (1986), p. 340.

⁵⁹ Cfr. P. BIANCHI, *Il contributo di mons. Stankiewicz sul tema della immaturità quale causa di nullità matrimoniale*, in «Iustitia et Iudicium». Studi di diritto matrimoniale e processuale canonico in onore di Antoni Stankiewicz, a cura di J. Kowal, J. Llobell, vol. 1, Città del Vaticano, Libreria Editrice Vaticana, 2010 («Studi Giuridici»), pp. 508-509; G. ZUANAZZI, *Psicologia e psichiatria nelle cause matrimoniali canoniche*, Città del Vaticano, Libreria Editrice Vaticana, 2012², pp. 262-263; A. STANKIEWICZ, *La jurisprudencia de la Rota Romana sobre inmadurez afectiva*, «Ius Canonicum», XLV/89 (2005), pp. 51-52.

⁶⁰ In senso contrario, «l'immaturità affettiva qui accennata consiste nella non raggiunta maturazione dell'affettività nell'adolescenza», J. M. PINTO GÓMEZ, *L'immaturità psico-affettiva nella giurisprudenza rotale*, in *L'immaturità psico-affettiva nella giurisprudenza della Rota Romana*, cit., p. 16.

⁶¹ Cfr. sent. *coram* Monier, 27 ottobre 2006, in *RRDec.*, vol. XCVIII, p. 319, n. 9; P. BIANCHI, *Il contributo di mons. Stankiewicz sul tema della immaturità quale causa di nullità matrimoniale*,

Invece, quando questo processo si blocca in una determinata tappa, si verificano diversi gradi di immaturità, che possono incidere in modo più o meno decisivo nella capacità personale. In alcuni casi capita che lo sviluppo affettivo della persona non tenda verso la maturità, ma rimanga invece fermo a un punto, come se ci fosse stata una *fissazione* dell'evoluzione psico-affettiva del soggetto; così non si raggiunge la maturità affettiva adulta a causa di una mancata evoluzione nell'adolescenza, ad esempio. In altri casi – invece di una fissazione nell'evoluzione – ci troviamo davanti a una *regressione*, cioè al ritorno a modi di agire più caratteristici di fasi di sviluppo precedenti.⁶²

b) Normalità e capacità

La *maturità* ha molto a che vedere con la *normalità*,⁶³ concetto, peraltro, non semplice giacché non si trovano facilmente definizioni di *normalità*.⁶⁴ Sarà una *normale* salute psichica quella di chi non ha strutture psicopatologiche evidenti, manifesta un'integrazione armonica dei diversi aspetti della sua personalità, una percezione della realtà senza distorsioni, e un appro-

cit., pp. 506-507. Sulla distinzione fra una immaturità *strutturale* o *costituzionale*, e una immaturità invece di radice meramente *situazionale*, vid. C. GULLO, *L'immaturità psico-affettiva nell'evolversi della giurisprudenza rotale*, cit., p. 101.

⁶² Su questo argomento: «Immatunitas affectiva, a psychiatris hodie communiter admisa, verificatur cum, in adulescentia psychoaffectiva evolutio vel sistit (“fissazione”), vel ad phases praecedentes regreditur (“regressione”), intelligentia incolumi. (...) Sic dictae “fissazione” et “regressione” sunt processus psychici inconscii», sent. *coram* Pinto, *Medellen.*, 14 dicembre 1984, n. 5, «Ius Canonicum», XIX/57 (1989), p. 210. Cfr. A. STANKIEWICZ, *La jurisprudencia de la Rota Romana sobre inmadurez afectiva*, cit., p. 40. Sempre sullo stesso argomento vid. J. M. PINTO GÓMEZ, *L'immaturità psico-affettiva nella giurisprudenza rotale*, cit., pp. 22-24. Sui concetti di immaturità affettiva *in senso stretto* e *in senso lato* secondo Stankiewicz, vid. P. BIANCHI, *Il contributo di mons. Stankiewicz sul tema della immaturità quale causa di nullità matrimoniale*, cit., pp. 506-507.

⁶³ «Mentre per lo psicologo o psichiatra ogni forma di psicopatologia può sembrare contraria alla normalità, per il canonista, che si ispira alla suddetta visione integrale della persona, il concetto di normalità, e cioè della normale condizione umana in questo mondo, comprende anche moderate forme di difficoltà psicologica, con la conseguente chiamata a camminare secondo lo Spirito anche fra le tribolazioni e a costo di rinunce e sacrifici. In assenza di una simile visione integrale dell'essere umano, sul piano teorico la normalità diviene facilmente un mito e, sul piano pratico, si finisce per negare alla maggioranza delle persone la possibilità di prestare un valido consenso», SAN GIOVANNI PAOLO II, *Discorso alla Rota Romana*, 25 gennaio 1988, n. 5, «AAS», 80 (1988), p. 1181.

⁶⁴ «È nota la difficoltà che nel campo delle scienze psicologiche e psichiatriche gli stessi esperti incontrano nel definire, in modo soddisfacente per tutti, il concetto di normalità. In ogni caso, qualunque sia la definizione data dalle scienze psicologiche e psichiatriche, essa deve sempre essere verificata alla luce dei concetti dell'antropologia cristiana, che sono sottesi alla scienza canonica», SAN GIOVANNI PAOLO II, *Discorso alla Rota Romana*, 25 gennaio 1988, n. 4, cit., p. 1180.

priato adattamento della persona al suo ambiente vitale, alle sue circostanze e conflitti.⁶⁵

Il rapporto tra i concetti di maturità e di normalità potrebbe servire, secondo Bañares, come criterio per determinare la capacità per il matrimonio: il fatto che la natura umana ci offre il necessario per la vita coniugale, vuol dire che la maggior parte delle persone è chiamata a costituire un matrimonio, e che questa chiamata naturale è compatibile con le limitazioni e le peculiarità che hanno spazio all'interno dell'ampio quadro della normalità.⁶⁶ Sull'argomento ricorda Versaldi che, persino nella normalità, c'è una qualche immaturità psichica.⁶⁷

Benedetto XVI nel suo discorso alla Rota Romana nel gennaio 2009 disse, riguardo alla capacità umana, che in ogni causa bisogna «accertare l'esistenza di una vera incapacità (can. 1680; art. 203, § 1, DC), che è sempre un'eccezione al principio naturale della capacità necessaria per comprendere, decidere e realizzare la donazione di sé stessi dalla quale nasce il vincolo coniugale».⁶⁸ Commentando queste parole, aggiunge Bañares che questo principio di normalità fa riferimento a una normalità psicologica, principio di unità e di integrazione personale – e non a criteri sociologici di modi di agire –. Non sarebbe adeguato considerare soltanto alcuni fatti isolati e dedurre da essi l'incapacità del soggetto – tranne che ci fosse una evidente mancanza nella volontà libera –. Bisogna distinguere ciò che è frutto della peculiarità normale e della debolezza della persona⁶⁹ oppure dell'agire immorale, da quello che toglie la possibilità di un impegno per ciò che sarebbe naturale: la costituzione di un vincolo matrimoniale. La coniugalità nella persona appartiene alla struttura del proprio essere: è una dimensione – quella sessuata – della

⁶⁵ Cfr. S. CERVERA, *Tendencias doctrinales en la psiquiatría actual*, «Ius Canonicum», XXIII / 45 (1983), p. 134. «Per la psicologia, la personalità matura è sinonimo della personalità normale», G. ZUANAZZI, *Psicologia e psichiatria nelle cause matrimoniali canoniche*, cit., p. 262; sul rapporto fra normalità e patologia, vid. ivi, pp. 61-87, 263.

⁶⁶ Cfr. J. I. BAÑARES, *La incapacidad psíquica para contraer matrimonio. Consideraciones en torno al discurso de Benedicto XVI a la Rota Romana el 29 de enero de 2009*, in «Iustitia et Iudicium». Studi di diritto matrimoniale e processuale canonico in onore di Antoni Stankiewicz, cit., pp. 527-529. Vid. N. SCHÖCH, *Criteri per una determinazione giuridica della personalità anormale*, in *L'incapacità di assumere gli oneri essenziali del matrimonio*, cit., pp. 159-186.

⁶⁷ Cfr. G. VERSALDI, *Personalidad y afectividad: normalidad y anomalía psíquica*, in *Consentimiento matrimonial e inmadurez afectiva*, Pamplona, EUNSA, 2007², p. 86; G. VERSALDI, *Animadversiones quaedam relatae ad Allocutionem Ioannes Pauli II ad Romanam Rotam diei 25 ianuarii 1988*, «Periodica», 78 (1989), pp. 249-250.

⁶⁸ BENEDETTO XVI, *Discorso alla Rota Romana*, 29 gennaio 2009, «AAS», 101 (2009), pp. 127-128.

⁶⁹ Occorre distinguere fra normalità anche se con difficoltà e l'anomalia che comporta incapacità, cfr. J. I. BAÑARES, *La incapacidad psíquica para contraer matrimonio. Consideraciones en torno al discurso de Benedicto XVI a la Rota Romana el 29 de enero de 2009*, cit., p. 533.

persona umana. Chi difetta sostanzialmente di questo *possedere se stesso* sarà incapace di far nascere il vincolo.⁷⁰

Per impedire la capacità matrimoniale, l'im maturità deve raggiungere un livello di patologia, di anomalia.

c) Affettività e relazioni interpersonali

La maturità fa parte del processo abituale di crescita delle persone e perciò, nel porsi la domanda sull'im maturità, occorre chiedersi anche qual è il ruolo dell'affettività umana (emozioni, sentimenti, passioni)⁷¹ negli atti liberi; quali sono le condizioni per stabilire un impegno duraturo, tenendo conto delle debolezze proprie della natura umana; oppure quando un problema abbia origine nella carenza di capacità e quando si tratti semplicemente di errori e mancanze nell'agire.⁷²

Come si può percepire subito, la maturità affettiva fa parte dell'insieme della persona e si trova sempre integrata nelle altre dimensioni del processo di maturazione del soggetto.⁷³ Fa riferimento alla capacità di amare, di innamorarsi e di mantenersi nell'innamoramento; anche in questo concreto ambito della personalità c'è uno sviluppo e crescita fino all'amore maturo.⁷⁴ Secondo Gullo la maturità psico-affettiva sarebbe la «capacità di costituire un autonomo centro di interessi e superare le difficoltà della vita senza eccessiva ansietà o fughe in un mondo immaginario, subordinando gli istinti all'intelligenza ed alla volontà, di amare e quindi

⁷⁰ Cfr. *ivi*, pp. 534-535.

⁷¹ Cfr. P.-J. VILADRIKH, B. CASTILLA DE CORTÁZAR, *Antropología del amor. Estructura esponsal de la persona*, Piura, Universidad de Piura, 2018, pp. 124-125.

⁷² Cfr. J. GONZÁLEZ AYESTA, *Crónica del Simposio. VI Simposio Internacional del Instituto Martín de Azpilicueta, «Consentimiento matrimonial e inmadurez afectiva»*, «Ius Canonicum», XLV/89 (2005), p. 338.

⁷³ Quest'approccio alla materia è basilare per capire nel suo adeguato contesto le definizioni di immaturità affettiva: «l'arriéré affectif est un individu normalement intelligent, parfois même très doué intellectuellement, mais dont l'évolution affective, c'est-à-dire la maturation des instincts, sentiments, et émotions, es restée plus ou moins incomplète», A. HESNARD, *Arriération affective*, in A. POROT, *Manuel alphabétique de psychiatrie*, Parigi, PUF, 1996, p. 70. Citato anche dal ponente della nostra sentenza, ad esempio in una *coram* Monier, 18 giugno 1998, in *RRDec.*, vol. xc, p. 471, n. 8.

⁷⁴ L'amore maturo, dal punto di vista psicologico, potrebbe essere descritto così: la scelta matura della persona che si ama e con la quale si vuole condividere la propria vita, che implica ideali, giudizi critici e fini maturi, i quali, insieme alla soddisfazione del bisogno di amore e intimità, conferiscono un significato più ampio al senso della propria vita (cfr. O. KERNBERG, *Teoria della relazione oggettuale e clinica psicoanalitica*, Torino, Bollati Boringhieri, 1980, p. 219; cit. in G. VERSALDI, *Inmadurez afectiva*, in *Diccionario General de Derecho Canónico*, a cura di J. Otaduy, A. Viana, J. Sedano, vol. iv, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters-Aranzadi, 2012, p. 590). Questo amore maturo si identifica con una visione cristiana dell'amore (cfr. BENEDETTO XVI, *Deus Caritas est*, n. 7).

istaurare criticamente stabili rapporti interpersonali paritari con altri soggetti». ⁷⁵

Sono stati fatti numerosi studi sullo sviluppo affettivo fin dalla nascita. ⁷⁶ Nel cammino di crescita verso la maturità si capisce come, nella misura nella quale si cresce, il livello affettivo del soggetto richiama l'intervento dell'intelletto e della volontà (perché l'amore umano non è solo affettivo-emozionale); ⁷⁷ in questo modo, alla fine, si giunge al concorso di tutte le strutture psichiche che formano l'inseparabile unità della persona. ⁷⁸

Questo processo di maturazione psicologica implica la configurazione personale, il che non è solo questione di tempo ma richiede un atteggiamento attivo da parte del soggetto: ⁷⁹ una direzionalità capace di fungere da argine per l'integrazione personale in un tutto armonico, secondo un ordine di valori o finalità, in modo tale che ci sia una stabilità e continuità. Un elemento basilare nello sviluppo di perfezionamento è la capacità di rispondere convenientemente alle esigenze delle relazioni interpersonali, con la sufficiente autonomia, fiducia in se stesso e iniziativa. ⁸⁰ Questo esige dalla persona una flessibilità e capacità di adeguarsi a modi molto diversi di comportamento. Particolarmente rilevante per il matrimonio sono la dinamica del processo amoroso e la maturità affettiva. ⁸¹ Affinché l'amore coniugale raggiunga uno

⁷⁵ C. GULLO, *L'im maturità psico-affettiva nell'evolversi della giurisprudenza rotale*, cit., p. 99.

⁷⁶ Per una sintesi del processo di sviluppo della persona nelle diverse tappe, vid. G. VERSALDI, *Inmadurez afectiva*, cit., p. 590. Anche se dalla psicologia moderna sono state scoperte tante cose – ad esempio, la rilevanza della vita subconscia nella vita psichica di ogni persona – si deve essere attenti a non fermarsi a visioni della persona con impostazioni ideologiche che riducono il concetto di persona, chiuse alla dimensione trascendente della natura umana o con un taglio deterministico (cfr. G. VERSALDI, *Momentum et consecratia allocutionis Ioannis Pauli II ad auditores Romanae Rotae diei 5 februarii 1987*, «Periodica», 77 (1988), pp. 116-117; 121-123). Invece, tre autori che hanno una impostazione cristiana: Winnicot (D. W. WINNICOT, *Transitorial objects and transitional phenomena: a study of the first not-me possession*, «International Journal of Psychoanalysis», 34 (1953), pp. 89-97), Mahler (M. S. MAHLER, *The psychological Birth of the Human Infant*, Nuova York, Basic Books, 1975), Kernberg (O. KERNBERG, *Teoria della relazione oggettuale e clinica psicoanalitica*, Torino, Bollati Boringhieri, 1980); cfr. G. VERSALDI, *Personalidad y afectividad: normalidad y anomalía psíquica*, cit., p. 78; L. M. RULLA, *Antropologia della vocazione cristiana*, cit.

⁷⁷ «L'uomo maturo, infine, riesce a sviluppare le sue potenzialità, soprattutto umane, mettendole al servizio di un progetto relazionale profondo ed autentico», A. AMATI, *L'im maturità psico-affettiva e matrimonio canonico*, cit., p. 91.

⁷⁸ Cfr. G. VERSALDI, *Personalidad y afectividad: normalidad y anomalía psíquica*, cit., p. 82.

⁷⁹ B. QUINTANILLA, *Personalidad madura*, México, Universidad Panamericana, Publicaciones Cruz, 2003.

⁸⁰ «Il ruolo dell'affettività, al fine della costruzione della personalità, è fondamentale in quanto concorre alla sua integrazione nell'esplicare la relazione affettiva e sessuale verso l'altro, nel realizzarsi responsabilmente nell'ambito professionale, nel coltivare rapporti amicali e sociali proficui», A. AMATI, *L'im maturità psico-affettiva e matrimonio canonico*, cit., p. 91.

⁸¹ «5. Inter relationes interpersonales indubium est amorem pondus suum habere, sed

sviluppo armonico, deve mettere insieme e integrare adeguatamente gli elementi che lo costituiscono.⁸²

L'affettività ha molto a che vedere con il modo nel quale il soggetto sperimenta ciò che accade nella sua vita, la sua vivenza interiore. La vita affettiva è costituita dall'insieme di stati e tendenze che la persona prova: l'affettività è la capacità del soggetto di vivere intimamente le realtà esterne e di sperimentarsi a se stesso, sapendo inoltre dare un senso e contenuto a queste esperienze. La maturità affettiva fa parte del processo amoroso, costituendo nella persona un equilibrio fra l'aspetto sentimentale e quello razionale: capacità per amare ed essere amato, per dominare la propria affettività, far fronte alla realtà e reagire adeguatamente, interpretare in modo positivo le esperienze della vita, imparare dalla propria esperienza, accettare le esperienze negative, capacità di impegnarsi con responsabilità e conoscenza di se stesso, capacità nelle relazioni con gli altri.⁸³

2. *Alcune considerazioni sull'immaturità affettiva in ambito canonico:
il concetto canonico di immaturità*

a) Concetto generico, psicologico e canonico di immaturità

Il concetto di maturità è ampio e non sempre facile da definire,⁸⁴ perché si tratta di un concetto non chiaramente delimitato, e per la difficoltà nell'individuare la reale gravità; infatti a volte alcuni ne colgono l'occasione per approfittarsene in ambito psichiatrico e anche nel foro canonico.⁸⁵ Parte della

certo certius ille ad essentiam coniugii non pertinet. (...) Attamen si quis, ob psychicas deordinationes radicaliter incapax sit oblativum actum ponendi, eius materialis consensus irritus tenendus est, quia omnino ineptus praestandi compati validas relationes interpersonales, ad bonum morale, spirituale et sociale coniugum promovendum. Communicatio interpersonalis minime ad solum sexum reducitur, sed praesupponit capacitatem amoris et donationis (...). Radicalis autem incapacitas interpersonales relationes interponendi, bonum coniugum praepedit cum impossibile evadat onera coniugalia assumere et adimplere. 6. Affectivitas est elementum essenziale personalitatis humanae. (...) Si gravis defectus affectivitatis in deordinata personalitatis structura fundantur, discretionem iudicii serio perturbare possunt et subiectum incapacem reddere sese determinandi cum sufficienti motivorum aestimatione et libertate», sent. *coram* Bruno, 16 dicembre 1988, in *RRDec.*, vol. LXXX, pp. 748-749, nn. 5-6.

⁸² Cfr. S. CERVERA, *Madurez afectiva y madurez conyugal*, in *Consentimiento matrimonial e inmadurez afectiva*, Pamplona, EUNSA, 2007², pp. 100-105.

⁸³ Cfr. *ivi*, pp. 104-108. In modo analogo si può parlare della maturità coniugale, secondo una adeguata integrazione delle caratteristiche proprie della relazione fra i coniugi e dello sviluppo di essa durante le diverse circostanze della vita matrimoniale (cfr. *ivi*, pp. 108-112).

⁸⁴ «Difficile est maturitatem definire, et ideo arduum est de immaturitate ac de eius gravitate disserere», sent. *coram* Bruno, 30 marzo 1990, in *RRDec.*, vol. LXXXII, p. 255, n. 7.

⁸⁵ «La immaturità affettiva risponde ad un concetto piuttosto fumoso, di cui si usa e spesso si abusa in psichiatria forense canonica, mentre la giurisprudenza si mostra molto più cauta», G. ZUANAZZI, *Psicologia e psichiatria nelle cause matrimoniali canoniche*, cit., p. 262; vid.

difficoltà sta nel fatto che, dal punto di vista della scienza clinica, il concetto non ha un significato univoco e, inoltre, l'im maturità affettiva è una realtà dinamica e non statica.⁸⁶

Come ha segnalato Bianchi, la «difficoltà nella trattazione del tema dell'im maturità deriva dal fatto che non sempre risulta chiara o chiaramente applicata la distinzione fra im maturità cosiddetta "psicologica" (che riguarderebbe maggiormente le capacità logico-critiche del soggetto) e im maturità cosiddetta "affettiva" (che concernerebbe maggiormente i sentimenti e, quindi, la sfera della motivazione nel decidere e della coerenza nell'agire)».⁸⁷

Nel parlare di im maturità bisogna non perdere di vista che trattiamo questo concetto in relazione al matrimonio, e cioè riguardo a una realtà molto concreta. Perciò in foro canonico non basterà il concetto di maturità psichica in senso generale, perché non sempre c'è una correlazione esatta con il concetto canonico di maturità necessario per il valido consenso nel momento delle nozze.

Una volta chiarito che non si deve confondere l'im maturità in senso psicologico con l'im maturità in senso canonico,⁸⁸ occorrerà trovare il modo di tradurre il concetto di im maturità affettiva, concetto psichiatrico e psicologico, nelle categorie proprie del diritto canonico.

b) Concetto canonico di im maturità

L'argomento dell'im maturità è delicato e pieno di sfumature e perciò occorrerà attenersi sempre al concetto di im maturità canonica e al caso concreto da giudicare:⁸⁹ «*non quaelibet immaturitas vel quilibet defectus aequilibrī nullitatem matrimonii gignit. Pro certo huiusmodi immaturitas haud confundenda est cum immaturitate sensu generico prolata, vel cum aetate connexa*».⁹⁰

C. BARBIERI, A. LUZZAGO, L. MUSSELLI, *Psicopatologia forense e matrimonio canonico*, Città del Vaticano, Libreria Editrice Vaticana, 2005, pp. 73-100; P. BIANCHI, *Quando il matrimonio è nullo?*, Milano, Ancora, 1998, pp. 193-194; IDEM, *Il contributo di mons. Stankiewicz sul tema della im maturità quale causa di nullità matrimoniale*, cit., p. 498; A. STANKIEWICZ, *La jurisprudencia de la Rota Romana sobre inmadurez afectiva*, cit., p. 37.

⁸⁶ «Praetermittendum quoque non est immaturitatem affectivam non esse realitatem staticam, immutabilem et definitivam, sed dynamicam, relativam, precariam et fluidam, cuius signa plerumque regressionem personae ad stadia magis primitiva et immatura indicant», sent. *coram* Stankiewicz, 27 febbraio 2003, in *RRDec.*, vol. xcv, p. 113, n. 13. Cfr. P. BIANCHI, *Il contributo di mons. Stankiewicz sul tema della im maturità quale causa di nullità matrimoniale*, cit., p. 506; C. GULLO, *L'im maturità psico-affettiva nell'evolversi della giurisprudenza rotale*, cit., p. 96.

⁸⁷ P. BIANCHI, *Quando il matrimonio è nullo?*, cit., p. 194.

⁸⁸ Cfr. SAN GIOVANNI PAOLO II, *Discorso alla Rota Romana*, 25 gennaio 1988, n. 9, cit., p. 1183; P. BIANCHI, *Il contributo di mons. Stankiewicz sul tema della im maturità quale causa di nullità matrimoniale*, cit., p. 506.

⁸⁹ Vid. G. VERSALDI, *Inmadurez afectiva*, cit., pp. 588-593.

⁹⁰ Sent. *coram* Monier, 19 luglio 2016, n. 9. «Certo certius non quivis defectus discretionis

La maturità che si richiede per il matrimonio non è la piena e perfetta maturità fisica-psichica-affettiva, frutto dello sviluppo della persona e raggiunta nell'età adulta, ma il minimo necessario:⁹¹ saranno indispensabili una sufficiente conoscenza e maturità affettiva, in un ambito di libertà, in modo tale che la struttura interna della propria affettività non condizioni il soggetto fino al punto di eliminare la possibilità di una scelta con volontà libera.

A volte ci troviamo davanti a situazioni di immaturità, che possono essere causate da un'anormale evoluzione della persona,⁹² la quale, anche se ha un'età adulta, manca della maturità intellettuale e volitiva proporzionata per il matrimonio, a causa dell'assente o limitata evoluzione della facoltà critica o intellettuale, e quindi non gode dell'armonia⁹³ propria – e necessaria – fra le facoltà umane nelle diverse età della vita.⁹⁴ Quando questa imma-

seu maturitatis iudicii sufficit ad inducendam seu constabiliendam consensus nullitatem. Notio canonica debitae discretionis iudicii, uti iam vidimus, non requirit statum perfectum capacitatis intellectualis, volitivae et affectivae, seu maturitatem plenam, sed procul dubio exigit illud minimum necessarium discretionis iudicii ut nupturiens capax sit eliciendi consensum matrimonialem», sent. *coram* Monier, 30 aprile 2004, in *RRDec.*, vol. xcvi, pp. 266–267, n. 5; cfr. sent. *coram* Monier, 2 dicembre 2005, *ibid.*, vol. xcvi, p. 597, n. 7. Per altri riferimenti di giurisprudenza rotale, ad esempio, cfr. C. JEANTIN, *L'immatrité devant le droit matrimonial de l'Eglise*, Parigi, Letouzey et Ané, 2018, pp. 209–222.

⁹¹ Cfr. SAN GIOVANNI PAOLO II, *Discorso alla Rota Romana*, 5 febbraio 1987, n. 6, cit., pp. 1456–1457. «Immatritas affectiva, quae saepe prolata est uti fons defectus discretionis iudicii, confundenda non est cum defectu perfectae vel optimaе maturitatis», sent. *coram* Monier, 5 febbraio 1999, in *RRDec.*, vol. xci, p. 63, n. 10; «Immatritas affectiva, clynico sensu, magis magisque prolata uti causa defectus discretionis iudicii, vel incapacitas assumendi onera coniugalitatis, non confundenda est cum vitae inexperientia, vel cum defectu maturitatis perfectae», sent. *coram* Monier, 18 giugno 1998, *ibid.*, vol. xc, p. 470, n. 8. «In conseguenza, la diagnosi d'immaturità destinata ad una causa matrimoniale non può prendere come base i criteri di maturità corrispondenti ad un ideale che raramente, forse mai, viene raggiunto», J. M. PINTO GÓMEZ, *L'immaturità psico-affettiva nella giurisprudenza rotale*, cit., p. 34; cfr. G. ZUANAZZI, *Psicologia e psichiatria nelle cause matrimoniali canoniche*, cit., pp. 263–264.

⁹² «Haec gravis forma immaturitatis verificatur in modo sese gerendi infantili et irresponsabili, etsi subiectus consideratur uti adultus, propter defectum evolutionis personalitatis. (...) cf. *coram* Bruno, sent. diei 30 martii 1990, *RRDec.*, vol. lxxxii, p. 255, n. 6; *coram* Palestro, sent. diei 28 iunii 1989, *ibid.*, vol. lxxxi, p. 451, n. 7; *coram* Palestro, sent. diei 23 iunii 1993, *ibid.*, vol. lxxxv, p. 463, n. 8; *coram* Serrano Ruiz, sent. diei 24 iunii 1994, *ibid.*, vol. lxxxvi, p. 359, n. 45; *coram* de Lanver sin, sent. diei 18 ianuarii 1995, *ibid.*, vol. lxxxvii, p. 38, n. 14; *coram* P.V. Pinto, sent. diei 17 novembris 1995, *ibid.*, vol. lxxxvii, p. 619, n. 3; *coram* Alwan, sent. diei 5 martii 1999, *Armachana*, A. 30/99, p. 65, n. 115), sent. *coram* Monier, 10 dicembre 1999, in *RRDec.*, vol. xci, pp. 779, n. 6.

⁹³ Vid. J. M. GALVÁN, *I corsi di preparazione al matrimonio*, in *Matrimonio e Famiglia*, a cura di H. Franceschi, Roma, EDUSC, 2015, pp. 323–333; P. J. VILADRICH, *Il consenso matrimoniale*, cit., pp. 61–65.

⁹⁴ Lo stesso Monier cita in due sentenze: «Profecto immaturitas psychologica seu affectiva, quae potius describitur quam apte definitur, tunc nempe evadit, cum adultorum situatio infantili ratione agendi oppetitur, sive propter defectum autonomiae functionalis

turità è grave, potrebbe comportare la privazione della libertà interna nel soggetto,⁹⁵ impedendo una sufficiente deliberazione critica, in modo tale che il nubente non sia in grado di superare le difficoltà esterne per la mancata consonanza interna della propria personalità.⁹⁶

Certamente le circostanze della vita di ogni persona sono di grande importanza nello sviluppo e nel processo di maturazione delle facoltà di discrezione. Perciò è da tenere sempre conto dell'infanzia del soggetto, dell'ambito familiare.⁹⁷ Nei casi di una sana e naturale infanzia è molto più difficile che ci siano queste mancanze in forma di immaturità psico-affettiva, che possano provocare un disturbo nella personalità del soggetto. Comunque, non tutte le difficoltà sono un campo fertile per un'immaturità affettiva; anzi tante volte la decisione di sposare anche contro la volontà dei genitori, il scegliere una persona determinata invece di un'altra inizialmente imposta al soggetto come coniuge, ecc., sono in realtà dimostrazione di una provata maturità.

in suispius moderatione sive ob defectum evolutionis personalitatis vel characteris (sent. *coram* Stankiewicz, 11 luglio 1985, in *RRDec.*, vol. LXXVII, p. 356, n. 5)», sent. *coram* Monier, 5 febbraio 1999, in *RRDec.*, vol. XCI, p. 64, n. 10; «Immatunitas psychica habetur ex abnormi evolutione animi subiecti, qui, quamvis habeat sufficientem aetatem, caret intellectus et voluntatis maturitate consensui proportionata, cum evolutio eius facultatis criticae praepedita sit ideoque et harmonica conspiratio harum facultatum superiorum. Aliis verbis, gravis immaturitas affectiva et considerari possit defectus internae libertatis, quae impedit sufficientem deliberationem, cum nempe contrahens nullo modo valet resistere impulsionibus ab intrinseco provenientibus ob destructam harmoniam personalitatis. (...) Immatunitas consistit in modo agendi incongruo ac infantili ex parte alicuius aetatis adulti, sive propter defectum autonomiae functionalis in moderatione suiipsius sive ob defectum evolutionis personalitatis vel characteris (sent. *coram* Boccafolo, 1 giugno 1995, in *RRDec.*, vol. LXXXVII, pp. 340-341, nn. 8-9)», sent. *coram* Monier, 10 dicembre 1999, in *RRDec.*, vol. XCI, pp. 778-779, nn. 5-6.

⁹⁵ «Deficere potest facultas critica ac perturbatur harmonica ordinatio intellectus et voluntatis ad consciam et liberam determinationem pro ineundo matrimonio ob graves anomalias psychopathicas et neuroticas, quibus contrahentes defectu discretionis iudicii revera patiantur. Eodem modo ob causam naturae psychicae electionem coniugii libere agere non valent contrahentes, qui animi debilitate atque immatura evolutione psychologica (laborant)... carentes apta facultate critica ob retardatam evolutionem psychologicam, etsi aetate progressi, faciliter sunt proclives ad suggestiones aliorum», sent. *coram* Di Felice, 16 febbraio 1985, *ibid.*, vol. LXXVII, p. 100, n. 3.

⁹⁶ Cfr. sent. *coram* Boccafolo, 22 gennaio 1998, *ibid.*, vol. XC, p. 20, n. 5.

⁹⁷ «Inter perturbationes quae graviter perturbare possunt capacitatem adsumendi onera coniugalia recensetur immaturitas psycho-affectiva, quae confundi non potest cum generica immaturitate, cum aetate connexa vel cum vitae inexperientia. Nam exsistere possunt abnormes condiciones, provenientes ex educatione vel ex ambimentalibus circumstantiis quae normalem evolutionem maturitatis praepedire possunt ne post pubertatem adeptam obligationes matrimonii essentielles adimplere valeat», sent. *coram* Monier, 30 gennaio 2004, *ibid.*, vol. XCVI, p. 95, n. 8; cfr. sent. *coram* Monier, 26 novembre 2004, *ivi*, p. 765, n. 8.

c) Immaturità affettiva e giurisprudenza rotale

Nel fare riferimento alle cause psichiche che si possono trovare alla base di una incapacità, il ponente indica come «*in foro canonico saepe saepius invocata est immaturitas psycho-affectiva uti fons assertae incapacitatis sive quoad defectum discretionis iudicii, sive quoad incapacitatem adsumendi essentielles matrimonii obligationes*».⁹⁸

Si riporta la constatazione di un fatto rilevante: il crescente numero di cause di nullità matrimoniale introdotte allegando immaturità psico-affettiva, quale causa dell'incapacità, sia per quanto concerne il grave difetto di discrezione di giudizio, sia per l'incapacità ad assumere gli obblighi essenziali matrimoniali.⁹⁹ Riguardo alle diverse cause di incapacità psichica, già dagli anni sessanta e settanta si son cominciati a trovare, nelle motivazioni delle sentenze, allusioni alle turbe psichiche relative all'ambito affettivo, e si è cercato di individuare gli effetti di una immaturità affettiva nei soggetti contraenti.¹⁰⁰ Poi con la sistematizzazione della materia nel canone 1095 del CIC'83, si è riuscito a trovare una posizione per queste manifestazioni della personalità che molte volte incidevano sulle potenze intellettive e volitive e dunque sulla capacità.

Sono poche le sentenze rotali nelle quali è dichiarata l'incapacità direttamente per immaturità affettiva; normalmente l'immaturità è uno tra altri disturbi psichici del soggetto, un elemento alla base di questi o una loro manifestazione:¹⁰¹ «la giurisprudenza rotale prevalente ammette l'immaturità come causa di incapacità matrimoniale rigorosamente in via di eccezione, non già di regola, stabilendo il principio – giuridicamente preciso seppure ancora assai formale – che rileva ai fini dell'incapacità del soggetto solo quell'immaturità che integri le fattispecie legali del grave difetto di discrezione o dell'incapacità di assumere gli obblighi essenziali del matrimonio».¹⁰²

⁹⁸ Sent. *coram* Monier, 19 luglio 2016, n. 9.

⁹⁹ Cfr. sent. *coram* Monier, 10 dicembre 1999, in *RRDec.*, vol. xci, p. 778, n. 5.

¹⁰⁰ Cfr. A. STANKIEWICZ, *La jurisprudencia de la Rota Romana sobre inmadurez afectiva*, «*Ius Canonicum*», xlv/89 (2005), pp. 35-36. Per l'inizio e anche per lo sviluppo della presenza dell'immaturità affettiva tra le cause alla base di una incapacità per il matrimonio, hanno molta importanza alcune sentenze rotali *coram* Lefebvre, particolarmente: 6 luglio 1967, in *SRRDec.*, vol. LIX, pp. 553 ss; *Quebecen.*, 8 luglio 1967, in *SRRDec.*, vol. LIX, pp. 563 ss.; *Peorien.*, 31 gennaio 1976 (cfr. C. GULLO, *L'immaturità psico-affettiva nell'evolversi della giurisprudenza rotale*, cit., p. 95; C. JEANTIN, *L'immaturité devant le droit matrimonial de l'Eglise*, cit., pp. 135-153). Sul filo di sentenze che continuano questa linea, alcuni dei ponenti (Raad, Serrano, Stankiewicz, Bruno...) e sentenze più significative, vid. J. DE FINANCE, *Etre et agir dans la philosophie de saint Thomas*, cit., pp. 155-176.

¹⁰¹ Cfr. A. RUSCA, *Problemi di inquadramento giuridico della perizia psicologica nei casi di immaturità psicoaffettiva*, Roma, Pontificia Università Lateranense, 2011, p. 132.

¹⁰² P. BIANCHI, *Quando il matrimonio è nullo?*, cit., p. 194.

Infatti, normalmente l'im maturità psico-affettiva è considerata come espressione di fatto delle cause di natura psichica che possono o meno dar luogo a un'incapacità.¹⁰³ A modo di esempio, nella sentenza *coram* Monier si riporta un testo di una *coram* Huber, conosciuto e citato dalla giurisprudenza rotale, con alcuni esempi delle manifestazioni che l'im maturità può comportare nel soggetto: «*Una Taurinen adnotat manifestationes huiusmodi immaturitatis in variis decisionibus rotalibus, quae magni ponderis videntur ad perturbationem circumscribendam: "Haec enim immaturitas manifestatur signis, quae sunt defectus bonae integrationis intrapersonalis et interpersonalis (coram Lefebvre, decisio diei 1 martii 1969, ibid., vol. LXI, p. 231, n. 3), abnormitates sexuales (coram Serrano Ruiz, decisio diei 30 aprilis 1974, ibid., vol. LXVI, p. 307, n. 5), graves reactiones neuroticae (coram Anné, decisio diei 15 aprilis 1975, ibid., vol. LXII, p. 291, n. 9), destructa harmonia personalitatis, suggestionabilitas, conflictualitas, mutabilitas affectionis, incapacitas tolerandi frustrationes (coram Palazzini, decisio diei 11 ianuarii 1978, ibid., vol. LXX, p. 3, n. 3), abnormis a matre dependentia (coram Pinto, decisio diei 23 novembris 1979, ibid., vol. LXXI, p. 481, n. 11), carentia misericordiae, sensus honoris et pudoris, poenitentiae et conscientiae, actus impulsivi et brutales (coram de Lanversin, decisio diei 8 martii 1983, ibid., vol. LXXV, p. 89, n. 10), deminuta personalitas (coram Giannecchini, decisio diei 20 ianuarii 1984, ibid., vol. LXXVI, p. 28, n. 3), personalitas hysterica, paranoica, inadaequata, emotionaliter instabilis, irresponsabilis ac superficialis sub aspectu emotionali seu sociopathica (coram Stankiewicz, decisio diei 11 iulii 1985, ibid., vol. LXXVII, p. 357, n. 6c), immoderatus suiipsius amor, zelotypia, defectus autonomiae et responsabilitatis, aggressivitas et mythomania (coram Civili, decisio diei 10 iulii 1990, ibid., vol. LXXXII, p. 597, n. 5)"*» (coram Huber, decisio diei 12 iulii 1995, A. 63/95; n. 11; cf. coram Pinto diei 31 iulii 1998, RR-Dec., vol. xc, p. 581, n. 6; coram Monier, decisio diei 18 iunii 1998, ibid., vol. xc, pp. 470 s., n. 8; coram Erlebach, diei 15 iulii 2002, RRDec., vol. xciv, p. 431, n. 9).¹⁰⁴

Nella sentenza oggetto di commento si legge che l'im maturità psico-affettiva viene invocata «*uti fons assertae incapacitatis sive quoad defectum discre-*

¹⁰³ «Alla luce dell'attuale can. 1095, tali svariate manifestazioni non sono altro che elementi di fatto delle "cause psichiche" e questa è la soluzione tecnica che dev'essere data alla cosiddetta "im maturità affettiva o emotiva". In se stessa non è un capo di nullità specifico e autonomo. Sarà o meno causa di nullità, se la causa psichica avrà provocato o meno nel soggetto l'effetto finale di privarlo dell'uso di ragione per il segno nuziale, la mancanza di discrezione di giudizio o l'impossibilità di assumere i doveri essenziali del matrimonio. Insomma, oggi la "im maturità affettiva o emotiva" è, agli effetti giuridici, una manifestazione di fatto delle cause di natura psichica che possono o meno provocare un difetto di capacità», P. J. VILADRICH, *Il consenso matrimoniale*, cit., p. 209.

¹⁰⁴ Sent. *coram* Monier, 19 luglio 2016, n. 9. Altri esempi in sent. *coram* Erlebach, 15 luglio 2002, in RRDec., vol. xciv, pp. 429-430, n. 9. Per altre manifestazioni rilevate dalla dottrina e dalla giurisprudenza per individuare l'im maturità affettiva, vid. D. DE CARO, *L'im maturità psico-affettiva nel matrimonio canonico*, cit., pp. 6-7; J. M. PINTO GÓMEZ, *L'im maturità psico-affettiva nella giurisprudenza rotale*, cit., pp. 27-29.

tionis iudicii, sive quoad incapacitatem adsumendi essentialis matrimonii obligationes». Però, a causa della «stretta correlazione fra affettività e volontà, (...) la stragrande maggioranza di queste cause è stata trattata sotto l'aspetto del "defectus discretionis iudicii"»,¹⁰⁵ almeno nei primi anni dopo la comparsa del CIC'83.

i) l'imaturità non è un capo autonomo ma può essere causa dell'incapacità del 1095

L'imaturità psico-affettiva non è un capo autonomo di nullità matrimoniale, non è un capo a sé, ma una possibile causa sottostante a un'incapacità.¹⁰⁶ Perciò la causa di nullità matrimoniale dovrà essere introdotta e decisa per incapacità – nel presente caso, originata da immaturità affettiva –, determinando ogni volta quale sia stato l'influsso dell'imaturità sulle facoltà intellettive e volitive.

Nell'ipotesi del 1095, n. 2, col passare del tempo, la giurisprudenza della Rota Romana ammise che ci sono dei turbamenti che incidono più sulla volontà che sull'intelletto e così, attraverso la connessione con la sfera volitiva, questo concetto d'imaturità affettiva si è fatto molto più presente nella giurisprudenza rotale. La discrezione di giudizio è una «adeguata comprensione e valutazione della realtà matrimoniale e necessaria libertà psicologica di scelta della persona dell'altro e del vincolo come unione personale nella coniugalità»;¹⁰⁷ potrebbe esserci mancanza di capacità in «assenza di dominio minimo necessario per valutare sufficientemente l'unione che si crea».¹⁰⁸

In alcuni casi l'imaturità può essere tale che riesca a impedire l'esercizio della libertà di scelta, creando una situazione di mancanza di libertà interna nel soggetto.¹⁰⁹ Come ha spiegato Viladrich – in un paragrafo che riassume l'ambito dell'imaturità e delle sue conseguenze sull'atto del consenso – «l'esperienza dimostra una frequente connessione di fatto fra l'imaturità emotiva e la fragilità interiore per riuscire ad agire liberamente, cioè con la propensione a cadere in stati di angustia e di ansietà con conseguente perdita di libertà. Fatta questa osservazione, possiamo riconoscere come possibile

¹⁰⁵ C. GULLO, *L'imaturità psico-affettiva nell'evolversi della giurisprudenza rotale*, cit., p. 100 e nota n. 32 con riferimenti ad alcune sentenze rotali. Inoltre, l'autore mostra – e critica – come alcune sentenze affermano perfino che l'imaturità psico-affettiva sia rilevante solo nei casi di difetto di discrezione di giudizio – cfr. sent. *coram* Egan, *Ogdensburgen.*, 19 maggio 1983, nn. 8 e 13; *coram* Stankiewicz, *Alladen.*, 18 dicembre 1986, n. 5 – (cfr. *ivi*, p. 100, nota n. 33).

¹⁰⁶ «*In foro canonico saepe saepius invocata est immaturitas psycho-affectiva uti fons assertae incapacitatis*», sent. *coram* Monier, 19 luglio 2016, n. 9.

¹⁰⁷ H. FRANCESCHI, *Quaestiones disputatae sul canone 1095*, cit., p. 272.

¹⁰⁸ *Ivi*, p. 273.

¹⁰⁹ Vid. sent. *coram* Monier, 28 marzo 2003, in *RRDec.*, vol. xcv, pp. 183-185, nn. 10-11; A. STANKIEWICZ, *La jurisprudencia de la Rota Romana sobre inmadurez afectiva*, cit., note nn. 50-53.

che quelle mancanze di sufficiente autogoverno del soggetto in relazione a movimenti sproporzionati, incontrollati, contraddittori, instabili della sua emotività, se giungono agli estremi di privare sufficientemente dell'autogoverno necessario a dare e ricevere i diritti-doveri coniugali o ad assumere il proprio futuro come coniuge in termini di obbligazione *de futuro*, possono essere qualificate, alla luce del can. 1095, come quella causa psichica che ha provocato il grave difetto di discrezione di giudizio, qualora tale immaturità intacchi la capacità ad instaurare qui e ora il vincolo coniugale». ¹¹⁰ Esiste, quindi, uno stretto rapporto fra immaturità affettiva e mancanza di libertà. ¹¹¹

Nei casi del 1095, n. 3 l'immaturità affettiva può intaccare gravemente la capacità e idoneità per assumere gli obblighi essenziali del coniugio. ¹¹² In parole di Viladrich: «potremo qualificare una impossibilità di assumere, se tale immaturità ha privato il soggetto della capacità di proiettarsi obbligatoriamente già nell'atto di contrarre giacché, proprio a causa di questa immaturità psichica, il soggetto si dimostra idoneo solo ad avere percezione di sé e a vivere al momento, nel presente, senza quella continuità di proposito né quel potere di perseveranza richiesta nel futuro perché l'azione di *assumere* i doveri essenziali sia una vera possibilità, ossia contenga il suo futuro adempimento come reale possibilità della volontà al momento di contrarre matrimonio». ¹¹³

ii) necessità della prova

L'oggetto della prova sarà determinare la capacità o incapacità dei contraenti. Perciò da parte del giudice occorre un'accurata attenzione e rigore per non perdere di vista la nozione giuridica di incapacità. Poi si dovrà considerare quali possano essere le cause di fatto che provocano l'incapacità, cause che, se hanno un effetto così serio e grave, a sua volta richiederanno una base solida. Pertanto «nelle cause nelle quali si parla di immaturità, i giudici rotali non si accontentano della semplice verifica di uno stato di immaturità, persino notorio, mediante la realizzazione di una perizia, ma esigono

¹¹⁰ P. J. VILADRICH, *Il consenso matrimoniale*, cit., pp. 209-210.

¹¹¹ «In nubentibus – docet decisio coram Bruno, diei 15 decembris 1989 – adesse debet adaequata maturitas matrimonialis, qua ipsi valeant sufficienter cognoscere, aestimare, eligere ac praestare, quae ab ipsa natura coniugii postulatur. Sufficiens ideo discretionem iudicii caret qui, etsi usu rationis sit praeditus, adaequatam tamen maturitatem matrimonialem non attigerit proportionatam negotio coniugali, quod eius futuram vitam afficit ac obstringit, aut ab intrinsecis deordinationibus naturae psychicae vel peculiaribus circumstantiis externis in sua interna libertate electionis graviter coarctetur», sent. coram Stankiewicz, 27 marzo 1998, pp. 282 ss., in *RRDec.*, vol. LXXXI, p. 765, n. 4.

¹¹² Cfr. A. STANKIEWICZ, *La jurisprudencia de la Rota Romana sobre inmadurez afectiva*, cit., p. 50.

¹¹³ P. J. VILADRICH, *Il consenso matrimoniale*, cit., p. 210.

che sia dimostrato, nel caso concreto, quale fu la causa psichica che originò quella immaturità, la quale era fino a tal punto presente nella persona che impediva la necessaria discrezione di giudizio o rendeva la persona incapace di assumere gli obblighi essenziali del matrimonio nel momento della manifestazione del consenso. Questa causa psichica, in molti casi, è identificata nella presenza di uno dei cosiddetti 'disturbi di personalità'.¹¹⁴

Si dovrà determinare l'esistenza o meno della capacità nel soggetto; bisognerà capire se la detta immaturità affettiva è di tale peso da riuscire a provocare un'incapacità per il consenso matrimoniale.¹¹⁵ «Non si può identificare automaticamente l'immaturità con uno stato di mancanza dello sviluppo armonico dei diversi livelli della persona, perché ciò porterebbe a confondere la maturità come minimo ma necessario possesso di sé e della propria condizione maschile e femminile per poter donarsi coniugalmente – che è la maturità canonica –, con un perfetto auto-dominio, il quale corrisponde ad alcune nozioni psichiatriche di maturità che sono incompatibili con una concezione realistica della persona umana». ¹¹⁶ Perciò non basterà individuare l'esistenza di un'immaturità nel soggetto ma si dovrà anche determinare in quale modo incide sulle facoltà intellettive e volitive, per capire fino a che punto abbia solo limitato oppure tolto la libertà di scelta del nubente o la capacità di assumere gli obblighi essenziali del coniugio; e in quest'ultimo caso si dovrà individuare quale concreto obbligo o bene del matrimonio non sia stato capace di assumere. Insomma, l'immaturità può incidere sulla capacità ma non è un effetto automatico.¹¹⁷ Quello che conta è l'attualità della capacità al momento di contrarre.¹¹⁸

¹¹⁴ H. FRANCESCHI, *Quaestiones disputatae sul canone 1095*, cit., p. 272.

¹¹⁵ «(...) non significa che il matrimonio di ogni persona immatura sia fatalmente condannato alla rovina», J. M. PINTO GÓMEZ, *L'immaturità psico-affettiva nella giurisprudenza rotale*, cit., p. 29.

¹¹⁶ H. FRANCESCHI, *Quaestiones disputatae sul canone 1095*, cit., p. 271.

¹¹⁷ Cfr. P. BIANCHI, *Il contributo di mons. Stankiewicz sul tema della immaturità quale causa di nullità matrimoniale*, cit., pp. 513-514. Anche se l'immaturità affettiva non ha una posizione determinata, continua ad essere una delle cause per le dichiarazioni di nullità matrimoniale per incapacità psichica; non è tanto questione del *nomen vel species morbi psychici* perché *ratio habenda est factorum* (cfr. A. STANKIEWICZ, *La jurisprudencia de la Rota Romana sobre inmadurez afectiva*, cit., p. 41, nota n. 41; anche cfr. ivi, pp. 49-50; sent. *coram* Stankiewicz, 11 luglio 1985, *RRDec.*, vol. LXXVII, p. 356, n. 5; J. DE FINANCE, *Etre et agir dans la philosophie de saint Thomas*, cit., pp. 177-187).

¹¹⁸ Altrimenti ci saranno delle situazioni molto dolorose ma un matrimonio valido: «Rispetto allo *status* matrimoniale, l'anomalia psichica si considera un difetto ed un ostacolo per il suo normale e felice sviluppo, oltre che una richiesta al coniuge sano di attivarsi, in considerazione dello *status* del coniuge infermo, per attuare la finalità del mutuo aiuto e le opere dell'amore coniugale; si tratta, in definitiva, di una disgrazia per entrambi i coniugi, non di una situazione incompatibile con lo *status* coniugale. Pertanto, l'anomalia psichica è incapacità solo quando impedisce la validità dell'atto di contrarre», J. HERVADA, *Studi sull'essenza del matrimonio*, cit., p. 299.

Le perizie sono un elemento centrale in queste cause. Sempre con una base di antropologia cristiana,¹¹⁹ il perito dovrà essere competente e in grado di individuare la natura e gravità delle anomalie o patologie, non solo descrivendo i comportamenti dei soggetti e le loro manifestazioni per poi stabilire i nomi scientifici di quelle realtà, ma con uno studio approfondito delle cause e delle condizioni psichiche dei nubendi.¹²⁰ Sarà poi il giudice a valutare in categorie canoniche quanto apportato dal perito in categorie psichiatriche o psicologiche.¹²¹ Riguardo all'importanza del lavoro dei periti, afferma la sentenza commentata: «*in huiusmodi causis, auxilium periti vel peritorum in arte psychologica vel psychiatrica multum iuvat ad causam dignoscendam. In suis conclusionibus peritus rationes affert de deordinationis origine, natura, gravitate, prognosi, tempore deflagrationis et praesertim determinat influxum in processum deliberationis et in adimplenda onera coniugalia. In ultima decisione, praeter conclusiones peritales, ex personarum et actorum examine deductas, iudex attente perpendere tenetur cetera quoque causae adiuncta et exprimere debet quibus motus argumentis peritorum conclusiones admiserit vel reiecerit* (cf. can. 1579 § 1-2)».¹²²

d) Maturità e immaturità affettiva nella sentenza oggetto di commento

Nel caso dell'attore la sua infanzia è trascorsa serenamente.¹²³ Anzi lui si è dimostrato abbastanza forte da andare alle nozze anche contro la volontà dei suoi genitori, il che dimostra la capacità sufficiente per far fronte alle difficoltà.¹²⁴ Un altro elemento molto rilevante è quello che sua sorella dice di lui: che è una persona capace di essere serio ma anche di divertirsi quando è il momento, e che sa adeguarsi alle diverse circostanze della vita, il che dimostra una flessibilità propria della maturità.¹²⁵ Certamente ci sono debolezze nella sua vita ma queste fragilità non implicano necessariamente

¹¹⁹ Cfr. SAN GIOVANNI PAOLO II, *Discorso alla Rota Romana*, 5 febbraio 1987, n. 5, cit., p. 1456.

¹²⁰ Cfr. *ibid.*, n. 8, cit., pp. 1457-1458; SAN GIOVANNI PAOLO II, *Discorso alla Rota Romana* 25 gennaio 1988, nn. 6-8, cit., p. 1182-1183; J. M. PINTO GÓMEZ, *L'immaturità psico-affettiva nella giurisprudenza rotale*, cit., pp. 53-56; G. MCKAY, *La prueba de la incapacidad y la inmadurez afectiva*, in *Consentimiento matrimonial e inmadurez afectiva*, Pamplona, EUNSA, 2007², p. 144; G. ZUANAZZI, *Psicologia e psichiatria nelle cause matrimoniali canoniche*, cit., pp. 264-265.

¹²¹ Sul ruolo del giudice, vid. P. A. BONNET, *Il giudice e la perizia*, in *L'immaturità psico-affettiva nella giurisprudenza della Rota Romana*, cit., pp. 57-93; C. IZZI, *Valutazione del fondamento antropologico della perizia*, Roma, Lateran University Press, 2004.

¹²² Sent. coram Monier, 19 luglio 2016, n. 10.

¹²³ «*Vir enim crevit in familia serena*», *ibid.*, n. 11.

¹²⁴ «*Perita quoque locuta est de viri dependentia a parentibus, at tempore nuptiarum vir actor iisdem parentibus sese opponit qui matrimonium nolebant*», *ibid.*, n. 12.

¹²⁵ «*Quoad viri indolem actoris soror nihil insoliti invenit in eius personalitate e contra asserit fratrem fuisse "très sérieux dans tout ce qu'il entreprend... Il sait rester sérieux mais sait aussi s'amuser. Il sait s'adapter à la situation"*», *ibid.*, n. 11.

incapacità per il matrimonio;¹²⁶ giacché non qualsiasi immaturità è causa di incapacità.¹²⁷ L'immaturità deve essere sufficientemente grave per incidere gravemente sulla capacità del soggetto.¹²⁸

Da parte della donna convenuta nella presente causa, si vede come la sua vita, dall'infanzia, sia stata difficile e carente dal punto di vista affettivo, con seri problemi familiari; anche durante l'adolescenza a lei è mancato l'affetto familiare.¹²⁹ Queste mancanze nell'infanzia e adolescenza possono lasciare dei segni e delle ferite profonde nella persona, compromettendo lo sviluppo della personalità. Dal suo vissuto posteriore si apprezza, infatti, la sua fragilità affettiva,¹³⁰ insieme all'instabilità nelle sue relazioni interpersonali e amorose.¹³¹ Questa situazione interiore impedisce di ponderare, di giudicare criticamente le circostanze concernenti il suo matrimonio, e di avere la libertà necessaria per prendere una decisione non determinata dalle pulsioni interne. Inoltre, come si indica nella sentenza, la donna non cerca veramente un marito per instaurare una comunione coniugale, ma il padre o il fratello che le sono mancati;¹³² non si apprezza in questo caso la capacità di assumere gli obblighi del matrimonio perché in realtà non è un amore e relazione coniugale ciò che cerca.¹³³ Pertanto i giudici del Tribunale della Rota Romana arrivano alla conclusione che il matrimonio sia nullo per incapacità della donna convenuta: «*Revera in muliere conventa deerant sive libertas interna, quia astricta erat cupidine amantem inveniendi, sive aestimatio critica, cum eadem discernere non valuisset inter suipsius necessitates et officia communitatis vitae*

¹²⁶ «Ad rem plene recipimus conclusiones sententiae secundae curae ubi legimus: (...) "Certes le demandeur s'est marié dans un contexte d'une certaine fragilité familiale, et selon l'expert, sa capacité de remise en cause personnelle est faible. Si son autonomie vis-à-vis de ses parents est plus faible que la 'norme', elle n'est nullement annihilée. S'il y a quelque chose d'immature en lui, cette immaturité n'est pas suffisamment grave pour invalider le consentement matrimonial, car il était bien conscient de son engagement"», *ibid.*, n. 12.

¹²⁷ «Non quaelibet immaturitas vel quilibet defectus aequilibrui nullitatem matrimonii gignit», *ibid.*, n. 9.

¹²⁸ «Tabulae processuales minime indicant facta et circumstantias ad probandam gravem immaturitatem quae graviter perturbare vel impedire potuisset congruum processum electionis matrimonii», *ibid.*, n. 12.

¹²⁹ «Attamen quis non videat infantiam et adulescentiam mulieris conventae graviter perturbatam fuisse. Nam conventae mater e vivis erepta est post gravem morbum cum filia tantum decem annos agebat. Ante hoc eventum parentes divortium fecerunt. Deinde filia delata est in institutione civili "Dass" per sex annos absque affectu familiae», *ibid.*, n. 13.

¹³⁰ «Pro certo sunt facta gravissimi ponderis quae aptam attentionem necessitant, attento quod demonstrant affectivam fragilitatem mulieris et hoc ab infantia. His positus evidenter evolutio psycho-affectiva mulieris satis perturbata fuit, et variae mulieris frequentationes et contubernia more uxorio sunt signa molestiae in mulieris personalitate», *ibid.*, n. 14.

¹³¹ Cfr. *ibid.*, nn. 13-15.

¹³² «De re mulier deponit: "(...) Nous avions un projet de mariage, ça n'a pas abouti parce que je cherchais quelque chose qu'il ne pouvait pas me donner, un père, un frère, ce n'est pas ça qu'un homme peut donner en couple"», *ibid.*, n. 13; «"Le passé de l'épouse permet d'expliquer qu'elle veut donner une famille stable à sa fille"», *ibid.*, n. 15.

¹³³ Cfr. *ibid.*, n. 16.

*et amoris coniugalis. Alia ex parte mulieris ratio sese gerendi probationem quoad suam incapacitatem, ob suam anomaliam psychicam, adsumendi obligationes ad bona coniugis ac prolis attinentes».*¹³⁴

IV. CONCLUSIONI

In sintesi, le normali condizioni nella maturazione di una persona aiutano allo sviluppo globale della personalità, in tutte le sue dimensioni, che vengono integrate armonicamente. Però, per diversi motivi – sia per mancanza di aiuto esterno sia per deficienza di un atteggiamento attivamente positivo nell'educazione della propria personalità – a volte ci troviamo davanti a casi nei quali non si è verificato il normale sviluppo proporzionato all'età del soggetto.

Uno degli ambiti di immaturità che potrebbe incidere gravemente sulla capacità di dare il consenso per il matrimonio, è l'ambito affettivo. Un'immaturità affettiva del soggetto può impedire la sufficiente discrezione di giudizio, la sufficiente capacità critica per ponderare la realtà del matrimonio e, soprattutto, di quella determinata unione sponsale che si sta per instaurare. In alcuni casi l'immaturità affettiva dà luogo a una fragilità interiore così seria da provocare stati di angoscia e ansietà, che privano la persona del sufficiente autogoverno, togliendo a sua volta la sufficiente libertà per una volontà matrimoniale. L'immaturità affettiva potrebbe portare anche il soggetto a non essere in grado di includere nella sua volontà matrimoniale presente, almeno la vera possibilità di adempiere gli obblighi essenziali matrimoniali e di assumere questo contenuto dell'oggetto del consenso, indipendentemente dalla poi effettiva realizzazione.

