

## L'ATTO GIURIDICO FORMALE: ASPETTI CANONICI (cann. 1086, § 1; 1117 e 1124 del CIC)

### 1. INTRODUZIONE

La dolorosa realtà dell'abbandono della Chiesa cattolica è piuttosto complessa e ammette molti gradi e modi: dall'apostasia come ripudio totale della fede cristiana (can. 751), fino alla separazione che suppone sempre la mancanza, totale o parziale, della pratica religiosa cattolica o la perdita, che può essere più o meno ampia, della piena comunione con la Chiesa cattolica cui si riferisce il can. 205<sup>1</sup>.

Distinti i confini tra la libertà di coscienza di fronte a qualsiasi potere di questo mondo e la responsabilità intima di dover rendere conto a Dio che è l'unico che giudica in questo foro, l'ordinamento giuridico della Chiesa rispetta e tiene presente questa decisione di abbandono, precisamente per riguardo alla libertà e per coerenza di fede. Per esprimere questa realtà, che abbiamo già detto estremamente complessa, il Codice utilizza due formulazioni:

- a) «abbandono notorio della fede cattolica» (cfr. can. 1071, § 1, 4.<sup>o</sup>), e
- b) «separazione dalla Chiesa con atto formale».

Quest'ultima locuzione «actus formalis defectionis ab Ecclesia» appare in tre canoni:

1. nel can. 1086, § 1, quando si tratta dell'impedimento di disparità di culto e si stabilisce, come eccezione, che esso non riguarda quei battezzati nella Chiesa cattolica o in essa accolti che l'abbiano abbandonata «con un atto formale», quando contraggono matrimonio con un non battezzato;
2. nel can. 1117, che esime dall'obbligo della forma canonica i battezzati nella Chiesa cattolica o in essa accolti che si sono «separati dalla medesima con atto formale»;
3. nel can. 1124, che colloca fuori dal concetto e ambito dei matrimoni misti quei battezzati nella Chiesa cattolica (o in essa accolti), che si sono separati da essa «con atto formale», quando contraggono matrimonio con un'altra parte validamente battezzata che sia iscritta a una Chiesa o comunità ecclesiale non in piena comunione con la Chiesa cattolica.

1 Cf. J. M. Díaz Moreno, 'La plena comunión con la Iglesia. Reflexiones sobre su vertiente jurídica', in: *Communio* 10 (1988) 58-68; Id., 'El abandono de la Iglesia católica y su incidencia en el Derecho matrimonial canónico', in: *Magister Canonistarum. Estudios con motivo de la concesión al Prof. Dr. D. Urbano Navarrete, SJ, del Doctorado honoris causa* (Salamanca 1994), 142.

In questo nostro studio, prescindendo dai gravi problemi pastoral-giuridici (sociali) che questa normativa pone<sup>2</sup>, cercheremo di delimitare il concetto di «actus formalis defectionis ab Ecclesia catholica» da un punto di vista prettamente dottrinal-giuridico (tecnico); all'uopo seguiremo l'*iter* di questa locuzione durante i lavori di codificazione per vedere come si è giunti alla formulazione dei canoni oggetto della nostra indagine; forniremo sinteticamente le varie posizioni dottrinali circa il significato di «atto formale di separazione»; faremo una breve analisi dei concetti e dei termini per fornire, infine, delle personali osservazioni conclusive sull'argomento che possono valere, salvo migliore giudizio, come modesto contributo scientifico per la determinazione giuridica del controverso «actus formalis defectionis ab Ecclesia catholica».

## 2. DELIMITAZIONE DEL CONCETTO DI «ATTO FORMALE DI SEPARAZIONE DALLA CHIESA CATTOLICA»

### 2.1. *Iter della locuzione «actus formalis defectionis ab Ecclesia catholica» fino al CIC del 1983*

Sin dalle prime riunioni del Gruppo di Studio sui canoni «De Matrimonio» in vista del nuovo Codice, i Consultori cominciarono a discutere sui soggetti tenuti alla forma canonica della celebrazione. Nella sessione del 9 febbraio 1971 i Consultori accettarono, dopo un breve scambio d'idee, la seguente formula proposta dal Relatore del gruppo, P. Huizing:

«Baptizati qui Ecclesiae catholicae (sive a recepto baptismate sive postea) adscripti sunt vel fuerunt, si inter se matrimonium contrahunt (aut ineunt); nisi ab adepto rationis usu (aut: ab anno decimo quarto impleto; aut: ab infantia) extra eam educati fuerint; vel post adeptum rationis usum (aut: post annum decimum quartum impletum) ab ea *formali actu* (aut: declaratione proprio parochi in scriptis data) defecerint, nec ad eam reversi fuerint ...»<sup>3</sup>.

Prontamente il dibattito rivelò la difficoltà di stabilire quando si dava il caso di una educazione *extra Ecclesiam*, poiché essendo troppo ampio e, di conseguenza, vago il concetto di educazione risultava non agevole, nel caso concreto, attribuirgli effetti giuridici. Ciò atteso, l'inciso «extra eam educati» fu escluso dal testo e cominciò a farsi strada l'esigenza, al fine di valutare quest'abbandono, di un *atto formale*, di una *pubblicità* o

2 La problematica è stata affrontata, com'era ovvio aspettarsi, soprattutto in riferimento al matrimonio canonico —per una recente sintesi sull'argomento, cf. J. Fornés, 'La forma en el matrimonio de un católico con un no católico', in: *Ius Canonicum* 37 (1997) 24-29— nondimeno, essa ha una qualche attinenza ed implicanza anche con altri settori o aspetti della vita ecclesiale, di notevole rilevanza giuridica, cf. al riguardo A. Stenson, 'The concept and implications of the formal act of defection of canon 1117', in: *Studia Canonica* 21 (1987) 191-193.

3 *Communicationes* 8 (1976) 57.

di una *notorietà*. Tra le formule proposte, ebbe la meglio quella che esige un atto formale o la notorietà<sup>4</sup>. Così lo Schema del 1975 propone la seguente redazione del canone —è il 319— corrispondente al 1099 del Codice pio-benedettino:

«Can. 1099, § 1. Statuta superius forma servanda est, si saltem alterutra pars matrimonium contrahentium in Ecclesia catholica baptizata vel in eandem recepta est *nec actu formali aut notorie* ab ea defecerit, salvis praescriptis par. 2-3»<sup>5</sup>.

Nella riunione del 19 ottobre 1977, il «parvus coetus» esaminò le osservazioni sul can. 319 inviate alla Commissione codificatrice dagli organi di consultazione. Vari di questi organi chiesero la soppressione dell'avverbio *notorie*, sia perché generava difficoltà sia perché c'era contraddizione con quanto stabilito nel can. 281, § 1, 4.<sup>o</sup> (attuale can. 1071), in cui indirettamente si diceva che coloro che hanno abbandonato notoriamente la fede sono tenuti alla forma canonica<sup>6</sup>. Altri chiesero addirittura che si sopprimesse l'intera frase «*nec actu formali aut notorie ab ea defecerit*»<sup>7</sup>. Messa ai voti la proposta di cassazione delle parole «aut notorie», all'unanimità i Consultori si espressero per la soppressione; ma quando si trattò di decidere anche riguardo alla locuzione «*nec actu formali*», cinque contro uno votarono affinché non venisse eliminata<sup>8</sup>.

In sintonia con queste decisioni, nell'*Alter textus de Matrimonio* del 1978, figura la formula «*nec actu formali ab ea defecerit*» (can. 65)<sup>9</sup>. Si giunge così al primo Schema completo del nuovo Codice (1980), nel quale il can. 1072 mantiene la stessa redazione del 1978 senz'altri cambi che la correzione della citazione finale, data la nuova configurazione dei canoni sui matrimoni misti<sup>10</sup>.

Nella riunione della Commissione per le osservazioni allo *Schema* del 1980 (ottobre 1981), uno dei Presuli, l'Eccmo. Mons. Stewart, chiese che si sopprimesse dal can. 1039, § 1 (attuale can. 1086, § 1, sull'impedimento di disparità di culto), la clausola «*nec actu formali ab ea defecerit*» giacché, obiettava, non era ragionevole che dall'apostasia si ricavasse beneficio alcuno e anche perché tale esenzione avrebbe potuto incitare all'apostasia formale<sup>11</sup>. La risposta della Segreteria della Commissione fu che tale clausola era perfettamente giustificata considerato che non esiste nessuna ragione affinché gli apostati siano legati da detto impedimento il quale, è

4 *Communicationes* 8 (1976) 56.

5 *Schema documenti pontificii quo disciplina canonica de Sacramentis recognoscitur* (ed. reservata, Typis Polyglottis Vaticanis 1975), can. 319.

6 Cf. *Communicationes* 10 (1978) 96-97.

7 Cf. *Communicationes* 10 (1978) 97.

8 Cf. *Communicationes* 10 (1978) 97.

9 Cf. A. Mostaza Rodríguez, 'Anotaciones en torno al significado de las locuciones «abandono notorio de la fe católica» del canon 1071, 1, 4.<sup>o</sup> y del «abandono «actu formali» de la Iglesia católica» de los cánones 1086, 1; 1117 y 1124', in: *Dimensiones jurídicas del factor religioso. Escritos en homenaje al Profesor López Alarcón* (Murcia 1987), 377.