Per quanto già detto, l'*immaturità affettiva* può essere ammessa come possibile causa psichica alla base di una incapacità per il consenso matrimoniale, nell'ambito del canone 1095: sarà causa dell'incapacità per la sua incidenza sulla capacità intellettuale e volitiva del soggetto. Tuttavia, il tribunale non dichiarerà nullo il matrimonio per immaturità affettiva, bensì per grave difetto di discrezione di giudizio circa i diritti e i doveri essenziali matrimoniali, oppure per incapacità di assumere questi obblighi essenziali.

In pratica, data l'imprecisione del termine immaturità, molto frequentemente la giurisprudenza rotale, quando chiede il parere tecnico al perito, non si ferma all'esistenza o meno di una qualche immaturità e la sua gravità, ma spesso chiede anche quale sia stata la causa di quella grave immaturità, perché se è talmente grave da rendere incapace, deve esserci una spiegazione di come mai una persona non abbia raggiunto quella maturità minima che è lecito aspettarsi in qualsiasi persona umana.

ÁLVARO GONZÁLEZ ALONSO

¹³⁴ Cfr. *ibid.*

ALLEGATO: INDICE DI SENTENZE CORAM MONIER
NELL'AMBITO DEL CAN. 1095

Elenco di sentenze rotali *coram* Monier (1995-2011) riguardanti il canone 1095 CIC'83.

Si segnalano i numeri di riferimento nell'indice dei volumi delle sentenze rotali (RRDec.); in grassetto le sentenze con testo pubblicato.

- 2011 — RRDec., vol. CIII, sent. nn. 6, 8, 94, 134 /
145 (Romana, 28 octobris 2011, 412-425)
- 2010 — RRDec., vol. CII, sent. nn. 147 /
161 (Angelorum in California, 26 novembre, 382-389)
- 2009 — RRDec., vol. CI, sent. nn. 25, 76, 98, 155, 156 /
101 (Bogoten., 10 luglio, 210-220)
- 2008 — RRDec., vol. C, sent. nn. 17, 40, 42, 59, 110, 111, 128, 146, 168, 183
- 2007 — RRDec., vol. XCIX, sent. nn. 42, 61, 92, 10, 121, 131
- 2006 — RRDec., vol. XCVIII, sent. nn. 12, 25, 49, 69, 72, 89, 100, 145, 159 /
136 (Sancti Sebastiani Fluminis Ianuarii, 27 ottobre, 314-326)
- 2005 — RRDec., vol. XCVII, sent. nn. 23, 24, 44, 47, 54, 64, 91, 120, 121 /
33 (Viglevanen, 18 marzo, 144-158), 122 (Taurinen, 2 dicembre, 593-608)
- 2004 — RRDec., vol. XCVI, sent. nn. 80 /
12 (Lisbonen., 30 gennaio, 91-103), 47 (Coslinen.-Colubregana, 30 aprile, 264-274), 59 (Tarvisina, 28 maggio, 348-359), 122 (Bononien., 26 novembre, 761-772)
- 2003 — RRDec., vol. XCV, sent. nn. 3, 22, 34, 41, 54, 56, 99, 115 /
36 (Meliten., 28 marzo, 178-193), 80 (Piscarien.-Pinnen., 18 luglio, 514-524)
- 2002 — RRDec., vol. XCIV, sent. nn. 85, 98 /
130 (Posnanien., 13 dicembre, 787-796)
- 2001 — RRDec., vol. XCIII, sent. nn. 22 /
21 (Gedanen., 16 marzo, 212-219)
- 2000 — RRDec., vol. XCII, sent. nn. 115 /
22 (Caracen., 18 febbraio, 185-194), 75 (Remen., 27 giugno, 469-479)
- 1999 — RRDec., vol. XCI, sent. nn. 108, 129, 137 / **16 (Kielcen., 5 febbraio, 48-57), 17 (Romana, 5 febbraio, 58-68), 148 (Armachana, 10 dicembre, 776-788)**
- 1998 — RRDec., vol. XC, sent. nn. 49, 76, 120, 126, 133, 137 / **60 (Nemptoduren., 4 giugno, 455-466), 64 (Montis Pessulani, 18 giugno, 467-476)**
- 1997 — RRDec., vol. LXXXIX, sent. nn. 29, 62, 66, 72, 85 /
484 (Dallasen., 6 giugno, 484-494), 80 (Bisuntina, 27 giugno, 559-568), 88 (Burdigalen., 17 luglio, 581-592), 107 (Parmen., 17 ottobre, 720-729)
- 1996 — RRDec., vol. LXXXVIII, sent. nn. 75 /
66 (Dublinen., 21 giugno, 486-493), 110 (Bononien., 15 novembre, 716-723)
- 1995 — RRDec., vol. LXXXVII (nessun riferimento)

CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE - PRIMA SEZIONE CIVILE (4 giugno 2018, n. 14247).*

Estremi del provvedimento: nota a Cass. civ., sez. I, 4 giugno 2018, n. 14247 (ud. 21 marzo 2018, pres. Schirò, rel./est. Campese).

Estremi delle parti nel giudizio di legittimità:

Ricorrente: Luigia Buttaro (prof. avv. G. Palermo);

Resistente: Parrocchia di S. Giovanni Battista in Formia (avv. F. D'Urgolo).

Massima non ufficiale, estrapolata dal provvedimento:

Le Norme non sono finalizzate a “creare” un nuovo ente dotato di personalità giuridica “ex novo”, quanto a permettere un riconoscimento legale ad una situazione già di fatto apprezzabile in cui la Parrocchia ha già personalità giuridica (per diritto positivo “in iure canonico”).

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE PRIMA SEZIONE CIVILE

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati Oggetto

Dott. Stefano Schirò	Presidente	ACTIO NULLITATIS
Dott. Antonio Valitutti	Consigliere	Ud. 21/3/2018 CC
Dott.ssa Laura Tricomi	Consigliere	Cron.
Dott. Eduardo Campese	Consigliere - Rel.	R.G.N. 1418/2014
Dott. Paolo Di Marzio	Consigliere	

ha pronunciato la seguente

ORDINANZA

sul ricorso n.r.g. 1418/2014 proposto da:

BUTTARO LUIGIA (cod. fisc. BTTLGU37L41D708K), in proprio e quale erede di Francesco Buttaro, rappresentata e difesa, giusta procura speciale apposta a margine del ricorso, dall'Avvocato Prof. Gianfranco Palermo, presso il cui studio elettivamente domicilia in Roma, alla Piazza Sallustio n. 9.

- ricorrente -

contro

PARROCCHIA S. GIOVANNI BATTISTA in Formia, ivi ubicata alla Piazza S. Giovanni, in persona del parroco pro tempore, sac. Mariano Parisella,

* Con un commento di ALESSANDRO ROSARIO RIZZA, *Parrocchia e soggettività giuridica nell'ordinamento italiano*.

rappresentata e difesa, giusta procura speciale apposta a margine del contro-ricorso, dall'Avvocato Filippo D'Urgolo, presso il cui studio elettivamente domicilia in Roma, al Piazzale delle Province n. 11.

- controricorrente -

avverso la sentenza della CORTE DI APPELLO di ROMA depositata il 28/11/2012;

udita la relazione della causa svolta nella camera di consiglio del 21/03/2018 dal Consigliere dott. Eduardo Campese.

RAGIONI DI FATTO E DI DIRITTO DELLA DECISIONE

1. **C**ON sentenza n. 524/1994, il Tribunale di Latina rigettò le domande proposte dal rev. Carmine Ciccolella, nella qualità di parroco della Parrocchia San Giovanni Battista in Formia (d'ora innanzi Parrocchia), nei confronti di Claudio Buttaro, volte ad ottenere la condanna: i) alla demolizione delle opere realizzate in prossimità o all'interno del complesso edilizio di proprietà di parte attrice; ii) al rilascio di alcune porzioni di tal complesso dal medesimo occupate; iii) al risarcimento dei danni ex art. 872 cod. civ. Accolse, invece, la domanda riconvenzionale del convenuto, dichiarando da lui acquisito per usucapione il diritto di proprietà su quel cespite.

1.1. La Corte di appello di Roma, accogliendo il corrispondente gravame del rev. Ciccolella, nella indicata qualità, condannò Francesco e Luigia Buttaro, eredi di Claudio Buttaro, al rilascio di detto complesso, alla demolizione di alcune opere ivi realizzate ed all'arretramento, a distanza legale, delle costruzioni edificate sul confinante terreno di loro proprietà.

1.2. Con sentenza n. 12040/2000, infine, la Corte di cassazione respinse i primi due motivi d'impugnazione dei Buttaro e ne accolse il terzo, limitatamente al capo di condanna all'arretramento delle costruzioni predette, rinviando ad altra sezione della Corte di appello di Roma.

2. Successivamente, con citazione dell'11 dicembre 2001, Luigia e Francesco Buttaro chiesero al Tribunale di Latina, sezione distaccata di Gaeta, di dichiarare l'inesistenza delle tre menzionate sentenze, risultando inutiliter datae perché emesse nei confronti di un soggetto (Parrocchia) inesistente, e, come tali, insuscettibili di passare in cosa giudicata.

2.1. L'adito tribunale ritenne inammissibile – «in quanto coperta da giudicato implicito, inerendo a questione (difetto assoluto di legittimazione in capo al soggetto conferente la procura) attinente ad un presupposto processuale della domanda il cui sindacato è preliminare a qualsivoglia

pronuncia di merito» – l'actio nullitatis così intrapresa, e la Corte d'appello di Roma, con sentenza n. 5984/2012, pur dichiarandola ammissibile, la giudicò infondata, rilevando che: a) la Parrocchia aveva, al momento dell'intro-

duzione del primo processo, personalità giuridica pubblica in iure canonico, e, comunque, soggettività come “ente di fatto” nell’ordinamento statuale, come tale assoggettata alle norme del diritto comune (artt. 36-42 cod. civ.); b) la stessa aveva, poi, ottenuto il riconoscimento della personalità giuridica, con decreto del Ministero dell’Interno, nel 1986; c) la trasformazione della Parrocchia, nell’ordinamento statuale, da ente di fatto in persona giuridica, intervenuta durante il primo grado del precedente processo, aveva comportato non l’estinzione di un soggetto e la nascita di uno nuovo, bensì «una vicenda meramente evolutivo modificativa dello stesso soggetto, con la conseguenza, sul piano processuale, che, ai fini dell’attribuzione dello ius postulandi, è rilevante la sola circostanza che la procura sia stata conferita dal soggetto (parroco) che ne aveva, sia in origine che successivamente, la rappresentanza».

3. Avverso questa decisione ricorre per cassazione Luigia Buttaro, in proprio e quale erede di Francesco Buttaro, affidandosi a due motivi, resistiti dalla Parrocchia di San Giovanni Battista in Formia. Entrambe le parti hanno depositato memorie ex art. 380-bis.1 cod. proc. civ..

3.1. Il primo motivo, rubricato «Falsa applicazione di norme di legge: artt. 36 e 42 c.c., in relazione all’art. 360, n. 3, c.p.c.», ascrive alla corte territoriale di aver erroneamente attribuito una soggettività giuridica alla Parrocchia senza accertarne la pregressa idoneità ad assumere la titolarità

di diritti ed obblighi patrimonialmente rilevanti.

3.2. Il secondo, recante «Violazione di norme di diritto: artt. 28 e 29 della L. 20.5.1985, n. 222; art. 15 del d.P.R. 13.7.1987, n. 33, in relazione all’art. 360, n. 3, c.p.c.», contesta l’assunto secondo cui tali norme avrebbero trasformato le parrocchie da enti di fatto a persone giuridiche, ed assume che le stesse abbiano creato un soggetto nuovo, prima inesistente, nell’ordinamento giuridico.

4. Deve pregiudizialmente rilevarsi che la controricorrente, nel costituirsi, ha evidenziato che non è dato sapere se il defunto Francesco Buttaro sia morto ab intestato o lasciando un testamento, né se la sua coniuge, Olga Avallone, abbia rinunciato all’eredità, da ciò facendo derivare l’attuale non integrità del contraddittorio.

4.1. In proposito, ritiene il Collegio, facendo proprio un orientamento ormai consolidatosi nella giurisprudenza di legittimità, che il rispetto del diritto fondamentale ad una ragionevole durata del processo impone al giudice (ai sensi degli artt. 175 e 127 cod. proc. civ.) di evitare ed impedire

comportamenti che siano di ostacolo ad una sollecita definizione dello stesso, tra i quali rientrano quelli che si traducono in un inutile dispendio di attività processuali e formalità superflue perché non giustificate dalla struttura dialettica del processo e, in particolare, dal rispetto effettivo del principio del contraddittorio, da effettive garanzie di difesa e dal diritto alla par-

tecipazione al processo, in condizioni di parità, dei soggetti nella cui sfera giuridica l'atto finale è destinato a produrre i suoi effetti. Ne consegue che, in caso di ricorso per cassazione prima facie inammissibile o infondato, appare superfluo, pur potendone sussistere i presupposti, disporre la fissazione di un termine per l'integrazione del contraddittorio ovvero per la rinnovazione di una notifica nulla o inesistente, atteso che la concessione di esso si tradurrebbe, oltre che in un aggravio di spese, in un allungamento dei termini per la definizione del giudizio di cassazione senza comportare alcun beneficio per la garanzia dell'effettività dei diritti processuali delle parti (cfr., ex multis, Cass. Civ. n. 15106 del 2013, nonché, in motivazione, la più recente Cass. n. 12997 del 2017).

4.2. In applicazione di tale principio, quindi, presentandosi il ricorso di Luigia Buttaro come insuscettibile di accoglimento, per quanto appresso si dirà, diviene affatto superfluo indugiare ulteriormente in ordine all'attuale integrità, o meno, del contraddittorio, nonché alle relative potenzialiconseguenze.

5. Fermo quanto precede, entrambi i descritti motivi di ricorso, esaminabili congiuntamente perché connessi, sono infondati.

5.1. La corte territoriale, invero, ha affermato (ed il relativo accertamento in fatto è insindacabile in questa sede) che «la Parrocchia, dal 1983 (e, quindi, da data anteriore a quella di instaurazione del precedente giudizio svoltosi tra le parti, che la medesima corte fa risalire al 1984),

costituisce per l'ordinamento canonico una persona giuridica pubblica... la cui rappresentanza legale spetta al parroco» (cfr. pag. 7), e la correttezza di tale assunto è innegabile alla stregua dei canoni 515, § 3, 116, § 2, e 532 del Codex iuris canonici vigente dal 27 novembre 1983.

5.1.1. La stessa ha altresì accertato che «è documentato in atti che la Parrocchia di cui trattasi ha ottenuto il riconoscimento della personalità giuridica con decreto del Ministero dell'Interno nell'anno 1986» (cfr. pag. 7).

5.1.2. Infine, ha ritenuto che la trasformazione della Parrocchia, nell'ordinamento statuale, da ente di fatto in persona giuridica, intervenuta durante il primo grado del precedente processo, aveva comportato non l'estinzione di un soggetto e la nascita di uno nuovo, bensì «una vicenda meramente evolutiva modificativa dello stesso soggetto, con la conseguenza, sul piano processuale, che, ai fini dell'attribuzione dello ius postulandi, è rilevante la sola circostanza che la procura sia stata conferita dal soggetto (parroco) che ne aveva, sia in origine che successivamente, la rappresentanza» (cfr. pag. 8).

5.2. L'odierna ricorrente, invece, muove dal sostanziale assunto che la Parrocchia priva di personalità giuridica riconosciuta agli effetti civili non esista: la proposta actio nullitatis, infatti, lamenta che le sentenze rese nel precedente giudizio sarebbero inutiliter datae perché pronunciate nei confronti di un soggetto inesistente.

5.2.1. L'errore di tale percorso argomentativo sta nel fatto che il riconoscimento della personalità civile postula l'esistenza dell'ente parrocchiale, non risolvendosi in essa.

5.2.2. È appena il caso di rilevare, peraltro, che l'assunto della Buttarò circa l'inesistenza della Parrocchia prima dell'entrata in vigore delle Norme e la sua venuta ad esistenza solo a seguito del riconoscimento agli effetti civili della personalità giuridica, ai sensi dell'art. 29, comma 1, della legge n. 222 del 1985 (secondo cui «le parrocchie costituite dall'ordinamento canonico [...] acquistano la personalità civile dalla data di pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale del decreto del Ministero dell'interno che conferisce [...] alle parrocchie la qualifica di ente ecclesiastico civilmente riconosciuto»), oblitera totalmente la profonda differenza tra soggettività giuridica, intesa come idoneità ad essere potenziali titolari di diritti ed obblighi giuridici, e capacità giuridica, che è invece la misura della soggettività, cioè l'effettiva titolarità di diritti e obblighi. I due concetti (soggettività giuridica e capacità giuridica), se coincidono per le persone fisiche, rimangono distinti per le persone giuridiche.

5.3. È comunque dirimente sottolineare che il problema del riconoscimento della personalità agli effetti civili della Parrocchia è ormai superato perché nel 1986 – durante la pendenza del giudizio di prime cure del processo in cui sono state rese le sentenze di cui oggi è invocata l'inesistenza – è intervenuta la pubblicazione del corrispondente decreto ministeriale, sicché affatto condivisibilmente la corte d'appello ha osservato trattarsi di «una vicenda meramente evolutivo-modificativa dello stesso soggetto con la conseguenza, sul piano processuale, che, ai fini dell'attribuzione dello ius postulandi, è rilevante la sola circostanza che la procura sia stata conferita dal soggetto (parroco) che ne aveva, sia in origine che successivamente, la rappresentanza», confermandosi – tra l'altro – l'immediata applicabilità della nuova disciplina in pendenza di giudizio, secondo l'insegnamento di questa Suprema Corte.

5.4. Nemmeno può essere negata, poi (diversamente da quanto assunto dalla ricorrente), la natura quanto meno di ente di fatto (e, come tale, di soggetto di diritto) della Parrocchia nel periodo precedente alla pubblicazione del decreto ministeriale, con conseguente applicazione ad

essa delle disposizioni generali degli artt. 36-42 cod. civ.

5.4.1. Infatti, già il can. 100, § 3, del Codice di diritto canonico del 1917 poneva una regola da cui si era desunta la capacità giuridica dell'ente parrocchiale: «Personae morales sive collegiales sive non collegiales minoribus aequiparantur», disposizione che rendeva la Parrocchia un centro d'imputazione di diritti ed obblighi giuridicamente rilevanti. Essa, dunque, già sotto la vigenza di quel Codice, era ritenuta una universitas rerum, formata da un complesso di beni destinato al perseguimento di determinatissimi e possedeva anche le caratteristiche proprie dell'universitas personarum, come il Codice del 1983 andrà a spiegare.

5.4.2. Costituisce, inoltre, orientamento giurisprudenziale pressochè costante di questa Suprema Corte che gli enti ecclesiastici, privi di personalità civile, siano comunque soggetti di diritto “rilevanti” per l’ordinamento giuridico statale e soggetti alle norme di diritto comune (cfr.

ad esempio, la vicenda decisa da Cass. n. 5458 del 2003). L’applicazione di queste ultime trova il suo fondamento nel riconoscimento, da parte della giurisprudenza di legittimità, della «chiesa particolare» (di cui la Parrocchia è una delle sue tante declinazioni) come soggetto di diritto.

5.4.3. Già con la sentenza n. 4743 del 1979, invero, le Sezioni Unite di questa Corte, si pronunciarono positivamente sulla diocesi come soggetto titolare di capacità giuridica, e quella decisione tenne conto di un quadro giuridico che ancora non conosceva gli elementi costitutivi della Parrocchia (come emergenti dal Codex iuris canonici del 1983), né, tanto meno, il riconoscimento «agli effetti civili» previsto dalle Norme. Anche in quel caso la parte ricorrente lamentava l’inesistenza della diocesi, sostenendo che i giudici del merito avrebbero dovuto rilevare che questa non fosse una persona giuridica, indicando essa solo una circoscrizione territoriale (si tratta della stessa osservazione dell’odierna ricorrente laddove individua nella Parrocchia una mera «unità territoriale». Cfr. pag. 8 del ricorso). In detta occasione, le Sezioni Unite ritennero infondato il corrispondente motivo di impugnazione perché la presenza di una «chiesa particolare» (che può essere una parrocchia, una diocesi, un vicariato) e di una «chiesa universale», intesa come «la porzione del popolo dei fedeli affidata alla cura del vescovo», non toglie che l’ente ecclesiastico minore (nella specie, una diocesi) «per il diritto canonico e per l’ordinamento dello Stato sia una persona giuridica». Ed è innegabile che la Parrocchia, come «chiesa particolare», è espressione, prolungamento della «chiesa universale».

5.4.4. In altra fattispecie, poi, questa Corte ha riconosciuto personalità giuridica (rectius: capacità giuridica) anche ai benefici parrocchiali, osservando che questi disponevano di personalità giuridica già prima dell’entrata in vigore delle Norme, operando un’analogia con gli enti ecclesiastici, tra i quali va collocata anche la Parrocchia: si legge infatti che «A queste indicazioni si aggiunga che, ai sensi del canone 1409 del previgente codice di diritto canonico (quello del 1917. Ndr), i benefici ecclesiastici avevano personalità giuridica, avendo in comune con gli enti ecclesiastici le norme relative al riconoscimento della stessa» (cfr. Cass. n. 5024 del 1995).

5.5. Risulta, pertanto, coerente il rilievo della corte territoriale secondo cui anche gli enti non riconosciuti dallo Stato «non per questo non sono soggetti di diritto per l’ordinamento statale», assumendo la natura di enti di fatto con conseguente applicazione – secondo la dottrina maggioritaria – delle norme di diritto comune: tale affermazione, invero, è in linea con l’osservazione delle Sezioni Unite, che, pur negando la qualità dell’ente ecclesiastico

come ente pubblico nell'ordinamento italiano sia nel regime previgente alle modificazioni del Concordato tra Stato e Chiesa Cattolica sia nel regime attuale, hanno ritenuto che «il riconoscimento della personalità giuridica concerne anche le associazioni e le fondazioni private (art. 12 cod. civ.)» (cfr. Cass., SU, n. 61 del 1990).

5.6. Infine, va disattesa la tesi della Buttaro che vede, nel riconoscimento della personalità agli effetti civili, la nascita di un nuovo e diverso ente rispetto a quello precedente convenuto in giudizio.

5.6.1. Anche in questo caso, la corte di merito ha condivisibilmente osservato che si tratta di un fenomeno modificativo-evolutivo: le Norme non sono finalizzate a «creare» un nuovo ente dotato di personalità giuridica ex novo, quanto a permettere un riconoscimento legale ad una situazione già di fatto apprezzabile in cui la Parrocchia ha già personalità giuridica (per diritto positivo in iure canonico).

5.6.2. Questa Corte, del resto, ha avuto modo di sottolineare che il conferimento alle singole parrocchie della qualifica di ente ecclesiastico civilmente riconosciuto, «secondo la dottrina, ha avuto l'effetto di equiparare la situazione di tali enti nello Stato alla situazione in cui si trovano nel diritto canonico» (cfr., in motivazione, Cass. n. 5458 del 2003), e non – pertanto – la nascita di un nuovo soggetto. È, comunque, dirimente il fatto che il riconoscimento della personalità giuridica di un ente ecclesiastico è disciplinato da norme di natura pubblicistica (cfr. Cons. Stato, sez. IV, 30 marzo 2000, n. 1835), e ciò implica il ricorso agli istituti pubblicistici ed, in particolare modo, a quello della «continuità giuridica», che si caratterizza per la contestuale estinzione del precedente ente e la contemporanea nascita del nuovo che succede al precedente in tutti i rapporti giuridici senza soluzione di continuità: ai sensi dell'art. 30 delle Norme, «con l'acquisto da parte della parrocchia, della personalità giuridica (...) si estingue, ove esistente, la personalità giuridica della chiesa parrocchiale ed il suo patrimonio è trasferito di diritto alla parrocchia, che succede all'ente estinto in tutti i rapporti attivi e passivi».

5.6.3. Da ultimo, anche a non voler rimarcare la singolarità della condotta processuale di Luigia Buttaro (e del defunto Francesco Buttaro), quanto all'aver invocato, in questo giudizio, la inesistenza giuridica della Parrocchia ora controricorrente dopo avere rivendicato (con esito rivelatosi infruttuoso) diritti nei suoi confronti in quello precedente, merita, comunque, di essere sottolineato che lo specifico problema della personalità giuridica degli enti ecclesiastici non è soggetto alle regole di cui agli artt. 1 e 16 del codice civile, né dell'art. 16 preleggi: invero, al momento della instaurazione (notifica della citazione introduttiva, risalente all'ottobre 1984) del processo nel quale furono rese le sentenze che oggi si pretende invalidare, era ancora vigente la legge n. 810 del 1929 (recante la Esecuzione del Trattato, dei quattro allegati annessi e del Concordato, sottoscritti in Roma, fra la Santa Sede e l'Italia,

l'11 febbraio 1929), che, nel Concordato ivi riportato (che, in quanto norma pattizia ed eccezionale, derogava, necessariamente, alla disciplina generale), prevedeva (cfr. art. 29, lettera A), che «Ferma restando la personalità giuridica degli enti ecclesiastici finora riconosciuta dalle leggi italiane (Santa Sede, diocesi, capitoli, seminari, parrocchie, ecc.), tale personalità sarà riconosciuta anche alle chiese pubbliche aperte al culto, che già non l'abbiano, comprese quelle già appartenenti agli enti ecclesiastici soppressi, con assegnazione, nei riguardi di queste ultime, della rendita che attualmente il Fondo per il culto destina a ciascuna di esse». Il riferimento pure alle "parrocchie", dunque, non può che lasciare intendere che le stesse, già all'epoca, fossero considerate come giuridicamente esistenti e munite di soggettività (arg. Da Cass. n. 4627 del 2002).

6. Il ricorso va, dunque, respinto, restando le spese di questo giudizio regolate dal principio di soccombenza, e dandosi atto, altresì, – in assenza di ogni discrezionalità al riguardo (cfr. Cass. n. 5955 del 2014; Cass., S.U., n. 24245 del 2015; Cass., S.U., n. 15279 del 2017) – della sussistenza dei presupposti per l'applicazione dell'art. 13, comma 1-quater, del d.P.R. 30 maggio 2002, n. 115, inserito dall'art. 1, comma 17, della legge 24 dicembre 2012, n. 228 (applicabile *ratione temporis*, essendo stato il ricorso proposto successivamente al 30 gennaio 2013), in tema di contributo unificato per i gradi o i giudizi di impugnazione: norma in forza della quale il giudice dell'impugnazione è vincolato, pronunciando il provvedimento che definisce quest'ultima, a dare atto della sussistenza dei presupposti (rigetto integrale o inammissibilità o improcedibilità dell'impugnazione) per il versamento, da parte dell'impugnante soccombente, dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello dovuto per l'impugnazione proposta.

P. Q. M.

rigetta il ricorso e condanna la ricorrente al pagamento delle spese del giudizio di legittimità, che liquida in € 5.000,00 per compensi, oltre alle spese forfettarie nella misura del 15%, agli esborsi liquidati in € 200,00, ed agli accessori di legge. Ai sensi dell'art. 13, comma 1-quater, del d.P.R. n. 115 del 2002, inserito dall'art. 1, comma 17, della l. n. 228 del 2012, dà atto della sussistenza dei presupposti per il versamento, da parte della ricorrente, dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello dovuto per il ricorso, giusta il comma 1-bis dello stesso articolo 13. Così deciso in Roma, nella camera di consiglio della Prima sezione civile della Corte Suprema di cassazione, il 21 marzo 2018.

Il Presidente
Dott. STEFANO SCHIRÒ

PARROCCHIA E SOGGETTIVITÀ GIURIDICA NELL'ORDINAMENTO ITALIANO

ALESSANDRO ROSARIO RIZZA

1. INTRODUZIONE

LA Corte di Cassazione si è pronunciata, per la prima volta, sull'esistenza della parrocchia come ente giuridico nell'ordinamento italiano.¹ Il provvedimento si lascia apprezzare per due motivi principali: in primo luogo, i giudici di legittimità hanno razionalizzato il pensiero, nel merito condivisibile, della Corte territoriale; in secondo luogo si è restituita coerenza dogmatica ad alcuni approdi della Corte di Cassazione, che ebbe modo di pronunciarsi sulla capacità giuridica di altri enti ecclesiastici minori, pur tuttavia senza approfondire l'iter argomentativo su cui la stessa statuizione si fondava. La dottrina, da parte sua, non ha mai focalizzato l'attenzione sulla capacità giuridica della parrocchia, dandone per appurata la personalità, anche e soprattutto alla luce del nuovo concordato e della possibilità, per ogni parrocchia, di poter ottenere il riconoscimento agli effetti civili. Con il presente lavoro si cercherà di approfondire alcuni punti cardine del provvedimento, cercando di ricollocare l'esistenza dell'ente nella teoria generale sulla soggettività giuridica, muovendosi – a rette parallele – tra il diritto pubblico e quello ecclesiastico, facendo preliminarmente cenno agli aspetti processual-civilistici della vicenda.

La problematica affrontata ruota intorno all'art. 29 della l. 20 maggio 1985, n. 222 (contenente le Norme circa gli enti e i beni ecclesiastici in Italia e circa la revisione degli impegni dello Stato italiano e gli interventi del medesimo nella gestione patrimoniale degli enti ecclesiastici, d'ora in avanti nel testo "Norme").² Secondo la disposizione in esame, a seguito della richiesta avanzata dalla parrocchia, è possibile per questa ottenere il riconoscimento della personalità giuridica attraverso un decreto ministeriale. La disciplina, ai fini

alessandrorosario.rizza@unite.it, Of Counsel presso Studio Legale Rizza - Trieste

¹ L'ordinanza in commento è inedita ed è stata segnalata sull'Osservatorio Giuridico Legislativo della Conferenza Episcopale Italiana. Per quanto riguarda l'ente parrocchia, con particolare riferimento agli aspetti amministrativi, si rimanda all'*Istruzione in materia amministrativa* (2005), «Notiziario della Conferenza Episcopale Italiana», 8/9, 2005, spec. pp. 382-392.

² Secondo la disposizione in esame «le parrocchie costituite dall'ordinamento canonico (...) acquistano la personalità civile dalla data di pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale del decreto del Ministero dell'Interno che conferisce (...) alle parrocchie la qualifica di ente ecclesiastico civilmente riconosciuto».

che qui interessano, pone all'interprete due principali questioni: prima di tutto, ci si può domandare se – prima dell'intervento del decreto ministeriale – la parrocchia possa comunque avere una sorta di rilevanza all'interno degli ordinamenti giuridici stranieri e in secondo luogo se il decreto ministeriale costituisca un nuovo soggetto di diritto del tutto autonomo rispetto a quello precedente (ed è la tesi avanzata dai ricorrenti) ovvero se si possa trattare del medesimo soggetto che acquista la personalità giuridica agli effetti civili (tesi avallata dalla pronuncia in esame). La questione è stata avvertita come di massima importanza dalla Sesta Sezione, tant'è che il Sostituto Procuratore Generale, pur non avendo rassegnato le conclusioni nel caso in esame, aveva proposto la rimessione della questione alle Sezioni Unite o – tutt'al più – all'udienza pubblica.

Tuttavia, la questione può essere risolta attraverso un'attenta analisi delle fonti giuridiche e il supporto della giurisprudenza di legittimità, motivo per cui, probabilmente, la rimessione della causa alle Sezioni Unite è sembrata eccessiva, ed è stata disattesa dal collegio, che ha optato per la pronuncia in camera di consiglio. Vorrei solo osservare che a differenza della modalità operativa della Terza Sezione civile, che ritiene opportuno rimettere le questioni giuridiche di rilevante importanza all'udienza pubblica, la Prima ha invece consolidato un orientamento di "diritto vivente"³ che le permette di pronunciarsi su questioni rilevanti anche attraverso il giudizio camerale, rilevandosi fin d'ora che – nonostante l'utilizzo del provvedimento ordinatorio – la Corte di Cassazione ha emesso un'ordinanza assimilabile, per quanto concerne la motivazione, a una sentenza.⁴

2. IL FATTO

La questione trae origine dall'esercizio dell'*actio nullitatis*, attraverso la quale si è sostenuta l'inesistenza delle sentenze pronunciate nel corso del giudizio intrapreso da un soggetto in rappresentanza di una parrocchia asserita inesistente. I ricorrenti, dopo tre gradi di giudizio, nel primo dei quali erano risultati anche vincitori (ed altrettanto, sebbene parzialmente, in Cassazione), sostengono che il soggetto con cui si è litigato in quel processo non esista. Il Tribunale di Latina, con la sentenza n. 524 emessa nel 1994, rigettava la do-

³ Sulla controversa definizione, fondata sulla divergenza tra *law in the books* e *law in action*, v. per tutti G. ZAGREBELSKY, *La dottrina del diritto vivente*, in *Strumenti e tecniche di giudizio della Corte costituzionale. Atti del convegno, Trieste 26-28 maggio 1986*, Milano, Giuffrè, 1988, pp. 110-113.

⁴ Su questi e altri aspetti del giudizio camerale si può vedere il lavoro di D. MALTESE, *I procedimenti in camera di consiglio: profili generali*, «Rivista di diritto civile», 1997, pp. 565-580, che prende anche in esame il rapporto tra *actio nullitatis* e pronuncia emessa in camera di consiglio.

manda proposta dal rev. Ciccolella nella qualità di parroco della parrocchia di San Giovanni Battista in Formia (d'ora innanzi "parrocchia"), nei confronti dei Buttaro, volta ad ottenere la condanna alla demolizione delle opere realizzate all'interno del complesso edilizio di parte attrice.⁵ Viceversa, il giudice di prime cure accoglieva la domanda riconvenzionale e dichiarava acquisito per usucapione l'importante complesso immobiliare oggetto del contendere. Nelle more del primo grado di giudizio, instaurato nel lontano 1984, interveniva – nel 1986 – il decreto del Ministero dell'interno che riconosceva la personalità civile della parrocchia, ai sensi dell'art. 29 delle Norme. La sentenza del giudice di primo grado veniva riformata dalla Corte d'Appello di Roma che, con sentenza n. 1524 del 1997, condannava gli appellanti al rilascio dei beni immobili. Per ultimo, la Corte di Cassazione respingeva i due motivi d'impugnazione dei Buttaro e accoglieva solo il terzo motivo, limitatamente al capo di condanna all'arretramento delle costruzioni realizzate sul confinante terreno di loro proprietà.⁶ Con atto di citazione notificato in data 11 dicembre 2001, i Buttaro chiedevano al Tribunale di Latina (sezione distaccata di Gaeta) di dichiarare l'inesistenza delle tre sentenze, di cui si è appena dato conto, in quanto emesse nei confronti di un soggetto inesistente. Il Tribunale di Latina dichiarava l'inammissibilità della domanda, in quanto coperta dal giudicato implicito, rilevando un difetto assoluto di legittimazione in capo al soggetto conferente la procura, trattandosi di un presupposto processuale della domanda. La Corte d'Appello di Roma, pur dichiarando ammissibile l'*actio nullitatis*, riteneva la pretesa infondata nel merito, statuendo che la parrocchia già nel 1983 è persona giuridica pubblica *in iure canonico* (can. 515 § 3 CIC 1983), e che – ad ogni modo – trovano applicazione le disposizioni generali degli artt. 36-42 c.c., perché, a prescindere dal riconoscimento statale della personalità giuridica, gli enti della Chiesa sono comunque soggetti di diritto: «quelli che non l'hanno ottenuta (perché non possono ottenerla o perché non l'hanno richiesta o perché, pur avendola chiesta, non è stata ancora loro concessa) non per questo non sono soggetti di diritto». La Corte territoriale rilevava ancora che nel caso di specie fos-

⁵ Il parroco chiedeva di condannare i convenuti alla «demolizione di tutte le opere realizzate in prossimità o all'interno del complesso edilizio di proprietà di parte attrice denominato Sant'Antonio in Monticelli composto da una chiesa, sagrestia, canonica, sagrato; al rilascio del piazzale, della canonica e del salone attigui alla Chiesa, l'accesso ai quali era impedito da un cancello con lucchetto installato dal convenuto; al risarcimento dei danni ex art. 872 c.c.».

⁶ Cass. civ., 12 settembre 2000, n. 12040, *inedita*. I giudici della Corte territoriale rilevavano che la Corte di Cassazione «respinse i primi due motivi di impugnazione ed, in accoglimento del terzo, annullò la sentenza C.A. Roma n. 1524/97 limitatamente al capo di condanna dei Buttaro all'arretramento di costruzioni realizzate sul confinante terreno di loro proprietà rinviando ad altra sezione della Corte di appello di Roma».

se comunque intervenuto il *ius superveniens* delle Norme, nonché il decreto ministeriale riconoscente la personalità civile della parrocchia. Il fenomeno in questione non importerebbe la nascita di un nuovo soggetto, bensì consisterebbe in «una vicenda meramente evolutivo modificativa dello stesso».⁷ Ricorre in Cassazione Luigia Buttaro, in proprio e quale erede di Francesco Buttaro, affidandosi a due motivi di ricorso che, per il loro stretto legame, la Corte di Cassazione ha deciso di trattare congiuntamente: il primo motivo è la falsa applicazione degli artt. 36-42 c.c. in relazione all'art. 360, n. 3 c.p.c. contestando l'inidoneità della parrocchia a porsi come soggetto dell'ordinamento senza un previo riconoscimento della personalità civile e contestando che la Corte d'Appello ha riferito alla parrocchia soggettività giuridica senza accertare la sua pregressa idoneità ad assumere la titolarità di diritti e obblighi patrimonialmente rilevanti. Il secondo motivo di ricorso riguarda la falsa applicazione degli artt. 28 e 29 delle Norme in relazione all'art. 360, n. 3 c.p.c. contestandosi l'assunto secondo cui esse abbiano trasformato le parrocchie da enti di fatto a persone giuridiche. Secondo i ricorrenti, le Norme sarebbero finalizzate a creare un soggetto nuovo (e prima di esse inesistente) nell'ordinamento giuridico italiano.

3. GLI ASPETTI PROCESSUALI DELLA VICENDA

Qualche riflessione sull'ammissibilità della domanda: inizialmente il Tribunale di Latina, operando nella sezione distaccata di Gaeta, ha ritenuto che la questione fosse inammissibile in quanto coperta dal giudicato, ed in tal senso non si sarebbe più potuta contestare la legittimazione ad agire del parroco nel precedente processo. Il ragionamento del giudice di prime cure si basa sulla constatazione che il giudicato copre non solo quanto espressamente dedotto, ma anche quanto astrattamente deducibile, che va a porsi come precedente logico necessario della pronuncia del giudice.⁸ Sulla legitti-

⁷ App. Roma, 28 novembre 2012, n. 5984, *inedita*.

⁸ Si tratta del giudicato implicito, su questa particolare tematica si rimanda al recente studio di M. DE CRISTOFARO, *Giudicato e motivazione*, «Rivista di diritto processuale», 2017, pp. 41-87. Secondo l'Autore «il rapporto tra accertamento, motivazione e giudicato si perde, perché per definizione si postula che l'efficacia di giudicato promani dal silenzio, ossia nonostante l'assenza di un accertamento su una determinata pregiudiziale di merito che trovi altresì riscontro nella motivazione» (p. 51). Sul punto si sarebbe costituito un giudicato implicito in quanto la pronuncia «logicamente presuppone la definizione dell'oggetto processuale del giudizio nel senso della sussistenza delle condizioni di decidibilità della causa nel merito» (M. DE CRISTOFARO, *op. ult. cit.*, p. 52). Questa riflessione, inoltre, apre lo sguardo alla tesi del «doppio oggetto del giudizio» sostanziale e processuale su cui ha scritto C. CONSOLO, *Il cumulo condizionale di domande*, Padova, CEDAM, 1985, *passim* il quale però riprende sostanzialmente il pensiero di E. ALLORIO, *Critica della teoria del giudicato implicito*, «Rivista di diritto processuale civile», 1938, p. 250 secondo cui «è vero ed è intuitivo che una decisione affermativa da parte del giudice adito circa il proprio potere di giudicare sul merito deve ne-

mazione ad agire si sarebbe formato un giudicato implicito, in quanto tra la questione su cui il giudice si è pronunciato espressamente e quella risolta in modo implicito sussiste non tanto un rapporto di causa/effetto, quanto un nesso di dipendenza talmente imprescindibile che non si può risolvere una questione senza prima aver deciso anche l'altra:⁹ il giudicato implicito, per dirla con Claudio Consolo, si sarebbe generato nel (e dal) silenzio del comportamento di parte.¹⁰ La stessa Corte di Cassazione, nella prima sentenza emessa tra le stesse parti, si era pronunciata, incidentalmente, sulla legittimazione della parrocchia osservando che «è appena il caso di ricordare, al riguardo, come il giudicato si formi anche sulle questioni la cui decisione, pur adottata nel contesto della motivazione ma non riportate tra quelle espressamente inserite nel dispositivo, di queste tuttavia rappresentino, come nella specie, un antecedente logico necessario».¹¹

cessariamente prendere la *decisione* nel merito». Tra i molteplici approdi giurisprudenziali si rimanda, a titolo esemplificativo, a Cass. civ., 14 gennaio 2002, n. 349, in banca dati elettronica *pluris-cedam.utetgiuridica.it*; Cass. civ., 21 giugno 2004, n. 11493, in *Gius*, 2004, p. 3858; Cass. civ., Sez. Un., 27 aprile 2005, n. 8692, «Rivista delle cancellerie», 2005, p. 436 secondo cui «il giudicato si forma non soltanto sulle questioni oggetto di puntuale pronuncia nel dispositivo ma anche su quelle espressamente trattate e decise nella motivazione che rispetto alle prime presentino carattere autonomo nonché su quelle, pur non espressamente trattate e decise, che delle stesse rappresentino, nondimeno, presupposti logici e necessari e s'intendano, pertanto, implicitamente decise».

⁹ Cass. civ., Sez. Un., 29 aprile 2003, n. 6632, «Diritto e pratica tributaria», 2003, p. 1376, secondo i giudici di legittimità «il giudicato implicito può dirsi formato solo se, da un lato, tra la questione decisa in modo espresso e quella che si vuole essere stata risolta implicitamente sussiste un rapporto di dipendenza indissolubile tale da determinare l'assoluta inutilità di una decisione sulla seconda questione e, dall'altro, la questione decisa in modo espresso non sia stata impugnata».

¹⁰ C. CONSOLO, *Postilla di completamento. Il giudicato ed il rilievo officioso della nullità del contratto: quanto e come devono essere ampi?*, «Corriere giuridico», 2013, pp. 184-188. L'Autore, adottando un approccio piuttosto critico verso il giudicato interno, nota che «il supposto sarebbe allora quello per cui “di ciò che sarebbe fin banale e scontato parlare si deve tacere” (per parafrasi, emendata, dal Wittgenstein) o, più modernamente, *the less, the more*. Senonché questa giustificazione ha un sapore *wishful thinking* ottativo: vorremmo fosse così, ci piacerebbe pensare che il silenzio incorpori una rapida ma accurata rassegna di tutte le forme di nullità che potrebbero emergere *ex actis*, anziché esprimere (almeno talora) un atteggiamento di semplice disattenzione in capo al giudice, in qualche modo speculare a quello denotato dai difensori. L'esperienza e il vissuto senso pratico, tuttavia, suggeriscono che non sporadicamente la disponibilità (e/o capacità) di osservazione è semplicemente monca ed assopita» (p. 186).

¹¹ Cass. civ., 12 settembre 2000, n. 14040, *inedita*. I giudici di legittimità osservano ancora che «solo per completezza devesi rilevare come le questioni della legittimazione della parrocchia e della proprietà della stessa sui beni *de quibus*, oggetto di trattazione nella memoria *ex art.* 378 c.p.c. e da parte del difensore dei ricorrenti nella discussione orale, non possono trovare ingresso in questa sede, non solo in quanto non dedotte nel ricorso – ai cui motivi né memorie né esposizione orale, destinate esclusivamente ad illustrare e chiarire quanto in essi esposto, possono aggiungerne altri, come, d'altronde, neppure possono ampliare od

La Corte territoriale e la Corte di Cassazione non hanno però condiviso questa impostazione e hanno, di converso, ritenuto ammissibile l'azione di nullità. I giudici hanno fatto riferimento a quell'orientamento secondo cui la sentenza emessa nei confronti di un soggetto giuridicamente inesistente sarebbe anch'essa giuridicamente inesistente e tale vizio potrebbe essere fatto valere solo attraverso l'azione di nullità. Sul punto, i giudici di legittimità hanno già avuto modo di osservare che la sentenza «in quanto resa nei confronti di soggetto giuridicamente inesistente e quindi priva dei presupposti necessari per la produzione dell'effetto di certezza giuridica proprio del giudicato, va considerata come inesistente. Deve pertanto logicamente argomentarsi (...) che avverso tale pronunzia – la cui giuridica inesistenza può esser fatta valere al di fuori del processo in cui è intervenuta con un'autonoma *actio nullitatis*». ¹² Il pensiero della Corte territoriale – e, seppur implicitamente, della Corte di Cassazione – sembrerebbe fondarsi sulla rituale proposizione di un'azione di nullità del precedente giudizio, e in questo senso sottratta alla generale regola di conversione dei motivi di nullità in mezzi di gravame: ciò perché, nel precedente giudizio, i ricorrenti non avevano mai lamentato che difettesse in capo alla parrocchia la *legitimatatio ad causam* (trattandosi di beni di proprietà di un altro ente come, ad esempio, la Curia Vescovile) e neppure la *legitimatatio ad processum* in capo al parroco, bensì che quest'ultimo – instaurando il giudizio prima dell'entrata in vigore delle Norme – aveva agito in nome di un soggetto all'epoca inesistente e pertanto tra le parti non si era potuto instaurare nessun rapporto processuale valido. Se è questa l'interpretazione corretta, la formazione del giudicato implicito andrebbe esclusa sulla circostanza del fatto che questo ha per presupposto minimo l'esistenza di un rapporto processuale, nel caso di specie revocato in dubbio attraverso il ricorso: l'esistenza della parte processuale si collocerebbe tra i presupposti di esistenza del giudizio, il cui difetto andrebbe accertato con l'azione di nullità, né l'esistenza della parte potrebbe collocarsi

integrare o specificare il contenuto di quelli già proposti – ma anche in quanto decise in senso sfavorevole ai ricorrenti stessi dal giudice di primo grado senza che costoro abbiano impugnato detto capo della sentenza, passato, quindi, in giudicato». Nel caso di specie, va detto che una pronuncia nel rito sarebbe potuta essere astrattamente ammissibile sulla constatazione che vi è stato un qualche, sebbene non argomentato ed esplicito, riconoscimento (da parte della giurisprudenza, della dottrina nonché da parte degli stessi ricorrenti) della parrocchia come ente di fatto, tale da poter revocare in dubbio la fondatezza dell'azione.

¹² È l'insegnamento di Cass. civ., 6 giugno 2000, n. 7569, in banca dati elettronica *pluriscedam.utetgiuridica.it*. In una successiva pronuncia, i giudici di legittimità, confermando questo orientamento, hanno rilevato che «la sentenza è nulla, o, per meglio dire, radicalmente inesistente (...), tutte le volte in cui manchi di quel minimo di elementi o di presupposti che sono necessari per produrre l'effetto di certezza giuridica che è lo scopo del giudicato, come nell'ipotesi in cui sia resa nei confronti di soggetto deceduto prima della notificazione dell'atto introduttivo di giudizio» (Cass. civ., 5 ottobre 2001, n. 12292, *ibidem*).

tra i presupposti c.d. di validità o procedibilità del processo. La problematica processuale, tuttavia, è risolta dalla Corte territoriale, sul rilievo che «l'*actio nullitatis* – ancorché astrattamente ammissibile – è da ritenersi infondata difettando il presupposto della giuridica inesistenza di uno dei soggetti nei confronti dei quali sono state emesse le sentenze avverso le quali la stessa è diretta».

4. LINEE DI RICERCA E PRIMI RILIEVI

La decisione della Corte di Cassazione si basa sull'esigenza, avvertita a livello fattuale, che l'ordinamento giuridico non possa essere insensibile a un soggetto di diritto, considerandolo *tamquam non esset* solo perché questi non sia riconosciuto agli effetti civili e, dunque, improntata a dare un valore formale, e non sostanziale, al decreto. A parere di chi scrive, il discrimine è ravvisabile già nelle richieste avanzate dai ricorrenti, i quali hanno lamentato l'inesistenza della parrocchia, riferendosi testualmente a un «soggetto inesistente». Senonché, sembrerebbe più corretto discernere la personalità giuridica (acquisita in forza del decreto del Ministero dell'interno) dall'esistenza della parrocchia in quanto soggetto di diritto riconosciuto, anche di fatto, da un certo Stato.

In questo senso, il ricorrente, agendo con l'*actio nullitatis*, avrebbe dovuto dimostrare l'inesistenza della parrocchia come soggetto di diritto e, conseguentemente, provare che l'ordinamento giuridico italiano tratta l'ente ecclesiastico al pari di un soggetto inesistente. A questo punto, si sarebbe dovuto contestare il motivo dell'applicazione delle disposizioni generali civilistiche, innanzi a una prassi, piuttosto diffusa, di considerare la parrocchia come un soggetto di fatto, capace di inserirsi anche nel traffico economico, attraverso la conclusione di contratti e l'intrattenimento di rapporti giuridici con i terzi. La Corte territoriale, per legittimare l'esistenza della parrocchia come soggetto di diritto, menziona il *Codex Juris Canonici* del 1983, ma senza mai affermare espressamente che la sua esistenza possa desumersi dal diritto positivo canonico e successivamente si dice – forse in termini ultronei, sebbene come *obiter dictum* – che «non tutti gli enti della Chiesa ottengono il riconoscimento dello Stato», ma il problema – a livello pratico – sembrerebbe irrilevante, stante l'applicazione delle norme di diritto comune (artt. 36-42 c.c.). Com'è ravvisabile, attraverso un ragionamento non sempre lineare, la Corte d'Appello di Roma ammette che la parrocchia possa essere titolare di una capacità giuridica, pur senza ravvisarne espressamente il fondamento di diritto positivo o dogmatico.

Attraverso questa operazione logica, i giudici di merito hanno scelto di non entrare nell'annoso problema circa la possibilità di dedurre la capacità giuridica dell'ente ecclesiastico non riconosciuto direttamente dal *Codex Ju-*

ris *Canonici* del 1983.¹³ Per ultimo, la Corte di Appello si è limitata a prendere atto della pubblicazione del decreto del Ministero dell'interno, durante la pendenza del primo grado di giudizio, concludendo in questo senso la propria motivazione. Riassumendo, il ragionamento della Corte d'Appello può essere sintetizzato in due passaggi: a) fino al 1984 la parrocchia sta in giudizio come un ente di fatto, soggetta alle norme di diritto comune (artt. 36-42 c.c.); mentre in un secondo momento, e in particolare modo dal 1986, b) la parrocchia acquista la personalità civile, subentrando nei rapporti processuali e sostanziali già intrapresi in precedenza.

Un ragionamento diverso, probabilmente di maggior pregio ricostruttivo, sarebbe stato quello di indagare su alcuni punti glissati dalla Corte territoriale e, in particolare, se già prima del riconoscimento "agli effetti civili", la parrocchia potesse definirsi un soggetto di diritto, e dunque un ente apprezzabile per l'ordinamento italiano. La risposta alla problematica avrebbe potuto prendere le mosse da Cass. civ., Sez. Un., 11 settembre 1979, n. 4743 (già citata in nota) che riconosce la legittimazione processuale della diocesi. I giudici di legittimità hanno sostenuto la personalità giuridica nell'ordinamento italiano argomentando direttamente dal *Codex Juris Canonici* del 1983. Riconoscendo il Codice come una fonte fatto, i giudici hanno applicato, sebbene ancora come *extremum iuris remedium*, le disposizioni generali degli artt. 36-42 c.c., in quanto l'ordinamento giuridico riconosce gli enti ecclesiastici come soggetti di diritto, anche senza il bisogno di una espressa personalità giuridica. Prima di proseguire, va fatta un'ultima considerazione: i ricorrenti, nel sostenere l'inesistenza della parrocchia, avrebbero dovuto porsi il preventivo problema di dimostrare come essa non possa considerarsi un soggetto di diritto, sia prima dell'intervento del decreto ministeriale sia – e soprattutto – dopo. Ciò in quanto, come si avrà modo di vedere più avanti, le Norme sono applicabili con effetti retroattivi. Ciò vuol dire che il ricorrente avrebbe dovuto ragionare *a contrariis* rispetto a Cass. civ., Sez. Un., 11 settembre 1979, n. 4743, cit. dimostrando l'inesistenza dell'ente ecclesiastico non *sic et simpliciter* fondandosi sul fatto che nel momento iniziale della lite non aveva la personalità civile, ma avrebbe dovuto dimostrare l'inesistenza *tout court* della parrocchia come soggetto di diritto, solo in questo senso si sarebbe potuto scongiurare l'acquisto della personalità giuridica in corso di causa.

¹³ Si muove in senso opposto al paventato timore della Corte territoriale Cass. civ., Sez. Un., 11 settembre 1979, n. 4743, in banca dati elettronica *pluris-cedam.utetgiuridica.it* che argomenta, per riconoscere l'esistenza di un ente ecclesiastico, direttamente dal Codice Canonico, interpretandolo come fonte fatto e deducendo dalle norme la sua esistenza, come soggetto di diritto, anche all'interno dell'ordinamento italiano, difatti i giudici di legittimità giungono a dire che «la diocesi è per il diritto canonico e per l'ordinamento dello Stato una persona giuridica».

4. 1. *La pretesa dei ricorrenti e nuovi dubbi*

L'implicazione logica del ricorrente, su cui si fonda l'intero ricorso, ruota intorno al riconoscimento della personalità civile della parrocchia, assumendo la struttura di "se A, allora B". Gli odierni ricorrenti hanno sostenuto che "se la parrocchia è priva di personalità giuridica riconosciuta agli effetti civili, allora la stessa non esiste", difatti, agendo con l'*actio nullitatis* hanno lamentato che le pronunce, rese nei precedenti gradi di giudizio, siano state *inutiliter datae* perché pronunciate nei confronti di un soggetto inesistente. Emerge, fin d'ora, una perplessità circa le argomentazioni avanzate, perché il riconoscimento della personalità civile presuppone l'esistenza dell'ente parrocchiale, non risolvendosi in essa: in dottrina si è osservato che l'autorità ecclesiastica «costituisce» o «erige» le parrocchie, e per «costituzione» deve intendersi l'attività materiale costitutiva «cui può aggiungersi ma anche non aggiungersi il riconoscimento delle personalità»,¹⁴ la quale è intesa come un elemento accidentale e non costitutivo. A ciò va aggiunto che l'art. 7 c. 2 della l. 25 marzo 1985, n. 121 attribuisce agli enti ecclesiastici una chiara configurazione giuridica nell'ordinamento positivo nazionale, presupponendone già la loro esistenza, laddove si legge che «la Repubblica italiana, su domanda dell'autorità ecclesiastica o con il suo assenso, continuerà a *riconoscere* la personalità giuridica degli enti ecclesiastici aventi sede in Italia, eretti o approvati secondo le norme del diritto canonico», la cui attività di religione e culto verranno precisate all'art. 16 lett. a delle Norme; in altri termini se un ente ecclesiastico, avente finalità di religione e di culto, è eretto nel pieno rispetto della normativa canonica, potrà avere personalità giuridica *anche* nell'ordinamento italiano.

5. LE NORME COME DISPOSIZIONI PROCESSUALI.

L'EFFETTO RETROATTIVO

Va operato un distinguo tra la soggettività giuridica, intesa come idoneità ad essere potenziali titolari di diritti e obblighi giuridici e capacità giuridica, che è invece la misura della soggettività, cioè l'effettiva titolarità di diritti e obblighi. I due concetti (soggettività giuridica e capacità giuridica) se coincidono per le persone fisiche, rimangono distinti per quelle giuridiche. I ricorrenti, al fine di ottenere una pronuncia positiva, avrebbero potuto dubitare della parrocchia come soggetto di diritto, concetto ontologicamente diverso

¹⁴ G. LO CASTRO, voce «*Persona giuridica nel diritto canonico*», in *Digesto delle discipline privatistiche*, sez. civ., XIII, Torino, UTET, 1995, p. 424. Nell'ordinanza in commento, la Corte di Cassazione osserva che «l'errore di tale percorso argomentativo sta nel fatto che il riconoscimento della personalità civile postula l'esistenza dell'ente parrocchiale».

dall'essere titolare di una personalità giuridica, riconosciuta agli effetti civili e fondata sulla capacità della parrocchia.

Il problema dell'esistenza, nel caso deciso, è superato perché – durante la pendenza del giudizio di prime cure – è intervenuta la pubblicazione del decreto ministeriale di riconoscimento della personalità giuridica agli effetti civili (1986), sicché la Corte d'Appello osserva, correttamente, che si tratta di «una vicenda meramente evolutivo-modificativa dello stesso soggetto con la conseguenza, sul piano processuale, che, ai fini dell'attribuzione dello *ius postulandi*, è rilevante la sola circostanza che la procura sia stata conferita dal soggetto (parroco) che ne aveva, sia in origine che successivamente, la rappresentanza». ¹⁵ Invero, la conclusione del giudice di merito trova un valido precedente nella giurisprudenza di legittimità, la quale ha qualificato le Norme come disposizioni processuali, e – in quanto tali – suscettibili di applicazione retroattiva. Si è detto che «la legge 20 maggio 1985, n. 222 (contenente disposizioni sugli enti e beni ecclesiastici in Italia e per il sostentamento del clero cattolico in servizio nelle diocesi) è entrata in vigore, secondo le disposizioni contenute nell'art. 75, il giorno 3 giugno 1985 (data della sua pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale) e, quindi, anteriormente alla proposizione dell'appello deciso con la sentenza impugnata. Pertanto, in mancanza di disposizioni contrarie, le norme processuali in essa contenute si applicano al processo in corso, stante il principio della immediata entrata in vigore delle leggi processuali». ¹⁶ Nella stessa pronuncia, la Corte di Cassazione giunge ad affermare che da ciò deriva l'acquisto della personalità giuridica, in pendenza di giudizio, da parte degli enti ecclesiastici, decorrente dalla data della pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale del decreto del Ministero dell'interno, che conferisce la qualifica di ente civilmente riconosciuto, ai sensi dell'art. 29 c. 1 delle Norme. Prima dell'emanazione del decreto ministeriale, l'orientamento giurisprudenziale in questione opta per l'applicazione delle disposizioni generali degli artt. 36-42 c.c., pur senza soffermarsi sulla soggettività giuridica della parrocchia, la quale potrebbe trovare un proprio fondamento nel principio di apparenza e nel suo riconoscimento di fatto. Diversamente, i ricorrenti hanno aderito a quell'orientamento secondo cui la stessa configurabilità di ente di fatto non può andare disgiunta dalla esistenza del sub-

¹⁵ Nell'ordinanza in commento, i giudici di legittimità osservano che «è comunque dirimente sottolineare che il problema del riconoscimento della personalità agli effetti civili della Parrocchia è ormai superato perché nel 1986 – durante la pendenza del giudizio di prime cure del processo in cui sono state rese le sentenze di cui oggi è invocata l'inesistenza – è intervenuta la pubblicazione del corrispondente decreto ministeriale».

¹⁶ Cass. civ., 9 maggio 1995, n. 5024, «Rivista di diritto ecclesiastico», 1995, p. 451. Le Norme sono concepite come regole processuali direttamente applicabili in pendenza di giudizio, che stabiliscono la successione *ex lege* del «nuovo» ente nella posizione giuridica del precedente.

strato, inteso come complesso degli elementi personali e patrimoniali, in assenza dei quali resta esclusa l'idoneità del mero *nomen* a costituire centro di imputazione soggettiva dei rapporti giuridici di natura privatistica.¹⁷ Tuttavia, andrebbe preso in considerazione anche il can. 100 § 3 del Codice del 1917, il quale poneva una regola da cui la dottrina aveva già ravvisato la capacità giuridica dell'ente parrocchiale: «*personae morales sive collegiales sive non collegiales minoribus aequiparantur*», disposizione che sembrerebbe riconoscere la parrocchia come un capo d'imputazione di diritti e obblighi giuridicamente rilevanti.¹⁸ Potrebbe essere dirimente l'osservazione che la parrocchia, secondo un'autorevole dottrina, già sotto la vigenza del Codice del 1917 poteva considerarsi una *universitas personarum* (costituita anche dai fedeli riuniti attorno all'ente parrocchiale, concepiti come elemento imprescindibile), ma anche una *universitas rerum* (formata da un complesso di beni destinato al perseguimento di determinati fini).¹⁹

6. GLI APPRODI GIURISPRUDENZIALI SULL'ESISTENZA DEGLI ENTI ECCLESIASTICI

Dalla lettura del quadro giurisprudenziale si può dedurre che i giudici hanno concepito gli enti ecclesiastici, sebbene privi di un riconoscimento agli effetti civili, come soggetti di diritto "rilevanti" per l'ordinamento interno e subordinati, in questo senso, alle norme di diritto comune. Un caso analogo a quello deciso ha avuto ad oggetto la legittimazione processuale di un reverendo (rappresentante della Provincia dei Frati minori); in quella circostanza i giudici di Piazza Cavour hanno ritenuto esistente la personalità giuridica, in quanto è «insufficiente sotto diversi aspetti l'affermazione che l'ente ecclesiastico in questione non avrebbe riconoscimento giuridico, con la conseguenza che le attività dei suoi rappresentanti ricadrebbero sul fondo comune senza limiti». Attraverso l'uso del ragionamento del "tavolo a gambe traballanti", i giudici hanno affermato che, anche laddove continuassero a sussistere dubbi sulla personalità giuridica della Provincia dei Frati minori, troverebbe comunque applicazione la disciplina generale del Codice civile, concepita dunque come una valvola di sfogo: «ciò non esonera

¹⁷ In dottrina v. F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, Jovene, 1986, p. 40 che argomenta ex artt. 27 c. 2 e 28 c. 1 c.c., tuttavia il pensiero resta inapplicabile al caso di specie, perché, come si vedrà in narrativa e già prima della riforma, era possibile ravvisare nell'ente parrocchiale una *universitas personarum* e *rerum*.

¹⁸ G. LEZIROLI, *Persona morale e persona fisica nel diritto canonico. Notezioni minime sul can. 100 § 3*, in *Studi in onore di P.A. d'Avack*, Milano, Giuffrè, 1976, p. 871-897.

¹⁹ Su questi due elementi, necessari ai fini dell'esistenza dell'ente ecclesiastico, si rinvia alla *relatio* di W. Onclin sui lavori del *coetus studiorum de personis physicis et iuridicis*, «Communicationes», 1974, p. 98; cfr. inoltre i *praenotanda* allo *Schema canonum libri II De Populo Dei*, ivi, 1977, p. 241.

dall'osservanza delle regole generali, più volte ribadite da questa Corte». ²⁰ Tuttavia, va osservato che l'applicazione delle norme di diritto comune trova il suo fondamento nel riconoscimento, da parte della giurisprudenza di legittimità, della "chiesa particolare" come soggetto di diritto, senonché la parrocchia non sembrerebbe potersi annoverare in questa categoria, anche se a una diversa conclusione potrebbe giungersi laddove si procederebbe a una comparazione circa la posizione giuridica degli enti espressione di una "chiesa particolare" e la parrocchia. Un'altra significativa apertura giurisprudenziale risale al 1979, la Corte di Cassazione, a Sezioni Unite, si è pronunciata positivamente sulla diocesi come soggetto titolare di capacità giuridica. Va notato che la pronuncia delle Sezioni Unite si inserisce all'interno di un quadro giuridico che ancora non conosce gli elementi costitutivi degli enti ecclesiastici come emergenti dal *Codex Juris Canonici* del 1983, né il riconoscimento "agli effetti civili", successivamente previsto dalle Norme. Anche in quel caso, il ricorrente lamentava l'inesistenza della diocesi, sostenendo che i giudici del merito avrebbero dovuto rilevare l'inesistenza dell'ente, in quanto privo della personalità giuridica. Si sarebbe trattato di una circoscrizione territoriale, analogamente a quanto sostenuto dall'odierno ricorrente, secondo cui la parrocchia costituirebbe una mera «unità territoriale». Anche in quel caso, il motivo di ricorso venne dichiarato infondato perché la presenza di una "chiesa particolare" e di una "chiesa universale", intesa come «la porzione del popolo dei fedeli affidata alla cura del vescovo», non toglie che l'ente ecclesiastico minore «per il diritto canonico e per l'ordinamento dello Stato sia una persona giuridica». ²¹

In un altro caso la Corte di Cassazione ha riconosciuto personalità giuridica (sebbene dovrebbe parlarsi di capacità giuridica) anche ai benefici parrocchiali, osservando che questi disponevano della personalità già prima dell'entrata in vigore delle Norme. Sembrerebbe allora che i giudici abbiano operato un'analogia con gli enti ecclesiastici minori, tra i quali hanno collocato anche la parrocchia: si legge infatti che «a queste indicazioni si aggiunga che, ai sensi del canone 1409 del previgente codice di diritto canonico (quello del 1917, n.d.r.), i benefici ecclesiastici avevano personalità giuridica, avendo in comune con gli enti ecclesiastici le norme relative al riconoscimento della stessa». ²² In questo senso, e come già dianzi anticipato, anche la parrocchia sembrerebbe avvicinarsi, almeno per trattamento giuridico, alla «chiesa particolare», e in tal senso si spiega perché nel provvedimento in commento, il relatore, Consigliere Eduardo Campese, abbia definito la parrocchia come espressione di una chiesa particolare, a propria volta prolungamento di quella universale.

²⁰ Cass. civ., 8 aprile 2003, n. 5458, in *Gius*, 2003, p. 1879.

²¹ Cass. civ., Sez. Un., 11 settembre 1979, n. 4743, cit.

²² Cass. civ., 9 maggio 1995, n. 5024, cit.

Attraverso questo “cammino giurisprudenziale”, inoltre, assume coerenza l’osservazione della Corte d’Appello romana, secondo cui anche gli enti non riconosciuti dallo Stato «non per questo non sono soggetti di diritto per l’ordinamento statale». Sarebbe proprio l’apprezzamento fattuale a giustificare l’applicazione delle disposizioni di diritto comune, anche laddove si dia rilievo al fatto che le Sezioni Unite, con un’importante pronuncia, pur negando la qualità dell’ente ecclesiastico come ente pubblico nell’ordinamento italiano sia nel regime previgente alle modificazioni del Concordato tra Stato e Chiesa Cattolica sia nel regime attuale, hanno osservato che comunque «il riconoscimento della personalità giuridica concerne anche le associazioni e le fondazioni private (art. 12 cod. civ.)». ²³

7. LA CONTINUITÀ GIURIDICA DELLA PARROCCHIA (E INFONDATEZZA DEL SECONDO MOTIVO DI RICORSO)

I ricorrenti hanno sostenuto che con l’entrata in vigore delle Norme (e con il decreto ministeriale), la parrocchia si costituirebbe come nuovo soggetto, autonomo e svincolato dalla sua precedente (materiale) esistenza. Tuttavia, anche questo secondo motivo non è stato ritenuto ammissibile dalla Corte, sebbene sia stato trattato congiuntamente al primo.

Su questo preciso argomento, la Corte d’Appello aveva osservato che sembrerebbe trattarsi di un fenomeno modificativo-evolutivo: le Norme non sarebbero finalizzate a «creare» un nuovo ente dotato di personalità giuridica *ex novo*, quanto a permettere un riconoscimento legale a una situazione già di fatto apprezzabile, in cui la parrocchia ha già personalità giuridica (per diritto positivo *in iure canonico*). Ed in tal senso sembrerebbe deporre anche la giurisprudenza di legittimità, laddove ha notato che il conferimento alle singole parrocchie della qualifica di ente ecclesiastico civilmente riconosciuto «secondo la dottrina, ha avuto l’effetto di equiparare la situazione di tali enti nello Stato alla situazione in cui si trovano nel diritto canonico». ²⁴ L’approdo giurisprudenziale sembrerebbe fare riferimento al fatto che «il riconoscimento di un ente ecclesiastico come persona giuridica servirebbe non a costituire un soggetto nuovo nell’ordinamento (...), ma a regolare una pluralità di atti e di relazioni come se fossero imputabili unitariamente a un ente astratto, inserendoli nel tessuto giuridico», in caso contrario s’incorrerebbe nella censura di «riconoscere ad un soggetto la potenzialità di riassumere tutte le situazioni giuridiche di un ordinamento, senza ammetterne l’originarietà rispetto ad esso». ²⁵

²³ Cass. civ., Sez. Un., 11 gennaio 1990, n. 61, «Rivista di diritto ecclesiastico», 1992, p. 68.

²⁴ Cass. civ., 8 aprile 2003, n. 5458, cit.

²⁵ G. LO CASTRO, voce «Persona giuridica nel diritto canonico», cit. p. 421.

A parere di chi scrive, in questa particolare circostanza si potrebbe invocare l'istituto pubblicistico della continuità giuridica: può essere dirimente il fatto che il riconoscimento della personalità di un ente ecclesiastico sia disciplinato da norme di natura pubblicistica, come sembrerebbe emergere dalla giurisprudenza.²⁶ Questa circostanza, pertanto, può legittimare, con risultati interessanti, il ricorso all'istituto pubblicistico della continuità giuridica, oggetto anche di un recente studio di Mario Fiorillo.²⁷ L'istituto consiste nella possibilità di ammettere l'estinzione del precedente ente e la contemporanea nascita del nuovo, che succede al precedente in tutti i rapporti giuridici senza soluzione di continuità. L'applicazione dell'istituto potrebbe essere giustificata anche dall'art. 30 delle Norme, laddove prevede che «con l'acquisto, da parte della parrocchia, della personalità giuridica (...), si estingue, ove esistente, la personalità giuridica della chiesa parrocchiale e il suo patrimonio è trasferito di diritto alla parrocchia, che succede all'ente estinto in tutti i rapporti attivi e passivi». Peraltro, questa visione è coerente con l'intento espresso dalla Commissione paritetica e cioè quello che a ogni singola "realtà canonica" corrisponda una sola personalità, e non – come nell'ordinamento previgente – più personalità.²⁸ Superando questa osservazione, si è detto in dottrina come la capacità giuridica sussista già prima dell'intervento del decreto ministeriale, ai sensi dell'art. 29 c. 1 delle Norme: il riconoscimento civile della personalità della parrocchia, così come è intesa dal nuovo Codice di diritto canonico, non comporta, nel regime concordatario, l'assunzione di una capacità giuridica prima non riconosciuta, quanto l'estinzione della personalità giuridica civile (già esistente) della chiesa parrocchiale, il cui patrimonio è trasferito di diritto alla parrocchia, e quella della personalità giuridica civile dei benefici parroc-

²⁶ Cfr. Cons. Stato, 30 marzo 2000, n. 1835, «Quaderni di diritto e politica ecclesiastica», 2000, p. 1020, in cui, tra l'altro, si osserva, in tema di giurisdizione, che se «si controverte sulla sussistenza della personalità giuridica di un ente (nella specie, ecclesiastico), ai fini della competenza giurisdizionale, occorre distinguere se vi sia stato o non un formale decreto di riconoscimento. Nel primo caso, la giurisdizione spetta all'autorità giudiziaria ordinaria, trattandosi di una questione di stato; nel secondo caso, invece, quando l'amministrazione rifiuta di certificare – a norma dell'art. 15, comma 5, del regolamento di cui al d.p.r. 13 febbraio 1987 n. 33 – che un ente ecclesiastico abbia la personalità giuridica per antico possesso di stato accertabile con un'attenta indagine, la giurisdizione spetta al giudice amministrativo, perché, secondo le varie leggi sulla materia succedutesi nel tempo, il riconoscimento o meno della personalità giuridica degli enti ecclesiastici è stato sempre disciplinato da norme di natura pubblicistica».

²⁷ Cfr. M. FIORILLO, *La nascita della Repubblica e i problemi giuridici della continuità*, Milano, Giuffrè, 2000.

²⁸ Per questa osservazione si rimanda alla *Relazione sui principi*, pubblicata da F. MARGIOTTA BROGLIO, *Riforma della legislazione concordataria sugli enti e sul patrimonio ecclesiastico: i «principi» della commissione paritetica Italia-S. Sede*, «Foro italiano», 1984, pp. 368-378.

chiali, sostituiti nella loro funzione principale dall'Istituto diocesano per il sostentamento del clero.²⁹

8. IL FONDAMENTO DELLA CAPACITÀ GIURIDICA

Diverso e ulteriore problema (che nel caso deciso dalla Corte rileva solo *incidenter tantum* perché è intervenuto il decreto ministeriale di riconoscimento della personalità civile) è quello di stabilire in forza di quali principi la parrocchia possa definirsi un ente di fatto e cioè dove trovi legittimazione la propria capacità giuridica. La Corte di Cassazione non ha mai affrontato apertamente il tema, ma dall'analisi del quadro giurisprudenziale, e soprattutto dalla pronuncia a Sezioni Unite del 1979, il fondamento della capacità giuridica degli enti ecclesiastici potrebbe trovare diretta legittimazione nel *Codex Juris Canonici* del 1983, conosciuto dal giudice nazionale come una fonte fatto a cui rapportare il singolo ente ecclesiastico ai fini della sua qualificazione, come soggetto di diritto, nel suo ambito naturale di appartenenza, con ricadute di fatto nell'ordinamento interno.

Il ragionamento delle Sezioni Unite, che sostanzialmente riconoscono personalità giuridica alla diocesi già prima del riconoscimento agli effetti civili avvenuto con le Norme, sembrerebbe applicabile anche alla parrocchia, che – per diritto positivo – è contemplata come soggetto autonomo di diritto dall'art. 42 della Costituzione *Sacrosanctum Concilium* dove essa assume capacità giuridica in forza di un *coetus fidelium* con un posto preminente fra le varie comunità che un vescovo deve costituire nella sua diocesi. La parrocchia trova ancora un diretto riferimento nell'art. 30 del Decreto *Christus dominus* sull'ufficio pastorale dei vescovi nella Chiesa, dove è considerata la *determinata pars dioecesis* che è affidata alla rappresentanza del parroco, in quanto «principale collaboratore del vescovo» e, infine, nell'art. 10 del Decreto *Apostolicam Actuositatem* sull'apostolato dei laici dove costituisce un «*exemplum praecipuum apostolatus communitarii*».

La capacità giuridica dell'ente ecclesiastico sembrerebbe imporsi all'interno degli ordinamenti esterni in forza delle teorie ecclesiastiche elaborate nel passato, ciò che induce a osservare che la portata delle Norme «non deve essere sopravvalutata», poiché ricognitiva di una situazione di fatto.³⁰

Non può, neppure, riconoscersi valenza giuridica a una circolare del Ministero dell'interno del 1954 laddove si nega espressamente che le diocesi e le parrocchie possano considerarsi «entità giuridiche a sé stanti».³¹ La dottrina,

²⁹ In questi termini L. GEROSA, voce «Parrocchia», in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, x, Torino, UTET, 1995, p. 692.

³⁰ G. FELICIANI, voce «Circoscrizioni ecclesiastiche», in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, III, Torino, UTET, 1995, p. 107.

³¹ La circolare è menzionata in V. DEL GIUDICE, *Codice delle leggi ecclesiastiche*, Milano,

anche prima del 1983, è univoca nel riconoscere capacità giuridica all'ente parrocchiale, concependolo come soggetto titolare di rapporti giuridici attivi e passivi; in questo senso potrà discutersi del fondamento ma non dell'esistenza della parrocchia, esistenza definita anche "reale". Infatti, secondo la teoria della "verità metafisica", l'ente parrocchiale andrebbe considerato una persona giuridica al pari di quella fisica, sia per quanto riguarda la capacità giuridica sia la capacità d'agire.³² Seguendo questa linea di pensiero, l'ente parrocchiale è, già prima dell'intervento legislativo (sebbene in forza del solo diritto canonico), una persona giuridica, esistente e dotata di legittimazione processuale, legittimazione che anzi permette all'ente stesso di tutelare la sua posizione e quella del potere secolare ampiamente inteso: la parrocchia agirebbe processualmente *nomine Ecclesiae*, perseguendo l'*intuitu boni publici*.³³ Si possono riassumere le varie posizioni dottrinali, volte a ricercare il fondamento dell'ente parrocchiale già prima dell'intervento di diritto positivo del 1983, dicendo che esse oscillarono tra la cosiddetta "realtà delle persone giuridiche" (si tratta di un riflesso della realtà delle persone fisiche)³⁴ e la "realtà indipendente", che sostiene l'esistenza dell'ente ecclesiastico sulla base della realtà ideale o metafisica. Nelle elaborazioni dottrinali, queste teorie non contemplano una limitazione spaziale, giacché giustificano, al contrario, l'estensione del riconoscimento giuridico dell'ente al di fuori dello Stato Vaticano.

La capacità dell'ente ecclesiastico si espanderebbe anche negli ordinamenti esterni in forza di questa elaborazione teorica: l'esistenza giuridica della parrocchia viene riconosciuta dall'autorità ecclesiastica, in forza del dato giuridico positivo, e successivamente, in forza della teoria "reale", l'ente ecclesiastico rivendicherebbe l'originalità e l'indipendenza verso l'autorità

Giuffrè, 1956, pp. 269-270. La circolare, riferita al periodo di vigenza del vecchio codice di diritto canonico del 1917, lungi dal ricercare i requisiti della soggettività giuridica, come emergenti da un'analisi sistematica delle fonti, nonché dalla prassi (da cui non vanno separati i formanti extragiuridici), esclude aprioristicamente la qualifica fondandosi su una sterile, quanto rigida, interpretazione letterale del previgente Codice.

³² Si tratta di teorie note già dai primi anni del xx secolo tutte improntate a mettere in risalto l'esistenza dell'ente ecclesiastico anche parrocchiale, avversando la *Fiktionstheorie* su cui ha scritto *ex multiis* A. TOSO, *Ad codicem iuris canonici commentaria minora. Lib. II – De personis*, Roma, Ephemerides Ius Pontificium, 1922, *Sub can.* 87, n. 1, 9-10; alfiere della teoria è comunque U. STUTZ, *Der Geist des Codex iuris canonici*, Stuttgart, Enke, 1918, pp. 211-212.

³³ Il lavoro a cui si fa riferimento è il saggio di P. GILLET, *La personnalité juridique en droit ecclésiastique spécialement chez les Décretistes et les Décretalistes et dans le Code de droit canonique*, Malines, W. Godenne, 1927, p. 273.

³⁴ È la tesi sostenuta da A. VERMEERSCH, *De personae moralis origine seu constitutione*, «Jus Pontificium», 1930, p. 288 ss.; cfr. altresì G. MICHIELS, *Principia generalia de personis in Ecclesia*, Parisiis-Tornaci-Romae, Typis Societatis S. Joannis Evangelistae, 1955, pp. 348-354 e K. HOHENLOHE, *Grundlegende Fragen des Kirchenrechts*, Wien, Mayer, 1931.

statale. In questo senso, si potrebbe ravvisare un collegamento tra l'ente ecclesiastico dotato di soggettività giuridica e la visione pluralistica e liberale dell'organizzazione statale italiana: in questa visione, tra l'altro avallata dall'ordinamento costituzionale, si creerebbe un parallelismo (in forza del combinato disposto dell'art. 18 Cost. insieme a cann. 301 e 313 CIC) tra il fenomeno della personalità pubblica e quello dell'associazionismo pubblico,³⁵ segnandosi la definitiva delegittimazione della dottrina ottocentesca tendente a negare la personalità giuridica all'ente parrocchiale, di cui fu alfiere Francesco Ruffini.³⁶

8. 1. *Dal Codice canonico del 1917 a quello del 1983.*
Indizi di una capacità giuridica?

Come si è detto, la Suprema Corte di Cassazione afferma la capacità giuridica degli enti ecclesiastici collocandola sempre all'interno delle previsioni di diritto positivo canonico e – in particolare modo – nel *Codex Juris Canonici* del 1983. Ciò non toglie che già prima di questo fosse configurabile una capacità giuridica dell'ente parrocchiale. La parrocchia è generalmente considerata un soggetto di diritto facilmente individuabile, che assume rilievo

³⁵ La libertà di associazione è espressione del più ampio principio pluralistico, collocato – grazie alla forza espansiva dell'art. 2 Cost. – tra i principi fondamentali dell'ordinamento repubblicano. L'associazionismo rappresenta, per richiamare una definizione di crisafulliana esperienza, la chiave di volta del sistema costituzionale nonché il principio che permette di risolvere dialetticamente tutte le antinomie; inoltre, richiamando le osservazioni di P. RIDOLA, *Democrazia pluralistica e libertà associative*, Milano, Giuffrè, 1987, *passim*, la portata generale dell'art. 18 Cost. assicura alle associazioni una sfera di azione giuridica parificata a quella degli individui. Per quanto riguarda, invece, la distinzione tra associazione e altre forme di aggregazione, è possibile qualificare la Chiesa universale come una formazione sociale, in quanto aggregato caratterizzato dalla naturalità e dalla necessità (laddove lo stesso Stato Vaticano si identifica con la Chiesa universale), mentre la parrocchia, come Chiesa particolare di fatto, è annoverabile tra le associazioni, tutelate ex art. 18 Cost., che va ad individuare una disciplina di carattere generale valida per tutte le libertà associative, disciplina che deve essere interpretata in combinato disposto non solo con le altre forme associative direttamente previste dalla Costituzione – come sostiene F. BENELLI, *Sub art. 18 Cost.*, in S. BARTOLE, R. BIN, *Commentario breve alla Costituzione*, Padova, CEDAM, 2008², p. 145 – ma anche con quelle disposizioni, come cann. 301 e 313 CIC, capaci di assurgere determinate realtà associative, non espressamente contemplate dalla Costituzione, come gli enti ecclesiastici minori, in associazioni atipiche ascrivibili nella legalità costituzionale.

³⁶ F. RUFFINI, *La classificazione delle persone giuridiche in Sinibaldo dei Fieschi (Innocenzo IV) e in Federico Carlo di Savigny*, in *Scritti in onore di Francesco Schupfer*, Torino, Bocca, 1898, pp. 313-393, la tesi dell'Autore (oltre che apparire ormai destituita) non è condivisibile, perché, alla luce della tesi accolta in narrativa, l'intervento delle Norme ha valenza ricognitiva delle posizioni della scienza giuridica secolare, riconoscendo un'esistenza, quella dell'ente parrocchiale, già presupposta vuoi dallo stesso *Codex Juris Canonici* del 1983 vuoi dalle elaborazioni dottrinali antecedenti. È possibile giungere a queste conclusioni argomentando dal lavoro di G. LO CASTRO, *Il soggetto e i suoi diritti*, Milano, Giuffrè, 1985, in particolare pp. 161-162.

anche negli ordinamenti giuridici stranieri, in caso contrario si giungerebbe all'inaccettabile situazione di negarle il compimento di qualsiasi negozio giuridico con soggetti di altri ordinamenti, senza un previo riconoscimento della personalità giuridica "agli effetti civili", con palese violazione del principio d'eguaglianza o con il diverso onere di costituirsi in forma societaria o associativa. Un ruolo fondamentale sembrerebbe essere quello assunto dagli stessi terzi che entrano in contatto con l'ente parrocchiale, e in questo senso non può non considerarsi il comportamento degli stessi ricorrenti nel precedente giudizio, in cui proponevano, contro la parrocchia, domanda riconvenzionale volta all'acquisto per usucapione del diritto di proprietà del complesso immobiliare appartenente alla stessa. Dopo aver vinto in primo grado e aver perso in appello, ricorrevano anche al giudice di legittimità, confidando loro per primi nell'esistenza, quanto meno come ente di fatto, della parrocchia.³⁷ L'esistenza degli enti ecclesiastici è ravvisabile anche dalla consultazione dei lavori preparatori del Codice del 1917, in cui si parla di «*persona romani pontifias*», altre volte di «*persona dioecesis*» e, ciò che qui più interessa, di «*persona paroeciae*», ricorrendo all'elaborazione della personalità giuridica secondo l'ottica della concessione della soggettività da parte dell'ordinamento. Nella configurazione dell'ente ecclesiastico, la personalità assume la forma di uno «strumento nelle mani dell'autorità ecclesiastica per trarre ad esistenza giuridica una realtà prima inesistente nell'ordinamento», in questo senso è proprio l'ordinamento ecclesiastico che si arroga «il compito di svolgere una funzione generativa di vita giuridica». Allora, la parrocchia può concepirsi come un «centro d'imputazione di effetti giuridici

³⁷ Nell'ordinanza in commento i giudici di legittimità osservano che «da ultimo, anche a non voler rimarcare la singolarità della condotta processuale di Luigia Buttarò (e del defunto Francesco Buttarò), quanto all'aver invocato, in questo giudizio, la inesistenza giuridica della Parrocchia ora controricorrente dopo avere rivendicato (con esito rivelatosi infruttuoso) diritti nei suoi confronti in quello precedente, merita, comunque, di essere sottolineato che lo specifico problema della personalità giuridica degli enti ecclesiastici non è soggetto alle regole di cui agli artt. 1 e 16 del codice civile, né dell'art. 16 preleggi: invero, al momento della instaurazione (notifica della citazione introduttiva, risalente all'ottobre 1984) del processo nel quale furono rese le sentenze che oggi si pretende invalidare, era ancora vigente la legge n. 810 del 1929 (recante la Esecuzione del Trattato, dei quattro allegati annessi e del Concordato, sottoscritti in Roma, fra la Santa Sede e l'Italia, l'11 febbraio 1929), che, nel Concordato ivi riportato (che, in quanto norma pattizia ed eccezionale, derogava, necessariamente, alla disciplina generale), prevedeva (cfr. art. 29, lettera A), che "Ferma restando la personalità giuridica degli enti ecclesiastici finora riconosciuta dalle leggi italiane (Santa Sede, diocesi, capitoli, seminari, parrocchie, ecc.), tale personalità sarà riconosciuta anche alle chiese pubbliche aperte al culto, che già non l'abbiano, comprese quelle già appartenenti agli enti ecclesiastici soppressi, con assegnazione, nei riguardi di queste ultime, della rendita che attualmente il Fondo per il culto destina a ciascuna di esse". Il riferimento pure alle "parrocchie", dunque, non può che lasciare intendere che le stesse, già all'epoca, fossero considerate come giuridicamente esistenti e munite di soggettività».

diversi dagli individui singoli»,³⁸ esistenza che trova il proprio fondamento nel Corpo mistico di Cristo, anzi, si è osservato che – pur in assenza di una disciplina ricognitiva – l’ente ecclesiastico è titolare di una soggettività autonoma e più profonda rispetto agli altri corpi morali.

Nel Codice del 1917 manca un riferimento espresso alla parrocchia come soggetto di diritto, tuttavia la dottrina era giunta all’elaborazione della sua esistenza, intendendola come un soggetto attivo e passivo di rapporti di diritto sostanziale e processuale. Il *Codex Juris Canonici* del 1983 accoglie e recepisce quest’orientamento dottrinale e la realtà giuridica delle parrocchie, intese come «centri di attribuzione di effetti giuridici e di imputazione di relazioni giuridiche».³⁹

La personalità giuridica della parrocchia trova la sua prima legittimazione nella Chiesa universale, istituzione secolare, senza mai – però – trascendere in un fenomeno religioso, difatti essa non è annoverata tra le cosiddette “persone morali”, e cioè tra gli enti connessi al verificarsi di eventi trascendenti come, ad esempio, la Chiesa cattolica o la Sede apostolica; ma rientra nelle “persone giuridiche”, trattandosi di un ente reale, formale e dipendente dal diritto positivo. Su quest’ultimo aspetto va precisato che sebbene il legislatore del 1917 non si sia espressamente riferito alla personalità giuridica della parrocchia – come già dianzi detto – riconosceva «in essa per lo meno l’esistenza di due distinte personalità giuridiche», parlandosi, già all’epoca, di una «duplice capacità giuridica di natura patrimoniale».⁴⁰

9. LA CAPACITÀ GIURIDICA NEL CODICE DEL 1983

L’esistenza della parrocchia come soggetto giuridico, concetto cardine attorno al quale si snoda la soluzione del caso, e che può indurre a prospettare una vera e propria personalità giuridica in capo all’ente parrocchiale, ruota intorno a tre principi ecclesiologici fondamentali, che sono a) la comunità dei fedeli, che va a costituire l’elemento soggettivo della parrocchia e per-

³⁸ G. LO CASTRO, voce «*Persona giuridica nel diritto canonico*», cit., p. 421, di cui anche le citazioni precedenti.

³⁹ Ivi, p. 420; si tratta dell’opinione prevalente in dottrina, cfr. anche IDEM, *Personalità morale e soggettività giuridica nel diritto canonico. Contributo allo studio delle persone morali*, Milano, Giuffrè, 1974, *passim* e, più di recente, IDEM, *Il soggetto e i suoi diritti nell’ordinamento canonico*, cit., *passim*.

⁴⁰ L. GEROSA, voce «*Parrocchia*», cit., p. 690; di cui anche la citazione precedente. Per quanto riguarda le due personalità giuridiche si tratta – più precisamente – del *beneficium paroeciale* e della *ecclesia paroecialis*; mentre – per quanto concerne la duplice capacità giuridica di natura patrimoniale – la dottrina maggioritaria non ne ha mai contestato la sua fondatezza, ma si è interrogata su quale sia il soggetto effettivamente titolare di questa capacità giuridica; per le tesi avanzate sull’argomento si rimanda a T. MAURO, voce «*Parrocchia*», in *Enciclopedia del diritto*, XXI, Milano, Giuffrè, 1981, pp. 868-887, in particolare pp. 871-873.

mette di classificarla anche (ma non solo) come un “insieme di persone”, di fatti Libero Gerosa ha osservato che «tutti i fedeli partecipano alla missione della Chiesa che è un vero e proprio popolo sacerdotale»;⁴¹ b) la guida del presbitero, e dunque la capacità di avere un valido rappresentante, anche processuale, che si faccia portatore degli interessi parrocchiali, e che sia legittimato a resistere in giudizio; c) la relazione di appartenenza a una Chiesa, per mezzo dell'obbedienza all'autorità del vescovo. Questi tre elementi necessitano di una lettura sinergica e omnicomprensiva, che importa la percezione della parrocchia come «un soggetto unitario di missione, individuato e circoscritto come singola comunità ecclesiale da un quarto elemento non costitutivo ma esclusivamente determinativo: il territorio».⁴²

I ragionamenti spesso richiamati dalla Corte di Cassazione, per giungere ad affermare la personalità giuridica degli enti ecclesiastici, o quanto meno la loro qualificazione come soggetti di diritto, si basano sul presupposto che la parrocchia è una delle possibili forme giuridiche di comunità eucaristiche di una chiesa particolare, comunità che condividono – spesso – i medesimi elementi costitutivi. Ritornando a questi ultimi, va detto che i tre principi ecclesiologici fondamentali dianzi riportati, ravvisabili nella più raffinata teologia sviluppatasi sotto la vigenza del precedente Codice, acquistano portata giuridica con il can. 515 CIC a seguito degli insegnamenti del Concilio Vaticano II e permettono, come si è anche osservato, di «porre le basi di una nuova regolamentazione giuridica in cui la parrocchia emerga come soggetto unitario attivo».⁴³ Ciò permette di comprendere, *a posteriori*, come la parrocchia possa considerarsi un soggetto giuridico ancor prima dell'instaurazione del giudizio, avvenuta nel lontano 1984: la Corte territoriale richiama giustamente can. 515 § 3 CIC secondo cui «la parrocchia eretta legittimamente gode di personalità giuridica per il diritto stesso», mentre il can. 515 § 1 CIC recita che «la parrocchia è una precisa comunità di fedeli stabilmente costituita nella Chiesa particolare, e la cui cura pastorale, sotto l'autorità del vescovo diocesano, è affidata ad un parroco, come suo peculiare pastore». Nel testo normativo ritornano i tre elementi costitutivi di maggiore valenza giuridica: a) la *communitas christifidelium*; b) la “chiesa particolare” in cui questa precisa comunità di fedeli è stabilmente costituita e, infine, c) il parroco quale suo *pastor proprius*. La presenza dei fedeli è uno degli elementi giuridici caratterizzanti la soggettività dell'ente parrocchiale, difatti – a differenza di quanto avviene per le altre forme di comunità eucaristiche – la parrocchia rappresenta quella particolare forma giuridica di *aggregatio fidelium*, che nasce dalla forza unificatrice dell'Eucaristia, celebrata in un preciso luogo e in un particolare ambiente socio-culturale. Ciò permetterebbe di qualificare la

⁴¹ L. GEROSA, voce «Parrocchia», cit., p. 689.

⁴² *Ibidem*.

⁴³ *Ivi*, p. 690.

parrocchia come una comunità eucaristica di tipo giuridico e istituzionale, legittimata a stare in giudizio, anche valutando debitamente la positiva ricezione, nel nuovo Codice del 1983, della lezione conciliare sulla parrocchia, la cui struttura giuridica si basa sulla valorizzazione della dimensione comunitaria del Concilio Vaticano II.

10. OLTRE LE QUALIFICHE GIURIDICHE: IL FONDAMENTO PRAGMATICO

In conclusione, si può dire che l'ordinanza risolve una questione problematica, facendo luce anche su talune asserzioni della giurisprudenza di legittimità. Attraverso un richiamo "ragionato" alla propria giurisprudenza, la Corte ha ricondotto a sistema una materia particolarmente insidiosa, come quella della soggettività giuridica degli enti ecclesiastici, che potrà aprire varchi anche a ulteriori ragionamenti circa la soggettività degli enti non appartenenti alla Chiesa, le cui pretese di diritto sostanziale, ma preliminarmente processuali, sfumano in un ragionamento più complesso, che non può prescindere da una valutazione (e conclusioni) diverse circa la stabilità del legame tra fedeli ed ente. Un elemento dirimente è che, all'interno della realtà parrocchiale, è possibile individuare una comunità stabile di fedeli, a propria volta espressione di una Chiesa universale, all'interno della quale la parrocchia fonda le proprie radici, Chiesa che può contare su un'esistenza secolare, su disposizioni giuridiche (fonti fatte negli ordinamenti stranieri) e su una secolare (e raffinata) elaborazione giuridica. Per ultimo, va detto che la peculiare posizione dell'ente parrocchiale permette di richiamarne il "fondamento pragmatico", inteso quest'ultimo come una soggettività di fatto, che ricorda lontanamente, ma con incontrovertibili punti di contatto, la forza con cui i formanti extra-giuridici influenzano il "sistema legale" fino a divenirne parte integrante.⁴⁴

In questa prospettiva, la parrocchia è un soggetto di diritto non solo (o non tanto) in forza della previsione legale, che avrebbe la sola funzione di creare un "aggancio" nel diritto positivo (e, tanto meno, in forza del riconoscimento agli effetti civili previsto dalle Norme), ma anche perché l'ordinamento canonico concepisce la personalità giuridica in senso pragmatico. L'esistenza dell'ente parrocchiale è desumibile non da un esplicito conferimento del legislatore, ma dal fatto che la prassi, nell'esperienza giuridica canonica, non mostra mai un eccessivo interesse verso la personalità giuridica come requisito astrattamente considerato, tant'è che la stessa previsione di *persona iuridica* prevista dal legislatore del 1983, e richiamata dalla Corte d'Appello

⁴⁴ Sul rapporto tra formanti giuridici ed extra-giuridici si rimanda a R. SACCO, *Introduzione al diritto comparato*, Milano, UTET, 2012⁵, la celebre teoria dell'Autore ha attirato l'attenzione della dottrina internazionale, si ricorda anche R. SACCO, *Legal formants: a dynamic approach to comparative law*, «The American Journal of Comparative Law», 1991, pp. 1-34; pp. 343-402.

a fondamento dell'esistenza della parrocchia come soggetto di diritto, non svolge una funzione "creativa", ma si limita a prevedere una definizione già rinvenibile, sebbene taciuta, nel Codice del 1917. Oggi la definizione è espressa in can. 113 § 2 CIC secondo cui «*sunt etiam in Ecclesia (...) personae iuridicae, subiecta scilicet in iure canonico obligationum et iurium quae ipsarum indoli congruunt*». La disposizione in esame potrebbe considerarsi come norma di chiusura sulla soggettività giuridica, che – se intesa letteralmente e fuori dal contesto dianzi passato in rassegna – vorrebbe soggetti di diritto solamente gli enti personificati, ma – se letta nella complessità del sistema, dove il diritto positivo canonico si intreccia con la prassi e il diritto positivo "esterno" – si potrebbe intendere come una formula aperta, in un ordinamento che riconosce, vicino agli enti con personalità giuridica *ipso iure* (come la stessa parrocchia, d'altra parte), anche fenomeni di soggettività separati e autonomi rispetto al conferimento della personalità. Senza preoccuparsi di rispettare le esigenze derivanti dal rispetto di uno schema logico, cui viene dato un – forse artificiale – corpo giuridico.

NOTE E COMMENTI

SINODALITÀ E SINODO DEI VESCOVI*

JUAN IGNACIO ARRIETA

LA costituzione apostolica *Episcopalis communio* (EC), pubblicata il 15 settembre 2018,¹ ha modificato l'assetto istituzionale del Sinodo dei Vescovi che è probabilmente la struttura giuridica con caratteristiche di maggiore originalità sorta dalla riflessione conciliare successiva al Vaticano II. Poche settimane dopo, il 1° ottobre, è stata anche promulgata un'Istruzione collegata al documento pontificio concernente la celebrazione delle Assemblee sinodali e l'attività della Segreteria generale (ICS).² La portata di questi due provvedimenti, tuttavia, va ben oltre la ristrutturazione di un istituto centrale della Chiesa puntando, in realtà, a promuovere l'interazione sinodale nel governo pastorale della Chiesa, il che fa dell'iniziativa una delle più rilevanti del presente Pontificato.³

Qui si tratterà brevemente di alcune delle principali novità del testo.

jiarrieta@legtxt.va, Segretario del Pontificio Consiglio per i Testi Legislativi.

* Vedi nella sezione "Documenti" il testo della costituzione apostolica *Episcopalis communio*.

¹ Cfr. FRANCESCO, cost. ap. *Episcopalis communio*, del 15 settembre 2018, «L'Osservatore Romano», 19 settembre 2018, pp. 4-6. Nello stesso periodico, a pp. 6-7, sono stati contestualmente pubblicati tre brevi contributi di presentazione della norma: F. BALDISSERI, *Quattro chiavi*; F. FABENE, *Rifondazione sinodale*; D. VITALI, *Le radici nella tradizione*.

² Cfr. SEGRETERIA GENERALE DEL SINODO DEI VESCOVI, *Istruzione sulla celebrazione delle Assemblee Sinodali e sull'attività della Segreteria generale del Sinodo dei Vescovi*, del 1° ottobre 2018, «L'Osservatore Romano», 1-2 ottobre 2018, pp. 4-5. Sulle principali novità del testo, vedi F. FABENE, *Per facilitare il dibattito*, *ibidem*, p. 6.

³ La motivazione del cambiamento dell'istituto va letta nel quadro dell'impegno pontificio per introdurre la Chiesa «in una nuova tappa di evangelizzazione» (*Evangelii gaudium* n. 1), nella quale è necessario costituirsi in tutte le regioni della terra in uno «stato permanente di missione» (*Evangelii gaudium* n. 25). Si tratta, per Papa Francesco, di riplasmare profondamente tutte le strutture ecclesiali, perché diventino «più missionarie», cioè, più sensibili ai bisogni delle persone, più aperte al nuovo che avanza, più duttili in un'epoca di rapide trasformazioni (cfr. *Evangelii gaudium* n. 27), (F. BALDISSERI, *Quattro chiavi*, cit.).

1. I DOCUMENTI NORMATIVI

Sul piano della tecnica legislativa, l'iniziativa è formata da una costituzione apostolica e da un'istruzione emanata dalla Segreteria generale del Sinodo in forza di una delega legislativa contenuta nell'art. 26 del documento pontificio. Entrambe le norme, nel rispettivo contesto, meritano un'attenzione particolare.

Innanzitutto, l'adozione di una costituzione apostolica per riformare il Sinodo dei Vescovi potrebbe destare qualche sorpresa. Di solito le riforme specifiche dell'ordinamento della Chiesa avvengono attraverso un *Motu proprio*, e tale è stata anche la regola nel presente pontificato. Lo stesso Sinodo dei Vescovi venne istituito nel 1965 attraverso un *Motu proprio*, *Apostolica sollicitudo* di Papa Paolo VI,⁴ per cui, a prima vista, potrebbe risultare "asimmetrico" il fatto che anni dopo una semplice riforma dell'istituzione avvenga per mezzo di una costituzione apostolica, che è un documento normativo di rango formale superiore.

La scelta, però, non ha niente di enfatico – come, poi, si è voluto sottolineare⁵ – proprio perché il provvedimento ha ben più vasti orizzonti, rispetto ai quali la riforma dell'istituto sinodale risulta propedeutica o, quanto meno, un obiettivo parziale. La finalità della norma non è solo né principalmente quella di rimodellare il Sinodo dei Vescovi come istituto dell'organizzazione centrale, bensì promuovere attraverso di esso, nella Chiesa, la categoria della sinodalità.⁶

Dopo un esteso *proemio*, la costituzione apostolica *Episcopalis communio* distribuisce i suoi 27 articoli in cinque capitoli, più un altro contenente le disposizioni finali. Il nucleo della norma, però, non si occupa propriamente della struttura del Sinodo, in quanto ben tre capitoli riguardano lo sviluppo dell'attività sinodale nelle fasi successive e del ruolo che la Segreteria gene-

⁴ Cfr. PAOLO VI, m.p. *Apostolica sollicitudo*, del 15 settembre 1965, «AAS», 57 (1965), pp. 775-780.

⁵ Cfr. M. J. ARROBA CONDE, *Anche la forma è importante*, «L'Osservatore Romano», 22 settembre 2018, p. 7. L'a. afferma, tra l'altro, che «se Francesco ha preferito servirsi di una costituzione apostolica, ritenendo forse di interpretare un'esigenza ecclesiale più ampia rispetto alla reale efficacia e funzionalità del sinodo dei vescovi, è probabilmente perché l'obiettivo del rinnovamento normativo non si esaurisce nell'organismo sinodale ma, attraverso di esso, include un progresso nella sinodalità come modo costitutivo di essere della Chiesa e, pertanto, di svolgere i ministeri ecclesiali e altre responsabilità personali».

⁶ Riferendosi principalmente al *proemio* della costituzione apostolica è stato segnalato che il «fattore di maggiore novità della nuova costituzione apostolica, esposto soprattutto a partire dal n. 5, [è] un fattore che configura sotto certi aspetti una vera e propria rifondazione dell'organismo sinodale: mi riferisco all'inquadramento stabile del Sinodo entro la cornice di una Chiesa costitutivamente sinodale» (L. BALDISSERI, *Quattro Chiavi*, cit. p. 6).

rale del Sinodo, alla cui struttura è poi riservato un altro capitolo del documento, compie in ciascuna di esse.

Dal punto di vista strutturale, pertanto, la costituzione apostolica contiene scarse novità rispetto alle assemblee sinodali. Il documento si allaccia direttamente ai cann. 342-348 CIC, e non alle norme istitutive del Sinodo, assumendo quanto nei canoni viene sintetizzato riguardo alla natura e alle finalità dell'istituto. I quattro primi articoli della costituzione riprendono i tratti salienti della composizione e della dinamica del Sinodo senza, però, apportare nuovi elementi di natura definitiva. Sul piano strutturale invece, la rilevante novità, come si dirà poi, è costituita dalla riconfigurazione della Segreteria generale e dai compiti ad essa assegnati.

A chiusura della costituzione, l'articolo 27 contiene tre clausole derogatorie. La norma abroga, anzitutto, le norme del *Motu proprio Apostolica sollicitudo* che negli elementi sostanziali erano già state sussunte nei cann. 342-348 CIC, in modo sintetico e selettivo, facendo a meno di alcune espressioni meno riuscite presenti nel documento istitutivo. L'*Episcopalis communio* si colloca, dunque, nel contesto istituzionale di quanto già codificato nel 1983.

Inoltre, la norma abroga l'*Ordo Synodi Episcoporum* del 29 settembre 2006,⁷ che era la versione più recente del regolamento sinodale promulgato nel 1966 e più volte modificato in seguito. È anche abrogato l'*Adnexum* al citato regolamento sul *modo procedendi in Circulis minoribus*. I contenuti rilevanti di questi due testi sono stati ripresi dall'Istruzione o affidati ai Regolamenti che saranno preparati in occasione dei singoli raduni.

Infine, è stabilita una deroga generale a quanto previsto dai canoni del CIC e del CCEO che possa essere contrario «a qualsiasi articolo della presente costituzione apostolica». Un'indicazione che pare abbia come principale utilità pratica quella di far prevalere il testo della costituzione rispetto ad eventuali letture restrittive delle disposizioni del Codice, poiché dal testo non risulta altro contrasto formale che quello dell'ultimo periodo del can. 348 §1 CIC con l'art. 24 §3 EC: adesso i membri del Consiglio della Segreteria generale parteciperanno alla successiva assemblea ordinaria. Altro contrasto potrebbe sorgere dall'eventuale designazione – da parte del Sommo Pontefice – di qualche fedele laico a membro di una determinata assemblea sinodale.⁸ Peraltro, il CCEO non contiene alcun significativo riferimento al Sinodo dei Vescovi.⁹

⁷ Cfr. SEGRETERIA DI STATO, *Ordo Synodi Episcoporum*, del 29 settembre 2006, «AAS», 98 (2006), pp. 755-779.

⁸ Infatti, il contrasto con il can. 346 CIC di un'iniziativa del genere, ed eventualmente di altre di uguale significato, verrebbe comunque superato dalla volontà derogatoria del Pontefice nei casi concreti.

⁹ Cfr. can. 46 CCEO.

L'art. 26 del documento pontificio affida, poi, alla Segreteria generale del Sinodo il compito di emanare un'Istruzione per la celebrazione delle assemblee sinodali e sull'attività della Segreteria stessa – incarico adempiuto il 1^o ottobre successivo –, nonché la preparazione di Regolamenti per lo svolgimento di ciascuna delle singole assemblee, cosa che di prassi accadeva già da tempo. Tuttavia, la principale novità di tutto ciò è nella fonte di produzione dell'Istruzione.

Sin dalla sua creazione, c'è stata sempre qualche esitazione al momento di stabilire l'autorità che dovesse promulgare o rinnovare le sue norme secondarie, non essendo il Sinodo parte della Curia romana, e trattandosi di un istituto singolare. Durante la vigenza della costituzione apostolica *Regimini Ecclesiae Universae*,¹⁰ l'allora Consiglio per gli Affari pubblici della Chiesa venne incaricato di promulgare sia l'*Ordo Synodi Episcoporum* del 1966, che le sue modifiche del 1969 e del 1971.¹¹ Scomparso il suddetto Consiglio, con la costituzione apostolica *Pastor Bonus*,¹² l'*Ordo Synodi Episcoporum* del 2006 venne invece promulgato dal Segretario di Stato. In tutti questi casi si è proceduto mediante Rescritto *ex audientia*.

Ora, invece, pur essendo ancora immutata la *Pastor Bonus*, si è seguito un percorso differente per l'emanazione della norma secondaria dell'istituzione sinodale. Anzitutto, non si è promulgato un *Ordo Synodi*, come regolamento generale dell'istituto sinodale ai sensi del can. 95 CIC; si è promulgata, invece, un'Istruzione ai sensi del can. 34 CIC, e le sue norme, anche se fondamentalmente riguardano l'attività dell'istituto, sono da osservare in un ambito generale perché delineano le competenze generali che nella Chiesa esercita la Segreteria generale del Sinodo. Inoltre, questa volta non si è affidato l'incarico per mezzo di un Rescritto *ex audientia*, come accadeva invariabilmente finora, bensì mediante una delega legislativa di cui al can. 135 §2 CIC, in favore della Segreteria generale del Sinodo, un organismo che non ha potestà di governo, anche se certamente possiede tutta quella autorevolezza che gli concedono queste norme.

Lo stesso art. 26 della costituzione che concedeva alla Segreteria del Sinodo facoltà per promulgare l'Istruzione sulla celebrazione delle assemblee,

¹⁰ Cfr. PAOLO VI, cost. ap. *Regimini Ecclesiae universae*, del 16 agosto 1967, «AAS», 59 (1967), pp. 885-928, artt. 26-28. La scelta di questo Consiglio, che sostanzialmente aveva i compiti affidati dalla *Pastor Bonus* alla Seconda Sezione della Segreteria di Stato, sembrava voler sottolineare l'estraneità del Sinodo all'organizzazione della Curia romana.

¹¹ Cfr. *Ordo Synodi Episcoporum celebrandae*, dell'8 dicembre 1966, «AAS», 59 (1967), pp. 91-103; *Ordo Synodi Episcoporum celebrandae recognitus et auctus*, del 24 giugno 1969, «AAS», 61 (1969), pp. 525-539; *Ordo Synodi Episcoporum celebrandae recognitus et auctus nonnullis additamentis perficitur* del 20 agosto 1971, «AAS», 63 (1971), pp. 702-704.

¹² Cfr. GIOVANNI PAOLO II, cost. ap. *Pastor Bonus*, del 28 giugno 1988, «AAS», 80 (1988), pp. 841-930.

assegna alla stessa Segreteria il compito di emanare, volta per volta, il Regolamento di ogni singola assemblea, che sviluppi quanto previsto da entrambe le norme o configuri la riunione in accordo con le modalità che si ritenga opportuno realizzare (cfr. art. 20 ICS).

2. LA NATURA ISTITUZIONALE DEL SINODO DEI VESCOVI

Come già detto, la costituzione apostolica non aggiunge nuovi elementi per configurare la natura giuridica del Sinodo dei Vescovi a quelli già presenti nei cann. 342-348 CIC. Da una prospettiva operativa, però, e guardando al ruolo che si vorrebbe conferire adesso a tale istituto nel quadro generale della vita della Chiesa, si può sottolineare come il nuovo Sinodo incorpori elementi sostanziali non procedenti dalla dottrina sull'episcopato, ma ugualmente originati dagli insegnamenti del Vaticano II. Gli elementi di novità provengono dalla dottrina conciliare sulla partecipazione alla missione della Chiesa di tutti i componenti del Popolo di Dio in base alla loro corresponsabilità sacramentale.

Il Sinodo dei Vescovi nacque, come si sa, dalla riflessione conciliare sulla dimensione collegiale dell'episcopato e del ministero petrino. I successivi schemi del decreto conciliare sui Vescovi contenevano un abbozzo di istituto di questo genere, concepito come ausilio dei Vescovi al ministero episcopale del successore di Pietro; esso era inteso non come una esigenza dottrinale della sacramentalità dell'episcopato,¹³ bensì come istanza consultiva di diritto ecclesiastico coerente però con la struttura sacramentale dell'episcopato. Lo si pensava, talvolta, come una sorta di parallelo, nei confronti del ministero petrino, della funzione di sostegno delle Conferenze episcopali nei confronti del ministero pastorale dei singoli Vescovi diocesani. Di fatto, il *Motu proprio Apostolica sollicitudo*, che accolse definitivamente la proposta, istituendo e dando nome al Sinodo dei Vescovi, lo definì secondo una equilibrata modalità che situava l'organismo nell'orizzonte dell'insegnamento sull'episcopato, tenendolo però distinto dall'esercizio istituzionale di potestà suprema del Collegio dei Vescovi, che era il punto che allora suscitava maggiore tensione. Perciò, dopo l'iniziativa *Motu proprio* di Paolo VI la redazione del n. 5 del decreto *Christus Dominus*, che era già stata definitivamente appro-

¹³ Per la trattazione generale dell'origine conciliare dell'istituto, vedi principalmente G.-P. MILANO, *Il Sinodo dei Vescovi*, Milano, Giuffrè, 1985; J. I. ARRIETA, *El Sinodo de los Obispos*, Pamplona, EUNSA, 1987. Vedi anche i tre contributi di A. Antón su «La Rivista del Clero italiano», aprile, giugno, e luglio-agosto, 1983. Più recentemente, vedi anche A. VIANA, *El Sinodo de los Obispos*, DGDC VII, pp. 345-350; G.-P. MILANO, *Comentario a los cann. 342-348*, in *ComEx II/1*, Pamplona, 1997, 2 ed., pp. 603-625; R. PUZA, *Die Bischofssynode und die Zusammenschlüsse der Bischofskonferenzen*, in *Synodalrecht und Synodalstrukturen*, Fribourg, 1996, pp. 31-66; M. BRAVI, *Il Sinodo dei Vescovi: istituzione, fini e natura*, «Periodica», 84 (1995), pp. 455-487.

vata dai Padri, ma in precedenza conteneva solo un discreto suggerimento al Papa, venne modificata per fare menzione dell'istituto che ormai era stato già creato.¹⁴

La struttura del Sinodo dei Vescovi venne però stabilita sin dall'inizio tenendo presente che l'istituto «come ogni istituzione umana, col passare del tempo potrà essere maggiormente perfezionato».¹⁵

Il documento costitutivo disegnò allora la natura consultiva dell'istituto. Tuttavia, a causa della particolare congiuntura, scivolarono nel testo talune espressioni che, se lette contestualmente ad altri punti dello stesso documento conciliare sui Vescovi, potevano suggerire un differente inquadramento dottrinale del Sinodo: non come organismo consultivo del Papa ma come espressione istituzionale della potestà del Collegio episcopale. Anni dopo, superate quelle circostanze e forte di una consolidata esperienza, il Codice di diritto canonico del 1983 recepi l'istituto all'interno dell'organizzazione centrale della Chiesa, nella Sezione Prima della costituzione gerarchica del Libro II, lasciando da parte espressioni più incerte dell'*Apostolica sollicitudo* che, tuttavia, rimaneva ancora formalmente in vigore.

In tale contesto, è rilevante che la costituzione apostolica *Episcopalis communio* deroghi adesso quelle prime norme del 1965 adottando come riferimento normativo la codificazione del Sinodo dei Vescovi fatta nel 1983. Di fatto, come indica il dispositivo, il documento pontificio si dice emanato «a tenore del canone 342 del CIC».

Su questa immutata base istituzionale, però, la normativa ora promulgata adotta un metodo procedurale assai diverso da quello finora seguito nella celebrazione delle assemblee sinodali sulla base dei successivi *Ordo Synodi episcoporum* (eccezion fatta da quelle celebrate nel presente Pontificato che sono servite da banco di prova della normativa attuale). Precedentemente, le assemblee sinodali – principalmente quelle ordinarie – rappresentavano in sostanza la riflessione e il confronto dei rappresentanti dell'episcopato universale su di una tematica individuata dal Santo Padre, previamente discussa nelle rispettive assemblee nazionali o rituali dei Vescovi. Ora, invece, i rappresentanti dell'episcopato dovranno confrontarsi sui risultati emersi in base ad un'ampia consultazione del Popolo di Dio, presentata ed elaborata dalla Segreteria generale del Sinodo dei Vescovi.

Ogni assemblea si snoda in tre periodi di tempo – preparatorio, celebrativo e attuativo –, e l'art. 2 della costituzione apostolica segnala che «la fase preparatoria ha come scopo la consultazione del Popolo di Dio sul tema»

¹⁴ Cfr. *Congregatio Generalis CXXXVIII, 29 septembris 1965, Relatio Generalis de proemio et de cap. I (Modi propositi et examinati) schematis Decreti de Pastoralis Episcoporum. Munere in Ecclesia, Acta Synodalia Sacrosancti Concilii Oecumenici Vaticani II, IV-III, p. 12.*

¹⁵ Cfr. PAOLO VI, *m.p. Apostolica sollicitudo*, cit., *proemio*.

scelto per il Sinodo. Prima la consultazione previa era riservata agli organismi episcopali intermedi – conferenze e sinodi rituali – oltre che ai Superiori religiosi maggiori e ai dicasteri della Curia (art. 23 §1 OS); ora, invece, detti organismi episcopali dovranno deliberare sulla base di quanto emerso dalla consultazione nelle distinte comunità di fedeli.

La norma promulgata, dunque, non modifica l'assetto dato all'istituto da Paolo VI più di cinquanta anni fa, né muta il suo originario modo di confrontarsi con l'episcopato. Quello che, invece, intende compiere è un collegamento fra la riflessione dei membri dell'episcopato e, dunque, del Sinodo stesso come istituzione episcopale, con un altro rilevante caposaldo della dottrina del Vaticano II, concernente i diversi livelli di corresponsabilità sacramentale esistenti nella Chiesa, quali sono la partecipazione dei chierici nel ministero episcopale e le esigenze battesimali di doverosa cooperazione di tutti i fedeli all'*aedificatio Ecclesiae*.¹⁶ Senza particolari cambiamenti strutturali, la costituzione apostolica introduce nella dinamica procedurale del Sinodo dei Vescovi un sistema di interazione – detto appunto “sinodale” – con le varie istanze del Popolo di Dio, affinché esso intervenga, attraverso canali istituzionalizzati o in forme più spontanee – poiché è consentito anche l'intervento diretto di fedeli o dei gruppi¹⁷ – nella consultazione previa e nella successiva messa in pratica delle deliberazioni sinodali. A ragione, il documento menziona il consiglio presbiterale, che nelle Chiese particolari è l'istituzione di corresponsabilità dei presbiteri nel governo pastorale del proprio Vescovo, e richiama anche il consiglio pastorale come strumento di corresponsabilità battesimale di tutti i fedeli.

Per un fedele cristiano l'esercizio dei suoi diritti fondamentali, e tra questi quello di «manifestare ai sacri pastori il proprio pensiero su ciò che riguarda il bene della Chiesa» (can. 212 §3 CIC), rappresenta il modo di compiere il dovere centrale di cooperare «all'edificazione del Corpo di Cristo, secondo la condizione e compiti di ciascuno» (can. 208 CIC). Un diritto che, come gli altri diritti fondamentali, deve sempre esercitarsi in comunione (can. 209 §1 CIC), e perciò è lontano da possibili concezioni liberali dei diritti. Ma anche per questo, la posizione di chi è investito di autorità nella Chiesa non appare come “dominio” e, pur investita di potere giuridico (la Chiesa è una società gerarchica per costituzione sacramentale), è soprattutto una posizione di diaconia e servizio che deve promuovere l'attiva partecipazione dei fedeli.¹⁸

¹⁶ In particolare nella cost. dogmatica *Lumen gentium*, e nel decr. *Apostolicam actuositatem*, ripresi nella configurazione dei diritti e doveri dei fedeli della parte prima del Libro II *De Populo Dei* del CIC. Viene anche richiamato a questo proposito il “*sensus fidei*” del Popolo di Dio “*in credendo*” che però merita un inquadramento specifico.