10 Cf. *Schema Codicis Iuris Canonici (...) Patribus Commissionis reservatum* (Civitas Vaticana 1980), can. 1072.

11 Cf. *Communicationes* 15 (1983) 237.

ordinato alla tutela della fede e inoltre perché non è conveniente moltiplicare i matrimoni invalidi; quanto al pericolo d'incitazione all'apostasia, si fece notare che non esisteva in quanto si trattava di un impedimento facilmente dispensabile<sup>12</sup>. Neppure si accettò la petizione, presentata dallo stesso Mons. Stewart, di sopprimere la medesima frase del can. 1072, rinviando per la *ratio* alla risposta precedente<sup>13</sup>. Per cui l'espressione *actu formali ab Ecclesia deficere* è rimasta invariata (nei canoni citati) nello «Schema novissimum» del 1982, sottoposto all'esame del Santo Padre. Negli stessi termini la locuzione «nec actu formali ab ea defecerit» venne accolta nei cann. 1086, § 1; 1117 e 1124 del Codice promulgato, con l'unica variante accidentale di *neque* invece di *nec* nel penultimo di detti canoni.

## 2.2. Varietà di posizioni dottrinali

Al momento, tra gli Studiosi di diritto canonico<sup>14</sup>, non si è ancora giunti ad una convergenza dottrinale circa il contenuto e la portata giuridica della locuzione «actus formalis defectionis ab Ecclesia catholica» di cui nei canoni in questione. Il problema è stato affrontato soprattutto in riferimento ai soggetti obbligati alla forma canonica della celebrazione del matrimonio (can. 1117), arrivando a dei risultati molto differenti. Nondimeno, pressoché tutti gli Autori coincidono nell'affermare che l'atto formale è un requisito di non facile determinazione il che, necessariamente, suscita dubbi interpretativi di malagevole soluzione<sup>15</sup>. Siffatta difficoltà ha portato un settore rilevante degli Studiosi, cosciente della quasi impossibilità di individuare chiaramente una «frontiera» tra l'abbandono notorio e l'abbandono mediante un atto formale<sup>16</sup>, a chiedere che la competente Autorità ecclesiastica dia dei criteri e delle norme per la determinazione dell'*actus formalis defectionis*<sup>17</sup>. Così, di fatto, la questione si trova

12 *Relatio complectens synthesim animadversionum ab Em. mis atque Exc. mis Patribus Commissionis ad novissimum schema Codicis Iuris Canonici exhibitarum, cum responsionibus a Secretaria et Consultoribus datis (Patribus Commissionis stricte reservata)* (Typis Polyglottis Vaticanis 1981), 252-253; in seguito verrà usata l'abbreviazione *Relatio...*; cf. anche A. Mostaza, 'Anotaciones en torno...', en 377; *Communicationes* 15 (1983) 237.

13 *Relatio...*, 261.

14 Sono stati soprattutto i Canonisti spagnoli ad essersi occupati approfonditamente del problema, come dimostra la bibliografia citata.

15 Cf. T. Mauro, 'Gli impedimenti relativi ai vincoli religiosi: *ordo, votum, disparitas cultus*', in: *Gli impedimenti al matrimonio canonico. Scritti in memoria di Ermanno Graziani* (Studi Giuridici XIX, Libreria Ed. Vaticana 1989), 197; P. Moneta, *Il matrimonio nel nuovo diritto canonico* (Genova 1988), 73 e 161; J. M. Díaz, 'El abandono de la Iglesia', in: 150-151; R. Rodríguez Chacón, 'El acto formal de apartamiento del canon 1117', in: *REDC* 46 (1989) 564.

16 In riferimento alla questione, tra gli altri, J. F. Castaño, *Il sacramento del matrimonio* (Roma 1992, 2.<sup>a</sup> ed.), 449, si esprime in questi termini: «Crediamo che la 'defezione notoria con notorietà di diritto' abbia molto in comune con la 'defezione per atto formale' richiesto dal nostro canone (si riferisce al can. 1117) o almeno si avvicini ad essa. Di conseguenza il nostro parere è che questa *defezione notoria* possa essere considerata sufficiente agli effetti del nostro canone».

17 Così s'esprimono, per esempio, A. Molina Meliá - M. E. Olmos Ortega, *Derecho matrimonial canónico, sustantivo y procesal* (Madrid 1991, 4.<sup>a</sup> ed.), 151-152: «Debería haber en el Código un canon que señalase los criterios de interpretación de esta frase»; R. Navarro Valls, 'Comentario al can. 1117', in:

attualmente sottoposta allo studio del Pontificio Consiglio per l'Interpretazione dei Testi Legislativi<sup>18</sup>.

Non potendo fare in questa sede un'analisi dettagliata delle differenti interpretazioni che la dottrina canonistica ha dato di quest'espressione, ci limiteremo a fornire sinteticamente, alcune delle posizioni dottrinali più comuni così come le troviamo nei manuali di diritto canonico nonché in alcuni studi monografici che, direttamente o indirettamente, si riferiscono all'argomento che ci tiene occupati.

La maggioranza degli Autori sembra inclinarsi verso la necessità che l'atto di separazione sia rivestito di una certa solennità o, quanto meno, che raggiunga un importante grado di formalizzazione che garantisca la certezza giuridica in questa materia; questi studiosi si mostrano abbastanza concordi nel segnalare che né l'abbandono di fatto, né la mera tiepidezza o indifferenza e neppure il disprezzo e il peccato pubblico (can. 1369) entrano nel concetto di atto formale di separazione. Stando così le cose, c'è convergenza nell'affermare che l'ipotesi dell'atto formale si realizza nel caso di ascrizione ad una confessione o società religiosa acattolica e anche quando il soggetto abbia manifestato espressamente e nei dovuti modi la sua volontà di apostatare<sup>19</sup>. Ci sono però altri Canonisti, che ritengono che questo atto formale di separazione possa prodursi anche con modalità meno impegnative come, per esempio, nell'ipotesi che si facciano manifestazioni pubbliche che lascino supporre l'apostasia; che di tali manifestazioni resti traccia in qualche documento pubblico oppure si compiano un insieme di attività che potrebbero considerarsi costitutive dell'atto formale in esame<sup>20</sup>. Non manca neppure chi propende verso interpreta-

AA. VV., *Comentario exegetico al Código de Derecho Canónico*, vol. III/2 (coord. y dir. por A. Marzoa, J. Miras y R. Rodríguez-Ocaña, Univ. de Navarra, Fac. de Der. Can., Inst. M. de Azpilcueta, Pamplona 1997, 2.<sup>a</sup> ed.), 1468: «De todas formas, los problemas a que puede dar lugar esta exención establecida en el can. 1117 parecen exigir una declaración auténtica de la Santa Sede que aclare definitivamente las incertidumbres doctrinales a que ha dado lugar (l'espressione 'atto formale')»; J. F. Castaño, *Il sacramento del matrimonio*, 451, addirittura allarga il cerchio dell'autorità competente ad interpretare autenticamente ossia a fornire l'indicazione dei requisiti concreti necessari per realizzare l'atto formale, egli infatti così scrive: «Perciò, crediamo che sia compito della competente autorità ecclesiastica determinare *altri modi concreti*, oltre a quelli elencati sopra, di abbandono della Chiesa cattolica con *atto formale*. Per 'competente autorità ecclesiastica' intendiamo il *Pontificio Consiglio per l'interpretazione dei testi legislativi*, la *Congregazione per la dottrina della fede*, le rispettive *Conferenze episcopali*, come anche i *Vescovi* per coloro che di fatto si trovano sotto la loro giurisdizione» (ivi).

18 Cf. *Communicationes* 27 (1995) 31: *Quaestiones quaedam studio Pontificii Consilii submissae*: «de sensu locutionis in aliquibus canonibus CIC contentae, neque actu formali ab Ecclesia catholica defecerit».

19 Cf. tra gli altri, R. Navarro Valls, 'La forma jurídica del matrimonio en el nuevo Código de Derecho Canónico', in: *REDC* 29 (1983) 489-507, specialmente 492-493; J. M. González Del Valle, *Derecho canónico matrimonial según el Código de 1983* (Pamplona 1983), 153; A. Bernárdez Cantón, *Compendio de Derecho matrimonial canónico* (Madrid 1986), 81 e 208; F. Aznar Gil, 'La nueva regulación de la forma canónica del matrimonio', in: *Curso de Derecho matrimonial y procesal canónico para profesionales del foro VI* (Salamanca 1984), 208.

20 I. Pérez de Heredia - J. Valle, 'Los matrimonios mixtos en el nuevo Código', in: *Anales Valencinos* 9 (1983) 288, elencano in questo senso i seguenti atti: «Haber eliminado de su vida toda práctica religiosa, aun las que pueden tener un sentido más social; vivir o haber vivido en matrimonio civil o pretender contraerlo; excluir el bautismo y toda educación religiosa de los hijos; prestarse como pro-

zioni particolarmente restrittive per ciò che si riferisce all'ambito di applicazione del termine <sup>21</sup>.

In questo contesto dottrinalmente «vacillante»<sup>22</sup>, qualcuno ritiene addirittura che è sufficiente l'abbandono della Chiesa mediante un qualsiasi atto umano libero e cosciente che possa dimostrarsi nel foro esterno per realizzare l'atto formale cui si fa riferimento nei canoni che stiamo studiando; in altre parole, per questi Autori, l'atto formale equivarrebbe ad un qualsiasi atto manifestato esternamente e suscettibile di prova <sup>23</sup>.