¹⁷ «*Rimane integro il diritto dei fedeli, singolarmente o associati, di inviare direttamente i loro contributi alla Segreteria generale del Sinodo*» (art. 7 §2 EC).

¹⁸ A questo proposito, mi sembrano ancora attuali alcune considerazioni che facevo an-

La nuova procedura che cerca di avviare processi sinodali all'interno della Chiesa, considera, in definitiva, che «il Sinodo è solo la più evidente manifestazione di un dinamismo di comunione che ispira tutte le decisioni ecclesiali».¹⁹

La variazione metodologica così operata non pare che possa offuscare la natura episcopale che è all'origine al Sinodo dei Vescovi così come emerso nei dibattiti conciliari; infatti, sono sempre i rappresentanti dell'episcopato universale ad offrire l'assistenza e consiglio al Sommo Pontefice. Ora però l'attività del Sinodo è realizzata, in modo che, considerata nel suo insieme la struttura sacramentale della Chiesa, risulti maggiore compiutezza in quanto i Vescovi intervengono in stretta “cooperazione organica” con i vari componenti del Popolo di Dio – presbiteri e fedeli laici –, secondo le modalità di ciascuno, tenendo conto della rispettiva posizione sacramentale nella Chiesa. Indubbiamente, tale partecipazione – e la possibilità stessa di realizzarla – dipenderà anche dell'argomento proposto al dibattito sinodale.

Nel testo non è chiaramente detto che le Conferenze episcopali debbano confrontarsi al loro interno sui risultati della consultazione nelle Chiese particolari. Si dice, invece, che la Conferenza dovrà trasmettere alla Segreteria generale una sintesi di quanto ricevuto dalle rispettive diocesi (art. 7 §1b EC), e si annunzia poi che la documentazione necessaria verrà trasmessa dalla Segreteria a ciascuno dei Padri Sinodali (art. 8 §4, 9° ICS). Ma sembra implicito che debba verificarsi anche un dibattito in seno alla Conferenza stessa (o al rispettivo Sinodo rituale), non solo per la natura stessa dell'argomento, ma anche perché altrimenti non avrebbero senso le indicazioni dell'art. 29 §1, 3°-4° ICS sull'inesistenza del “vincolo di mandato” o sulla possibilità di parlare a nome dell'organismo che rappresenta.

ni fa a proposito di quella che Papa Giovanni Paolo II chiamò “spiritualità di comunione” nei numeri 43 e seguenti della lettera apostolica *Novo Millennio Ineunte*: «in un contesto di comunione, com'è quello proprio della società ecclesiale, dove la funzione pubblica è da considerarsi in chiave ministeriale, come servizio alla comunità, la corresponsabilità dei battezzati al compimento del fine della Chiesa, si traduce necessariamente in una sorta di compartecipazione al peso delle cariche, anche di quelle che sono specifiche dei pastori. [...] Di conseguenza, viene simmetricamente delineato un dovere generico, ma fondato su un rapporto di giustizia, di ascolto da parte dei pastori e di quanti assumono funzioni pubbliche nella Chiesa, senza che ciò diminuisca affatto la propria responsabilità decisionale in quanto titolari delle funzioni. In fondo, tutto questo è da inquadrare in una particolare “logica” sulla responsabilità personale dei titolari degli uffici e su come tale responsabilità deve rapportarsi alla corresponsabilità che, in base a un fondamento teologico non meno sicuro, ma diverso secondo la posizione di ciascuno, hanno gli altri componenti della Chiesa. L'ottimale impiego di questi criteri richiede, dunque, la partecipazione in una determinata “cultura di governo” in comunione, prospettata dall'ultimo Concilio Ecumenico, che, come dico, rappresenterebbe la versione ecclesiale del principio democratico» (J. I. ARRIETA, *Diritti fondamentali e governo della Chiesa*, in *Atti del Convegno “La persona nella Chiesa. Diritti e doveri dell'uomo e del fedele”*, Trento, 6-7 giugno 2002, Padova, CEDAM, 2003, pp. 18-41).

¹⁹ FRANCESCO, Discorso del 17 ottobre 2015.

Tali sembrano essere, in termini generali, gli scopi del documento se considerato in una prospettiva istituzionale. L'esperienza dirà come agiscono i due principi conciliari ora posti insieme: la collegialità dell'episcopato – che nel Sinodo appare come istituto centrale della Chiesa – e la corresponsabilità battesimale dei fedeli che, principalmente, attiene al piano della Chiesa particolare e soggiace a fattori culturali e di radicamento ecclesiale deferiti al discernimento dei rispettivi Pastori.²⁰

C'è da aggiungere, infine, che le norme ora promulgate – ma accadeva lo stesso con quelle precedenti – intendono soprattutto regolamentare le assemblee ordinarie del Sinodo, che sono il prototipo dell'istituto, e che la prevista partecipazione consultiva dei fedeli, che rappresenta il cuore delle nuove norme, è difficilmente compatibile non solo con alcune tematiche da poter trattare, ma anche con la “tempestività” con cui sono convocate, per esempio, determinate assemblee.²¹

3. LO STATUTO DELLA SEGRETERIA GENERALE

La principale novità organizzativa della costituzione apostolica riguarda il cambiamento di ruolo assegnato in essa alla Segreteria generale del Sinodo dei Vescovi. Questo nuovo ruolo introduce adesso un'altra modalità nei rapporti episcopato-Ufficio primaziale, caratteristici dell'assise sinodale: si affida ora all'iniziativa e all'impulso pontificio – tramite, appunto, la Segreteria generale – un ruolo direttivo che prima era assente o per lo meno era di natura diversa, e cioè marcatamente ricettiva. Il nuovo statuto della Segreteria generale modifica significativamente l'influsso del Sinodo dei Vescovi nell'azione pastorale di governo, pur mantenendo la primitiva posizione strutturale.

La Segreteria generale del Sinodo dei Vescovi – e lo stesso vale per i vari consigli che ad essa fanno capo – è un organismo sorto ed evolutosi negli anni a partire dalla prassi e dalle necessità di rispondere adeguatamente ad un migliore funzionamento dell'assise. Non va dimenticato che i documenti istitutivi del Sinodo, l'*Apostolica sollicitudo* e l'*Ordo Synodi*, sia quello del 1967 che quello *recognito* del 1969, non ne facevano menzione, parlando solo di un ufficio unipersonale denominato “*Secretario Perpetuo seu Generali*”.²² Solo a

²⁰ Il consiglio pastorale, per esempio, non è un istituto obbligatorio in diocesi, come indica il can. 511 CIC e, pur essendo vivamente raccomandato, spetta al singolo Pastore valutare l'opportunità di stabilirlo. Lo stesso accade in un modo o nell'altro nelle strutture di missione.

²¹ Tale è il caso delle assemblee straordinarie (cfr. can. 346 §2 CIC), ma anche nel caso delle assemblee speciali, l'art. 20 ICS prevede che possano seguire modalità di attuazione diverse.

²² Cfr. artt. 10-12 *Ordo Synodi Episcoporum celebrandae*, dell'8 dicembre 1966, «AAS», 59 (1967), pp. 95-96, nonché artt. 10-12 *Ordo Synodi Episcoporum celebrandae recognitus et auctus*, del 24 giugno 1969, «AAS», 61 (1969), pp. 530-531.

seguito delle prime esperienze sinodali – dopo la prima assemblea ordinaria del 1967 e la seguente prima assemblea straordinaria del 1969 – fu manifesta la necessità di creare un ufficio stabile, diverso dalla Curia romana, a scopi principalmente organizzativi e materiali.²³

La mancata previsione iniziale di una struttura permanente risulta una trascuratezza solo apparente: tale assenza invece risulta eloquente per comprendere come era allora percepito il ruolo del Sinodo e la posizione dei vari componenti del “dialogo sinodale”.

Con l’istituzione della Segreteria generale del Sinodo nel 1971 venne anche istituito un Consiglio della Segreteria²⁴ e, negli anni seguenti, si delineò opportunamente il ruolo di assistenza del Consiglio nell’implementazione delle decisioni sinodali e nella preparazione dell’adunanza ordinaria successiva, mantenendolo distinto dai Consigli della Segreteria creati nel tempo, in riferimento alle assemblee straordinarie o speciali di volta in volta celebrate. Il processo di assestamento del Consiglio della Segreteria meritò almeno un paio di risposte autentiche.²⁵ Successivamente seguì una terza risposta circa l’eleggibilità dei vescovi emeriti.²⁶

Si trattava comunque di organismi collegiali che collaboravano con la Segreteria Generale, che guadagnava progressivamente un ruolo da protagonista nelle adunanze sinodali, ma sempre con funzioni di natura strumentale. La Segreteria generale aveva in tale contesto un ruolo che, fondamentalmente, era di raccolta e ordinazione degli apporti dell’episcopato, consultato in occasione del Sinodo.

La costituzione apostolica *Episcopalis communio* ha conferito ora alla Segreteria generale del Sinodo un ruolo del tutto diverso. Da istanza principalmente ricettiva e passiva – sul piano contenutistico, e a prescindere

²³ Cfr. artt. 11-12 *Ordo Synodi Episcoporum celebrandae recognitus et auctus nonnullis additamentis perficitur*, del 20 agosto 1971, «AAS», 63 (1971), pp. 702-703.

²⁴ Cfr. art. 13 *Ordo Synodi Episcoporum celebrandae recognitus et auctus nonnullis additamentis perficitur*, del 20 agosto 1971, «AAS», 63 (1971), p. 704.

²⁵ La prima, nel 1980, per circoscrivere il ruolo dei membri del Consiglio ai soli fini di preparazione dell’assemblea ordinaria seguente, senza il diritto però di partecipare ad essa, in ragione di questo solo titolo (cfr. PONTIFICIA COMMISSIO DECRETIS CONCILII VATICANI II INTERPRETANDIS, *Responsa ad proposita dubia* del 13 giugno 1980, «AAS», 72 [1980], p. 767): un criterio che non è passato nel Codice del 1983 e che ora è stato specificamente revocato dall’art. 24 §3 della cost. ap. *Episcopalis communio* (cfr. anche art. 10 §2 *Istruzione sulla celebrazione delle Assemblee sinodali*). Altra interpretazione avvenne in occasione della Seconda Plenaria dell’allora Pontificio Consiglio per l’Interpretazione autentica del CIC, nel maggio 1985 concernente il coinvolgimento del Consiglio nella preparazione delle assemblee straordinarie del Sinodo, senza però diritto a partecipare in esse. Essendo una questione di ordine interno allo stesso Sinodo si decise di comunicare la decisione solo alle istanze interessate.

²⁶ Cfr. PONTIFICIUM CONSILIUM DE LEGUM TEXTIBUS INTERPRETANDIS, *Responsa ad proposita dubia* del 10 ottobre 1991, «AAS», 83 (1991), p. 1093.

dagli aspetti organizzativi – com'era prima ritenuta, adesso rappresenta il motore centrale dell'intera attività sinodale, guidando le scelte, coordinando le consultazioni e promuovendo autonomamente approfondimenti sugli argomenti da trattare. Il tutto sotto la guida diretta e per mandato del Sommo Pontefice che, in realtà, adotta così, in quanto Capo del Collegio, un ruolo di impulso e non sostanzialmente ricettivo, come prima, dei lavori sinodali.

Il cambiamento è notevole, e le competenze ora assegnate alla Segreteria generale per la direzione e per l'applicazione delle conclusioni sinodali sono di rilievo. Da un lato, la Segreteria generale deve interagire con i dicasteri competenti per l'attuazione degli orientamenti sinodali (art. 20 §1 EC), ma può anche predisporre «altre iniziative idonee allo scopo» (art. 20 §2 EC) e perfino, «in particolari circostanze..., con mandato del romano Pontefice, può emanare documenti applicativi, sentito il Dicastero competente» (art. 20 §3 EC).

L'art 23 §1 EC precisa, anche se risulta ovvio, che la Segreteria generale è pure competente «nelle altre questioni che il Romano Pontefice vorrà sottoporle per il bene della Chiesa universale». Sembra, quindi, che sarà necessario utilizzare queste nuove prerogative con speciale equilibrio, onde evitare si possa confondere le modalità attuative della Segreteria generale del Sinodo con quelle proprie degli organismi vicari di governo della Curia romana, facendo perdere così all'istituto sinodale la sua specificità voluta dal Concilio.

Anche se essa si relaziona con i dicasteri romani, formando in definitiva un'amministrazione dipendente dalla Santa Sede, la Segreteria generale non fa parte della Curia romana. Anzi, la sua forza, presente e futura, sta proprio nel mantenersi distinta, senza confusione dal punto di vista organizzativo né metodologico, con la Curia romana.

Da una prospettiva costituzionale, tuttavia, in relazione a quell'originale dibattito dottrinale sulla posizione istituzionale del Sinodo, proprio questa rilevanza (nell'attività sinodale viene affidata alla Segreteria generale e, in particolare, la sua diretta dipendenza dall'iniziativa del Romano Pontefice) non lascia ormai alcun dubbio sul fatto che l'organismo, pur nel contesto della collegialità episcopale, si muova nell'ambito di esercizio del ministero petrino e non dell'attività istituzionale del Collegio dei Vescovi. Eventualmente sarà il Sommo Pontefice, come si evince dalle nuove norme, a concedere all'assemblea sinodale eventuali facoltà di esercizio del *munus regendi* o di attuazione dell'autorità di magistero.²⁷

²⁷ Cfr. art. 18 §2 *Episcopalis communio*. Anche se il testo non lo esplicita, pare ovvio che la potestà deliberativa concessa dal Papa all'assemblea può non riguardare l'autorità di Magistero e anche la *potestas regiminis* (can. 129 CIC).

4. ALTRE FORME DI CONVOCAZIONE SINODALE

La costituzione apostolica *Episcopalis communio* e anche l'Istruzione pubblicata in seguito, accanto alla definizione dei tradizionali uffici personali da sempre istituiti in occasione delle assemblee sinodali, delinea un vario genere di istanze collettive e di gruppi di studio che possono essere attivati *pro opportunitate* con varie finalità. Alcuni sono gruppi di lavoro che, nell'eventualità della loro costituzione, operano alle dirette dipendenze della Segreteria generale; altri, invece, sono organismi costituiti all'interno dell'assemblea stessa con l'obiettivo di farla progredire ordinatamente nei suoi lavori.

La nuova normativa – codificando l'esperienza di cui si è già detto – distingue tra il Consiglio ordinario della Segreteria generale e i Consigli per la preparazione o per l'attuazione delle assemblee straordinarie o speciali. Sono organismi che si sviluppano parallelamente e senza interferenze, sebbene le ultime due possiedono finalità del tutto circoscritte alle rispettive adunanze, mentre sembra naturale ritenere che – anche se la norma non lo afferma in modo esplicito – al Consiglio ordinario corrisponda il principale compito di assistenza e confronto della Segreteria generale, in ragione sia della maggiore rappresentatività sia perché è l'unico Consiglio ad avere stabilità e successione nel tempo. Di fatto, l'Istruzione adesso pubblicata ha ampliato a 21 i componenti, elettivi o designati, del Consiglio ordinario, assicurando anche la rappresentatività geografica e rituale (cfr. art. 10 ICS).

I Consigli straordinari e speciali possiedono, inoltre, composizione diversa, a seconda che ci si trovi nella fase precedente o successiva alla celebrazione dei rispettivi Sinodi. Essendo meno prevedibile la convocazione di queste due modalità di riunione, la composizione dei relativi Consigli durante la fase preparatoria viene stabilita dal Sommo Pontefice, mentre in vista del periodo attuativo la maggioranza dei membri risulta dall'elezione dell'assemblea, restando in carica per cinque anni, se il Papa non dispone altrimenti (art. 25 §4 EC).

Frutto anche dell'esperienza – materializzata nelle due successive riunioni sinodali (straordinaria e ordinaria) sulla famiglia –, l'art. 3 §1 EC prevede esplicitamente che «secondo il tema e le circostanze, l'Assemblea del Sinodo può essere celebrata in più periodi tra loro distinti a discrezione del Romano Pontefice», senza che ciò significhi necessariamente che si tratti di convocare più assemblee sinodali oppure periodi diversi della stessa assemblea, e tanto meno che una debba essere straordinaria e l'altra ordinaria. Ciò è permesso dall'elasticità volutamente conferita alle norme, oltre al fatto che comunque il Pontefice è sempre sovrano – com'è accaduto più volte in passato – di adottare forme e modalità non formalmente previste, che ritenga opportune.

La costituzione apostolica, tuttavia, ha introdotto una novità di particolare rilievo aggiungendo nuove modalità alle tre forme previste di convocazio-

ne del Sinodo dei Vescovi: ordinaria, straordinaria e speciale. Quasi in tono minore, e senza particolari spiegazioni, l'art. 1 §3 EC segnala che «se lo ritiene opportuno, particolarmente per ragioni di natura ecumenica, il Romano Pontefice può convocare un'Assemblea sinodale secondo altre modalità da lui stesso stabilite». Poi, l'art. 5 ICS aggiunge che in tale eventualità spetta al Papa «determinare i criteri di designazione dei membri» e, infine, l'art. 20 ICS precisa che il regolamento che venga predisposto per tale evenienza potrà derogare alla costituzione degli uffici e consigli previsti nella legge per la celebrazione delle assemblee ordinaria e straordinaria come pure «stabilire quali altri debbano essere eventualmente costituiti».

La norma non fornisce altri particolari e lascia del tutto aperta la porta perché un tale genere di assemblea possa avere la configurazione che occorra secondo le opportunità. Dai dati normativi, l'attenzione viene richiamata dal cenno alle “ragioni di natura ecumenica” che possono suffragare tali atipiche riunioni, benché sia ugualmente chiaro che queste non dovrebbero essere le sole motivazioni e che il suddetto §3 rappresenta semplicemente, una porta per convocare, con l'aiuto e attraverso la Segreteria generale, riunioni episcopali diverse da quelle già previste dal §2, sempre sotto l'egida istituzionale del Sinodo dei Vescovi.

Il cenno alle ragioni ecumeniche sembrerebbe comportare,²⁸ appunto, l'aver individuato nella figura del Sinodo dei Vescovi una possibile via istituzionale per il confronto ecumenico e, magari, per il progressivo avvicinamento ecclesiale attraverso modalità e collegamenti, con il Capo del Collegio, più consoni con la concreta tradizione delle Chiese ortodosse, per esempio, rispetto a quelli consolidati durante il secondo Millennio mediante la Curia romana.²⁹ Di fatto, il *proemio* della costituzione apostolica conclude auspicando che il Sinodo dei Vescovi «potrà a suo modo contribuire al ristabilimento dell'unità fra tutti i cristiani».

La tradizione sinodale ortodossa era peraltro il modello ideale al quale, pur con i dovuti adattamenti alle esigenze della teologia cattolica, guardavano i Padri conciliari nei dibattiti che sfociarono poi nell'istituzione del Sinodo dei Vescovi. Rispetto alla Curia romana, il Sinodo dei Vescovi rappresenta un tipo di collegamento con il Successore di Pietro che, adeguatamente sviluppato, potrebbe consentire ugualmente il necessario rispetto delle tradizioni consolidate nelle Chiese di Oriente: proprio per questo motivo risulta essenziale che l'istituto mantenga la sua natura separata e distinta dalle istituzioni della Curia romana.

²⁸ Cfr. al riguardo le considerazioni fatte sulla valorizzazione della sinodalità (e della collegialità dell'episcopato) come fattore per una “conversione del papato” alla quale ortodossi e protestanti guardano con vivo interesse, in L. BALDISERI, *Quattro chiavi*, cit.

²⁹ Vedi in proposito le osservazioni che sulla dimensione ecumenica del Sinodo segnalavo in *Il Regolamento del Sinodo. Novità e prospettive*, «Ius Ecclesiae», 19 (2007), pp. 659-670.

REFLEXIONES SOBRE LA UNIDAD ESENCIAL ENTRE EL CARISMA DEL OPUS DEI Y SU DIMENSIÓN INSTITUCIONAL CONSTITUTIVA

CARLOS JOSÉ ERRÁZURIZ M.

1. OBSERVACIONES PRELIMINARES

ESTAS reflexiones se inscriben en el marco de la cuestión, ciertamente muy compleja, de las relaciones entre carisma e institución en la Iglesia. Se trata de una cuestión de gran relevancia teológica,¹ que afecta de lleno al ámbito del derecho canónico. De hecho la doctrina canónica postconciliar se ha ocupado de ella con variedad de enfoques.²

No siendo posible exponer aquí uno *status quaestionis*, me basta señalar ante todo que mi aproximación al tema procura ir más allá de un enfoque meramente sociológico, con frecuencia inspirado en Max Weber, según el cual se analiza la relación entre el carisma visto como elemento dinámico y la institución considerada como elemento estable. Una visión ontológica supera toda contraposición, sin negar las posibles tensiones existenciales, para descubrir la armonía que existe entre la dimensión carismática y la dimensión institucional de la Iglesia de Cristo. Desde la perspectiva jurídica ayuda mucho en este sentido la noción del derecho eclesial como lo justo radicado en el ser mismo de la Iglesia, tanto en sus aspectos esenciales como

errazuriz@pusc.it, Pontificia Università della Santa Croce.

¹ Para introducirse en la perspectiva eclesiológica y en una bibliografía inicial es útil el estudio de M. DE SALIS, *Lo Spirito Santo e la Chiesa: fasi storiche del rapporto fra carisma e istituzione*, «Annales theologici», 26 (2012), pp. 51-88.

² Como muestras de ese interés, por parte de autores muy diversos, se pueden recordar los escritos de P. LOMBARDÍA, *Relevancia de los carismas personales en el ordenamiento canónico* (1969), en IDEM, *Escritos de Derecho Canónico*, vol. III, Pamplona, EUNSA, 1974, pp. 79-105; E. CORECCO, los escritos sobre *Istituzione e carisma* recopilados en IDEM, *Ius et communio. Scritti di Diritto Canonico*, edd. G. Borgonovo, A. Cattaneo, Casale Monferrato-Lugano, Piemme-Facoltà di Teologia di Lugano, 1997, II, pp. 141-245; L. GEROSA, *Carismi e diritto nella Chiesa. Riflessioni canonistiche sul «carisma originario» dei nuovi movimenti ecclesiali*, Milano, Jaca Book, 1989.

en los contingentes, evitando así de raíz una contraposición entre carisma y derecho. De ese modo se supera el antijuridicismo espiritualista de Rudolf Sohm y las propuestas teológicas que proponen una estructura carismática de la Iglesia que superaría la estructura jerárquica.³

Por otro lado, la cuestión de fondo que está en la base de estas reflexiones no se refiere directamente al reconocimiento y acogida de los dones carismáticos por parte de la Jerarquía,⁴ sino que intenta captar cómo el carisma se hace presente en el interior de las instituciones eclesiales, tanto en las de la Iglesia misma como institución como en las de índole asociativa,⁵ contribuyendo a configurarlas desde dentro.

En este sentido, resulta especialmente interesante el caso del carisma del Opus Dei y su institucionalización mediante una prelatura personal. En efecto, al erigir una comunidad de fieles encomendada a un Pastor y regida con su potestad como institución adecuada a un carisma, la autoridad suprema de la Iglesia ha reconocido que ese carisma en su despliegue institucional requería una configuración comunitario-jerárquica. Por tanto, el carisma ha obligado a la Jerarquía a auto-organizarse. Esto supone una muy estrecha interrelación entre carisma e institución en el ámbito de la Iglesia como institución.

En esta línea pretendo ahora presentar algunas reflexiones acerca de cómo se da ese binomio en la realidad vital del Opus Dei. No es mi intención exponer a fondo su carisma o su institucionalidad, sobre los que empiezan a existir obras muy significativas.⁶ Deseo simplemente mostrar la unidad esencial que se percibe al poner en relación los aspectos carismáticos y los aspectos institucionales de la realidad eclesial que fundó San Josemaría Escrivá de Balaguer en 1928 en Madrid y ahora se halla ampliamente extendida por todo el mundo. Mis reflexiones tratan de explorar el terreno, sin afán de exhaustividad, lo que necesitaría un trabajo mucho más detenido y detalladamente fundado en las fuentes disponibles. He omitido deliberadamente las citas de estas últimas, para subrayar la índole incoativa de este estudio, que entre

³ Emblemática es al respecto la obra de H. KÜNG, *La Iglesia* (1967), trad. cast., 5ª ed., Barcelona, Herder, 1984.

⁴ La reciente carta *Iuvenescit Ecclesia*, de la Congregación para la Doctrina de la Fe, sobre la relación entre los dones jerárquicos y carismáticos para la vida y misión de la Iglesia, 15-V-2016, está muy centrada en esta dimensión.

⁵ Para esta distinción remito a la estructura de mi *Corso fondamentale sul diritto nella Chiesa*, vol. I, Milano, Giuffrè, 2009, capítulos V-VIII.

⁶ Cfr. sobre la dimensión espiritual del carisma, E. BURKHART, J. LÓPEZ DÍAZ, *Vida cotidiana y santidad en la enseñanza de San Josemaría. Estudio de teología espiritual*, 3 vol., Madrid, Rialp, 2010-2013; sobre la relación entre el carisma y el itinerario que ha llevado a la configuración institucional del Opus Dei como prelatura personal, cfr. A. DE FUENMAYOR, V. GÓMEZ-IGLESIAS, J. L. ILLANES, *El itinerario jurídico del Opus Dei: historia y defensa de un carisma*, Pamplona, EUNSA, 1989 (disponible en www.opusdei.org/es).

otros límites no examina el proceso histórico de auto-comprensión del carisma y de su expresión en las categorías eclesiales usuales en cada momento, ante todo por parte del mismo Fundador en la decisiva etapa fundacional durante su vida terrena en el Opus Dei.

2. LA HIPÓTESIS DE TRABAJO: LA UNIDAD ESENCIAL ENTRE EL CARISMA DEL OPUS DEI Y SU DIMENSIÓN INSTITUCIONAL CONSTITUTIVA

En esta investigación me muevo a partir de una hipótesis de trabajo bien determinada: entre carisma e institución en el Opus Dei existe una unidad esencial. La califico de hipótesis pues la considero una clave de lectura para afrontar los diversos aspectos que iré tratando, de modo que el valor de la propuesta no será demostrado por argumentaciones *a priori*, sino que se pondrá de manifiesto a partir de su verificación concreta.⁷

Hablo de “carisma” para adecuarme al uso habitual en este tipo de estudios, aunque estimo que sería más riguroso emplear una expresión como “patrimonio carismático”, para reflejar que no se trata de la gracia en sí de los carismas que recibe cada persona (aunque será necesario hacer alusiones a esa gracia personal), sino más bien de los efectos permanentes y comunes que son fruto de la acción del Espíritu Santo sobre una pluralidad de fieles a los que precisamente une esa acción y su respuesta a ella.⁸ San Josemaría se refería habitualmente al “espíritu del Opus Dei” y dentro del Opus Dei es frecuente este modo de expresarse. A mi juicio, en substancia equivale a “carisma” entendido como “patrimonio carismático”. Por otra parte, me parece que el hecho de que el Fundador prefiriera hablar de “espíritu” en vez de “espiritualidad” es significativo para nuestro tema, porque refleja una comprensión en la que lo carismático va más allá de la vida espiritual, y toca de lleno la esfera de lo institucional.

En cuanto a la dimensión institucional que considero, he optado por calificarla de “constitutiva”, porque de ese modo se incorpora a la hipótesis de

⁷ En una línea muy afín a estas reflexiones se sitúa mi escrito sobre *¿Por qué el Opus Dei es una prelatura personal?*, in *Estudios sobre la Prelatura del Opus Dei*, ed. E. Baura, Pamplona, EUNSA, 2009, pp. 135-147. Para una amplia bibliografía sobre estas prelaturas y otras circunscripciones personales se puede consultar la página www.prelaturaspersonales.org.

⁸ Dentro de la variedad de sentidos de la palabra “carisma”, el significado de “patrimonio carismático” se encuentra bien descrito en este texto magisterial: «Los carismas se conceden a la persona concreta; pero pueden ser participados también por otros y, de este modo, se continúan en el tiempo como viva y preciosa herencia, que genera una particular afinidad espiritual entre las personas» (S. JUAN PABLO II, exhort. ap. post-sinodal *Christifideles laici* sobre vocación y misión de los laicos en la Iglesia y en el mundo, 30-XII-1988, n. 24). Cfr. también el n. 16, sobre «los dones carismáticos compartidos», en CONGREGACIÓN PARA LA DOCTRINA DE LA FE, carta *Iuvenescit Ecclesia*, cit.

trabajo un aspecto muy relevante: el principio de que la institucionalidad en el Opus Dei – y lo mismo podría decirse de todas las realidades eclesiales de naturaleza institucional con una dimensión carismática que suscita el Espíritu Santo – no es el simple resultado de una acción humana que la va configurando así en la historia, sino que encierra un núcleo verdaderamente intrínseco, y por eso constitutivo, de esa realidad eclesial.

Lo anterior se entiende mejor si se tiene presente que estamos ante un caso en el que carisma e institución son dimensiones inseparables de una misma realidad, que ni existen ni pueden ser comprendidas aisladamente. Se da un entrelazamiento real, por lo que pienso que es legítimo concebir un “carisma institucional”, en la medida en que el carisma contiene el germen y el núcleo permanente de la institución en la que el carisma vive y se difunde; y al mismo tiempo se puede sostener que hay una “institución carismática”, en cuanto en ella opera el carisma como fuente de su misma identidad eclesial. Como es obvio, adopto un enfoque del binomio carisma-institución que se aparta radicalmente de la tensión dialéctica con que frecuentemente se lo presenta.

Esta singular interrelación impide seguir un método que analice la realidad en compartimentos estancos, como si fuera posible separar e incluso contraponer lo carismático a lo institucional. La unidad esencial entre ambos ámbitos aconseja analizar conjuntamente los diversos aspectos en los que se aprecia su unidad. Este análisis tendrá como punto de partida algunos aspectos del carisma que se refieren más directamente a las personas, con el fin de descubrir su interrelación con los aspectos institucionales del carisma.

3. LA VOCACIÓN AL OPUS DEI, Y LA EXISTENCIA DE UNA INSTITUCIÓN EN LA QUE SE VIVE

Considero oportuno comenzar nuestro análisis desde la existencia de una vocación al Opus Dei, como la que por primera vez cambió la vida del mismo San Josemaría el 2 de octubre de 1928, y la que ha mutado la existencia de muchos hombres y mujeres que le han seguido por el mismo camino de santificación y de apostolado en medio del mundo. En efecto, me parece que el dinamismo vocacional del Opus Dei, factor eminentemente carismático, requiere la existencia de una institución, y más precisamente de una institución adecuada a ese dinamismo, por lo que ella ha de ser constitutivamente carismática.

Aunque caben múltiples participaciones en el carisma del Opus Dei que no poseen carácter vocacional, existe una modalidad específica en la que ese carisma se transforma en una determinación central del propio camino cristiano. Tratándose del Opus Dei la llamada específica comporta la incorporación a una institución, cuyas características iremos sucesivamente pro-

curando mostrar. Por ahora, bastan algunas consideraciones genéricas, pero no por eso menos importantes.

En primer lugar, la vocación al Opus Dei comprende armónicamente tanto aspectos de vida interior personal (como el vivir un determinado plan de vida, es decir unas prácticas habituales de piedad cristiana) como aspectos externos de índole social (como el insertarse en una familia espiritual y tomar parte en iniciativas formativas y apostólicas ligadas a ella). Ser del Opus Dei es una realidad unitaria en la que se conjugan ambas dimensiones. No cabe una adhesión intimista que sea verdadera, como tampoco es posible una participación meramente externa que no se funde en una relación con Dios y con los otros que afecte a lo más íntimo de la persona.

En segundo lugar, precisamente por su carácter externo y social, la llamada al Opus Dei presupone siempre la existencia actual o potencial de otros fieles con los que se comparte la misma llamada. Esto no quiere decir que se viva una vocación individual como en paralelo, tal vez ayudándose mutuamente, sino que implica una característica mucho más profunda, que es inherente a una auténtica participación en la vocación cristiana: la dimensión fraternal, que es constitutiva de esa vocación y de la institución a la que ella da lugar. La vocación al Opus Dei, como la misma vocación cristiana, es ciertamente personalísima, pero a la vez, y también como la misma vocación cristiana, no es una llamada a un seguimiento individualista de Cristo, sino que en su esencia posee una dimensión social, fraternal. En el caso del Opus Dei esta dimensión implica una llamada a integrarse en una realidad eclesial constituida por la fraternidad cristiana como una participación concreta en la Iglesia como familia, que también comprende una dimensión de paternidad y filiación con quien hace cabeza.

En tercer lugar, la institución ha de poseer los rasgos necesarios para acoger una vocación, que plasma toda la existencia a partir del carisma. La institución no puede ser concebida como una entidad a la que se adhiere sin que esté en juego la fidelidad vocacional. Por ello la institución debe estar en relación con el conjunto de los contenidos que caracterizan el fenómeno vocacional. Por ejemplo, el carácter tendencialmente definitivo de ese fenómeno debe encontrar una expresión institucional.

4. LA ESPECÍFICA ÍNDOLE ECLESIAL DE LA VOCACIÓN AL OPUS DEI, Y SU REFLEJO INSTITUCIONAL EN EL ÁMBITO DE LOS BIENES SALVÍFICOS DE LA PALABRA DE DIOS Y LOS SACRAMENTOS

La vocación de un fiel al Opus Dei posee una índole constitutivamente eclesial. Ahora bien, para precisar su relación con la institución, hace falta tratar de determinar en qué consiste específicamente esa índole, con el cambio de vida que conlleva.

El carisma vocacional en el Opus Dei opera ciertamente en la vida interior de una persona, moviéndola a descubrir la santidad en la vida cotidiana y el horizonte apostólico que de ahí nace, y sosteniéndola en un determinado conjunto de prácticas personales de vida cristiana que forman parte de la fisionomía del patrimonio carismático. El mismo carisma empuja a participar activamente en una vida con los demás que lo han recibido, en la que tres aspectos carismáticos resultan prioritarios: la formación en el carisma, la fraternidad entre quienes lo viven y su difusión respecto a los demás. En estos tres aspectos opera la dimensión externa, sostenida por el carisma, y a la vez traducida en una específica institucionalidad.

En cambio, la plena participación en el carisma del Opus Dei de suyo no conlleva una inserción en determinadas obras de apostolado. Toda la existencia del fiel del Opus Dei adquiere una profunda connotación apostólica, que marca también el conjunto de su relación con el Opus Dei como institución. Sin embargo, no se da un horizonte asociativo, como una ulterior concreción en el plano de la actividad con la que se conecte esencialmente la vocación al Opus Dei. Hay ciertamente múltiples iniciativas de apostolado en las que trabajan los miembros del Opus Dei, y tales iniciativas pueden tener incluso diversos tipos de relaciones con el Opus Dei en cuanto institución. Pero un punto clave para entender el carisma en sus manifestaciones personales e institucionales es el hecho de que ser del Opus Dei no implica una dedicación vocacional a determinadas tareas conjuntas, más allá de las que son inherentes a la formación en el carisma, la fraternidad entre quienes lo comparten, y su difusión a través de actividades institucionales. La relevancia de este aspecto se pondrá más de manifiesto cuando mostremos la incidencia de la vocación en el conjunto de la vida del fiel, más allá de sus relaciones con la institución (cfr. n. 11).

Para precisar la índole eclesial de la vocación al Opus Dei en el ámbito externo pienso que es muy útil considerarla a la luz de los bienes jurídicos eclesiales, entre los que ocupan un lugar prioritario los bienes salvíficos de la palabra de Dios y los sacramentos. Se puede afirmar que esa vocación opera externamente como determinación carismática del modo de conservar, recibir, tutelar y transmitir esos bienes. El carisma incide sobre todo en la operatividad de la palabra divina, resaltando su eficacia salvífica para la santificación en medio del mundo a través del trabajo profesional y de todas las circunstancias de la vida corriente. La institucionalidad está profundamente marcada por el bien de la palabra carismáticamente iluminado, pues todas las acciones y organizaciones institucionales buscan favorecer un espíritu que es un modo determinado de identificarse con Cristo en la Iglesia.

Ciertamente el patrimonio carismático del Opus Dei comprende una neta percepción de la centralidad de los sacramentos, ante todo de la santísima Eucaristía, en la vida y el apostolado de los fieles. No obstante, el mismo he-

cho de que el carisma impulse a santificarse en el propio contexto vital (cfr. n. 8), se traduce en que de ordinario los miembros viven su vida sacramental sin una relación externa con la institución, salvo en aquello que está íntimamente ligado con su formación personal, como es el caso del sacramento de la penitencia, que de modo habitual procuran recibir de los sacerdotes del Opus Dei, aunque pueden acudir a cualquier otro sacerdote.

5. LA IGUAL VOCACIÓN A LA SANTIDAD Y AL APOSTOLADO EN EL OPUS DEI, Y LA IGUALDAD FUNDAMENTAL ENTRE TODOS LOS PERTENECIENTES A LA INSTITUCIÓN

Para entender el carisma del Opus Dei en sus aspectos personales e institucionales conviene partir del plano de la igualdad entre sus fieles, de modo análogo a lo que requiere una adecuada comprensión de toda la Iglesia. Por una parte, la llamada universal a la santidad y al apostolado es la realidad en la que se inscribe el carisma como determinación vital en la persona, precisamente como una ayuda para vivir esa llamada. Cualquier estratificación que se pretendiera implantar en ese plano atentaría contra el mismo núcleo del mensaje fundacional. A la vez, esa igualdad espiritual es inseparable de una idéntica pertenencia bautismal a la Iglesia, y en el Opus Dei, precisamente por su índole eclesial (cfr. n. 4), comporta una misma relación fundamental con la institución. Ninguna diversidad introduce una gradación en la pertenencia.

Dada su especial trascendencia estructural en la Iglesia, trataremos separadamente de la diversidad jerárquica entre clérigos y laicos (cfr. n. 6). Basta subrayar ahora que esa diversidad no se opone en lo más mínimo a la igualdad fundamental en la relación con el Opus Dei como institución. Como la misma Iglesia, el Opus Dei no es una realidad sólo clerical o una realidad sólo laical, ni una suma de ambas. En la institucionalidad del Opus Dei esa distinción es ciertamente muy importante, pero aún más relevante y prioritario es el ámbito de la misma condición de bautizado. La igualdad en la vocación es un rasgo esencial de extraordinaria importancia, y ello determina la dimensión institucional constitutiva del Opus Dei.

Existen naturalmente otras múltiples diferencias entre los fieles del Opus Dei, sin que ninguna de ellas afecte a la igualdad vocacional e institucional. Dos de esas diferencias poseen una especial relevancia externa. Por un lado, las circunstancias vitales de cada uno dan lugar, también de modo estable (de ahí la distinción entre los llamados numerarios, agregados y supernumerarios), a una diversidad de posibilidades en la participación en algunos aspectos específicos de la vida institucional. Esta diversidad no modifica la igual plenitud vocacional y de pertenencia institucional, que se sitúa en un plano esencial, compatible con la variedad de posibilidades en esa participa-

ción. Por otro lado, junto a los sacerdotes establemente dedicados a la institución con su ministerio, existen otros sacerdotes cuyo ministerio en principio se ejercita fuera de la institución, como sacerdotes incardinados en una diócesis. Esta distinción, muy relevante desde el punto de vista del trabajo pastoral y de la dependencia jerárquica de cada sacerdote, debe ciertamente reflejarse en la institucionalidad del Opus Dei, pero sin que ello oscurezca la igualdad vocacional y la pertenencia a la realidad eclesial esencialmente unitaria del Opus Dei.

6. LA DIVERSIDAD JERÁRQUICA ENTRE LOS FIELES DEL OPUS DEI, Y LA ESTRUCTURA COMUNITARIO-JERÁRQUICA DE LA INSTITUCIÓN

En la misma fundación del Opus Dei en 1928 está presente el sacerdocio jerárquico de San Josemaría, quien incluso había abrazado la vocación sacerdotal en vista de su vocación al Opus Dei, como plan de Dios cuyo alcance le era todavía desconocido y para el que ya estaba disponible. Ese sacerdocio no sólo implicaba un ministerio en favor de los fieles, la gran mayoría laicos, que recibirían más tarde la misma vocación al Opus Dei, sino que estaba ligado a la misma fundación como una precisa vocación jerárquica de cabeza y Padre en el Opus Dei respecto a cuantos integraran esta realidad comunitaria, de naturaleza institucional y familiar al mismo tiempo. Por tanto, desde el inicio estaba presente, en germen pero realmente, la estructura comunitario-jerárquica de la institución. Había, pues, igualdad en el plano de la pertenencia a una misma comunidad eclesial, y una esencial diversidad jerárquica en su seno, participación de la misma diversidad que forma parte de la constitución jerárquica de la Iglesia.

El mismo carisma puede ser vivido tanto por clérigos como por laicos, de modo que la distinción no introduce ninguna separación espiritual, sino que mueve a santificarse según el espíritu común. Este espíritu carismático, siendo radicalmente igualitario, impulsa a la vez a asumir la propia condición eclesial, de manera que, lejos de favorecer confusiones o mimetismos, promueve la identidad de cada uno, del clérigo como clérigo, y del laico como laico.

Al mismo tiempo, la diversidad jerárquica, inseparablemente unida a la igualdad fundamental, posee en el Opus Dei una relevancia profundamente estructural en el ámbito de la institución. En efecto, es la institución misma la que se estructura sobre la base de la igualdad en la condición bautismal y en el sacerdocio común de todos sus miembros, y de la diversidad entre éstos por lo que respecta al plano del sacramento del Orden y el sacerdocio ministerial. A su vez, esta diversidad está internamente jerarquizada, en la medida en que supone una realidad institucional unitaria, en la que hay un sacerdote que hace cabeza, y otros sacerdotes y diáconos que colaboran.

El hecho de que esta estructura comunitario-jerárquica sea esencial en el Opus Dei como institución se entiende mejor a la luz de cuanto veíamos antes acerca de la relevancia institucional de los mismos bienes salvíficos de la palabra de Dios y los sacramentos (cfr. n. 4). Son estos bienes los que poseen en sí mismos esa estructura comunitario-jerárquica, y es el papel esencial de tales bienes en la dimensión institucional del Opus Dei lo que explica la relevancia de esa estructura en esta dimensión. La tarea institucional del Opus Dei implica la necesaria cooperación estructural entre sacerdotes y laicos en el ámbito de la palabra y los sacramentos. No se trata de una obra sólo clerical con la que cooperarían externamente los laicos, ni una obra sólo laical en la que los clérigos ejercerían su ministerio con ocasión de ella, pero sin que ese ministerio pertenezca a la esencia misma de la obra.

Conviene resaltar que esta estructuración comunitario-jerárquica ha de estar constantemente abierta al influjo vivificador del carisma en quienes forman parte del Opus Dei. Sin este influjo no habría verdaderas vocaciones al Opus Dei, ni vocaciones sacerdotales en su interior, ni podrían ser eficaces los procedimientos destinados a determinar quién hace cabeza. La institución vive por el carisma en el que participan los fieles y se pone a su servicio. Entre las múltiples manifestaciones de este principio se puede recordar el hecho de que los sacerdotes procedan de los laicos que ya pertenecen al Opus Dei, lo que asegura la unidad en el mismo carisma, y la mutua comprensión de las respectivas funciones. La fecha fundacional del 14 de febrero de 1943, a través del hallazgo de una concreta configuración canónica para los sacerdotes, muestra hasta qué punto es esencial que los sacerdotes estén institucionalmente dentro del Opus Dei.

Al enfocar la dimensión jerárquica conviene aclarar que ella es perfectamente armónica con la índole familiar del Opus Dei. Por una parte, dentro de la vida institucional el gobierno no se realiza sólo mediante el ejercicio de la potestad de jurisdicción, sino también y con mucha más frecuencia a través de exhortaciones y consejos, que se entrelazan con la función pastoral de enseñar. Por otra parte, en la misma estructura jerárquica del Opus Dei se encuentra el fundamento de la paternidad espiritual del Pastor que hace cabeza, una paternidad que el carisma subraya y vivifica.

7. LA SANTIDAD Y EL APOSTOLADO EN LA VIDA COTIDIANA EN MEDIO DEL MUNDO, Y LA SECULARIDAD DE LOS FIELES DEL OPUS DEI

La adecuación entre carisma personal y su reflejo institucional se manifiesta muy claramente en la correspondencia entre el horizonte espiritual de santidad y apostolado en la vida cotidiana en medio del mundo, y la condición secular de quienes pertenecen al Opus Dei como institución, tanto de los

laicos como de los sacerdotes. La comprensión del carisma en su aspecto personal requiere darse cuenta de que el don y la exigencia de la radicalidad cristiana se extienden a quienes viven en el mundo, sin que exista una especial consagración que de algún modo cambie su situación en él. Quienes forman parte del Opus Dei son en su gran mayoría laicos que buscan la santidad cristiana en su trabajo profesional, en su familia, y en el conjunto de su existencia secular, sin distinguirse de sus hermanos con quienes comparten la vocación laical en la Iglesia. Es más, precisamente este ser uno más en el mundo y en la Iglesia, sin una espiritualidad de consagrado ni signos externos de distinción, es una característica muy esencial de todos en el Opus Dei. Esta secularidad esencial se extiende también a los sacerdotes, obviamente viviendo como tales y asumiendo las consecuencias inherentes a su vocación sacerdotal por lo que respecta a su relación con el mundo.

La institución en su núcleo constitutivo comporta esencialmente la secularidad vocacional de sus miembros, entendida como un bien para ellos, para su apostolado y para todo el Opus Dei. El principal objetivo del itinerario jurídico del Opus Dei ha consistido justamente en la búsqueda de una configuración eclesial en la que esa secularidad estuviera plenamente reconocida, tutelada y promovida. Cualquier deformación de este rasgo supondría atentar contra el mismo núcleo del carisma institucional, introduciendo una superestructura que constituye un peligro de desviación respecto al espíritu fundacional.

Una de las consecuencias más importantes de esta secularidad se refiere al ejercicio del derecho eclesial de libertad en lo temporal. Los fieles del Opus Dei son titulares de ese derecho como todos los fieles, siempre dentro de la comunión eclesial. Debe sobre todo subrayarse que los laicos del Opus Dei, por su participación en el carisma y su pertenencia a la institución, no adquieren peculiares compromisos en el ámbito temporal ni su libertad en tal ámbito resulta disminuida por esa razón. La índole exclusivamente eclesial del Opus Dei en cuanto institución permite comprender que cae fuera de su competencia el dar a sus miembros directivas concretas (políticas, económicas, culturales, etc.) de acción en el mundo y en la Iglesia, que entren en el campo de lo opinable. La institución debe velar por la integridad cristiana de los fieles del Opus Dei y por su fidelidad al carisma: ir más allá atentaría contra este último y por tanto contra la misma razón de ser de la institución.

8. LA SANTIDAD Y EL APOSTOLADO EN EL PROPIO CONTEXTO CIVIL Y ECLESIAL, Y LAS RELACIONES CON LAS INSTITUCIONES CIVILES Y ECLESIALES

El carisma, precisamente por su entraña secular, confirma a la persona en el contexto civil y eclesial en el que vive su vocación al Opus Dei, ayudando a valorizarlo en su relevancia salvífica y como ámbito de la propia misión cris-

tiana. En ocasiones las exigencias institucionales inherentes a la difusión del carisma dan lugar a cambios en ese contexto, trasladándose a otro lugar de residencia o dedicándose más intensamente a tareas ligadas a la institución. Incluso en esa eventualidad, de suyo minoritaria, el carisma lleva a la identificación con el nuevo contexto, también institucional, amándolo como parte del camino de santidad y apostolado.

En esta relación, vivificada por el carisma, con el propio contexto vital reside la clave de la inserción de los fieles del Opus Dei en los ámbitos e instituciones tanto civiles como eclesiales. Ser ciudadanos de una nación, miembros de una familia de origen o que han formado mediante el matrimonio, parte viva de una diócesis y de una parroquia, etc. no son realidades simplemente yuxtapuestas al hecho de ser del Opus Dei, sino que reciben de este hecho una iluminación y fortificación espiritual, que potencia la propia libertad humana y cristiana, siempre dentro de la comunión en la Iglesia y de la fidelidad a todas las consecuencias de la misma vocación al Opus Dei.

La misma institución se halla constitutivamente modelada por el hecho de que la vocación al Opus Dei comporta una confirmación en el propio lugar en la Iglesia. En tal sentido la institución se configura esencialmente como complementaria a las diócesis, de modo que no niega ni atenúa la pertenencia del fiel a esta última, sino que se pone a su servicio. El Opus Dei como institución no es una suerte de mundo eclesial segregado, que sustituye o entra en competencia con los ámbitos diocesanos o parroquiales. Esto se nota especialmente en lo que respecta a los sacramentos (cfr. n. 4), pero también se da en relación con el bien de la palabra de Dios, en la que los fieles del Opus Dei participan de la común vida eclesial a nivel universal y particular. En lo que atañe a los sacerdotes que se dedican con su ministerio a las actividades institucionales es lógico que haya una dependencia especial respecto al Opus Dei como institución, que no obsta a su plena inserción diocesana, intrínseca ante todo a esas mismas actividades institucionales en el Opus Dei, y que puede manifestarse en otras modalidades de colaboración en la vida de la diócesis.

9. VARONES Y MUJERES EN LA REALIDAD DEL CARISMA INSTITUCIONAL DEL OPUS DEI

En la fecha fundacional del 14 de febrero de 1930 San Josemaría se dio cuenta, poco después del 2 de octubre de 1928, de que el carisma institucional que Dios le mostraba no era sólo para varones, sino también, en igualdad de vocación, para mujeres, con toda la riqueza humana y cristiana de esta diversidad. Hay profunda unidad tanto en la esencia del carisma personal como en su dimensión institucional, de modo que no tiene sentido hablar de un Opus Dei de los hombres y otro de las mujeres.

Ello es compatible con una separación entre las actividades formativas masculinas y femeninas, y con un gobierno respectivo dotado de autonomía, pero siempre bajo una sola cabeza ayudada por sus vicarios. Esta separación, según una posibilidad por lo demás muy tradicional en la Iglesia, forma parte constitutiva de la institución y del carisma que la sostiene, por lo que no es fruto de una simple estrategia humana contingente. Entre otras consecuencias, ello comporta una gran valoración de la iniciativa tanto masculina como femenina, en actividades apostólicas y en funciones de participación en el gobierno del Opus Dei, que aseguran una presencia muy incisiva de los talentos humanos y sobrenaturales de varones y mujeres.

Todos los fieles sean varones o mujeres se encuentran unidos en la substancia de un mismo carisma personal y la pertenencia a una sola institución, lo que se hace operativo en el gobierno mediante la unidad de la cabeza y también mediante diversas formas externas de ayuda mutua compatibles con esa separación. Dos de estas ayudas son particularmente esenciales: la de los sacerdotes con su ministerio para todos los fieles y las iniciativas apostólicas, y la del trabajo de las mujeres que se encargan de la administración doméstica de las sedes de los Centros.

10. LA RELEVANCIA CARISMÁTICA E INSTITUCIONAL DEL MATRIMONIO Y DE LA FAMILIA, Y DEL CELIBATO APOSTÓLICO DE LOS FIELES DEL OPUS DEI

La vocación al Opus Dei, como la vocación cristiana de la que es determinación, es de naturaleza personal, por lo que en rigor no hay matrimonios ni familias que pertenezcan a la institución, aunque todos sus componentes individualmente sean del Opus Dei. De ese modo se hacen posibles dos aspectos: por un lado, la gran relevancia del carisma vivido por cada fiel en el ámbito matrimonial y familiar, el cual junto al trabajo profesional es un campo capital en la santificación y el apostolado de los fieles en medio del mundo; y por otro, el hecho de que esa vivencia carismática respeta y promueve la legítima autonomía humana y eclesial del matrimonio y la familia, que no se transforma en una especie de prolongación del Opus Dei como institución.

Aunque la mayoría de los fieles del Opus Dei, como ocurre en toda la Iglesia, son casados, los hay también célibes y viudos. Muy relevante en la configuración institucional es el carisma del celibato apostólico por el Reino de los cielos. De él participan no sólo los sacerdotes, sino también algunos laicos, sin que por eso cambien su condición laical, tanto si continúan viviendo en el mismo contexto en que lo hacían antes de ser del Opus Dei, como si pasan a vivir en un Centro con otros fieles célibes, como una especial concreción de la relación familiar entre todos los miembros. Este celibato eclesial de naturaleza secular es un don para la persona y para el Opus Dei, que hace posi-

ble una singular dedicación en el corazón y en las obras a la difusión del carisma a través de la institución. El hecho de que sea vivido en la secularidad, especialmente mediante la participación habitual en trabajos profesionales en el mundo, asegura que todos los fieles del Opus Dei y cuantos se acercan a él encuentren en los fieles célibes la ayuda y el testimonio de uno como ellos. También este celibato apostólico de los laicos resulta decisivo para que algunos de esos fieles puedan ser llamados al sacerdocio dentro del Opus Dei, sin que por ello los fieles así llamados adquieran una posición superior respecto a la pertenencia a la institución y a la participación en el carisma.

En los fieles laicos del Opus Dei que viven el celibato apostólico el carisma incluye algunas manifestaciones que parecieran contradecir la secularidad de esos fieles: desde el mismo celibato asumido por el Reino de los cielos hasta concreciones del ponerse totalmente al servicio de los fines institucionales (obediencia en el plano de las decisiones vitales, puesta en común en la esfera de los bienes económicos personales), desde la vida en familia en un Centro para algunos de ellos hasta prácticas personales que aparentemente no se compaginan con la naturalidad de fieles corrientes (como la sobriedad en el ámbito social y de espectáculos públicos o el vivir expresiones tradicionales de mortificación corporal). Para superar esta perplejidad es preciso reconocer que existe un núcleo en esas manifestaciones que, si bien históricamente ha estado ligado en gran medida al estado religioso o asimilado a él, de suyo pertenece a la vida cristiana y admite realizaciones plenamente seculares, que no implican un signo público de distinción respecto del mundo, sino más bien una personal entrega en el mundo para facilitar la vida y el apostolado de todos los fieles en ese mismo mundo.

11. LA TRASCENDENCIA DEL CARISMA RESPECTO A LA INSTITUCIÓN

Para concluir estas breves reflexiones conviene subrayar que el carisma del Opus Dei trasciende la institución. Esta transcendencia se debe al carácter omnicomprensivo del carisma, en el sentido de que abarca la totalidad de la existencia de la persona. San Josemaría solía emplear una expresión gráfica en la que se puede ver el entrelazamiento entre lo institucional y lo carismático: “hacer el Opus Dei, siendo Opus Dei”. El hacer el Opus Dei en sentido institucional posee siempre unos límites, los propios de lo institucional, que comprende sólo las actividades de formación y de gobierno en las que de algún modo está comprometido el Opus Dei como institución. La vida institucional, que es a la vez familiar porque discurre en el ámbito de la fraternidad y de la paternidad de quien hace cabeza, está en función del despliegue del carisma en toda la existencia del fiel.

En el caminar cristiano de cada persona en el Opus Dei la relación con la institución, siendo tan importante para la operatividad del carisma, consti-

tuye una parte habitualmente pequeña, de modo que cada fiel aspira a ser integralmente Opus Dei en su vida precisamente donde se encuentra en el mundo, en los más variados ámbitos temporales que no adquieren por esa razón ninguna connotación referida al Opus Dei como institución. Otro tanto puede afirmarse de la relación del fiel con las diócesis y parroquias, en las que el fiel no representa al Opus Dei. En todos estos campos la actuación del fiel se caracteriza por la libertad y autonomía, mostrándose también en esto el amor a la libertad que forma parte importante del mismo carisma.

En suma, la unidad esencial entre el carisma y la dimensión institucional constitutiva del Opus Dei no ahoga el carisma en la estrechez de una dinámica institucional cerrada, sino que por el contrario permite potenciar la dinámica del mismo carisma, de manera que cada fiel se identifique con Cristo en toda su vida.

L'ISTRUZIONE COR ORANS: L'ATTUAZIONE DELLA RIFORMA DELLA VITA CONTEMPLATIVA FEMMINILE*

GRZEGORZ RURANSKI

1. L'AUTORE E I DESTINATARI

NELLA cost. ap. *Vultum Dei quaerere* Papa Francesco ha richiesto alla Congregazione per gli Istituti di Vita Consacrata e Società di Vita Apostolica (in seguito CIVCSVA) l'emanazione dell'istruzione in cui si sarebbero trattate le materie incluse nel n. 12 del documento papale: «formazione, preghiera, Parola di Dio, Eucaristia e Riconciliazione, vita fraterna in comunità, autonomia, federazioni, clausura, lavoro, silenzio, mezzi di comunicazione e ascesi». ¹ Il compito affidato a questa Congregazione dal Romano Pontefice deriva dal fatto che questo dicastero, con le sue competenze assegnate dalla cost. ap. *Pastor Bonus* (in seguito PB), si occupa di tutto ciò che riguarda la vita e l'attività degli Istituti e delle Società. ² Adempiendo questo dovere la CIVCSVA ha pubblicato nella Solennità della Risurrezione, 1 aprile 2018, l'istruzione applicativa della cost. ap. *Vultum Dei quaerere* sulla vita contemplativa femminile *Cor orans*. Questo documento, redatto per la predetta costituzione, è offerto «alla Chiesa, con particolare riferimento ai monasteri del rito latino». ³

2. IL VALORE GIURIDICO DELL'ISTR. COR ORANS

L'istr. *Cor orans*, come rileva anche il suo sottotitolo, è l'istruzione applicativa della cost. ap. *Vultum Dei quaerere* redatta per mandato del Pontefice. ⁴ Il

grzegorz.ruranski@oblaci.net, Pontificia Università della Santa Croce.

* Attesa la lunghezza dell'Istruzione *Cor Orans*, non pubblichiamo il documento ma vengono riportate opportunamente a piè di pagina le disposizioni commentate nel presente lavoro.

¹ Cost. ap. *Vultum Dei quaerere*, n. 12.

² PB, art. 108 § 1: «Essa assolve tutte quelle mansioni che, a norma del diritto, spettano alla Santa Sede circa la vita e l'attività degli istituti e delle società, specialmente circa l'approvazione delle costituzioni, il regime e l'apostolato, la cooptazione e la formazione dei membri, i loro diritti ed obblighi, la dispensa dai voti e la dimissione dei membri, nonché l'amministrazione dei beni».

³ *Cor orans*, introduzione.

⁴ Cfr. *ibidem*.

primo obiettivo di questo documento è quello di qualsiasi istruzione, cioè mira a rendere chiare le disposizioni della cost. ap. *Vultum Dei quaerere* e inoltre a determinare i procedimenti nell'eseguirlo.⁵ Tuttavia osserviamo che il suo valore non è unicamente quello di un'istruzione pubblicata da un dicastero competente.⁶ Ciò deriva dall'*iter* giuridico che ha seguito questo documento sin dalla redazione fino alla sua pubblicazione.