### 2.3. Concetti e termini

Considerata la varietà/discrepanza di opinioni sul nostro argomento è palese che la difficoltà maggiore sta principalmente nella giusta comprensione del termine «atto formale» (categoria giuridica) in riferimento all'abbandono della Chiesa cattolica» (realtà teologica).

Tali termini («abbandono della Chiesa» e «atto formale») rappresentano, rispettivamente, l'elemento *oggettivo* e l'elemento *formale* dell'atto che si vuole realizzare (per l'appunto *actu formali ab Ecclesia deficere*). Nella nostra necessariamente breve analisi, vogliamo cominciare proprio dalla considerazione dell' elemento formale.

#### 2.3.1. L'atto giuridico formale. Elementi di teoria generale

Come abbiamo avuto modo di constatare, l'atto formale è suscettibile di interpretazioni molto diverse, per cui gli Autori lo intendono in vari modi con minore o maggiore elasticità; ragion per cui, la presente analisi, al fine di stabilire il suo oggetto, deve necessariamente prendere le mosse dalla considerazione del linguaggio sia legislativo che dottrinale.

Per quanto concerne l'atto giuridico *simpliciter* inteso, occorre subito rilevare che, conformemente ad un consolidato uso giuridico, tanto civile quanto canonico, il Legislatore ecclesiastico non ne dà una definizione <sup>24</sup>, tuttavia la dottrina, a partire dalle disposizioni contenute nello stesso Codice (già in quello Pio-benedettino) ha formulato convenzionalmente la seguente:

fesional a prácticas contrarias a la moral de la Iglesia; displicencia y aversión total del problema religioso en el propio pensamiento o ideologías y otras actitudes».

21 Cf. J. M. Piñero Carrión, 'El abandono de la Iglesia católica por acto formal y el matrimonio canónico. Nota en torno al can. 1117', in: *Estudios canónicos en homenaje al Profesor D. Lamberto de Echeverría* (Salamanca 1988), 342 ss.

22 Così s'esprime J. M. Díaz, 'El abandono de la Iglesia', 143.

23 Cf. in questo senso A. Mostaza, 'Anotaciones en torno', in 378-379; R. Rodríguez, 'El acto formal', 565.

24 Giavoleno: 'Omnis definitio in iure periculosa est', fr. 202, D., 50, 17.

«(actus iuridicus est) actus humanus socialis legitime positus et declaratus, cui a lege ideo et eatenus effectus iuridicus determinatus agnoscitur, quia et quatenus effectus ille ab agente intenditur»<sup>25</sup>.

Nel can. 125, § 1 del vigente Codice, invece, viene stabilito positivamente un principio generale sui requisiti o elementi essenziali per la validità dell'atto giuridico che è nuovo nell'ordinamento canonico<sup>26</sup>. Il menzionato canone così recita: «Ad validitatem actus iuridici requiritur ut a persona habili sit positus, atque *in eodem adsint quae actum ipsum essentialiter constituunt* necnon *sollemnia et requisita iure ad validitatem actus imposita*».

Per quanto riguarda le *sollemnitates iuris* o «forma degli atti», la ricchezza del dibattito relativo, non solo in campo canonico, sembra alimentata dalla indiscussa irriducibilità dell'idea ad ogni cristallizzazione giuridica<sup>27</sup>, per cui si è additato a compito della dogmatica la ricostruzione della nozione e del ruolo della «forma», individuando nella storia la guida più significativa per tracciare il lungo percorso dell'evoluzione del concetto<sup>28</sup>.

A) Uno sguardo sull'evoluzione storica e dogmatica del formalismo.—Partendo, allora, anche se per sommi capi, dal diritto antico, giova ricordare che le forme tipizzate e «sacramentali» delle fonti romanistiche non erano mezzi di rivelazione del contenuto degli atti giuridici fondamentali che, per esempio, negli affari come nel processo erano già predeterminati in maniera vincolante, bensì strumenti di garanzia del carattere personale di ogni manifestazione giuridicamente rilevante, «e difatti, in un contesto alieno da qualsiasi dimensione non strettamente «individuale» dell'attività giuridica, l'osservanza di una forma tipica, vincolante, con una partecipazione rigidamente ordinata del soggetto, il valore giuridico dei comportamenti negoziali, era solennità appropriata ad assicurare l'esigenza che l'atto risultasse affermazione di una volontà individualmente rintracciabile»<sup>29</sup>. Nondimeno, il celebre motto ciceroniano: «sumum ius summa iniura»<sup>30</sup> esprime un contrasto che si era manifestato a partire dal VII secolo a. C. —soprattutto dopo le guerre puniche, quando, con la distruzione di Cartagine e di Corinto, il centro della civiltà si spostò dalle coste del Mediterraneo a Roma— e che raggiunse il suo culmine in età imperiale, tra il rigore dello *ius civile*, non più adatto, per il suo rigido formalismo e i suoi precetti semplici ed inflessibili,

25 G. Michiels, *Principia generalia de personis in Ecclesia* (Parisiis-Tornaci-Romae 1955, 2.<sup>a</sup> ed.), 572; cf. J. Fornés, 'El acto jurídico canónico (sugerencias para una doctrina general)', in: *Ius Canonicum* 25 (1985) 72; J. García Martín, *Le norme generali del Codex Iuris Canonici* (Roma 1995) 388; M. Thériault, 'Comentario al can. 124', in: AA. VV., *Comentario exegetico*, vol. 1 (Pamplona 1997, 2.<sup>a</sup> ed.), 823-825.

26 Non è riscontrabile nel Codice del 1917 e neppure si trova traccia di questa disposizione nel primo *Schema Codicis* (1980); cf. *Communicationes* (1989) 170-171.

27 Cf. A. Liserre, s. v. 'Forma degli atti. D Diritto civile', in: *Enciclopedia Giuridica*, vol. 14 (Roma 1989) 1.

28 Cf. A. Liserre, 'Forma degli atti', 1.

29 A. Liserre, 'Forma degli atti', 1.

30 Cicerone, *De offic.*, 1, 33.

alla nuova realtà del vasto Impero. Il sistema quiritario con le sue forme anguste, infatti, non poteva più rispondere alle nuove esigenze ed a rapporti così complessi. In breve, l'ordinamento giuridico doveva seguire le condizioni dell'economia e dello sviluppo culturale e sociale, che erano conseguenza delle grandi conquiste di Roma. «Il *summum ius* rappresenterebbe, dunque, il rigore del diritto civile che discendeva dall'antica tradizione romana: *mores maiorum* e disciplina dei Pontefici. Esso appare inadatto ormai ed intollerabile; in quanto i suoi principi angusti, formati nella vita patriarcale se applicati in concreto ai nuovi rapporti, arrecavano decisioni sommarie inique: *summa iniura*»<sup>31</sup>.

L'iniquità più manifesta derivava dal fatto che i principi dello *ius Quiritium*, concretamente non tenevano conto delle particolarità del fatto che dava luogo ad un'azione né, tanto meno, prendeva in considerazione la volontà delle parti che avevano posto in essere un negozio per conseguire un determinato scopo<sup>32</sup>. Il principio del diritto quiritario era assoluto e inderogabile, come era codificato nella legge delle XII Tavole: «cum nexum mancipiumque faciet uti lingua ita ius esto». La portata di questa massima è palese: esprime tutta «l'indifferenza dell'ordinamento giuridico per l'intenzione non esattamente scolpita nelle parole pronunciate»<sup>33</sup>.

Intanto l'Ellenismo si propaga abbondantemente a Roma: la prosa, la poesia, la storia, l'oratoria si conformano ai modelli greci, tanto che lo stesso Cicerone constata che dopo le guerre puniche «influxit etiam non tenuis quidam a Graecia rivulus in hanc urbem, sed abundantissimus amnis»<sup>34</sup>; ed è celeberrimo il detto di Orazio «Graecia capta ferum victorem cepit / et artes intulit agresti Latio»<sup>35</sup>. Ora, appunto, Aristotele (384-322 a. C.) nella sua *Rethorica* insegnava che le leggi dovevano essere interpretate non solo secondo il tenore delle parole, bensì tenendo conto della volontà del legislatore<sup>36</sup>. Questo principio doveva applicarsi ovviamente anche agli atti privati, ai negozi del commercio e ai testamenti. I giovani imparavano questa massima nelle scuole di retorica nelle quali si esercitavano pure ai dibattiti giudiziari, così ben presto da queste scuole e dal foro il dibattito passò tra i giuristi.

In età ciceroniana Tuberonone sostiene che nell'interpretare il testamento la volontà del testatore deve prevalere sul significato delle parole che egli ha usato. Per questo

31 S. Riccobono, s. v. 'Iurisprudentia', in: *Novissimo Digesto Italiano*, vol. 9 (Torino 1963, 3.<sup>a</sup> ed.) 351.

32 Scrive a questo proposito V. Arangio-Ruiz, *Istituzioni di Diritto Romano* (14.<sup>a</sup> ed. riveduta, ristampa anastatica, Napoli 1991), 79: «... quando le parti del negozio giuridico debbono limitarsi a ripetere frasi prestabilite solo riempiendo i vuoti di determinati moduli, al *formalismo esterno*, consistente nel non riconoscere efficacia alla volontà privata se non espressa in quelle determinate forme, corrisponde almeno in origine anche un *formalismo interno*, nel senso che, quando quelle frasi siano state ripetute e quei moduli riempiti, non si fa nessuna indagine circa l'intenzione delle parti che tale attività hanno svolta; anzi, corrisponda o meno la reale volontà delle parti alle parole della formula, l'effetto giuridico si produce egualmente».

33 V. Arangio-Ruiz, *Istituzioni*, 80; cf. S. Riccobono, 'Iurisprudentia', in: 352.

34 Cicerone, *De Rep.*, 2, 19.

35 Orazio, *Ep.*, 2, 1, 156.

36 Citato da S. Riccobono, 'Iurisprudentia', in: 352; cf. la classica opera di G. Costa, *La filosofia greca nella giurisprudenza romana* (Parma 1892).

giurista discepolo di Panezio, i vocaboli sarebbero un mezzo per manifestare la volontà, pertanto devono assumere il significato che l'autore della dichiarazione ha inteso dare<sup>37</sup>. Sicché fin dall'epoca repubblicana esiste un dibattito su questo punto fondamentale dell'interpretazione degli atti giuridici, dibattito che si protrarrà per molte generazioni.

Nello stesso passo citato per Tuberone si trova pure una sentenza di Celso, che com'è noto vive in epoca adrianea, il quale afferma: «et si prior atque potentior est quam vox mens dicentis, tamen nemo sine voce dixisse extimatur». Dunque anche Celso, al pari di Aristotele, riconosce che la *mens* è *prior atque potentior*, per cui tale *mens-animus-voluntas* entra ora come un elemento essenziale in qualsiasi atto e per la valutazione degli effetti di esso.

Con l'avvento della Pandettistica<sup>38</sup>, nella costruzione unitaria del negozio giuridico<sup>39</sup> mediante l'individuazione dei suoi elementi, si ebbe la prima formulazione della categoria dogmatica della «forma» come veicolo mediante il quale la «volontà», considerata fulcro del negozio, si estrinseca. In tal modo si assegna al vocabolo un significato più dilatato rispetto a quello tradizionale connesso alla nozione dei negozi «formali» o «soleni»<sup>40</sup>, secondo cui, per volontà del Legislatore, ha la funzione di tutelare le parti assicurando una più grande ponderatezza negli atti di maggiore importanza<sup>41</sup>. Peraltro, proprio questo apporto della forma come veicolo della volontà finì per accreditare a lungo l'erroneo postulato, secondo cui la forma pur restando ben distinta dal contenuto negoziale, fosse sempre ordinata in funzione di questo, trascurando così la sua rilevanza come elemento necessariamente preordinato a soddisfare l'esigenza, connaturale all'atto giuridico, di essere cioè riconoscibile come tale dai terzi<sup>42</sup>. Di conseguenza, nella più vecchia concezione del negozio, designando la forma il mezzo con cui la volontà si estrinseca e coincidendo, pertanto, con la figura sensibile della volontà, con il dato esteriore che manifesta l'intenzione del singolo, l'atto giuridico avrebbe sempre carattere formale<sup>43</sup>.

37 Tuberone, fr. 7, § 2, D., 33, 10.

38 Cf. O. Robleda, 'De conceptu actus iuridici. Excursus theoreticus', in: *Periodica* 51 (1961) 416-417.

39 Le locuzioni 'atto giuridico' e 'negozio giuridico' esprimono la stessa realtà per cui li usiamo indistintamente, anche se daremo la preferenza, sulla scorta del Legislatore canonico, alla prima espressione; cf. al riguardo O. Robleda, 'De conceptu actus iuridici', 418: «haec figura a Nettelblatt vocata indistincte 'negotium iuridicum' et 'actus iuridicus'. Nunc vero, in doctrina italica praevallet verbum primum; in gallica, e contra, secundum; in Germania terminus 'Rechtgeschäft' respondens verbo 'Negotium iuridicum'; in Hispania in valet etiam nunc terminus 'negotium iuridicum'; in iure canonico, etsi a certis auctoribus adhibeatur etiam haec postrema denominatio, praevallet tamen adhuc, 'actus iuridicus', en utpote qui melius respondeat terminologiae *Codicis*, in quo ut plurimum verbum 'actus' non vero 'negotium', en usurpatur.

40 Cf. R. Scognamiglio, *Lezioni sul negozio giuridico* (Bari 1962), 152 ss., 295.

41 Così, per tutti, A. Torrente - P. Schlesinger, *Manuale di Diritto Privato* (Milano 1990, 13.<sup>a</sup> ed.), 170: «Una forma particolare è richiesta solo negli atti di maggiore importanza, per mettere in guardia chi li compie, che da essi scaturiscono conseguenze tali che vanno ponderate».

42 Cf. A. Liserre, 'Forma degli atti', 1.

43 Sembrerebbe questa, per esempio, l'opinione di R. Mostaza, 'Anotaciones en torno', 378: «A nuestro parecer, la diferencia entre el abandono notorio de la fe y el abandono por acto formal podría

Nella successiva e più moderna dogmatica, invece, la forma viene concepita come lo stesso atto di autonomia nella sua riconoscibilità sociale, nel suo mostrarsi agli altri e per ciò stesso non più come un elemento, ma come la fisionomia stessa dell'atto nel suo complesso. Sicché anche in tale concezione viene sottolineata l'incongruenza di concepire un negozio che non sia formale, cioè socialmente apprezzabile<sup>44</sup>. Scrive a riguardo F. Carnelutti: «onde atti non formali, nel senso che non ne sia affatto regolata la forma non esistono; esistono però degli atti la cui forma è libera dal lato dell'azione: tali sono quelli che comunemente si chiamano non formali»<sup>45</sup>. In tal modo il vocabolo «forma» non denota ormai più un elemento o un profilo dell'atto, ma il modello dell'atto qual è configurato dal legislatore. Ciò nonostante, dal dato normativo la dottrina ricava la necessità di distinguere, nell'ambito del concetto di «forma» da essa foggiato, una *species* costituita dalla cosiddetta forma «solenne» o «vincolata», intendendo con questo indicare quelle *modalità specialmente imposte dal legislatore perché l'atto acquisti rilevanza giuridica*, consistenti prevalentemente nell'uso della scrittura o della dichiarazione davanti ad un pubblico ufficiale<sup>46</sup>. In altri termini, la dottrina opera con un duplice criterio: le forme libere rispondono ad un criterio d'idoneità naturale per cui il loro ambito non è definito da un criterio normativo, ma in base alla *vis causativa intrinseca* e al grado di riconoscibilità che ciascuna può fornire all'atto giuridico; le forme solenni invece rispondono ad un criterio di necessità legislativa<sup>47</sup>.

B) Le forme vincolate o solenni.—Con l'evolversi del significato e del ruolo del «formalismo» si è avuta, corrispondentemente, anche una conseguente trasformazione dal punto di vista strutturale delle forme osservate nella pratica moderna e, pertanto, adottate nell'attuale esperienza giuridica. Una lettura recente dello «svolgimento di questo processo segnala essenzialmente la tendenza, sempre più accentuata, alla progressiva rarefazione dei simboli contenutistici per far posto a disposizioni formali a carattere eminentemente rappresentativo quali sono, in particolare, le varie procedure di documentazione oggi ricorrenti (specie) nell'attività negoziale»<sup>48</sup>.

establecerse de la manera siguiente: todo abandono notorio es abandono mediante acto formal, pero no todo abandono por acto formal es notorio.

44 Cf. E. Betti, *Teoria generale del negozio giuridico* (Torino 1960, 2.<sup>a</sup> ed.), 51; R. Scognamiglio, *Contributo alla teoria del negozio giuridico* (Napoli 1950), 242 ss.

45 F. Carnelutti, *Teoria generale del reato* (Padova 1933), 297 ss.

46 Cf. E. Betti, *Teoria generale del negozio*, 277.

47 Cf. R. Quadri, 'Sulla legge applicabile alla «forma» dei negozi giuridici', in: *Scritti di diritto internazionale in onore di T. Perassi*, vol. 2 (Milano 1957), 241 ss.; M. Giorgianni, s. v. 'Forma degli atti (diritto privato)', in: *Enciclopedia del Diritto*, vol. 17 (Varese 1968) 991; riguardo a questo argomento e in riferimento al matrimonio canonico così scrive R. Quezada Toruño, *La perseverancia del consentimiento matrimonial en la sanatio in radice* (Pont. Univ. Gregoriana, Fac. Iuris Canonici, dissertatio ad lauream, Romae 1962), 84: «Y a pesar de ser eficaz naturalmente es jurídicamente ineficaz, porque su eficaz natural, de suyo intrínseca, se encuentra empedida. Precisamente por eso no produce el vínculo. Si de hecho tal consentimiento no produce el vínculo, ello no se debe a que intrínsecamente le haga falta algo esencial en el orden natural para producirlo, sino simplemente a que su vis causativa intrínseca tropieza con un obstáculo extrínseco puesto por la legislación positiva».

48 A. Lisserre, 'Forma degli atti', 2.

In siffatto contesto occorre precisare che esiste un formalismo riguardante il contenuto (o *testo*) dell'atto ed un formalismo attinente la condotta (o *procedura di statuizione*) finalizzata ad attribuire a quell'atto o testo valore vincolante nell'ambito della collettività<sup>49</sup>. Mentre la procedura di statuizione, imposta o libera che sia, è sempre necessaria in quanto volta ad assicurare la riconoscibilità da parte dei consociati del ruolo normativo attribuito all'atto dal suo autore, il formalismo contenutistico deve ritenersi, invece, puramente eventuale, infatti la garanzia di univocità del contenuto dell'atto non appare sempre altrettanto essenziale<sup>50</sup>.