2. 1. *L'approvazione comune*

Dalla conclusione dell'istr. *Cor orans*, si può costatare che essa, prima di essere pubblicata è stata approvata da Papa Francesco: «Il giorno 25 marzo 2018 il Santo Padre ha approvato il presente documento della Congregazione per gli Istituti di vita consacrata e le Società di vita apostolica e ne ha autorizzato la pubblicazione». Il testo appena riportato parla dell'approvazione comune di cui nell'art. 18 della cost. ap. PB e nell'art. 127 del Regolamento Generale della Curia Romana (in seguito RGCR).⁷ Questi due articoli prevedono che i dicasteri chiedano l'approvazione del Papa per le decisioni di maggiore importanza.⁸ Papa Francesco è intervenuto di persona nella preparazione del documento. Quanto alla natura di quest'approvazione rileviamo che essa non cambia la natura dell'istr. *Cor orans*; questa rimane sempre un documento della CIVCSVA e non quello del Romano Pontefice.⁹ Ricordiamo

⁵ Can. 34 §1: «Le istruzioni, che propriamente rendono chiare le disposizioni delle leggi e sviluppano e determinano i procedimenti nell'eseguirle, sono date a uso di quelli il cui compito è curare che le leggi siano mandate ad esecuzione e li obbligano nell'esecuzione stessa delle leggi; le pubblicano legittimamente, entro i limiti della loro competenza, coloro che godono della potestà esecutiva».

⁶ Sulla possibilità di pubblicare un'istruzione da parte di un dicastero della Curia romana parla il § 1 dell'art. 125 del Regolamento Generale della Curia Romana: «I Dicasteri, nell'ambito della propria competenza, possono emanare decreti generali esecutivi e istruzioni, a norma dei cann. 31-34 del Codice di Diritto Canonico e tenuto presente l'art. 156 della Cost. ap. Pastor bonus».

⁷ Cfr. A. VIANA, «*Approbatio in forma specifica*». *El reglamento general de la curia romana de 1999*, «Ius canonicum», 79 (2000), p. 215.

⁸ PB, art 18: «Devono essere sottoposte all'approvazione del sommo Pontefice le decisioni di maggiore importanza, ad eccezione di quelle per le quali sono state attribuite ai capi dei dicasteri speciali facoltà, e ad eccezione delle sentenze del Tribunale della Rota romana e del Supremo Tribunale della Segnatura apostolica, pronunciate entro i limiti della rispettiva competenza».

Il RGCR, art. 127, stabilisce: «§ 1. I Dicasteri, prima di iniziare la trattazione di questioni straordinarie, devono sempre informarne il Sommo Pontefice. § 2. Le decisioni di maggiore importanza devono essere sottoposte al Romano Pontefice per la eventuale approvazione, ad eccezione di quelle per le quali sono state attribuite preventivamente ai Capi Dicastero speciali facoltà».

⁹ Cfr. A. VIANA, «*Approbatio in forma specifica*». *El reglamento general de la Curia romana de 1999*, «Ius canonicum», 79 (2000), p. 213.

che l'approvazione comune non esclude la possibilità dell'eventuale impugnazione tramite il ricorso in via amministrativa (ricorso gerarchico) o in quella giurisdizionale (ricorso contenzioso-amministrativo);¹⁰ ciò nel caso dell'istr. *Cor orans* non è possibile perché questo non è un atto singolare.¹¹

Le disposizioni dell'istr. *Cor orans* non possono derogare né abrogare le leggi.¹² In ciò si rivela l'inferiorità e la dipendenza dell'istruzione dalla vigente legislazione che riguarda la vita contemplativa femminile come per es. questa stabilita dalla cost. ap. *Vultum Dei quaerere* o dai relativi canoni del Codice di Diritto Canonico.¹³ Ogni volta che le disposizioni entreranno in conflitto con la legislazione in vigore esse rimarranno senza efficacia.¹⁴ Quanto alla cessazione dell'istr. *Cor orans* essa dovrà seguire le prescrizioni del can. 34 §3 CIC: «Le istruzioni cessano di avere vigore non soltanto con la revoca esplicita o implicita dell'autorità competente, che le pubblicò, o del suo superiore, ma anche cessando la legge per chiarire o per mandare ad esecuzione la quale furono date».

2. 2. L'approvazione specifica

Oltre l'approvazione comune dell'intero documento, il Santo Padre ha approvato in forma specifica alcuni numeri dell'istr. *Cor orans*.¹⁵ L'approvazione in forma specifica dei numeri esaminati in seguito è indiscussa grazie alla formula usata e richiesta dall'art. 126 §4 del RGCR: «in forma specifica approbavit». Questo presuppone che la CIVCSVA ha dovuto fare la richiesta di questo tipo di approvazione «per iscritto, adducendone i motivi e presentando il progetto di testo definitivo».¹⁶ Il Papa Francesco prima di decidere ha potuto esaminare personalmente questo caso e in seguito ha comunicato al dicastero la decisione presa al riguardo.¹⁷

¹⁰ Cfr. J. MIRAS, J. CANOSA, E. BAURA, *Compendio di diritto amministrativo canonico*, Roma, EDUSC, 2009², pp. 321-322; A. VIANA, «*Approbatio in forma specifica*». *El reglamento general de la Curia romana de 1999*, «*Ius canonicum*», 79 (2000), p. 213.

¹¹ Cfr. E. LABANDEIRA, comment. al can. 1732, in *Codice di diritto canonico e leggi complementari commentato*, a cura di J. I. Arrieta, Roma, Coletti a San Pietro, 2010³, p. 1149.

¹² Can. 34 §2 CIC: «I dispositivi delle istruzioni non derogano alle leggi, e se qualcuno non può accordarsi con le disposizioni delle leggi, è privo di ogni vigore». Cfr. A. VIANA, *El reglamento general de la Curia romana (4.II.1992). Aspectos generales y regulación de las aprobaciones pontificias en forma específica*, «*Ius canonicum*», 32 (1992), p. 509.

¹³ Cfr. E. BAURA, *Parte generale del diritto canonico. Diritto e sistema normativo*, Roma, EDUSC, 2013, p. 185.

¹⁴ Cfr. Can 34 §2 CIC.

¹⁵ L'approvazione in forma specifica di alcuni numeri dell'istr. *Cor orans* coincide con l'approvazione dell'intero documento del 25 marzo 2018.

¹⁶ RGCR art. 126 §1.

¹⁷ RGCR art. 126 §3: «In ognuno dei detti casi il fascicolo relativo deve essere lasciato al Sommo Pontefice, in modo che Egli lo possa esaminare personalmente e comunicare in seguito la Sua decisione nel modo ritenuto opportuno». Cfr. V. C. GÓMEZ-IGLESIAS, *Aprobación en forma específica*, in DGDC, vol. 1, Pamplona, Universidad de Navarra, p. 434.

I numeri dell'istruzione approvati in forma specifica hanno derogato ad alcuni canoni del CIC e hanno abrogato la restrizione inclusa nel n. 17 §2 dell'istr. *Verbi Sponsa*.¹⁸ Nel testo dell'istruzione la volontà di revoca parziale di alcuni canoni del CIC e la revoca totale della predetta restrizione è stata manifestata esplicitamente e quindi non crea alcun dubbio.¹⁹ La CIVCSVA ha seguito le prescrizioni dell'art. 126 §4 del RGCR: «Affinché consti dell'approvazione in forma specifica si dovrà dire esplicitamente che il Sommo Pontefice "in forma specifica approbavit"». In questo caso si tratta dell'*expressa editio* che «sarebbe la disposizione legale in cui si revoca una legge (o parte di essa) in maniera esplicita». ²⁰ In effetti, siamo dinanzi ad una situazione in cui, tramite l'approvazione specifica, sono derogate e abrogate alcune disposizioni della legislazione del Sommo Pontefice. Tale atto da parte del dicastero, considerando il sistema normativo canonico, è un atto straordinario e speciale previsto dal RGCR.²¹ Riteniamo che, nel caso esaminato, la deroga tramite la approvazione specifica del Pontefice garantisca sia la necessaria ufficialità che la pubblicità dell'atto evitando di creare qualche incertezza giuridica.²² Inoltre, come nota Gómez-Iglesias, questo modo di procedere dei dicasteri della Curia Romana dopo la promulgazione della cost. ap. PB è diventato la loro prassi.²³

2. 3. *I cambiamenti normativi dell'istr. Cor Orans*

I cambiamenti legislativi introdotti dall'istr. *Cor orans* rivedono i diversi aspetti del governo e della vigilanza sui monasteri contemplativi femminili: la clausura, l'amministrazione dei beni, la visita canonica, l'esclusione.

Il n. 52, n. 81d e n. 108 hanno sollevato i monasteri *sui iuris* dall'obbligo, richiesto dal can. 638 §4 cioè il consenso scritto dell'Ordinario del luogo di porre gli atti di amministrazione straordinaria e di alienazione di cui nel can. 638 §3.²⁴

¹⁸ Can. 20 CIC: «La legge posteriore abroga la precedente o deroga alla medesima, se lo indica espressamente, o è direttamente contraria a quella, oppure riordina integralmente tutta quanta la materia della legge precedente; la legge universale però non deroga affatto al diritto particolare o speciale, a meno che non sia disposto espressamente altro dal diritto». Cfr. *Cor orans*, conclusione.

¹⁹ Cfr. E. BAURA, *Parte generale del diritto canonico...*, cit., p. 393; J. F. ORTIZ, *Derogación*, in DGDC, vol. 3, cit., p. 251.

²⁰ E. BAURA, *Parte generale del diritto canonico...*, cit., p. 394.

²¹ RGCR § 2: «I Dicasteri non possono emanare leggi e decreti generali, di cui al can. 29 del Codice di Diritto Canonico, né derogare alle disposizioni del diritto stabilito dal Sommo Pontefice senza la Sua specifica approvazione. Possono, invece, concedere dispense nei singoli casi, a norma di diritto».

²² Cfr. E. BAURA, *Parte generale del diritto canonico...*, cit., pp. 395-396.

²³ Cfr. V. C. GÓMEZ-IGLESIAS, *Aprobación en forma específica*, in DGDC, vol. 1, cit., p. 435.

²⁴ *Cor orans*, n. 52: «In deroga al can. 638, §4 CJC, per la validità dell'alienazione e di qualunque altro negozio da cui la situazione patrimoniale del monastero potrebbe subire un

Il n. 83g ha cambiato il requisito di causa grave di cui nel can. 667 §4 in requisito di giusta causa affinché l'Ordinario del luogo possa dare il permesso ad altre persone di entrare in clausura, con il consenso della Superiora maggiore.²⁵ Il medesimo canone è stato altresì derogato dalle disposizioni dei nn. 174 e 175 in forza delle quali l'Ordinario del luogo non può concedere la dispensa dalla clausura e non interviene nella sua concessione.²⁶ I cambiamenti riguardanti il can. 667 §4 sono interessanti perché se da un lato facilitano l'Ordinario del luogo alla concessione del permesso di entrare in clausura ad altre persone, dall'altro, al contrario, lo privano della facoltà di concedere la dispensa alle monache e quindi di uscirne. La concessione di tale dispensa secondo l'istr. *Cor orans* spetta ora «unicamente alla Superiora maggiore la quale, nel caso in cui tale dispensa supera i quindici giorni, può concederla solo dopo aver ottenuto il consenso del suo Consiglio».²⁷

danno, si richiede la licenza scritta della Superiora maggiore con il consenso del Consiglio o del capitolo conventuale, a seconda del valore della vendita e del negozio, ed il parere della Presidente federale», n. 81d: «Per quanto riguarda i monasteri femminili affidati alla peculiare vigilanza del vescovo diocesano, questa si esprime nei confronti della comunità del monastero principalmente nei casi stabiliti dal diritto universale, in quanto il vescovo diocesano: (...) in deroga al can. 638, §4 CJC, dà, in quanto ordinario del luogo, il consenso scritto per particolari atti di amministrazione, se stabilito del diritto proprio», n. 108: «In deroga al can. 638, §4 CJC, per la validità dell'alienazione dei beni dei monasteri soppressi la Presidente della Federazione e il Consiglio federale, al di là del valore del bene da alienare, necessitano sempre ed unicamente della licenza scritta delle Santa Sede»; Can. 638 §3: «Per la validità dell'alienazione, e di qualunque negozio da cui la situazione patrimoniale della persona giuridica potrebbe subire detrimento, si richiede la licenza scritta rilasciata dal Superiore competente con il consenso del suo consiglio. Se però si tratta di negozio che supera la somma fissata dalla Santa Sede per le singole regioni, come pure di donazioni votive fatte alla Chiesa, o di cose preziose per valore artistico o storico, si richiede inoltre la licenza della Santa Sede stessa. Can. 638 §4: «Per i monasteri *sui iuris*, di cui nel can. 615, e per gli istituti di diritto diocesano, è necessario anche il consenso scritto dell'Ordinario del luogo». Cfr. V. DE PAOLIS, *La vita consacrata nella Chiesa*, Venezia, Marcianum Press, 2011, pp. 418-427.

²⁵ *Cor orans*, n.: 83g: «Tutti i monasteri femminili, fatta salva l'autonomia interna e l'eventuale esenzione esterna sono soggetti al vescovo diocesano, che esercita la sollecitudine pastorale nei seguenti casi: (...) il vescovo diocesano ha la facoltà per giusta causa di entrare nella clausura e di permettere, con il consenso della Superiora maggiore, ad altre persone di entrarvi»; Can. 667 §4: «Il Vescovo diocesano ha la facoltà di entrare, per giusta causa, nella clausura dei monasteri di monache situati nella sua diocesi e può anche permettere, per causa grave e con il consenso della Superiora, che altri siano ammessi nella clausura e che le monache stesse ne escano per il tempo strettamente necessario».

²⁶ *Cor orans*, n. 174: «In deroga a quanto disposto dal can. 667, §4 CJC, il Vescovo diocesano, come pure l'Ordinario religioso, non interviene nella concessione della dispensa dalla clausura», n. 175: «In deroga a quanto disposto dal can. 667, §4 CJC, la dispensa dalla clausura spetta unicamente alla Superiora maggiore la quale, nel caso in cui tale dispensa supera i quindici giorni, può concederla solo dopo aver ottenuto il consenso del suo Consiglio».

²⁷ *Cor orans*, n. 175.

Il n. 111 derogando il can. 628 § 2, n. 1 stabilisce il diritto e dovere della Presidente federale di accompagnare «il Visitatore regolare nella visita canonica ai monasteri federati come convisitatrice». È da notare che questa deroga toglie il diritto e dovere della visita canonica dei monasteri *sui iuris* al Vescovo diocesano.²⁸

L'approvazione specifica dei nn. 130, 177, 178 hanno portato alla deroga del can. 686 § 2 che disponeva: «Spetta unicamente alla Sede Apostolica concedere l'indulto di escaustrazione per le monache».²⁹ L'escaustrazione prevista in questi numeri riguarda una monaca professa di voti solenni. Secondo queste nuove disposizioni l'indulto di escaustrazione per un tempo che non oltrepassa un anno può essere concesso dalla Superiora maggiore, avendo sempre il consenso del proprio Consiglio, dell'Ordinario del luogo di dimora della monaca escaustrata, nonché del parere del Vescovo diocesano e dell'Ordinario religioso.³⁰ Questo l'indulto può essere prorogato dalla Presidente federale, con il consenso del suo consiglio; in questo caso la durata di tutta l'escaustrazione può arrivare fino a tre anni.³¹ La proroga dell'indulto superiore a tre anni spetterà solamente alla CIVCSVA.³² In ogni caso questo dicastero può concedere l'indulto superiore a tre anni in modo immediato.³³

L'istr. *Cor orans* nel n. 176 contiene un'abrogazione del n. 17 §2 dell'istr. *Verbi Sponsa*.³⁴ Quest'abrogazione consente alla Superiora maggiore di dare

²⁸ Can. 628 §2: «È diritto e dovere del Vescovo diocesano visitare, anche per quanto riguarda la disciplina religiosa: 1) i monasteri *sui iuris*, di cui nel can. 615».

²⁹ *Cor orans*, n. 130: «In deroga al can. 686, §2 CJC, il Consiglio federale dà il proprio consenso per la richiesta dell'indulto di escaustrazione di una monaca di voti solenni, dopo l'anno concesso dalla Superiora maggiore del monastero, fino al compimento dei tre anni», n. 177: «In deroga al can. 686, §2 CJC, la Superiora maggiore, con il consenso del suo Consiglio, può concedere l'indulto di escaustrazione ad una monaca professa di voti solenni, non per più di un anno, previo consenso dell'Ordinario del luogo dove la monaca dovrà dimorare, dopo aver acquisito il parere del Vescovo diocesano o dell'Ordinario religioso competente», n. 178: «In deroga al can. 686, §2 CJC, una proroga dell'indulto di escaustrazione può essere concessa dalla Presidente federale, con il consenso del suo Consiglio, alla monaca professa di voti solenni di un monastero della Federazione per un tempo non superiore a due anni».

³⁰ Cfr. *Cor orans*, n. 177.

³¹ Cfr. *Cor orans*, n. 178, n. 130.

³² Cfr. *Cor orans*, n. 180; PB, n. 108.

³³ Can. 686 §1: «Il Moderatore supremo, col consenso del suo consiglio, per grave causa può concedere ad un professo perpetuo l'indulto di escaustrazione, tuttavia per non più di tre anni, previo consenso dell'Ordinario del luogo in cui dovrà dimorare se si tratta di un chierico. Una proroga dell'indulto, o una concessione superiore a tre anni, è riservata unicamente alla Santa Sede, oppure al Vescovo diocesano se si tratta di istituti di diritto diocesano».

³⁴ *Cor orans*, n. 176: «Abrogata la limitazione presente nell'Istruzione *Verbi Sponsa*, per giusta causa la Superiora maggiore, a norma del can. 665, § 1 CJC, con il consenso del suo Consiglio, può autorizzare l'assenza dal monastero della monaca professa di voti solenni non per più di un anno, sentito il Vescovo diocesano o l'Ordinario religioso competente»; Istr. *Verbi Sponsa*, art. 17 § 2: «Per altra causa giusta e grave la Superiora, con il consenso del suo Con-

il permesso ad una monaca con i voti solenni di vivere fuori del monastero per un tempo non superiore di un anno.³⁵ Per dare questo permesso si richiede che intervengano gli altri soggetti. Oltre al consenso del suo Consiglio richiesto dal can. 665 §1, la Superiore maggiore, secondo il n. 176, deve sentire il Vescovo diocesano o l'Ordinario religioso competente.

3. L'APPLICAZIONE DELL'ISTR. COR ORANS E LA TUTELA DEI DIRITTI

Teniamo presente che lo scopo dell'istr. *Cor orans* è di chiarire ed aiutare nell'applicazione della cost. ap. *Vultum Dei quaerere*. L'istruzione si fonda sui capisaldi della costituzione di Papa Francesco, tra cui consideriamo la rivalutazione del concetto di autonomia dei monasteri e l'obbligo di essere il monastero federato.³⁶ La CIVCSVA nella preparazione dell'istruzione, doveva rimanere fedele alla legislazione emanata nella cost. ap. *Vultum Dei quaerere*, ma anche tener conto della speciale situazione giuridica dei monasteri contemplativi femminili. Ciò includeva un complesso lavoro di preparazione dell'istruzione adatta ad armonizzare le novità della costituzione con la tutela e la garanzia dei diritti delle monache e dei loro monasteri appartenenti alle diverse tradizioni monastiche e carismatiche.³⁷

3. 1. I diritti fondamentali

L'istr. *Cor orans*, trattando delle condizioni necessarie per la fondazione dei monasteri delle monache, richiede che nel luogo della *fundatio* si possa garantire alle monache un'adeguata vita sacramentale e spirituale.³⁸ Secondo noi quest'esigenza mira anche a tutelare i corrispondenti diritti fondamentali dei fedeli.

siglio o del Capitolo conventuale, secondo il disposto delle Costituzioni, può autorizzare l'uscita per il tempo necessario, non oltre una settimana. Se la permanenza fuori monastero si dovesse protrarre oltre, fino a tre mesi di tempo, la Superiore chiederà l'autorizzazione al Vescovo diocesano o al Superiore regolare, qualora esista. Se l'assenza supera i tre mesi, salvo i casi di cura della salute, deve chiedere la licenza alla Santa Sede».

³⁵ Can. 665 §1: «I religiosi devono abitare nella propria casa religiosa osservando la vita comune e non possono assentarsene senza licenza del proprio Superiore. Se poi si tratta di una assenza prolungata, il Superiore maggiore, con il consenso del suo consiglio e per giusta causa, può concedere a un religioso di vivere fuori della casa dell'istituto, ma non oltre un anno, a meno che ciò non sia per motivo di infermità, di studio o di apostolato da svolgere a nome dell'istituto». Cfr. *Cor orans*, n. 176.

³⁶ Cfr. Cost. ap. *Vultum Dei quaerere*, n. 28, n. 29, art. 8 §1, art. 9 §1.

³⁷ Cfr. Cost. ap. *Vultum Dei quaerere*, art. 2 §3.

³⁸ *Cor orans*, n. 27: «Nella scelta del luogo della fondazione particolare attenzione si deve prestare alle esigenze della vita sacramentale e spirituale del nuovo monastero, perché la carenza di clero in alcune chiese particolari non permette sempre di individuare un presbitero che abbia competenza e sensibilità spirituale per accompagnare la comunità di un monastero di monache».

Il primo diritto, annunciato nel can. 213, è «il diritto di ricevere dai sacri Pastori gli aiuti derivanti dai beni spirituali della Chiesa, soprattutto dalla parola di Dio e dai sacramenti». Compiere il dovere spettante a tale diritto non significa unicamente garantire alle monache la celebrazione quotidiana dell'eucaristia e il frequente accostamento al sacramento di penitenza. Questo presuppone che nel luogo della fondazione si trovi, come osserva il n. 27 dell'istruzione, «un presbitero che abbia competenze e sensibilità spirituale per accompagnare la comunità di un monastero di monache». La soddisfazione di questo diritto spetta agli Ordinari del luogo i quali hanno il dovere di nominare i presbiteri con le qualità necessarie per essere cappellani o di approvare dei confessori ordinari nei monasteri delle religiose contemplative.³⁹

Il can. 214 dichiara che i fedeli hanno «il diritto di rendere culto a Dio secondo le disposizioni del proprio rito approvato dai legittimi Pastori della Chiesa e di seguire un proprio metodo di vita spirituale, che sia però conforme alla dottrina della Chiesa». Dobbiamo ricordare che la CIVCSVA ha indirizzato l'istr. *Cor orans* in modo particolare ai monasteri di rito latino.⁴⁰ Per capire a fondo questa scelta non possiamo relegarla solo alle questioni di un possibile conflitto di competenze tra la CIVCSVA e la Congregazione per le Chiese Orientali.⁴¹ La questione riguarda la tutela del diritto fondamentale di ogni monaca di rendere culto a Dio secondo il proprio rito. Proprio per questo riteniamo che l'istr. *Cor orans* sia vincolante giuridicamente per i monasteri di rito latino. In effetti, nella cost. ap. *Vultum dei quaerere*, si dispone che «qualora necessario in accordo con la Congregazione per le Chiese Orientali (...) regolerà le distinte modalità di attuazione di queste norme costitutive, secondo le diverse tradizioni monastiche e tenendo conto delle differenti famiglie carismatiche».⁴² L'istr. *Cor orans* non è un documento interdicasteriale. Analizzando il testo ci accorgiamo che non fa alcun riferimento al diritto canonico orientale ma solo al diritto canonico latino. Da ciò deriva che l'istruzione concretizza la normativa della cost. ap. *Vultum Dei quaerere* per i monasteri latini. L'attuazione di tali disposizioni per i monasteri orientali delle monache deve svolgersi tenendo conto del «patrimonio liturgico, teologico, spirituale e disciplinare» della Chiesa orientale e con l'intervento della Congregazione per le Chiese orientali quale dicastero competente.⁴³

³⁹ Can. 567: «§1. L'Ordinario del luogo non proceda alla nomina del cappellano di una casa di un istituto religioso laicale senza aver consultato il Superiore, il quale ha il diritto, sentita la comunità, di proporre qualche sacerdote. §2. Spetta al cappellano celebrare o dirigere le funzioni liturgiche; non gli è lecito però ingerirsi nel governo interno dell'istituto». Cfr. *Cor orans*, n. 83 d; circa il diritto fondamentale dei fedeli di cui nel can. 213 e la determinazione del ministro sacro vedi: J. HERVADA, *Diritto costituzionale canonico*, Milano, Giuffrè, 1989, p. 112.

⁴⁰ *Cor orans*, introduzione.

⁴¹ Cfr. RGCR, art. 129.

⁴² Cost. ap. *Vultum Dei quaerere*, art. 2 §3.

⁴³ Can. 27 CCEO.

Il can. 214 dichiara anche un altro diritto dei fedeli, cioè quello alla propria spiritualità.⁴⁴ Nell'ambito della vita monastica femminile la tutela di questo diritto è vitale. L'istr. *Cor orans* afferma che le modifiche relative allo stile e la forma di vita delle monache devono essere conformi alla tradizione e al carisma dell'istituto.⁴⁵ Riteniamo che ciò porti le sue conseguenze per il *modus* in cui i monasteri devono rispondere alle prescrizioni dell'istruzione della CIVCSVA. Questo riguarda per esempio il ruolo della *lectio divina* nella formazione iniziale o permanente.⁴⁶ Se nella tradizione e nel carisma dell'istituto si attribuisce un posto centrale alla preghiera mentale, non sarà opportuno dare questa centralità alla *lectio divina*.⁴⁷ La conformità con il carisma e con la tradizione del singolo monastero rimane sempre il criterio principale per decidere come attuare le disposizioni dell'istr. *Cor orans*.

3. 2. Il diritto alla giusta autonomia

La protezione dei diritti non si limita unicamente ai diritti fondamentali delle monache in quanto *christifideles*. La tutela dei diritti deve anche includere il rispetto all'autonomia degli istituti dichiarata nel can. 586 §1: «È riconosciuta ai singoli istituti una giusta autonomia di vita, specialmente di governo, mediante la quale abbiano nella Chiesa una propria disciplina e possano conservare integro il proprio patrimonio, di cui al can. 578».⁴⁸

⁴⁴ J. HERVADA, *Diritto costituzionale...*, cit., p. 116.

⁴⁵ Cfr. *Cor orans*, n. 78, n. 87, n. 91, n. 186, n. 189, n. 204, n. 248.

⁴⁶ *Cor orans*, n. 242: «Sicuramente il primo strumento di formazione permanente per tutti i consacrati, ancor più per le contemplative, è la cura della *vita di preghiera*: liturgie curate e dignitose, secondo la possibilità della comunità; fedeltà ai momenti di preghiera personale, per garantire quello spazio dove poter intessere una relazione intima con il Signore; cura del rapporto con la Parola, attraverso la *lectio* personale e la *collatio* comunitaria, quando possibile», n. 281: «La novizia ottiene questo nella pratica della *lectio divina* prolungata, sotto la guida di una sorella esperta che sappia aprire il suo animo all'intelligenza delle Scritture, guidata dagli scritti dei Padri della Chiesa e dagli scritti e esempi di vita dei propri fondatori. Il contatto intimo con Cristo deve condurre necessariamente a una vita sacramentale forte, e alla preghiera personale, alla quale la novizia deve essere guidata e per la quale deve essere concesso un tempo adeguato».

⁴⁷ Per es. le monache carmelitane scalze nel centro della loro vita spirituale hanno la preghiera continua. Le loro costituzioni prescrivono due ore della preghiera mentale al giorno in comune. Cfr. *Constitución de las Monjas Descalzas de la Orden de la Bienaventurada Virgen María del Monte Carmelo adaptadas según las disposiciones del Concilio Vaticano II y las normas canónicas vigentes aprobadas por la Sede Apostólica. Año 1991*, art. 78-79. Cfr. S. PACCIOLO, *Il monastero autonomo tra potenzialità e limiti*, in *Vita consacrata in comunione. Atti dell'Incontro Internazionale*, Roma 28 gennaio/2 febbraio 2016, vol. 1, «Sequela Christi», 42 (2016), p. 294.

⁴⁸ Can. 578: «L'intendimento e i progetti dei fondatori, sanciti dalla competente autorità della Chiesa, relativamente alla natura, al fine, allo spirito e all'indole dell'istituto, così come le sane tradizioni, cose che costituiscono il patrimonio dell'istituto, devono essere da tutti fedelmente custoditi».

L'autonomia dei monasteri secondo noi è la questione più vitale di tutta la riforma della vita contemplativa femminile legata all'obbligo di entrare nella federazione. Riguardo a tal obbligo l'istruzione osserva la prescrizione della cost. ap. *Vultum Dei quaerere*: «Inizialmente tutti monasteri dovranno far parte di una federazione». ⁴⁹ L'istr. *Cor orans* a tal fine stabilisce nelle disposizioni finali, il tempo entro il quale compiere tale obbligo: «I singoli monasteri devono ottemperare a questo entro un anno dalla pubblicazione della presente Istruzione, a meno che non siano stati legittimamente dispensati». Tale disposizione precisa l'obbligo previsto dalla predetta Costituzione. Tuttavia, è da valutare se il tempo di un anno previsto dalla pubblicazione dell'istr. *Cor orans* sia sufficiente per un monastero finora non federato ad entrare a far parte di una federazione. Si tratta, infatti, di un passaggio importante il quale esige una seria riflessione e un lavoro di preparazione. Un tempo più lungo potrebbe aiutare nel discernimento ed eviterebbe che un monastero entri in una federazione soltanto *pro forma*.

Si evidenzia, inoltre, che l'Istruzione prevede la concessione della dispensa dall'obbligo di entrare a far parte di una federazione. Tale possibilità tiene conto che non tutti monasteri avranno bisogno di entrare a far parte di una federazione oppure non tutte le volte questa entrata sarà opportuna. Secondo noi la questione è più complessa e riguarda il rispetto alla giusta autonomia di questi monasteri. Se un monastero non federato possiede una vera autonomia di vita, in effetti, legittimamente esercita il suo diritto di essere indipendente. Riteniamo che in questo caso la CIVCSVA dopo l'attenta verifica potrebbe dichiarare legittimo esercizio di tale diritto da parte di un monastero e non richiedere che esso sia federato.

L'entrata a far parte di una federazione incide sull'autonomia del governo di un monastero. Nell'ambito della federazione il ruolo importante è stato conferito alla Presidente federale. L'istr. *Cor orans* attribuisce a quest'ufficio funzioni importanti pur riconoscendo che la Presidente non è una Superiora maggiore. ⁵⁰ Le competenze della Presidente federale sono ampie e riguardano diversi aspetti del governo come p. es.: le nomine, ⁵¹ l'amministrazione dei beni, ⁵²

⁴⁹ Cost. ap. *Vultum Dei quaerere*, art. 9 §1.

⁵⁰ *Cor orans*, n. 110: «La Presidente della Federazione, eletta dall'Assemblea federale a norma degli Statuti della Federazione per un periodo di sei anni, non è una Superiora maggiore e, nell'esercizio del proprio servizio, agisce in forza di quanto le attribuisce la presente Istruzione in conformità ad diritto universale e proprio».

⁵¹ *Cor orans*, n. 31: «La superiora locale della fondazione è una monaca di voti solenni, idonea ad esercitare il servizio dell'autorità, nominata dalla Superiora maggiore del monastero fondatore o dalla Presidente federale, a norma del diritto proprio»; cfr.: n. 33, n. 37, n. 59, n. 148.

⁵² *Cor orans*, n. 98: «Per tenere viva e rafforzare l'unione di monasteri, attuando una delle finalità della Federazione, viene favorita tra i monasteri una certa comunicazione di beni, coordinata dalla Presidente federale»; cfr.: n. 104, n. 107, n. 109.

la visita canonica,⁵³ la formazione,⁵⁴ le ammissioni.⁵⁵ La Superiora federale interviene nel momento di fondazione e di erezione canonica di un monastero, ma anche nella fase del suo declino.⁵⁶ A quest'ufficio spetta il dovere di verificare quando un monastero perde l'autonomia di vita,⁵⁷ ma anche la facoltà di prorogare l'indulto di escaustrazione dato dalla Superiora maggiore.⁵⁸

Ricordiamo, che la Presidente federale «agisce in forza di quanto le attribuisce la presente Istruzione in conformità al diritto universale e proprio».⁵⁹ Esaminando la fisionomia giuridica della Presidente federale prospettata dall'istruzione si possono fare alcune considerazioni. Riteniamo che quest'ufficio non sia soltanto quello di vigilanza o di consiglio. Alcune delle facoltà attribuite alla Presidente federale sono legate al servizio del governo. Questo può essere d'aiuto nelle situazioni in cui il monastero non è in grado di essere più autonomo.⁶⁰ L'istruzione stabilisce che nel caso di affiliazione la Presidente federale diventa la Superiora maggiore del monastero affiliato.⁶¹ L'istr. *Verbi sponsa* dispone che la federazione riguardo al monastero

⁵³ *Cor orans*, n. 116: «La Presidente della Federazione, durante la visita canonica, verifica come le materie, contenute nei punti elencati al n. 12 e sviluppati nei nn. 13-35 della Costituzione Apostolica *Vultum Dei quaerere*, sono vissute e se le norme applicative inerenti, decise nelle Assemblee federali, sono osservate»; cfr.: nn. 111-115.

⁵⁴ *Cor orans*, n. 117: «La Presidente della Federazione vigila particolarmente sulla formazione iniziale e permanente nei monasteri, come questa sia conforme al carisma del proprio Istituto, di modo che ogni comunità sia come un faro che illumina il cammino degli uomini e delle donne del nostro tempo. Alla fine della visita informerà la Santa Sede sulle reali possibilità che il monastero ha di assicurare o meno la formazione iniziale»; cfr.: nn. 118-120.

⁵⁵ *Cor orans*, n. 35: «Se la fondazione è avvenuta ad opera della Federazione, sino al momento dell'erezione a monastero autonomo, le candidate sono ammesse al noviziato, le novizie alla professione temporanea e le professe temporanee alla professione solenne dalla Presidente federale, con il consenso del Consiglio Federale, previa consultazione della superiora locale e della comunità della fondazione, a norma del diritto universale e degli Statuti della Federazione».

⁵⁶ *Cor orans*, n. 23: «Nel discernimento sulla fondazione di un nuovo monastero da parte di un singolo monastero intervengono, in aiuto alla superiora del monastero fondatore, la Presidente federale e l'Assistente religioso. Il discernimento sulla fondazione di un nuovo monastero da parte della Federazione è fatto nell'ambito dell'Assemblea Federale»; cfr.: n. 38, n. 40, n. 45, n. 71, n. 132.

⁵⁷ *Cor orans*, n. 43: «L'autonomia di vita, costante presupposto per mantenere l'autonomia giuridica, deve essere costantemente verificata dalla Presidente federale la quale, quando in un monastero a suo giudizio viene a mancare l'autonomia di vita, è tenuta ad informare la Santa Sede in vista della nomina della Commissione *ad hoc*», n. 121: «Quando un monastero autonomo non possiede più una reale autonomia di vita spetta alla Presidente della Federazione riferire la cosa alla Santa Sede».

⁵⁸ Cfr. *Cor orans*, n. 178.

⁵⁹ *Cor orans*, n. 110.

⁶⁰ Cfr. S. PACCIOLO, *Il monastero autonomo tra potenzialità e limiti*, cit., pp. 294-295.

⁶¹ *Cor orans*, n. 58: «La Superiora maggiore del monastero autonomo affiliante o la Presidente federale è costituita Superiora maggiore del monastero affiliato».

federato «non ha su di esso autorità del governo, per cui non può decidere su tutto ciò che riguarda il monastero, non ha un valore di rappresentanza dell'Ordine». ⁶² Valutando le disposizioni dell'istr. *Cor orans* è fondamentale che la Presidente federale rispetti l'autonomia dei monasteri federati e agisce nei limiti delle sue competenze. ⁶³ In questo modo si evita la situazione di doppia soggezione del monastero e delle monache: alla Superiora maggiore e alla Presidente federale.

4. CONCLUSIONE

L'istr. *Cor orans* è un aiuto per quelli che devono eseguire le prescrizioni della cost. ap. *Vultum Dei quaerere*. Tuttavia l'applicazione delle disposizioni dell'istruzione non può essere strumentale ed automatica per non creare le situazioni di ingiustizia. Tutto questo deve essere fatto nel rispetto dei diritti di cui godono le monache e i loro monasteri. I monasteri delle monache nella Chiesa non sono tutti uguali. Essi danno vita a differenti carismi e tradizioni e si distinguono dai contesti in cui si trovano. Attuando le disposizioni dell'istruzione si prenda in considerazione la reale autonomia di vita di ciascun monastero e la sua capacità di garantirla. Riteniamo che la più grande sfida riguardi gli stessi monasteri delle monache che devono adeguarsi alle disposizioni dell'istruzione. Questo richiede che i monasteri siano aiutati dalla gerarchia per qualsiasi consiglio ed aiuto giuridico. In conclusione ci auguriamo che l'istr. *Cor orans* possa rilanciare la vita contemplativa femminile nella Chiesa.

⁶² Istr. *Verbi Sponsa*, n. 28. Cfr. A. JIMÉNEZ ECHABE, *Federación monástica*, in DGDC, vol. 3, cit., p. 950.

⁶³ Cfr. Istr. *Verbi Sponsa*, n. 28; T. RINCÓN-PERÉZ, *Comment al can. 582*, in *Exegetical Commentary on the Code of Canon Law*, a cura di Á. Marzoa, J. Miras, R. Rodríguez-Ocaña, Montreal-Chicago (IL), Wilson & Lafleur-Midwest Theological Forum, 2004, vol. II/2, p. 1493.

RASSEGNA DI BIBLIOGRAFIA

Nota bibliografica

ANCORA SUI RAPPORTI TRA CHIESA E COMUNITÀ POLITICA. CONSIDERAZIONI ATTORNO AD UNA RECENTE PUBBLICAZIONE

GIUSEPPE DALLA TORRE

1. ANNOTAZIONI PRELIMINARI

ICANONISTI “puri” a partire dal Novecento si sono occupati assai poco, e talora per nulla, di quella peculiare branca del diritto canonico che un tempo si indicava con la denominazione di *Ius Publicum Ecclesiasticum Externum*. Il loro interesse è sempre stato rivolto ad approfondire il diritto che serve alla vita del popolo di Dio, nelle sue radici, nelle sue fonti, nelle configurazioni personali, nelle strutture di governo, nella disciplina dei diversi *munera in Ecclesia*, nella regolazione del sistema sanzionatorio e del sistema processuale.

Tale concentrazione è comprensibile, in quanto va direttamente al cuore del “perché” il diritto canonico; in quanto è orientata alla ragione strumentale che lo anima; in quanto è finalizzata a qualificare una esperienza giuridica anche nel senso di una più affinata professionalità. Del resto le codificazioni, che nella contemporaneità hanno determinato (per non dire condizionato) il volgere degli studi canonistici, sembrano aver ignorato la tematica delle relazioni *ad extra* della Chiesa; quanto meno hanno disertato la sfida ad affrontarla sistematicamente, lasciando sparsi qua e là, nel testo codiciale, disposizioni aventi una chiara valenza nelle relazioni esterne della Chiesa.

Per altro verso è noto che un forte disinteresse nei confronti dello *Ius Publicum Externum* è venuto a seguito dei deliberati Concilio Vaticano II, così come a seguito delle letture che ad essi sono state date, specie laddove si è

dallatorre@lumsa.it, Professore emerito di diritto canonico ed ecclesiastico nell'Università di Roma-LUMSA.

seguita l'ermeneutica della cosiddetta "rottura" o "discontinuità" rispetto al passato. E se da un lato il Concilio, a cominciare dalla costituzione sulla Chiesa *Lumen gentium*, ha giustamente riorientato i canonisti a guardare verso i fondamenti ecclesiologici del diritto canonico, a guardare con "gioia e speranza" (*Gaudium et spes*) al mondo contemporaneo, abbandonando vecchi schemi difensivi ed apologetici; dall'altro lato una lettura parziale dei documenti conciliari ha talora indotto a sottovalutare determinati profili che pure in essi sono presenti, a vantaggio di altri, con risultati non sempre del tutto equilibrati e che l'esperienza storica ha finito poi con lo smentire. Clamorosa al riguardo la preconizzata fine dell'"era concordataria", nettamente contraddetta dalla nuova "esplosione" dell'attività negoziale della Santa Sede che si apre col pontificato di s. Giovanni Paolo II, rispetto alla quale appare ben più pallida quella dischiudasi nel primo dopoguerra, che pure era apparsa straordinariamente nuova e feconda.

Certo non si può negare che dopo il Vaticano II il tema dei rapporti esterni della Chiesa sia stato trattato in una pluralità di studi su temi specifici, nella maggior parte dei casi articoli scientifici o brevi saggi. Ma non si può neppure negare che pochi sono stati in mezzo secolo i tentativi di riprendere in mano l'intera materia; di rivedere *funditus* i paradigmi della vecchia e gloriosa scuola romana dello *Ius Publicum*, ormai inutilizzabili; di disegnare una nuova trattatistica, coerente con l'ecclesiologia conciliare da un lato e con le esigenze poste dalla realtà contemporanea dall'altro. Ed è interessante notare che molto spesso a scrivere canonisticamente dei rapporti esterni della Chiesa sono stati i cultori di quel diritto ecclesiastico dello Stato il quale è in qualche modo, se non altro nei Paesi di antica cristianità e almeno in parte, la controfaccia della branca del diritto della Chiesa che qui interessa.

Si deve invece notare la rilevanza di tale branca del diritto canonico se si considera che la Chiesa vive *nel* mondo; che essa ha rapporti inevitabili ma anche vitali con i diritti secolari; che il diritto canonico è chiamato ad operare non in una realtà del tutto astratta da quella delle comunità politiche, ma, sia pure nella libertà ed autonomia sue proprie, su un popolo di Dio che vive nei popoli di questa terra. Come pure si deve ricordare che, proprio grazie alla nutrita attività concordataria, il diritto canonico messo fuori dalla porta degli ordinamenti giuridici secolari, vi è rientrato dalle finestre aperte in via pattizia.

2. UN PROBLEMA DI DENOMINAZIONE

La non ricchissima bibliografia in materia di rapporti *ad extra* della Chiesa viene ora integrata da un importante lavoro di Jean-Pierre Schouppe, edito nei "Subsidia canonica" della Pontificia Università della Santa Croce.¹ Si

¹ J.-P. SCHOUPPE, *Diritto dei rapporti tra Chiesa e comunità politica. Profili dottrinali e giuridici*, Roma, Edusc, 2018 («Subsidia canonica»), pp. 389.

tratta di un'opera dal chiaro taglio manualistico, che in modo sistematico ed organico affronta le diverse problematiche che quei rapporti pongono, tentando di elaborare un paradigma nuovo rispetto alla tradizionale trattatistica dello *Ius Publicum*, fondato sull'ecclesiologia conciliare e al tempo stesso attento al volgere dell'esperienza giuridica, soprattutto a livello sovranazionale ed internazionale.

Si tratta di un disegno alto, che proprio per il suo carattere di pionieristica progettualità manifesta già a prima lettura punti di forza, ma anche punti di debolezza; punti dove la ricostruzione appare ben definita e punti in cui il cantiere è ancora aperto, con l'esigenza di continuare a lavorarvi. In questo senso si tratta di un lavoro che stimola la riflessione e sollecita la canonistica a guardare ai nuovi orizzonti, a fornire materiali utili a permettere il completamento del nuovo edificio. Fuor di metafora, l'opera ha il pregio di provocare gli studiosi del diritto della Chiesa, e segnatamente coloro che si occupano delle relazioni *ad extra*, per uno sforzo di assestamento soddisfacente di una materia che nonostante gli anni passati dalla celebrazione del Vaticano II non ha ancora trovato una sistemazione soddisfacente. A cominciare dal problema della denominazione.

In effetti la canonistica se è stata sinora generalmente orientata nel senso di abbandonare la denominazione antica di *Ius Publicum Ecclesiasticum Externum*, perché evocante un approccio teorico e pratico non più condivisibile (si pensi solo al tema della *societas iuridice perfecta* sul quale si incardinava tutta la ricostruzione dei rapporti tra Chiesa e Stato), non ha trovato un punto di convergenza sulla denominazione della disciplina. Si è dinnanzi ad una pluralità di indicazioni, che dalle più risalenti, facenti riferimento al diritto pubblico ecclesiastico, si sviluppa in vario modo con richiami allo Stato, alla comunità politica, alla libertà religiosa, alla stessa *libertas Ecclesiae*. Chi scrive, nel tentare ormai molti anni fa una nuova trattazione della materia, nell'imbarazzo della scelta di una denominazione adeguata ha preferito ricorrere ad una metafora di ascendenza agostiniana, quella de "La città sul monte", dovendo però subito dopo precisare, in un sottotitolo, il contenuto del volume quale «contributo ad una teoria canonistica sulle relazioni fra Chiesa e comunità politica».

La questione della denominazione non è formale. Essa manifesta un complesso ed una carenza: il complesso, dato dal voler comunque prendere le distanze dalla trattatistica preconciare; la carenza, individuabile innanzitutto sul piano epistemologico. Sembra cioè che non si sia ancora colto appieno ciò che intende Papa Francesco quando dice che «la Chiesa è chiamata a uscire da se stessa», con il che si pone in piena evidenza per il canonista il ruolo fondamentale e strategico di questa branca del diritto canonico.

Schouppe sceglie come titolo della sua opera "Diritto dei rapporti tra Chiesa e Comunità politica": denominazione più soddisfacente di altre, se non altro perché più aderente alla denominazione stessa del paragrafo n. 76

della costituzione conciliare *Gaudium et spes*. Anche se, bisogna riconoscerlo, il documento conciliare apre al tempo stesso un'altra, differente prospettiva, indicata nel suo titolo generale di «costituzione sulla Chiesa nel [corsivo mio] mondo contemporaneo».

Schouppe sa bene di questo doppio registro, e pur dichiarando di limitare la propria trattazione al primo, quello tradizionale dei rapporti tra istituzioni, quindi appunto dei rapporti tra Chiesa e comunità politica, in realtà in più parti finisce per toccare l'altra prospettiva, quella della Chiesa nel mondo, in particolare laddove si diffonde sulle tematiche relative alla libertà religiosa individuale, collettiva ed istituzionale. E qui appare molto originale ed interessante l'ampio spazio riservato alla giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, di cui invita la canonistica – generalmente critica o diffidente – a vedere positivamente il ruolo svolto nell'affermazione e nella tutela della libertà religiosa, sia per ciò che attiene ai suoi profili soggettivi, della titolarità, sia per ciò che attiene ai suoi profili oggettivi, vale a dire i contenuti del diritto oggetto di tutela.

Meno felice a me pare, seppure se ne comprenda il senso, il sottotitolo “Profili dottrinali e giuridici”, perché i profili dottrinali sono necessariamente anche e soprattutto profili giuridici, sicché il rapporto è tra le teorie, le dottrine, i principi, e le norme positive, la giurisprudenza, l'esperienza giuridica più in generale.

3. LA QUESTIONE DEL METODO

Il rinnovo profondo, in corso ma che ha ancora un lungo tratto di strada da fare, della disciplina in esame, pone ovviamente un problema di metodo.

La vecchia trattatistica dello *Ius Publicum Ecclesiasticum*, sia *Internum* sia *Externum*, era in molta parte debitrice del diritto pubblico secolare: dei suoi paradigmi, delle sue categorie, della sua metodologia, con particolare riferimento al diritto costituzionale nel primo caso, al diritto internazionale nel secondo. Ciò non deve sorprendere, posto che la disciplina, con forte connotazione apologetica, doveva reagire alla estromissione del diritto canonico dagli ordinamenti giuridici statali ed alla stessa negazione della sua giuridicità da parte della dottrina giuridica. Soprattutto doveva reagire a vecchie e nuove forme di giurisdizionalismo, sia confessionista sia laico se non addirittura laicista, sottraendo la Chiesa ad uno stato di soggezione nello Stato attraverso la sua configurazione come *societas perfecta* alla stessa stregua dello Stato, quindi fuori di esso. Di qui l'enorme sviluppo dello *Ius Publicum Externum* nella dimensione internazionalistica.

Insomma: un tempo la preoccupazione dei canonisti applicati a queste tematiche era quella di sottolineare le somiglianze, le analogie, seguendo il modello bellarminiano dell' *Ecclesia Reipublicae comparatur*. Oggi si pone

la prospettiva opposta: la Chiesa non è lo Stato né è comparabile allo Stato (*Ecclesia Reipublicae non comparatur*, verrebbe da dire); è tutt'altra cosa. Il problema non è quello mettere in rapporto realtà simili; il problema è quello di mettere in rapporto realtà talmente dissimili – per natura, per finalità – da essere non confrontabili. Cioè realtà che solo e soltanto sul piano del diritto possono essere messe in relazione, come bene illustrato in passato da un grande filosofo del diritto quale Sergio Cotta.

Schouppe è pienamente consapevole di tale problematica. Non per nulla scrive, tra l'altro, che «la rinnovata disciplina del *diritto pubblico esterno* prende le mosse da una autocomprensione della Chiesa alla luce della Rivelazione. Quindi non si tratta più di verificare innanzitutto la 'statualità' della Chiesa, ma si parte dalla ricca nozione ecclesiologica della *communio* del popolo di Dio» (p. 22). E bisogna riconoscere che nelle sue pagine ricostruttive è ben presente questa esigenza.

In particolare mi sembrano interessanti e giovevoli per riflessioni a venire tutta una serie di spunti nei quali fa emergere i profili giuridici delle due vie di azione nel mondo che il Vaticano II dischiude alla Chiesa: quella tradizionale, pubblica, gerarchica e istituzionale, e quella privata, consegnata primariamente – ma non esclusivamente – ai fedeli laici, della animazione cristiana delle realtà temporali sul modello, recuperato dall'assise conciliare, della *A Diogneto*. E Schouppe manifesta piena cognizione, e giustamente, della primarietà di questa, che ha decisamente preso il sopravvento sulla prima, riconoscendo conseguentemente che quella pubblica (del rapporto istituzionale, della diplomazia, delle convenzioni, del magistero) «rimane, e rimarrà sempre, come un necessario complemento» della seconda (p. 146).

Ma qui si apre appunto il problema: o il tradizionale *diritto pubblico ecclesiastico* si sviluppa ponendo al centro la prospettiva di questo popolo di Dio che entra, come l'anima nel corpo, a vivificare dal di dentro i popoli di questa terra; ovvero rimane necessariamente nella impostazione tradizionale, vale a dire quella dei rapporti interordinamentali. Nel primo caso bisognerà – mi pare – impostare la trattazione innanzitutto sui due parametri dei doveri (ma anche dei diritti) che discendono, *ad intra*, dalla *communio*, e dei diritti (ma anche dei doveri) che si pongono, *ad extra*, nella comunità politica; nel secondo caso non si potrà non permanere, nonostante tutto, nell'alveo necessitato delle prospettive internazionalistiche.

Di qui tra l'altro una scelta: o limitare le trattazioni all'ambito specifico e ristretto dei rapporti giuridici tra la Chiesa e le istituzioni in cui si incarnano le comunità politiche, denunciando esplicitamente che si tratta solo di una parte di una ben più ampia trattazione relativa ai rapporti esterni della Chiesa; o allargare l'analisi a tutte le relazioni *ad extra*, coinvolgenti Chiesa-gerarchia e Chiesa-popolo di Dio, e riguardanti una molteplicità di ambiti: comunità politica, società civile, comunità religiose.

In verità nel volume di Schouppe la trattazione va ben al di là, nonostante alcune affermazioni, dalla sola prospettiva pubblica-interistituzionale, allargandosi sovente sulla prospettiva cosiddetta privata, che poi è, a ben vedere, la prospettiva dei rapporti della Chiesa con la società civile. Ma l'asse portante rimane, nonostante tutto, l'altro.

4. LA "LIBERTAS ECCLESIAE"

È noto il dibattito che, soprattutto negli anni immediatamente successivi alla conclusione del Vaticano II, si aperse in relazione al paragrafo 13 della dichiarazione conciliare sulla libertà religiosa *Dignitatis humanae*, dove si afferma che «se vige la libertà religiosa non solo proclamata a parole né solo sancita nelle leggi, ma anche con sincerità tradotta in pratica, in tal caso la Chiesa raggiunge una stabile condizione di diritto e di fatto, per la necessaria indipendenza nell'adempimento della sua divina missione», concludendosi che «vi è quindi concordia fra la libertà della Chiesa e quella libertà religiosa che deve essere riconosciuta come un diritto a tutti gli uomini e a tutte le comunità». In sostanza si è discusso se, alla luce di quelle espressioni si dovesse ancora distinguere la *libertas Ecclesiae*, quale diritto divino positivo, e la libertà religiosa, come diritto divino naturale; o se la prima fosse nient'altro che una categoria storica nata in età medievale, nel quadro della lotta per le investiture, da ritenersi sostanzialmente assorbita nella seconda, specificamente come libertà religiosa istituzionale.

Personalmente ero e sono rimasto della prima idea, anche sulla base di riferimenti testuali: perché lo stesso passo della *Dignitatis humanae* parla della libertà della Chiesa come «la libertà sacra, di cui l'Unigenito Figlio di Dio ha arricchito la Chiesa acquistata con il suo sangue»; perché parla di "concordia" tra la *libertas Ecclesiae* e la libertà religiosa, e concordia non pare possa esserci se non tra cose diverse. Schouppe, se bene intendo, mi pare propendere soprattutto sulla seconda tesi. Ed è interessante notare che egli collega sostanzialmente la *libertas Ecclesiae* alla libertà religiosa istituzionale della Chiesa.

E qui bisogna riconoscere allo studioso il grande merito di aver da tempo rivendicato con forza di argomentazioni, basate non solo sulla ragione ma anche su dati dell'esperienza giuridica, la sussistenza di una dimensione istituzionale della libertà religiosa, che generalmente è ignorata dal diritto positivo e dalla riflessione dottrinale. E ciò in particolare in una serie di studi, sfociati in una poderosa monografia sulla giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo.² Il frutto di questa pluriennale riflessione è raccolto e sviluppato nella monografia *de qua agitur*, in due corposi capitoli dedicati

² J.-P. SCHOUPPE, *La dimension institutionnelle de la liberté de religion dans la jurisprudence de la Cour Européenne des droits de l'homme*, Préface de Emmanuel Decaux, Paris, Pedone, 2015, pp. 498.

ai “diritti nativi” della Chiesa alla prova della giurisprudenza europea, con numerosi riferimenti ad una molteplicità di casi pratici oggetto di esame e decisione da parte del giudice di Strasburgo.

Giova notare che qui gli *iura nativa Ecclesiae*, richiamati in più parti del codice latino, tendono ad essere riguardati come una eredità delle vecchie impostazioni dello *Ius Publicum* e ad essere in sostanza ricondotti, più modernamente, proprio nell’ambito della libertà religiosa istituzionale della Chiesa. L’operazione è interessante, anche se da parte mia non dimenticherei di sottolineare che l’espressione *iur nativum*, la quale certamente viene forgiata in tempi di giurisdizionalismo pressante, intende in definitiva fare riferimento a diritti che alla Chiesa non derivano da più o meno graziose concessioni, ma che essa possiede di per sé, in ragione della sua istituzione, della sua natura e della sua funzione; che si tratta in definitiva di diritti che non vanno concessi, ma riconosciuti in quanto sussistenti nella Chiesa stessa.

Queste considerazioni inducono, tra l’altro, ad avanzare qualche dubbio a proposito delle tesi dello Schouppe circa la distinzione che il vigente codice latino fa, a differenza di quanto accadeva nel codice del 1917, tra “persone morali” e “persone giuridiche” in *Ecclesia*. Il tema è ripreso in due parti della trattazione, in particolare a proposito della giurisprudenza europea circa l’accesso ad un equo processo civile, ed in sostanza lo studioso ritiene che «con questa netta contrapposizione si è voluto adoperare un nuovo *modus loquendi* che consente di sottolineare il carattere trascendente e non tecnico della personalità morale, mentre la personalità giuridica ha un senso tecnico e concede veramente una titolarità che sia fonte di diritti e di doveri concreti giuridicamente esigibili». La questione non è, come sul dirsi, di “lana caprina”, perché viene ad avere sostanziose conseguenze nel diritto interno e nel diritto internazionale che nel volume vengono problematicamente indicate.

Naturalmente quella proposta è una lettura possibile del dato normativo. E tuttavia a mio modesto avviso, come nel caso degli *iura nativa* la distinzione introdotta dal can. 113 – forse non del tutto giustificatamente e, comunque, non utilmente – tra persone morali e persone giuridiche vuol fare riferimento nient’altro che al fatto che Chiesa e Sede Apostolica godono di personalità originaria, innata, sono dunque persone giuridiche *ex se*, mentre gli altri soggetti in *Ecclesia* godono di personalità giuridica derivata: per volontà del legislatore positivo (*ex lege*) o dell’autorità amministrativa (*ex decreto*).

5. LA SOGGETTIVITÀ INTERNAZIONALE

I profili internazionalistici hanno sempre avuto, come s’è accennato, un rilievo primario e determinante nelle trattazioni tradizionali dello *Ius Publicum Ecclesiasticum*, così come nelle trattazioni più recenti relative ai rapporti tra

la Chiesa e la comunità politica. La cosa non deve sorprendere, posto che genesi del tutto è stato lo sforzo di emancipare la Chiesa dalla soggezione agli Stati e collocarla, al di fuori dei loro ordinamenti giuridici, in un ordinamento terzo nella quale fosse assicurata la sua indipendenza ed autonomia, così come la possibilità di trattare con gli Stati da pari a pari. Anche in passato, quando orientamenti di autorevole dottrina negavano che tale ordinamento terzo fosse da individuare nell'ordinamento internazionale, venivano a configurarsi le relazioni tra le due autorità in un ordinamento ulteriore, talora chiamato ordinamento concordatario, la cui fisiologia ed il cui funzionamento era peraltro ricalcato significativamente sull'ordinamento internazionale. In sostanza, partendosi dal presupposto che Chiesa e Stato danno vita ad ordinamenti giuridici indipendenti e sovrani, si giungeva a concludere che la complessità di relazioni tra i due (relazioni diplomatiche, relazioni pattizie) avesse dato vita ad un ordinamento terzo avente carattere paritario, fondato sul principio di effettività, le cui norme erano date innanzitutto dalla consuetudine e poi dalle norme di origine convenzionale.

Dunque i paradigmi internazionalistici erano comunque evocati, ed in larga misura normativi, anche in questa prospettiva dottrinale, peraltro generalmente non seguita dalla canonistica.

Il testo dello Schouppe si fonda sull'assunto per cui in materia di rapporti tra Chiesa e comunità politica la via istituzionale, se non è più la principale, rimane tuttavia particolarmente importante e risulta comunque indispensabile. Di conseguenza ampio spazio è dato ai diversi profili di rilevanza internazionalistica: la soggettività giuridica internazionale della Santa Sede e della Città del Vaticano, la diplomazia pontificia, le Organizzazioni Internazionali, con riferimento anche a quelle non governative ed a quelle di ispirazione cattolica, gli accordi concordatari e i trattati multilaterali di cui la Santa Sede è parte.

Una sollecitazione che viene dalla lettura delle pagine di questa parte dell'opera attiene al punto, certamente fondamentale, della soggettività internazionale della Santa Sede.

Pare senz'altro da condividere l'opinione avanzata dall'autore, e del resto largamente condivisa da buona parte della dottrina canonistica ed internazionalistica, secondo la quale detta soggettività, certamente sussistente, è riferibile alla Santa Sede e non alla Chiesa cattolica in quanto tale. Il paradigma statuale per cui soggetto di diritto internazionale è lo Stato-persona, non il Governo che pure ne esercita le funzioni in sede internazionale, non è riproponibile nel nostro caso, dove gode di soggettività la Santa Sede, cioè – per usare una locuzione almeno discutibile dal punto di vista canonistico – l'organo di governo della Chiesa universale, non quest'ultima.

La ragione è più che evidente, posto che la Chiesa ha finalità che trascendono le definite finalità temporali della comunità internazionale; e posto

che, per il principio di effettività che regge l'intero sistema internazionalistico, è la Santa Sede che è stata sempre in commerci giuridici con le potenze terrene. Detto altrimenti, con espressione che certamente al canonista non può piacere, la Santa Sede possiede la soggettività giuridica di diritto internazionale perché è una "potenza", la cui presenza non è ignorabile dalle potenze di questo mondo.

Detto questo, forse un maggior sforzo si chiede alla canonistica contemporanea per elaborare una teoria ecclesiologicamente e canonisticamente più convincente, una volta abbandonata l'antica categoria della *societas iuridice perfecta* su cui poggiava la rivendicazione della soggettività giuridica internazionale della Santa Sede, e non volendosi d'altra parte far leva sul concetto di "potenza", che certamente è estraneo al diritto canonico e prima ancora e soprattutto a quel messaggio evangelico, in cui affonda le sue radici tutto il resto. D'altra parte il concetto di "potenza" si traduce, sul piano giuridico, in una idea di diritto inteso come strumento autoritativo, di comando (*ius quia iussum*), che cozza con la visione filosofica e teologica propria del diritto canonico, che concepisce il diritto come strumento per la realizzazione della giustizia (*ius quia iustum*).

Forse da questo punto di vista potrebbe risultare più utile lavorare proprio attorno a quella distinzione tra persona giuridica e persona morale che il codice fa nel can. 113, che Schouppe tende invece a criticare e comunque a sminuire. Anche se, per essere realisti, occorre tenere ben presente che nel diritto internazionale l'autoqualificazione di un soggetto politico come Stato, addirittura il certo possesso degli elementi costitutivi (territorio, popolo, sovranità), non significa automaticamente l'acquisto della soggettività giuridica. L'esempio più evidente è dato, storicamente, dalla vicenda cinese, per la quale la Repubblica Popolare solo nel 1971 fu riconosciuta dalle Nazioni Unite come unico governo legittimo della Cina, con tutte le immaginabili conseguenze sul piano del diritto internazionale.

6. SEGUE: SANTA SEDE E STATO DELLA CITTÀ DEL VATICANO

Dove rimane, a mio modesto avviso, una certa zona d'ombra, è nei rapporti tra Santa Sede e Stato della Città del Vaticano. Schouppe sostiene in sostanza la sussistenza di una sola soggettività internazionale, quella ovviamente della Santa Sede, chiedendosi semmai «se non spetti quanto meno alla Città del Vaticano una *capacità giuridica o di agire a livello internazionale*, anche forse limitata». La sua opinione è sorretta innanzitutto e soprattutto dalla considerazione del combinato disposto degli articoli 2 e 3 del Trattato lateranense, dove, dopo l'affermazione della sovranità della Santa Sede, si precisa che «l'Italia riconosce alla Santa Sede la piena proprietà e la esclusiva ed assoluta potestà e giurisdizione sovrana sul Vaticano». Egli richiama poi, a conferma,

l'art. 26 del medesimo Trattato, per il quale «l'Italia riconosce lo Stato della Città del Vaticano sotto la sovranità del Sommo Pontefice».

Personalmente ritengo il contrario, per almeno tre ragioni: una storica, una ermeneutico-sistemica, una fattuale.

Dal punto di vista storico innanzitutto, non c'è dubbio che quello Pontificio fosse un vero e proprio Stato, con soggettività giuridica internazionale distinta da quella della Santa Sede, tant'è che vi erano Potenze, come gli Stati Uniti, che avevano rapporti con il primo e non con la seconda, e che la fine del primo, col 20 settembre 1870, non comportò la fine della soggettività internazionale della seconda. Sicché non si vede perché la restaurazione di una sovranità temporale del Papa non avrebbe dovuto comportare anche la soggettività giuridica internazionale del nuovo Stato. Del resto, che si volesse dar vita ad uno Stato è chiarissimo nei lavori preparatori della Conciliazione e in particolare nella ribadita volontà della Santa Sede – di fronte ad un Mussolini esitante, se non contrario – di premettere, alla denominazione della erigenda Città del Vaticano, la qualificazione di Stato.

D'altra parte, se come risulta chiaramente sia dal *Premesso* al Trattato lateranense sia dal famoso discorso tenuto da Pio XI ai parroci di Roma il giorno stesso della stipula dei Patti (11 febbraio 1929), la ferma volontà di giungere alla costituzione di uno Stato era motivata dalla esigenza di garantire alla Santa Sede «una sovranità indiscutibile pur nel campo internazionale», ne deriva necessariamente che almeno per le due parti contraenti i Patti il nuovo Stato fosse soggetto di diritto internazionale. Una diversa interpretazione porterebbe tra l'altro alla inammissibile conclusione di una trasformazione della peculiare sovranità della Santa Sede, esplicitamente (art. 2 Trattato) riconosciuta dall'Italia all'atto della stipula dei Patti, in una ordinaria sovranità territoriale o statuale.

Dal punto di vista ermeneutico-sistematico poi, pare di poter osservare che i citati articoli del Trattato lateranense sono passibili di una diversa interpretazione. Al riguardo giova preliminarmente rilevare che in quegli articoli, parlandosi di Santa Sede, si presuppone la nozione ristretta del termine, vale a dire il Papa, l'ufficio del Papa, tant'è che nell'art. 26 si parla esplicitamente di Sommo Pontefice. Sovrano dunque è il Pontefice, come capo della Chiesa e come capo del nuovo Stato. Un unico sovrano per due soggetti di diritto internazionale non è una singolarità: si pensi, ad esempio, al caso di Francesco Giuseppe, imperatore d'Austria e re di Ungheria, cioè sovrano unico di due Stati ognuno fornito di distinta soggettività internazionale. E come per il rapporto Santa Sede-Città del Vaticano, anche nell'Austria-Ungheria i due soggetti di diritto internazionale agivano attraverso un unico organo facente capo all'imperatore-re.

Insomma: altro è la sovranità inteso come potere supremo, altro è la sovranità come indipendenza di una entità nei rapporti internazionali.

Dal punto di vista fattuale, poi, l'esperienza dice che vi sono numerosi accordi internazionali riguardanti lo Stato vaticano ed aventi ad oggetto materie propriamente temporali, dunque estranee alle finalità proprie della Chiesa ed esulanti dalle competenze del diritto canonico. In effetti nell'attività convenzionale, all'atto della sottoscrizione la Santa Sede è attenta a distinguere e precisare quando si tratti di accordo firmato «nel nome e per conto dello Stato della Città del Vaticano», volendo così delimitare, dal punto di vista dell'ordinamento giuridico di riferimento, la portata degli effetti di quanto sottoscritto.

Del resto, parlare di firma “nel nome e per conto” dello Stato vaticano sottende chiaramente che si tratta di attività di rappresentanza di un soggetto giuridico altro, rispetto all'ordinamento internazionale. Non a caso l'art. 2 della vigente *Legge fondamentale* dello Stato vaticano precisa che «la rappresentanza dello Stato nei rapporti con gli Stati esteri e con gli altri soggetti di diritto internazionale [...] è riservata al Sommo Pontefice, che la esercita per mezzo della Segreteria di Stato».

Non è senza significato, comunque, prendere atto che seppure solo nei primissimi anni di vita della Città del Vaticano, si riscontrano accordi stipulati direttamente dallo Stato.

Per concludere sul punto giova notare che in tempi di globalizzazione anche giuridica, dunque di pervasività di un diritto prodotto *ad extra* della Chiesa (si pensi alle norme internazionali o sovranazionali), lo schermo interposto dall'ordinamento giuridico statale vaticano rispetto all'ordinamento canonico risulta sempre più provvidenziale ed opportuno, onde evitare la penetrazione in quest'ultimo di valori, principi e norme con esso assolutamente incompatibili. In altre parole, la netta distinzione tra ordinamenti primari, ancorché facenti capo alla medesima autorità sovrana, quali sono quello vaticano e quello canonico, fa sì che disposizioni internazionali assolutamente ineccepibili per un ordinamento statale (come ad esempio in materia di divieto di discriminazioni di genere), non abbiano a penetrare in un ordinamento col quale possono essere incompatibili (si pensi, per rimanere nell'esempio, al divieto canonico di ordinazione di donne).

7. CONCLUSIONI

Il manuale di Jean-Pierre Schouppe ha molti meriti: quello di costituire il lavoro più organico ed aggiornato che c'è attualmente sul tema dei rapporti tra Chiesa e comunità politica; quello di allargare la trattazione all'esperienza giurisprudenziale, che nell'odierna evoluzione della vita del diritto costituisce sempre più una fonte imprescindibile; quello di implementare i rapporti con altri saperi, come la storia, naturalmente la teologia e l'ecclesiologia, ma anche quella dottrina sociale della Chiesa nella quale ora si rin-

vengono molti materiali utili, se non addirittura necessari, per costruire una moderna teoria canonistica del rapporti *ad extra* della Chiesa.

Da questo punto di vista si tratta di un lavoro assai utile per l'insegnamento, per il quale – immagino – è stato scritto ed al quale è diretto.

Ma forse il merito maggiore, anche per coloro che da tempo si dedicano agli studi delle relazioni Chiesa-comunità politica, è quello di suscitare domande nuove, di aprire orizzonti inediti, di creare i presupposti di un dibattito, anche critico, come le sparse annotazioni di cui alle pagine che precedono dimostrano.

Il che significa, come noto, porre l'*humus* giusto per il progresso della scienza.

Recensioni

Quaestiones selectae de re matrimoniali ac processuali, a cura dell'Arcisodalizio della Curia Romana, Città del Vaticano, Libreria Editrice Vaticana, 2018, pp. 512.

L'IMPONENTE volume, appartenente alla collana *Annales* dei prestigiosi tipi della Libreria Editrice Vaticana, raccoglie sedici approfonditi studi, a firma di altrettanti Autori di chiara fama, suddivisi in materia *de re processuali*, a loro volta articolati in interventi circa i principi generali del *MIDI*, la fase istruttoria, il processo e le impugnazioni; ed in materia *de re matrimoniali*, concludendosi infine con una preziosissima appendice giurisprudenziale. Si tratta della raccolta organica del ciclo di conferenze organizzate dal benemerito Arcisodalizio della Curia Romana per gli anni 2016-2017, vertenti sulla recente riforma del processo matrimoniale canonico, in cui si sono analizzate le principali tematiche con speciale riguardo a quelle di maggiore rilievo ed interesse per gli operatori del diritto.

La *pars prima, de re processuali*, al capitolo uno, dedicato ai principi generali del *MIDI*, si apre con l'intervento di M. J. Arroba Conde: *Il m.p. Mitis iudex Dominus Iesus in relazione al concetto di "giusto processo"* (pp. 9-34), che riprende e completa un testo del Professore già pubblicato in un volume scritto assieme alla prof.ssa Izzi. In queste pagine Arroba Conde sottolinea come criterio ermeneutico cardine per la lettura, l'in-

terpretazione e l'applicazione del *MIDI* sia la ferma volontà del Pontefice di mantenere la via giudiziale per dichiarare l'eventuale nullità di un vincolo matrimoniale e ciò si comprende alla luce della natura strumentale del processo in ordine alla *salus animarum*; di qui la necessità che si instaurino processi per l'appunto giusti, secondo quei criteri che ben vengono esposti dall'Autore, con dovizia di particolari.

G. Erlebach, poi, si concentra su: *L'antica formula "an constet de matrimoniis nullitate, in casu", e l'estensione dell'oggetto del giudizio* (pp. 35-69), partendo da quanto dispone in merito il noto *Rescriptum ex audientia* SS.mi, dato al Decano della Rota in data 7 dicembre 2015. L'Autore offre in tal modo un valido supporto ermeneutico, volto alla individuazione del contenuto della tradizionale formula del dubbio appena sopra citata, con speciale riferimento alla prassi della Rota restituita (ovvero dopo la *Sapientissimi consilio* del 1908). E ciò è possibile ad Erlebach dopo un'ampia ed interessante premessa storica sulla formula generica del dubbio nelle cause in questione nella Sacra Rota fino al 1870 e, in seguito a tale data, presso la Sacra Congregazione del Concilio, fino appunto alla Rota cd. restituita, dimostrando in siffatta maniera come tale formulazione rientri in una prassi antica, quantunque abbia conosciuto diverse fasi e specificazioni.

A. W. Bunge, invece, si concentra su: *Natura e particolarità del processo matrimoniale più breve davanti al Vescovo* (pp.

71-90), leggendo così una delle principali innovazioni introdotte dalla recente riforma processul-matrimonialistica alla luce specialmente dei capisaldi della stessa, enunziati nel Proemio del *MIDI* e nel *Sussidio applicativo* emesso dalla Rota. L'Autore segue questa scansione per la sua approfondita trattazione: chi può applicare tale processo breve, quando può adoperarlo e come deve farlo. Quella di Bunge è una voce particolarmente autorevole in materia, essendo egli stato membro della Commissione speciale di studio per la riforma del processo matrimoniale canonico, istituita da Papa Francesco il 27 agosto 2014. Spiace un poco che – come lo stesso Autore ammette – le pagine non si soffermino sulla considerazione dei dibattiti dottrinali in materia. Egli, tra l'altro, offre un'interpretazione "irenica" del noto art. 14 §1 delle *Regole procedurali*, il quale tuttavia ha destato dubbi e perplessità, come anche dimostrano alcuni interventi presenti nel tomo che teniamo felicemente tra le mani. Va rilevato come, nella nota 63 di p. 89, Bunge ritenga – alla luce della discussione dei testi paralleli durante la redazione del Codice – non si possa condividere la risposta (non autentica) del PCTL del 13 ottobre 2015 in merito a quale sia il Vescovo più anziano a cui adire in caso di appello contro la sentenza emessa dal Vescovo diocesano in processo breve.

Si entra così nel secondo capitolo della prima parte, quello dedicato alla fase istruttoria, seguendo la scansione cronologica del dispiegarsi del processo. Inaugura la sezione P. Bianchi con un puntuale studio su: *L'iniziativa del giudice nella ricerca delle prove* (pp. 93-118), nel quale, con abbondante riferimento anche alla migliore letteratura in tema, l'Autore ben espone i precedenti più

prossimi (*Codex* 1917, *Provida Mater* del 1936 e *Sollicitudinem nostra* del 1959) alla normativa attuale sulla materia, nonché la stessa disciplina vigente (can. 1452), non senza soffermarsi alquanto sulla *Dignitas connubii* del 2005, nella ferma e condivisibile convinzione – esternata nella nota 17 di p. 99 – che tale Istruzione rimane vigente per quegli articoli che non si riferiscono a canoni modificati dal *MIDI*, e ciò anche alla luce del magistero di Papa Francesco. L'Autore non si esime affatto dal manifestare ed argomentare la propria opinione dottrinale, ed anche va notata l'abbondanza di citazioni bibliografiche ch'egli fa in calce. Certamente resta da riflettere se una necessità di ricerca di prove, anche su istanza del giudice, possa effettivamente ben sposarsi con l'evidenza che la disciplina nuova richiede in ordine alla possibilità di incardinare un processo per via breve.

Successivamente, M. A. Ortiz tratta de: *Le dichiarazioni delle parti e la prova testimoniale* (pp. 119-172), fornendo dapprima un prezioso quadro di riferimento magisteriale circa le situazioni irregolari, la funzione del processo di nullità matrimoniale e l'ottimismo gnoseologico nella ricerca della verità, dato di speciale rilievo nei casi in parola. Lo studio si fa avvincente, poi, quando il Professore si addentra a confrontare le dichiarazioni delle parti come mezzo di prova secondo la disciplina del *Codex Iuris Canonici*, della *Dignitas connubii* e del *MIDI*. Il dialogo fra diverse posizioni in materia, instaurato dall'Autore citando la maggiore dottrina, diviene uno strumento preziosissimo non solo per lo studioso che qui trova esposto il dibattito nelle sue migliori voci, ma anche per chi intenda capire al meglio il valore probante delle realtà trattate, per po-

ter rettamente amministrare la giustizia ecclesiastica. Insomma, non siamo dinanzi ad una mera disquisizione accademica, quanto piuttosto a pagine intense di grande importanza anche concreta. Conclude Ortiz credendo di dover sostenere che il nuovo approccio del *MIDI* rispetto alla forza probatoria delle dichiarazioni delle parti non comporti un reale cambiamento nella sostanza, a patto che rimanga fermo il carattere dichiarativo di queste decisioni giudiziali, il tutto sovrastato dal principio inderogabile del *favor matrimonii* che altro non è che una autentica manifestazione del *favor veritatis*.

N. Schöch continua la ricerca sui mezzi probatori, dedicandosi a: *Valore probatorio dei documenti pubblici civili* (pp. 173-196). Dopo un'utilissima *explicatio terminorum*, in cui si chiarisce la differenza fra *documentum* ed *instrumentum* nella disciplina canonica, l'Autore analizza con grande precisione, citando pure Autori e giurisprudenza rotale, i vari documenti pubblici civili e la loro rilevanza effettiva in ordine alla questione trattata, tenendo presente anche quanto ora previsto in merito all'art. 14 §1 delle *RP*. Schöch rileva come il Legislatore canonizzi nel can. 1540 §2 la definizione di documento o atto pubblico civile della legislazione statale del rispettivo paese, mentre il valore probatorio è regolamentato dalla normativa canonica (can. 1541).

A. Giraudo, di seguito, si sofferma su: *Profili probatori tra tradizione giurisprudenziale e innovazione normativa. La perizia e la valutazione della documentazione clinica* (pp. 197-210), in un intervento denso di richiami alla produzione letteraria sulla materia. Egli si sofferma sulla perizia richiesta nelle cause di nullità introdotte per uno dei capi di cui al can. 1095, rinviando per analogia alle cause di

impotentia coeundi; inoltre, fa riferimento alla documentazione clinica eventualmente presentata in cause incardinate per incapacità sempre *ex can. 1095*, premettendo un accenno sull'eventualità della prova peritale che non abbia come oggetto l'incapacità psichica, ovvero sulle perizie che possono essere prodotte o richieste *ex officio* per l'accertamento dell'autenticità ed integrità di un'altra prova, rilevando altresì come l'apertura esplicita formulata dal novellato can. 1683, 2°, circa la possibilità di produrre prove per *instrumenta* e non solo per *documenta*, ovvero anche attraverso tecnologie digitali, susciti attenzione sul fatto che esse possano essere autentiche ed integre, in quanto facilmente manipolabili. Si deve apprezzare, poi, il fatto che Giraudo prenda le mosse per studiare la questione dalla tradizione giurisprudenziale, evidenziando così il ruolo orientativo che le sentenze del Tribunale Apostolico della Rota Romana assolvono.

Giungiamo, in tal maniera al terzo capitolo – quello inerente alla sentenza ed alle impugnazioni – della prima parte della voluminosa opera a cui ci stiamo dedicando. È ancora M. J. Arroba Conde ad intervenire con uno scritto su: *La sentenza nel nuovo processo matrimoniale* (pp. 213-230). L'Autore pare, di inizio, dire che non vi sia alcunché di nuovo dopo il *MIDI* in ordine all'argomento in parola, tenendo conto dell'immutabilità della disciplina sostanziale sulla sentenza, derivante anzitutto dalla decisione pontificia di mantenere la via giudiziale come l'unica possibile per la valutazione della validità o meno del vincolo coniugale, tuttavia, continua poi Arroba Conde, lo stesso contesto ecclesiale e normativo, che appare rinnovato, diviene causa di una visione quantomeno aggiornata della decisione.

La parola, quindi, passa nuovamente a G. Erlebach, il quale tratta di: *Esecutività della sentenza nelle cause di nullità matrimoniale. Per una verifica dell'esistenza dell'istituto* (pp. 231-264). Non possiamo non apprezzare in queste pagine l'interessante confronto dottrinale a cui l'Autore dà vita mettendo in relazione le diverse posizioni in merito al fatto che si possa parlare o meno di un reale istituto di esecutività delle sentenze dichiaranti la nullità del matrimonio. Erlebach avanza un'ipotesi di lavoro che si articola anzitutto attorno agli effetti sostanziali di simili sentenze e, poi, attorno all'esecutività in senso stretto e lo fa attraverso uno studio di spessore della normativa antecedente al MIDI (la *Dei miseratione*, il *Codex* del 1917, la *Provida Mater*, il *Causas matrimoniales*), fino a giungere al Codice del 1983, alla *Dignitas connubii* e al MIDI (can. 1682 §§1 e 2).

J. M. Serrano Ruiz affronta di conseguenza il tema de: *La querela di nullità della sentenza: spunti per una rinnovata riflessione* (pp. 265-287), che prende le mosse dal rilevare la stranezza che, cercando maggiore celerità nei processi, ed in specie in quelli matrimoniali, non si sia tenuto in maggiore conto né si sia approfondito di più, con un'impostazione anche di principio ed organica, un mezzo di rimostranza così efficace ed immediato com'è la *querela nullitatis*. Dopo una premessa sui principi e le ambiguità sulla sentenza definitiva e la sua nullità in merito al can. 1619, l'Autore passa a concentrarsi sulla querela di nullità ed il suo rapporto con l'appello e con la sentenza definitiva, per concludere con uno sguardo alla querela nei mm.pp. MIDI e MMI. Il richiamo alla giurisprudenza rotale e alla migliore dottrina è costante e degno di speciale apprezzamento.

Si approda così alla *pars altera: de re*

matrimoniali, che si inaugura con lo studio di R. M. Sample su: *Il valore presuntivo del procurato aborto nella giurisprudenza rotale* (pp. 291-302), ovvero un argomento di speciale interesse ben approfondito dall'Autore sia attraverso la giurisprudenza e le linee evolutive *in casu* da essa segnate, sia tramite l'inversamente proporzionale approfondimento disciplinare, non senza evidenziare le possibili difficoltà emergenti anche in correlazione alla previsione di cui all'art. 14 §1 delle RP.

J. Ferreira Pena guarda ad un'altra circostanza che, a norma di detto articolo, è significativa in ordine ad un possibile consenso nullo, ovvero la *Assenza di fede e invalidità del consenso* (pp. 303-344). È una *vexata quaestio* quella qui riferita, che l'Autore affronta e scandaglia approfonditamente, non senza evidenziare la disomogeneità giurisprudenziale e dottrinale collegata con il tema. Di valido aiuto per una corretta comprensione, e quindi per una migliore applicazione della norma, risultano i consistenti riferimenti al magistero, in una visione corretta di continuità e non di rottura. Conclude l'Autore che è necessario fondarsi su una concezione retta della ragione umana, per cui ben di rado si potrà sostenere che l'assenza o l'abbandono di una prospettiva di fede infici la *scientia minima* canonicamente supposta per la validità delle nozze. La nullità consegue soltanto se la volontà del soggetto – in virtù di un errore radicato che priva il matrimonio del suo carattere indissolubile, esclusivo e fecondo – si appunta su di un oggetto differente da quello iscritto nella natura e riconosciuto dalla Chiesa e con esso incompatibile.

A. Arellano Cedillo scrive circa *Il valore presuntivo delle relazioni extramatrimoniali* (pp. 323-344), altro aspetto im-

portante che, se frainteso ed usato impropriamente, diviene dannoso in ordine alla verità del giudizio che si formulerà. Rileva l'Autore, sempre guardando all'art. 14 §1 delle RP, che le relazioni extramatrimoniali costituiscono una delle *adiuncta rerum personarumque* che può consentire l'applicazione del *processus brevior* e non già il motivo di una eventuale nullità matrimoniale. Dopo un'approfondita disamina del significato e del valore delle presunzioni nel matrimonio canonico, fatta con un occhio sapientemente rivolto alla giurisprudenza rotale e con l'altro fermo sulla dottrina, Arellano Cedillo tratta del valore probatorio della presunzione per poi addentrarsi più specificatamente nell'esclusione del *bonum fidei*.

A V. Gepponi tocca lo studio su: *Il dolo nelle fattispecie ex art. 14 delle Regulae servandae* (pp. 345-359), ponendo in relazione il dolo con il can. 1683 e analizzandone la configurazione *ex can. 1098*, per giungere a vedere delle condizioni per la sua rilevanza. Conclude l'Autore sapientemente sostenendo l'importanza dell'opera degli interpreti e degli operatori nell'indicare quali altre circostanze o qualità possano consentire l'accesso al processo breve.

F. Catozzella quindi si concentra su: *La brevità del coniugio. Valore presuntivo nella giurisprudenza rotale* (pp. 371-380). È un argomento di speciale rilievo questo, anche in virtù di recenti pronunciamenti della Corte di Cassazione italiana che hanno messo in dubbio la delibazione della sentenza canonica di nullità per il mero fatto che la convivenza post nuziale sia stata più lunga di un determinato arco temporale. Come ben sostiene il Professore, la durata rimanda ad una quantità, ma nulla dice in sé della qualità della convivenza che, invece, costitui-

sce punto d'indagine imprescindibile: la valutazione probatoria della durata non può ignorare la considerazione della sua qualità, che domanda di essere condotta, anche in relazione ai *tria bona* agostiniani, nella specifica prospettiva del *bonum coniugum* che, in senso dinamico, orienta la *communio personarum* coniugale alla promozione e al perfezionamento dell'altra parte sia come persona, sia come coniuge. Insomma, si deve vedere se ciò che ha causato la nullità eventuale è pure ciò che provoca il fallimento del presunto matrimonio (e non che il presentarsi di questo, invece, fondi la prima questione), oppure se i motivi siano diversi. Ancora una volta l'argomentare si fa serrato, sulla scorta della giurisprudenza rotale e della letteratura migliore circa la questione. Si tratta, infine, di indagare con precisione sulla qualità della convivenza coniugale e ricercare l'eventuale connessione con un capo di nullità.

Conclude l'intervento di I. Zuanazzi: *La gravidanza inattesa: valore presuntivo nella giurisprudenza rotale* (pp. 381-417). La Professoressa con la sua solita acutezza ed il suo rigore scientifico, tramite la giurisprudenza e la dottrina, dopo aver esposto la *ratio* del *processus brevior* e le difficoltà connesse al noto art. 14 §1 delle RP (chiedendosi quale sia la reale rilevanza giuridica che tali *adiuncta* possono assumere nelle varie fattispecie di nullità), si chiede che cosa significhi la nozione di nullità manifesta e quali condizioni debbano essere presenti nella fattispecie concreta per ritenere fondatamente raggiunta una siffatta evidenza; in seguito, la Zuanazzi approfondisce i casi in cui effettivamente il fatto di una gravidanza imprevista possa configurare una nullità manifesta nei diversi *capita nullitatis*. Se la gravidanza inattesa

può realmente incidere sulla formazione della scelta nuziale, è altrettanto da dire che spetta al giudice valutare, nel caso specifico, quali siano stati i reali effetti e quanto abbiano veramente influenzato la decisione di sposarsi dei nubendi.

Infine, ci troviamo innanzi una vasta e preziosissima *Appendice giurisprudenziale*, curata da A. Catta, ovvero un *Repertorio ragionato della giurisprudenza di rito della Rota Romana negli anni 2016-2017, con riferimento alla querela nullitatis e alla nova causae propositio* (pp. 421-511), dando maggiore rilievo ad alcune delle decisioni presentate o perché meno usuali, e che offrono pertanto spunti per questioni meno note o che paiono trattare aspetti in qualche modo originali, o perché, all'opposto, rappresentative di fattispecie frequenti e, quindi, utili da conoscere ed approfondire, con riguardo alla giurisprudenza più recente. L'Autrice osserva che circa la *querela nullitatis* emerge un'attenta ponderazione del concreto svolgersi della vicenda processuale: ciò che rileva ai fini della nullità o meno della sentenza non è una formale applicazione della lettera della norma, quanto piuttosto l'integra garanzia del diritto di difesa. Con riferimento alla *nova causae propositio*, il Tribunale apostolico della Rota Romana – poi – tiene ferma l'esigenza di non cedere dinanzi alle mere lamentele, ribadendo la necessità che siano verificate le condizioni di cui al vigente can. 1681. Si tratta, invero, di un modo di perseguire una giustizia che non sia formalistica, ma sostanziale.

L'opera, così, si presenta in tutto il suo prestigio e la sua utilità, sia perché permette di conoscere quanto validissimi Autori hanno avuto modo di riflettere a proposito di un tema sì vasto ed

attuale, dando in siffatta maniera allo studioso e all'operatore del diritto canonico di avere preziosi elementi per un migliore svolgimento della propria riflessione, sia perché ci fa conoscere – in una presentazione organica e razionalmente strutturata – la giurisprudenza rotale, il cui ruolo imprescindibile è a tutti noto. Avrebbe magari giovato porre – anche per parti o per capitoli – delle bibliografie generali di riferimento sui temi esposti.

L'auspicio sincero con cui concludiamo, pertanto, è che molti possano “abbeverarsi” a codesta fonte zampillante di scienza e di sapienza giuridica.

GIOVANNI PARISE
parisemarco1980@virgilio.it
Membro ASCAI e GIDDC

Discernimento vocazionale e idoneità al presbiterato nella tradizione canonica latina, a cura di Nicolás Álvarez de las Asturias, Giuliano Brugnotto, Simona Paolini, Città del Vaticano, Libreria editrice vaticana, 2018, pp. 212 + xv.

IL testo costituisce dichiaratamente un contributo scientifico al dibattito sul discernimento vocazionale affrontato nel recente Sinodo. L'assenza di uno specifico evento convegnistico o di una motivazione redazionale circostanziale fa apprezzare ancor più il senso e lo spirito dello sforzo culturale compiuto: i contributi sono stati raccolti in vista di una *pubblicazione storica a tema unitaria e organica*. Lo sviluppo cronologico dei nove interventi è lineare, chiaro e ben ponderato (tre riguardano il diritto antico, tre – includendo Trento – il periodo classico e tre l'era delle codificazioni). Gli scritti dei singoli autori rispettano i

criteri di uniformità ed essenzialità assegnati. L'*idoneità al presbiterato* (contenuti e mezzi di verifica) è presentata sempre nella sua *oggettività e caratterizzazione giuridica*. L'Introduzione e la Conclusione precisano come, secondo il costante insegnamento della tradizione canonica, il processo vocazionale è personale ed ecclesiale allo stesso tempo. L'accertamento della conformità all'identità sacerdotale delineata da Cristo (qualità del candidato) si integra allora con l'esigenza della Chiesa (*utilitas et necessitas Ecclesiae*). All'*attualità ecclesiale* dell'argomento si aggiunge anche un approccio strettamente collegato ai bisogni e ai problemi contemporanei, basti pensare anche alla specifica attenzione alla *Ratio Fundamental* del 2016. La storia è stata insomma considerata una chiave per interpretare e illuminare il presente.

Le opere storiche meritano una particolare stima per la profondità scientifica e il rigore metodologico che le anima. In questo caso gli studiosi coinvolti (di riconosciuta fama) hanno saputo coniugare la serietà della ricerca con la sintesi e la chiarezza dell'esposizione. La collana è stata promossa e coordinata dalla Facoltà di Diritto Canonico San Pio X di Venezia che ormai da diversi anni si sta segnalando come centro di promozione e diffusione della storia del diritto canonico. L'esperienza degli studi e dei corsi ha creato un gruppo coeso e affiatato di docenti di diverse estrazioni e provenienze, rendendo possibile una pubblicazione così tempestiva ed efficace. Il testo è stato accolto inoltre nella collana del Pontificio Comitato di Scienze Storiche. La prestigiosa sede editoriale garantisce l'eleganza e la cura redazionale del volume.

Il libro, al di là della succinta *Presentazione* di Bernard Ardura (Presidente del

Pontificio Comitato di Scienze Storiche) e della *Prefazione* del Card. Stella (Prefetto della Congregazione per il Clero), contiene una breve *Introduzione* dei Curatori cui seguono i *nove Capitoli* che costituiscono il corpo del testo. Completano l'opera le *Conclusioni* generali, sempre dei Curatori (ogni contributo ha invece una propria sintesi o conclusione), un'attenta *Bibliografia* (delle Fonti e degli Studi), l'*Indice dei nomi* e l'*Indice generale*. Il volumetto (provvisto di copertina rigida) è insomma gradevole, accurato e ben proporzionato.

Il contributo iniziale (A. S. Szuromi) concerne l'*idoneità per i "santi servizi"* (l'espressione è indicativa della concezione del ministero nelle origini) *dal cristianesimo primitivo alla fine del periodo romano*. Il sacerdozio cristiano anzitutto si differenzia profondamente da quello veterotestamentario. Nelle prime comunità si delineano progressivamente e si cristallizzano i gradi del sacramento dell'ordine. L'attitudine del presbitero viene ricostruita attraverso il *Trattato sul sacerdozio* del Crisostomo e i regolamenti degli *Statuta Ecclesiae Antiqua* (pp. 10-15). Restano chiaramente fissati i requisiti imprescindibili dell'ortodossia, dell'osservanza della disciplina, della competenza biblica e della buona fama.

L'apporto del Card. Erdö riguarda *I criteri di idoneità nei regni barbarici*. Alla presentazione generale seguono appunto i criteri d'idoneità dell'epoca, rapportabili alla salute fisica, alle condizioni spirituali e morali, ai criteri intellettuali e sociali, all'età e alla castità. Si rileva la profonda influenza ed emulazione dell'ideale monastico.

Il primo degli scritti di N. Álvarez de las Asturias è dedicato alle *grandi riforme medievali*. Affronta l'idoneità sacerdotale nella riforma carolingia, nel periodo

“post-carolingio” e nelle grandi riforme del XI secolo (riforme d’origine monastica, pontificia ed episcopale). Gli interventi autoritativi mirano a rafforzare la disciplina e la moralità del clero.

J. Sedano affronta *L’idoneità nel ‘Decreto’ di Graziano*. All’inquadramento metodologico, segue un approccio sistematico che enuclea attraverso il richiamo dei testi i requisiti e le qualità umane e spirituali del sacerdote e l’analisi dei divieti e degli impedimenti (impedimenti *ex defectu* e impedimenti *ex delicto*). Il *Decreto* presenta una “sintesi armonica” dell’ordinamento dei chierici da cui si evince la considerazione dell’identità del sacerdote, la ricezione dei criteri e dei mezzi di verifica ormai consolidati e, soprattutto, la valutazione dell’inderogabilità o meno delle diverse condizioni.

La trattazione prosegue con *La definizione dei criteri di idoneità al presbiterato nelle decretali medievali* assegnato a J. Jamin e S. Paolini. Il contributo dedica ampio spazio al *Liber Extra* si sofferma poi sul resto del *Corpus Iuris Canonici*. I requisiti si concretizzano, oltre che all’età, nella retta vita morale e nell’opportuna formazione culturale. I criteri oggettivi si compendiano con l’interpretazione soggettiva affidata alla discrezionalità del vescovo. Nelle decretali inoltre appare sempre più chiara l’esigenza del controllo e dell’eventuale intervento correttivo e sanzionatorio per il bene della Chiesa.

«Più di due secoli dopo, il concilio di Trento costituisce ancora l’orizzonte invalicabile per la scelta e la formazione del clero» (p. 129). Questa consapevolezza motiva uno spiccato interesse per l’apporto di quel Concilio (basti pensare alla nascita dei seminari). Il prof. T. Sol illustra *Il ruolo centrale del vescovo nel discernimento e nella formazione: la riforma*

di Trento e la sua ricezione nella letteratura canonistica. Lo scritto parte dalla situazione precedente al Concilio, dai tentativi di riforma anteriori e dai progetti iniziali nell’assise conciliare, si sofferma quindi sul decreto del 15 luglio 1563 (la missione del sacerdote, la selezione dei candidati, la maturità e l’età prescritta, la creazione dei seminari) e si conclude con la ricezione delle prescrizioni tridentine nella letteratura canonistica (le *Institutiones* del Lancellotti e del Devoti e il dizionario del Ferraris). L’attitudine al sacerdozio nello spirito di Trento comporta un giudizio complessivo e oggettivo attraverso la diretta “responsabilizzazione” del vescovo.

Il secondo contributo di Álvarez de las Asturias si riferisce alla *prima opera di codificazione*. I requisiti di idoneità vengono codificati (si precisano gli antecedenti, l’iter di redazione, le prescrizioni e le relative fonti). L’idoneità “codificata” viene quindi inserita nel contesto teologico e pastorale dell’epoca e nelle trattazioni canonico-morali (spicca l’opera del P. Cappello). Il *Codex* ha contribuito a rendere conoscibili i contenuti e i criteri di verifica dell’attitudine: «il codice del 1917 è, allo stesso tempo, testimone della tradizione canonica e del contesto di rinnovamento sacerdotale avviato da Pio X e proseguito dai suoi successori» (p. 153).

G. Brugnotto ha trattato *Presbiteri per la missione: la riforma del Concilio Vaticano II*. Il titolo evidenzia l’integrazione della visione sacrale con la concezione missionaria che ha ispirato i lavori conciliari. Il testo esamina l’identità e formazione presbiterale nei documenti del Concilio (*Lumen gentium*, *Presbyterorum ordinis* e *Optatam totius*), si sofferma quindi sulla *Ratio fundamentalis* del 1970 (rivista nel 1985) e si conclude con i cri-

teri di idoneità nel Codice 1983 (requisiti per la validità e per la liceità). Il rinnovamento nella figura ministeriale del presbitero è stata considerevole pur con qualche limite o insufficienza applicativa, conclude infatti il professore veneto: «Ci sembra che questa tensione missionaria del ministero presbiterale, non sia stata recepita con sufficiente vigore nei criteri di idoneità all'ordinazione nella normativa universale» (p. 176).

L'ultimo passaggio è rappresentato da *La formazione sacerdotale nella 'Ratio Fundamentalis Institutionis Sacerdotalis'* del 2016 affidata a J. C. Patrón Wong (Segretario della Congregazione per il Clero). Il contributo esamina gli impulsi forniti dal Magistero, l'idea di Pastore di Papa Francesco, le note distintive della formazione nella recente *Ratio* (unica, integrale, comunitaria e missionaria) e quindi si concentra sul discepolato, l'accompagnamento e il discernimento nello stesso documento.

Il percorso storico proposto dal volume evidenzia come l'idoneità del presbitero si è andata progressivamente precisando, enucleando sempre meglio i requisiti anagrafici (l'età invero è funzionale al riscontro della maturità del soggetto), morali e culturali necessari. Nel discernimento ecclesiale si registrano dati costanti e irrinunciabili ed elementi storici e variabili. La sanità e maturità, l'onestà dei costumi e la disciplina, la rettitudine e preparazione intellettuale, la buona fama possono ritenersi esigenze permanenti e ben definite della valutazione istituzionale. Anche la continenza e la castità, al di là della fissazione del valore del celibato, testimoniano l'autenticità dell'immedesimazione cristologica. L'indagine dimostra soprattutto la continuità e pregnanza del *giudizio ecclesiale*, connotato ad

un sacramento al servizio della comunione. L'acquisizione più significativa dell'opera è legata all'*oggettività e doverosità giuridica dell'idoneità*: «Per questi motivi teologici e pastorali, l'idoneità è stata sempre considerata un bene giuridico, nella misura in cui tale idoneità si considera come *dovuta in giustizia* alla comunità ecclesiale» (*Conclusioni*, p. 189). Le prescrizioni e la disciplina (contenuti, responsabilità e misure autoritative) sono frutto della coscienza della rilevanza intersoggettiva del ministero e del consolidamento della tradizione con la prudenzialità che connota lo *ius canonicum* soprattutto nell'epoca classica. La ricerca "a diverse mani" raggiunge un risultato comune e condiviso: l'integrazione tra qualità della persona e utilità della Chiesa.

In un'opera collettiva non è possibile valutare criticamente i singoli apporti. Il prestigio e l'autorevolezza dei collaboratori è comunque garanzia di serietà e attendibilità del contenuto. L'assenza di un sommario analitico e la mancanza della numerazione dei paragrafi può rendere più ostica una ricerca mirata o puntuale. Qualche limite formale e taluni refusi, comunque, nulla tolgono al merito dell'iniziativa e al valore del testo. Le miscellanee richiedono, com'è noto, un ingente lavoro organizzativo e compositivo, svolto egregiamente dai Curatori. L'auspicio è che questo sforzo di promozione e stimolo degli studi giuscanonici storici, che costituisce un valido modello di sinergia intellettuale e professionale, possa continuare e svilupparsi.

MASSIMO DEL POZZO
delpozzo@pusc.it
Pontificia Università
della Santa Croce

SANTIAGO CAÑAMARES ARRIBAS, *Igualdad religiosa en las relaciones laborales*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2018, pp. 278.

LA esfera laboral – uno de los entornos en los que las personas desarrollamos buena parte de nuestra existencia – ha experimentado en las últimas décadas un creciente influjo de la pluralidad religiosa que caracteriza las sociedades occidentales. Las convicciones religiosas tienen una vinculación directa con la identidad personal, con el modo de entender la vida, con las relaciones y el sentido de los compromisos adquiridos en la vida personal y social. Por esto la monografía del profesor Santiago Cañamares, Titular de la Universidad Complutense, que ahora presentamos, aborda una de las cuestiones de mayor actualidad y relevancia en el ámbito del Derecho eclesiástico del Estado.

Las relaciones laborales se han visto directamente afectadas por las manifestaciones de las creencias religiosas de los sujetos implicadas en ellas. Hasta hace poco, el Derecho de los países occidentales prestaba escasa atención a este tipo de situaciones de conflicto. En el momento en que las creencias religiosas de un trabajador impedían el cumplimiento de sus obligaciones laborales, se producía lo que se consideraba un falso conflicto. En realidad, el trabajador podía ver restablecida su libertad religiosa con la rescisión de la relación laboral. Y este tipo de despido era considerado precedente.

En los últimos años hemos vivido un proceso de cambio en estos planteamientos, sobre todo a nivel legislativo y jurisprudencial. El creciente plu-

ralismo religioso ha ido modificando paulatinamente la conciencia social, haciéndose más sensible a la necesidad de tutelar la diversidad de creencias religiosas y sus manifestaciones en el espacio público y privado, sin excluir el laboral. Las normas laborales son cada vez más sensibles a las situaciones de discriminación por motivos religiosos. Desde los años sesenta, Estados Unidos ha sido pionero en contemplar supuestos de discriminación laboral basada en factores como la raza, la edad, la nacionalidad o la religión. En Europa se ha tardado más en legislar con claridad sobre esta materia, a través de la Directiva 2000/78, sobre igualdad de trato en el empleo.

Los cambios legislativos han sido decisivos, pero siguen dando un amplio margen de apreciación, motivo por el cual siguen produciéndose conflictos, y el modo de resolverlos por parte de los tribunales no es uniforme. Por otra parte, la normativa en esta materia ha establecido excepciones para las empresas ideológicas o de tendencia, y para las entidades religiosas, las cuales tienen un amplio espacio de libertad para elegir a su personal, teniendo en cuenta sus convicciones ideológicas y religiosas. Por esta razón se permite que estas entidades sometan a sus trabajadores a especiales obligaciones de lealtad hacia los principios doctrinales del grupo, de modo que resulta legítima la extinción de la relación laboral en caso de no respetarse tales principios en la propia actividad.

La jurisprudencia en esta materia no es uniforme, dada la complejidad de armonizar la legislación general, con las excepciones y su aplicación a cada caso. De hecho, ha sido creciente el número de casos que han llegado al Tribunal

Europeo de Derechos Humanos. Éste ha analizado la proporcionalidad de las obligaciones de lealtad exigidas a los trabajadores por parte de las entidades religiosas, resolviendo de modo no uniforme, y siendo objeto de críticas por parte de la doctrina.

La monografía consta de cinco capítulos. En los dos primeros el autor toma en consideración el trabajador y su derecho de libertad religiosa personal en el ámbito del trabajo. El primero de ellos se titula “Libertad religiosa e igualdad del trabajador en las relaciones laborales”, donde se aborda la cuestión del ejercicio de la libertad religiosa por parte del trabajador, su igualdad y no discriminación, exponiendo principalmente el marco normativo español y europeo. Se recuerda que, de acuerdo a la reiterada doctrina del Tribunal Constitucional, los trabajadores gozan del pleno disfrute de sus derechos fundamentales en el ámbito laboral. Ello incluye el derecho de libertad religiosa. Por tanto, allí donde no se vea indebidamente afectado el interés del empresario, los trabajadores podrán ejercitar el derecho de libertad religiosa al margen de cualquier injerencia de la empresa. En cambio, cuando este ejercicio repercute negativamente en los intereses empresariales, existe el deber de ponderación, lo que podría implicar la limitación de alguna práctica cuando provoque un perjuicio excesivo o injusto. En esta materia ha sido muy relevante la ya mencionada Directiva 2000/78 para la igualdad en el empleo y la ocupación. La Directiva prohíbe con carácter general la discriminación laboral tanto directa como indirecta en diversos ámbitos, entre ellos el de la religión. Aun así, se admiten excepciones que deberá determinar la legislación interna de los Estados.

El segundo capítulo trata sobre el llamado “derecho de acomodo” de las convicciones del trabajador en el ámbito de las relaciones laborales. Cañameres, que ya ha publicado diversos trabajos sobre esta cuestión, comienza exponiendo el tratamiento de esta cuestión en Estados Unidos y Canadá, considerados pioneros en esta materia. En efecto, el derecho de acomodo del trabajador tiene su origen en la legislación norteamericana de derechos civiles (*Civil Rights Act* de 1964), donde se prohíbe por primera vez discriminar directa o indirectamente en el empleo, entre otros motivos, por razón de religión o creencias. Aun así, el derecho de acomodo tal como lo conocemos hoy es una construcción principalmente jurisprudencial que hunde sus raíces en el derecho de igualdad y que encuentra su campo de aplicación preferente en los supuestos de discriminación indirecta en el empleo. El desarrollo más importante de este derecho ha tenido lugar en el Derecho canadiense a través de la jurisprudencia de su Tribunal Supremo.

La segunda parte del capítulo se dedica a exponer las soluciones jurisprudenciales en Europa (Tribunal Europeo de Derechos Humanos) y en España. El Tribunal de Estrasburgo no se ha pronunciado propiamente sobre el derecho de acomodo de las creencias religiosas. Pero sí que ha aplicado su doctrina en algunos casos, principalmente la sentencia *Eweida c. Reino Unido* del año 2013. La Corte se ha mostrado reacia a admitir este tipo de acomodaciones, al considerar que se trataba de situaciones falsas de conflicto, ya que es el trabajador el que se sitúa voluntariamente en una posición en la que ve limitada su libertad religiosa. En el ordenamiento jurídico español el derecho de acomodo hunde

sus raíces en los artículos 14 y 16 de la Constitución, con las particularidades derivadas de la Directiva 2000/78 y del Convenio Europeo de Derechos Humanos. La legislación española ha reconocido en algunas normas este derecho en relación con las prácticas religiosas y al descanso religioso. En relación a la jurisprudencia interna, se analizan diversas sentencias en materia de descanso religioso, de simbología religiosa y de acomodación de las convicciones religiosas de los trabajadores.

Los capítulos tres a cinco abandonan la perspectiva individual para centrarse en la colectiva, es decir, la tutela de la libertad religiosa de las confesiones y entidades religiosas. El tercero plantea el alcance de la libertad religiosa colectiva en el ámbito de las relaciones laborales, analizando la doctrina asentada por la jurisprudencia el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la de los tribunales españoles. Se hace especial hincapié en el contenido de la autonomía propia de las confesiones religiosas y en los límites de la misma. Es un hecho conocido que la Comisión de Estrasburgo se resistió a admitir la tutela de la libertad religiosa colectiva. En la actualidad, sin embargo, es doctrina constante del Tribunal considerar que las confesiones religiosas pueden ejercer en nombre propio y de sus miembros su derecho de libertad religiosa. Por lo que se refiere a la autonomía de las organizaciones religiosas, el Convenio Europeo no la reconoce explícitamente, pero es deducible de la combinación del derecho de libertad religiosa y del de asociación. La autonomía se proyecta en el ámbito del establecimiento de la propia doctrina y de la propia organización. Se trata de un derecho absoluto, ya que el Estado no puede valorar la legitimidad de las

creencias religiosas, sometiéndolas a control a través de sus órganos administrativos o judiciales. En cambio, sí que admite límites la dimensión externa del derecho, que podrá ser restringida por medio de leyes cuando sea necesario en una sociedad democrática, para salvaguardar algún interés legítimo, asegurando que las limitaciones sean proporcionadas. En nuestro derecho interno la Ley Orgánica de Libertad Religiosa ha reconocido un amplio contenido a la autonomía confesional en su artículo 6. Debe tenerse en cuenta sin embargo que, aun siendo un aspecto nuclear de la libertad religiosa, la autonomía no es ilimitada.

El cuarto capítulo pasa a centrarse en la autonomía de las confesiones religiosas y su garantía ante el personal que desarrolla tareas específicamente religiosas en su seno, tratando la llamada "excepción ministerial" y su consideración en el Derecho norteamericano, en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y en el ordenamiento español. Como es sabido, la jurisprudencia norteamericana es la que ha elaborado la doctrina de la excepción ministerial a fin de eximir a las organizaciones religiosas de responsabilidades frente a demandas presentadas por sus ministros de culto en el ámbito de sus relaciones de servicio. Esta excepción es aplicable frente a las normas laborales de carácter general, incluidas las que prohíben la discriminación de los trabajadores por motivos relacionados con la afiliación religiosa. En Europa, el Tribunal de Estrasburgo ha respaldado en numerosas ocasiones la inadmisión de demandas presentadas por los ministros de culto frente a sus respectivas iglesias, justificando tal actuación en la autonomía de las confesiones religiosas y su derecho de organi-

zación interno, sin injerencias por parte del Estado. El autor dedica un apartado al comentario de la sentencia en el *Caso Károli Nagy c. Hungría* (2015), donde se dilucida el derecho de un exministro de culto a reclamar judicialmente a su iglesia el abono de las retribuciones correspondientes al tiempo en que estuvo suspendido de sus funciones religiosas. En el ámbito español, la calificación como no laboral de la relación que une a una persona con su confesión religiosa está sujeta al control jurisdiccional, para garantizar que responda a un ejercicio legítimo de la libertad religiosa colectiva. El autor señala que, en la experiencia española, han sido excepcionales las demandas dirigidas por ministros de culto o religiosos frente a su confesión o entidad religiosa en el marco de sus relaciones de servicio. Con carácter general, los tribunales han inadmitido este tipo de demandas por falta de competencia “*ratione materiae*” cuando han considerado que tales relaciones tenían naturaleza religiosa.

El quinto y último capítulo trata sobre las garantías de la autonomía de las confesiones en las relaciones propiamente laborales, y el derecho de estas entidades a contratar a sus empleados, estableciendo discriminación por razón de religión, así como obligaciones acrecentadas de lealtad a la institución religiosa. Se hace aquí referencia a funciones no específicamente religiosas (es decir, seculares) realizadas por individuos que carecen de una posición cualificada en el seno de la comunidad religiosa. Este tipo de personal son trabajadores en sentido estricto, están vinculados por medio de un contrato laboral con la confesión o entidad religiosa en cuestión, y gozan de los derechos y garantías de la legislación laboral. Tam-

bién en este capítulo se introducen consideraciones de derecho comparado, tratando las garantías de la autonomía en el ámbito del Derecho comunitario, en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en el Derecho español y, finalmente en los Estados Unidos. En cuanto a la legislación comunitaria, adquiere de nuevo relevancia en esta esfera la Directiva 2000/78, que admite en su art. 4.1 que los empleadores puedan discriminar a sus trabajadores, entre otros motivos, por razón de su religión, siempre que dicha característica constituya un elemento profesional esencial. Esta posibilidad queda ampliada en el art. 4.2 cuando el empleador sea una entidad religiosa o una empresa de tendencia. Se hace especial referencia a la cuestión del alcance de las obligaciones acrecentadas de lealtad que las confesiones religiosas y empresas de tendencia pueden imponer a sus empleados. Se menciona específicamente el Caso IR c. JQ que ha sido resuelto el 11 de septiembre de 2018, con posterioridad a la publicación del libro. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea se ha referido a las decisiones de una iglesia u otra organización cuya ética se base en la religión o las convicciones, y que gestione centros hospitalarios de imponer a empleados que ejerzan responsabilidades directivas el requisito de mantener una actitud de buena fe y lealtad hacia dicha ética, cuando dicho requisito se gradúe en función de si esos trabajadores no tienen ninguna religión o de cuál es esa religión. Al efectuar el control judicial, el tribunal nacional competente deberá asegurarse de que, a la vista de la naturaleza de las actividades profesionales de que se trate, o del contexto en que se ejerzan, la religión o las convicciones constituyan un requisito profesional

esencial, legítimo y justificado habida cuenta de esa ética en cuestión. En el caso en cuestión, el Tribunal considera que la religión y convicciones no constituían requisito profesional, habida cuenta que se encomendaran puestos análogos a trabajadores que no profesaban la religión católica. Por su parte, el Tribunal de Estrasburgo se ha pronunciado en diversas ocasiones acerca de la facultad de las organizaciones religiosas de someter a sus trabajadores a obligaciones especiales de lealtad. Como señala Cañamares, estos conflictos no se han analizado desde la perspectiva del derecho a la igualdad y no discriminación por motivos religiosos, sino del desequilibrio entre los derechos fundamentales del trabajador – principalmente su derecho a la vida privada – y la autonomía religiosa derivada de la aplicación de los artículos 9 y 11 del Convenio Europeo. Este apartado se subdivide en: el análisis de los casos relacionados con trabajadores al servicio de entidades religiosas, trabajadores al servicio de entidades de inspiración religiosa y profesores de religión católica en centros públicos. Un tercer aspecto considerado es el tratamiento de la autonomía confesional en el Derecho español, distinguiéndose los supuestos de trabajadores al servicio de entidades de inspiración religiosa y profesores de religión católica en centros públicos. El capítulo concluye con una referencia de derecho comparado al caso norteamericano, tratando sobre el derecho de las confesiones religiosas a discriminar a sus empleados y sobre la relación entre autonomía religiosa y libertad sindical. Sobre este último punto se dedica amplio espacio a comentar la Sentencia del Tribunal Supremo en el Caso *National Labor Relations Board v. Catholic*

Bishop of Chicago (1979), en la que se resolvió la cuestión sobre si la administración laboral puede disponer, en contra del parecer de algunos centros educativos religiosos, la creación de sindicatos en su seno y obligarla a establecer la correspondiente negociación colectiva con los representantes de los trabajadores.

Se trata de un volumen que, como ha quedado expuesto, aborda de manera bastante completa y comprensiva la cuestión de la igualdad religiosa en el ámbito laboral. Son de apreciar las abundantes referencias de Derecho comparado, que permiten considerar la diversa sensibilidad del ámbito angloamericano y del europeo ante la relevancia del factor religioso en la esfera laboral. Será de gran utilidad tanto a especialistas en Derecho eclesiástico del Estado como en Derecho laboral. La monografía concluye con un amplio repertorio bibliográfico sobre las cuestiones tratadas, que será de gran utilidad para analizar aspectos particulares presentados en la monografía. No nos queda más que felicitar al autor por este magnífico trabajo y a la editorial Thomson Reuters Aranzadi por su cuidada edición.

MONTSERRAT GAS-AIXENDRI
mgas@uic.es
Universitat Internacional
de Catalunya

Nuevos desafíos del Derecho Canónico a cien años de la primera codificación (1917-2017), ed. Montserrat Gas-Aixendri, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 284.

CON ocasión del centenario de la primera codificación en Derecho Canónico varios juristas han querido poner de

relieve los diversos desafíos a los que el ordenamiento canónico contemporáneo se enfrenta. Este volumen, coordinado por Gas-Aixendri, profesora agregada en la Universidad Internacional de Cataluña, recoge dichas aportaciones.

La obra se divide en cuatro grandes áreas (historia; organización de la Iglesia y administración de los bienes eclesiales; derecho penal; y familia). La parte histórica se detiene en la consideración del proceso codificador de 1917. En el primer capítulo el Cardenal Lluís Martínez Sistach toma el derecho de asociación como eje de sus consideraciones. Muestra como el Código de 1917, tan esperado como respuesta a los nuevos retos del momento, nació sin embargo “viejo”, debido a la rápida transformación de la sociedad en el siglo xx, y especialmente a los grandes avances teológicos que supuso el Concilio Vaticano II.

El siguiente capítulo, escrito por Miguel Sánchez Lasheras, docente de Historia del Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso (Chile), centra su atención en la génesis del Código de 1917. Para ello compara algunos aspectos de su elaboración con los sistemas de codificación civil. Señala la especial atención que merecen las propuestas de los obispos metropolitanos españoles que tuvieron lugar durante la fase preparatoria de la codificación. Nos encontramos -apunta- ante una modalidad de “codificación participada”; modalidad que puede aportar mucho al Derecho Canónico en el siglo xxi.

La segunda parte de la obra viene introducida por Fernando Puig, profesor en la Facultad de Derecho Canónico de la Pontificia Universidad de la Santa Cruz. Haciéndose eco de las reformas que el Santo Padre Francisco ha realizado en la Curia romana, dirigida espe-

cialmente hacia la descentralización, el autor propone que toda reforma en el gobierno central de la Iglesia debe hacerse desde la perspectiva de la diaconía de la Iglesia universal a las Iglesias locales.

Remigio Beneyto Berenguer, Catedrático de Derecho Canónico en la Universidad CEU Cardenal Herrera de Valencia, afronta los retos que representa en la actualidad la administración de los bienes eclesiales. En un primer momento se detiene a considerar el fundamento sobre la necesidad de un patrimonio en la Iglesia, así como los principios que deben regir la gestión de dichos bienes. Especial cuidado requieren los bienes culturales, en los que resulta indispensable la colaboración con las entidades administrativas seculares para su correcta conservación. El autor no deja de lado delicadas cuestiones, aún abiertas, como la de la inmatriculación de los bienes inmuebles o la exención de algunos impuestos.

La tercera parte de la obra se dedica al ámbito del Derecho penal canónico, tema del máximo interés en la actualidad. Abre este bloque el capítulo del Dr. Jordi Bertomeu, Oficial de la Congregación para la Doctrina de la Fe, Dicasterio que se ocupa de los *delicta graviora*. El autor aborda la cuestión de las normas substanciales sobre estos delitos y en concreto, cómo se está acometiendo en la Iglesia la lucha contra los abusos sexuales.

El sexto capítulo, escrito por Manel Riera, abogado, considera algunos de los aspectos más relevantes de la responsabilidad penal de las diversas entidades católicas, en concreto de la parroquia. Los operadores pastorales en no pocas ocasiones desconocen las repercusiones jurídicas anejas a la actividad parroquial.

Es por ello que resulta necesario formar, mediante un plan de prevención penal, a los sujetos relacionados con estas entidades a fin de evitar las posibles controversias.

La última parte del volumen se ocupa de la tutela de la familia en la Iglesia. Tres son los capítulos que afrontan este tema. El primero, realizado por Gas-Aixendri, desarrolla los principales aspectos de esta tutela a la luz de los postulados de los dos sínodos convocados por el Santo Padre en 2014 y 2015. Los Padres sinodales han vuelto a suscitar el debate en torno a temas como la capacidad del ser humano para entender las relaciones familiares o para establecer un vínculo conyugal; la relación entre el orden creacional y el orden de la redención en el matrimonio, y el papel de la fe en su constitución. La autora hace ver como la respuesta a estas cuestiones afectará directamente a la acción pastoral familiar.