In virtù di quanto appena detto, è corretto, allora, circoscrivere la categoria dell'atto formale strettamente inteso o a «forma vincolata», includendovi ogni atto rispetto al quale il legislatore prescriva un procedimento tipizzato di statuizione ovvero disponga l'osservanza di requisiti attinenti al suo contenuto. Ciò detto, segnaliamo brevemente che l'elemento normalmente ricorrente e unificante di questa complessa ed eterogenea categoria è l'indicazione precettiva dell'uso della scrittura cioè della redazione di un documento ad opera del dichiarante o di un terzo abilitato alla documentazione (pubblico ufficiale); questo anche nel caso della dichiarazione davanti ad un pubblico ufficiale, che viene comunque riprodotta in iscritto (si tratta del c. d. «atto pubblico»).

C) Classificazione delle forme vincolate.—La prospettiva sopra delineata risulta piuttosto vasta per cui risulta indispensabile precisare che l'uso della scrittura è richiesto, negli ordinamenti giuridici, per fini ed effetti diversi, per cui è necessario sottrarsi, in materia, all'idea fuorviante che intende attribuire alla scrittura (o forma scritta) valore di elemento essenziale al negozio, ovvero, e all'opposto, ad applicare restrittivamente le prescrizioni formali<sup>51</sup>. Si deve perciò parlare di forma *ad substantiam* (detta anche *ad essentiam*), quando è richiesta sotto pena di nullità dell'atto —sempre rilevabile da chiunque vi abbia interesse o anche d'ufficio— e, solo nell'ordinamento civile, insuscettibile di convalida<sup>52</sup>. Nell'ordinamento canonico, invece, in riferimento alla possibilità di convalida (sanazione) per difetto di forma, si opera una distinzione tra *actus iuridice inexistentes* e *actus nullos* nel senso di *nullius effecti*, ad indicare che non ogni atto carente nell'aspetto formale è da ritenersi, come nell'ordinamento civile<sup>53</sup>, giuridicamente inesistente. A riguardo così s'esprime O. Robleda: «Actus inexistentis iuridice ille est qui caret elementis essentialibus; nullus, qui caret requisitis a lege stabilitis

49 Cf. G. Giampiccolo, *La dichiarazione recettizia* (Milano 1959), 158 ss.; A. Liserre, *Formalismo negoziale e testamento* (Milano 1966), 20 ss.; P. Schlesinger, s. v. 'Dichiarazione (teoria generale)', in: *Enciclopedia del Diritto*, vol. 12 (Milano 1964) 371 ss.

50 Cf. A. Liserre, 'Forma degli atti', 2.

51 Cf. A. Liserre, 'Forma degli atti', 2.

52 In questo caso la forma deve sussistere *ab initio* cioè nel momento in cui l'atto è posto in essere, né può essere pertanto surrogata da successive dichiarazioni ricognitive o confessorie anche se formalmente redatte, essendo pure preclusa, almeno nell'ambito dei negozi patrimoniali *inter vivos*, ogni conferma o esecuzione volontaria dell'atto informale; cf. M. Giorgianni, 'Forma degli atti', 998; A. Liserre, 'Forma degli atti', 2; E. Lalaguna, 'Función de la forma', 225.

53 Cf. O. Robleda, 'Nullitas actus iuridici in CIC', in: *Periodica* 35 (1946) 29-31; Id., *La nulidad del acto jurídico* (Comillas 1947), 35-85.

ut essentia illa efficax in iure reddatur<sup>54</sup>. Pertanto, tornando alla possibilità di convalida (*sanabilitas*), «Verum est quod in casu actus «inexistentis» coram societate nihil sive actuale sive potenziale effectum est atque proinde efficacia iuridica et sanabilitas in radice talis actus ex ipsa rei natura absolute repugnat, dum in casu actus simpliciter «nulli» (sensu supra indicato) realiter adest potenziale efficaciae iuridicae fundamentum, actus ad efficaciam producendam naturaliter aptus, cui efficacia iuridica solummodo deest, quia positive impeditur ab auctoritate legitima, ac proinde, ut in can. 1139 (nunc can. 1163 CIC. 1983) relate ad contractum matrimoniale explicitè statutur, nihil obstat quominus actus iste ab auctoritate legitima in radice sanetur<sup>55</sup>.

C'è da aggiungere che il documento prescritto *ad substantiam* è indispensabile anche per la prova dell'atto, salvo il caso della perdita incolpevole dell'atto dove le parti sono ammesse a provare per giuramento, confessione o testimonianza<sup>56</sup>.

Delimitato in questo modo l'ambito della forma *ad substantiam*, ne restano escluse tutte le altre situazioni alle quali il legislatore non annette, per la violazione della prescrizione di forma, la sanzione della invalidità o irrilevanza giuridica assoluta dell'atto.

Devono essere altresì considerate le ipotesi per cui la forma è richiesta *ad probationem*, cioè al fine limitato della prova, con una prescrizione (normalmente che l'atto debba essere «provato per iscritto») la cui inosservanza preclude, sia pure con diverso rigore, la possibilità di provare il negozio a mezzo di testi e presunzioni; comunque, osservano a questo riguardo Torrente e Schlesinger: «il divieto della forma testimoniale è volto ad indurre le parti a preconstituire un documento in cui l'atto risulti consacrato. Ma la mancanza di un documento non pregiudica irrimediabilmente la possibilità di provare l'atto<sup>57</sup>.

Abbastanza di recente, gli studiosi civilisti hanno pure denunciato e tentato di valutare la limitatezza dell'opinione secondo cui la forma «vincolata» oscillerebbe tra i due poli costituiti dalla forma *ad substantiam* e da quella *ad probationem*, e individuano il superamento di questa alternativa nella cosiddetta forma «integrativa» *ad regularitatem* come categoria intermedia tra le due tradizionali. Il tratto caratteristico di questa categoria (sorta in ambito di società commerciali), sarebbe costituito dal fatto che la forma assicura al negozio un più alto grado di efficacia, ovvero l'efficacia propria di esso. «Ma in realtà non può dirsi che la forma si aggiunga al negozio già stipulato oralmente, rendendolo efficace, ovvero attribuendogli ulteriore efficacia. Il

54 O. Robleda, «Nullitas actus iuridici», 43.

55 G. Michiels, *Principia generalia*, 600-601; cf. F. Wernz - P. Vidal, *Ius Canonicum*, vol. 5 (Romae 1928, 2.<sup>a</sup> ed.) 803-804; W. Bertrams, «De effectu consensus matrimonialis naturaliter validi», in: *Miscellanea in memoriam Petri Card. Gasparri* (Roma 1960), 127; U. Navarrete, «Ecclesia sanat in radice matrimonia inita cum impedimento iuris divini», in: *Periodica* 52 (1963) 373; P. A. Bonnet, «A proposito di talune questioni attuali in materia matrimoniale: amore, causalità matrimoniale nella sanazione in radice», in: *Il diritto ecclesiastico* 83 (1972) 369.

56 Cf. A. Liserre, «La rilevanza delle dichiarazioni giudiziali dei contraenti in ordine all'avvenuta stipulazione di un contratto formale», in: *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile* (1967) 1398 ss.

57 A. Torrente - P. Schlesinger, *Manuale di diritto privato*, 292.

negozio esiste già, con effetti suoi propri; se le parti vogliono raggiungere gli effetti ulteriori, dovranno porre in essere una ricognizione, ovvero una ripetizione di esso, rivestita della forma prescritta dal legislatore.<sup>58</sup>

D) Funzione della forma negli ordinamenti moderni. Forma e pubblicità.— Dall'*excursus* finora compiuto traspare che «la qualifica di «formale» attribuita ad un atto non vale a precisarne univocamente il modo di essere e nemmeno ad evocare una problematica comune a tutte le dichiarazioni formalmente vincolate. In questo senso si può dire che la determinazione di una categoria del «negozio formale», se pure rilevante sul piano concettuale, non serve come punto di riferimento di una serie di problemi propri del genere considerato, con ogni connessa avvertenza contro le ambiziose generalizzazioni dei discorsi sul formalismo»<sup>59</sup>. Tuttavia ci sembra possibile una conclusione in ordine alla funzione della forma «vincolata» negli odierni ordinamenti giuridici, ivi compreso anche quello canonico in cui la forma, tutto sommato, ha un valore abbastanza modesto<sup>60</sup>.

Tradizionalmente<sup>61</sup> si asserisce che la forma vincolata per volontà del legislatore tenda a tutelare le parti, assicurando una maggiore ponderatezza negli atti più importanti. In realtà ci sembra che il formalismo moderno sia imposto esclusivamente nell'interesse dei terzi, affinché essi conoscano l'atto giuridico. Dunque la portata della forma è limitata sempre alla sua funzione di pubblicità<sup>62</sup> e, conseguentemente, di identificazione e protezione dell'atto<sup>63</sup>. Così anche nell'ordinamento canonico in riferimento alla forma matrimoniale, che certo in esso rappresenta il «vincolo» formale più rigido da essere una condizione essenziale per la validità del matrimonio (cf. can. 1108), la sua funzione si giustifica solamente in quanto la forma

58 M. Giorgianni, 'Forma degli atti', 998.

59 A. Liserre, 'Forma degli atti', 3; la stessa opinione è espressa da M. Giorgianni, 'Forma degli atti', 999: «Una volta dimostrato che l'alternativa tradizionale (*ad substantiam o ad probationem*) deve oggi considerarsi del tutto superata, e che le funzioni della forma 'vincolata' sono molteplici, è possibile risolvere taluni problemi che hanno affaticato e continuano ad affaticare la dottrina».

60 Cf. E. Lalaguna, 'Función de la forma jurídica en el matrimonio canónico', in: *Ius Canonicum* 1 (1961) 223.

61 L'espressione è di M. Giorgianni, 'Forma dell'atto', 1006.

62 Un caso emblematico, nell'ordinamento canonico, è rappresentato dal matrimonio segreto; riguardo alla sua pubblicità così si esprime J. Ferrer Ortiz, 'Celebración del matrimonio en secreto e inscripción en el Registro civil', in: *Ius Canonicum* 37 (1997) 157-158: «Otra cuestión que reviste singular interés es que a la hora de fijar el concepto de matrimonio secreto es frecuente afirmar que se trata de un matrimonio celebrado en forma ordinaria (en presencia del testigo cualificado competente y de dos testigos comunes) sin publicidad ambiental o sociológica (de hecho) pero que conserva la publicidad esencial o sustancial (de derecho), si bien restringida por la obligación de todos los asistentes de guardar secreto. En línea de principio, no hay ninguna duda de que es así: la mayor parte de la doctrina en los relativos escuetos comentarios que dedica a este matrimonio, lo sitúa en la órbita del matrimonio en forma ordinaria. Y, sin embargo, en el momento en que se trata de profundizar algo más, resulta que también puede llegar a afectar a la forma jurídica sustancial. Así, por ejemplo, Bernárdez señala la posibilidad de que el matrimonio de los ordenados secularizados se celebre ante solo el testigo cualificado (con dispensa de la forma) y cita las Normas de 1971. En otro plano, Miguélez y Salazar entendieron factible la celebración en forma extraordinaria del entonces denominado matrimonio de conciencia».

63 Cf. E. Lalaguna, 'Función de la forma', 218-219.

contribuisce alla perfezione giuridica del consenso, dotandolo appunto di pubblicità e di certezza. Dunque l'ostacolo della forma posto dall'autorità viene per sua natura *ab extrinseco* e sta al di fuori del consenso stesso. Scrive a questo proposito E. Lalaguna: «En cuanto no es una limitación que reste vigor al consentimiento sino un medio que hace posible su protección, se comprende que excepcionalmente - cuando la publicidad que se tiene a través de la forma puede obtenerse por otro camino - admita el Derecho de la Iglesia la realidad del vínculo matrimonial por obra del mero consentimiento (dispensa de forma, *sanatio in radice*), o por virtud de un consentimiento recogido en forma simplificada (forma extraordinaria)»<sup>64</sup>. Quindi, in conclusione, la forma è voluta *positivamente* dalla competente autorità ecclesiastica *al fine di rivestire l'atto giuridico e le situazioni concernenti i privati di una maggiore «conoscibilità» (pubblicità) sociale*, in riferimento cioè alla Chiesa in quanto società visibile, con dei rapporti di regime giuridico, espressi in un insieme di diritti e di obblighi<sup>65</sup>, determinando i comportamenti idonei a realizzarlo in concreto e quindi a dargli piena attuazione nell'ordinamento canonico. In altre parole, le solennità (o formalità) giuridiche costituiscono soltanto un criterio di pubblicizzazione giuridica in base alla quale la Chiesa procede o meno alla ratificazione degli effetti canonici di determinati atti. Concordiamo pertanto con Aznar Gil quando afferma che l'atto formale «exige una mayor entidad y una mayor cualificación jurídica»<sup>66</sup>. Questa constatazione appare tanto più vera quando si considera che il Legislatore positivamente ha voluto distinguere l'abbandono notorio della fede cattolica dalla separazione mediante atto formale, che a livello dottrinale, in qualche modo, potrebbero anche coincidere, assegnando loro degli effetti o conseguenze giuridiche nettamente differenti<sup>67</sup>: nel primo caso per i contraenti c'è ancora l'obbligo della forma canonica *ad validitatem* e, in più, si esige *ad liceitatem* che chi assiste al matrimonio come testimone qualificato ottenga per quest'atto la licenza dell'Ordinario del luogo, il quale non la concederà se non sono state osservate le norme di cui al can. 1125 (cf. can. 1071, § 1, 4.<sup>o</sup>); nel secondo caso, invece, i nubendi sono esentati dalla forma canonica e il loro matrimonio celebrato in qualsiasi altra forma, se si danno le esigenze naturali di esso<sup>68</sup>, è da presumersi valido «donec contrarium probetur» (cf. cann. 1117 e 1060).

64 E. Lalaguna, 'Función de la forma', 223.

65 Cf. J. M. Piñero, 'El abandono de la Iglesia', 342-343.

66 F. Aznar Gil, *El nuevo derecho matrimonial canónico* (Salamanca 1985), 236.

67 A. Bernárdez, *Compendio de Derecho*, 81: «El abandono de la Iglesia mediante 'acto formal' es una situación distinta del 'abandono notorio' de la fe católica (expresión utilizada en el can. 1071, 4.<sup>o</sup>) porque la distinción de fórmulas verbales debe corresponder a conceptos distintos y porque el legislador otorga a una y otra expresión distinto alcance, sin que sea del caso especificar, en este momento, las implicaciones mutuas que puedan surgir entre ambas figuras»; cf. M. Morgante, *Il Matrimonio. Diritto canonico. Diritto concordatario. Pastorale* (Casale Monferrato 1992), 86; J. M. Díaz, 'El abandono de la Iglesia', 153.

68 Cf. *Communicationes* 12 (1980) 230; J. M. Díaz, 'La admisión al matrimonio de los cristianos que no tienen fe', in: *Curso de Derecho matrimonial y procesal canónico para profesionales del foro VII* (Salamanca 1986), 160; R. Rodríguez, 'El acto formal', 576-582.

### 2.3.2. L'abbandono della Chiesa cattolica. Aspetti teologico-canonici del problema

Il dibattito che s'agita intorno all'«actus formalis defectionis ab Ecclesia catholica», ha messo in luce l'esistenza di implicanze e risvolti teologici, correlati alla problematica stessa, che superano di gran lunga la «semplice» determinazione di quei requisiti giuridici necessari per definire le modalità da richiedere perché la *defectio* possa essere qualificata mediante un atto formale. Pertanto, un'analisi del nostro tipo si colloca necessariamente a metà strada fra teologia e diritto: è, infatti, il battesimo il sacramento costitutivo dell'appartenenza a Cristo e alla Chiesa nonché la porta di tutti gli altri sacramenti (*ianua sacramentorum*, cf. can. 849). Così nel can. 96 leggiamo che: «Mediante il battesimo l'uomo è incorporato alla Chiesa di Cristo e in essa è costituito persona, con i doveri e i diritti che ai cristiani, tenuta presente la loro condizione, sono propri, in quanto sono nella comunione ecclesiastica e purché non si frapponga una sanzione legittimamente inflitta».

Da questo enunciato si inferisce che il battesimo ha un duplice effetto: uno *religioso* o *teologico*: fa dell'uomo un cristiano, un *fedele* di Cristo (*christifidelis*) e ciò in virtù della grazia e del carattere che configura a Lui (cf. can. 849); ed un altro più propriamente *giuridico*: fa dell'uomo una *persona* cioè un soggetto di diritti e di doveri nella Chiesa. Questo doppio e simultaneo effetto rispecchia l'identità stessa della Chiesa che è comunità di fede e società umana<sup>69</sup>. Corrispondentemente, esistono pure due livelli d'appartenenza alla Chiesa: un livello «costituzionale» che è irreversibile, e uno «operazionale» che può cambiare, in quanto quest'appartenenza subisce delle limitazioni proprio in riferimento all'esercizio dei diritti e dei doveri<sup>70</sup>. In altri termini, il battesimo è il titolo sacramentale e giuridico della «cittadinanza ecclesiale», la quale è condivisa da quanti costituiscono il popolo di Dio e comporta un vero diritto di partecipazione all'essere e all'operare della Chiesa in quanto istituzione storica, visibile e sociale, dotata di un ordinamento e di un criterio distintivo ben preciso: il Successore di Pietro, i Vescovi, la comunione dei Vescovi col Successore Pietro (cf. can 204, § 2). Di qui deriva il dovere fondamentale, per tutti i cristiani, di conservare sempre la comunione con la Chiesa (cf. can. 209). Riguardo a questi elementi, gli studiosi hanno abbondantemente evidenziato che la centralità della figura del fedele, l'elenco dei diritti e dei doveri relativi alla sua *condicio*, la *communio* sono alcune delle novità più significative introdotte dal Codice del 1983 sulle orme del Concilio Vaticano II<sup>71</sup>.

Coerentemente alle affermazioni di cui sopra, nel can. 204, § 1 si dice, con formulazione logica e discendente di idee e di concetti, che la Chiesa è Popolo di

69 Cf. A. Martínez Blanco, 'El bautismo como origen de obligaciones y derechos del fiel en la Iglesia', in: *Derecho Canónico a los diez años de la promulgación del Código*, XIII Jornadas de la Asociación Española de Canonistas, Madrid 14-16 abril 1993, Consolación Melero Moreno (ed.), Salamanca 1994, 38.