Miguel Ángel Ortiz, Profesor de la Pontificia Universidad de la Santa Cruz, aborda los interrogantes que ha suscitado la puesta en práctica del *Motu proprio Mitis Iudex*, concluyendo que el nuevo proceso no modifica en realidad la sustancia, mientras se mantenga el carácter declarativo de las decisiones de nulidad.

Por último, la profesora M^a Pilar Lacorte, docente del Instituto de Estudios Superiores de la Familia de la Universidad Internacional de Cataluña, trata sobre el acompañamiento familiar. Muchas de las dificultades que hoy encuentran las familias, apunta la autora, se deben al profundo desconocimiento sobre la dinámica de las relaciones familiares. Para contrarrestarlo, urge actuar en tres direcciones: mostrar, educar y acompañar. Lacorte va desgranando en qué consiste cada uno de estos pasos, perfi-

lando a su vez diversos modos de ponerlo en acto.

Nos encontramos, en definitiva, ante un volumen de ágil y amena lectura. Su actualidad y su apreciable interdisciplinariedad resultarán de gran interés para los diversos operadores eclesiales, tanto en los tribunales como en las estructuras más directamente pastorales.

INÉS LLORÉNS
i.llorens@pusc.it
Pontificia Università
della Santa Croce

KARL LEHMANN, *Tolleranza e libertà religiosa. Storia e presente in Europa*, Brescia, Queriniana, 2016, pp. 172.

IL volume *Tolleranza e libertà religiosa*, pubblicato in originale tedesco per i tipi della Herder, nel 2015, e in traduzione italiana, nel 2016, presso la Queriniana di Brescia, è uno degli ultimi libri del Cardinale Karl Lehmann (venuto a mancare nel marzo del 2018). Sebbene siano i lavori in ambito teologico e filosofico ad aver alimentato l'ampia notorietà dell'Autore, tuttavia questa monografia suscita l'interesse anche del giurista in quanto affronta uno dei temi centrali del rapporto tra Stato e Chiesa: quello della libertà religiosa. Come presule che per ventuno anni ha ricoperto la carica di presidente della Conferenza episcopale tedesca (dal 1987 al 2008) e come noto sostenitore del dialogo ecumenico e interreligioso, nella riflessione sul tema della tolleranza l'Autore poteva attingere anche dalla sua ricca esperienza personale: fatto che conferisce al libro un ulteriore valore.

Il testo è una rielaborazione delle lezioni tenute all'Università "Heinrich Heine" di Düsseldorf nel semestre invernale 2012/2013 e conserva la forma,

nonché la densità e la vivacità tipiche della lezione universitaria. Il volume è corredato da un rilevante corpo di bibliografia generale sul problema della tolleranza, mentre gli studi specialistici vengono segnalati solo nelle note a piè di pagina. In appendice viene proposta una raccolta di alcuni testi scelti per il seminario che era parte integrale del corso. La scarsità di tempo a disposizione per la lettura ha causato, come sembra, una presentazione minimalista dei testi storici, con la comprensibile conseguenza di una ricostruzione a tratti riduttiva (riporta ad. es. solo due proposizioni condannate dal *Syllabus errorum*).

Nell'introduzione l'Autore delinea i primi tratti del problema che si presenta soprattutto come tensione tra la tolleranza intesa come indifferenza, tra la pretesa della verità che nell'ambito della religione è essenziale e la libertà religiosa come uno dei diritti fondamentali della persona. Le risposte deformate possono risolversi in due opposti orientamenti: il fondamentalismo e il fanatismo ovvero il relativismo e il lassismo. Il libro si propone di affrontare il tema da prospettive differenti, che abbracciano contestualmente la questione storica, filosofica, teologica e giuridica, non dimenticando di aggiungere una riflessione sul rapporto tra libertà religiosa e neutralità dello Stato moderno. A causa della brevità del volume non sono offerti esempi concreti delle tematiche indagate, mentre si mettono a disposizione del lettore gli strumenti scientifici per poter affrontare i concreti problemi politici attuali.

Il primo capitolo si sofferma su un tema spesso trascurato, cioè la formazione e i significati del termine "tolleranza" precedenti all'illuminismo che, per comune quanto erronea convinzione, viene ritenuto come suo naturale luogo

di nascita. Se nell'etica stoica la tolleranza veniva costruita attorno ad un'accezione individuale che si esauriva tutta entro il rapporto dell'uomo con il proprio destino, la fase biblica e patristica contribuì a porre in luce la dimensione etico-sociale del concetto e ribadì la sua importanza per la promozione di una vita comunitaria pacifica. Così secondo Agostino la *tolerantia* è in primo luogo un comportamento sociale determinato da carità cristiana. Per altro verso, gli stessi padri della Chiesa nelle lotte dottrinali delineano anche i limiti della tolleranza e creano un indirizzo che nel corso della storia genererà una oscillazione tra mitezza e durezza, con episodi di profonda intolleranza. Lehmann con rigore scientifico studia sia le posizioni dottrinali rigorose nei confronti degli eretici, sia le idee (ad es. di "coscienza errante") e i personaggi (N. Cusano) che hanno contribuito alla futura evoluzione del caposaldo concettuale. Le ultime pagine del primo capitolo sono dedicate alla riforma luterana e all'illuminismo settecentesco, quali fondamentali tornanti della storia delle idee che hanno offerto stimoli a favore della tolleranza e dell'idea della libertà religiosa e di coscienza, così come ereditato dalla moderna sensibilità.

Il secondo capitolo affronta il difficile contesto sociale – scontro con le correnti anticlericali – che nell'Ottocento segna l'atteggiamento difensivo della Chiesa verso le pretese liberali alla libertà di coscienza e di religione. Il rapporto tra Chiesa e Stato moderno liberale è così inizialmente segnato da rifiuti e da condanne reciproche, dal *Kulturkampf*, e solo nel secolo successivo assumerà i tratti più positivi. Il Concilio Vaticano II inaugura vigorosamente una nuova fase nell'insegnamento sulla libertà re-

ligiosa, intendendola nella dichiarazione *Dignitatis humanae* come un diritto irrinunciabile della persona umana alla pratica della religione secondo gli orientamenti della propria coscienza. Resta il dovere morale, che però non si traduce più in un obbligo giuridico, della ricerca della verità. Al posto del diritto della verità è subentrato il diritto della persona. Bisogna tuttavia stare in guardia avverso le derive della relativizzazione: la libertà religiosa sussiste come diritto non contro la verità, ma per la verità.

Infine, l'ultima parte del libro, prendendo le mosse da un ragionare molto denso, propone una sintesi dell'idea della tolleranza e indica la strada per coglierne una concezione autentica. Questa non rinuncia alla propria via della verità ma non si sottomette ciecamente a posizione di arbitrarietà assoluta. La tolleranza genuina si deve sviluppare nella dialettica tra libertà, stima, giustizia e passione per la verità, portando al riconoscimento dell'altro come soggetto con pari diritti. In questa luce, il compito dello Stato "neutrale", in quanto garante della tolleranza, è quello di rendere possibile la realizzazione generale e soddisfacente della libertà religiosa e degli altri diritti umani. Senza identificarsi con una particolare religione, lo Stato, inoltre, deve «curare un'apertura mentale e garantire alle comunità religiose un ambito in cui potersi muovere liberamente» (p. 114). Il sostegno dello Stato alla libertà religiosa positiva contribuisce in maniera sostanziale all'identità dell'uomo, aiutando con questo tutti i cittadini, anche quelli atei, di scoprire le proprie intuizioni più profonde riflesse nel convincimento religioso altrui. Il *telos* della tolleranza, se questa vuol essere costruttiva per la società, deve perciò rimanere la verità.

Per concludere, *Tolleranza e libertà religiosa* di K. Lehmann è senza dubbio un esempio eccellente di erudizione e di esperienza didattica, nonché una fonte ricchissima di informazioni e riflessioni su scala multidisciplinare. Per il giurista, soprattutto per l'ecclesiasticista, la lettura del libro del compianto presule potrà essere di grande profitto come approccio al problema sempre attuale della *libertas religionis*.

MATEJ PAVLIČ
matej.pavlic@rkc.si
Pontificia Università
della Santa Croce

MARILENA MONTANARI, *Il Programma di Stazione Spaziale Internazionale e la sua regolamentazione tra prospettive de iure condendo e de iure condito. Il caso del "fine vita"*, Città del Vaticano, Lateran University Press, 2018, pp. 268.

IL lavoro che s'intende presentare costituisce l'esito di un'ambiziosa ricerca dottorale condotta dall'Autrice presso il Dipartimento di Studi sulla Comunità Internazionale, in seno all'*Institutum Utriusque Iuris* della Pontificia Universitas Lateranensis, sotto la guida del prof. V. Buonomo, dallo scorso giugno Rettore dell'Ateneo medesimo.

Le 267 pagine che ne sono scaturite hanno come *focus* d'indagine non soltanto la riflessione in termini di applicazione della teoria generale del diritto internazionale e del diritto internazionale dello spazio sulla disciplina giuridica adottata in fase di approntamento ed attualmente vigente sull'*International Space Station (ISS)*, ma anche l'analisi sperimentale dell'evoluzione dei negoziati multilaterali

che, presto o tardi, andranno irrevocabilmente a regolamentare il *de-orbiting* di quest'ultima.

Considerando che il secondo genere di riflessioni sopramenzionate non trova riscontro, ad oggi, in una negoziata e compiuta regolamentazione internazionale, il lavoro della dott.ssa Montanari costituisce una utile silloge, capace di ripercorrere l'*iter* genetico della ISS e di compendiare – almeno virtualmente – prospettive, vantaggi e rischi di numerosi scenari di *End-of-Life* della suddetta stazione, mai perdendo di vista i principi fondamentali emergenti dal *corpus iuris spatialis* che, in piena consonanza con i dettami della *Dottrina Sociale della Chiesa*, attraversano l'intera Opera. Tali principi generali – agli occhi dell'Autrice divenuti oggi di natura consuetudinaria – si assommano nel trittico che viene di seguito elencato: 1) il riconoscimento dello spazio extra-atmosferico quale area *communis omnium*, in accordo con l'*Outer Space Treaty* del 1967; 2) la necessità di estendere il concetto di sostenibilità ambientale finanche alle orbite terrestri che, ormai attraversate da numerosi *space debris*, rischiano di costituire una triste *addenda* al terzo capitolo dell'enciclica *Laudato Si'* a firma del Santo Padre Francesco soltanto nel 2015; 3) l'essenzialità della *Genuine Partnership* quale forma associativa che contempla ed anima l'interdipendenza sussidiaria che ciascun *Partner* nutre nei confronti degli altri e delle *performances* altrui. Da tali principi scaturisce una regolamentazione cruciale tanto nelle fasi di progettazione, quanto in quelle di ventura rimozione.

La dott.ssa Montanari si muove nella prospettiva summenzionata *de iure condendo* sin dal *primo capitolo*, dove conduce un'angariata *explicatio terminorum* dei due concetti fondamentali per lo studio

in questione: quello di *oggetto spaziale* e quello di *debris*. Tali questioni terminologiche verranno dipanate mettendo in luce le situazioni in cui – dottrina alla mano – sia possibile utilizzare il primo o il secondo termine quali attributi della *Stazione Spaziale Internazionale*, ovvero lumeggiando le condizioni in cui la suddetta cesserà di poter essere classificata quale agglomerato di oggetti spaziali, come accordato dai negoziatori dell'*Intergovernmental Agreement* e testimoniato dalla dottrina, ed essendo non più funzionante sarà dunque da intendersi quale un agglomerato di *debris*. Riguardata la definizione di *oggetto spaziale* quale bene giuridicamente tutelato, richiamando nel contempo l'attenzione sull'indeterminatezza che ancora caratterizza il *corpus iuris spatialis* circa la regolamentazione dello stesso, l'avv. Montanari passa ad elencare le varie categorie di *debris*, corredando l'analisi con le rispettive definizioni tecniche alla luce delle *UN Space Debris Mitigation Guidelines* e dell'ulteriore *Soft Law*, che lo classificano quale oggetto di danno ed inquinante. Chiave di volta del capitolo è il paragrafo nel quale l'Autrice riflette sulla possibile identità o differenza tra le implicazioni giuridiche delle definizioni di *oggetto spaziale* e *debris*, giungendo, anche alla luce del paradigma costituito dalla stazione spaziale russa *MIR*, ad attribuire la titolarità della responsabilità che potrebbe derivare dai danni emergenti nella fase di rimozione della ISS o nelle procedure di riutilizzazione della stessa, nella consapevolezza che, non sussistendo precedenti storici di stazioni realizzate in cooperazione, le procedure di rimozione o riutilizzazione del *debris* – accantonata l'insostenibile prospettiva paventata dall'istituto giuridico della *derelictio* giustiniana – dovranno tener

conto della specificità dei principi giuridici sviluppati dai *Partners* per dare alla luce la *Stazione Spaziale Internazionale* che siamo ormai abituati a conoscere.

Nel *secondo capitolo* l'Autrice avvia una dettagliata analisi delle modalità di funzionamento della cooperazione fra i soggetti coinvolti nel programma della ISS, svelando quali riflessioni ed accordi di natura tecnica e giuridica sottendono l'impalcatura materiale di quella che è definita l'*avamposto dell'Umanità*, a bordo della quale sussiste una peculiare forma di cooperazione politico-giuridica che da subito è apparsa quale *unicum* anche sotto la lente della geopolitica, dell'economia e, nondimeno, del diritto tanto internazionale quanto privato comparato. Tali considerazioni, non dettagliabili in questa sede ma abbondantemente esplicitate nell'Opera, incalzano l'argomentazione che s'accosta, senza troppo indugiare, all'analisi del c.d. *intento empirico* alla base del rapporto di *Genuine Partnership* nel programma di *Stazione Spaziale Internazionale*. Infatti, richiamato l'obiettivo additato dal presidente Reagan, di costruire, cioè, una stazione spaziale permanentemente abitata, la ricerca procede nel discernere con onestà intellettuale e ricorso alle fonti, il lungo processo che condusse ad una sostanziale e non formale condivisione d'intenti e di finanziamenti internazionali della Stazione in questione: esclusivamente, dunque, allorquando furono riconosciuti, delineati e rispettati gli interessi nazionali di tutti quegli Stati che entravano in contatto – a ridosso della Guerra Fredda – con l'ambizione siderale statunitense, ridefinendone la finalità originaria, contenendone la titolarità e contribuendo a definirne regolamentazione, sino a cristallizzare le legittime esigenze politiche della *Genuine Partnership* attorno al rispetto dei principi di: a) conformi-

tà al diritto internazionale pubblico; b) immatricolazione dei moduli spaziali; c) utilizzazione e finanziamento del progetto. La dott.ssa Montanari procede poi nel dipanare i meccanismi giuridici che la *Genuine Partnership* si diede per salvaguardare sé medesima nel lungo periodo: è in tale contesto che vengono illustrati istituti quali il *countertrade*, gli scambi di compensazione, il *barter-like transaction* – parimenti utilizzati nel commercio internazionale –, le varie forme d'istituzionalizzazione della cooperazione, i meccanismi di risoluzione pacifica delle controversie e, infine, i rapporti intercorrenti tra la *Genuine Partnership* e i terzi nella *non-Partner Participation Policy*. Ben si capisce, quindi, come la *Genuine Partnership* si costituisca quale *Virtual Program of Programs*: forma associativa in cui l'indispensabile collaborazione per il perseguimento dell'obiettivo comune debba tener in considerazione il necessario rispetto delle priorità nazionali e delle rispettive politiche di esplorazione spaziale, a immagine del mutamento epocale che vede il paradigma della globalizzazione cedere il passo all'era del *post-globale*.

Giunti al *terzo capitolo*, si è guidati dall'Autrice attraverso i più probabili scenari *post-consumo* della struttura orbitante, muovendo proprio dalle prime proposte tecniche per il *de-orbiting* della ISS, avanzate dalla NASA ai *Partners* già nel 1997. Con il beneficio del dubbio, ma lo stimolante avanzamento sperimentale della dottrina, vengono dettagliati e ponderati: a) il modello di rientro incontrollato, attuato per il satellite UARS; β) il modello di rientro parzialmente controllato, messo in atto per la stazione MIR; γ) il modello di rientro totalmente controllato, come avvenuto per l'*Automated Transfer Vehicle Jules Verne*. Delineati i tre modelli tecnici attraverso cui

sono state attuate nel passato le procedure di rimozione degli oggetti spaziali, gli scenari con contezza ipotizzati dagli esperti per una struttura *sui generis* quale la ISS, sono dall'avv. Montanari sussunti attorno a sei prospettive: 1) Rientro incontrollato attraverso un decadimento naturale; 2) Rimozione della struttura in due fasi: iniziale decadimento naturale seguito da *de-orbiting* controllato della struttura per mezzo di uno o più moduli di servizio; 3) *De-orbiting* guidato dell'intera struttura per mezzo di più veicoli spaziali; 4) *De-orbiting* controllato della stazione in più segmenti per mezzo di più moduli di servizio; 5) Attuazione del *recycling approach* affinché si proceda al recupero di elementi della struttura che possano essere poi riutilizzati in orbita; 6) Smaltimento dell'intera stazione in sicurezza attraverso un nuovo modulo di servizio designato *ad hoc*; L'Autrice, soffermandosi con particolare dovizia sui risvolti giuridici emergenti dal quinto e dal sesto scenario, non trascura di sottolineare come il primo scenario si preannunci particolarmente gravoso nelle questioni di responsabilità per danni che la struttura dovrà affrontare, mentre il secondo, terzo e quarto scenario richiedano che venga stipulata una clausola *ad hoc* sullo scambio di dati tecnici e beni tra i *Partners* per il perseguimento delle finalità conclusive del programma ISS. Un regime di libero scambio di dati tecnici relativi ai sistemi di interfaccia, integrazione e sicurezza dei singoli oggetti spaziali coinvolti agevolerebbe notevolmente l'attuazione del *fine vita* della struttura nella modalità di smaltimento controllato attraverso il disintegro in atmosfera, ma dovendo far i conti con la realtà, la questione giuridica della condivisione dei dati per le operazioni orbitali giunge a complicarsi inglobando i molteplici profili di *liability* che so-

no altresì dall'Autrice scandagliati. Lo stesso quinto scenario di rimozione, pur essendo il più innovativo ed ammalian- te, sembrerebbe richiedere una condivisione di dati tecnici e beni che vada ben oltre il limite consentito dall'*Inter-governmental Agreement*: il trasferimento tecnologico che verrebbe effettuato, richiederebbe forme sempre maggiori di cooperazione e di armonizzazione delle discipline nazionali in tema di controllo delle esportazioni e di protezione delle invenzioni brevettate, mentre, attualmente, le discipline internazionali esistenti sono di *soft law* e la regolamentazione effettiva risulta di carattere prevalentemente nazionale. Il sesto scenario prevede, *inter alia*, la questione giuridica relativa al finanziamento delle attività spaziali, soprattutto nel caso in cui siano condotte da privati: l'armonizzazione delle procedure di finanziamento internazionale e la maggior sicurezza negli investimenti in attività spaziali, pur potendo concretamente derivare dalla conclusione del recente *Space Assets Protocol* del 2012, non risulta ancora essere una priorità dei *Partners*.

Eppure, l'Autrice mostra come, qualora si lavorasse per l'armonizzazione delle regolamentazioni giuridiche di riferimento, il *de-orbiting* della ISS potrebbe esser finanche costituito dalla sintesi polivalente delle prospettive sopra esposte, prima di procedere, nel quarto capitolo, all'analisi delle conseguenze giuridiche derivanti dall'attuazione dei vari scenari. Da questa parte, che risulta essere la più densa del lavoro intero, emerge chiaramente che – in quanto radicati nella *Genuine Partnership* – i rapporti *inter partes* ed eventuali questioni di responsabilità per danni derivanti dalle *Protected Space Operations* relative all'attuazione del *fine vita* potrebbero essere risolte con la clausola *cross-waiver*

of liability, evitando l'insorgenza di contenziosi tra i *Partners* in caso di danni ad oggetti spaziali o materiali nella conduzione delle operazioni di rimozione, attribuendo invece allo Stato *Partner* leso l'onere di risarcire i danni per sé e per i propri nazionali. D'altra parte, il risarcimento di eventuali danni prodotti a Stati terzi, ricadendo sotto un profilo di responsabilità internazionale per *ultra-hazardous activities*, sarebbe da attribuire allo Stato operante, pur nell'assenza di un illecito, in virtù della pericolosità dell'attività posta in essere, fermo restando: *in primis* che gli Stati responsabili debbano essere i cosiddetti *Stati di lancio*, *in secondi* che resterebbe da meglio configurare la fattispecie di responsabilità solidale per gli Stati che *procedono in comune al lancio di un oggetto spaziale*. L'avv. Montanari, facendo tesoro di orientamenti giurisprudenziali nonché di autorevoli interpretazioni della dottrina, argomenta le ipotetiche tipologie di danno risarcibili, a condizione dell'espletamento dell'onere probatorio oltre all'*iter* da attuare per avanzare la richiesta di risarcimento del danno, dettagliando implicazioni giuridiche e profili legali *intra*-nazionali propri di ogni *Partner*. Alquanto aporetica resta, invece, la regolamentazione delle responsabilità derivanti da attività spaziali condotte dai privati; pur sancendo, il *corpus iuris spatialis*, una nitida responsabilità internazionale dello Stato anche per esse, la prassi ha evidenziato come la specificazione di tale regolamentazione avvenga in modo differente sul piano interno: mentre per taluni Stati si possa parlare di regolamentazione organica delle attività spaziali, per altri la disciplina sia tuttora frammentaria e ricavabile da apparati legislativi diversificati. Alla luce di tutto ciò e specialmente dal riferimento all'intervento dei privati in tali operazio-

ni, si evince quanto possano giungere a divenire onerose le conseguenze economiche e giuridiche cui i *Partner States* potrebbero incorrere durante le operazioni di *de-orbiting* dell'*International Space Station*.

Nelle *conclusioni*, l'Autrice ricapitola con lucidità la necessità di rimozione, almeno parziale, della ISS quale oggetto spaziale inutilizzabile, a beneficio della sostenibilità dell'intera orbita bassa e della superficie terrestre, sposando pienamente lo scenario tecnico che contempla come prioritario il recupero degli elementi riutilizzabili a bordo della stazione e il trasporto di tale materiale a terra grazie ad un modulo di servizio privato predisposto *ad hoc* e il necessario smaltimento per *de-orbiting* controllato dell'intelaiatura restante e non riciclabile. Tale prospettiva, in grado di farsi carico tanto delle istanze di abbattimento dei costi e di preservazione dell'ambiente extra-atmosferico – attraverso il recupero e il riutilizzo di attrezzature di alto valore economico e tecnologico – quanto di protezione della superficie terrestre e degli esseri umani che la popolano, per mezzo di una procedura di rimozione guidata in cui gli operatori monitorino attentamente il disintegro degli elementi non riutilizzabili, attuando le regole di condotta dettagliate nelle *Guidelines for the long-term sustainability of outer space activities* del 2016, perché non ne derivino danni. Come già detto, mentre la questione giuridica principale sull'attuazione del *fine vita* riguarda il trasferimento tecnologico, quella derivante dalle procedure di rimozione verterà sulla titolarità e sui regimi di responsabilità per danni applicabili; ma in entrambi i casi, la regolamentazione che si propone dovrà adottare soluzioni diverse a seconda che si considerino i rapporti *inter partes* o con i terzi. *Ad intra*, la *Genuine Partner-*

ship potrebbe adottare l'approccio che una parte della dottrina chiama di *top-down* e che consisterebbe in una sorta di rivalutazione della nuova *lex mercatoria*. Il diritto applicabile sarebbe, cioè, quello prevalentemente creato (con criterio!) dal ceto imprenditoriale, senza la mediazione del potere legislativo degli Stati, volto però ad influenzarlo e ad estendersi alla regolamentazione internazionale vigente in materia. *Ad extra*, invece, la questione è molto più complessa a causa dei regimi di responsabilità disciplinati dalla *Liability Convention* che, tuttavia, l'Autrice parimenti procede a dettagliare, giungendo finalmente a tematizzare il vero punto di forza di questo studio: la focalizzazione dell'evoluzione non solo nelle modalità, ma anche negli strumenti giuridici impiegati per la regolamentazione dell'esplorazione siderale.

Come fortemente richiamato anche dal prof. V. Buonomo nella *prefazione* all'opera, basterebbe osservare gli accordi internazionali conclusi sotto l'egida ONU, comparandoli con l'attuale ricorso alla *soft law* quale unico strumento di regolamentazione, o con il crescente richiamo a tecniche di *bottom-up*, per rilevare come il confine tra il settore pubblicistico e quello privatistico del *corpus iuris spatialis* risulti notevolmente assottigliato. Ciò in virtù del fatto che la Comunità Internazionale si sia arricchita di attori che, pur non avendo espressamente una soggettività internazionale, sembrano rivendicarla di fatto, ma anche di diritto, in nome di una sussidiarietà *intra-statale* e internazionale, sembra voler tendere ad una *reductio ad unum* delle categorie giuridiche su cui gli operatori giuridici del settore si stanno tuttora interrogando.

L'avv. Montanari sembra avere piena coscienza dell'eterogenesi dei fini che vorrebbe tendere ad un'unità nuova, volta a superare e ripensare i paradigmi giuridici oggi esistenti, tematizzando nuovamente – nel nuovo contesto extra atmosferico – il vecchio quesito *metagiuridico*, che serba le fondamenta del diritto stesso; pertanto le riflessioni fino ad ora condotte sono state pensate a difesa della *Genuine Partnership* per il programma della *Stazione Spaziale Internazionale*. Da qui è poi doveroso chiedersi quale sia il grado di importanza da attribuire alla tutela dell'ambiente terrestre e dell'ambiente *extra-atmosferico* confrontandosi con l'*opinio iuris* che vedrebbe quanti effettuarono il lancio di elementi spaziali in orbita deputati alla rimozione dei medesimi, in nome della protezione dello spazio *extra-atmosferico*, facendosi inoltre carico delle conseguenti responsabilità che un'attività come questa potrebbe generare.

La ricerca, edita dalla *Lateran University Press*, pur concentrandosi su quanto avvenga o debba avvenire lungo l'orbita terrestre, ha il pregio di esplicitare ogni riferimento citato non dando nulla per scontato. Riesce così a stimolare persino il lettore non specialista nel maturare una nuova consapevolezza che vada oltre la regolamentazione per il fine vita della *Stazione Spaziale Internazionale*, tematizzando quanto sia urgente l'assunzione di un nuovo paradigma giuridico disciplinante le future attività spaziali, che non potrà prescindere da ciò che rimane il motore e il fine delle attività spaziali: l'essere umano.

FERNANDO CHICA ARELLANO

Alberici Gentilis. De Papatu Romano Antichristo, recognovit e Codice autographo bodleiano D'Orville 607, a cura di Giovanni Minnucci, Milano, Monduzzi Editoriale, 2018 («Archivio per la Storia del diritto medioevale e moderno; Studi e Testi», 17), pp. 352+CLXII.

NOTO per essere ritenuto uno dei padri fondatori del diritto internazionale moderno e per l'apostrofe vergata nel *De iure belli* (*Silete theologi in munere alieno!*), Alberico Gentili (1552-1608), esule in Inghilterra nel 1580 per la sua adesione alle dottrine riformate, e *regius professor* di *Civil Law* ad Oxford dal 1587, oltre ad una cospicua produzione a stampa ha lasciato anche alcuni inediti oggi conservati nella Bodleian Library in Oxford. Fra essi spicca il *De Papatu Romano Antichristo*: testo al quale, soprattutto a partire dal secolo scorso, è stata dedicata particolare attenzione da parte della storiografia (ad es. G. H. J. Van der Molen, D. Panizza, F. Mignini, V. Lavenia, D. Pirillo, L. Felici e, da ultimo, con un innovativo contributo, D. Quagliani). Le ricerche compiute negli ultimi anni, soprattutto dal prof. Giovanni Minnucci, Ordinario di Storia del Diritto Medioevale e Moderno presso il Dipartimento di Scienze Politiche e Internazionali dell'Università di Siena, hanno dimostrato che, pur essendo stato originariamente redatto fra il 1580 ed il 1585, quel testo era stato rivisto, corretto e integrato dallo stesso Gentili almeno fino al 1591.

Per tentare di comprendere l'entità e la natura sostanziale di queste modifiche e annotazioni, e le ragioni per le quali il Gentili non giunse mai alla determinazione di completare e pubblicare il lavoro, occorre tornare a studiare

la fonte manoscritta e predisporre l'edizione critica, lavoro svolto dal Curatore con l'acribia e la pazienza di un Certosino. Per la lunghezza e la complessità del testo, per i cambiamenti e le integrazioni che l'A. vi aveva apportato, per l'elevatissimo numero di rinvii alle fonti e alla letteratura, il suo esame ha richiesto senz'altro uno studio approfondito e prolungato. Era necessario, inoltre, per tentare di inquadrare storicamente la stesura del *De Papatu* nel suo complesso, approfondire la vicenda inglese del giurista italiano, gettando lo sguardo sulle sue proficue relazioni umane e professionali, senza però dimenticare le avversità più volte subite da parte di alcuni ambienti d'Oltremania, nel periodo in cui stava scrivendo e aggiornando la sua opera anti-romana. Il progetto, dopo molti anni di intenso lavoro da parte del prof. Minnucci – che sui testi editi ed inediti del Gentili si sta cimentando da circa un ventennio, con la pubblicazione di tre monografie e di numerosi contributi – è stato finalmente portato a compimento.

Composta di ventiquattro *Assertiones*, attraverso le quali l'A. intese dimostrare che l'Anticristo era da identificare nel Papato Romano, l'opera, scritta ovviamente in lingua latina, è dedicata alla trattazione di alcuni temi di natura teologica e giuridica. Solo per fare alcuni esempi, si possono ricordare il culto delle immagini, i Sacramenti, il celibato ecclesiastico, il Purgatorio, il culto dei santi e delle reliquie, il libero arbitrio, i miracoli, la giustificazione *ex sola fide* e le *bonae operae*, il potere temporale del Papa ed il Primato Romano: tutte questioni esaminate ed approfondite dal Gentili alla luce delle dottrine riformate ed in contrasto con quelle della Chiesa di Roma. Il testo è corredato da un nu-

mero copiosissimo di allegazioni tratte dalla Sacra Scrittura, dalle opere dei Padri della Chiesa, da quelle teologiche, storiche, filosofiche, letterarie e giuridiche, individuate dal Curatore, a piè di pagina, in un apposito apparato critico. In un secondo apparato, sempre a piè di pagina, vengono edite anche le numerose *additiones* che il Gentili vergò nei margini e, talvolta, nelle interlinee del testo. Segue un'Appendice nella quale si legge il testo, criticamente edito, degli appunti di lavoro che l'A. annotò nel frontespizio e nei fogli iniziali ed alla fine del manoscritto inizialmente destinati a restare bianchi.

In ragione della particolare natura del testo – un vero e proprio *work in progress* – l'edizione critica del *De Papatu*, delle numerose *additiones* e dei cospicui appunti sparsi che ne caratterizzavano la stesura, era meritevole di essere accompagnata da un saggio introduttivo. Per una migliore comprensione dell'opera, e per una sua più compiuta, ancorché preliminare, illustrazione, il prof. Minnucci, negli ampi *Prolegomena* che precedono l'edizione, ha ritenuto necessario soffermarsi sulle presumibili ragioni sottese alla decisione assunta dal Gentili di voler affrontare il tema oggetto del suo lavoro, sulle fonti complessivamente utilizzate e sulle probabili motivazioni della sua mancata pubblicazione. Né potevano essere ignorate, infine, in ragione dei contenuti eminentemente teologici e giuridici dell'inedito, le idee che, in relazione ai rapporti fra diritto e teologia e fra coloro che quelle discipline professavano, il nostro A. aveva espresso negli anni ai quali va fatta risalire la conclusione della prima redazione dell'opera e a quelli immediatamente seguenti, allorché decideva di aggiornarla e modificarla. In questo periodo, infatti, si

concretizzarono i prodromi di un vero e proprio scontro teorico, di natura politico-dottrinale, con i puritani inglesi e, in particolare, con il teologo puritano John Rainolds, circa le competenze dei teologi e dei giuristi. Queste vicende, già note alla storiografia, erano suscettibili non solo di essere ripensate e approfondite alla luce della documentazione manoscritta che le attesta, ma anche nuovamente contestualizzate: proprio mentre la polemica iniziava ad accendersi per poi successivamente esplodere all'inizio degli anni Novanta del XVI secolo, quando l'A. stava attendendo alla scrittura e alla successiva revisione del *De Papatu*. Giunto ad uno stadio avanzato di elaborazione, il *De Papatu* consente non solo di apprezzare la vastissima cultura e la poliedrica attività scientifica del giurista e pensatore italiano, ma anche di conoscere i forti dissensi che caratterizzarono la vicenda politica e religiosa europea in uno dei momenti più complessi e difficili della sua storia millenaria. Il volume è corredato dagli utilissimi Indici dei manoscritti, delle Fonti normative e scritturali, dei nomi e dei luoghi.

P. BRUNO ESPOSITO, O. P.

pbrunoop@gmail.com

Pontificia Università

San Tommaso d'Aquino - Angelicum

FRANCESCO SALVATORE REA, *Delibazione di sentenze ecclesiastiche e riforma dei processi canonici di nullità matrimoniale. Dinamiche interne e proiezioni esterne del "Mitis iudex Dominus Iesus" alla luce del "giusto processo"*, Città del Vaticano, Libreria Editrice Vaticana, 2018, pp. 210.

LA recente riforma dei processi di nullità del matrimonio attuata da Papa Fran-

cesco con il m.p. *Mitis Iudex Dominus Iesus* per la Chiesa latina è destinata inevitabilmente a riflettersi, con effetti non ancora pienamente verificabili perché ancora non consolidati, sul sistema di attribuzione degli effetti civili alle sentenze ecclesiastiche dichiarative della nullità matrimoniale.

È questo il tema, interessante e complesso che Francesco Salvatore Rea si propone di indagare nella sua monografia, svolgendo un'analisi approfondita che si colloca sulla linea di confine tra l'ordinamento civile e quello canonico e che dunque ambisce ad offrire al lettore una prospettiva non esclusivamente ecclesiale.

La peculiarità del contributo si può cogliere già sul piano dell'impostazione metodologica: contrariamente a quanto suggerito dal titolo dell'opera, che parrebbe fissare come punto di partenza dell'indagine il procedimento di delibazione da scrutinarsi alla luce delle modifiche introdotte dalla riforma, l'analisi prende invece le mosse dalla ricostruzione del sistema processuale canonico così come innovato per effetto della suddetta riforma, per evidenziarne gli aspetti nevralgici che acquistano rilievo in sede di procedimento di *exequatur*.

Dal punto di vista strutturale l'opera – preceduta dalla presentazione del prof. Arroba Conde – si compone di una premessa, di una introduzione e di tre capitoli nei quali vengono trattati in modo omogeneo (ogni capitolo si compone di cinque paragrafi) i temi trattati. Alla fluidità dello stile, che rende piacevole ed agile la lettura, si accompagna un solido apparato bibliografico che disvela una ricerca accurata e meticolosa delle fonti.

Partendo dalla fondamentale premessa che il diritto canonico si incarna nella realtà concreta dei bisogni dei fedeli co-

me *norma missionis* nella quale si rispecchia l'identità stessa della Chiesa e del processo canonico come strumento per attuare la giustizia nella Chiesa, l'Autore si addentra in una interessante analisi del riformato processo di nullità matrimoniale, con la lucidità e l'equilibrio di chi apprezza con favore ogni innovazione, ma al contempo è consapevole della esigenza che ogni riforma legislativa necessiti di essere ricondotta a sistema e soprattutto verificata sul campo.

All'analisi dei mutamenti della disciplina processuale canonica apportati dalla Novella è dedicato il primo capitolo. L'Autore si focalizza sull'esame dei risvolti applicativi della nuova normativa e sulla loro potenziale idoneità ad incidere sui meccanismi delle garanzie processuali sollecitando atteggiamenti di chiusura delle Corti italiane, già tradizionalmente poco inclini ad agevolare l'ingresso dei provvedimenti canonici di nullità nell'ordinamento. In questa cornice l'Autore si sofferma su quelle innovazioni introdotte dalla riforma suscettibili di trasformarsi in strumenti di abuso del processo, quali la possibilità per la parte di scegliere senza limiti o vincoli il foro competente per la causa, ai sensi del novellato can. 1672 CIC, essendo state espunte dal testo della norma le condizioni alle quali originariamente si subordinava la scelta del foro dell'attore e del foro delle prove ed essendo stato esteso, inoltre, il foro dell'attore anche al quasi-domicilio di questi, con conseguente incremento del rischio che la parte possa scegliere il tribunale maggiormente rispondente alle sue aspettative. La trattazione prosegue poi attraverso l'analisi di quelle norme di nuovo conio che hanno suscitato più di altre incertezze e dubbi fra gli interpreti, come il can. 1680 § 2 CIC che attribuisce al tribunale collegia-

le il potere di confermare, con decreto, la sentenza di prima istanza ove l'appello risulti «*mere dilatorio*», in ragione della difficile interpretabilità di tale espressione, dai contorni non chiaramente definibili. In questo mutato scenario normativo l'Autore esprime una comprensibile preoccupazione per le possibili ripercussioni negative che un uso poco accorto dei nuovi strumenti processuali potrebbe determinare in sede di *exequatur*, restringendo ancor di più, rispetto al passato, le maglie dell'ingresso delle sentenze canoniche di nullità nell'ordinamento italiano, sull'onda di una paventata compromissione del diritto di difesa ex art. 24 Cost.

Il primo capitolo si chiude con la disamina delle innovazioni concernenti il giudizio dinanzi alla Rota – ed in particolare di quelle contenute nel Rescritto del 7 dicembre 2015 sul compimento e l'osservanza della nuova legge sul processo matrimoniale – che presentano alcuni profili di scarsa compatibilità, almeno in via astratta, con i canoni del diritto di difesa e che pertanto costituiscono un potenziale ostacolo in sede di *exequatur*. Tra questi l'Autore si sofferma in particolare modo ad analizzare i risvolti problematici conseguenti alla reintroduzione della formula generica del dubbio (già prevista dall'art 77 § 2 delle Norme Rotali del 1934) che, proprio perché generica, potrebbe in concreto aprire pericolosamente la strada all'emanazione di sentenze che si fondano su motivi di nullità rispetto ai quali non si è svolto un esauriente contraddittorio tra le parti, a cagione dell'assenza di una chiara demarcazione del *thema decidendum*.

All'analisi del *processus brevior coram Episcopo* e alle possibili ricadute negative che l'adozione di tale modello processuale può comportare in sede di de-

libazione è dedicato l'intero secondo capitolo. L'Autore, pur nella dichiarata consapevolezza che esso rappresenti l'innovazione più significativa e originale della Riforma, ne mette tuttavia in evidenza gli aspetti critici e passibili di censura in sede di *exequatur*, in ragione della potenziale compromissione del diritto di difesa che in concreto potrebbe verificarsi. Soffermandosi in via preliminare sulla funzione del *processus brevior* l'Autore pone l'accento sulla necessità di coniugare le esigenze della celerità connesse all'introduzione di tale modello processuale con il rispetto delle tutele costituzionali sul diritto di difesa.

Una diffusa disamina critica è poi dedicata all'esegesi dei presupposti ai quali il novellato can. 1683 CIC subordina la percorribilità della via giudiziale più breve, ed in particolare al consenso delle parti. Mentre la sussistenza di tale requisito è facilmente evincibile quando l'istanza (*id est* il libello) è presentata congiuntamente dai coniugi, maggiori perplessità sorgono quando il consenso debba desumersi attraverso l'adesione (*aliunde* manifestata) di un coniuge all'istanza proposta dall'altro, come pure la stessa norma consente, non essendo in tal caso esplicitato quale sia la concreta modalità di acquisizione di detto consenso e il perimetro oggettivo al quale esso si estenda. In tal senso si segnala l'elevato rischio che si generino prassi interpretative lesive del diritto di difesa e sulle difficoltà operative cui inevitabilmente andrà incontro l'utilizzo del nuovo modello processuale, la cui corretta applicazione resta in definitiva affidata alla preparazione tecnica e alla scrupolosità degli operatori giudiziali.

Proseguendo nell'indagine, quanto alla fase istruttoria e decisionale del *processus brevior*, l'Autore evidenzia la grave

lacuna normativa costituita dalla mancata previsione di una fase di pubblicazione degli atti dopo la fase istruttoria. È evidente, infatti, che in tal modo le parti vengono private della possibilità di avere una adeguata conoscenza delle risultanze istruttorie; pregiudizio questo che si rivela ancor più insidioso qualora le stesse parti non abbiano partecipato alla sessione istruttoria. Un ulteriore motivo di perplessità evidenziato dall'Autore è rappresentato dalla norma che individua il giudice di secondo grado competente a ricevere l'impugnazione avverso la sentenza del Vescovo diocesano (can. 1687 § 3 CIC) atteso che detta norma, per il caso in cui la sentenza sia emessa dal Metropolita, individua tale giudice nel Vescovo suffraganeo della sede più antica nell'ambito della stessa metropoli, implicando una individuazione poco agevole del giudice di appello. In tale contesto peraltro l'Autore non omette di considerare i problemi interpretativi scaturenti dalla previsione che contempla il rigetto *in limine* dell'appello con decreto (can. 1687 § 4 CIC), ove appaia meramente dilatorio, effettuando gli opportuni confronti con la corrispondente norma del processo ordinario analizzata nel capitolo precedente.

Un conclusivo spunto di riflessione viene dedicato alla controversa natura del provvedimento episcopale emesso al termine del *processus brevior*, il quale, pur qualificato espressamente come sentenza, viene tuttavia da taluni autori accostato (a torto secondo la condivisibile opinione dell'Autore) ad una dispensa *super rato et non consummato*, ad un provvedimento cioè di natura schiettamente amministrativa, in quanto tale non delibabile a tenore del combinato disposto dell'art. 8 punto 2 dell'Accordo di Villa Madama e dell'art. 797 c.p.c.

(formalmente abrogato ma considerato ultrattivo nella specifica materia in virtù del principio sancito all'art. 7 Cost.) che individua nelle sentenze l'oggetto esclusivo della delibazione. Osserva infatti correttamente l'Autore che in tale processo il consenso delle parti è solo «un fluidificante per lo svolgimento dell'istruttoria nel *processus brevior*» che non elide la dialettica processuale in difesa del *favor matrimonii* di cui è comunque garante il Difensore del Vincolo.

Chiude l'opera il terzo capitolo nel quale l'Autore si sofferma su alcuni aspetti problematici scaturenti dalle Regole procedurali (*Ratio procedendi*) poste in appendice al m.p. In particolare – tenendo sempre presente l'angolatura prospettica del giudizio di delibazione della sentenza di nullità – l'Autore evidenzia le criticità insite nelle modalità di svolgimento della *investigatio praeiudicialis seu pastoralis* che secondo l'art. 3 delle Regole Procedurali potrà essere affidata dall'ordinario del luogo a persone che siano «dotate di competenze ancorché non esclusivamente giuridico-canoniche», con il possibile rischio che la raccolta degli elementi utili alla celebrazione del processo ordinario o *brevior* resti di fatto affidata a persone tecnicamente impreparate e poco accorte nel cogliere le esigenze difensive delle parti, malgrado le possibili (e a volte inevitabili) commistioni tra questa fase preprocessuale di carattere pastorale e quella giudiziale successiva. Ampliando la prospettiva dal diritto processuale a quello sostanziale, l'Autore evidenzia, inoltre, come l'art. 14 delle Regole Procedurali sembra incidere sull'assetto dei tradizionali e noti capi di nullità, aprendo l'ingresso al *fidei defectus* come ulteriore causa di invalidità del matrimonio, sia pure limitatamente alle ipotesi in cui

tale difetto dovesse rilevarsi idoneo a «generare la simulazione del consenso ovvero l'errore che determina la volontà». Si tratta effettivamente di una scelta che potrebbe ostruire la strada all'*exequatur* di sentenze di nullità fondate su tale vizio, sotto il profilo della contrarietà all'ordine pubblico interno, essendo l'ordinamento italiano improntato al principio di laicità e confessionalmente neutro.

La trattazione del capitolo prosegue poi con una analisi comparatistica tra il *processus brevior* e il processo sommario di cognizione, quest'ultimo introdotto nel sistema processuale italiano dalla legge n. 69/2009, nel quale l'Autore, tirando le fila di una diffusa digressione sul dibattito dottrinale ancor oggi non sopito sulla natura di tale modello processuale, conclude per una sostanziale eterogeneità funzionale e strutturale delle due figure di processo.

Una riflessione interessante viene dedicata all'attuale ruolo della Segnatura Apostolica, come ridisegnato per effetto delle innovazioni introdotte dal m.p. Mostrando una particolare sensibilità canonistica, l'Autore segnala l'importanza di una rivalorizzazione del ruolo di vigilanza del Supremo Tribunale benché la riforma, incidendo significativamente sulle attribuzioni di tale organo, ne abbia comportato un inevitabile ridimensionamento. Specialmente con riferimento al *processus brevior* per il quale, considerati gli specifici presupposti che ne consentono l'adozione, è ragionevole immaginare un ridotto ricorso all'impugnazione, l'Autore evidenzia come il controllo della Segnatura – preliminarmente al giudizio di delibazione in sede civile – costituirà l'unico modo per verificare la regolarità della procedimento svoltosi in sede canonica.

Il capitolo si conclude con un paragrafo dal titolo provocatorio (*Riflessioni nell'ora presente: quale destino per l'exequatur?*), al quale l'Autore affida le sue considerazioni personali e qualche riflessione *de iure condendo*.

Partendo dalla considerazione critica sul ruolo delle Corti Appello da sempre orientate ad ostacolare l'ingresso delle sentenze canoniche di nullità nel nostro ordinamento piuttosto che a favorirlo, l'Autore si sofferma sull'opportunità – già da tempo segnalata in dottrina – di una eliminazione del procedimento di delibazione al fine di salvaguardare l'integrità stessa dell'istituto matrimoniale come configurato secondo la struttura sacramentale della Chiesa. Egli peraltro riconosce che tale soluzione estrema si porrebbe in netta rottura con la tradizione della Chiesa, da sempre favorevole al perseguimento da parte di ogni *civis-fidelis* di uno status giuridico omogeneo nella materia matrimoniale, all'interno dei due ordinamenti (civile e canonico).

La strada più indicata sembrerebbe dunque – secondo l'Autore – quella di puntare ad una rivalorizzazione del senso di giuridicità del diritto canonico, anche se tale soluzione non appare compiutamente chiarita e sviluppata, pur nel perimetro di una serie di coordinate di principio astrattamente condivisibili. In tal senso riteniamo che un maggiore sviluppo della parte dell'opera dedicata alla personale proposta ricostruttiva del sistema avrebbe conferito completezza ad un lavoro particolarmente apprezzabile sul piano ricognitivo, che costituirà sicuramente un prezioso riferimento per ulteriori indagini sulla materia.

ADRIANA NERI
adriana.neri@virgilio.it

CLAUDIO SARTEA, *Diritti umani. Un'introduzione critica*, Torino, Giappichelli, 2018, pp. 150.

IN occasione del settantesimo anniversario della Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo, promulgata dalle Nazioni Unite, il 10 dicembre 1948, Claudio Sartea, che lavora in Filosofia del Diritto all'Università di Roma "Tor Vergata", ha dedicato una riflessione critica a questo grande evento nella storia dell'umanità.

Colpisce il fatto che l'autore, consapevole dell'importanza indubbia di tale evento, abbia dedicato questa sua opera a «dei neonati», a quei «piccoli che riprendono in mano la storia, dopo le carneficine degli adulti» (ricordo patetico del celebre film *The Mission* del 1986). L'autore sottolinea chiaramente il proprio impegno nella «lotta per i diritti umani, di cui questo libro cerca di balbettare qualcosa, mentre la storia delle donne e degli uomini, in carne ed ossa, generazione dopo generazione, da sempre s'incarica di testimoniarla con tanta maggiore eloquenza» (p. 11).

Ma come e quando si è arrivati a parlare di diritti umani? Sartea parte da una constatazione fondamentale – si direbbe anche praticamente ovvia – secondo cui tutti sanno e riconoscono che l'idea dei diritti umani è stata facilitata dalla nozione di diritto soggettivo, sorta dalla storia del pensiero giuridico: «I diritti umani sono certamente diritti soggettivi, e, si osserva, il diritto soggettivo è un'idea relativamente moderna: questo spiegherebbe perché non si conosca l'espressione tecnica "diritto dell'uomo" prima del secolo diciottesimo, con qualche rara eccezione precedente, e comunque moderna (cioè, secondo la

tradizionale suddivisione delle epoche in Occidente, dal secolo sedicesimo in avanti)» (p. 3).

La presente esposizione critica è attraente già nella sua struttura, articolata in tre capitoli, ben suddivisi, che ne facilitano la lettura e l'assimilazione, con una coerenza aperta da premesse pertinenti e chiusa con una conclusione che spinge ad ulteriori ricerche in materia. Nelle premesse si riesce a capire cosa sono i diritti di cui si tratta: «Di che cosa parliamo quando parliamo di diritti umani? Un giurista esperto di diritto internazionale, storia del diritto, o anche diritto costituzionale, con sicurezza e disinvoltura risponderebbe: i diritti umani sono quelle spettanze che riconosciamo a ciascun essere umano a prescindere dal suo *status civitatis*. Scavano sotto le superficie delle contingenze (storiche, politiche, culturali, istituzionali, anagrafiche, sanitarie), e mettono radici nella stessa condizione umana» (p. 2).

Trattandosi del loro radicamento nella condizione umana, ci vuole un discorso giusfilosofico che vada in una prospettiva ontofenomenologica (suggerita da Sergio Cotta, importante filosofo italiano del diritto nel xx secolo), per mettere in rilievo e al centro la persona umana. Lo riecheggia il primo capitolo dedicato all' *approccio filosofico ai diritti umani: necessità ed opzioni*: «È molto difficile immaginare un sapere pratico [lo è quello giuridico] che non si muova da una determinata visione dell'essere umano, della sua struttura ontologica (magari solo implicitamente considerata e non apertamente tracciata), da un sistema di fini in cui si inserisce la sua prassi» (p. 18). Solo poggiando sull'apporto di una retta antropologia si possono fondare i diritti umani, data la

necessità della stessa antropologia per comprendere l'esistenza del diritto.

In altre parole, la visione ontofenomenologica ci propone un'esistenza umana che si capisca e si mantenga come *coesistenza pacifica* degli esseri umani, come *relazione* (di cui l'alterità è fondante della giuridicità). Una relazione salva dai conflitti, e, pertanto, aperta al giuridico, esigendolo per la sua comprensione corretta (p. 19); perché «non vi è esistenza (umana) che non sia al contempo coesistenza: l'apparizione dell'altro-da-me come-me sulla scena della vita concreta è immediata, si direbbe simultanea se non addirittura anteriore alla stessa appercezione del sé da parte dell'individuo razionante. In un certo senso anzi si può affermare che la coesistenza *precede* l'esistenza, almeno sul piano coscienziale: siamo generati (concepiti, allevati, istruiti) dalle relazioni, ed ogni avvenimento rilevante della nostra esistenza è coesistenziale, relazionale». In termini aristotelici, essendo l'uomo un animale politico, la virtù della giustizia è «*ad alterum*». Quindi «non è pensabile la giustizia – ed ogni discorso sul giuridico – se non in un contesto di relazioni ([...], non relazioni qualsiasi, né tutte: bensì le relazioni pubblicamente rilevanti, perché dotate di un significato pubblico)» (p. 20).

Questa *ontofenomenologia giuridica* quindi rivela un presupposto rilevante per una rigorosa «semantizzazione» dei diritti umani, e perciò della loro comprensione, giustificazione e fondamento: la *priorità dei doveri sui diritti*. I beni essenziali per l'essere umano, che sono i suoi diritti, richiedono di essere rispettati, perché dovuti. Gli stessi doveri pongono ed impongono un limite, intrinseco quindi, ai suoi diritti. La presenza di altri esseri umani, simili a lui (altro-co-

me-me) e dissimili, e cioè diversi da lui (altro-da-me), gli impone un comportamento specifico in ambito giuridico, e quindi sociale. L'antiorità dei doveri ai diritti respinge, lo si vede, la concezione dell'uomo come una monada isolata, l'essere umano essendo sin dal momento del suo concepimento, accolto, inserito e chiamato a realizzarsi nella società. In questo contesto si comprende bene il divieto di «abuso del diritto» (cfr. p.es. Art. 17 della Convenzione Europea per i Diritti Umani).

Questo si coglie bene se non viene respinta la verità secondo cui la giuridicità senza umanità è inconcepibile. Il secondo capitolo del libro è chiaro in proposito, già dal suo titolo: *I diritti dell'uomo: per un'approssimazione al concetto di umanità*. Espressioni dell'umanità sono inseparabilmente l'individuo, la persona umana e l'essere l'umano. Donde la pertinenza, per una retta dottrina dei diritti umani, di un discorso antropologico-filosofico che ha il pregio di presentarli quali «bisogni di umanizzazione che fanno appello alla solidarietà degli altri (individui ed istituzioni/associazioni) per il loro riconoscimento e la loro implementazione» (p. 38). Solo tale discorso apre ad una buona comprensione sia della natura (si pensi ai diritti naturali), sia dell'uomo, ambedue da non trascurare un solo istante se si vuole parlare dei diritti umani.

La natura va capita come participio futuro, insiste l'autore. Solo così «ci insegna cioè, con la discrezione tipica dell'etimologia (essa infatti non s'impone, ma chiede solo di essere ascoltata), che nell'essenza stessa dell'essere umano s'iscrive un dinamismo verso un fine, una teleologia [...]. Per questo la dottrina dei diritti umani in qualche modo ci impone un ripensamento di un diritto di

natura o per natura, e quindi in ultima analisi un ripensamento senza pregiudizi circa ciò che di buono va salvato e ciò che di insulso o semplicemente di ingenuo va abbandonato dalla tradizione del diritto naturale; ed esige con forza una risemantizzazione della natura umana, perché è caratteristico di tale dottrina coniugare la dimensione storica, contingente, persino positiva, del fenomeno giuridico come manifestazione di umanità, con la dimensione trascendente dell'umano stesso, al di là delle sue contingenti concrezioni politiche e culturali» (pp. 42-43).

Indissociabile dal termine uomo è quel termine natura, perché insieme traducono l'umanità (concetto preferito a quelli di personalità, naturalità e dignità). Richiamando a superare «lo schema moderno del dualismo antropologico» (essenzialismo ed esistenzialismo), Sartre ritiene che si tratta di «una contrapposizione che, a ben vedere, si rivela fittizia o almeno inadeguata, se comprendiamo a fondo che la natura umana, in quanto *essenzialmente* personale, è *esistenziale*» (p. 43). La natura umana è inseparatamente essenziale ed esistenziale. Tutto questo dettato dalla *costitutiva autotrascendenza* dell'uomo, e cioè «quella peculiare caratteristica degli esseri umani per cui essi non si concentrano ed esauriscono in se stessi ma sono strutturalmente aperti al mondo circostante, e costantemente spinti a superarsi, ad autotrascendersi appunto» (p. 44).

Da questa autotrascendenza scaturiscono la relazionalità-pluralità dell'uomo, segnata dalla sua corporeità, la tendenzialità o desiderabilità, la cultura (diritti culturali), la storicità o temporalità, la vulnerabilità (si pensi, tra l'altro, ai diritti delle persone con disabilità), tutte connaturali dell'essere umano e che,

come si vede, non lasciano nessuno spazio a qualunque visione individualistica dell'uomo, giacché presuppongono l'esistenza degli altri esseri umani e quindi la socialità umana. E, perché il diritto è sociale, o il diritto esiste perché esiste un essere ontologicamente sociale e capace di *rapporti intersoggettivi coscienziali*, solo tenendo conto di questa alterità umana si rende possibile la fioritura umana, la pienezza dell'uomo.

La fioritura umana, incomprensibile senza i suoi presupposti ontogenetologici, e quindi anche antropologico-filosofici, abbisogna di una certa positivizzazione dei diritti umani, della loro formalizzazione nella storia (l'uomo è un essere segnato storicamente), oggetto dell'ultimo capitolo. Come atterraggio di questa sua introduzione critica, l'autore sottolinea che la Dichiarazione ONU del 1948, di cui si celebra il settantesimo anniversario questo anno, è stato «uno degli avvenimenti forse più rilevanti e positivi dell'intero secolo ventesimo» (p. 87). Un avvenimento universale che, storicamente, è stato preceduto da alcuni documenti, in particolare dalla Dichiarazione francese del 1789, ed è seguito da molti altri, nazionali e regionali, che evidenziano un *riscatto morale* impostosi dall'Occidente, dopo le guerre mondiali (pp. 115 e 120).

Tutto sommato, i diritti umani, tenuto conto dei loro profili giusfilosofici, sono essenzialmente diritti degli altri (più che «i miei diritti»), comprensibili solo in contesto coesistenziale, benché l'individuo sia preesistente alla società che non lo assorbe, né lo cancella, ma rimane l'ambiente della sua fioritura; difendono i vulnerabili; sono inseparabilmente diritti morali e diritti legali in quanto hanno una dimensione pubblica e impongono alle strutture istitu-

zionali di attivarsi ed impegnarsi ben al di là dei propri interessi nazionali. Inoltre, i diritti umani sono eversivi. Basti pensare al loro contesto di nascita, sono reazioni alla perversità del potere, perciò appaiono, in epoca contemporanea, come rivendicazioni, nel senso di «istanza critica sia dell'autoritarismo implicito in ogni forma di positivismo giuridico (persino di quello, solo apparentemente puro ed innocente, del normativismo kelsiano), sia dell'impersonalità del potere imposto dalla burocrazia» (pp. 120-121).

Ragione per cui anche la contrapposizione tra positivismo e naturalismo nella dottrina dei diritti di cui si parla, «occorre riconoscerlo una volta per tutte», afferma Sarthea, «non si è mai posta in maniera nitida, giacché abitualmente anche i positivisti più convinti hanno presentato le proprie tesi in realtà mitigando i dogmi positivisti per venire incontro alla realtà del diritto ed all'esperienza della sua pratica sociale [...]» (p. 118). Ciò si verifica per quanto riguarda una delle caratteristiche dei diritti umani che è la loro applicabilità diretta negli ordinamenti domestici, una volta assimilati all'interno delle istanze giurisdizionali nazionali. Pertanto, la trasversalità universalistica di questi diritti, dovuta all'umanità condivisa da tutti gli esseri umani, non esclude le diversità culturali, dato che ogni cultura non è altro che una legittima manifestazione dell'umanità, una sua emanazione ed espressione (p. 126).

Un pregio di questo libro è l'affermazione costante della centralità dell'essere umano. Perciò conoscere l'uomo quale essere coesistenziale è il presupposto ovvio del discorso sui diritti umani, perché questi «costituiscono il più vigoroso richiamo attuale alla priorità della

persona e delle sue spettanze rispetto a qualunque altra esigenza, foss'anche collettiva» (p. 121) e, di conseguenza, essi sono «il colpo più duro» ricevuto da Michiavelli e Hobbes con le loro idee del potere (p. 122). In quest'ottica va capita l'insistenza di Sarthea sulla necessità di «un'antropologia filosofica che possa supportare il problema di giustificazione e fondazione dei diritti umani», per ricavarne i «caratteri [...] più rilevanti per il mondo giuridico tra quelli costitutivi dell'essere umano» e, pertanto, «aiutare il discorso sui diritti umani a sfuggire all'abbraccio letale dell'ovvietà e dell'infondatezza» (pp. 56-57).