70 Cf. E. Corecco, 'Dimettersi dalla Chiesa per ragioni fiscali', in: *Apollinaris* 55 (1982) 468.

71 Cf. A. Longhitano, 'Laico, persona, fedele cristiano. Quale categoria giuridica fondamentale per i battezzati?', in: *Il fedele cristiano* (Il Codice del Vaticano II, n. 6, Bologna 1989), 9-54.

Dio; che si diviene membri di questo popolo (*christifideles*) mediante il sacramento del battesimo; che esso rende i fedeli partecipi, *suo modo*, dell'ufficio sacerdotale, profetico e regale di Cristo, per cui sono chiamati ad attuare, secondo la condizione propria di ciascuno, la missione che Dio ha affidato alla Chiesa perché la realizzi nel mondo.

Questa formulazione di notevole complessità e spessore teologico, può lasciare, ad una prima lettura, sconcertati per la sua eccessiva sinteticità in riferimento alle diverse e significative affermazioni che essa contiene<sup>72</sup>, tutte gravide di rilevanti conseguenze giuridiche. Infatti, se la definizione ontologico-sacramentale del fedele, che fonda la sua costituzionale condizione di radicale uguaglianza e corresponsabilità, è la novità della nuova codificazione che si erge «a soggetto egemone di tutto il sistema»<sup>73</sup>, quella tecnico-giuridica del can. 96, che prende in considerazione il fedele nella sua realtà di soggetto di diritti e di doveri nella Chiesa (*persona in Ecclesia*), non è cambiata, almeno nei suoi tratti essenziali, rispetto al Codice del 1917. Pertanto assemblando entrambe le nozioni, risulta che quando l'uomo per il battesimo è incorporato a Cristo, integrato nel popolo di Dio e reso partecipe dei *tria munera Christi*, viene pure costituito persona nella Chiesa e acquisisce gli obblighi e i diritti che son propri dei cristiani, tenuto conto, ovviamente, dei diversi stati di vita, a condizione di stare nella comunione ecclesiastica e di non essere stati privati di questi diritti in forza di una sanzione legittimamente inflitta. Dunque, a partire da questa definizione di «fedele cristiano/persona nella Chiesa» desunta dall'integrazione dei cann. 204 e 96 del Codice, risulta, tra le altre cose, che per l'esercizio dei diritti e dei doveri ecclesiali è necessario essere nella *communio omnium fidelium* che è previa alla *communio hierarchica* ed è presupposto della *communio ecclesiarum*<sup>74</sup>. In riferimento a questa complessa realtà della *comunione piena*, che ha creato e tuttora crea molteplici problematiche di indole storica, teologica, giuridica e pastorale, è stato opportunamente evidenziato che «il rilievo attribuito dalla nuova codificazione alla figura del fedele ha posto il legislatore di fronte a un delicato problema. Da un lato occorreva specificare accuratamente le condizioni e le modalità di appartenenza alla Chiesa che, a sua volta doveva essere identificata precisamente e storicamente. Dall'altro era necessario che tutte queste determinazioni avvenissero nel clima di apertura ecumenica sancito dal Vaticano II»<sup>75</sup>. Per realizzare tale ardua impresa il

72 Riguardo a questa 'impressione' procurata dalla formulazione del can. 204, così s'esprime G. Feliciani, 'Obblighi e diritti di tutti i fedeli cristiani', in: *Il fedele cristiano*, 58: «In realtà il canone in questione ha la sola funzione di rinviare l'interprete a una serie d'insegnamenti del Vaticano II che vengono specificamente indicati: il battesimo come incorporazione a Cristo, la Chiesa come popolo di Dio, la partecipazione di tutti i fedeli agli uffici di Cristo, l'universale missione di salvezza affidata alla Chiesa, la responsabilità che compete a tutti i cristiani nella sua realizzazione»; per le fonti conciliari di questo canone, cf. *Codex Iuris Canonici fontium annotatione et indice analytico-alphabetico auctus* (Pontificia Commissio CIC authentice interpretando [a cura] Libreria Editrice Vaticana 1989), sub can. 204, 55.

73 Cf. E. Corecco, 'I laici nel nuovo Codice di Diritto Canonico', in: *La Scuola Cattolica* 112 (1984) 198-200.

74 Cf. A. Martínez Blanco, 'El bautismo como origen de obligaciones y deberes', 39.

75 G. Feliciani, 'Obblighi e diritti', 60.

Legislatore ha scelto di attenersi il più strettamente possibile al magistero conciliare. Così il can. 204, § 2 riproponendo testualmente l'insegnamento della Costituzione dogmatica «Lumen Gentium», ricorda che «questa Chiesa costituita ed organizzata nel mondo come società, sussiste nella Chiesa cattolica, governata dal successore di Pietro e dai Vescovi in comunione con lui»<sup>76</sup>.

Dunque il Vaticano II, riconfermando un insegnamento quanto mai tradizionale, rifiuta decisamente ogni immagine «spiritualistica» della Chiesa<sup>77</sup> e, altresì, respinge con forza qualunque tentativo di scindere e contrapporre l'aspetto «visibile» e quello «spirituale», l'elemento «terrestre» e quello «celeste»<sup>78</sup>. D'altronde, la stessa immagine della Chiesa quale Popolo di Dio proposta dal Concilio, rivela che esso ha ritenuto di dover privilegiare, tra le varie interpretazioni possibili della realtà ecclesiale, quella cosiddetta «sociologica», che senza minimamente scalfire l'immutabilità del suo fondamento divino, ne evidenzia la «storicità» e dunque, per così dire, la «umanità»<sup>79</sup>. La novità profonda portata dal Vaticano II in questa dottrina tradizionale riguarda, invece, le modalità di valutazione, da un punto di vista sia teologico che giuridico, della situazione ecclesiale di quei cristiani che non godono (o hanno smesso di godere) della piena comunione nella Chiesa di Cristo. A riguardo il Concilio ha riconosciuto formalmente «l'esistenza di cristiani sacramentalmente incorporati nell'unica Chiesa di Cristo, ma appartenenti a gruppi ecclesiali separati dalla Chiesa cattolica, che hanno conservato la struttura oggettiva propria di una chiesa o di una comunità ecclesiale. Esiste perciò, secondo il Vaticano II, una realizzazione a gradi diversi della comunione con Cristo, resa esplicita dall'appartenenza alla comunione ecclesiale che si realizza pienamente nella Chiesa cattolica, nella quale la Chiesa di Cristo sussiste, senza peraltro che si possa affermare l'esistenza, tra la Chiesa cattolica e la Chiesa di Cristo, di una identità tale che possa escludere le Chiese separate dall'appartenenza alla Chiesa di Cristo»<sup>80</sup>. Infatti, come ricorda il decreto conciliare sull'ecumenismo «Unitatis redintegratio», la «sussistenza» nella Chiesa cattolica della Chiesa di Cristo<sup>81</sup> non implica che le altre Chiese e comunità cristiane siano «prive di significato e di peso nel mistero della salvezza», poiché «lo Spirito di Cristo non ricusa di servirsi di esse come di strumenti di salvezza» sicché «tra gli elementi o beni, dai quali, presi insieme nel loro complesso, la stessa Chiesa è edificata e vivificata, alcuni, anzi parecchi e segnalati, possono trovarsi fuori dai confini visibili della Chiesa cattolica»<sup>82</sup>.

76 Cf. Conc. Ec. Vat. II, Cost. dogm. *Lumen Gentium*, in: n. 8, *Enchiridion Vaticanum*, vol. 1 (Bologna 1985, 13.<sup>a</sup> ed.), 135.

77 Cf. P. Etzi, 'Specificità dell'ordinamento positivo canonico in rapporto al *Mysterium Ecclesiae*', in: *Monitor Ecclesiasticus* 120 (1995) 595-604.

78 Cf. Conc. Ec. Vat. II, Cost. dogm. *Lumen Gentium*, in: n. 8, *Enchiridion Vaticanum*, vol. 1, 134-135.

79 Cf. G. Colombo, 'Presupposti ecclesiologicali per un'impostazione del problema concordatario', in: *Documentazioni di Iustitia* 1 (1977) nn. 4-5, 7-8; G. Feliciani, 'Obblighi e diritti', 0-61.

80 E. Corecco, 'Dimettersi dalla Chiesa', 469.

81 Cf. U. Betti, 'Chiesa di Cristo e Chiesa Cattolica. A proposito di un'espressione della *Lumen Gentium*', in: *Antonianum* 61 (1986) 726-745; A. Garuti, 'Chiese sorelle: realtà e interrogativi', in: *Antonianum* 71 (1996) 631-686.

82 Conc. Ec. Vat. II, Decr. *Unitatis redintegratio*, in: n. 3, *Enchiridion Vaticanum*, vol. 1, 293-295.

Il Legislatore prende atto di questa realtà per cui, nel can. 205 del Codice, precisa che «su questa terra sono nella piena comunione della Chiesa cattolica quei battezzati che sono congiunti con Cristo nella sua compagine visibile, ossia mediante i vincoli della professione di fede, dei sacramenti e del governo ecclesiastico». In altre parole, secondo il Codice, solo quei battezzati che professano integralmente la fede, accettano tutti i sacramenti, riconoscono l'autorità del Romano Pontefice e dei Vescovi sono pienamente incorporati nella società ecclesiale<sup>83</sup>.