In altre parole, il contributo di Claudio Sarthea sta nell'insistere sulla necessità di una visione ontofenomenologica del diritto per concludere all'esistenza, alla giustificazione e alla verità dei diritti umani. Secondo questa visione, il discorso sul diritto non sarebbe possibile senza tener conto dell'alterità umana, quale caratteristica essenziale dell'uomo che esiste con (e quindi anche da e per) gli altri uomini. In questo senso, i diritti umani sono quelle spettanze essenziali dell'essere umano considerato non come un essere isolato, bensì un essere ontologicamente relazionale, fatto per vivere con gli altri esseri umani, anch'essi titolari di quelle medesime spettanze. Perciò la giuridicità di tali spettanze essenziali ha il suo fondamento nella relazionalità caratteristica dell'uomo.

Un altro pregio si trova in tanti spunti di riflessione che aprono ed incoraggiano orizzonti interessanti di ricerca di cui ha ancora bisogno la dottrina dei diritti dell'uomo. Si pensi ai temi quali il carattere eversivo dei diritti umani, la dialettica natura – cultura, giusnaturalismo – giuspositivismo, i rapporti uomo – diritto, corporeità – giuridicità, diritti

umani – diritti fondamentali, etc. Un libro interessante che vale la pena leggere per goderselo.

AUGUSTIN SHAKO YODI
shakoyodi@gmail.com

PEDRO-JUAN VILADRICH, *Il consenso matrimoniale*, Roma, ESC, 2019, pp. 494.

IL prof. Viladrich, facendo tesoro dell'esperienza maturata lungo il corso di diversi anni di docenza, di studio, di ricerca e di avvocatura, presenta una nuova edizione italiana del suo fortunato volume *Il consenso matrimoniale*, apparso per la prima volta nel 2001. È bene specificare fin da subito che non si tratta né di una mera ristampa di quel già significativo tomo, né di una sua riedizione nel senso comunemente inteso, in quanto l'Autore adesso presenta un lavoro che, se nella seconda parte riprende, corregge ed amplia quanto già esposto nel 2001, nella prima si aggiunge una larga premessa sull'amore coniugale, quale base previa e discorso propedeutico alla successiva trattazione sulle cause canoniche di nullità del consenso.

Difatti, sulla scorta anche del magistero pontificio in materia, non ultima la recente esortazione apostolica *Amoris laetitia* di Papa Francesco, a Viladrich è parso alquanto significativo ed importante anteporre alla disquisizione sul "negativo" del consenso matrimoniale (ovvero sui *capita nullitatis*) – che costituisce la seconda parte dello studio, quella sostanzialmente già pubblicata in passato – una analisi in "positivo" dell'amore coniugale, qual è da principio, secondo la volontà creatrice di Dio. Di qui l'invito accorato rivolto dall'Autore ai lettori di vincere la pigrizia: difatti, se è immaginabile vi possa essere la tentazio-

ne di concentrarsi sulle pagine in cui, in modo magistrale, Viladrich scandaglia i vari vizi che possono rendere nullo il consenso, poiché ai fini pratici è ciò che nell'immediato risulta essere il più utile, il Professore chiede di fare uno sforzo e di dedicare seriamente del tempo per considerare con attenzione anche la prima parte, poiché le fattispecie trattate in seguito possono essere rettammente intese ed applicate nella misura in cui vengano inquadrare e recepite entro un corretto quadro ermeneutico teorico, teologico ed antropologico di riferimento, che viene presentato, per l'appunto, nella sezione introduttiva del volume, consacrata difatti al consenso nella sua essenza positiva, ontologica.

L'impegno profuso dall'Autore nell'indagare scientificamente lungo il corso di questi anni tali aspetti è di speciale importanza perché permette alla scienza giuridico-canonica del matrimonio e della famiglia da una parte di presentarsi ancora come fonte preziosa entro cui presentare e comprendere tali istituti fondamentali, e dall'altra di dare una lettura della crisi attuale, proponendo la visione antropologica cristiana quale via per vincere e superare tale situazione problematica. Viene giustamente evidenziato dal prof. Franceschi nella prefazione che, in tal modo, l'Autore «riesce ad identificare chiaramente le radici più profonde della crisi che vive il matrimonio nelle nostre culture senza però cadere in lamentele o pessimismi su come stiano male le cose, ma facendo delle proposte convincenti e audaci su come riaprire un vero dialogo tra il sistema matrimoniale canonico – o, meglio, come piace a lui affermare, tra l'espressione canonica del matrimonio – e la cultura dei nostri giorni» (p. 18).

Possiamo, certamente, fare tesoro delle conclusioni a cui giunge Viladrich

riguardo all'attuale panorama critico, senz'altro connesso a due fenomeni storici che egli individua nello snaturamento sofferto dal matrimonio durante il processo di istituzionalizzazione dalla crisi della riforma protestante sino ai nostri giorni e dalla cd. privatizzazione del matrimonio, frutto delle correnti di pensiero favorevoli all'amore "libero" e alla liberalizzazione sessuale, presentatisi specialmente nei secc. XIX e XX, ma tuttora – direi – ben vive, se non addirittura ulteriormente degenerate.

Spiegare ciò che è il matrimonio (e la famiglia), mostrandone il significato e la portata, in ordine alla persona e alle sue varie dimensioni, è – secondo il luminoso pensiero di Viladrich – non solamente la base necessaria per intendere e rettamente trattare ciò che il matrimonio non è (ovvero i motivi per cui esso è nullo), ma è anzitutto la missione della Chiesa, anche e soprattutto nell'odierno contesto, la quale è chiamata ad essere sempre ed ancora garante e maestra di verità e della verità sull'uomo e sull'amore coniugale.

Questa, dunque, è la specificità del presente imponente e prezioso rinnovato studio del prof. Viladrich, che – come detto – si articola in due parti. Dopo la Presentazione a firma del prof. Hector Franceschi (pp. 17-21), la prima sezione del volume – *L'unione d'amore coniugale* (pp. 25-98) – si apre chiedendosi che cosa si intenda col termine "matrimonio", per poi analizzare i modelli antropologici sottostanti alle varie visioni connesse alle diverse concezioni, mostrando i limiti di un fondamento basato unicamente sull'utilità e sull'efficacia sociali (riduzione funzionalistica degli istituti del matrimonio e della famiglia) e, così, proponendo in positivo lo specifico proprio dell'espressione canonica del matrimonio, che si innesta nella natura e che

si traduce, poi, sacramentalmente e giuridicamente.

La seconda parte, come accennato, riprende lo studio già pubblicato dall'Autore nel 2001: *Il consenso matrimoniale. Tecniche di qualificazione e di esegesi delle cause canoniche di nullità* (cann. 1095-1107 CIC), introdotta da uno scritto dello stesso Viladrich (pp. 101-105), nel quale egli spiega come «l'istituto della nullità sia una manifestazione essenziale della coerenza di un sistema matrimoniale fondato sui principi del vincolo coniugale reale e del consenso fondazionale come volontà congiunta non meno reale. Prendendo spunto dall'impegno della Chiesa rispetto alla verità integra del matrimonio e ad una sua giusta espressione giuridica, che è il suo primo e fondamentale supporto, si giustifica allora la responsabilità "canonistica" sulla validità del matrimonio e, in un secondo momento, questa sua responsabilità storica» (p. 103), per cui, secondo il Professore, la canonistica deve trasferire alla cultura giuridica universale e al diritto matrimoniale e della famiglia i contenuti più recenti dei contributi magisteriali sulla tematica matrimoniale e familiare, quale responsabilità integrante del compito della canonistica nei confronti del mondo giuridico; ed è proprio ciò che Viladrich stesso ha fatto nel suo trattato offerto in questo volume come prima parte, ma anche nell'interpretare, nel corso della seconda sezione del tomo, la normativa vigente inerente i difetti del consenso matrimoniale.

Nel cap. I, allora, si studia la capacità alla donazione e all'accettazione coniugale nonché il suo difetto (can. 1095, pp. 107-215); seguendo l'ordine del Codice, nel cap. II si guarda al processo di scelta coniugale, ai suoi difetti e vizi (cann. 1096-1100, pp. 217-299); nel III, alla falsificazione del segno nuziale, ovvero alla

simulazione (can. 1101, pp. 301-397); nel iv alla incondizionalità del dono, dell'accettazione coniugale e la sua volontaria sospensione (can. 1102, pp. 399-435); nel v, poi, si studia il dono e l'accettazione coniugale senza la dovuta libertà (can. 1103, pp. 437-469); infine, nel vi, il segno nuziale quale manifestazione del consenso interno (cann. 1104-1107, pp. 471-492).

Queste pagine sono così preziose non solamente per il loro contenuto, frutto certamente di una ricerca scientifica approfondita, arricchita dalla significativa esperienza dell'Autore, fornendo in tal maniera altresì un contributo notevole alla dottrina e validissimi spunti per il canonista e l'operatore del tribunale, ma pure perché sono espressione esemplare del compito del giurista di indagare e di impegnarsi nel rendere il prezioso servizio di annunciare la bellezza e l'attualità della verità e del vangelo del matrimonio e della famiglia nell'odierno panorama.

Per questi motivi allora concludiamo formulando sincero e convinto l'auspicio che tale opera possa conoscere quanti più attenti lettori possibili che, vinta la tentazione di quella pigrizia di cui si è poc'anzi accennato riprendendo l'ammonimento dell'Autore stesso, possano anch'essi adoperarsi con convinzione a proseguire sulla via, certamente faticosa ma appassionante, di essere nel mondo contemporaneo annunciatori del matrimonio e della famiglia, dell'amore coniugale com'è "da principio", offrendo così la propria opera in favore del superamento di quella crisi in cui ci si trova.

GIOVANNI PARISE
 parisemarco1980@virgilio.it
 Membro ASCAI e GIDDC

JOHN WITTE JR., *Monogamia e poligamia nella tradizione giuridica occidentale*, Città del Vaticano, Urbaniana University Press, 2017, pp. 632.

L'OPERA costituisce l'edizione italiana, curata dal prof. Andrea Pin dell'Università di Padova, della monografia intitolata "*The Western Case for Monogamy Over Polygamy*", pubblicata nel 2015 dalla Casa editrice Cambridge University Press. L'Autore, storico del diritto di fama mondiale e Direttore del Centro di studi su *Law and Religion* presso la Emory University di Atlanta, ha sempre dedicato nella sua produzione scientifica particolare attenzione allo studio in prospettiva storica delle interazioni tra la religione (in particolare il Cristianesimo) e il diritto nel contesto culturale dell'Occidente. Witte si era già soffermato in altre occasioni ad indagare l'ambito del matrimonio e della famiglia, nel quale appare con maggiore chiarezza il profondo intreccio tra la dimensione sacra e la dimensione socio-giuridica che ha trovato nel corso dei secoli differenti modalità di regolamentazione a partire dal comune riferimento al diritto romano prima e al diritto canonico poi. La riflessione dell'Autore nel presente saggio si sofferma su un aspetto specifico del matrimonio – la monogamia e la poligamia – con l'intento di individuare le ragioni che hanno portato da sempre a preferire, nella tradizione giuridica occidentale, il modello matrimoniale monogamico a quello poligamico. L'indagine non ha la mera finalità di una ricostruzione storica fine a se stessa; l'Autore infatti avverte come nel prossimo futuro, nel contesto occidentale caratterizzato dal multiculturalismo come conseguen-

za dei flussi migratori, dal secolarismo e dall'enfasi posta sul diritto all'auto-determinazione, le questioni connesse alla poligamia costituiranno sempre più una sfida per il diritto di famiglia, tenuto anche conto che il dibattito sull'altro aspetto fondamentale del matrimonio, la sua eterosessualità, sembra ormai sostanzialmente conclusosi con il generalizzato riconoscimento giuridico delle unioni omosessuali, equiparate in tutto o in parte al matrimonio. Individuare le ragioni elaborate nel corso del tempo a favore della monogamia costituisce dunque un servizio importante che può aiutare a comprendere l'utilità e la validità di confermare la scelta di tale modello matrimoniale anche al giorno d'oggi.

L'opera si compone di dieci capitoli (più l'introduzione e le riflessioni conclusive), nei quali si analizza con completezza e rigore scientifico come la questione della poligamia sia stata trattata nella Bibbia ebraica e cristiana, nelle fonti ebraiche medievali, negli scritti patristici e della Scolastica, nel diritto greco, romano e germanico, nelle opere teologiche e giuridiche dei protestanti e dei riformatori cattolici, nel pensiero dei filosofi di età illuministica e infine nella tradizione anglo-americana di *common law*. Viene dunque ricostruito attraverso l'analisi di numerose fonti storiche il dibattito teorico e giuridico su poligamia e monogamia, individuando gli argomenti più persuasivi elaborati a favore di quest'ultima, ripresi e approfonditi nei passaggi storici successivi. Vengono inoltre presentati alcuni interessanti casi giurisprudenziali a partire dall'inizio dell'età moderna, in cui tali argomenti hanno trovato applicazione pratica.

L'ampia indagine condotta ha evidenziato come, a differenza di quanto acca-

duto per altre questioni (come ad esempio la condanna dell'omosessualità), le argomentazioni contrarie alla poligamia abbiano avuto un'origine anteriore al Cristianesimo ed esse parzialmente prescindano dalla tradizione cristiana, visto che la Bibbia non contiene esplicite proibizioni della pratica poligamica. Ben prima della Chiesa è stata l'autorità secolare, a partire dagli imperatori romani precristiani, a condannare la poligamia. Dunque, secondo l'Autore, si può considerare il Cristianesimo più il vettore che non il creatore dell'opposizione occidentale al matrimonio poligamico, fondata maggiormente su argomentazioni filosofiche e prudenziali che biblico-teologiche. D'altra parte nel periodo moderno il rifiuto della poligamia si è svincolata dalla tradizione cristiana; infatti alcune delle argomentazioni più serrate contro tale pratica sono state elaborate dai filosofi illuministi e dai giuristi del XVIII-XIX secolo che, prescindendo da ogni riferimento al Cristianesimo, consideravano la poligamia contraria alla ragione e iniqua.

Nelle "Riflessioni conclusive" Witte riassume il lungo itinerario storico percorso e le ragioni elaborate contro il modello matrimoniale poligamico. Esse hanno la loro radice nel diritto naturale e nella considerazione della intrinseca dignità di ogni persona; di fronte a questi valori si riconosce che la poligamia viola sul piano coniugale l'uguaglianza tra l'uomo e la donna e sul piano genitoriale il diritto dei figli ad essere pienamente supportati non solo dalla madre ma anche dal padre. Si aggiunge inoltre che nei contesti poligamici, come dimostrato da numerose ricerche empiriche, si verificano con una frequenza superiore alla media casi di abusi e di disagi ai danni dei soggetti

più vulnerabili. Tali ragioni valgono tutt'oggi e hanno una portata universale, sebbene l'Autore, ponendosi in dialogo con un ipotetico "scettico moderno", riconosca con realismo come esse, in quanto fondate sul diritto naturale, abbiano perso parte del loro valore, dal momento che il concetto stesso di diritto naturale è in sostanza negato perché ridotto ad una costruzione culturale, mentre assurge a valore assoluto l'auto-determinazione che sta gradualmente conducendo a riconoscere come legittime opzioni matrimoniali, tra adulti consenzienti e consapevoli, differenti dal modello tradizionale. Sta di fatto, conclude lo studioso, che in Occidente la popolazione, statistiche alla mano, è per ora in gran parte fa-

vorevole al matrimonio monogamico; dunque appare ancora lontano il giorno in cui la poligamia verrà accettata e regolamentata dallo stato.

Completa il volume una bibliografia molto ampia che si estende per più di trenta pagine, l'indice delle citazioni bibliche e un indice analitico molto dettagliato che comprende i concetti esposti, gli autori e i casi giurisprudenziali citati, utile per orientarsi all'interno di un'opera corposa e densa, caratteristiche che riflettono la complessità ma anche la grande importanza del tema trattato.

FRANCESCO CATOZZELLA
catozzella@pul.it
Docente presso la Pontificia
Università Lateranense

DOCUMENTI

ATTI DI PAPA FRANCESCO

COSTITUZIONE APOSTOLICA *EPISCOPALIS COMMUNIO* SUL SINODO DEI VESCOVI*

1. **L**A comunione episcopale (*Episcopalis communio*), con Pietro e sotto Pietro, si manifesta in modo peculiare nel Sinodo dei Vescovi, che, istituito da Paolo VI il 15 settembre 1965, costituisce una delle più preziose eredità del Concilio Vaticano II.¹ Da allora in poi il Sinodo, nuovo nella sua istituzione ma antichissimo nella sua ispirazione, presta un'efficace collaborazione al Romano Pontefice, secondo i modi da lui stesso stabiliti, nelle questioni di maggiore importanza, quelle cioè che richiedono speciale scienza e prudenza per il bene di tutta la Chiesa. In tal modo il Sinodo dei Vescovi, «rappresentando tutto l'Episcopato cattolico, manifesta che tutti i Vescovi sono partecipi in gerarchica comunione della sollecitudine della Chiesa universale».²

Nel corso di oltre cinquant'anni, le Assemblee del Sinodo si sono rivelate un valido strumento di conoscenza reciproca tra i Vescovi, preghiera comune, confronto leale, approfondimento della dottrina cristiana, riforma delle strutture ecclesiastiche, promozione dell'attività pastorale in tutto il mondo. In questo modo, tali Assemblee non si sono soltanto configurate come un luogo privilegiato di interpretazione e recezione del ricco magistero conciliare, ma hanno anche offerto un notevole impulso al successivo magistero pontificio.

Pure oggi, in un momento storico in cui la Chiesa si introduce in «una nuova tappa evangelizzatrice»,³ che le chiede di costituirsi «in tutte le regioni della terra in uno “stato permanente di missione”»,⁴ il Sinodo dei Vescovi è chiamato, come ogni altra istituzione ecclesiastica, a diventare sempre più «un canale adeguato per l'evangelizzazione del mondo attuale, più che

* Vedi nella sezione “Note e commenti” il commento di JUAN IGNACIO ARRIETA, *Sinodalità e Sinodo dei Vescovi*.

¹ Cfr. CONC. ECUM. VAT. II, Decr. *Christus Dominus* (28 ottobre 1965), 5.

² *Ibidem*; cfr. S. GIOVANNI PAOLO II, Esort. ap. postsin. *Pastores gregis* (16 ottobre 2003), 58.

³ Esort. ap. *Evangelii gaudium* (24 novembre 2013), 1.

⁴ *Ibidem*, 25.

per l'autopreservazione». ⁵ Soprattutto, come auspicava già il Concilio, è necessario che il Sinodo, nella consapevolezza che «il compito di annunciare dappertutto nel mondo il Vangelo riguarda primariamente il Corpo episcopale», si impegni a promuovere «con particolare sollecitudine l'attività missionaria, che è il dovere più alto e più sacro della Chiesa». ⁶

2. È provvidenziale che l'istituzione del Sinodo dei Vescovi sia avvenuta nel contesto dell'ultima assise ecumenica. Infatti il Concilio Vaticano II, «seguendo le orme del Concilio Vaticano I», ⁷ ha approfondito nel solco della genuina Tradizione ecclesiale la dottrina sull'Ordine episcopale, concentrandosi in particolar modo sulla sua sacramentalità e sulla sua natura collegiale. ⁸ È apparso così definitivamente chiaro che ciascun Vescovo possiede simultaneamente e inseparabilmente la responsabilità per la Chiesa particolare affidata alle sue cure pastorali e la sollecitudine per la Chiesa universale. ⁹

Questa sollecitudine, che esprime la dimensione sovradiocesana del *munus* episcopale, si esercita in modo solenne nella veneranda istituzione del Concilio ecumenico e si esprime pure nell'azione congiunta dei Vescovi sparsi su tutta la terra, azione che sia indetta o liberamente recepita dal Romano Pontefice. ¹⁰ Non si può poi dimenticare che compete a quest'ultimo, secondo i bisogni del Popolo di Dio, individuare e promuovere le forme attraverso le quali il Collegio episcopale possa esercitare la propria autorità sulla Chiesa universale. ¹¹

Nel corso del dibattito conciliare, di pari passo con la maturazione della dottrina sulla collegialità episcopale, è emersa pure a più riprese la richiesta di associare alcuni Vescovi al ministero universale del Romano Pontefice, nella forma di un organismo centrale permanente, esterno ai Dicasteri della Curia Romana, che fosse in grado di manifestare, anche al di fuori della forma solenne e straordinaria del Concilio ecumenico, la sollecitudine del Collegio episcopale per le necessità del Popolo di Dio e la comunione fra tutte le Chiese.

3. Accogliendo tali sollecitazioni, il 14 settembre 1965 Paolo VI preannunciò ai Padri conciliari, radunati per la sessione di apertura del quarto periodo del Concilio ecumenico, la decisione di istituire di propria iniziativa e con pro-

⁵ *Ibidem*, 27.

⁶ CONC. ECUM. VAT. II, Decr. *Ad gentes* (7 ottobre 1965), 29; cfr. IDEM, Cost. dogm. *Lumen gentium* (21 novembre 1964), 23.

⁷ *Ibidem*, 18.

⁸ Cfr. *ibidem*, 21-22; Decr. *Christus Dominus*, 4.

⁹ Cfr. *Lumen gentium*, 23; *Christus Dominus*, 3.

¹⁰ Cfr. *Lumen gentium*, 22; *Christus Dominus*, 4; *Codex Iuris Canonici* (25 gennaio 1983), can. 337, §§ 1-2; *Codex Canonum Ecclesiarum Orientalium* (18 ottobre 1990), can. 50, §§ 1-2.

¹¹ Cfr. *Codex Iuris Canonici*, can. 337, § 3; *Codex Canonum Ecclesiarum Orientalium*, can. 50, § 3.

pria potestà un organismo denominato Sinodo dei Vescovi, il quale, «composto di Presuli, nominati per la maggior parte dalle Conferenze Episcopali, con la Nostra approvazione, sarà convocato, secondo i bisogni della Chiesa, dal Romano Pontefice, per sua consultazione e collaborazione, quando, per il bene generale della Chiesa, ciò sembrerà a lui opportuno».

Nel Motu proprio *Apostolica sollicitudo*, promulgato l'indomani, lo stesso Pontefice istituiva il Sinodo dei Vescovi, affermando che esso, «per il quale Vescovi scelti nelle varie parti del mondo apportano al supremo Pastore della Chiesa un aiuto più efficace, viene costituito in maniera tale che sia: 1) una istituzione ecclesiastica centrale; 2) rappresentante di tutto l'Episcopato cattolico; 3) perpetua per sua natura; 4) quanto alla sua struttura, svolgente i suoi compiti in modo temporaneo e occasionale». ¹²

Il Sinodo dei Vescovi, che nel nome si collegava idealmente all'antica e ricchissima tradizione sinodale della Chiesa, tenuta in grande onore soprattutto nelle Chiese d'Oriente, avrebbe avuto normalmente funzione consultiva, offrendo al Romano Pontefice, sotto l'impulso dello Spirito Santo, informazioni e consigli circa le varie questioni ecclesiali. Al tempo stesso, il Sinodo avrebbe potuto godere anche di potestà deliberativa, qualora il Romano Pontefice avesse voluto conferirgliela. ¹³

4. Paolo VI, all'atto di istituire il Sinodo come «speciale consiglio permanente di sacri Pastori», si dichiarava consapevole che esso, «come ogni istituzione umana, col passare del tempo potrà essere maggiormente perfezionato». ¹⁴ A tale successivo sviluppo hanno concorso, da un lato, la progressiva recezione della feconda dottrina conciliare sulla collegialità episcopale e, dall'altro, l'esperienza delle numerose Assemblee sinodali celebrate nell'*Urbe* a partire dal 1967, anno nel quale veniva pubblicato anche un apposito *Ordo Synodi Episcoporum*.

Anche dopo la promulgazione del Codice di diritto canonico e del Codice dei Canoni delle Chiese orientali, che hanno integrato nel diritto universale il Sinodo dei Vescovi, ¹⁵ quest'ultimo ha continuato a evolversi gradualmente, fino all'ultima edizione dell'*Ordo Synodi*, promulgata da Benedetto XVI il 29 settembre 2006. In modo particolare, è stata istituita e via via rafforzata nelle proprie funzioni la Segreteria Generale del Sinodo dei Vescovi, composta dal Segretario Generale e da uno speciale Consiglio di Vescovi, affinché la costitutiva stabilità del Sinodo stesso fosse meglio assicurata nel tempo compreso tra le diverse Assemblee sinodali.

In questi anni, constatando l'efficacia dell'azione sinodale di fronte alle questioni che richiedono un intervento tempestivo e concorde dei Pastori

¹² N. 1.

¹³ Cfr. *ibidem*, II.

¹⁴ *Ibidem*, Proemio.

¹⁵ Cfr. *Codex Iuris Canonici*, cann. 342-348; *Codex Canonum Ecclesiarum Orientalium*, can. 46.

della Chiesa, è cresciuto il desiderio che il Sinodo diventi ancor più una peculiare manifestazione e un'efficace attuazione della sollecitudine dell'Episcopato per tutte le Chiese. Già Giovanni Paolo II ha affermato che «forse questo strumento potrà essere ancora migliorato. Forse la collegiale responsabilità pastorale può esprimersi nel Sinodo ancor più pienamente».¹⁶

5. Per tali ragioni, fin dall'inizio del mio ministero petrino ho rivolto una speciale attenzione al Sinodo dei Vescovi, fiducioso che esso potrà conoscere «ulteriori sviluppi per favorire ancora di più il dialogo e la collaborazione tra i Vescovi e tra essi e il Vescovo di Roma».¹⁷ Ad animare quest'opera di rinnovamento dev'essere la ferma convinzione che tutti i Pastori sono costituiti per il servizio al Popolo santo di Dio, al quale essi stessi appartengono in virtù del sacramento del Battesimo.

È certamente vero, come insegna il Concilio Vaticano II, che «i Vescovi quando insegnano in comunione con il Romano Pontefice devono essere da tutti ascoltati con venerazione quali testimoni della divina e cattolica verità; e i fedeli devono accordarsi con il giudizio del loro Vescovo dato a nome di Cristo in materia di fede e di morale, e aderirvi con il religioso ossequio dello spirito».¹⁸ Ma è altrettanto vero che «la vita della Chiesa e la vita nella Chiesa è per ogni Vescovo la condizione per l'esercizio della sua missione d'insegnare».¹⁹

Così il Vescovo è contemporaneamente maestro e discepolo. Egli è maestro quando, dotato di una speciale assistenza dello Spirito Santo, annuncia ai fedeli la Parola di verità in nome di Cristo capo e pastore. Ma egli è anche discepolo quando, sapendo che lo Spirito è elargito a ogni battezzato, si pone in ascolto della voce di Cristo che parla attraverso l'intero Popolo di Dio, rendendolo «infallibile in credendo».²⁰ Infatti, «la totalità dei fedeli, avendo l'unzione che viene dal Santo (cfr. 1 Gv 2,20 e 27), non può sbagliarsi nel credere, e manifesta questa sua proprietà mediante il senso soprannaturale della fede di tutto il Popolo, quando “dai Vescovi fino agli ultimi fedeli laici”, mostra l'universale suo consenso in cose di fede e di morale».²¹ Il Vescovo, per questo, è insieme chiamato a «camminare davanti, indicando il cammino, indicando la via; camminare in mezzo, per rafforzare [il Popolo di Dio] nell'unità; camminare dietro, sia perché nessuno rimanga indietro, ma, soprattutto, per seguire il fiuto che ha il Popolo di Dio per trovare nuove strade. Un Vescovo che vive in mezzo ai suoi fedeli ha le orecchie aperte

¹⁶ Omelia nella Messa a conclusione della VI Assemblea Generale Ordinaria del Sinodo dei Vescovi (29 ottobre 1983).

¹⁷ Discorso ai Membri del XIII Consiglio Ordinario della Segreteria Generale del Sinodo dei Vescovi (13 giugno 2013).

¹⁸ *Lumen gentium*, 25.

¹⁹ Esort. ap. postsin. *Pastores gregis*, 28.

²⁰ Esort. ap. *Evangelii gaudium*, 119.

²¹ *Lumen gentium*, 12.

per ascoltare “ciò che lo Spirito dice alle Chiese” (Ap 2, 7) e la “voce delle pecore”, anche attraverso quegli organismi diocesani che hanno il compito di consigliare il Vescovo, promuovendo un dialogo leale e costruttivo». ²²

6. Anche il Sinodo dei Vescovi deve sempre più diventare uno strumento privilegiato di ascolto del Popolo di Dio: «Dallo Spirito Santo per i Padri sinodali chiediamo, innanzitutto, il dono dell’ascolto: ascolto di Dio, fino a sentire con Lui il grido del Popolo; ascolto del Popolo, fino a respirarvi la volontà a cui Dio ci chiama». ²³

Benché nella sua composizione si configuri come un organismo essenzialmente episcopale, il Sinodo non vive pertanto separato dal resto dei fedeli. Esso, al contrario, è uno strumento adatto a dare voce all’intero Popolo di Dio proprio per mezzo dei Vescovi, costituiti da Dio «autentici custodi, interpreti e testimoni della fede di tutta la Chiesa», ²⁴ mostrandosi di Assemblea in Assemblea un’espressione eloquente della sinodalità come «dimensione costitutiva della Chiesa». ²⁵

Pertanto, come ha affermato Giovanni Paolo II, «ogni Assemblea Generale del Sinodo dei Vescovi è una forte esperienza ecclesiale, anche se nelle modalità delle sue procedure rimane sempre perfettibile. I Vescovi riuniti nel Sinodo rappresentano anzitutto le proprie Chiese, ma tengono presenti anche i contributi delle Conferenze Episcopali dalle quali sono designati e dei cui pareri circa le questioni da trattare si fanno portatori. Essi esprimono così il voto del Corpo gerarchico della Chiesa e, in qualche modo, quello del Popolo cristiano, del quale sono i Pastori». ²⁶

7. La storia della Chiesa testimonia ampiamente l’importanza del processo consultivo, per conoscere il parere dei Pastori e dei fedeli in ciò che riguarda il bene della Chiesa. È così di grande importanza che, anche nella preparazione delle Assemblee sinodali, riceva una speciale attenzione la consultazione di tutte le Chiese particolari. In questa prima fase i Vescovi, seguendo le indicazioni della Segreteria Generale del Sinodo, sottopongono le questioni da trattare nell’Assemblea sinodale ai Presbiteri, ai Diaconi e ai fedeli laici delle loro Chiese, sia singolarmente sia associati, senza trascurare il prezioso apporto che può venire dai Consacrati e dalle Consacrate. Soprattutto, può rivelarsi fondamentale il contributo degli organismi di partecipazione della Chiesa particolare, specialmente il Consiglio presbiterale e il Consiglio pa-

²² Discorso ai Partecipanti al Convegno per i nuovi Vescovi promosso dalla Congregazione per i Vescovi e dalla Congregazione per le Chiese Orientali (19 settembre 2013). Cfr. *Evangelii gaudium*, 31.

²³ Discorso nella Veglia di preghiera in preparazione al Sinodo sulla famiglia (4 ottobre 2014).

²⁴ Discorso nel 50° anniversario del Sinodo dei Vescovi (17 ottobre 2015).

²⁵ *Ibidem*.

²⁶ Esort. ap. postsin. *Pastores gregis*, 58.

storale, a partire dai quali veramente «può incominciare a prendere forma una Chiesa sinodale». ²⁷

Alla consultazione dei fedeli segue, durante la celebrazione di ogni Assemblea sinodale, il discernimento da parte dei Pastori appositamente designati, uniti nella ricerca di un consenso che scaturisce non da logiche umane, ma dalla comune obbedienza allo Spirito di Cristo. Attenti al *sensus fidei* del Popolo di Dio – «che devono saper attentamente distinguere dai flussi spesso mutevoli dell'opinione pubblica» ²⁸ –, i Membri dell'Assemblea offrono al Romano Pontefice il loro parere, affinché questo possa essergli di aiuto nel suo ministero di Pastore universale della Chiesa. In tale prospettiva, il fatto che «il Sinodo abbia normalmente una funzione solo consultiva non ne diminuisce l'importanza. Nella Chiesa, infatti, il fine di qualsiasi organo collegiale, consultivo o deliberativo che sia, è sempre la ricerca della verità o del bene della Chiesa. Quando poi si tratta della verifica della medesima fede, il *consensus Ecclesiae* non è dato dal computo dei voti, ma è frutto dell'azione dello Spirito, anima dell'unica Chiesa di Cristo». ²⁹ Pertanto il voto dei Padri sinodali, «se moralmente unanime, ha un peso qualitativo ecclesiale che supera l'aspetto semplicemente formale del voto consultivo». ³⁰

Da ultimo, alla celebrazione dell'Assemblea del Sinodo deve seguire la fase della sua attuazione, con lo scopo di avviare in tutte le Chiese particolari la recezione delle conclusioni sinodali, accolte dal Romano Pontefice nella modalità che egli avrà giudicato più conveniente. Occorre a questo riguardo tenere bene a mente che «le culture sono molto diverse tra loro e ogni principio generale [...] ha bisogno di essere inculturato, se vuole essere osservato e applicato». ³¹ In tal modo, si mostra che il processo sinodale ha non solo il suo punto di partenza, ma anche il suo punto di arrivo nel Popolo di Dio, sul quale devono riversarsi i doni di grazia elargiti dallo Spirito Santo per mezzo del raduno assembleare dei Pastori.

8. Il Sinodo dei Vescovi, che del Concilio ecumenico ritrae «in qualche maniera l'immagine» e riflette «lo spirito ed il metodo», ³² è composto da Vescovi. Tuttavia, come già al Concilio, ³³ all'Assemblea del Sinodo possono

²⁷ Discorso nel 50° anniversario del Sinodo dei Vescovi. Cfr. *Evangelii gaudium*, 31.

²⁸ Discorso nel 50° anniversario del Sinodo dei Vescovi.

²⁹ Esort. ap. postsin. *Pastores gregis*, 58.

³⁰ S. GIOVANNI PAOLO II, Discorso al Consiglio della Segreteria Generale del Sinodo dei Vescovi (30 aprile 1983).

³¹ Discorso conclusivo della XIV Assemblea Generale Ordinaria del Sinodo dei Vescovi (24 ottobre 2015).

³² B. PAOLO VI, Discorso per l'inizio dei lavori della I Assemblea Generale Ordinaria del Sinodo dei Vescovi (30 settembre 1967).

³³ Cfr. *Codex Iuris Canonici*, can. 339, § 2; *Codex Canonum Ecclesiarum Orientalium*, can. 52, § 2.

essere chiamati pure alcuni altri che non siano insigniti del *munus* episcopale, il cui ruolo viene determinato di volta in volta dal Romano Pontefice. A quest'ultimo proposito, occorre considerare in special modo il contributo che può venire da quanti appartengono agli Istituti di vita consacrata e alle Società di vita apostolica.

Oltre ai Membri, all'Assemblea del Sinodo possono partecipare, in qualità di invitati e senza diritto di voto, Esperti (*Periti*), che cooperano alla redazione dei documenti; Uditori (*Auditores*), che possiedono una particolare competenza sulle questioni da trattare; Delegati Fraternali (*Delegati Fraternali*), appartenenti a Chiese e Comunità ecclesiali che ancora non sono in piena comunione con la Chiesa cattolica. A costoro si possono aggiungere alcuni Invitati Speciali (*Invitati Speciales*), designati in virtù della loro riconosciuta autorevolezza.

Il Sinodo dei Vescovi si riunisce in diversi tipi di Assemblea.³⁴ Qualora le circostanze lo suggeriscano, la stessa Assemblea del Sinodo può svolgersi in più periodi tra loro distinti. Ciascuna Assemblea, indipendentemente dalle sue modalità di svolgimento, è un momento importante di ascolto comunitario di ciò che lo Spirito Santo «dice alle Chiese» (Ap 2, 7). È perciò necessario che, nel corso dei lavori sinodali, ricevano particolare risalto le celebrazioni liturgiche e le altre forme di preghiera corale, per invocare sui Membri dell'Assemblea il dono del discernimento e della concordia. È altresì opportuno che, secondo l'antica tradizione sinodale, il libro dei Vangeli sia solennemente intronizzato all'inizio di ogni giornata, rammentando anche simbolicamente a tutti i partecipanti la necessità di rendersi docili alla Parola divina, che è «Parola di verità» (Col 1, 5).

9. La Segreteria Generale del Sinodo dei Vescovi – composta dal Segretario Generale, che la presiede, dal Sottosegretario, che coadiuva il Segretario generale in tutte le sue funzioni, e da alcuni speciali Consigli di Vescovi – si occupa precipuamente degli adempimenti relativi all'Assemblea sinodale celebrata e a quella da celebrare. Nella fase che precede l'Assemblea essa concorre all'individuazione dei temi da discutere nell'Assemblea del Sinodo tra quelli proposti dall'Episcopato, alla loro esatta determinazione in relazione ai bisogni del Popolo di Dio, all'avvio del processo consultivo e alla stesura dei documenti preparatori redatti sulla base dei risultati della consultazione. Nella fase che segue l'Assemblea, invece, essa promuove per la propria parte, insieme al Dicastero della Curia Romana competente, l'attuazione degli orientamenti sinodali approvati dal Romano Pontefice.

Tra i Consigli che costituiscono la Segreteria Generale, conferendole una struttura peculiare propria, va annoverato anzitutto il Consiglio Ordinario,

³⁴ Cfr. *Codex Iuris Canonici*, can. 346.

composto per la maggior parte da Vescovi diocesani eletti dai Padri dell'Assemblea Generale Ordinaria. Da quando è stato istituito nel 1971 per la preparazione e l'attuazione dell'Assemblea Generale Ordinaria, esso ha ampiamente dimostrato la propria utilità, rispondendo in certo modo al desiderio di quei Padri conciliari che domandavano la cooptazione di taluni Vescovi, impegnati nel ministero pastorale nelle diverse regioni della terra, quali cooperatori stabili del Romano Pontefice nel suo ministero di Pastore universale. Oltre al Consiglio Ordinario, possono essere costituiti in seno alla Segreteria Generale anche altri Consigli per la preparazione e l'attuazione delle Assemblee sinodali diverse dall'Assemblea Generale Ordinaria.

Al contempo, la Segreteria Generale è a disposizione del Romano Pontefice in tutte le questioni che egli vorrà sottoporle, per potersi giovare del sicuro consiglio di Vescovi quotidianamente a contatto con il Popolo di Dio anche al di fuori delle convocazioni sinodali.

10. Anche grazie al Sinodo dei Vescovi apparirà via via più chiaro che, nella Chiesa di Cristo, vige una profonda comunione sia tra i Pastori e i fedeli, essendo ogni ministro ordinato un battezzato tra i battezzati, costituito da Dio per pascere il suo Gregge, sia tra i Vescovi e il Romano Pontefice, essendo il Papa un «Vescovo tra i Vescovi, chiamato al contempo – come Successore dell'Apostolo Pietro – a guidare la Chiesa di Roma che presiede nell'amore tutte le Chiese». ³⁵ Ciò impedisce che ciascun soggetto possa sussistere senza l'altro.

In particolare, il Collegio episcopale non sussiste mai senza il suo Capo;³⁶ ma anche il Vescovo di Roma, che possiede «nella Chiesa una potestà piena, suprema e universale, che può sempre esercitare liberamente», ³⁷ «è sempre congiunto nella comunione con gli altri Vescovi e con tutta la Chiesa». ³⁸ A tale riguardo, «non v'è dubbio che il Vescovo di Roma abbia bisogno della presenza dei suoi Confratelli Vescovi, del loro consiglio e della loro prudenza ed esperienza. Il Successore di Pietro deve sì proclamare a tutti chi è “il Cristo, il Figlio del Dio vivente” ma, in pari tempo, deve prestare attenzione a ciò che lo Spirito Santo suscita sulle labbra di quanti, accogliendo la parola di Gesù che dichiara: “Tu sei Pietro...” (cfr. Mt 16, 16-18), partecipano a pieno titolo al Collegio apostolico». ³⁹

Confido altresì che, proprio incoraggiando una «conversione del papato [...] che lo renda più fedele al significato che Gesù Cristo intese dargli e alle

³⁵ Discorso nel 50° anniversario del Sinodo dei Vescovi.

³⁶ Cfr. *Lumen gentium*, 22.

³⁷ *Ibidem*.

³⁸ *Codex Iuris Canonici*, can. 333, § 2; cfr. *Codex Canonum Ecclesiarum Orientalium*, can. 45, § 2; *Pastores gregis*, 58.

³⁹ Lettera al Segretario Generale del Sinodo dei Vescovi in occasione della elevazione alla dignità episcopale del Sotto-Segretario (1 aprile 2014).

necessità attuali dell'evangelizzazione»,⁴⁰ l'attività del Sinodo dei Vescovi potrà a suo modo contribuire al ristabilimento dell'unità fra tutti i cristiani, secondo la volontà del Signore (cfr. Gv 17, 21). Così facendo esso aiuterà la Chiesa cattolica, secondo l'auspicio formulato anni or sono da Giovanni Paolo II, a «trovare una forma di esercizio del primato che, pur non rinunciando in nessun modo all'essenziale della sua missione, si apra ad una situazione nuova».⁴¹

A tenore del canone 342 del CIC e tenendo conto di quanto fin qui considerato, dispongo e stabilisco ciò che segue.

I. Assemblee del Sinodo

Art. 1

Presidenza e tipologia delle Assemblee del Sinodo

§ 1. Il Sinodo dei Vescovi è direttamente sottoposto al Romano Pontefice, che ne è il presidente.

§ 2. Esso si riunisce:

1° in Assemblea Generale Ordinaria, se vengono trattate materie che riguardano il bene della Chiesa universale;

2° in Assemblea Generale Straordinaria, se le materie da trattare, che riguardano il bene della Chiesa universale, esigono una urgente considerazione;

3° in Assemblea Speciale, se vengono trattate materie che riguardano maggiormente una o più aree geografiche determinate.

§ 3. Se lo ritiene opportuno, particolarmente per ragioni di natura ecumenica, il Romano Pontefice può convocare un'Assemblea sinodale secondo altre modalità da lui stesso stabilite.

Art. 2

Membri e altri partecipanti alle Assemblee del Sinodo

§ 1. I Membri delle Assemblee del Sinodo sono quelli previsti dal can. 346 del CIC.

§ 2. Secondo il tema e le circostanze, possono essere chiamati all'Assemblea del Sinodo anche alcuni altri, che non siano insigniti del munus episcopale, il ruolo dei quali viene determinato di volta in volta dal Romano Pontefice.

§ 3. La designazione dei Membri e degli altri partecipanti a ciascuna Assemblea avviene a norma del diritto peculiare.

⁴⁰ *Evangelii gaudium*, 32.

⁴¹ Enc. *Ut unum sint* (25 maggio 1995), 95.

Art. 3

Periodi dell'Assemblea del Sinodo

§ 1. Secondo il tema e le circostanze, l'Assemblea del Sinodo può essere celebrata in più periodi tra loro distinti a discrezione del Romano Pontefice.

§ 2. Nel tempo che intercorre tra i diversi periodi, la Segreteria Generale del Sinodo dei Vescovi, insieme al Relatore Generale e al Segretario Speciale dell'Assemblea, ha il compito di promuovere lo sviluppo della riflessione sul tema o su alcuni aspetti di particolare rilievo emersi dai lavori assembleari.

§ 3. I Membri e gli altri partecipanti restano in carica ininterrottamente fino allo scioglimento dell'Assemblea del Sinodo.

Art. 4

Fasi dell'Assemblea del Sinodo

Ogni Assemblea del Sinodo si sviluppa secondo fasi successive: la fase preparatoria, la fase celebrativa e la fase attuativa.

II. Fase preparatoria dell'Assemblea del Sinodo

Art. 5

Avvio e scopo della fase preparatoria

§ 1. La fase preparatoria ha inizio allorché il Romano Pontefice indice l'Assemblea del Sinodo, assegnandole uno o più temi.

§ 2. Coordinata dalla Segreteria Generale del Sinodo, la fase preparatoria ha come scopo la consultazione del Popolo di Dio sul tema dell'Assemblea del Sinodo.

Art. 6

Consultazione del Popolo di Dio

§ 1. La consultazione del Popolo di Dio si svolge nelle Chiese particolari, per mezzo dei Sinodi dei Vescovi delle Chiese patriarcali e arcivescovili maggiori, dei Consigli dei Gerarchi e delle Assemblee dei Gerarchi delle Chiese sui iuris e delle Conferenze Episcopali.

In ciascuna Chiesa particolare i Vescovi svolgono la consultazione del Popolo di Dio avvalendosi degli Organismi di partecipazione previsti dal diritto, senza escludere ogni altra modalità che essi giudichino opportuna.

§ 2. Le Unioni, le Federazioni e le Conferenze maschili e femminili degli Istituti di Vita Consacrata e della Società di Vita Apostolica consultano i Superiori Maggiori, che a loro volta possono interpellare i propri Consigli e anche altri Membri dei suddetti Istituti e Società.

§ 3. Allo stesso modo anche le Associazioni di fedeli riconosciute dalla Santa Sede consultano i loro Membri.

§ 4. I Dicasteri della Curia Romana offrono il loro contributo tenendo conto delle rispettive competenze specifiche.

§ 5. La Segreteria Generale del Sinodo può individuare pure altre forme di consultazione del Popolo di Dio.

Art. 7

Trasmissione dei contributi preparatori alla Segreteria Generale del Sinodo

§ 1. Ciascuna Chiesa particolare invia il proprio contributo al Sinodo dei Vescovi delle Chiese patriarcali e arcivescovili maggiori, oppure al Consiglio dei Gerarchi o all'Assemblea dei Gerarchi delle Chiese sui iuris, oppure alla Conferenza Episcopale del proprio territorio.

Suddetti organismi, a loro volta, trasmettono una sintesi dei testi loro pervenuti alla Segreteria Generale del Sinodo.

Allo stesso modo fanno l'Unione dei Superiori Generali e l'Unione Internazionale delle Superiori Generali con i contributi elaborati dagli Istituti di Vita Consacrata e dalle Società di Vita Apostolica.

I Dicasteri della Curia Romana trasmettono direttamente i loro contributi alla Segreteria Generale del Sinodo dei Vescovi.

§ 2. Rimane integro il diritto dei fedeli, singolarmente o associati, di inviare direttamente i loro contributi alla Segreteria Generale del Sinodo.

Art. 8

Convocazione di una Riunione presinodale

§ 1. Secondo il tema e le circostanze, la Segreteria Generale del Sinodo può promuovere la convocazione di una Riunione presinodale con la partecipazione di alcuni fedeli da essa designati, perché anch'essi, nella diversità delle loro condizioni, offrano all'Assemblea del Sinodo il loro contributo.

Anche alcuni altri possono essere invitati.

§ 2. Tale Riunione può pure tenersi a livello regionale, coinvolgendo all'occorrenza i Sinodi dei Vescovi delle Chiese patriarcali e arcivescovili maggiori, i Consigli dei Gerarchi e delle Assemblee dei Gerarchi delle Chiese sui iuris e le Conferenze Episcopali del territorio interessato, nonché le relative Riunioni Internazionali di Conferenze Episcopali, al fine di tener conto delle peculiarità storiche, culturali ed ecclesiali delle diverse aree geografiche.

Art. 9

Coinvolgimento degli Istituti di Studi Superiori

Gli Istituti di Studi Superiori, soprattutto quelli che possiedono una speciale competenza sul tema dell'Assemblea del Sinodo o su questioni specifiche con

esso attinenti, possono offrire studi, o di propria iniziativa o su richiesta dei Sinodi dei Vescovi delle Chiese patriarcali e arcivescovili maggiori, dei Consigli dei Gerarchi e delle Assemblee dei Gerarchi delle Chiese sui iuris e delle Conferenze Episcopali, o su richiesta della Segreteria Generale del Sinodo.

Tali studi possono sempre essere trasmessi alla Segreteria Generale del Sinodo.

Art. 10

Costituzione di una Commissione preparatoria

§ 1. Per l'approfondimento del tema e la redazione di eventuali Documenti previ all'Assemblea del Sinodo, la Segreteria Generale del Sinodo dei Vescovi può avvalersi di una Commissione preparatoria, formata da esperti.

§ 2. Tale Commissione è nominata dal Segretario Generale del Sinodo, che la presiede.

III. Fase celebrativa dell'Assemblea del Sinodo

Art. 11

Presidente Delegato, Relatore Generale e Segretario Speciale

Prima che inizi l'Assemblea del Sinodo il Romano Pontefice nomina:

1° uno o più Presidenti Delegati, che presiedono l'Assemblea in suo nome e per sua autorità;

2° un Relatore Generale, che coordina la discussione sul tema dell'Assemblea del Sinodo e l'elaborazione di eventuali documenti da sottoporre alla medesima Assemblea;

3° uno o più Segretari Speciali, che assistono il Relatore Generale in tutte le sue funzioni.

Art. 12

Esperti, Uditori, Delegati Fraternali e Invitati speciali

§ 1. All'Assemblea del Sinodo possono essere invitati, senza diritto di voto:

1° Esperti, che cooperano con il Segretario Speciale in ragione della loro competenza sul tema dell'Assemblea del Sinodo, ai quali si possono aggiungere alcuni Consultori della Segreteria Generale;

2° Uditori, che contribuiscono ai lavori assembleari in virtù della loro esperienza e conoscenza.

3° Delegati Fraternali, che rappresentano le Chiese e le Comunità ecclesiali non ancora in piena comunione con la Chiesa cattolica.

§ 2. In determinate circostanze possono essere designati, senza diritto di voto, alcuni Invitati Speciali, cui si riconosce una particolare autorevolezza in riferimento al tema dell'Assemblea del Sinodo.

Art. 13

Inizio e conclusione dell'Assemblea del Sinodo

L'Assemblea del Sinodo inizia e si conclude con la celebrazione dell'Eucarestia presieduta dal Romano Pontefice, cui i Membri e gli altri partecipanti all'Assemblea prendono parte nella diversità delle loro condizioni.

Art. 14

Congregazioni Generali e Sessioni dei Circoli minori

L'Assemblea del Sinodo si raduna in sedute plenarie, dette Congregazioni Generali, alle quali partecipano i Membri, gli Esperti, gli Uditori, i Delegati Fraternali e gli Invitati Speciali, oppure in Sessioni dei Circoli minori, in cui i partecipanti all'Assemblea si suddividono a norma del diritto peculiare.

Art. 15

Discussione del tema dell'Assemblea del Sinodo

§ 1. Nelle Congregazioni Generali i Membri tengono i loro interventi a norma del diritto peculiare.

§ 2. Periodicamente ha pure luogo un libero scambio di opinioni tra i Membri sugli argomenti in corso di trattazione.

§ 3. Anche gli Uditori, i Delegati Fraternali e gli Invitati Speciali possono essere invitati a prendere la parola sul tema dell'Assemblea del Sinodo.

Art. 16

Costituzione di Commissioni di studio

Secondo il tema e le circostanze, a norma del diritto peculiare possono essere costituite alcune Commissioni di studio, formate da Membri e altri partecipanti all'Assemblea del Sinodo.

Art. 17

Elaborazione e approvazione del Documento finale

§ 1. Le conclusioni dell'Assemblea sono raccolte in un Documento finale.

§ 2. Per la redazione del Documento finale, viene costituita un'apposita Commissione, composta dal Relatore Generale, che la presiede, dal Segretario Generale, dal Segretario Speciale e da alcuni Membri eletti dall'Assemblea del Sinodo tenendo conto delle diverse regioni, cui se ne aggiungono altri nominati dal Romano Pontefice.

§ 3. Il Documento finale viene sottoposto all'approvazione dei Membri a norma del diritto peculiare, ricercando nella misura del possibile l'unanimità morale.

Art. 18

Consegna del Documento finale al Romano Pontefice

§ 1. Ricevuta l'approvazione dei Membri, il Documento finale dell'Assemblea è offerto al Romano Pontefice, che decide della sua pubblicazione.

Se approvato espressamente dal Romano Pontefice, il Documento finale partecipa del Magistero ordinario del Successore di Pietro.

§ 2. Qualora poi il Romano Pontefice abbia concesso all'Assemblea del Sinodo potestà deliberativa, a norma del can. 343 del Codice di diritto canonico, il Documento finale partecipa del Magistero ordinario del Successore di Pietro una volta da lui ratificato e promulgato.

In questo caso il Documento finale viene pubblicato con la firma del Romano Pontefice insieme a quella dei Membri.

iv. Fase attuativa dell'Assemblea del Sinodo

Art. 19

Accoglienza e attuazione delle conclusioni dell'Assemblea

§ 1. I Vescovi diocesani o eparchiali curano l'accoglienza e l'attuazione delle conclusioni dell'Assemblea del Sinodo, recepite dal Romano Pontefice, con l'aiuto degli organismi di partecipazione previsti dal diritto.

§ 2. I Sinodi dei Vescovi delle Chiese patriarcali e arcivescovili maggiori, i Consigli dei Gerarchi e delle Assemblee dei Gerarchi delle Chiese sui iuris e le Conferenze Episcopali coordinano l'attuazione delle suddette conclusioni nel loro territorio e a tal fine possono predisporre iniziative comuni.

Art. 20

Compiti della Segreteria Generale del Sinodo

§ 1. Insieme al Dicastero della Curia Romana competente, nonché, secondo il tema e le circostanze, agli altri Dicasteri in vario modo interessati, la Segreteria Generale del Sinodo promuove per la propria parte l'attuazione degli orientamenti sinodali approvati dal Romano Pontefice.

§ 2. La Segreteria Generale può predisporre studi e altre iniziative idonee allo scopo.

§ 3. In particolari circostanze la Segreteria Generale, con il mandato del Romano Pontefice, può emanare documenti applicativi, sentito il Dicastero competente.

Art. 21

Costituzione di una Commissione per l'attuazione

§ 1. Secondo il tema e le circostanze, la Segreteria Generale del Sinodo può avvalersi di una Commissione per l'attuazione, formata da esperti.

§ 2. Il Segretario Generale del Sinodo ne nomina i Membri, sentito il Capo del Dicastero della Curia Romana competente, e la presiede.

§ 3. La Commissione coadiuva con appositi studi la Segreteria Generale nel compito di cui all'art. 20 § 1.

v. Segreteria generale del Sinodo dei Vescovi

Art. 22

Costituzione della Segreteria Generale

§ 1. La Segreteria Generale è un'istituzione permanente al servizio del Sinodo dei Vescovi, direttamente sottoposta al Romano Pontefice.

§ 2. Essa è composta dal Segretario Generale, dal Sottosegretario, che coadiuva il Segretario Generale in tutte le sue funzioni, e dal Consiglio Ordinario, nonché, se sono stati costituiti, dai Consigli di cui all'art. 25.

§ 3. Il Segretario Generale e il Sottosegretario sono nominati dal Romano Pontefice e sono Membri dell'Assemblea del Sinodo.

§ 4. Per le sue attività la Segreteria Generale si avvale di un congruo numero di ufficiali e di consultori.

Art. 23

Compiti della Segreteria Generale del Sinodo dei Vescovi

§ 1. La Segreteria Generale è competente nella preparazione e nell'attuazione delle Assemblee del Sinodo, nonché nelle altre questioni che il Romano Pontefice vorrà sottoporle per il bene della Chiesa universale.

§ 2. A tal fine, essa coopera con i Sinodi dei Vescovi delle Chiese patriarcali e arcivescovili maggiori, i Consigli dei Gerarchi e delle Assemblee dei Gerarchi delle Chiese sui iuris e le Conferenze Episcopali, nonché con i Dicasteri della Curia Romana.

Art. 24

Il Consiglio Ordinario della Segreteria Generale

§ 1. Il Consiglio Ordinario della Segreteria Generale è competente per la preparazione e l'attuazione dell'Assemblea Generale Ordinaria.

§ 2. Esso è composto in maggioranza da Vescovi diocesani, eletti dall'Assemblea Generale Ordinaria in rappresentanza delle diverse aree geografiche a norma del diritto peculiare, di cui uno tra i Capi o i Vescovi eparchiali delle Chiese Orientali Cattoliche; nonché dal Capo del Dicastero della Curia Romana competente per il tema del Sinodo stabilito dal Romano Pontefice e da alcuni Vescovi nominati dal Romano Pontefice.

§ 3. I Membri del Consiglio Ordinario entrano in carica al termine dell'Assemblea Generale Ordinaria che li ha eletti, sono Membri della successiva

Assemblea Generale Ordinaria e cessano dal loro mandato allo scioglimento di quest'ultima.

Art. 25

Gli altri Consigli della Segreteria Generale

§ 1. I Consigli della Segreteria Generale per la preparazione dell'Assemblea Generale Straordinaria e dell'Assemblea Speciale sono composti da Membri nominati dal Romano Pontefice.

§ 2. I Membri di tali Consigli partecipano all'Assemblea del Sinodo secondo il diritto peculiare e cessano dal loro mandato allo scioglimento di quest'ultima.

§ 3. I Consigli della Segreteria Generale per l'attuazione dell'Assemblea Generale Straordinaria e dell'Assemblea Speciale sono composti in maggioranza da Membri eletti dall'Assemblea del Sinodo a norma del diritto peculiare, cui si aggiungono altri Membri nominati dal Romano Pontefice.

§ 4. Tali Consigli restano in carica cinque anni dallo scioglimento dell'Assemblea del Sinodo, salvo che il Romano Pontefice non stabilisca diversamente.

Disposizioni finali

Art. 26

La Segreteria Generale del Sinodo dei Vescovi emanerà, secondo lo spirito e le norme della presente Costituzione apostolica, un'Istruzione sulla celebrazione delle Assemblee sinodali e sull'attività della Segreteria Generale del Sinodo dei Vescovi e, in occasione di ogni Assemblea del Sinodo, un Regolamento sullo svolgimento della medesima.

Art. 27

A tenore del can. 20 del CIC e del can. 1502 § 2 del CCEO, con la promulgazione e la pubblicazione della presente Costituzione apostolica rimangono abrogate tutte le disposizioni contrarie, in particolare:

1. i canoni del CIC e del CCEO che, in tutto o in parte, risultino direttamente contrari a qualsiasi articolo della presente Costituzione apostolica;
2. gli articoli del Motu proprio Apostolica sollicitudo di Paolo VI, 15 settembre 1965;
3. l'*Ordo Synodi Episcoporum*, 29 settembre 2006, compreso l'*Adnexum de modo procedendi in Circulis minoribus*.

Stabilisco che quanto deliberato in questa Costituzione apostolica abbia piena efficacia a partire dal giorno della sua pubblicazione su *L'Osservatore Ro-*

mano, nonostante qualsiasi cosa in contrario, anche se meritevole di speciale menzione, e che venga pubblicato nel Commentario ufficiale *Acta Apostolicae Sedis*.

Esorto tutti ad accogliere con animo sincero e pronta disponibilità le disposizioni di questa Costituzione apostolica, con l'aiuto della Vergine Maria, Regina degli Apostoli e Madre della Chiesa.

Dato a Roma, presso San Pietro, il 15 settembre 2018, sesto anno del Pontificato.

FRANCESCO