«Tra i fedeli cattolici e i cristiani appartenenti alle comunità separate esiste, quindi, un'obiettiva differenza che non può restare priva di conseguenze a livello giuridico. E, infatti, il can. 96 prevede chiaramente che la mancanza di comunione ecclesiastica importi una limitazione non solo dei diritti, come stabiliva il Codice del 1917, ma anche dei doveri. Ancor più significativa sotto questo profilo risulta, per la sua portata generale, la disposizione del can. 11 dove si prevede che le leggi meramente ecclesiastiche —vale a dire le norme canoniche che non enunciano principi di diritto divino— non obbligano tutti i cristiani ma solo quanti hanno ricevuto il battesimo nella Chiesa cattolica o vi sono stati successivamente accolti. In sintesi: se tutti i battezzati sono fedeli, solo i cattolici hanno la pienezza dei diritti e la totalità dei doveri che spettano ai membri della Chiesa»<sup>84</sup>.

Come si è visto, il nuovo diritto matrimoniale canonico, applica le riserve di cui sopra a tre casi molto importanti, per cui i cristiani battezzati nella Chiesa cattolica o accolti in essa sono esonerati dall'impedimento della disparità di culto (can. 1086, § 1); della forma (can. 1117) e dalla interdizione dei matrimoni misti (can. 1124) nel caso in cui dichiarano, con atto formale, la propria defezione dalla Chiesa cattolica.

Contrariamente alle dimissioni dalla Chiesa per ragioni economico-fiscali, in cui la *defectio* ha, in prevalenza, il significato di uscire giuridicamente e amministrativamente da essa con le rispettive conseguenze civili (*Kirchenaustritt*) ma non implica necessariamente una negazione della fede personale, nei tre casi poc'anzi presi in considerazione si tratta di dichiarazioni che attingono al fondamento stesso della fede, si configurano pertanto come una vera separazione dagli elementi costitutivi della vita della Chiesa: suppongono quindi un atto di apostasia, eresia o scisma<sup>85</sup>. Ragion per cui, materialmente, l'«effetto liberatorio», come s'esprime Corecco, dalle leggi meramente ecclesiastiche non è prodotto dalla dichiarazione formale ma dalla defezione

83 Cf. Conc. Ec. Vat. II, Cost. dogm. *Lumen Gentium*, in: n. 14, *Enchiridion Vaticanum*, vol. 1, 151.

84 G. Feliciani, 'Obblighi e diritti', 61-62.

85 Scrive a questo proposito E. Corecco, 'Dimettersi dalla Chiesa', in: 488: «Una dichiarazione di dimissioni dalla Chiesa, se fosse presentata direttamente alla comunità ecclesiale come istituzione di diritto canonico, non potrebbe, in sé, essere interpretata altrimenti che come un atto di apostasia, d'eresia, di scisma. E' evidentemente tenendo conto di ciò, che la Chiesa ha sempre evitato di porre i suoi fedeli davanti all'alternativa: pagare i contributi o dichiarare le dimissioni (...). Esigere una dichiarazione di dimissioni dalla Chiesa sarebbe sproporzionato perché non è possibile, come si è visto, trattare un delitto di ordine fiscale come un delitto contro l'appartenenza alla Chiesa». Per la definizione di questi delitti, cf. il can. 751.

in quanto tale dalla fede cattolica<sup>86</sup>. «L'atto formale di dichiarazione di dimissioni (o l'iscrizione formale a un'altra comunità ecclesiale) non è costitutivo in sé. E' richiesto innanzitutto per ragioni di certezza giuridica da un lato, dall'altro per limitare gli effetti giuridici stessi della defezione dalla fede (per gli apostati). Bisogna da ciò concludere che nella nuova normativa canonica, un atto formale di dimissioni dalla Chiesa non è previsto né operante giuridicamente se non coinvolge nello stesso tempo il livello della fede»<sup>87</sup>. Detto altrimenti, perché si verifichi un atto formale di defezione occorre che l'eresia formale o materiale, lo scisma e l'apostasia<sup>88</sup> siano concretizzati esternamente e nei modi definiti dal diritto<sup>89</sup>: soltanto la coincidenza dei due elementi ossia il profilo teologico dell'atto interiore e la sua manifestazione *ad normam iuris*, costituisce il suddetto atto.

### 3. OSSERVAZIONI CONCLUSIVE

a) La locuzione «actus formalis defectionis ab Ecclesia catholica», è nuova nella legislazione canonica e non ha un punto di riferimento nella sua tradizione dottrinale. Anzi i nostri canoni 1086, § 1; 1117 e 1124 innovano completamente quanto disposto nel can. 1099 del Codice Pio-benedettino il quale applicava rigidamente il principio teologico *semel catholicus semper catholicus*.

b) L'*iter* redazionale dei tre canoni del CIC, anche se non offre sufficienti indicazioni per comprendere quale sia stata la *mens Consultorum* sia in merito al contenuto dell'atto di volontà di abbandono della Chiesa cattolica, sia in merito alle condizioni richieste perché tale atto possa configurarsi come «atto formale», nondimeno testimonia la volontà di specificare l'atto di defezione in tre tipi: *pubblico, notorio* e con *atto formale*.

c) Nel CIC promulgato la distinzione è stata conservata e la dottrina ha già sufficientemente qualificato e differenziato l'atto pubblico e l'atto notorio. Grosse incertezze restano circa le varie modalità e requisiti necessari perché l'atto della *defectio ab Ecclesia* possa definirsi formale.

d) Questa vacillazione dottrinale, a nostro parere, può essere risolta a partire dalla considerazione che affinché l'«actus defectionis ab Ecclesia catholica» possa essere validamente configurato come «actus formalis» dovrebbe concretizzarsi:

86 Cf. E. Corecco, 'Dimettersi dalla Chiesa', 470; A. Stenson, 'The concept and implication', 188-189.

87 E. Corecco, 'Dimettersi dalla Chiesa', 470.

88 Riguardo alla portata di questi delitti così scrive E. Corecco, 'Dimettersi dalla Chiesa', 470-471: «Se ogni delitto implica, dal punto di vista sostanziale, una diminuzione della piena comunione, ciò nondimeno solo certi delitti sono considerati, in virtù della loro natura specifica, come delitti direttamente contrari allo statuto d'appartenenza alla Chiesa. Si tratta di delitti che, nella prospettiva teologica bellarminiana, ledono uno dei tre legami costitutivi della Chiesa, il 'vinculum symbolicum, liturgicum et hierarchicum'».

89 Cf. Z. Grocholewski, 'I matrimoni misti', in: *Matrimonio canonico fra tradizione e rinnovamento* (Bologna 1991), 266.

1. nella decisione interna di abbandonare la Chiesa cattolica;
2. nell'attuazione e manifestazione esterna di questa decisione;
3. nella recezione diretta da parte dell'autorità ecclesiastica competente di tale manifestazione di volontà.

e) Attesi tali elementi, il contenuto dell'atto di volontà deve essere la rottura dei «tria vincula communionis» di cui nel can. 205, vale a dire i vincoli della professione di fede, dei sacramenti e del governo ecclesiastico che consentono ai fedeli di ricevere la vita di grazia nella compagine visibile della Chiesa. Ciò significa che *un siffatto atto formale di defezione non ha semplicemente un carattere giuridico-amministrativo* (Kirchenaustritt), *ma si configura come una vera e propria separazione dagli elementi costitutivi della vita della e nella Chiesa; suppone, pertanto, un atto di apostasia, eresia o scisma* (cf. can. 751).

f) L'atto giuridico-amministrativo di abbandono della Chiesa di per sé non può costituire un atto formale di defezione nel senso attribuitogli dal CIC, in quanto non implica necessariamente una negazione della fede personale. D'altra parte neppure l'apostasia, l'eresia e lo scisma costituiscono da soli un atto formale di defezione, se non si concretizzano esternamente e non vengono manifestati nel debito modo all'autorità ecclesiastica.

g) Conseguentemente, *solo la coincidenza dei due elementi, cioè l'aspetto teologico dell'atto interiore e la sua manifestazione esteriore nel modo stabilito dal diritto, costituisce l'atto formale di defezione dalla Chiesa cattolica di cui nei cann. 1086, § 1, 1117 e 1124.*

b) Per quanto concerne la determinazione giuridica dell' «actus formalis defectionis», appare scontato che debba trattarsi di un atto giuridico valido, posto da persona canonicamente abile in modo personale, cosciente e libero, in conformità alla normativa canonica che regola gli atti giuridici stessi (cf. cann. 124-126).

i) Circa le modalità di manifestazione, ricordiamo brevemente che l'elemento normalmente ricorrente e unificante la complessa ed eterogenea categoria dell'atto formale strettamente inteso è, negli ordinamenti giuridici, l'indicazione precettiva dell'*uso della scrittura* ossia della redazione di un documento ad opera del dichiarante o di un terzo abilitato alla documentazione.

l) Considerata la portata e le conseguenze dell'atto, esso *dovrebbe essere manifestato personalmente dall'interessato davanti alla competente autorità della Chiesa cattolica* (Ordinario del luogo o parroco), cui compete unicamente, *ratione ministerii et ex officio*, giudicare della esistenza o meno della volontà del soggetto d'infrangere i vincoli della comunione ecclesiastica, dunque della sua reale *defectio a fide*.

m) In caso di concretizzazione dell'atto formale di defezione, la medesima autorità ecclesiastica competente dovrà curare che essa *venga annotata con termini espliciti nell'atto di battesimo* dell'interessato (cf. can. 535, § 2).

Priamo Etzi, OFM

Pontificio Ateneo Antonianum, Roma